

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У НОВОМ САДУ

ЗБОРНИК РАДОВА

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

Главни 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 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.

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



ЗБОРНИК РАДОВА COLLECTED PAPERS

LV 4 (2021)

НОВИ САД, 2021.

ЗРПФНС, година LV Нови Сад, бр. 4 (2021)

УДК 3

ISSN 0550-2179

eISSN 2406-1255

САДРЖАЈ

<i>Драго Љ. Дивљак</i>	
Измене уговора о концесији у праву Европске уније	1025
<i>Сенад Р. Јаџаревић, Дарко М. Божичић</i>	
Радно право пред изазовима дигиталне економије	1045
<i>Бојан Л. Пајић</i>	
Право заштите животне средине у Србији – између етике добрих намера и етике одговорности	1063
<i>Маџа М. Кулаузов, Милан М. Милутић</i>	
Доказна средства по одредбама Законика о грађанском судском поступку Србије из 1865. године	1083
<i>Дарко З. Симовић, Олиа С. Јовић-Пралиновић</i>	
Контроверзе правног уређивања истополних заједница у Републици Србији у светлости међународног права и упоредног права	1095
<i>Драјан М. Мићковић</i>	
Холистичко учење и холистичка теорија права	1119
<i>Пејтар М. Бундић</i>	
Признање и извршење одлука о издржавању на основу Хашке конвенције о издржавању (2007): поводом почетка примене новог извора Међународног приватног права Србије	1135
<i>Марко Б. Димиријевић, Срђан С. Голубовић</i>	
О тенденцији озелењавања Међународног монетарног права	1155
<i>Драјана С. Чворовић</i>	
Диверзиони модел поступања у истрази у кривичном поступку Мађарске	1173
<i>Борђе Р. Перишић</i>	
Такси превоз, интернет платформе и либерализација тржишта	1189
<i>Владимир М. Нинковић</i>	
Отпорност критичне инфраструктуре – национални приступи у Сједињеним Америчким Државама, Уједињеном Краљевству и Аустралији	1205

ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ АУТОРЕ

Аїнеш Ф. Цине

Улога поштеност принципа суђења у вези са мађарским уставним жалбама . . . 1229

Андраш А. Теїлаш, Аїїла Михаї А. Наї

Избори у Мађарској и у другим државама под посебним правним поретком – посебно током пандемије 1241

Жанеї И. Фанїол

О специфичностима новог мађарског Закона о кривичном поступку 1267

Жолї Ласло К. Бечеї

Централноевропске припреме за европске интеграције 1285

СЕЋАЊА

Среїен М. Јуїовић, Слободан П. Орловић, Дарко З. Симовић

Посвета Професору – Ратко Марковић (1944–2021) 1303

TABLE OF CONTENTS

<i>Drago Lj. Divljak</i>	
Changes to the Concession Contract in the European Union Law	1025
<i>Senad R. Jašarević, Darko M. Božičić</i>	
Labour Law in Front of Digital Ecnomy Challenges	1045
<i>Bojan L. Pajić</i>	
The Right to Environmental Protection in Serbia – Between Ethics of Good Intention and Ethics of Responsibility	1063
<i>Maša M. Kulauzov, Milan M. Milutin</i>	
Evidence According to Provisions of Code of Civil Procedure of Serbia from 1865 .	1083
<i>Darko Z. Simović, Olga S. Jović-Prlainović</i>	
Controversies in the Legal Regulation of Same-Sex Couples in the Republic Of Serbia in Light Of International Law and Comparative Law	1095
<i>Dragan M. Mitrović</i>	
Holistic Teaching and the Holistic Theory of the Law	1119
<i>Petar M. Đundić</i>	
Recognition and Enforcement of Maintenance Decisions in Accordance With the 2007 Hague Maintenance Convention: on the Occasion of the Beginning of Appli- cation of a New Source of Serbian Private International Law	1135
<i>Marko B. Dimitrijević, Srđan S. Golubović</i>	
About the Tendency of Greening of International Monetary Law	1155
<i>Dragana S. Čvorović</i>	
Investigative Diversion in the Hungarian Criminal Procedure System	1173
<i>Dorđe R. Perišić</i>	
Taxi Transport, Internet Platforms and Market Liberalization	1189
<i>Vladimir M. Ninković</i>	
Critical Infrastructure Resilience – National Approaches in the United States of America, the United Kingdom and Australia	1205

SECTION FOR FOREIGN AUTHORS

Agnes F. Czine

The Role of the Fair Trial Principle Respecting to the Hungarian Constitutional Complaints 1229

András A. Téglási, Attila Mihály Á. Nagy

Elections in Hungary and in other Countries Under Special Legal Order – Especially During the Pandemic 1241

Zsanett I. Fantoly

On the Peculiarities of the New Hungarian Criminal Procedure Act 1267

Zsolt László K. Becsey

Central European preparation for the European integration 1285

IN MEMORIAM

Sreten M. Jugović, Slobodan P. Orlović, Darko Z. Simović

Posveta Profesoru – Ratko Marković (1944–2021) 1303

Драго Љ. Дивљак
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Divljak@pf.uns.ac.rs

ИЗМЕНЕ УГОВОРА О КОНЦЕСИЈИ У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ*

Сажетак: Предмет правне анализе у раду је један узак, али врло важан и специфичан правни семен, а то је измена уговора о концесији током његовог трајања. Размишљање ће бити засновано на анализи релевантне секундарне права ЕУ, уз одговарајуће коришћење праксе Суда правде ЕУ. Крајњи циљ је био да се на основу даће анализе дође до оцене стања актуалне права ЕУ, како на концептуалном плану, тако и у појединосима. Акцента је посебно био на питањима природе, обима и услова измене уговора и његовим импликацијама.

У раду се закључује да правно регулисање измена уговора о концесији није лак задатак за регулатора. Пошто се овај уговор не може посматрати једино кроз призму интерних правних односа између учесника концесије, без импликација по трећа лица и друге интересе. У таквом контексту оптимално регулисање измена уговора о концесији захтева слојевити правну архитектуру, међусобно кохерентну, довољно јасну и предвидљиву, а оти релативно флексибилну. У том погледу, Директива 2014/23/ЕУ, методолошки, по обиму регулације и садржински у највећој мери успева да изађе у сусрет даћим захтевима. Међутим, због своје опшности, већи део даће регулације захтеваће прецизирање путем националне регулативе у земљама чланицама ЕУ, а преваходно у пракси Суда правде ЕУ. То се у првом реду односи на значајне измене уговора о концесији.

Кључне речи: уговор о концесији, измене, Право ЕУ, секундарно право, Суд правде ЕУ

* Рад је настао као резултат истраживања у 2021. години у оквиру пројекта „Правна традиција и нови правни изазови“ чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Концесије¹ су традиционално важан инструмент инвестиционе политике и економског развоја једне земље. У новије време, шири се поље њене примене и концесије се трансформишу у савремене инструменте пројектног финансирања² и битна су форма јавно-приватних партнерстава,³ Све више постају актуелне⁴ и у контексту стварања новог концепта деловања јавне управе.

Уговори о концесији обично подразумевају дугорочне и сложене техничке, финансијске и правне аранжмане и као такви су подложни промењеним околностима. Такође, ови уговори могу бити непотпуни, делом и неодговарајући.⁵ У том случају често постоји потреба за њиховим модификовањем или изменама, што отвара читав низ специфичних проблема. Тај процес је релативно скуп, без извесности крајњег резултата и може довести до нарушавања већ успостављене уговорне равнотеже, а понекад и застоја или привременог прекида реализације концесије.⁶ Исто тако, подложен је ризику злоупотреба од обе уговорне стране. У пракси је потврђено да су поновни преговори довели до значајних промена првобитних услова уговора концесионара, а о трошку крајњих корисника, јавног сектора и пореских обвезника.⁷

¹ Иако традиционалан правни инструмент, не постоји униформна и генерално прихваћена дефиниција за концесије. О класичним и новим виђењима концесија: Душанка Ђурђевић, „Концесије у нашем и упоредном праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* (Зборник радова ПФНС), бр. 3/2003, 2003; Miranda Nicholas, „Concession agreements: from private contract to public policy“, *Yale LJ* 117, 2007, 510.; Michael Burnett, „The New European Directive on the Award of Concession Contracts-Promoting Value for Money in PPP Contracts“, *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.* 9, 2014, 96; Christopher H. Bovis, „Public Service Partnerships as Instruments of Public Sector Management in the EU“, *European Public Private Partnership Law Review* 6.4, 2011, 209; Piotr Bogdanowicz, „Cross-border Interest and Concession Contracts: a Critical Approach“, *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.* 10, 2015, 83.

² Bruno De Cazalet, „The Evolution of the Concession and Public Private Partnership Legal Concepts over the Last 20 Years under Common Law Influence“, *Int'l Bus. LJ*, 2014, 271; Шире о пројектном финансирању: Драго Дивљак, „БОТ модел пројектног финансирања инфраструктуре“, *Зборник радова ПФНС*, 3/2006, 2006.

³ Упор: C. H. Bovis, 208-209.

⁴ Упор: Catalin-Silviu Sararu, „The Fundamental Principles Drawn from the Court of Justice of the European Union in the Field of Public Procurement and Concessions“, *Acta Universitatis Danubius. Juridica* 6.3, 2010, 158.

⁵ Бројни фактори могу довести до погрешне спецификације уговора. Шире: Elisabetta Iossa, Giancarlo Spagnolo and Mercedes Vellez, „Contract design in public-private partnerships“, *Report for the World Bank*, 2007, 9.

⁶ E. Iossa, G. Spagnolo and M. Vellez, 4; Ke Feng et al., „Balancing public and private interests through optimization of concession agreement design for user-pay PPP projects“, *Journal of Civil Engineering and Management* 24.2, 2018, 116.

⁷ E. Iossa, G. Spagnolo and M. Vellez, 4-5.

Из наведених разлога сматрамо потребним да у раду који следи, анализирамо уговор у концесији у праву Европске уније (у даљем тексту: ЕУ). Овде је у питању један његов узак, али врло важан и специфичан правни сегмент, а то је измена уговора о концесији током његовог трајања. Разматрање ће бити засновано на анализи релевантног секундарног права ЕУ, уз одговарајуће коришћење праксе Суда правде ЕУ. Крајњи циљ је да се на основу дате анализе дође до оцене стања актуалног права ЕУ како на концептуалном плану, тако и у појединостима. Акценат ће посебно бити на питањима природе, обима и услова измене уговора и његовим импликацијама.

2. РЕГУЛАТОРНИ ОКВИР

Важећа правна регулатива у области концесије је заснована на Директиви 2014/23/ЕУ Европског Парламента и Већа из 2014. године о додели уговора о концесији.⁸ Она је настала као део пакета модернизације шире области јавних набавки и као први иновацијски правни инструмент који искључиво регулише ову област.⁹ Тај пакет чине и Директива 2014/24/ЕУ о јавним набавкама и стављању ван снаге Директиве 2004/18/ЕЗ и Директива 2014/25/ЕУ о набавкама субјеката који послују у сектору водопривреде, енергетике, саобраћаја и поштанских услуга и о стављању ван снаге Директиве 2004/17/ЕЗ.¹⁰ До доношења Директиве 2014/23/ЕУ, област концесија је била покривена основним правилима Директиве 2004/18/ЕЗ Европског парламента и Већа о координацији поступака за доделу уговора о јавним радовима, уговора о јавном снабдевању и уговора о пружању јавних услуга, док је концесија за услуге с прекограничним интересом била уређена само начелима Уговора о функционисању Европске уније¹¹ и у одговарајућој судској

⁸ Directive 2014/23/EU on the award of concession contracts, O.J. 2014, L 94/1–64;

⁹ Roberto Caranta, 'The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works', *Common Market Law Review* 52.2, 2015, 391, 429.

¹⁰ Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts (Concessions Directive), 1 Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council on public procurement 2 and Directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors. 3-- J 2014 L 94/1. 2 J 2014 L 94/65. 3 J 2014 L 94/243.

¹¹ Посебно су релевантна; начелу слободног кретања робе и слободе пружања услуга, као и начелима која из тога произлазе, попут начела једнаког поступања, недискриминације, међусобног признавања, пропорционалности и транспарентности. Шире о тадашњој правној регулацији: М. Burnett, "PPP during the Contract Execution Phase-A Need for Greater Certainty in Community Law", *Eur. Pub. Private Partnership L. Rev.* 3, 2008, 51; Commission interpretative communication on concessions under community law; 2000/C121/02. 61 Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions;

пракси.¹² Дати, партикуларни приступ у теорији изазива опречне реакције и ту преовлађују критични тонови.¹³ Међутим, јасно је да сваки приступ има своје добре и лоше стране. Сматрамо да концесије имају своје специфичности које морају да дођу до изражаја у погледу правног регулисања.

Директива 2014/23/ЕУ је настала као начин превазилажења ризика од правне несигурности услед дивергентног тумачења начела Уговора о функционисању Европске уније од стране националних законодаваца, али и због великих неуједначености међу постојећим односним законодавствима држава чланица. Стога је креирање заједничког правног оквира у овој материји било неопходно, чак и ургентно.¹⁴ Међутим, пут до Директиве о концесијама био је дуг и кривудава и пратиле су га контраверзе због природе политике коју предлаже и осетљивости сектора који су предмет регулисања.¹⁵

Праг примене Директиве 2014/23/ЕУ утврђен је тако да се она примењује на концесије чија је вредност једнака или већа од 5 186 000 еура.¹⁶ Он одражава јасан прекогранични интерес. Директива 2014/23/ЕУ се неће примењивати на концесије испод тог прага, али концесије испод тог прага и даље могу бити предмет релевантних начела Уговора о функционисању Европске уније, општих принципа права ЕУ, укључујући и принцип транспарентности.¹⁷

Поље примене Директиве 2014/23/ЕУ је релативно уско¹⁸ тако да су и институционална јавно-приватна партнерства остала изван њеног делокруга. С друге стране, у посебном одељку се по први пут у праву ЕУ регулишу и питања извршења уговора о концесији,¹⁹ која укључују и правила о измени уговора током њиховог трајања. До доношења ове Директиве, сматрало се да правила о извршењу уговора излазе из оквира правила о јавним набавкама и на тај начин су била углавном препуштена државама чланицама.²⁰

COM/2004/0327 final. sararu The Fundamental Principles Drawn from the Court of Justice of the European Union in the Field of Public Procurement and Concessions.

¹² Case C-324/98 (n 14), [60] and [62].

¹³ Упор: Albert Sanchez Graells, "The continuing relevance of the general principles of EU public procurement law after the adoption of the 2014 Concessions Directive", *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.* 10, 2015, 130; M. Burnett, (2014), 93; P. Bogdanowicz, 91.

¹⁴ Постоје и мишљења да се и закасило у том процесу. Judith C. Clifton and Daniel Diaz-Fuentes, „The European Union’s Concessions Directive: A Critical Reading“, 144.

¹⁵ Није изненађујуће да се тешко дошло до текста дате Директиве. M. Burnett, (2014), 86.

¹⁶ Чл. 8. ст. 1. Директиве 2014/23/ЕУ.

¹⁷ P. Bogdanowicz, 83.

¹⁸ Упор: R. Caranta, 433.

¹⁹ Roxana Vornicu, "The rules on performance of the concession contract under the 2014 Concession Directive and the triangle of rights: a brief dialectic", *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.* 11, 2016, 5.

²⁰ Слично је поступљено у другим међународним документима из области јавних набавки као што су Споразум о државним набавкама СТО или Модел закона UNICTRAL о јавним набавкама. Упор: R. Caranta, 448.

У праву ЕУ, у контексту извора права за област измене уговора о концесијама, од великог значаја је и пракса Суда правде ЕУ, с тим да је она само делимично обухватила нека питања из дате области али су она и као таква битно утицала на саму садржину Директиве 2014/23/ЕУ. У том погледу круцијалан значај има случај *Presstext*.²¹

Сложености правне архитектуре у праву ЕУ о концесијама допринос даје и важеће национално законодавство земаља чланица ЕУ, које су традиционално имале различит приступ концесијама.²²

3. КОНЦЕПТУАЛНИ ПРИСТУП

Правила о измени уговора у праву ЕУ су систематизована у члану 43. Директиве 2014/23/ЕУ, који једини покрива област измене уговора о концесији. У погледу регулисања дате материје, приступа се доста неуобичајено јер све наведене директиве из области јавних набавки користе скоро идентичне одредбе за измене јавних уговора и уговора о концесији.²³ На тај начин се одступило од декларативног циља да се овим директивама додатно утврде специфичности уговора о концесији у односу на јавне уговоре.²⁴ С друге стране, јединствена правна регулација измена ових уговора несумњиво ће ојачати правну сигурност у датом сегменту комплексне области јавних набавки.

Иако обухвата само један члан односна регулатива је доста комплексна и детаљна што је један од нових елемената који доноси дата директива. Такав приступ омогућава да се на јединствен, системски начин покрије дата материја и између датих правила успостави нужна кохеренција.

У конципирању садржине правила о изменама уговора о концесији полази се од две премисе. Прва је да су уговори о концесији, по правилу, непотпуни уговори с обзиром на њихову природу која се односи на ризик, сложеност аранжмана и дугорочност, због чега се унапред не могу предвидети све могуће варијабле.²⁵ С друге стране, постоји потреба за заштитом правне сигурности и осталих интереса инволвираних у ове уговоре. То је

²¹ C-454/06 *Presstext Nachrichtenagentur GmbH contre Republik Österreich (Bund)*, APA-OTS Originaltext-Service GmbH et APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung [2008] ECLI-351.

²² У моменту доношења Директиве, само је једанаест држава чланица имало национално законодавство о концесијама. Упор: Rainier d'Haussonville, "Towards a New Concessions Regime in the EU: About the Merits and Shortcomings of the Concessions' Directive", *US-China L. Rev.* 11, 2014, 1551.

²³ Упор: R. Vornicu, 2.

²⁴ О потреби специфичног регулисања уговора о концесији: R. d'Haussonville, 1552.

²⁵ R. d'Haussonville, 1554.

практично значило да је потребно да се у одређеној мери морају омогућити измене ових уговора, али под контролисаним, унапред датим условима. Такав приступ би се могао представити као приступ „флексибилне сигурности“.²⁶

Полазећи од датих премиса, у Директиви 2014/23/EУ је садржински дефинисан концепт права ЕУ у овој области. Он се заснива на: општем правилу, листи дозвољених измена и условима под којима се измена може сматрати значајном.²⁷ Уколико посматрамо суштински, може се рећи да се концепт права ЕУ фактички заснива на подели свих потенцијалних измена на две опште категорије: експлицитно дозвољене измене и измене које захтевају нову процедуру доделе концесија.²⁸ У овом правном контексту, листе дозвољених измена су затворене и оне као такве фактички имају статус изузећа од општег правила да свака измена уговора о концесији која није изричито дозвољена може само довести до новог поступка доделе концесије.

4. СЕГМЕНТИ ПРАВНЕ РЕГУЛАЦИЈЕ

4.1. Опште правило

У праву ЕУ у погледу уговора о концесији важи опште правило да је обавезно покретање новог поступка доделе концесије у свим случајевима ових измена, осим за случајеве које су посебним правилима, безусловно или условно, дозвољене.²⁹ На овај начин, генералном клаузулом се покривају све друге посебно неспоменуте измене уговора о концесији. Међутим, коришћење ове правне технике не мора нужно да имплицира да овај приступ самим тим постаје асполутно доминантан у праву ЕУ. Посебно, ако се узме у обзир листа дозвољених измена и њихово хипотетичко поље примене.

4.2. Листа дозвољених измена

У погледу приступа изменама уговора о концесији могуће је да се он заснива и на полазном ставу да се дозвољавају измене уговора о концесији без новог поступка доделе концесије, али под тачно утврђеним условима. Полазни принцип је тај да измене требају бити могуће у оној мери у којој су те промене у складу с одређеним условима.³⁰ Овај приступ, који можемо

²⁶ Упор: R. d’Haussonville, 1554.

²⁷ Rafael Domínguez Olivera, “Modification of Public Contracts Transposition and Interpretation of the new EU Directives”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 10.1, 2015, 38.

²⁸ Simona Gherghina, “New Rules, Old Stories: Modification of Public Contracts: 1st Part.” *Rom. Pub.-Priv. Partnership L. Rev.* 15, 2016, 57.

²⁹ Чл. 43, ст. 5. Директиве 2014/23/EУ.

³⁰ Пар. 75 Преамбуле Директиве 2014/23/EУ.

назвати приступ условних или ограничених измена уговора о концесији, егзистира у праву ЕУ у врло комплексном облику јер обухвата широку скалу могућности. Оне ће бити предмет анализе у делу рада који следи.

4.2.1. Измене предвиђене у првобитној документацији о концесији

У праву ЕУ измене уговора о концесији се могу мењати без новог поступка доделе концесије у случају да су те измене предвиђене у првобитној документацији о концесији путем јасних, прецизних и недвосмислених ревизијских клаузула, које могу укључивати клаузуле о измени цене, или путем опција.³¹ То је нормативни израз начелног полазишта права ЕУ да учесници требају имати могућност измена концесије у облику ревизијских или опцијских клаузула али такве клаузуле не значе да им треба омогућити неограничено дискреционо право.³²

Могућност коришћења клаузуле о ревизији уговора о концесији да предвиди своје измене је проблематизован у предмету *Succhi di Frutta SpA*.³³ На основу датих разматрања, признат је овај основ дозвољених измена уговора о концесији, уз оправдано указивање на његовој специфичној контрадикторности.³⁴ Полази се од става да је у датом случају измена извршена у складу са уговором о концесији и стога се она не може сматрати изменом која произилази из нове воље уговорних страна или новим уговором о концесији.³⁵

У праву ЕУ, појам „документација о концесији” је широко заснован и подразумева било који документ који је састављен или на који наручилац упућује, а у којем се описују или одређују елементи концесије или поступка, укључујући обавештење о концесији, техничке и функционалне захтеве, предложене услове концесије, формате докумената које подносе такмичари или понудиоци, информације о општим примењивим обавезама, те сву додатну документацију.³⁶

Захтев да ревизијска уговорна правила буду предвиђена у првобитној документацији о концесији омогућава да сви потенцијални и стварни понуђачи могу да процене њене ефекте. Ова линија резоновања гради директну везу између клаузуле о ревизији и принципа транспарентности, недискриминације и једнаког третмана у поступку доделе концесија.³⁷ На тај начин се сфера њихове примене шири и на фазу извршења уговора о концесији.

³¹ Пар. 78. Преамбуле Директиве 2014/23/EУ.

³² *ibid.*

³³ Case C-496/99 *Succhi di Frutta SpA* [2004] ECR I-3801.

³⁴ Упор: R. D. Olivera, 39.

³⁵ Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, 2014, 578.

³⁶ Чл. 5. ст. 1. тач. 12. Директиве 2014/23/EУ.

³⁷ S. Gherghina, (2016a), 60.; R. D. Olivera, 39.

Треба напоменути да наведена формулација датог правила Директиве, оправдано прави дистинкцију између клаузула о ревизији, које могу укључивати клаузуле о измени цене, које искључиво имају објективну садржину и опције, која поред објективног елемента, специфичног за клаузулу о ревизији садржи и субјективни елемент, који омогућава заинтересованој страни да активира механизам измене уговора о концесији или не,³⁸ уколико јој је то у интересу.³⁹

У контексту датог захтева о уговорној заснованости измена о концесији, квалитет израде клаузула о ревизији је кључан за његове ефекте.⁴⁰ Стога се додатно поставља услов да такве клаузуле морају навести опсег и природу могућих измена или опција, као и услове под којим се могу користити. Сходно томе, клаузуле о ревизији неће бити важеће ако су састављене на општи начин. Уговорне стране не могу само навести да ће у одређеним случајевима само преговарати о изменама, јер би то директно утицало на примену принципа једнаког третмана.⁴¹ Међутим, с обзиром на бенефите које пружају ове ревизијске клаузуле, сваки претходни труд у датом погледу се исплати.⁴² Постојање ових ревизијских клаузула посебно неформално јача позицију концесионара, јер ће се наручилац тешко одупрети жељи концесионара за изменама уговора, ако су оне већ као такве фиксирани у првобитној документацији о концесији.⁴³

Преамбулом Директиве се примерично наводи да ревизијске клаузуле могу предвидети индексацију цена или осигурати да, на пример комуникацијска опрема која се испоручује током одређеног раздобља буде одговарајућа и у случају измене комуникацијских протокола или других технолошких измена. Такође би требало бити могуће предвидети у оквиру довољно јасних клаузула прилагођавање концесије техничким потешкоћама које су се појавиле током извођења или одржавања. Исто тако, концесије би могле укључивати и стандардно одржавање, као и предвидети делатности ванредног одржавања које би могле бити потребне за обезбеђење континуитета јавних услуга.

С друге стране, њима се не могу предвидети измене или опције које би измениле укупну природу концесије. Овај концепт „укупна природа концесије“ је општег карактера и захтева ближе прецизирање. Сматра се да он треба да се идентификује листом елемената, мање или више формулисаних

³⁸ R. D. Olivera, 40.

³⁹ Предност измене уговора о концесији је неспорна, чак и када се теорсијски чини да нова додел може бити рационалан супстит измене уговора. Упор: R. D. Olivera, 36.

⁴⁰ K. Feng, et al., 116.

⁴¹ Kristian Hartlev and Morten Wahl Liljenbol, “Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender.” *Public Procurement Law Review* 22.2, 2013, 51-73, 58.

⁴² R. D. Olivera, 40.

⁴³ *ibid.*

на општи начин као што су: главни циљеви којима је тежио ауторитет за уговарање приликом иницијалне доделе, основни предмет уговора и основна уговорна права и обавезе, укључујући главне захтеве везане за квалитет и перформансе.⁴⁴

Генерално гледано, релативно широка могућност измена уговора по наведеном основу, отвара могућност да оно буде коришћено и за избегавање примене других строжијих правила о изменама уговора, посебно код замене концесионара. Оправдано се оцењује да овако формулисане одредбе могу довести до замене концесионара, а да при томе не морају да се испуне строжији захтеви који специфично регулишу дато питање, као што је захтев да нови концесионар мора да испуни оригиналне критеријуме за доделу концесије или захтев да таква промена не може имати за циљ заобилажење правила Директиве.⁴⁵

4.2.2. *Додатни радови или услуге*

У праву ЕУ, измене уговора о концесији су могуће без новог поступка доделе концесије и за додатне радове или услуге првог концесионара, који су се показали потребним и који нису били укључени у првобитну концесију. При том је неопходан услов да се промена концесионара не може извршити из економских и техничких разлога, као што су захтеви за заменљивошћу и интероперабилношћу с постојећом опремом, услугама или постројењима који се набављају у оквиру првобитне концесије или би проузроковала значајне потешкоће или дуплирање трошкова. Наведени услови подразумевају ситуацију где је потребно од првобитног концесионара набавити додатне услуге или радове, који нису били укључени у првобитни уговор, али су постали стриктно неопходни за његово испуњење.⁴⁶ Међутим, било које повећање вредности не може премашивати 50% вредности првобитне концесије. Ако је учињено неколико узастопних измена, то се ограничење примењује на вредност сваке измене, што је доста спорно.⁴⁷ Такве узастопне измене не смеју имати за циљ заобилажење Директиве.

Може се дати пар логички изведених запажања у вези са овим случајем измене уговора о концесији.⁴⁸ Прво запажање се тиче чињенице да је у овом случају дозвољена само измена уговора о концесији која се односи на пове-

⁴⁴ S. Arrowsmith, 588, 589.

⁴⁵ Semple, Abby and M. Andrecka, "Classification, Conflicts of Interest and Change of Contractor", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 10.3, 2015, 185.

⁴⁶ S. Gherghina, "The new as an old story: the modification of the public procurement contract (II)." *Rom. Pub.-Priv. Partnership L. Rev.* 16, 2016, 36.

⁴⁷ R. D. Olivera, 41.

⁴⁸ S. Gherghina, (2016b), 37.

ћање обавеза концесионара, на начин да подразумевају и додатне радове и услуге који нису укључени у почетни предмет уговора. Друго, логично је претпоставити да ово правило покрива само ситуације када су додатни радови или услуге постали неопходни с обзиром на околности које наручилац није предвидео и које није узео у обзир из било којих разлога, приликом организовања поступка иницијалне доделе концесије, с обзиром на чињеницу да су непредвидиве околности регулисане другим правилима Директиве.

4.2.3. Непредвиђене околности

С обзиром да су концесије, по правилу дугорочни аранжмани, потребан је одређени степен флексибилности како би се концесија прилагодила околностима без спровођења новог поступка доделе. Стога је у праву ЕУ предвиђено да су измене уговора о концесији могуће и када је до потребе за изменом дошло због околности које пажљиви јавни наручилац није могао предвидети. Уз додатне услове који су овде комплексно и кумулативно постављени, што је оправдано, с обзиром на потенцијалну широку листу ових околности и њихов непредвидив утицај на извршење концесије. Они обухватају и услов да дате измене не смеју довести до промене природе уговора, нити до повећања вредности концесије за више од 50% од почетне вредности концесије.⁴⁹ Ако је учињено неколико узастопних измена, такво ограничење се примењује на вредност сваке измене, уз опште ограничење да такве узастопне измене не смеју да за циљ имају заобилажење примене Директиве, као што су замена радова које је потребно извршити или услуга које је потребно омогућити или битном променом врсте концесије, јер се у таквим случајевима може претпоставити могући утицај на резултате.⁵⁰

Ефективан правни режим измена уговора о концесији због непредвиђених околности захтева и њихово прецизније и што потпуније разјашњење. То није лако постићи јер сам појам није систематски дефинисан. Међутим, неке интенције у том погледу су дате у пар. 109 преамбуле дате Директиве. У том оквиру се може тврдити да су ове околности „спољне ситуације“, независне од воље уговорних страна. Главна карактеристика ових околности је њихова непредвидивост, у смислу да наручилац који је пажљиво поступао, није могао да их предвиди, упркос озбиљној припреми за првобитну доделу⁵¹ узимајући у обзир сва доступна средства, природу и обележја одређеног пројекта, као и потребу осигурања одговарајућег односа између средстава потрошених на припрему доделе и њоме предвиђене вредности.⁵²

⁴⁹ Чл. 43. ст. 1. тач. 3. Директиве 2014/23/EУ.

⁵⁰ Пар. 76. Преамбуле Директиве 2014/23/EУ.

⁵¹ S. Gherghina, (2016b), 40.

⁵² Чл. 43. ст. 1. тач. 3. Директиве 2014/23/EУ.

Из наведеног правног оквира о изменама концесија због непредвиђених околности могуће је извући више закључка.

Прво, овако утврђен основ за измене уговора о концесији је широко постављен и не искључује предметно било коју врсту измена уговора о концесији,⁵³ уз испуњење додатних услова.

Друго, коришћени стандард „пажљивог наручиоца” је структуриран у прилично флексибилном облику.⁵⁴ Иако су критеријуми који дефинишу овај стандард генерално одговарајући, наведени стандард због своје општости неће бити лако спроводив у пракси,⁵⁵ и неће подићи степен извесности у датој материји.⁵⁶ У том контексту није безначајна ни чињеница да је тешко очекивати од наручиоца да буду вољни да признају сопствену непажљивост.⁵⁷

Треће, Директива се не реферише на негативне ефекте наведених околности. Међутим, њихово присуство се претпоставља макар код једне уговорне стране, јер је то битна логичка карика у практичној примени датог основа за измену уговора о концесији.

4.2.4. *Измена концесионара*

У складу са принципима континенталног правног круга, постојање и специфичности поступка доделе уговора о концесији је довољно јак аргумент да га квалификујемо као уговор *intuitu personae*.⁵⁸ У таквим околностима измена концесионара не би начелно била правно могућа. И у праву ЕУ, применом концепта значајних измена на дату ситуацију, таква измена би такође била фактички еквивалентна потписивању новог уговора и стога би захтевала нови поступак доделе концесија.

Међутим, у одређеним ситуацијама та измена би ипак била оправдана. И право ЕУ, директно преузимајући ставове праксе Суда правде ЕУ у предмету *Pressetext*, утврђује то као изузетну могућност која се односи на тачно утврђене ситуације: постојање недвосмислене уговорне клаузуле о ревизији, наслеђивању првобитног концесионара након реструктурирања предузећа или када наручилац преузме обавезе главног концесионара према својим подуговарачима, ако је таква могућност предвиђена у националном законодавству.⁵⁹

Први случај могуће промене концесионара који се односи на постојање недвосмислене уговорне клаузуле о ревизији се заснива на већ анализираним

⁵³ S. Gherghina, (2016b), 40.

⁵⁴ R. D. Olivera, 42.

⁵⁵ S. Gherghina, (2016b), 43.

⁵⁶ R. D. Olivera, 42.

⁵⁷ R. D. Olivera, 37.

⁵⁸ S. Gherghina, (2016b), 42.

⁵⁹ Чл. 43. ст 1. тач. 4. Директиве 2014/23/ЕУ.

правилама и овде не постоји потреба за додатном елаборацијом. Међутим она постоји код преостала два случаја.

Други случај се односи на опште или делимично наслеђивање првобитног концесионара након реструктурирања предузећа, укључујући преузимање, спајање, куповину или инсолвентност.⁶⁰

Како је корпоративно реструктурирање нормалан начин привредних субјеката за постизање својих комерцијалних циљева, он је широко прихваћен као прихватљив основ за измене уговора о концесији,⁶¹ али уз одговарајуће услове. Тако се додатно захтева да други субјект реструктурирања испуњава првобитно утврђене критеријуме за квалитативни избор, да то подразумева друге значајне измене уговора, као и да нема за циљ заобилажење примене ове Директиве. Индикативно је да наведени услови за измене уговора о концесији не укључују додатне мере предострожности, као што је општи захтев да измене не смеју променити укупну природу концесије, што говори да тако конципиране измене концесионара не могу имати такав ефекат.⁶²

Наведени додатни захтеви за измене уговора о концесији због реструктурирања имају за циљ да прецизније разграниче могуће ситуације у пракси и њихове последице, применом начела једнаког поступања и транспарентности. То практично значи да ти услови требају да онемогуће да понуђач који је проузроковао раскид због недостатака у извршавању уговора, по овом основу, буде замењен другим привредним субјектом без поновног поступка доделе концесија. С друге стране, она би требала да омогући успешном понуђачу, који извршава концесију, посебно ако је концесија додељена групи привредних субјеката, да предузму одређене структурне промене током извршавања концесије, попут искључиво интерних реорганизација, преузимања, спајања и куповине или инсолвентности. Такве структурне промене не би требале аутоматски подразумевати потребу за спровођењем нових поступака доделе за концесије које тај понуђач извршава.⁶³

Други случај се односи на ситуацију када јавни наручилац преузме обавезе главног концесионара према својим подуговорачима. У пракси, он има оправдање кад се због заштите јавног интереса омогућава да наручилац преузме ту обавезу да би се наставило са реализацијом концесије. Овакве потребе могу настати и код дугорочних уговора о концесији, када финансијери имају велики интерес за обезбеђење континуитета извршења уговора о концесији, па се онда тросмерним споразумом обезбеђују услови за измену

⁶⁰ ECJ, 19 June 2008, Pressetext, (C-454/06), par. 51 и 52. Другачија третман има продаја акција, осим ако то нема за циљ заобилажење правила Директиве.

⁶¹ R. D. Olivera, 43.

⁶² S. Gherghina, (2016b), 44.

⁶³ Пар. 77. Преамбуле Директиве 2014/23/EU.

концесионара.⁶⁴ Међутим, она омогућава замену концесионара само под врло специфичним условом, а то је да је таква могућност буде предвиђена у националном законодавству, препуштајући да се по овом питању испоље националне особености.⁶⁵

4.2.5. *Измене које нису значајне*

У праву ЕУ као посебна категорија измена уговора о концесији су предвиђене измене које нису значајне. Тако је утврђено да је уговор о концесији могуће мењати без новог поступка доделе концесије и у случају кад измене не испуњавају услове да буду третиране као значајне, у складу са правилима дате Директиве.⁶⁶ Овако формулисана генерална одредба указује на негативну одређеност услова за њену примену по основу примене концепта значајних измена. Овде је довољно рећи да он генерално подразумева да измене које се материјално разликују од првобитног уговора *de facto* значе доделу новог уговора о концесији.⁶⁷ Укупна слика овог основа за измене датог уговора ће бити комплетна након разматрања значајних измена уговора о концесији, у делу рада који следи.

4.2.6. *Незначајне измене вредности уговора*

У праву ЕУ, уговор о концесији је могуће изменити без потребе за новим поступком доделе концесије и то кад се ради о незнатним изменама вредности уговора о концесији. То подразумева да је вредност измене мања од општег прага вредности концесије на које се примењује Директива и мања од 10% вредности првобитне концесије.⁶⁸

У случају кумулативног испуњења ових прагова, важи начелни став да су оне увек могуће без потребе спровођења новог поступка доделе концесије⁶⁹ при чему не постоји потреба за било каквом провером у вези примене концепта значајних измена уговора о концесији.

Међутим, и у тој ситуацији, такве измене не смеју мењати укупну природу концесије.⁷⁰ Исто тако, то не значи да се на њих не примењују строги услови везани за концепт „значајне измене“ уговора о концесији. Примерично, ни под којим условима није дозвољено да се промени економска равнотежа

⁶⁴ S. Gherghina, (2016b), 44.

⁶⁵ S. Gherghina, (2016b), 43.

⁶⁶ Чл. 43 ст.1. тач. 5. Директиве 2014/23/EУ.

⁶⁷ R. Vornicu, 164.

⁶⁸ Чл 43. ст 2. Директиве 2014/23/EУ.

⁶⁹ Пар 76. Прембуле Директивр 2014/23/EУ.

⁷⁰ Чл. 43. ст. 2. Директиве 2014/23/EУ.

у уговору без обзира на незантане вредности измена уговора. Дати ставови добијају потврду и у судској пракси.⁷¹

Овакав приступ има пуно оправдање у разлозима рационалности и избегавања непотребног трошења новца и времена. Исто тако јасно утврђени прагови „*de minimis*” требају да обезбеде правну сигурност у овој области. Међутим, оно пружа значајну флексибилност у погледу измена уговора о концесији, па се може користити и за измену концесионара без додатних услова који су предвиђени у специфичним правилима која регулишу то питање. Све то указује на могућност нових загонетки противречности које траже судско или законодавно разрешење.⁷²

4.3. Услови за значајне измене

У праву ЕУ, специфичан сегмент правне регулације је посвећен третману измена уговора о концесији које се могу квалификовати као „значајне“. У том смислу су утврђени прецизни услови да би се измена сматрала као таква, у ком случају се захтева нова додела уговора. Концепт „значајне измене“ уговора о концесији има кључни значај у праву ЕУ јер је постао референтна тачка и за дефинисање измена које нису значајне, а тиме и за утврђивање другачијег правног третмана, о чему смо већ писали.

Дати концепт је настао и развијан је у пракси Суда правде ЕУ, посебно предмета C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur*, али и других предмета.⁷³ У њој је прецизирано да се свака значајна измена уговора која се односи на стварни предмет уговора може сматрати еквивалентним за закључивање новог уговора.⁷⁴ Покретање новог поступка концесије потребно је у случају материјалних измена првобитне концесије, поготово у случају измена опсега и садржаја узајамних права и обавеза страна, укључујући расподелу права интелектуалне својине. Такве измене указују на намеру страна да поновно преговарају о кључним условима те концесије. То посебно може бити случај ако би измењени услови утицали на резултате поступка доделе концесије, да су били део првобитног поступка.⁷⁵

Из праксе Суда правде ЕУ, концепт „значајне измене“ уговора о концесији је директно инкорпорисан у Директиве, само са додатним разјашњењима. У складу са њеним правилима, измена концесије се сматра значајном ако је алтернативно испуњен један или више следећих услова:

⁷¹ Case C-91/08 (n 4), 1.

⁷² Semple, Abby and M. Andrecka, 186.

⁷³ Case C-388/12 *Comune di Ancona*.

⁷⁴ Case C-337/98, *Commission/France*, points 44 ff.

⁷⁵ Пар. 76. Преамбуле Директиве 2014/23/EU.

(а) изменом се уносе услови који би, да су били део првобитног поступка доделе концесије, допустили прихватање и других захтева осим оних који су првобитно одабрани или прихватање понуда различитих од понуде која је изворно прихваћена или би привукли додатне учеснике у поступак доделе концесије;

(б) изменом се мења привредна равнотежа концесије у прилог концесионара на начин који није био предвиђен у првобитној концесији;

(в) изменом се значајно проширује опсег концесије и

(г) ако нови концесионар замени онога којему је првобитно јавни наручилац доделио концесију, осим у случају који се односе на споменућу ситуацију, када концесионар замењује онога коме је јавни наручилац првобитно доделио концесију.⁷⁶

Напред наведени услови су скоро дословно пренети уз судске праксе,⁷⁷ што се методолошки може оспорити. Не само из датог разлога, овај концепт садржи низ недефинисаних појмова и одредница, које ће прецизнија разјашњења морати добити путем националне регулативе у земљама чланицама ЕУ, а превасходно у пракси Суда правде ЕУ. То се у првом реду односи на појмове „привредна равнотежа“, „значајно“ и „опсег“, иако у судској пракси већ постоје парцијална тумачења. Тако се сматра да значајно проширење опсега концесије постоји ако измене обухватају и услуге које нису предвиђене у првобитној концесији.⁷⁸

Озбиљни проблеми у примени датих услова се посебно могу повезати са изменама уговора који имају последице по првобитни поступак доделе концесије. Наравно, нико не може довести у питање уврштавање тог критеријума у концепт „значајне измене“ уговора о концесији. Наиме, када се изменом уговора о концесији његово извршење остварује другачије од услова наведених у додели концесије, крше се и принципи конкуренције и нарушавају права других понуђача, односно осталих учесника у додели концесије. Измене уговора о концесији током њиховог трајања не би смеле да доведу до заобилажења правила јавних набавки,⁷⁹ и стога је у овом контексту неприхватљиво да оне буду дозвољене.⁸⁰ Међутим, оправданост таквог правног приступа не решава проблем његове практичне ефективности. У том праву су корисне интенције праксе Суда правде ЕУ који је утврдио да у овом контексту, значајне или материјалне измене уговора о концесији, јесу оне које

⁷⁶ Чл. 43. ст. 4. Директиве 2014/23/ЕУ.

⁷⁷ Упор: ECJ, 19 June 2008, *presstext*, (C-454/06), par. 35. ECJ, 19 June 2008, *presstext*, (C-454/06), par. 37.

⁷⁸ ECJ, 19 June 2008, *presstext*, (C-454/06), par. 36.

⁷⁹ R. d’Haussenville, 1554.

⁸⁰ Gabriella M. Racca, Roberto Cavallo Perin and Gian Luigi Albano, “Competition in the execution phase of public procurement”, *Public Contract Law Journal*, 2011, 89-108.

понуђачи нису могли разумно очекивати у време првобитне доделе уговора и који су могли довести до учешћа различитих понуђача и могуће, до другачијег избора.⁸¹

У датом оквиру, посебан проблем је везан и за ефективно доказивање утицаја измена уговора на поступак доделе концесије, позицију осталих понуђача и посебно како доказати да би дате измене привукле и друге учеснике да учествују у додели концесије, ван круга понуђача.⁸²

5. ЗАКЉУЧАК

Правно регулисање измена уговора о концесији није лак задатак за регулатора. Поготово што се овај уговор не може посматрати једино кроз призму интерних правних односа између учесника концесије, без импликација по трећа лице и друге интересе. У таквом контексту оптимално регулисање измена уговора о концесији захтева слојевиту правну архитектуру, међусобно кохерентну, довољно јасну и предвидљиву, а опет релативно флексибилну. У том погледу, Директива 2014/23/EУ, методолошки, по обиму регулације и садржински у највећој мери успева да изађе у сусрет датим захтевима. Међутим, због своје општости, већи део дате регулације захтеваће прецизирање путем националне регулативе у земљама чланицама ЕУ, а превасходно у пракси Суда правде ЕУ. То се у првом реду односи на значајне измене уговора о концесији.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Arrowsmith, Sue *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, 2014
- Bogdanowicz, Piotr “Cross-border Interest and Concession Contracts: a Critical Approach”, *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.* 10, 2015
- “Regulation of PPP and concessions in European Union law—different but equal?”, *Public-Private Partnerships and Concessions in the EU*. Edward Elgar Publishing, 2020
- Bovis, Christopher H. “Public Service Partnerships as Instruments of Public Sector Management in the EU”, *European Public Private Partnership Law Review* 6.4, 2011

⁸¹ G. M. Racca, R. C. Perin and G. L. Albano, 81; Case C-454/06, *pressetext Nachrichtenanagentur GmbH v. Republik Österreich*, 2008 E.C.R. I-04401, 34–35; Case C-160/08, *EU Comm’n v. Fed. Republic of Ger.*, 2010 E.C.R. I-03713, 99; Case C-91/08, *Wall AG v. Stadt Frankfurt am Main*, 2010 E.C.R. I-02815, 38, 43, 54.

⁸² Посебан проблем је утврдити те хипотететичке понуђаче. R. D. Olivera, 45.

- Burnett, Michael "PPP during the Contract Execution Phase-A Need for Greater Certainty in Community Law", *Eur. Pub. Private Partnership L. Rev.* 3, 2008
- "The New European Directive on the Award of Concession Contracts-Promoting Value for Money in PPP Contracts", *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.* 9, 2014
- Caranta, Roberto "The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works", *Common Market Law Review* 52.2, 2015
- Cătană, Emilia Lucia "The Legal Regime of Concession Contracts for the Public Utility Service of Natural Gas Distribution. Aspects Derived from Theory and from Administrative Practice", *Academic Journal of Law and Governance* 8.2, 2020
- Clarke, Charles "CJEU Holds Against the Direct Awarding of Concession Contracts That Have a Potential Cross-Border Interest", *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.* 9, 2014
- Clifton, Judith C. – Díaz-Fuentes, Daniel "The European Union's Concessions Directive: A Critical Reading",
- De Cazalet, Bruno "The Evolution of the Concession and Public Private Partnership Legal Concepts over the Last 20 Years under Common Law Influence", *Int'l Bus. LJ*, 2014
- de Oliveira, Miguel Neiva "Techniques and Instruments for Aggregated Procurement in the New EU Directives", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 12.2, 2017
- d'Haussonville, Rainier "Towards a New Concessions Regime in the EU: About the Merits and Shortcomings of the Concessions' Directive", *US-China L. Rev.* 11, 2014
- Дивљак, Драго „БОТ модел пројектног финансирања инфраструктуре”, *Зборник радова ПФНС*, 3/2006, 2006
- Domínguez Olivera, Rafael "Modification of Public Contracts Transposition and Interpretation of the new EU Directives", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 10.1, 2015
- Ђурђевић, Душанка „Концесије у нашем и упоредном праву”, *Зборник радова правног факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС)*, br. 3/2003, 2003
- Farley, Martin – Pourbaix, Nicolas "The Eu Concessions directive: building (toll) bridges between competition law and public procurement?", *Journal of European Competition Law & Practice* 6.1, 2015
- Feng, Ke "Balancing public and private interests through optimization of concession agreement design for user-pay PPP projects", *Journal of Civil Engineering and Management* 24.2, 2018
- Georgiana, Matei Mădălina "Differences between the Concession Contract of Public Services and Other Contracts", *Bulletin of the Transilvania University of Braşov, Series VII: Social Sciences and Law* 1, 2013
- Gherghina, Simona "Difficult decisions: the limits of choice by contracting authorities when awarding concession contracts", *Rom. Pub.-Priv. Partnership L. Rev.* 14, 2015
- "New Rules, Old Stories: Modification of Public Contracts: 1st Part", *Rom. Pub.-Priv. Partnership L. Rev.* 15, 2016
- "The new as an old story: the modification of the public procurement contract (II)", *Rom. Pub.-Priv. Partnership L. Rev.* 16, 2016

- Graells, Albert Sanchez “What Need and Logic for a New Directive on Concessions, Particularly Regarding the Issue of Their Economic Balance?”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 7.2, 2012
- “The continuing relevance of the general principles of EU public procurement law after the adoption of the 2014 Concessions Directive”, *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.* 10, 2015
- Hartlev, Kristian – Morten Wahl Liljenbol “Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender.” *Public Procurement Law Review* 22.2, 2013
- Iossa, Elisabetta – Spagnolo, Giancarlo – Vellez, Mercedes “Contract design in public-private partnerships”, *Report for the World Bank*, 2007
- Nicholas, Miranda “Concession agreements: from private contract to public policy”, *Yale LJ* 117, 2007
- Racca, Gabriella M. – Perin, Roberto Cavallo – Albano, Gian Luigi “Competition in the execution phase of public procurement”, *Public Contract Law Journal*, 2011
- Sararu, Catalin-Silviu “The Fundamental Principles Drawn from the Court of Justice of the European Union in the Field of Public Procurement and Concessions”, *Acta Universitatis Danubius. Juridica* 6.3, 2010
- Semple – Abby – Andrecka, Marta “Classification, Conflicts of Interest and Change of Contractor”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 10.3, 2015
- Sharma, Deepak K. “Balancing private and public interests in public–private partnership contracts through optimization of equity capital structure”, *Transportation research record* 2151.1, 2010, 60-66.
- Vornicu, Roxana “The rules on performance of the concession contract under the 2014 Concession Directive and the triangle of rights: a brief dialectic”, *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.* 11, 2016

Drago Lj. Divljak
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Divljak@pf.uns.ac.rs

Changes to the Concession Contract in the European Union Law

Abstract: *The subject of legal analysis in the paper is a narrow, but very important and specific legal segment, namely the change of the concession contract during its validity. The consideration is based on the analysis of the relevant EU law, with the appropriate use of practice of the Court of Justice of the EU. The ultimate goal was to evaluate the situation of the current EU law, both at the conceptual plan, and in details. The emphasis was in the nature, scope and conditions for changes to the contract and their implications.*

The paper concludes that the legal regulating of the changes to the concession contract is not an easy task for the regulator. In particular having in mind that this contract cannot be seen only through the prism of internal legal relations between the concession participants, without implications for the third persons and other interests. In such a context the optimum regulating of changes to the concession contract requires a layered legal architecture, mutually coherent, sufficiently clear and predictable, and yet relatively flexible. In that respect, the Directive 2014/23EU, manages to meet the given requirements up to the highest extent in methodological sense and both in terms of regulating and in terms of content. However, due to its generality, most of the given regulation will require specifying through national regulations in the EU Member States, and primarily in the practice of the Court of Justice of the EU. This primarily refers to significant changes to the concession contract.

Keywords: *concession contract, changes, EU law, Directive 2014/23EU, Court of Justice of the EU.*

Датум пријема рада: 16.12.2021.

Датум прихватања рада: 23.01.2022.

Сенад Р. Јаџаревић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Jasarevic@pf.uns.ac.rs

Дарко М. Божичић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.bozicic@pf.uns.ac.rs

РАДНО ПРАВО ПРЕД ИЗАЗОВИМА ДИГИТАЛНЕ ЕКОНОМИЈЕ*

Сажетак: Дигиталне технологије нису више будућности, оне су увелико стигле у наше животе. Поједино су промениле начин на који комуницирамо, пуњујемо, куњујемо, радимо и живимо. Обављање посла је олакшано, услови рада су безбеднији, створена издржљива рада су доследнија. Ипак, не уживају сви у благодетима употребе дигиталних технологија на радном месту. За многе дигиталне технологије представљају ризик од губитка посла. За групе ризик од нарушавања приватности на радном месту. То су само неки од изазова које пред радно право ставља употреба дигиталних технологија у процесу рада.

Кључне речи: дигитална економија, радно право, целоживотно учење, заштитна приватности, дигиталне платформе

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Дигиталне технологије „не куцају на нашим вратима“, већ су дубоко ступиле у наш живот. То нису само рачунари или мобилни телефони, већ и други дигитални уређаји свуда око нас (аутомобили који сами управљају, кућни роботи).¹ Технологија је свуда присутна и мења наш живот. Интернет

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

¹ Телефони не служе више само за аудио комуникацију, већ су заменили и рачунаре, будилнике, музичке и видео уређаје, фотоапарате и видео камере, фотокопире, банкарске шалтере (плаћање рачуна).

платформе – *Tripadvisor*, *AirBnB*, и *Booking* промениле су начин на који путујемо. *Facebook*, *Twitter*, *Instagram* из корена су изменили комуникацију. Променио се и начин на који радимо.

Пословни процеси се данас не могу замислити без рачунара и Интернета. Окружење је у тој мери је дигитализовано да се о савременим продукционим односима говори као о „дигиталној економији“.² Дигитализација је у значајној мери олакшала живот и рад човека, али је донела и низ негативних трендова. Не прилагођавају се сви појединци променама једнако лако. Поред тога што олакшава рад употреба дигиталних технологија са собом носи и ризик од угрожавања неких од основних људских права.

Овим истраживањем настојимо да укажемо на савремене изазове пред којима се налази радно право, а које пред њега ставља дигитална економија.

2. ДИГИТАЛНА ЕКОНОМИЈА

Да би се сагледали изазови које пред радно право поставља дигитална економија, мора се разумети шта је то „дигитална економија“. Пут ка поимању овог друштвеног феномена треба започети од појаве главних узрока савременог начина живота и рада.

Потребно је вратити се на сам крај XVIII века, када се десила прва коренита промена у погледу функционисања индустријских односа. Реч је о „Првој индустријској револуцији“ – оличеној у проналаску парне машине. Касније је систем функционисања парне машине преточен у погонске машине, чиме је дошло до револуционарне промене у процесу производње, а која се манифестовала у успостављању машинске производње која је заменила, до тада доминантну, ручну производњу. Тако су заправо машине преузеле примарну улогу у процесу производње, мењајући раднике који су обављали углавном просте мануелне послове. Готово век касније, долази до друге корените промене у продукционим односима. Она је довела до раста постојећих грана индустрије, али и успостављања неких потпуно нових делатности.³ Све то реализовано је уз помоћ електричне енергије, која представља кључно обележје „Друге индустријске револуције“. Ова револуција за последицу је имала успостављање масовне производње. Корак даље на путу еволуције продукционих односа одиграо се један век касније, када је дошло до треће револуционарне промене у индустрији (и начину рада). Та нова промена јавља се у вези са открићима на пољу електронике и информационих тех-

² Сенад Јашаревић, „Утицај дигитализације на радне односе“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Сагу* 4/2016, 1104.

³ Вид. Joel Mokyr, *The Second Industrial Revolution 1870-1914*, 2-12, доступно на: <https://faculty.wcas.northwestern.edu/~jmokyr/castronovo.pdf>

нологија, а манифестује се у великом степену аутоматизације продукционих односа и пословних процеса.⁴ Управо на темељима „Треће индустријске револуције“, почетком трећег миленијума наступила је и четврта. Ова последња револуционарна промена у продукционим односима заправо је резултат садејства свих претходних и даје им један потпуно нови – дигитални облик. У том смислу, као последица четврте индустријске револуције, продукциони односи и пословни процеси не само да су аутоматизовани, него заправо постају „дигитализовани“ (обављају се у потпуности електронским путем, уз помоћ дигиталне технологије, без директног контакта купца и продавца, извођача радова и корисника, пружаоца и корисника услуге, послодавца и лица које ради за њега).

Шта је дигитализација? Дигитализација јесте резултат технолошког развоја и четврте индустријске револуције. Реч је процесу у којем информације, подаци (уместо аналогног) сада добијају дигитални облик,⁵ и тако дигитализовани се употребљавају, складиште или преносе. Са трећом индустријском револуцијом информација, податак постаје камен темељац функционисања привреде, док са четвртом, то постаје информација у дигиталном облику и истом таквом начину саопштавања, чувања и преношења.⁶

Савремени, дигитални начин функционисања продукционих односа, имао је своју еволуцију. Почео је са појавом Интернета, наставио са његовим развојем и све широм употребом, да би се данас о читавом амбијенту живота и привређивања говорило као о дигиталној економији.⁷

У теорији су присутне различите дефиниције дигиталне економије. У ширем смислу, она се посматра као економија заснована на дигиталним технологијама, а где се економске активности одвијају посредством Интернет тржишта.⁸ Уже посматрано, дигиталном економијом сматра се удео у укупној економској активности који се јавља као резултат употребе дигиталних вештина и дигиталних технологија, односно за резултат има дигитална добра и/или услуге.⁹ Или, још уже, то је економска активност која је

⁴ Вид. Jeremy Rifkin, *The Third Industrial Revolution: How Lateral Power is Transforming Energy, the Economy, and the World*, Palgrave MacMillan 2011.

⁵ Дигитални облик у којем се данас јављају информације јесте бит (енгл. Bit), односно бинарни код. Реч је о најмањој јединици информације у рачунарству. Вид. Terry Flew, *New Media: An introduction*, Oxford University Press, Oxford 2008.

⁶ Nick von Tunzelmann, „Historical coevolution of governance and technology in the industrial revolutions“, *Structural Change and Economic Dynamics* 14/2003, 372.

⁷ UNCTAD, *Digital Economy Report: Value creation and capture: implications for developing countries*, 2019, 4.

⁸ Usman Chohan, „Some Precepts of the Digital Economy, Productivity, Innovation & Technology eJournal“, *Social Science Research Network (SSRN)*, January 2020, доступно на интернет адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3512353, 28. октобар 2020.

⁹ Mark Knickrehm, Bruno Berthon, Paul Daugherty, *Digital Disruption: The Growth Multiplier – Optimizing digital investments to realize higher productivity and growth*, Accenture, Dublin 2016, 2.

у целости или претежним делом резултат употребе дигиталних технологија у процесу производње или пружања услуга.¹⁰ Заједнички именилац свих ових дефиниција дигиталне економије јесте економски резултат, који је базиран на међуповезаности људи, привредних субјеката и пословних процеса, а постиже се помоћу Интернета и дигиталних технологија.

Ипак, ниједна од ових дефиниција не даје нам потпуну и праву слику шта је дигитална економија. Занимљиво је да дефиницију овог појма не налазимо ни на месту где је први пут употребљен термин дигитална економија.

Термин дигитална економија први пут је употребљен 1994. године од стране Дона Тапскота (*Don Tapscott*) у његовој књизи – *The Digital Economy: Promise and Peril In The Age of Networked Intelligence* (*Дигитална економија: обећање и опасност у доба умрежене интелигенције*), у којој говори о томе како дигиталне технологије утичу на организацију привредних друштава, пословне процесе, тржиште и у крајњој линији на свеукупну економију. Ипак, као што смо истакли, занимљиво је да на месту на којем се овај термин први пут употребљава, не срећемо и његово појмовно одређење. Наиме, Тапскот објашњава шта је то дигитална економија посредством њених кључних карактеристика,¹¹ али се, врло опрезно, кроз читав текст поменуте књиге, уздржава од дефинисања предметног појма. Разлог за то видимо у чињеници да код покушаја дефинисања појма дигитална економија постоје два ризика. Један лежи у томе да би дефиниција предметног појма, због његове константне еволуције, потенцијално представљала ограничење за његово разумевање. Други ризик се крије у опасности да се приликом дефинисања пође од обележја која су у датом тренутку најактуелнија, самим тим и највидљивија, што би резултирало тиме да се не обухвате сва његова битна обележја. Јер, једино што је сигурно у вези са дигиталном економијом јесте да *status quo* не постоји.¹²

Реч је о појму који константно еволуира, зато што његов основни елемент – дигитална технологија – такође константно мења. Не мора се чекати

¹⁰ Rumana Bukht, Richard Heeks, „Defining, conceptualising and measuring the digital economy“, *GDI Development Informatics Working Papers* No. 68 University of Manchester, 2017, 17.

¹¹ Као кључна обележја, односно карактеристике дигиталне економије Тапскот наводи: 1) то је економија заснована на знању; 2) резултат знања јавља се у дигиталној форми; 3) одвија се претежно у виртуелном, а не у физичком амбијенту; 4) „молекуларна“ уместо масовне организација рада; 5) сви њени чиниоци су интегрисани захваљујући интернету; 6) дигиталне мреже искључују посреднике; 7) базирана је на конвергенцији три фактора – компјутеризације, комуникације и масовних медија; 8) базирана је на иновацијама; 9) брише границе између потрошача и произвођача; 10) информациона непосредност; 11) глобална је; 12) генерише нове друштвене проблеме. Шире о сваком од наведених обележја у Don Tapscott, *The Digital Economy – 20th Anniversary Edition: Promise and Peril In The Age of Networked Intelligence*, McGraw-Hill Education, Kindle Edition, 54-80.

¹² Nitin Nohria, James D. Berkeley, „Whatever Happened to the Take-Charge Manager?“, *Harvard Business Review* January-February 1994, 128.

цео век да би дошло до битних промена у продукционим односима. Новине на пољу дигиталних технологија готово да се јављају свакодневно. Ако се постави питање шта је ново у продукционим односима и пословним процесима донела дигитална економија, одговор би био другачији сваке године.¹³ Једино што је извесно то је да све већи број привредних делатности, привредних субјеката и људи у целини бива обухваћен дигиталним технологијама и да је тај процес глобалан, односно неизбежан за све.¹⁴

3. РАДНО ПРАВО ПРЕД ИЗАЗОВИМА ДИГИТАЛНЕ ЕКОНОМИЈЕ

Свака од поменутих индустријских револуција, са променама које је уносила у процес производње, за свој економски резултат увек је имала повећање продуктивности. Тај технолошки напредак и повећана продуктивност као његов резултат остављали су последице не само на процес производње, него и на процес рада. Заправо, последице на процес рада прве индустријске револуције биле су толико далекосежне, да су довеле до појаве радног права као посебне дисциплине. Са првом индустријском револуцијом ручни рад постаје споредни фактор у производном процесу, док примат преузимају машине, што за резултат има, с једне стране, полет у привреди какав човечанство не памти, а с друге стране, многобројни пролетаријат који се налазио у изузетно тешком положају.¹⁵ Узрок томе био је сам начин регулисања радних односа, где су права и обавезе из радног односа радник и послодавац утврђивали сами, уговором о раду у класичном, грађанскоправном смислу.¹⁶ Овакав начин регулисања радних односа довео је до тога да су послодавци своју економску надмоћ пренели и на терен права и тако раднике држали у изузетно неповољним условима рада, а самим тим и живота. Након низа радничких буна и протеста, држава почиње да путем закона уређује односе између радника и послодаваца, те тако постепено, током XIX века долази до успостављања радног права као посебне правне дисциплине.

Како су технолошки процеси еволуирали са даљим индустријским револуцијама, тако се мењало и радно право. Еволуција радног права одвијала

¹³ Alan M. Webber, „What’s So New About the New Economy?“, *Harvard Business Review* January-February 1993, доступно на интернет адреси: <https://hbr.org/1993/01/whats-so-new-about-the-new-economy>, 27. септембар 2020.

¹⁴ Walter B. Wriston, „The Twilight of Sovereignty“, *The Fletcher Forum* 2/1993, 128.

¹⁵ Више о положају радника из тог периода вид. Карл Маркс, *Капитал*, Просвета, Београд 1975, 170, 191, 207, 349, 425, 661; Arne Eggebrecht и група аутора, *Повијесћ рада*, Графички завод Хрватске, Загреб 1987, 152-162, 207-216.

¹⁶ Уговор се сматрао најподеснијим инструментом који у правном руху рефлектује начела слободе, једнакости и равноправности свих грађана устоличених буржоаским револуцијама.

се на два паралелна колосека. Један се тиче промена у погледу круга лица на које се односе норме радног права (почело је са заштитом деце,¹⁷ затим жена у радном односу,¹⁸ да би се после примена радноправних норми проширила на сва лица у радном односу; данас, еволуција радног права иде у правцу да ова дисциплина обухвати и лица која раде у формама рада ван радног односа – али живе од најамног рада). Други колосек се односи на ширење круга питања којима се радно право бави (од ограничавања радног времена, потом успостављања безбедних и здравих услова рада, утврђивања права на колективно преговарање и синдикално организовање, увођење пензија и социјалног осигурања, а у савременом друштву – заштите од дискриминације на раду, мобинга,¹⁹ злоупотребе личних података запослених, заштита узбуњивача,²⁰ итд).²¹

Данас, у дигиталној економији као новом амбијенту функционисања продукционих односа, време је за даљу еволуцију радног права. Изазови које пред ову грану права поставља дигитална економија су бројни, али чини се да неки од њих, имајући у виду значај који има њихово решавање и колико су хитни, захтевају посебну пажњу. Управо тим изазовима биће посвећена излагања која следе.

3.1. Концепт целоживотног учења као интегрални елемент права на рад

Сваку револуционарну промену у продукционим односима пратила је теза да ће технолошки напредак довести до смањења потребе за радом човека, те да ће многа радна места бити угашена, а самим тим велики број људи остати без посла. Ипак, чини се да поменути наводи никада пре нису били толико присутни и наглашени као данас, у дигиталној економији. „Четврта индустријска револуција“ доноси даљу аутоматизацију у радним процесима, а са тим у вези се, као посебни аспекти дигитализације издвајају два – роботизација и вештачка интелигенција – за које се неретко говори да ће у великој мери „украсти послове“ људима. И заиста, нема сумње да ће у

¹⁷ У Енглеској је 1802. године донет први такав закон. У питању је Закон о здравственој и духовној заштити ученика и других лица запослених у предioniцама и ткачницама памука и другим фабрикама, нав. према Предраг Јовановић, *Радно право*, Нови Сад 2018, 39.

¹⁸ Вид. Raymond Munts and David C. Rice, „Women Workers: Protection or Equality?“, *ILR Review* 1/1970, 3-4.

¹⁹ Видети нпр: Закон о спречавању злостављања на раду, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 36/2010.

²⁰ Видети нпр: Закон о заштити узбуњивача, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 128/2014.

²¹ Предраг Јовановић, *Радно право*, Нови Сад 2018, 26.

предстојећем периоду различити аспекти роботизације бити све више присутни у процесу рада.

Да ли то нужно значи и да ће роботи у потпуности заменити човека на радном месту? Последњи подаци показују да након шест година константног раста присуства робота у процесу производње и пружања услуга, у 2019. години тај тренд први пут бележи пад.²² Смањење је присутно у свим регионима и свим индустријама. Ипак, видеће се да ли ће то бити трајнији тренд, односно, да ли је дошло до „засићења производње роботизацијом“.

Поред тога, истраживања показују да, иако је несумњиво да роботизација утиче на смањење постојања послова и радних места, то не значи да је дошло до смањења потребе за радом човека.²³ Наиме, дигитализација рада се на тржишту рада манифестује у два паралелна, али контрадикторна облика. Са једне стране доводи до престанка постојања одређених радних места, док са друге, ствара потпуно нова радна места (на жалост, за сада не у оној мери у којој се радна места губе). Уосталом, процеси нестанка постојећих и јављања нових послова прате сваку индустријску револуцију на тржишту рада, али је у претходним револуцијама ипак долазило до повећања броја запослених и радних места. Последњу прати изразити тренд опадања стално запослених, који уступају место радницима у новим (несталним и нестабилним) формама рада.²⁴

Какву улогу са овим процесом има радно право? При овој анализи, треба имати у виду да радно право по правилу не утиче на процесе на тржишту рада, већ обрнуто. Поменути друштвени токови представљају извор радног права у материјалном смислу, а задатак ове гране права јесте да систем права, обавеза и одговорности у међусобном односу радника и послодаваца постави у функционалну димензију.²⁵ Ипак, у поменутиим процесима на тржишту рада поједини аспекти радног права јесу од нарочитог значаја. Код гашења радних места, то је случај са правилима која се односе на престанак радног односа у контексту вишкова запослених.²⁶ Са друге стране,

²² У 2019. години забележено је 12% мање робота у односу на 2018. годину. Executive Summary World Robotics 2020 Industrial Robots, стр. 13, доступно на интернет адреси: https://ifr.org/img/worldrobotics/Executive_Summary_WR_2020_Industrial_Robots_1.pdf, 06. октобар 2020.

²³ Gregory Terry, Anna Salomons, Ulrich Zierahn, "Racing with or against the Machine? Evidence from Europe." *ZEW Discussion Paper 16-053*, Center for European Economic Research, Mannheim, Germany 2016.

²⁴ Roger Blanpain, Frank Hendrickx (ed.), *New Forms of Employment in Europe*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2016.

²⁵ Предраг Јовановић, „Интересни сукоби и социјална стабилност у сфери радних односа“, *Радно и социјално право* 1/2013, 35-56.

²⁶ Вид. Љубинка Ковачевић, *Ваљани разлози за ојказ ујовора о рагу*, Београд 2016, 399-437.

код појаве нових радних места значајна су радноправна правила о заснивању радног односа, у контексту обезбеђивања једнаке доступности нових радних места под једнаким условима, те заштите од злоупотребе флексибилних форми рада (најзаступљеније је лажно коришћење уговора о раду на одређено време, уговора о привременим и повременим пословима и „рад преко агенција за упућивање радника“, уместо заснивања сталног радног односа).²⁷

Ипак, промене на тржишту рада које се дешавају у простору између престанка постојања постојећих и јављања потпуно нових радних места, као два дијаметрално супротна пола промена које доносе дигиталне технологије у процесу рада, неретко остају занемарене. Реч је о томе да дигиталне технологије мењају начин на који људи раде.²⁸ Те промене у начину рада, прате и новине у погледу вештина и знања који су потребни за рад у новом, дигиталном амбијенту.²⁹ То значи да они који су већ на тржишту рада и обављају одређене послове, морају да се прилагођавају постојећим технолошким променама како би задржали постојеће послове или пронашли нове. Како спровести преко потребну транзицију ка савременим вештинама и знањима које диктирају дигиталне технологије? То је једно од кључних питања савремене социјалне политике свих држава, у којем радно право може имати битну улогу. Неопходно је да концепт целоживотног учења добије своју радноправну димензију и разраду.

Институционално образовање које претходи изласку на тржиште рада више није довољно да би се на том тржишту задржала активна улога. Лица која су сада у школским и универзитетским клупама припремају се за свет рада који још увек не знамо како ће изгледати. Радници који су већ отпочели свој радни век, суочавају се са променама за које током образовања нису били припремљени. Управо из тих разлога, неопходно је да се са образовањем, односно усавршавањем настави током трајања целокупног радног века. Нажалост, бројне студије показују да више од половине радноактивног становништва није учинило ништа по питању свог усавршавања након окончања школовања.³⁰ Разлога за то је много, како субјективне природе, на пример недостатка самодисциплине, тако и оних објективне природе – као што су недостатак слободног времена, породичне обавезе, недостатак стручне помоћи

²⁷ Вид. Боровоје Шундерић, *Услови заснивања радног односа радника*, Научна књига, Београд 1986, 86-89.

²⁸ World Development Report, *The Changing Nature of Work*, World Bank Group 2019, 23.

²⁹ Wendy Cunningham, Paula Villase, „Employer Voices, Employer Demands, and Implications for Public Skills Development Policy Connecting the Labor and Education Sectors”, *World Bank Research Observer* 1/2016; David Deming, “The Growing Importance of Social Skills in the Labor Market”, *Quarterly Journal of Economics* 4/2017, 1593–1640.

³⁰ Johnny Rich, *Employability: Degrees of Value*, HEPI, Oxford 2015.

у професионалној оријентацији и слично.³¹ Све ово је показатељ да идеја целоживотног учења не може да се спроведе без заједничког деловања радника, послодаваца и државе. Управо из тих разлога неопходно је да овај концепт добије своју радноправну надградњу (кроз право радника на стручно усавршавање). Сви запослени морају имати ефективно право на бесплатно, константно, целоживотно стручно усавршавање (као и преквалификацију и доквалификацију ако буду потребне). У условима савремених технолошких промена, једино са правом на целоживотно учење као интегралним елементом права на рад може се говорити о конструктивном, реалном очувању запослења.³²

3.2. Заштита приватности запослених од употребе дигиталних технологија у сврху реализације надзорних овлашћења послодавца

Творац термина дигитална економија у поменутом делу бавио се и негативним аспектима дигиталних технологија. Са тим у вези на прво место издвојио је опасност од нарушавања приватности до које може довести употреба дигиталних технологија.³³ Али, тада, пре четврт века, нико није могао ни да наслути колико ће технолошки развој неповољно утицати на право на приватност. Говорило се само о опасности да употреба дигиталних технологија од стране државе може довести до повреде приватности појединца. Уосталом, право на приватност је, као сва грађанска и политичка људска права којима оно и припада, и настало у циљу заштите појединца у односу на државу. Иако припада групи млађих људских права,³⁴ данас се несумњиво сматра једним од фундаменталних и као такво предвиђено је у свим релевантним међународним актима о људским правима.³⁵

Држава није једини субјект од којег прети потенцијално угрожавање права на приватност. Све више ово право крше послодавци, а нарочито велике компаније које су се појавиле са развојем Интернета и дигиталних

³¹ Под професионалном оријентацијом подразумева се стручна помоћ лицу у сагледавању његових способности и талента за обављање одређених послова.

³² Велика Британија је на пример још 2017. године усвојила план за реализацију концепта целоживотног учења и у свом буџету за 2017. годину је за ту намену одвојила 40 милиона фунти. *Good Work: The Taylor Review of Modern Working Practices*, 88.

³³ D. Tapscott, 327-344.

³⁴ О праву на приватност први пут се говори се тек крајем XIX века у раду Samuel D. Warren, Louis Brandeis, „The Right to Privacy“, *Harvard Law Review* 5/1890, 193-220.

³⁵ Члан 12 Универзалне декларације Уједињених нација о људским правима (1948. година); члан 17 Међународног пакта о грађанским и политичким правима (1966. година); члан 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (1950. година); члан 7 Повеље о основним правима Европске уније (2001. година).

технологија, попут Гугла (*Google*), Фејсбука (*Facebook*), Епла (*Apple*) или Мајкрософта (*Microsoft*). Те компаније прикупљају и обрађују податке свих грађана и користе за креирање индивидуалног садржаја који ће путем Интернета бити представљен сваком од нас.³⁶ Често су такве активности повезане и са послом. Код многих лица је категорије „лично“ и „приватно“ веома тешко одвојити, односно, повреде се врше на послу и у вези са послом.

Са даљим технолошким напретком, дигиталне технологије не остају резервисане искључиво за државе или велике компаније, већ бивају све јефтиније и доступније. Тако проналазе своје место у домаћинствима, а изузетак није ни радна средина. Управо у вези са употребом дигиталних технологија у процесу рада јавља се једно од најактуелнијих питања модерног радног права – где поставити границу између употребе дигиталних технологија у процесу рада у циљу заштите приватности запослених на радном месту? С тим у вези, последњих деценија присутна је тенденција стварања радноправних норми са сврхом да се обезбеде услови за уживање грађанских слобода и права запослених у радном односу.³⁷ У амбијенту где дигиталне технологије пружају несагледиве могућности сазнавања, чувања, преноса, контроле, праћења информација и података (о запосленима),³⁸ радноправна заштита приватности запослених намеће се као питање од посебне важности.

Употреба дигиталних технологија од стране послодавца представља потенцијалну опасност од нарушавања приватности нарочито из два угла. Један се односи на заштиту података о личности запослених. У радноправној теорији, али и регулативи, ова тема у годинама за нама ужива посебну пажњу,³⁹ а из нормативног угла заокружена је доношењем Општег правила Европске уније о заштити података о личности.⁴⁰ Други аспект потенцијалне опасности од нарушавања права на приватност на радном месту тиче се

³⁶ Вид. Gordon Hull, „Successful failure: what Foucault can teach us about privacy self-management in a world of Facebook and big data“, *Ethics and Information Technology* 17/2015, 89-101; David Lazer, Ryan Kennedy, Gary King, Alessandro Vespignani, „The Parable of Google Flu: Traps in Big Data Analysis“, *Science* 6176/2014, 1203-1205; Andrew McAfee, Erik Brynjolfsson, „Big Data: The Management Revolution“, *Harvard Business Review*, 2012, 4-9.

³⁷ Љубинка Ковачевић, „Радноправна заштита грађанских слобода и права запослених на месту рада – продор демократских вредности у свет рада или компензација за већу несигурност запослења?“, *Теме* 4/2013, 1595-1596.

³⁸ Сенад Јашаревић, „Нове тенденције у области заштите личних података на раду у међународном праву“, *Радно и социјално право* 1/2016, 74.

³⁹ Marta Otto, „The Right to Privacy in Employment: In Search of the European Model of Protection“, *European Labour Law Journal* 4/2015, 343-363; Сенад Јашаревић, „Нове тенденције у области заштите личних података на раду у међународном и европском праву“, *Ие-мајски зборник Хармонизација српској и мађарској права са правом Европске уније*, књига 4, Правни факултет у Новом Саду 2016, 263-282.

⁴⁰ Regulation (EU) 2016/679, OJ L 119, од дана 04.05.2016. године.

употребе дигиталних технологија од стране послодавца у вези са реализацијом његових надзорних овлашћења.⁴¹

И поред актуелности предметног питања, државе су прилично уздржане у смислу законског регулисања ове материје,⁴² а изузетак није ни Република Србија.⁴³ У таквој ситуацији где изостају императивни прописи којима се установљавају посебна правила надзора над радом запослених од стране послодавца, њихова приватност на радном месту штити се кроз општа правила о правима запослених и заштити њиховог личног интегритета и достојанства личности.⁴⁴

У одсуству конкретних законских решења, корисне инструкције за заштиту права приватности у оквиру надзорних овлашћења послодавца пружа пракса Европског суда за људска права. Овај суд је најпре у предмету Нимиц против Немачке заузео став да се члан 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода протеже и на заштиту приватности у радном односу,⁴⁵ да би у предмету Барбулеску против Румуније поставио темеље очувању права на приватност запослених у односу на надзорна овлашћења послодавца.⁴⁶ Тако је у предметној пресуди Суд утврдио који услови у конкретном случају морају бити испуњени како надзор послодавца не би прешао дозвољену границу поштовања приватности запосленог на радном месту. Са тим у вези, да би надзор послодавца био легалан и легитиман неопходно је: а) да запослени буду обавештени о могућности да се њихов рад надзире као и да буду обавештени о природи самог надзора, пре него што се у процес рада уграде био какве мере надзора; б) да запослени буду обавештени о обиму надзора (нпр. да ли се надзире само време слања/пријема порука, или се надзире и њихов садржај); в) да се претходно утврди постоје ли оправдани разлози који послодавцу допуштају увођење конкретних

⁴¹ У вези са тиме видети нпр. судску праксу Европског суда за људска права Савета Европе, у Стразбуру. European Court of Human Rights, *Surveillance at workplace*, 2019, Strasbourg, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Workplace_surveillance_ENG.pdf, 12. новембар 2020.

⁴² Љубинка Ковачевић, „Интернет и приватан живот запослених: границе послодавчевих надзорних, дисциплинских и нормативних овлашћења“, *Инјернети и групииво*, Ниш 2014, 350.

⁴³ Ипак, изузетак у нашој легислативи присутан је у Правилнику о правилима понашања послодаваца и запослених у вези са превенцијом и заштитом од злостављања на раду, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 62/2010. У члану 12 тачка 4 алинеја 8 као једно од понашања од којих се треба уздржавати јесте и неоправдано прекомерно надзирање рада.

⁴⁴ Као што је то случај и у Европској унији, где се на ову област односи поменуто Опште правило Европске уније о заштити података о личности. Код нас је то: Закон о заштити података о личности, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 87/2018.

⁴⁵ Niemietz v. Germany (*Application no. 13710/88*) параграф 29.

⁴⁶ Вид. Дарко Божичић, „Границе послодавчевих надзорних овлашћења у односу на заштиту права на приватност запослених“, *Радно и социјално право* 2/2018, 100-102.

мера надзора у процес рада; г) да се претходно изврши процена да ли се циљ надзора може остварити предузимањем мера којима се мање задира у приватност запослених; д) у које сврхе се могу користити подаци до којих се дође приликом употребе надзорних мера; ђ) да ли су запосленима на располагању одговарајуће мере заштите које треба да обезбеде да послодавац не може бити упознат са садржајем комуникације коју запослени обавља на радном месту, осим уколико о тој могућности није претходно обавештен.⁴⁷

3.3. Рад преко дигиталних платформи

Са појавом нових технологија јавља се читав низ нових пословних субјеката у оквиру дигиталне економије, који су у битној мери променили начин функционисања свакодневнице. Када је потребно прибавити најразличитије информације у погледу било које теме, на располагању је платформа – Википедија (*Wikipedia*). За организовање смештаја и осмишљавање путовања користе се платформе – *AirBnB* или *Booking*. Ове платформе нуде најразличитије опције преноћишта у било којем делу света, а при томе не поседују нити једну једину некретнину (дакле, као и већина платформи, функционишу „виртуелно“ – изван реалности).⁴⁸ Ту су и дигиталне платформе за превоз – нпр. Убер (*Uber*), трговину – Амазон (*Amazon*), и многе друге, са којима се поједностављено комуницира уз помоћ телефона, таблет, преносивог или стандардног рачунара. Дигиталне платформе заправо делују као дигитални посредници између понуде и потражње. За сваку човекову потребу, данас постоји нека дигитална платформа која ће је задовољити. Изузетак није ни рад.

При томе, платформе без великих трошкова (пошто не плаћају информације), често упошљавају људе широм света и остварују велику зараду, без икаквог пословног ризика, избегавајући да се декларишу као послодавци, чак и када то јесу. Када говоримо о дигиталним платформама преко којих се врши рад, реч је о Интернет сервису, односно апликацији која суштински спаја, с једне стране, људе који имају потребу за извршавањем одређеног рада, и са друге стране, лица која имају потребу за налажењем посла. Захваљујући Интернету, они који имају потребу за извршавањем одређеног рада (послодавац корисник, клијент), до њега могу доћи дословно у сваком моменту. Дигитална платформа у било ком моменту, 24 часа, 365 дана у години „обезбеђује“ (дигиталног) радника који је спреман да изврши постављени радни задатак.⁴⁹

⁴⁷ *Bărbulescu v. Romania (Application no. 61496/08)* параграф 121.

⁴⁸ У контексту интернет технологије појам виртуелно означава све оно што физички не постоји, није опипљиво већ је видљиво захваљујући компјутерском софтверу.

⁴⁹ Christophe Degryse, „Shaping the world of work in the digital economy“, *ForesightBrief*, ETUI 1/2017, 2.

Све дигиталне платформе посредством којих се врши рад можемо поделити у две групе. Са једне стране стоје оне које су засноване на тзв. масовном раду (*crowdworking*), а са друге, оне засноване на вршењу радних задатака по захтеву (*work on demand*).⁵⁰ Но, и поред разлика које постоје у начину њиховог функционисања, последице које ове платформе лица која пружају услугу рада посредством платформи су готово идентичне.

На бази дигиталних платформи заправо је створено једно посебно, паралелно тржиште рада.⁵¹ То тржиште одликује наглашена флексибилност са једне стране, а са друге, изразита финансијска и социјална несигурност за лица која раде на тај начин. Лица која обављају рад посредством платформи бирају за кога ће да раде, када ће радити, које послове ће да извршавају, као и колико ће да раде. Али суштински, та флексибилност постоји само као могућност у теорији, док се у реалном животу ретко када остварује. Лица која раде посредством платформи углавном ни не знају ко је наручилац њиховог рада. У ситуацији када се боре за сваки посао, прихватаће га кад год се за то укаже прилика, те ће се неретко дешавати да раде много дуже него што дозвољавају законски прописи који уређују радно време, или ће због синхронизације са пословним процесима код наручиоца посла, морати да раде у тачно одређеном времену које им не одговара (нпр. редовно током ноћи, викендом, за време празника).

При томе, њихов рад се одвија без било какве правне форме и заштите. Нема никаквог уговора као правног основа за њихов рад или су то веома штури и проблематични уговори, који штите само „платформу“. Самим тим права по основу рада, као што су зарада, плаћени годишњи одмор, право на безбедност и здравље на раду, права из социјалног осигурања, за њих остају недостижна. Разлог је зато што не раде у форми радног односа, нити су препознати као запослени (што и јесте крајњи циљ организатора платформи и овог вида економије – да се целокупан ризик пословања и рада превали на запослене). На тај начин остају изван заштите коју пружа традиционално радно право, односно препуштени су сами себи. Генерално, немају гаранције финансијске стабилности, дугорочну перспективу у погледу каријере, нити било какву заштиту у случају болести, повреде и сл.

Због свега наведеног, дигиталне платформе диктирају даљу еволуцију радног права у правцу ширења радноправних норми и на лица која врше рад посредством тих платформи. Али, поставља се питање – у којем правцу може и треба да иде ширење круга лица на које се односе радноправне норме?

⁵⁰ О различитим врстама дигиталних платформи вид. Дарко Божић, „Дигиталне платформе и њихов утицај на односе поводом дигиталног рада,“ *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2020, 455-458.

⁵¹ Christophe Degryse, *Digitalisation of the economy and its impact on labour markets*, Working Paper 2016.02, ETUI, 35.

У теорији се у том погледу јављају три предлога. Један води у правцу редеофинисања радног односа и настојања да се платформски рад стави у оквиру ове форме друштвено регулисаног рада. Други се односи на редеофинисање појма запосленог,⁵² или увођења нове категорије „радник“ – лица која би се по правима и обавезама по основу рада налазила између запосленог и самозапосленог.⁵³ Трећи предлог подразумева редеофинисање појма послодаваца и иде у правцу успостављања флексибилнијих критеријума на основу којих би се одређивало да ли је конкретна дигитална платформа послодавац,⁵⁴ те уколико се испостави да јесте – била би дужна да преузме обавезе послодаваца из закона којима се уређује рад у служби другог.

4. ЗАКЉУЧАК

Дигиталне технологије из корена су промениле начин на који живимо и радимо. У значајној мери су олакшале и убрзале многе пословне процесе, али са друге стране, унеле су велику несигурност запослења и ризик од угрожавања појединих фундаменталних људских права на радном месту. Тако велике и корените промене као императив намећу промене радног законодавства које би требало да иду у правцу обезбеђивања реалног запослења и достојанствених услова рада за сва лица која раде, без обзира на који начин обављају рад (укључујући и „дигиталне раднике“). Са тим у вези, отвара се потреба за законским уређењем концепта целоживотног учења, као интегралног елемента права на рад, као и за успостављања прецизних законских правила у вези са заштитом приватности на радном месту.

Поред тога, појава дигиталних платформи као новог субјекта у свету рада отворила је питање регулисања њиховог правног статуса (као послодаваца) и права по основу рада за лица која раде посредством тих платформи. Имајући у виду начин на који функционишу дигиталне платформе, за уређивање њиховог правног положаја биће неопходно успостављање правних правила на међународном нивоу, које ће обухватити све земље из којих се организује и обавља рад.

⁵² ILO, *Digital labour platforms and the future of work – Towards decent work in the online world*, Geneva 2018; Сенад Јашаревић, „Уређење радног односа у Србији у контексту нових околности у свету рада“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Сагу* 3/2015, 1062-1063.

⁵³ Постоје теоретичари који овај пут не виде као најадекватнији. Вид. Valerio De Stefano, *The rise of the “just-in-time workforce”: On-demand work, crowdwork and labour protection in the “gig economy”*, ILO, 2016, 18-20.

⁵⁴ Jeremias Prassl, *The Concept of the Employer*, Oxford University Press, Oxford 2016, 155-194.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Alan M. Webber, „What’s So New About the New Economy?“, *Harvard Business Review* January-February 1993, доступно на Интернет адреси: <https://hbr.org/1993/01/whats-so-new-about-the-new-economy>
- Andrew McAfee, Erik Brynjolfsson, „Big Data: The Management Revolution“, *Harvard Business Review*, 2012
- Arne Eggebrecht и група аутора, *Повијесџ рага*, Графички завод Хрватске, Загреб 1987
- Christophe Degryse, „Shaping the world of work in the digital economy“, *Foresight-Brief*, ETUI 1/2017
- Christophe Degryse, *Digitalisation of the economy and its impact on labour markets*, Working Paper 2016.02, ETUI
- David Deming, „The Growing Importance of Social Skills in the Labor Market“, *Quarterly Journal of Economics* 4/2017
- David Lazer, Ryan Kennedy, Gary King, Alessandro Vespignani, „The Parable of Google Flu: Traps in Big Data Analysis“, *Science* 6176/2014
- Don Tapscott, *The Digital Economy – 20th Anniversary Edition: Promise and Peril In The Age of Networked Intelligence*, McGraw-Hill Education, Kindle Edition
- Executive Summary World Robotics 2020 Industrial Robots, доступно на Интернет адреси: https://ifr.org/img/worldrobotics/Executive_Summary_WR_2020_Industrial_Robots_1.pdf
- Good Work: The Taylor Review of Modern Working Practices
- Gordon Hull, „Successful failure: what Foucault can teach us about privacy self-management in a world of Facebook and big data“, *Ethics and Information Technology* 17/2015
- Gregory Terry, Anna Salomons, Ulrich Zierahn, „Racing with or against the Machine? Evidence from Europe.“ *ZEW Discussion Paper 16–053*, Center for European Economic Research, Mannheim, Germany 2016
- ILO, *Digital labour platforms and the future of work – Towards decent work in the online world*, Geneva 2018
- Jeremias Prassl, *The Concept of the Employer*, Oxford University Press, Oxford 2016
- Jeremy Rifkin, *The Third Industrial Revolution: How Lateral Power is Transforming Energy, the Economy, and the World*, Palgrave MacMillan 2011
- Joel Mokyr, *The Second Industrial Revolution 1870-1914*, 2-12, доступно на: <https://faculty.wcas.northwestern.edu/~jmokyr/castronovo.pdf>
- Johnny Rich, *Employability: Degrees of Value*, HEPI, Oxford 2015
- Mark Knickrehm, Bruno Berthon, Paul Daugherty, *Digital Disruption: The Growth Multiplier – Optimizing digital investments to realize higher productivity and growth*, Accenture, Dublin 2016
- Marta Otto, „The Right to Privacy in Employment: In Search of the European Model of Protection“, *European Labour Law Journal* 4/2015
- Nick von Tunzelmann, „Historical coevolution of governance and technology in the industrial revolutions“, *Structural Change and Economic Dynamics* 14/2003
- Nitin Nohria, James D. Berkeley, „Whatever Happened to the Take-Charge Manager?“, *Harvard Business Review* January-February 1994

- Raymond Muntz and David C. Rice, „Women Workers: Protection or Equality?“, *ILR Review* 1/1970
- Roger Blanpain, Frank Hendrickx (ed.), *New Forms of Employment in Europe*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2016
- Rumana Bukht, Richard Heeks, „Defining, conceptualising and measuring the digital economy“, *GDI Development Informatics Working Papers* No. 68 University of Manchester, 2017
- Samuel D. Warren, Louis Brandeis, „The Right to Privacy“, *Harvard Law Review* 5/1890
- Terry Flew, *New Media: An introduction*, Oxford University Press, Oxford 2008
- UNCTAD, *Digital Economy Report: Value creation and capture: implications for developing countries*, 2019
- Usman Chohan, „Some Precepts of the Digital Economy, Productivity, Innovation & Technology eJournal“, *Social Science Research Network (SSRN)*, January 2020, доступно на Интернет адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3512353
- Valerio De Stefano, *The rise of the “just-in-time workforce”: On-demand work, crowdwork and labour protection in the “gigeconomy”*, ILO, 2016
- Walter B. Wriston, „The Twilight of Sovereignty“, *The Fletcher Forum* 2/1993
- Wendy Cunningham, Paula Villase, „Employer Voices, Employer Demands, and Implications for Public Skills Development Policy Connecting the Labor and Education Sectors“, *World Bank Research Observer* 1/2016
- World Development Report, *The Changing Nature of Work*, World Bank Group 2019
- Боривоје Шундерић, *Услови заснивања радног односа радника*, Научна књига, Београд 1986
- Дарко Божићић, „Границе послодавчевих надзорних овлашћења у односу на заштиту права на приватност запослених“, *Радно и социјално право* 2/2018
- Дарко Божићић, „Дигиталне платформе и њихов утицај на односе поводом дигиталног рада“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2020
- Карл Маркс, *Капитал*, Просвета, Београд 1975
- Љубинка Ковачевић, „Интернет и приватан живот запослених: границе послодавчевих надзорних, дисциплинских и нормативних овлашћења“, *Интернет и друштво*, Ниш 2014
- Љубинка Ковачевић, „Радноправна заштита грађанских слобода и права запослених на месту рада – продор демократских вредности у свет рада или компензација за већу несигурност запослења?“, *Теме* 4/2013
- Љубинка Ковачевић, *Ваљани разлози за оштаквање уговора о раду*, Београд 2016
- Предраг Јовановић, „Интересни сукоби и социјална стабилност у сфери радних односа“, *Радно и социјално право* 1/2013
- Предраг Јовановић, *Радно право*, Нови Сад 2018
- Сенад Јашаревић, „Нове тенденције у области заштите личних података на раду у међународном праву“, *Радно и социјално право* 1/2016
- Сенад Јашаревић, „Нове тенденције у области заштите личних података на раду у међународном и европском праву“, *Имајски зборник Хармонизација српској и мађарској права са правом Европске уније*, књига 4, Правни факултет у Новом Саду 2016

- Сенад Јашаревић, „Уређење радног односа у Србији у контексту нових околности у свету рада“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2015
- Сенад Јашаревић, „Утицај дигитализације на радне односе“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2016

Senad R. Jašarević
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Jasarevic@pf.uns.ac.rs

Darko M. Božićić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.bozicic@pf.uns.ac.rs

Labour Law in Front of Digital Economy Challenges

Abstract: *Digital technologies aren't knocking on our doors, they are already in our homes. They have changed the way how we communicate, travel, how we do our shopping, using cars, listening music... and there are countless examples. But, they have changed the way how we work as well. Digital technologies make work easier, safer and work markets are more accessible. On the other hand, some of us do not enjoy so much in presence of digital technologies because they represent "job killers" or potential for violation on privacy at work. These are just few of challenges for Labour law in new digital era.*

Keywords: *digital economy, labour law, lifelong learning, privacy at work, digital platforms*

Датум пријема рада: 01.12.2021.

Датум прихватања рада: 23.01.2022.

Бојан Л. Пајић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
B.Pajtic@pf.uns.ac.rs

ПРАВО ЗАШТИТЕ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ У СРБИЈИ – ИЗМЕЂУ ЕТИКЕ ДОБРИХ НАМЕРА И ЕТИКЕ ОДГОВОРНОСТИ*

Сажетак: Рад је концентрисан на формалне и практичне проблеме у области заштите животне средине, који настају као последица пројужања или неделања органа законодавне и извршне власти у Србији, са наласком на стање у 2020 – ој години. У тексту је извршена анализа позитивне законодавне и услашености домаћих правних прописа са међународним декларацијама и конвенцијама које је наша држава ратификовала (од Стокхолмске декларације и Конвенције Савета Европе о грађанској одговорности за штету проузроковану обављањем делатности оисне по животну средину до Декларације из Рија), као и са европским Директивама (Директива ЕУ за индустријске емисије) и Уредбама (Уредба број 525/2013 о мониторингу и извешавању о емисијама асова са ефектом стаклене баште и извешавању о другим информацијама од значаја за климатске промене). Кандидатура за равноправно чланство у европској породици народа обавезује српски парламент и Владу да учине догајне напоре у правцу хармонизације нашег права са европским. У раду је заузет *de lege ferenda* приступ, а аутор образлаже неопходност измена и дојуна низа закона, као што су Закон о процени утицаја на животну средину, Закон о стипатејској процени утицаја на животну средину, Закон о накнадама за коришћење јавних добара и Закон о буџетском систему, као и што брже доношења Српског грађанског законика (у коме би морале бити разрешене дилеме које суштавају субјекте права у коришћењу еколошке јужбе као инструмената заштите животне средине). Указано је на неприхватљиво одступање од једне од темељних принципа усановљених Рио декларацијом, који са собом доноси читав низ стурктурних проблема и неспособност функционисања како институције

* Чланак је настао као резултат рада на научноистраживачком пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ Правног факултета Универзитета у Новом Саду у 2020. години

Зеленој фонда, тако и низа организација којима је екологија у фокусу деловања. Последице дискрепанције између намера прокламованих Уставом Србије и Националном стратегијом Србије за припадност Србије и Црне Горе Европској унији из 2005 године с једне и одсуства адекватних активности законодавне и извршне власти у заштити живе средине, с друге стране, оледају се како у изразито лошим оценама у последњем извештајима Европске комисије и Европске канцеларије за животну средину, тако и у здравственој угрожености и повишеном степеноу смртности великог броја грађана Србије, али и других европских држава, услед хитних емисија, односно полуција ваздуха, воде и земљишта на територији наше земље. Поред предлога за измене формалног оквира у области Права заштити живе средине, у раду се указује и на неопходност коришћења оних механизма грађанског правне заштите, као што је еколошка иужба (установљена Законом о облигационим односима 1978), која је, по својој природи, *actio popularis* и у том смислу припадна најширем кругу субјеката. Одбрана стандарда установљених Кјото протоколом и Базелском конвенцијом би, широким коришћењем овог процесног инструмента, била стављена не само у руке представника законодавне и извршне, већ, условно речено и судске власти (условно, наравно, због тога што судови могу одлучивати само уколико страна у поступку покрене парничну иужбу, али не и на основу својствене иницијативе).

Кључне речи: животна средина, хармонизација правних прописа, еколошка иужба.

ПРАВО НА ЗДРАВУ ЖИВОТНУ СРЕДИНУ – МЕЂУНАРОДНИ НОРМАТИВНИ ОКВИР

У колоквијалном говору веома често наглашавамо да „природа не познаје границе“. Угрожавање екосистема у једној држави неминовно утиче на стање човекове околине у другим земљама, понекад и на целој планети. Због тога је и Право животне средине, пре свега, утемељено на међународним правним актима, који бивају ратификовани и инкорпорисани у националне правне системе. У овом одељку указаћемо на оне декларације, конвенције и међународне уговоре, на којима је утемељена ова грана права, како глобално, тако и у нашој земљи.

Принцип да је право на здраву животну средину једно од основних људских права утемељила је такозвана Стокхолмска декларација из 1972¹ (пун назив овог документа је Декларација Конференције Уједињених нација

¹ Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, <http://www.unep.org/Documents/Multilingual/Default.asp?documentid=97&articleid=1503>

о животној средини), као и акциони план за животну средину који је донет ради спровођења у дело овог документа. Донета је као крунски документ Конференције Уједињених нација о животној средини (одржане у главном граду Шведске у јуну 1972), прве глобалне конференције у историји чија је основна тема била заштита животне средине.

Сталност и стабилност средстава намењених обезбеђивању здравог животног окружења, која не би зависила од свакодобне добре воље доносилаца одлука, могуће је, између осталог, обезбедити применом начела „загађивач плаћа“, које је у међународно право и праксу уведено Декларацијом Уједињених нација о животној средини и развоју, донетој у Рио де жанеиру 1992 (Рио декларација).² Према принципу број 16 ове декларације: „националне власти треба да настоје да промовишу интернализацију трошкова заштите животне средине и употребу економских инструмената, узимајући у обзир приступ да загађивач у принципу сноси трошкове загађења, узимајући у обзир јавни интерес и без нарушавања међународне трговине и инвестиција“. Конвенција Савета Европе о грађанској одговорности за штету проузроковану обављањем делатности опасне по животну средину³ из 1993. године, полазећи од начела „загађивач плаћа“, ствара претпоставке којим бива олакшан терет доказивања лицима која имају активну легитимацију у поступцима накнаде штете у области заштите животне средине. Њом се утврђује објективна одговорност оних физичких и правних лица, која обављају опасне делатности, дакле одговорност наступа без обзира на кривицу вршиоца опасне делатности.

Поред наведених аката, с обзиром на то да наша земља има статус кандидата за чланство у Европској унији, за српско право посебан значај има хармонизовање нашег правног система са такозваним „*acquis communautaire*“ – правом Европске уније. У члану 191. Уговора о функционисању Европске уније⁴ наглашено је, првим ставом, да политика Уније у области животне средине доприноси остваривању следећих циљева: очувању, заштити и побољшању квалитета животне средине; заштити здравља људи; мудро и рационалном коришћењу природних ресурса; подстицању мера на међународном нивоу, за решавање регионалних или глобалних проблема животне средине, а нарочито у борби против климатских промена. Уговор у ставу другом истог члана наглашава да су темељни принципи на којима почива

² Rio declaration on environment and development (Рио декларација о животној средини и развоју из 1992.) https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf

³ Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment, Lugano, 21.VI.1993

⁴ Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) [2016] OJ C202/1.

европска еколошка политика: начело предострожности и превентивног деловања, начело да штету нанету животној средини првенствено треба отклањати на извору и начелу да загађивач плаћа. У овом тексту ћемо посебну пажњу посветити оним сегментима српског права заштите животне средине који нису у значајној мери или нису уопште усаглашени са европским правним прописима, декларацијама и извештајима Европске Комисије, као и правним и практичним проблемима који произлазе из таквог односа према Праву заштите животне средине.

СРПСКО ЕКОЛОШКО ПРАВО И ПРАКСА – ИЗМЕЂУ ДЕКЛАРАТИВНОГ ЗАЛАГАЊА И НЕАДЕКВАТНОГ ДЕЛАЊА

Већ највиши правним актом, Уставом Републике Србије, у првом ставу члана 74 је, у складу са одредбама Стокхолмске декларације, прокламовано право сваког грађанина на „здраву животну средину и на благовремено и потпуно обавештавање о њеном стању“. Одговорност за чување и побољшавање животне средине прописана је у истом члану као општа дужност, са посебним наглашавањем одговорности републичких и покрајинских органа у области екологије. Наглашавамо, притом, да су надлежности покрајине у области управљања шумама, инспекцијског надзора и газдовања националним парком Фрушка гора укинуте или значајно редуковане у претходних неколико година, различитим правним актима. Закон о заштити животне средине, вођен словом Устава, енумеративном методом дефинише такозване „субјекте система заштите животне средине, сврставајући у ту групу: Републику Србију; аутономну покрајину; општине, односно градове; предузећа, друга домаћа и страна правна лица и предузетнике који у обављању привредне и друге делатности користе природне вредности, угрожавају или загађују животну средину; научне и стручне организације и друге јавне службе, као и грађане, групе грађана, њихова удружења, професионалне или друге организације.⁵

У шестој тачки трећег одељка трећег поглавља Националне стратегије Србије за приступање Србије и Црне Горе Европској унији из 2005 године,⁶ наведено је да је „циљ активности и мера у области животне средине стварање услова за прилагођавање структуре и динамике привредних и других

⁵ Закон о заштити животне средине, („Сл. гласник РС“, бр. 135/2004, 36/2009, 36/2009 – др. закон, 72/2009 – др. закон, 43/2011 – одлука УС, 14/2016, 76/2018, 95/2018 – др. закон и 95/2018 – др. закон

⁶ Национална стратегија Србије за приступање Србије и Црне Горе Европској унији, Канцеларија за придруживање Европској унији Владе Републике Србије, Премис доо, Београд, 2005 године

делатности, односно процеса у животној средини, тако да се задовољавањем потреба садашњих генерација не угрожава право будућих генерација на здраву животну средину, на истом и вишем нивоу.“

Дакле, сви правни прописи који регулишу област екологије, од Устава као највишег правног акта, па до закона и подзаконских аката, као и програмских докумената донетих у процесу европских интеграција наглашавају егзистенцијалну важност ове области. У домену етике добрих намера и декларативног залагања за достизање највиших стандарда у области заштите животне средине, Србија оставља утисак државе у којој постоји висок ниво еколошке свести и снажна воља доносилаца одлука да се та свест преточи у конкретне резултате. Овај рад даће одговор на питање да ли је тако и на плану етике одговорности и да ли је реално стање у овој области макар приближно стеченој импресији. Биће изнет и низ предлога који ће се односити на правне прописе које је неопходно изменити и допунити или донети у наредном периоду.

Упркос свему наведеном, представници законодавне и извршне власти, нажалост, нису усагласили своје деловање у овој области са већ наведеним чланом 74 Устава Републике Србије. Законодавац се, својим непоступањем, оглушава о обавезу да обезбеди опште право на здраву животну средину и на благовремено и потпуно обавештавање о њеном стању, а извршна власт то чини ускраћивањем информација грађанима Србије о нивоу и кобним последицама полуција ваздуха, воде и земље на простору наше државе, као и недоношењем одговарајућих уредаба, или честом доцњом у њиховом усвајању и имплементацији. Поред тога, на терет законодавца се може ставити околност да читав низ већ донетих закона изискују хитне измене и допуне и хармонизацију са европским директивама – од Закона о процени утицаја на животну средину⁷ и Закона о стратешкој процени утицаја на животну средину, све до Закона о накнадама за коришћење јавних добара и Закона о буџетском систему, а да те измене и допуне већ годинама не бивају реализоване.

Иако је на нивоу Европске уније још 2013 године усвојена Уредба број 525/2013 о мониторингу и извештавању о емисијама гасова са ефектом стаклене баште и извештавању о другим информацијама од значаја за климатске промене⁸, у Србији је Закон о климатским променама донет тек у марту 2021.⁹ Овим законом уређује се систем за ограничење емисија гасова са ефектом

⁷ Закон о процени утицаја на животну средину, „Службени гласник Републике Србије“, број 135/2004 і 36/2009

⁸ Regulation (EU) No 525/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on a mechanism for monitoring and reporting greenhouse gas emissions and for reporting other information at national and Union level relevant to climate change and repealing Decision No 280/2004/EC Text with EEA relevance

⁹ Закон о климатским променама, „Службени гласник РС“, бр. 26/2021

стаклене баште (у даљем тексту: GHG) и за прилагођавање на измењене климатске услове, мониторинг и извештавање о стратегији нискоугљеничног развоја и њеном унапређењу, програми прилагођавања на измењене климатске услове, доношење стратегије нискоугљеничног развоја и програма прилагођавања на измењене климатске услове, издавање дозвола за емисије GHG оператеру постројења, издавање одобрења на план мониторинга авио оператора, мониторинг, извештавање, верификацију и акредитацију верификатора, административне таксе, надзор и друга питања од значаја за ограничење емисија GHG и прилагођавање на измењене климатске услове¹⁰. Надамо се да ће коначно усвајање овог, системског закона, у области заштите животне средине омогућити остваривање видљивих помака.

Нормативна делатност Скупштине Србије у 2020 у области заштите животне средине ни приближно није одговорила на изазове који се намећу, упркос дугогодишњим упозорењима Европске Комисије на суштинске проблеме у овој области, и потреби да се, због конзистентности еколошких прописа, неки правни прописи донесу, а неки измене. Измена поменутих закона о процени утицаја на животну средину неопходна је, зато што ови правни прописи нису усаглашени са Законом о планирању и изградњи,¹¹ (што је неопходно ради детерминисања тренутка у коме се врши процена утицаја у односу на моменат издавања грађевинске дозволе), као ни са другим законима. Измена Закона о накнадама за коришћење јавних добара створила би услове за примену начела „загађивач плаћа“, којег се српске институције, у овом тренутку, придржавају само делимично. О потреби доношење Српског грађанског законика и његовом значају у области Права животне средине говорићемо у следећем поглављу.

Једини закони који су донети у току 2020, а једним делом се дотичу и заштите животне средине (додуше, само на делу територије наше земље) су: Закон о потврђивању Споразума између Владе Републике Србије и Владе Румуније о сарадњи у области одрживог управљања прекограничним водама,¹² Закон о потврђивању Споразума између Владе Републике Србије и Владе Мађарске о сарадњи у области одрживог управљања прекограничним водама и сливовима од заједничког интереса¹³ и Закон о потврђивању Споразума

¹⁰ Погледати први члан нацрта Закона о климатским променама на адреси Министарства заштите животне средине: https://www.ekologija.gov.rs/sites/default/files/olddocuments/Klimatske_promene/3._%25D0%259D%25D0%25B0%25D1%2586%25D1%2580%25D1%2582%25D0%25B8_%25D0%25B7%25D0%25B0%25D0%25BA%25D0%25BE%25D0%25BD%25D0%25B0/Nacrt-Zakona_KP.pdf

¹¹ Закон о планирању и изградњи, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 72/2009, 81/2009 – испр., 64/2010 – одлука УС, 24/2011, 121/2012, 42/2013 – одлука УС, 50/2013 – одлука УС, 98/2013 – одлука УС, 132/2014, 145/2014, 83/2018, 31/2019, 37/2019 – др. закон и 9/2020

¹² Службени гласник РС – Међународни уговори“, број 4 од 5. марта 2020.

¹³ Службени гласник РС – Међународни уговори“, број 4 од 5. марта 2020.

између Владе Републике Србије и Владе Мађарске о сарадњи у области заштите животне средине.¹⁴ Када узмемо у обзир међународне обавезе наше државе у области екологије, као и алармантно лоше стање животне средине у земљи у којој живимо, тешко је наћи оправдање за овако скроман учинак српског парламента у години која је иза нас.

ЕКОЛОШКА ТУЖБА И ЊЕНИ ДОМЕНИ У СРПСКОМ ПРАВУ И ПРАКСИ

Наш законодавац је, пре више од 40 година, у руке сваког физичког и правног лица дао парнични инструмент заштите животне средине. У намери да се спречи наступање „еколошке штете“, савезни законодавац је, ослањајући се на већ поменути Стокхолмску декларацију из 1972. године, шест година након ње, усвојио Закон о облигационим односима, којим је у наш правни систем уведена еколошка тужба. У правној пракси, нажалост, ова тужба није заживела, тако да у судској пракси не постоје пресуде по основу поднетих еколошких тужби за случај да штета прети неодређеном броју лица. На члан 156. тужиоци су се позивали само када су они лично претрпели штету, односно, уколико је штета претила непосредно њима.¹⁵

Када говоримо о еколошкој штети, дистинкција између ње и класичног појма штете се намеће већ по основу чињенице да потоња представља противправно умањење нечије имовине и спречавање њеног увећања, односно, угрожавање нечијег физичког и психичког интегритета, па, према томе, оштећени стиче активну легитимацију да покрене парнични поступак уколико је она наступила, док еколошка тужба може бити подигнута уколико није дошло до угрожавања неког добра или лица. ЗОО је чланом 156. успоставио ову тужбу, на основу које чак и они субјекти којима штета не прети, нити су је претрпели, могу да „захтевају од другог да уклони извор опасности од кога прети знатнија штета неодређеном броју лица, односно, да се уздржи од делатности од које произлази узнемиравање или опасност штете.“ Овакво решење је логично, будући да консеквенце штетних емисија могу бити видљиве тек после неколико деценија, па је предузимање мера против потенцијалног загађивача – императив. Оштећеним (или потенцијално оштећеним) лицима поменута одредба иде у прилог због тога што се за еколошку штету одговара по принципу објективне одговорности – без обзира на кривицу,

¹⁴ Службени гласник РС – Међународни уговори“, број 4 од 5. марта 2020.

¹⁵ Више о овоме: Бојан Л. Пајтић, Еколошка тужба (*actio popularis*) у српском и мађарском праву, Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније (тематски зборник), Правни факултет у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2015, стр. 241-259.

али и зато што је поменутим чланом закона успостављен несвакидашњи правни инструмент који омогућава да суд, у парничном поступку забрани неку делатност, тиме што ће наложити загађивачу уклањање извора опасности. До доношења Закона о облигационим односима, овакво овлашћење је било могуће реализовати у управном поступку, на основу одредаба јавног права, али не и у парници.¹⁶

Право заштите животне средине посебан нагласак ставља на превенцију настанка штете. Процесноправна заштита која има превентивну функцију може бити реализована путем три инструмента: тужбом због имисија, тужбом због сметања државине и еколошком тужбом.¹⁷ Постоји неколико школа мишљења које покушавају да дају одговор на питање зашто субјекти права у Србији нису посезали за еколошком тужбом, која је својеврсни „*actio popularis*“ (популарна тужба), будући да је може поднети свако, у име неодређеног броја људи којима прети узнемиравање или опасност од штете. Неки разлози свакако нису правног карактера – низак ниво информисаности јавности о могућности посезања за оваквим правним инструментом, високи трошкови поступка, као и потреба да се избегне дугогодишње мучно парничење. Поред ових разлога, низ недоречености које произлазе из саме одредбе закона декуражирају потенцијалне тужиоце. Примера ради, први став члана 156 дозвољава подношење тужбе под условом да „се настанак узнемиравања или штете не може спречити одговарајућим мерама“, без икаквог прецизирања о каквим мерама се ради, која је њихова форма, у ком поступку и пред којим институцијама се такав поступак покреће. Поред тога, поједини теоретичари оспоравају еколошкој тужби популарни карактер, инсистирајући да је могу подићи само оштећена лица, односно, они који су изложени угрожавању или осећају угрожавање као своје, без обзира што му нису непосредно изложени.¹⁸ Још један од разлога који, вероватно, обесхрабрују субјекте права да покрену ову тужбу, лежи у чињеници да је на тужиоцу терет доказивања да штетне последице које прете њему или неодређеном броју лица имају карактер „знатније штете“, што је веома неодређена норма, која широко отвара врата судској арбитрарности у случају парничног поступка, а тужиоца доводи у изузетно тешку (у неким ситуацијама и немогућу) позицију да је принуђен да антиципира ниво штете која још није наступила и можда неће ни наступити.

¹⁶ Више о овоме видети код: Бојан Пајтић, „Правна заштита од штете настале загађивањем животне средине“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2/2019, стр. 429–431.

¹⁷ Шире: Црњански Владимир, „Превентивна еколошка парница као посебан поступак грађанскоправне заштите животне средине“, *ECOLOGICA*, Vol. 28, No 103 (2021), стр. 444.

¹⁸ О теми активне легитимације у подношењу еколошке тужбе и различитим погледима на њу погледати шире код: Ракић – Водинелић Весна, „Еколошка тужба: члан 156. Закона о облигационим односима“, *Правни живот* 4/5, 1989, стр. 873 и 874

КРИВИЧНОПРАВНА ОДГОВОРНОСТ ЗБОГ ЗАГАЂИВАЊА ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ У СРБИЈИ

Једна од ретких области које се дотичу екологије, а у односу на коју, бар у смислу правне регулативе, Европска комисија у Извештају за 2020 годину¹⁹ готово да није имала примедбе је кривичноправна. Законодавац је у Кривични законик²⁰ инкорпорисао читаву главу која се бави кривичним делима против животне средине. Њом су обухваћена следећа дела: Загађење животне средине, Непредузимање мера заштите животне средине, Противправна изградња и стављање у погон објеката и постројења која загађују животну средину, Оштећење објеката и уређаја за заштиту животне средине, Оштећење животне средине, Уништење, оштећење, изношење у иностранство и уношење у Србију заштићеног природног добра, Уношење опасних материја у Србију и недозвољено прерађивање, одлагање и складиштење опасних материја, Недозвољена изградња нуклеарних постројења, Повреда права на информисање о стању животне средине, Убијање и злостављање животиња, Преношење заразних болести код животиња и биљака, Несавесно пружање ветеринарске помоћи, Производња штетних средстава за лечење животиња, Загађивање хране и воде за исхрану, односно напајање животиња, Пустошење шума, Шумска крађа, Незаконит лов и Незаконит риболов. Једине примедбе нормативног карактера које Европска Комисија износи у Поглављу 27 (посвећеном у целисти екологији) односе се на то да наша земља „још увек није решила проблем правних празнина у процесу преношења у национално право, које омогућавају лов птица које нису ловне, нарочито јастребова и грлица“.²¹ Посебно је, у истом документу, истакнуто да „Србија треба да у потпуности угради стандарде ЕУ о забрањеним начинима хватања и убијања дивљих животиња у све правне прописе, укључујући прописе о лову.“ Поред наведених примедба нормативне природе, указано је на недовољне капацитете правосуђа и инспекције за заштиту животне средине, као и на незадовољавајуће резултате у спровођењу Директиве о еколошком криминалу.

ПРИМЕНА НАЧЕЛА „ЗАГАЂИВАЧ ПЛАЋА“ И СУДБИНА ЗЕЛЕНОГ ФОНДА СРБИЈЕ – ПАРАДИГМА ОДНОСА ПРЕМА ЗАШТИТИ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ

Иако је начело „загађивач плаћа“ општеприхваћено на нивоу међународне заједнице као принцип који омогућава сталност и правичност у финанси-

¹⁹ <http://europa.rs/godisnji-izvestaj-o-srbiji-2020/>

²⁰ Кривични законик: 85/2005-30, 88/2005-51 (исправка), 107/2005-171 (исправка), 72/2009-53, 111/2009-36, 121/2012-3, 104/2013-3, 108/2014-3, 94/2016-7, 35/2019-3

²¹ <http://europa.rs/godisnji-izvestaj-o-srbiji-2020/>, Поглавље 27.

рању институција и других правних лица чија је основна делатност заштита животне средине, наш законодавац је, приликом доношења Закона о накнадама за коришћење јавних добара,²² пропустио да ово начело инкорпорише као принцип који ће обезбедити не само објективну одговорност загађивача, већ и гарантовати да ће средства прикупљена од њих бити намењена искључиво заштити животне средине. Наиме, у члану 116 поменутог закона, под накнадама за загађивање животне средине подразумевају се: накнаде за емисије SO₂, NO₂, прашкасте материје и произведени или одложени отпад, накнаде за супстанце које оштећују озонски омотач, као и накнаде за пластичне полиетиленске кесе. Према поменутом начелу, као што смо већ напоменули, средства прикупљена по овом основу би неизоставно морала бити усмерена у намене заштите животне средине. Међутим, када говори о припадности прихода прикупљених по овом основу, закон димензионира њихову територијалну дисперзију, пропустивши да дефинише њихову намену. Наиме, приходи остварени од накнада из члана 116. овог закона у висини од 60% припадају буџету Републике Србије, а у висини од 40% припадају буџету јединице локалне самоуправе на чијој територији се налази загађивач. Уколико су приходи остварени од накнаде за загађивање животне средине у подручјима од посебног државног интереса у висини од 80% припадају буџету Републике Србије, а у висини од 20% припадају буџету јединице локалне самоуправе на чијој територији се налази загађивач. Намена тих средстава није одређена овим правним прописом, али чињеница да наша земља улаже у еколошке програме вишеструко мање него што то у просеку чине чланице ЕУ, сама по себи говори да доносиоци одлука веома често поменуте приходе усмеравају у циљеве који са заштитом животне средине имају мало, или нимало везе. Према томе, измене и допуне Закона о накнадама за коришћење јавних добара су неопходне, а средства која су прикупљена од загађивача, односно субјеката који стоје иза штетних имисија, морају когентном одредбом закона бити намењена управо заштити животне средине.

Још 2016. године Влада Србије је основала такозвани „Зелени фонд“, наводећи да се ради о евиденционом рачуну у оквиру главне књиге трезора, у оквиру раздела Министарства пољопривреде и заштите животне средине.²³ Основне функције ове институције односе се на: бригу о заштити и унапређењу квалитета воде, земљишта и шума, финансирање пројеката у области заштите животне средине, смањење утицаја климатских промена и предузимање мера адаптације, укључујући заштиту озонског омотача, потом на санацију депонија, смањење количине произведеног отпада, поновну упо-

²² Закона о накнадама за коришћење јавних добара, „Службени гласник РС“, бр. 95 од 8. децембра 2018, 49 од 8. јула 2019.

²³ Одлука о оснивању Зеленог фонда Републике Србије, (Службени гласник Републике Србије, број 91/2016), члан 1.

требу и одлагање отпада, као и на читав низ делатности које воде очувању биодиверзитета, подстицању коришћења обновљивих ресурса, уклањању извора зрачења, подстицању одрживог развоја и слично.²⁴ Међутим, овај фонд до почетка 2018 године практично није постојао, јер доношење закона нису пратили и одговарајући подзаконски акти, на основу којих би помену-та институција почела да обавља своје функције. Није било могуће расписање јавних конкурса, јер нису биле дефинисане претпоставке под којим би потенцијални корисник могао рачунати на средства у области екологије. Без прецизирање начина расподеле средстава, без јасних критеријума за оцењивање захтева и у одсуству механизма који би омогућили контролисање наменско коришћење новца, Зелени фонд је готово две године био сведен на институцију која је додељивала средства само рециклажној индустрији, у односу на коју су постојали одговарајући прописи који су омогућавали трансфер и коришћење средстава фонда. Тек две године након оснивања, 2018-те, донета је Уредба о ближим условима које морају да испуњавају корисници средстава, условима и начину расподеле средстава, критеријумима и мерилима за оцењивање захтева за расподелу средстава, начину праћења коришћења средстава и уговорених права и обавеза, као и другим питањима од значаја за додељивање и коришћење средстава Зеленог фонда Републике Србије.²⁵ Она је омогућила знатно шири дијапазон делатности, због којих је ова институција *ab initio* и основана.

Међутим, одступање нашег законодавца од обезбеђења вишег степена сталности и стабилности у финансирању еколошких програма и даље спречава пуну функционалност Зеленог фонда. У Закону о буџету Републике Србије за 2020 годину²⁶, у разделу 25 (посвећеном Министарству заштите животне средине), у глави 2, економска класификација 01 за рад Зеленог фонда је опредељено 4.341.000.000 динара. Међутим, већ ребаланс буџета²⁷ за прошлу годину показао је однос извршне власти која је ребаланс предложила, као и законодавне, која је такав однос прихватила, према Зеленом фонду и заштити животне средине уопште. Буџет Зеленог фонда је смањен за четвртину, па су, са готово четири и по милијарде динара (што је, за ниво проблема које Србија има у области екологије и иначе практично миноран износ), средства опредељена за рад ове институције и финансирање програма

²⁴ Ibidem, члан 2.

²⁵ Уредба о ближим условима које морају да испуњавају корисници средстава, условима и начину расподеле средстава, критеријумима и мерилима за оцењивање захтева за расподелу средстава, начину праћења коришћења средстава и уговорених права и обавеза, као и другим питањима од значаја за додељивање и коришћење средстава Зеленог фонда Републике Србије, „Службени гласник Републике Србије“, број 25. од 30. марта 2018.

²⁶ Закон о буџету Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 84 од 29. новембра 2019.

²⁷ Закон о изменама и допунама Закона о буџету Републике Србије за 2020 годину – ребаланс буџета за 2020 годину, „Службени гласник РС, број 135/2020

организација које се баве заштитом животне средине спала на 3.188.950.000 динара. Показало се да је уобичајена пракса да се, након амбициозних циљева и исказане декларативне бриге о квалитету ваздуха, воде и земљишта приликом доношења буџета, након њиховог ребалансирања ниво средстава за ове намене не бива повећан, него умањен. То се догодило и са буџетом из 2019²⁸, када је првобитан износ за рад Зеленог фонда био димензиониран на 2,986,344,000 (раздео 25, глава 2, економска класификација 01), па је у октобру исте године „ребалансиран“²⁹ на 2.636.345.000. Јасно је да се буџетске апропријације посвећене издвајањима у области екологије не доживљавају као део буџета од суштинског значаја за садашње и будуће генерације, већ као раздео из кога се, аутоматски, уколико се укаже мањак средстава за друге намене, врши прерасподела, односно, пренамена.

ЗАШТИТА ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ – ПРАВНО ИЛИ ЕГЗИСТЕНЦИЈАЛНО ПИТАЊЕ?

Мало се тога променило од времена доношења Националне стратегије. Нивои штетних имисија често драматично превазилазе норме постављене Кјото протоколом³⁰ и Базелском конвенцијом.³¹ Налази Европске агенције за заштиту животне средине позиционирају Србију међу државе са највишим нивоом загађености ваздуха на континенту.³² Према студији светске здравствене организације из 2019 године,³³ контаминираност ваздуха у Србији је са собом носила повећани морталитет и морбидитет, драматично умножавајући број оболелих од кардиоваскуларних и респираторних болести. У студији је изнета процена да су, само 2016 године, у нашој земљи преминуле 6 592 особе услед изложености загађеном ваздуху, односно, да су у збиру изгубљене 131 183 године живота у укупној популацији. Према овој студији, смрт сваког четрнаестог Новосађанина, деветог Београђанина и чак сваког петог Ваљевца узрокована је лошим квалитетом ваздуха, односно, повећаним присуством РМ 2,5 честица које настају сагоревањем фосилних горива. Према извештају GANH (Global alliance on health and pollution)³⁴ Србија заузима

²⁸ Закон о буџету Републике Србије за 2019. годину, „Службени гласник РС“, број 95 од 8. децембра 2018

²⁹ Закон о изменама и допунама Закона о буџету Републике Србије за 2019 годину – ребаланс буџета, „Службени гласник РС, бр. 72/2019

³⁰ Закон о потврђивању Кјото протокола уз оквирну конвенцију Уједињених нација о промени климе (Службени гласник Републике Србије, Међународни уговори, бр. 88/07)

³¹ Закон о потврђивању Базелске конвенције о контроли прекограничног кретања опасних отпада и њиховом одлагању (Службени лист СРЈ, Међународни уговори, бр. 2/99)

³² Види: <https://airindex.eea.europa.eu/>

³³ https://serbia.un.org/sites/default/files/2019-10/Health-impact-pollution-Serbia_0.pdf

³⁴ [global alliance on health and pollution](https://globalallianceonhealthandpollution.org/)

неславно девето место на свету према броју смрти изазваних ваздушним полуцијама, одмах после Сомалије. Један податак ће нам омогућити да разумемо размере катастрофе са којом се Србија суочава, поредећи само податке о броју преминулих због загађеног ваздуха са бројем особа које су изгубиле живот тако што су подлегле кобном дејству вируса Covid 19, не помињући на овом месту фаталне исходе који свакодневно широм наше земље наступају због контаминираниости пијаће воде или земљишта. Наиме, од 20. марта 2020, када је забележен први смртни случај изазван короном, до 14. јануара 2021, од последица заражавања овим вирусом, према подацима Министарства здравља Србије,³⁵ живот је изгубило 3 687 особа. Када упоредимо то са смртношћу због загађености ваздуха, видимо да је она, по броју фаталних исхода, готово двоструко заступљенија у популацији наше земље.

Када овоме додамо чињеницу да је Београд једини главни град из кога се отпадне воде директно изливају у највећу европску реку – Дунав, те да је према извештају Института за јавно здравље Србије „Др Милан Јовановић Батут“ за 2019 годину,³⁶ у 50 од 156 контролисаних јавних водовода у градским насељима вода за пиће физичко-хемијски и/или микробиолошки не-исправна, јасно је да загађеност воде није ништа мањи егзистенцијални проблем за грађане Србије од ваздушних имисија.

Емисије сумпор диоксида из српских термоелектрана изазивају посебну позорност међународне јавности, с обзиром да је, према извештају Европске канцеларије за животну средину (European Environmental Bureau, скраћено – ЕЕВ)³⁷ од 26. јануара текуће године, само у 2016 години, око 380 превремених смртних случајева у Румунији наступило као последица штетних имисија из Србије, док је у Италији, у истој години, 370 људи преминуло из истог разлога. С обзиром да загађење не познаје границе, већ се његове последице проширују на целу планету, Енергетска заједница, међународна организација која окупља земље ЕУ и њене суседе, од Србије је, према наведеном извештају, затражила да „редукује емисију штетних гасова из својих термоелектрана испод ограничења предвиђених законом, односно Националним планом за смањење загађења“, да би могло бити створено интегрисано и функционално паневропско енергетско тржиште. Наведени план је, према ЕЕВ, креиран са амбицијом да се до краја 2027, штетне емисије српских термоелектрана доведу до нивоа прописаног Директивом ЕУ за индустријске емисије.

³⁵ <https://covid19.rs/>

³⁶ ИЗВЕШТАЈ О ЗДРАВСТВЕНОЈ ИСПРАВНОСТИ ВОДЕ ЗА ПИЋЕ ЈАВНИХ ВОДОВОДА И ВОДНИХ ОБЈЕКТА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ ЗА 2019. ГОДИНУ, Институт за јавно здравље Србије „Др Милан Јовановић Батут“, 2020, стр. 24.

³⁷ <https://www.google.com/url?q=https%3A%2F%2Fmeta.eeb.org%2F2021%2F01%2F26%2Fmonster-serbian-coal-plants-face-legal-action-after-ending-hundreds-of-lives-early%2F&sa=D&sntz=1&usq=AFQjCNEATx155q0fK9Wbd13OngGGuKFAQA>

стријске емисије.³⁸ По овом захтеву, нажалост, очигледно није поступио ни ЕПС ни ресорно министарство, јер се у извештају даље наводи да су само термоелектране „Костолац“ и „Никола Тесла“ у 2018 и 2019 години емитовале у атмосферу више сумпор диоксида него Бугарска, Чешка, Француска и Пољска заједно (које у збиру имају преко 120 милиона становника, у односу на 7 милиона грађана Србије). Према ЕЕВ, термоелектране које се налазе у систему ЕПС и сада испуштају отровне емисије које шест пута превазилазе лимите постављене како у домаћим, тако и у међународним прописима. У истом извештају се напомиње да се штетне последице емисије овог гаса осећају чак и у Немачкој, Француској и Шпанији, а да су за грађане земаља које су територијално најближе Србији, последице загађења изазваних оваквим угрожавањем у великом броју случајева – фаталне. Када се сагледају само ови подаци, не чуди што Европска канцеларија за животну средину у самом наслову извештаја српске термоелектране назива „чудовишним“.

У складу са наведеним, јасно је да се подизање стандарда заштите у области заштите животне средине не може посматрати само као питање испуњавања услова које Србија, као кандидат за чланство у Европској унији мора досегнути да би њено приступање европској заједници народа постало извесније или наступило брже. Унапређење еколошке исправности ваздуха, воде или земљишта је у непосредној вези са здрављем и елементарном egzистенцијом становника наше земље, али и других земаља Европе. С обзиром на број грађана ЕУ који су угрожени услед оваквог понашања српског енергетског сектора и извршне власти уопште, сигурно је да нечињење у овој области неће бити толерисано од стране међународних институција. Поред тога, уколико Србија и даље остане својеврсна еколошка „црна рупа“ на нашем континенту, не може се рачунати ни да ће у њу улазити стране инвестиције из оних области које изискују виши ниво еколошких стандарда – од прехранбене и фармацеутске индустрије до туризма. Ова земља ће, у том случају, остати Мека за такозване „прљаве технологије“, европска парија и негативни пример односа према планети коју делимо са свим осталим припадницима људске врсте.

ЗАКЉУЧАК

Читав низ формалних и практичних разлога обавезују законодавну и извршну власт у Србији да позитивно законодавство, али и фактичко стање у области заштите животне средине што пре уподобе са стандардима које

³⁸ Directive 2010/75/EU of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 on industrial emissions (integrated pollution prevention and control) Text with EEA relevance OJ L 334, 17.12.2010, p. 17–119

намећу Базелска конвенција и Кјото протокол. Загађеност воде, ваздуха и земљишта у Србији је, према извештајима Европске канцеларије за животну средину и Европске Комисије – алармантна. Коначно, нису само међународне конвенције, декларације, директиве и уредбе разлог због кога доносиоци одлука имају обавезу да хитно предузму низ корака ради бољег уређења области заштите животне средине. И највиши правни акт у нашој земљи, Устав Републике Србије, у првом ставу члана 74 је прокламовао право сваког грађанина на „здраву животну средину и на благовремено и потпуно обавештавање о њеном стању“.

У тексту је истакнута неопходност да се, ради побољшања стања у области екологије мора изменити или допунити читав низ закона: Закон о процени утицаја на животну средину, Закон о стратешкој процени утицаја на животну средину, Закон о накнадама за коришћење јавних добара и Закон о буџетском систему. Без ових измена није могуће имплементирати једно од најважнијих начела Права заштите животне средине – „загађивач плаћа“, нити је могуће обезбедити сталност и стабилност у функционисању система мониторинга и санације штетних емисија које загађују екосистем. Уместо доношења наведених закона, чији значај је суштински за Право животне средине, Скупштина Србије је у претходној години донела, практично, само три закона у овој области, који се односе на потврђивање билатералних споразума са суседним државама. Легислативна активност је, дакле, у години која је иза нас, у области екологије била сасвим симболична. Притом, Србија је једна од последњих земаља која је донела Закон о климатским променама, толико важан у ери глобалног отопљавања и интензивне акције спасавања планете на којој сви заједно живимо.

Поред наведеног, резултати истраживања које је у овом раду презентовано су показали да је, у процесу доношења новог Српског грађанског законика, потребно редеофинисати институт еколошке тужбе (који је установљен још Законом о облигационим односима из 1978.) на такав начин, да се створе услови за његову много ширу примену. Већ више од 40 година субјекти права не прибегавају овом правном инструменту, јер је ЗОО оставио неколико отворених недоумица у односу на његову употребу. У првом ставу члана 156 ЗОО дозвољено је подношење ове тужбе под условом да „се настанак узнемиравања или штете не може спречити одговарајућим мерама“. Оваква одредба је недовољно јасна. Текст СГЗ мора или искључити овакво условљавање прибегавања поменутој тужби, дозвољавајући њено подизање без икаквих претходних услова, или треба да дефинише које мере треба да јој претходе, у ком поступку и у којој форми се предузимају, као и које институције о таквим мерама одлучују. Потом, неопходно је експлицитније нагласити да је могу подићи сва лица, односно, они који су изложени угрожавању или осећају угрожавање као своје, без обзира што му нису непосредно изложени, будући

да у теорији постоје недоумице и по овом питању, што је објашњено у делу текста који се односи на ову својеврсну *actio popularis*. Поред наведеног, веома је важно да се у будућем СГЗ исправи грешка коју је законодавац направио када је, дефинишући еколошку тужбу, навео да је на тужиоцу терет доказивања да штетне последице које прете њему или неодређеном броју лица имају карактер „знатније штете“. Ова норма није прецизна и може довести до судске арбитрарности. Њоме су, суштински, везане руке тужиоцу, јер је доказивање да ће штета, која још увек није настала (а можда неће ни настати), уколико ипак настане бити – знатна, спада у домен *probatio diabolica*. Одређење законодавца да се свака еколошка штета има третирати као знатна, разрешило би овај проблем, тим пре што последице које загађење ваздуха, воде или земље могу са собом носити, често није могуће антиципирати, поготово деценијама унапред, као што их често деценијама или чак и вековима није могуће ни санирати.

У тексту је наведена и неопходност решавања проблема у вези функционисања институције Зеленог фонда, који су директна последица чињенице да закони који се доносе омогућавају да приходи остварени од накнада за заштиту и унапређивање животне средине буду преусмерени у друге сврхе, а не у смеру решавања нагомиланих еколошких проблема (колико је овакав приступ погрешан, говори нам већ изнета чињеница да је у последњих годину дана број умрлих од загађења ваздуха у Србији био готово дупло већи од броја преминулих услед дејства вируса Covid 19). Такво понашање је у директној супротности са Декларацијом Уједињених нација о животној средини и развоју, донетој у Рио де жанеиру 1992, коју је ратификовала и наша држава.

Након подробне анализе нормативног оквира у области заштите животне средине, као и узнемирујућих података о нивоу загађености човекове околине, неминовно се намеће закључак да је неопходно хитно предузимање низа мера, од којих су неке и предложене у овом раду. Лоша ситуација у области екологије изискује да, у складу са насловом овог текста, етика одговорности доносилаца одлука преузме примат у односу на етику добрих намера.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentid=97&articleid=1503>
- Rio declaration on environment and development (Рио декларација о животној средини и развоју из 1992.) https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf

- Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment, Lugano, 21.VI.1993
- Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) [2016] OJ C202/1.
- Закон о заштити животне средине, ("Сл. гласник РС", бр. 135/2004, 36/2009, 36/2009 – др. закон, 72/2009 – др. закон, 43/2011 – одлука УС, 14/2016, 76/2018, 95/2018 – др. закон и 95/2018 – др. Закон
- Национална стратегија Србије за приступање Србије и Црне Горе Европској унији, Канцеларија за придруживање Европској унији Владе Републике Србије, Премис доо, Београд, 2005 године
- Закон о процени утицаја на животну средину, "Службени гласник Републике Србије", број 135/2004 и 36/2009
- Regulation (EU) No 525/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on a mechanism for monitoring and reporting greenhouse gas emissions and for reporting other information at national and Union level relevant to climate change and repealing Decision No 280/2004/EC Text with EEA relevance
- Закон о климатским променама, „Службени гласник РС“, бр. 26/2021
- Закон о планирању и изградњи, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 72/2009, 81/2009 – испр., 64/2010 – одлука УС, 24/2011, 121/2012, 42/2013 – одлука УС, 50/2013 – одлука УС, 98/2013 – одлука УС, 132/2014, 145/2014, 83/2018, 31/2019, 37/2019 – др. закон и 9/2020
- Закон о потврђивању Споразума између Владе Републике Србије и Владе Румуније о сарадњи у области одрживог управљања прекограничним водама, Службени гласник РС – Међународни уговори", број 4 од 5. марта 2020.
- Закон о потврђивању Споразума између Владе Републике Србије и Владе Мађарске о сарадњи у области одрживог управљања прекограничним водама и сливовима од заједничког интереса, Службени гласник РС – Међународни уговори", број 4 од 5. марта 2020.
- Закон о потврђивању Споразума између Владе Републике Србије и Владе Мађарске о сарадњи у области заштите животне средине, Службени гласник РС – Међународни уговори", број 4 од 5. марта 2020.
- Бојан Л. Пајтић, Еколошка тужба (actio popularis) у српском и мађарском праву, Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније (тематски зборник), Правни факултет у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2015.
- Бојан Пајтић, „Правна заштита од штете настале загађивањем животне средине“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2/2019
- Црњански Владимир, „Превентивна еколошка парница као посебан поступак грађанскоправне заштите животне средине“, ECOLOGICA, Vol. 28, No 103 (2021)
- Ракић – Водинелић Весна, „Еколошка тужба: члан 156. Закона о облигационим односима“, Правни живот 4/5, 1989
- Извештај Европске комисије о напретку Србије, <http://europa.rs/godisnji-izvestaj-o-srbiji-2020/>
- Кривични законик: 85/2005-30, 88/2005-51 (исправка), 107/2005-171 (исправка), 72/2009-53, 111/2009-36, 121/2012-3, 104/2013-3, 108/2014-3, 94/2016-7, 35/2019-3

- Закона о накнадама за коришћење јавних добара, “Службени гласник РС”, бр. 95 од 8. децембра 2018, 49 од 8. јула 2019.
- Одлука о оснивању Зеленог фонда Републике Србије, (Службени гласник Републике Србије, број 91/2016)
- Уредба о ближим условима које морају да испуњавају корисници средстава, условима и начину расподеле средстава, критеријумима и мерилима за оцењивање захтева за расподелу средстава, начину праћења коришћења средстава и уговорених права и обавеза, као и другим питањима од значаја за додељивање и коришћење средстава Зеленог фонда Републике Србије, „Службени гласник Републике Србије“, број 25. од 30. марта 2018.
- Закон о буџету Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 84 од 29. новембра 2019.
- Закон о изменама и допунама Закона о буџету Републике Србије за 2020 годину – ребаланс буџета за 2020 годину, „Службени гласник РС, број 135/2020
- Закон о буџету Републике Србије за 2019. годину, „Службени гласник РС“, број 95 од 8. децембра 2018
- Закон о изменама и допунама Закона о буџету Републике Србије за 2019 годину – ребаланс буџета, „Службени гласник РС“, бр. 72/2019
- Закон о потврђивању Кјото протокола уз оквирну конвенцију Уједињених нација о промени климе (Службени гласник Републике Србије, Међународни уговори, бр. 88/07)
- Закон о потврђивању Базелске конвенције о контроли прекограничног кретања опасних отпада и њиховом одлагању (Службени лист СРЈ, Међународни уговори, бр. 2/99)
- European Air Quality Index <https://airindex.eea.europa.eu/>
- Health impact of ambient air pollution in Serbia, WHO Regional Office for Europe https://serbia.un.org/sites/default/files/2019-10/Health-impact-pollution-Serbia_0.pdf
- Global alliance on health and pollution REPORT for 2019.
- Министарство здравља Републике Србије, <https://covid19.rs/>
- ИЗВЕШТАЈ О ЗДРАВСТВЕНОЈ ИСПРАВНОСТИ ВОДЕ ЗА ПИЋЕ ЈАВНИХ ВОДОВОДА И ВОДНИХ ОБЈЕКТА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ ЗА 2019. ГОДИНУ, Институт за јавно здравље Србије „Др Милан Јовановић Батут”, 2020.
- European Environmental Bureau REPORT for 2020, <https://www.google.com/url?q=https%3A%2F%2Fmeta.eeb.org%2F2021%2F01%2F26%2Fmonster-serbian-coal-plants-face-legal-action-after-ending-hundreds-of-lives-early%2F&sa=D&sntz=1&usq=AFQjCNEATx155q0fK9Wbdl3OngGGuKFAQA>
- Directive 2010/75/EU of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 on industrial emissions (integrated pollution prevention and control) Text with EEA relevance *OJ L 334, 17.12.2010.*

Bojan L. Pajtić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
B.Pajtic@pf.uns.ac.rs

The Right to Environmental Protection in Serbia – Between Ethics of Good Intention and Ethics of Responsibility

Abstract: *The paper focuses on formal and practical problems in the field of environmental protection, which occur as a consequence of omissions of the legislative and executive authorities in Serbia. The text analyzes the positive legislation and compliance of domestic legal regulations with international declarations and conventions ratified by our country (from the Stockholm Declaration and the Council of Europe Convention on Civil Liability for Damage Caused by Dangerous Activities to the Environment to the Rio Declaration), as well as with European Directives (EU Directive on Industrial Emissions) and Regulations (Regulation No. 525/2013 on monitoring and reporting of greenhouse gas emissions and reporting on other information relevant to climate change). The candidacy for equal membership in the European family of nations obliges the Serbian Parliament and the Government to make additional efforts in the direction of harmonizing our law with the European one. The paper takes a de lege ferenda approach, so the author explains the need to amend a number of laws, such as the Law on Environmental Impact Assessment, the Law on Strategic Environmental Assessment, the Law on Fees for the Use of Public Goods and the Law on Budget system, as well as the enactment of the Law on Climate Change and the Serbian Civil Code as soon as possible (in which dilemmas that hinder the subjects of law in using the environmental lawsuit as an instrument of environmental protection should be resolved). An unacceptable deviation from one of the fundamental principles established by the Rio Declaration was pointed out, which brings with it a number of structural problems and the inability of both the Green Fund institutions and a number of organizations that focus on ecology. The consequences of the discrepancy between the intentions proclaimed by the Constitution of Serbia and the National Strategy of Serbia for the accession of Serbia and Montenegro to the European Union from 2005 on the one hand and the absence of adequate legislative and executive activities in environmental protection, on the other hand, are obvious in the reports of the European Commission and the European Environment Office, as well as in the health risk and increased mortality of a large number of citizens of Serbia and other European countries, due to harmful emissions that cause pollution of air, water and soil in our country. In addition to the*

proposals for changes in the formal framework in the field of environmental protection, the paper points out the need to use those mechanisms of civil protection, such as environmental lawsuits (established by the Law on Obligations 1978), which is, by its nature, actio popularis and in that sense accessible to the widest range of subjects. The defense of the standards established by the Kyoto Protocol and the Basel Convention would, through the extensive use of this procedural instrument, be placed not only in the hands of representatives of the legislature and the executive, but also, the judiciary (conditionally, of course, because courts can decide only initiate a civil action, but not on its own initiative).

Keywords: *environment, harmonization of legal regulations, environmental lawsuit.*

Датум пријема рада: 05.02.2021.

Датум достављања коначне верзије рада: 25.01.2022.

Датум прихватања рада: 26.01.2022.

Маџа М. Кулаузов
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Kulauzov@pf.uns.ac.rs

Милан М. Милутић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Milutin@pf.uns.ac.rs

ДОКАЗНА СРЕДСТВА ПО ОДРЕДБАМА ЗАКОНИКА О ГРАЂАНСКОМ СУДСКОМ ПОСТУПКУ СРБИЈЕ ИЗ 1865. ГОДИНЕ*

Сажетак: У раду је извршена историјској правна анализа одредаба Законика о грађанском судском поступку Србије из 1865. године које се односе на доказна средства. Како је доношењу кодификације претходила жива и динамична расправа између аутора законског пројекта, тадашњег министра правде Рајка Лешијанина и Комисије именоване од стране Државног савета са задатком да подробно претресе нацрт, у тексту је најљубљивије анализирана архивска грађа о процесу коначног уобличавања законских норми, садржана у фонду Државног савета Архива Србије. Већ 1872. године је уследила иницијатива министра правде Стојана Вељковића за делимичну ревизију појединих законских решења о доказним средствима, о чему нам сведочанство пружа документарни материјал архивског фонда Министарства правде. Иако Вељковићев нацрт никад није озаконен, из одговора Саветске комисије и судова позваних да се о пројекту изјасне, моћуће је закључити да су се у судској пракси показале мањкавости појединих законских решења о доказним средствима у парничном поступку. Нека од тих решења су модификована 1885. и 1901. године, када су усвојене измене и дојуне појединих одредаби о исправама, сведоцима и заклетвама. У раду су оне детаљно размотрене и, тамо

* Рад је настао као резултат научног ангажовања на пројекту Правног факултета у Новом Саду под називом „Правна традиција и нови правни изазови“ у 2021. години.

где је то било целисходно, доведене у везу са одговарајућим решењима сагласним у неозакоњеном пројекту из 1872. године.

Кључне речи: *Грађански судски пословицак, доказна средствија у грађанској парници, законски пројекат, Законик из 1865. године.*

1. ПРИМЕДБЕ КОМИСИЈЕ НА ЗАКОНСКИ НАЦРТ У ДЕЛУ КОЈИ СЕ ОДНОСИ НА ДОКАЗНА СРЕДСТВА

Претресајући нацрт грађанске процесне кодификације који је у новембру 1864. године министар правде Рајко Лешјанин поднео Државном савету на одобрење, Комисија Државног савета, образована са задатком да пројекат размотри, је учила да су чл. 252 законског пројекта и чл. 220-224 у колизији. Наиме, одредбом члана 252 уведено је прогресивно, напредно решење по коме се препушта судији да по свом слободном судијском уверењу оцени вредност сведошког исказа. У чл. 220-224 пак међу полудоказима наводе се: казивање једног поузданог сведока које се слаже са исказом парничара, казивање два или више сумњива сведока, прописно и уредно вођена трговачка или занатлијска књига итд. Овакви полудокази били су валидни на суду једино уколико би их парнична странка допунила заклетвом.¹ Како су ове одредбе везале оцену квалитета доказа за формалне законске услове и искључиле могућност да судија класификује доказе сходно свом слободном судијском уверењу, Комисија је сматрала да су пројектована законска решења била у колизији са одредбом члана 252 и да их је требало изоставити.² Министар се са овом примедбом стручног одбора сагласио те тако наведене одредбе нису нашле место у финалној верзији законског текста.³

Државни саветници су у оквиру одељка о исправама критиковали законску норму према којој облигација која није својеручно написана мора бити потврђена потписом два поуздана сведока, док она која није ни потписана, да би служила као доказ на суду, мора бити потврђена потписом и трећег сведока који би потписао и дужника, а затим би дужник поред свог имена ставио свој печат, крст или какав други знак (чл. 229, тач. 5-6 пројекта).⁴

¹ Законик о поступку судском у грађанским парницама (у даљем тексту: Пројекат Законика о грађанском судском поступку), Архив Србије (у даљем тексту: АС), фонд *Државни савет* (у даљем тексту: ДС), 1865, док. бр. 53, л. 41-42, 48.

² Извештај Комисије Државном савету од 14. децембра 1864. године, АС, ДС, 1865, док. бр. 53, л. 113.

³ Вид. Законик о поступку судском у грађанским парницама од 26. јануара 1865. године (у даљем тексту: Коначна верзија Законика о грађанском судском поступку), АС, ДС, 1865, док. бр. 53, л. 188-189.

⁴ Пројекат Законика о грађанском судском поступку, л. 43.

Комисија је заузела став да би било целисходније, имајући у виду бројност лажних облигација, прописати да облигације које нису својеручно написане и потписане од стране дужника буду правно релевантне као доказ на суду једино уколико би их оверио првостепени суд или пак полицијска окружна или среска власт. Министар је, по сведочењу чланова Одбора, био склон да прихвати предложену измену само у погледу оних облигација које нису ни својеручно написане ни потписане (чл. 229, тач. 6). У погледу оних исправа које је дужник само потписао (чл. 229, тач. 5) најпре је инсистирао да се задржи формулација коју је он предложио изражавајући бојазан да би комисијско решење отежало правни саобраћај, али је ипак на крају пристао на пројектовану измену.

Комисија је предложила да се законски текст допуни одредбом у којој би био прописан рок у којем би важиле облигације које нису биле састављене у складу са прописима овог Законика. Државни саветници су сматрали да би једногодишни рок од почетка примене Законика био сасвим довољан да странке усагласе своје облигације са императивном законском нормом. Изузетно, када би парничар доказао да није својом кривицом пропустио преклузивни рок од годину дана, могло би му се дозволити да испуни законске услове неопходне да би се исправа сматрала пуноважном у року од три месеца од када су препреке које су га спречавале да то учини у прописаном року престале.⁵ Иако је министар, по тврдњама Комисије Државног савета, пристао на предложену допуну, она се ипак не налази у финалној верзији законског текста, већ је само задржан параграф по којем се важност исправе оцењује према одредбама закона који је био на снази у тренутку њеног издавања (чл. 199 Законика).⁶

У погледу тачке 2 члана 250 пројекта у којој је прописано да као сведоци не могу бити саслушана лица која признају да су примила мито или поклон, чланови законодавног одбора су сугерисали шефу ресорног министарства да се поменуто законско решење допуни следећим речима: „Који признаду да су примили поклон у име сведоцбе.“ Ово стога што поклони могу бити и међу пријатељима, а могу бити и незнатне вредности.⁷ Министар је пристао да се наведена законска одредба на тај начин допуни.⁸

Параграф 254 у ком се таксативно набрајају основи који чине сведока „подозривим“ (сумњивим) је, по мишљењу Комисије, био непотпун јер је, као „основ подозрења“, била изостављена зависност сведока од парничне

⁵ Извештај Комисије Државном савету од 14. децембра 1864. године, АС, ДС, 1865, док. бр. 53, л. 113-116.

⁶ Коначна верзија Законика о грађанском судском поступку, л. 191.

⁷ Извештај Комисије Државном савету од 14. децембра 1864. године, АС, ДС, 1865, док. бр. 53, л. 116-117.

⁸ Чл. 211 Коначне верзије Законика о грађанском судском поступку, л. 195.

странке, као на пример слуге од господара, док служба траје.⁹ Ову околност је, истакли су Саветници, узимао у обзир и важећи парнични поступак из 1860. године, сврставајући поменуте сведоке у „сумнителне“, који су могли бити саслушани једино уколико би суд то дозволио, од чије је, опет, слободне процене зависило колику би веру поклонио таквом сведочком исказу.¹⁰ Министар је прихватио сугестију стручног одбора и допунио спорну одредбу у предложеном правцу.¹¹

Комисија није сматрала најбољим ни законско решење предвиђено у члану 273 пројекта где се каже да ће сведоци полагати заклетву тек након што заврше свој исказ, и то једино у случају да парничар то аргументовано затражи и суд нађе за потребно.¹² Чланови законодавног одбора су сугерисали ресорном министру да члан 273 преформулише у складу са одговарајућом нормом првог грађанског процесног кодекса из 1853. године у којој је прописано да су сви сведоци дужни да пре давања исказа положи заклетву, осим када би парнична странка изјавила да верује сведоку противне стране, што би заклетву учинило излишном.¹³ Рајко Лешјанин није прихватио аргументацију државних саветника, али је пристао да одредбу члана 273 допуни одељком у ком ће бити наведено да митрополит и владике не полажу заклетву, а да ће остало свештенство мирског и монашког чина у суду само гласно прочитати и потписати заклетву.

Коментаришући исказ вештака као доказно средство, Комисија је нашла за сходно да се законска одредба која се односи на вештачки преглед допуни новим ставом у којем би било прописано да се вештачење може наложити и онда када сам суд то нађе за потребно, што је аутор пројекта прихватио (чл. 286).¹⁴ Министар је био вољан и да прихвати допуну норме о главној заклетви навођењем случајева када она није допуштена. То су ситуације у којима је већ било потпуно доказано супротно оној околности о којој би се имала заклетва положити, или је то очигледно и општепознато. Није било дозвољено ни полагање главне заклетве против садржине писмене исправе која представља потпун доказ, сем ако њена веродостојност већ није била доведена у питање пред судом.¹⁵ Напоследку, на предлог Комисије пооштрени

⁹ Извештај Комисије Државном савету од 14. децембра 1864. године, АС, ДС, 1865, док. бр. 53, л. 117.

¹⁰ Чл. 134, тач. 2 Закона о поступку судејском у грађанским парницама за Књажество Србију, Правитељствена печатња, Београд 1860.

¹¹ Чл. 215 Коначне верзије Закона о грађанском судском поступку, л. 195–196.

¹² Пројекат Закона о грађанском судском поступку, л. 52.

¹³ Чл. 396 и 398 Закона о судејском поступку у парницама грађанским за Књажество Србију, Правитељствена печатња, Београд 1853.

¹⁴ Извештај Комисије Државном савету од 14. децембра 1864. године, АС, ДС, 1865, док. бр. 53, л. 118–119.

¹⁵ Чл. 282 Коначне верзије Закона о грађанском судском поступку, л. 208.

су и услови под којима је суд могао дозволити парничној странци полагање допуњавајуће заклетве. Наиме, према првобитној верзији пројекта, овом се доказном средством прибегавало већ уколико би парничар за спорну ствар имао полудоказ (чл. 329),¹⁶ док је након учињених измена било потребно да је странка, да би јој се допуњавајућа заклетва дозволила, иако није могла спорну ствар у потпуности доказати, бар до велике вероватноће осведочила (подвукла М. К).¹⁷

Као што се из горе наведеног види, Саветска комисија је често интервенисала када су била у питању пројектована законска решења о скоро свим врстама доказних средстава. Њене интервенције су задрале у саму суштину предложених норми неретко им мењајући смисао. У финалној верзији законског текста је промењена и нумерација чланова у односу на првобитни законски пројекат. Поједине одредбе нацрта Комисија је сматрала да треба сасвим преформулисати, или чак од њих и потпуно одустати и вратити се на раније важећа законска решења. Такве сугестије је аутор текста, министар Рајко Лешјанин некад прихватао а некад не, али је ипак на крају пронађено компромисно решење и законски пројекат се, убрзо након што је Комисија Државног савета завршила свој посао, нашао у законској процедури.

2. ЗАКОНСКЕ ОДРЕДБЕ О ДОКАЗНИМ СРЕДСТВИМА

Доказни поступак представља централну фазу главног претреса у којој суд утврђује истинитост тврдњи странака.¹⁸ Зато му је у процесној кодификацији посвећено чак 125 чланова (чл. 178-302) изложених у оквиру пете главе која носи назив *О доказима*.¹⁹ Најпре је неколико одредаба посвећено признању парничне странке и условима за његову пуноважност, да би потом законодавац детаљно размотрио сва кодексом предвиђена доказна средства: јавне и приватне исправе, сведоке, вештаке и разне врсте заклетви.

У делу који се односи на исправе, највише је било неслагања у погледу формулације одредбе члана 192 о пуноважности облигација које нису биле својеручно написане и потписане (у законском пројекту чл. 229), који није ни прихваћен у изворном облику, већ тек након корених садржинских интервенција Саветске комисије у законском тексту. Непуне две године од почетка примене процесне кодификације поменути члан је допуњен новим

¹⁶ Пројекат Законика о грађанском судском поступку, л. 82.

¹⁷ Чл. 291 Коначне верзије Законика о грађанском судском поступку, л. 210.

¹⁸ Андра Ђорђевић, *Теорија грађанског судског поступка с погледом на Законик о поступку судском у грађанским парницама за Краљевину Србију II*, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд 1923, 5.

¹⁹ Законик о поступку судском у грађанским парницама са свима изменама и допунама, Државна штампарија Краљевине Србије, Крф 1917.

ставом у којем је прописано да облигације које гласе на износ закључно са 200 динара могу потврђивати и општински судови, и да тако оверене облигације имају доказну снагу јавних исправа.²⁰

Министар правде Стојан Вељковић је у свом неозакоњеном пројекту измена и допуна грађанског судског поступка поднетом Државном савету, Апелационом суду и окружним судовима 1872. године на изјашњење, предлагао да се важење одредбе члана 192 који се првобитно односио само на облигације, прошири и на друге исправе. Одговарајући на министров пројекат, Комисија Државног савета је апеловала да се, уколико би се усвојила пројектована измена, члан преформулише тако да се не говори само о дужницима, већ и о свим „издаваоцима исправа“, као и о јемцима. Комисији није сметала само уочена терминолошка неусклађеност, већ и предложена допуна наведене одредбе којом је предвиђено да исправа не важи ни за једну страну ако сви законски услови нису испуњени. Стручни одбор је сматрао да не постоје препреке да облигација, рецимо, важи за дужника који ју је уредно написао и потписао и ако сви услови на страни јемца нису били испуњени.²¹ Мишљење чланова Саветске комисије делио је и члан Апелационог суда Сава Христић који је пажљиво размотрио предложене измене и допуне и доставио министру правде своје примедбе.²² Саветници су, такође, спочитавајући министру да је одредба члана 192 непотпуна, сугерисали да је треба допунити и законским наређењем које би се односило на ситуацију када се странке узајамно једна другој обавезују, као нпр. код уговора.²³

Будући да Вељковићев законски пројекат никада није угледао светлост дана, ни примедбе Комисије Државног савета и судије Саве Христића нису узимане у разматрање. Ипак, 1885. године је члан 192 допуњен одељком који се односио на двострано обавезне писмене уговоре. У њему је прописано да такви уговори морају бити сачињени у онолико примерака колико има саговорача, што на сваком од њих мора бити и назначено. Свакој од уговорних страна био би достављен уговор који би својеручно написала и потписала друга странка, сем уколико би исправа била оверена од стране надлежне власти, што би учинило овакву размену писмена излишном.²⁴

²⁰ Измене и допуне у Закону о поступку судском у грађанским парницама, а о надлежности општинских судова, *Зборник закона и уредаба изданих у Књажевсјиву Србији у години 1875-1876*, бр. 28/1876.

²¹ Комисија Државном савету 22. септембра 1872. године, АС, фонд *Министарсјиво ђравде* (у даљем тексту: МП), 1872, док. бр. 6, л. 4.

²² Примедбе члана Апелационог суда Саве Христића на измене и допуне судског грађ. поступка од 30. марта 1873. године, АС, МП, 1873, док. бр. 4, л. 31-32.

²³ Комисија Државном савету 22. септембра 1872. године, АС, МП, 1872, док. бр. 6, л. 4.

²⁴ Закон о изменама и допунама у Закону о поступку судском у грађанским парницама, *Зборник закона и уредаба у Краљевини Србији изданих од 11 јануара до 9 новембра 1885 године*, бр. 41/1885.

Како је сведочење јавна (грађанска) дужност, свако лице је било у обавези да се одазове на уредан судски позив и истинито саопшти све што му је било познато о предмету спора (чл. 208). Уколико се пак сведок у заказани дан и час не би појавио пред судом а свој изостанак не би оправдао, суд би наредио његово принудно довођење и казнио би га новчаном казном (чл. 239). Штавише, и сведоци којима је било забрањено да сведоче, као и они који су били овлашћени да ускрате сведочење (чл. 210-212), били су дужни да се одазову на судски позив. Законик помиње и посебну категорију „подозривих“ сведока међу којима наводи, између осталих, крвне сроднике парничне странке до одређеног степена, скитнице, осведочене лажове, лакоумне, подмитљиве и неморалне људе, малолетнике испод 16 година, као и лица у великом непријатељству са странком или пак зависна од парничара (чл. 215). Вредност њихових исказа ценио би судија по свом слободном судијском уверењу (чл. 212-213). Према првобитној верзији члана 234 сведок би полагао заклетву на свој исказ у суду, на захтев противне странке или када суд то нађе за потребно.²⁵ Године 1901. је наведена одредба прецизирана у том смислу да се од тада сведок заклињао на свој исказ у првостепену суду, пред свештеником.²⁶ (подвукла М. К.)

Када би правилно и потпуно утврђивање релевантних чињеница изискивало одређену стручност, суд би наложио вештачки преглед. Вештачење се поверавало трочланом већу, при чему би сваки од парничара изабрао по једног вештака, а потом би они заједно одредили трећег. Уколико би пак странке одбиле да поставе вештаке, именовало би их суд (чл. 248). Изабрани вештаци су могли бити ослобођени дужности вештачења из истих разлога из којих је сведок могао ускратити давање исказа, а они вештаци у чију се објективност из оправданих разлога могло посумњати, били би изузети од давања стручног налаза и мишљења (чл. 251). Странке су имале право да присуствују вештачењу и онда када се овај доказ изводио ван суда (чл. 253-254). Ако би вештаци изнели различито професионално мишљење о предмету вештачења, суд би узео у обзир становиште већине, а уколико се до већинског мишљења не би могло доћи, суд би наложио да се вештачење понови са другим вештацима (чл. 256).²⁷

У одсуству других, поузданијих доказа, суд је могао парничару на његов захтев досудити заклетву, сем уколико се радило о лицу које је у тренутку наступања догађаја о којем је требало да положи заклетву било млађе од 16

²⁵ Законик о поступку судском у грађанским парницама за Књажество Србију, Државна штампарија, Београд 1865.

²⁶ Закон о изменама и допунама у Законику о поступку судском у грађанским парницама, *Зборник закона и уредаба у Краљевини Србији издајих од 1. јануара 1901 до краја исте године*, бр. 56/1903.

²⁷ Законик о поступку судском у грађанским парницама са свима изменама и допунама, Државна штампарија Краљевине Србије, Крф 1917.

година, или пак због телесних или душевних недостатака није могло да схвати истину о ономе што је видело или чуло, а било је релевантно за исход спора. Исто тако, полагање заклетве је било ускраћено и лицима осуђеним на губитак грађанске части и осведоченим кривоклетницима (чл. 265). Законик је пуно пажње посветио заклетвама (чл. 261-302) разликујући при томе: главну заклетву; допуњавајућу заклетву предвиђену уколико спорна ствар није у потпуности доказана али је доведена до велике вероватноће; заклетву којом се вредност опредељује, коју би суд досуђивао парничару када се на други начин није могла утврдити висина његовог одштетног захтева, и заклетву откривајућу, коју би суд наложио туженом да положи уколико би постојала основана сумња да је незаконито прикрио део свог имања или неке исправе.

У изворној верзији члана 277 било је стављено у дужност суду да парничару, пре полагања заклетве, предочи важност заклетве са аспекта вероакон, али и да му укаже на казну за кривоклетство предвиђену у Кривичном закоником.²⁸ Законском изменом из 1901. године надлежност је у овом погледу подељена између духовне и световне власти; свештеник је, наиме, био задужен да парничару укаже на значај заклетве са становишта црквеног права, док је пак судија требало да га упозори на кривичноправне реперкусије лажног заклињања.²⁹ Од 1901. године свештеник је, уместо судије, заклињао парничара по црквеном обреду и заједно са судијом својим потписом оверавао положену заклетву (чл. 278).³⁰ До поменутих измена и допуна читав поступак у вези са полагањем заклетве био је у искључивој надлежности поступајућег судије.³¹ Наведеним изменама је и прецизирано који су свештеници били овлашћени да заклињу сведоке и парничне странке. У окружним варошима то су били окружни протојереји или њихови заступници, док су у осталим местима то били најстарији свештеници. Уколико сведоци и странке нису били источноправославне вере, заклетву би полагали пред својим свештеником, а ако га није било у месту суда, заклињао би их сам судија (чл. 279).³²

Пресуда којом се туженом одређивало полагање откривајуће заклетве била је одмах извршна, а када би се тужени оглушио о наредбу суда и одбио да положи заклетву, био би најпре новчано кажњен, а потом и стављен у суд-

²⁸ Законик о поступку судском у грађанским парницама за Књажество Србију, Државна штампарија, Београд 1865.

²⁹ Закон о изменама и допунама у Законику о поступку судском у грађанским парницама, *Зборник закона и уредаба у Краљевини Србији изданих од 1. јануара 1901 до краја исте године*, бр. 56/1903.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Вид. првобитну варијанту чл. 278 Законика о поступку судском у грађанским парницама за Књажество Србију, Државна штампарија, Београд 1865.

³² Закон о изменама и допунама у Законику о поступку судском у грађанским парницама, *Зборник закона и уредаба у Краљевини Србији изданих од 1. јануара 1901 до краја исте године*, бр. 56/1903.

ски притвор док је не положи, или пак док не истекне годину дана од дана притварања (чл. 299-301).³³ Реагујући на законски нацрт из 1872. године председник Чачанског окружног суда је предложио да се определи ко би био надлежан за изрицање казне несавесној туженој страни, да ли Суд или пак његов старешина у својству администратора. Мишљење судије је било да, с обзиром на то да се у овом случају више није радило о суђењу, већ о спровођењу пресуде у дело, што је по тада важећем устројству окружних судова преваходно била дужност старешине суда, и за кажњавање туженог који не жели да положи откривајућу заклетву треба да буде надлежан судски старешина.³⁴ Окружни судија је, наиме, имао у виду чл. 19 Закона о устројству окружних судова према којем је сам председник суда издавао наредбе којима се судске пресуде и решења извршавају, као и чл. 23 по ком је судски старешина био задужен и за одржавање реда у судници и судском притвору.³⁵ Најпосле је председник Чачанског окружног суда предложио и да се пропише да против решења којим се изриче санкција непоштенom дужнику нема места жалби.³⁶

Иако су сви типови заклетви минуциозно регулисани у законском тексту, ипак је било појединачних мишљења да је, осим одредаба о откривајућој заклетви, и неколицину других законских одредаба из поменуте области било потребно унеколико допунити. Међу њима се по значају издваја допуна члана 287 Законика коју су, анализирајући законски пројекат из 1872. године, предложиле судије Ужичког окружног суда. Наиме, у изворној верзији наведени члан регулише ситуацију када лице коме је главна заклетва понуђена не прими нити поврати заклетву, али прихвати на себе да противно докаже, у ком случају је дужан и да одмах поднесе доказе. Уколико са њима не успе, могао је захтевати да му се одреди рок у ком ће заклетву примити или повратити.³⁷ Окружне судије су скренуле пажњу ресорном министру да овако формулисана одредба не нормира случај када странка нити прими понуђену заклетву нити је поврати, или је поврати тамо где јој по закону нема места, а притом противно не докаже. Како овакво нечасно понашање не би остало без санкције, судије су тврдиле да би одредбу члана 287 било потребно допунити једним новим ставом (287а) у коме би било прописано

³³ Законик о поступку судском у грађанским парницама са свима изменама и допунама, Државна штампарија Краљевине Србије, Крф 1917.

³⁴ Приметбе председника Чачанског окружног суда учињене противу штампаног предлога о изменама и допунама закона о пост. судском у грађанским парницама од 2. априла 1873. године, АС, МП, 1873, док. бр. 4, л. 38.

³⁵ Закон о устројству окружних судова, *Зборник закона и уредба издани у Књажесџиву Србији од њочейка до краја 1865. године*, бр. 18/1865.

³⁶ Приметбе председника Чачанског окружног суда учињене противу штампаног предлога о изменама и допунама закона о пост. судском у грађанским парницама од 2. априла 1873. године, АС, МП, 1873, док. бр. 4, л. 38.

³⁷ Законик о поступку судском у грађанским парницама са свима изменама и допунама, Државна штампарија Краљевине Србије, Крф 1917.

да ће се у претходно наведеној ситуацији сматрати да такав парничар признаје све наводе противне стране.³⁸

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Ђорђевић Андра, *Теорија грађанској судској поступку с погледом на Законик о поступку судском у грађанским парницама за Краљевину Србију II*, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд 1923.
- Закон о устројству окружни судова, *Зборник закона и уредба издани у Књаже-савиу Србији од почетка до краја 1865. године*, бр. 18/1865.
- Закон о изменама и допунама у Закону о поступку судском у грађанским парницама, *Зборник закона и уредаба у Краљевини Србији издатих од 11 јануара до 9 новембра 1885 године*, бр. 41/1885.
- Закон о изменама и допунама у Законику о поступку судском у грађанским парницама, *Зборник закона и уредаба у Краљевини Србији издатих од 1. јануара 1901 до краја исте године*, бр. 56/1903.
- Законик о судјеском поступку у парницама грађанским за Књажество Србију, Правитељствена печатња, Београд 1853.
- Законик о поступку судјеском у грађанским парницама за Књажество Србију, Правитељствена печатња, Београд 1860.
- Законик о поступку судском у грађанским парницама за Књажество Србију, Државна штампарија, Београд 1865.
- Законик о поступку судском у грађанским парницама, Архив Србије, фонд *Државни савей*, 1865, док. бр. 53, л. 3-98.
- Законик о поступку судском у грађанским парницама од 26. јануара 1865. године, Архив Србије, фонд *Државни савей*, 1865, док. бр. 53, л. 141-259.
- Законик о поступку судском у грађанским парницама са свима изменама и допунама, Државна штампарија Краљевине Србије, Крф 1917.
- Извештај Комисије Државном савету од 14. децембра 1864. године, Архив Србије, фонд *Државни савей*, 1865, док. бр. 53, л. 99-135.
- Комисија Државном савету 22. септембра 1872. године, Архив Србије, фонд *Министарство правде*, 1872, док. бр. 6, л. 1-5.
- Примјетбе Ужичког окружног суда на предлог закона о измијенама и допунама законика о пост. судском у грађанскијем парницама од 12. фебруара 1873. године, Архив Србије, фонд *Министарство правде*, 1873, док. бр. 4, л. 13-27.
- Приметбе члана Апелационог суда Саве Христића на измене и допуне судског грађ. поступка од 30. марта 1873. године, Архив Србије, фонд *Министарство правде*, 1873, док. бр. 4, л. 28-33.
- Приметбе председника Чачанског окружног суда учињене противу штампаног предлога о изменама и допунама закона о пост. судском у грађанским парницама од 2. априла 1873. године, Архив Србије, фонд *Министарство правде*, 1873, док. бр. 4, л. 34-39.

³⁸ Примјетбе Ужичког окружног суда на предлог закона о измијенама и допунама законика о пост. судском у грађанскијем парницама од 12. фебруара 1873. године, АС, МП, 1873, док. бр. 4, л. 19.

Maša M. Kulauzov
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Kulauzov@pf.uns.ac.rs

Milan M. Milutin
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Milutin@pf.uns.ac.rs

Evidence According to Provisions of Code of Civil Procedure of Serbia from 1865

Abstract: *The article sheds light on provisions of legislation on civil procedure of Serbia from 1865 concerning evidence in civil lawsuits, such as: testimony of witnesses, documentary evidence, experts testimony that is often necessary so that the trial judge can properly understand scientific or technical issues relevant to the lawsuit, and different kinds of oaths. Evidence is fundamental to the outcome of any civil litigation because, ordinarily, the facts in a civil lawsuit must be proved by evidence, and the judge will decide the civil case on the evidence adduced by the parties. As being fully aware of its significance, the author of the Code, minister of justice Rajko Lešjanin dedicated 125 paragraphs to evidence in civil lawsuits. They had been very carefully drafted after thorough and detailed discussion between the author of the draft and the State Council's Commission. In 1872, minister of justice Stojan Veljković drafted amendments and supplements to a certain number of articles regarding proofs in litigation but, since Veljković's document was never enacted, these articles were left unrevised. However, a few paragraphs concerning evidence in civil cases were altered in 1885 and 1901. All aforementioned amendments and supplements, as well as provisions that remained intact during the whole period that the Code was in force, were meticulously scrutinized in this paper.*

Keywords: *Civil proceedings, evidence in civil lawsuit, draft, Code from 1865.*

Датум пријема рада: 20.12.2021.

Датум прихватања рада: 23.01.2022.

Дарко З. Симовић

Криминалистичко-полицејски универзитет, Београд

darko.simovic@kpu.edu.rs

Олга С. Јовић-Правиновић

Правни факултет Универзитета у Приштини

са привременим седиштем у Косовској Митровици

olga.jovic@pr.ac.rs

КОНТРОВЕРЗЕ ПРАВНОГ УРЕЂИВАЊА ИСТОПОЛНИХ ЗАЈЕДНИЦА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ У СВЕТЛОСТИ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА И УПОРЕДНОГ ПРАВА

Сажетак: Брак и породица су услове које нејресано еволуирају. Друштвена реалност указује на то да традиционални концепти брака нема квалитет да прекозна сву комплексност међуљудских односа. Онда тежења да се брак изједначава са ванбрачном заједницом, али и са трајнијим облицима заједничког живота лица истог пола. Унапређивању правног положаја истополних партнера увелико су допринеле одлуке Европског суда за људска права. У садашњој пракси, Европски суд није изједначио истополне заједнице са браком, али је предвидео да истополни партнери морају бити правно препознати како би се заштитио њихов однос. Државе нису обавезане да признају истополне бракове, али имају обавезу да институционализују истополне заједнице, ради заштите права и интереса лица која у њима живе.

Наспојање да лично-имовинска и имовинска права партнера истог пола буду законски регулисана, у складу је са обавезама Републике Србије које произлазе из примене Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Међутим, општи је уписак да Нацрт закона о истополним заједницама не садржи конзистентна и добро промишљена решења. Следи да са породично-правног аспекта, озбиљна примедба решења предвиђеног у предлогу актуелног нацрта закона односи се на остваривање родитељског права. Према Нацрту не предвиђа могућност усвајања деце, постојања се ништање по ком основу партнер родитеља деце остварује овлашћења из садржине родитељског права. Опште уверење да се процес законског

уређивања истополној партнерству, будући да је реч о још увек изразито контрoверзној теми у српском друштву, мора одвијати унеколико обазривије.

Кључне речи: брак, породица, људска права, дискриминација, ЛГБТ, истополне заједнице, регистровано партнерство, права дејства.

1. УВОД

Истополне заједнице још увек су забрањене или их право не препознаје у претежнијем броју држава.¹ Међутим, упоређујући актуелно стање са оним које је постојало пре неколико деценија, може се закључити да постоји константан тренд проширивања круга држава које установљавају различите облике правног уређивања истополних заједница. Према се тај број континуирано повећава, због чега је незахвално помињати егзактне податке, тренутно се може говорити о приближно једној четвртини држава које јемче нека од права истополним партнерима. Дакле, глобално посматрано, тај проценат јесте и даље низак, али је такође неспорно да он перманентно, додуше благо, нараста. Ипак, сагледано у контексту Савета Европе тај проценат је знатно виши, будући да у 24 од 47 држава чланица постоји неки вид правног уређивања истополног партнерства.² За разлику од Западне Европе у којој све државе установљавају могућност за истополне парове да склопе брак или регистровано партнерство, слика је унеколико шароликија у Централној и Источној Европи. Отуда, већ на основу разлика које постоје на европском континенту, извесно је да не постоји ни приближна сагласност о томе који обим права и заштите треба обезбедити трајним заједницама истополних партнера.

У складу са постојећим трендом, кога су већ следили Словенија, Хрватска и Црна Гора, Министарство за људска и мањинска права и друштвени дијалог Републике Србије, у марту 2021. године, припремило је Нацрт закона о истополним заједницама.³ У образложењу тог нацрта наведено је да су истополне заједнице део стварности кога више није могуће игнорисати, будући да је, сагледано у глобалним размерама, њихово правно признавање и регулисање једна од најинтензивнијих правних промена данашњице. Мада је још увек реч о контрoверзној теми, према истраживању једне од невладиних

¹ Macarena Saez, "Same-Sex Marriage, Same-Sex Cohabitation, and Same-Sex Families Around the World: Why 'Same' is so Different?", *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 19(1)/2011, 2.

² Драгољуб Поповић, Танасије Маринковић, Мијодраг Радојевић (ур.), *Коментар Конвенције за заштити људских права и основних слобода*, Службени гласник, Београд 2017, 165

³ Нацрт закона о истополним заједницама, <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/080321/080321-vest18.html>, 10. мај. 2021.

организација (Civil Rights Defenders), Србија је спремна за доношење таквог закона, будући да је 73% испитаника навело да подржава право да ЛГБТ особе посете партнера у болници или затвору.⁴ У поређењу са сличним истраживањем обављеним 2015. године, утисак је да се десила значајна промена расположења у јавном мњењу, јер је подршку таквим законским решењима тада пружало свега 46% испитаника.⁵ Но, имајући у виду потоња дешавања, оправдано је поставити питање репрезентативности анализираног узорка, јер српско друштво очигледно одликује и значајан отпор према правном регулисању истополних заједница. О томе сведочи апел кога је подржало 212 интелектуалаца и јавних личности, међу којима су и веома значајна имена српске науке и културе, упућен државним органима да зауставе усвајање таквог закона.⁶ Према појединим конзервативним ауторима, попут Мише Ђурковића, историјски је незабележено да хомосексуализам подстичу друштва као што је Србија, због демографске угрожености државе.⁷ Основни аргумент против усвајања закона о истополним заједницама, што је и иначе опште место у аргументацији противника легализовања истополних заједница глобално посматрано⁸, јесте потреба да се заштити традиционална породица. У том смислу, недвосмислен отпор усвајању закона о истополним заједницама потекао је и од Синода Српске православне цркве (СПЦ). Недопустиво је, сагласно гледишту Синода СПЦ, да истополне заједнице буду законски изједначене са браком и породицом, јер се тако дискриминише брачна заједница, као хришћанска и законом заштићена вредност.⁹ Но, без обзира на тако изричит став против истополних заједница, изражено је разумевање за лица особених сексуалних склоности. Наиме, „Свети архијерејски Синод је сагласан да постоји потреба за остварењем одређених личних, имовинских и других права оних које третира наведени нацрт закона, али је аргументовано указао на могућност да се она у правном поретку Републике Србије остварују у потпуности административним путем, без задирања у брачно и породично законодавство”. Осим невладине сфере, реаговао је и председник Републике Србије, Александар Вучић, који је недвосмислено наговестио да би због неуставности ветирао закон о истополним заједницама,

⁴ Vid. Istraživanje: Srbija spremna za Zakon o istopolnim zajednicama, <https://www.danas.rs/drustvo/istrazivanje-srbija-spremna-za-zakon-o-istopolnim-zajednicama/>, 10. maj. 2021.

⁵ Ibid.

⁶ Vid. Protiv zakona o istopolnim zajednicama 212 javnih ličnosti, https://www.rtv.rs/sr_lat/drustvo/protiv-zakona-o-istopolnim-zajednicama-212-javnih-licnosti_1219923.html, 15. maj 2021.

⁷ Vid. Gej propaganda ubija natalitet, <https://www.novosti.rs/vesti/naslovna/drustvo/aktuelno.290.html:436251-Gej-propaganda-ubija-natalitet>, 15. maj 2021.

⁸ Vid. Andrew Koppelman, “Judging the Case Against Same-Sex Marriage”, *University of Illinois Law Review*, 2/2014, 431-465.

⁹ Sinod SPC protiv zakona o istopolnim zajednicama, <https://www.politika.rs/sr/clanak/475681/Sinod-SPC-protiv-zakona-o-istopolnim-zajednicama>, 15. maj 2021.

мада није довољно јасно и уверљиво образложио то гледиште. Према његовим речима, „Устав упућује на Породични закон који брак дефинише као законом уређену заједницу мушкарца и жене. Стога, закон о истополним заједницама не бих могао да потпишем и вратио бих га Народној скупштини“¹⁰. Потпуно неубичајено, о нацрту тог закона изјаснио се и Високи савет судства констатујући његову неусклађеност са Уставом, као и да Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (ЕКЉП) прописује да мушкарци и жене одговарајућег узраста имају право да ступају у брак и заснивају породицу у складу са унутрашњим законима који уређују остваривање тог права.¹¹ Премда није надлежан за изношење мишљења такве врсте, Високи савет судства је без образложења, вероватно по наруџбини политичког карактера, сервирао арбитрарно тумачење одредаба Устава Републике Србије и ЕКЉП.

Досадашњи осврт на реакције изазване објављивањем Нацрта закона о истополним заједницама ипак указује на то да српско друштво још увек није потпуно зрело да *sine ira et studio* расправља о тако контровезним питањима. Отуда, овај чланак има за циљ да пружи вредносно неутралан поглед на упоредноправна решења и међународноправне стандарде заштите права истополних партнера, као и критичку анализу предложених законских решења.

2. ПРАВО НА БРАК ИЗМЕЂУ ТРАДИЦИЈЕ И ПРАВА ИСТОПОЛНИХ ПАРТНЕРА У МЕЂУНАРОДНОМ И УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Право на брак једно је од основних људских права, мада за разлику од претежнијег броја личних права, то право није потпуно садржински дефинисано међународним инструментима.¹² Наиме, међународни инструменти заштите људских права јемче право на склапање брака, при чему не постоји општеобавезујућа дефиниција брака. Дакле, правно уређивање институције брака примарно је у сфери националних правних система. Кључни разлог изостанка међународноправне дефиниције брака јесте чињеница да је институт брака у непрестаном еволуирању и да увелико зависи од конкретног друштвеног контекста и система вредности који се у њему негује. Несумњиво, установа брака захваћена је све снажнијим процесом релативизовања, па тако постоји тежња да се од главног стуба породице, брак изједначи са

¹⁰ Vučić: Ne mogu da potpišem Zakon o istopolnim zajednicama, moram da štitim Ustav, <https://rs.n1info.com/vesti/vucic-ne-mogu-da-potpisem-zakon-o-istopolnim-zajednicama-moram-da-stitim-ustav/>, 15. мај 2021.

¹¹ Никола Врзић, „Негативно мишљење“, *Печай*, 14. мај 2021, 6-7.

¹² Вид. Дарко Симовић, Радомир Зекавица, *Људска љрава*, Београд 2020, 186-187.

ванбрачним заједницама мушкарца и жене или са истополним заједницама.¹³ Такође, репродуктивна функција више није нужни елемент брака, будући да је велики број хетеросексуалних бракова без деце, а с друге стране постоји значајан број хомосексуалних веза са децом, било да су то деца из претходног брака, усвојена деца или деца зачета уз помоћ неке од метода асистираних репродукција.¹⁴

Посматрано из перспективе међународног права, сагласно Универзалној декларацији, пунолетни мушкарци и жене, без икаквих ограничења у погледу расе, држављанства или вероисповести, имају право да склопе брак и да заснују породицу (члан 16, став 1). Према Пакту о грађанским и политичким правима, право на ступање у брак се признаје мушкарцима и женама зрелим за брак (члан 23, став 2). Уз то, за закључење брака тражи се слободан и потпун пристајак оба супружника (члан 23, став 3). Најзад, ЕКЉП јемчи мушкарцима и женама одговарајућег узраста право на ступање у брак у складу са унутрашњим законима који уређују остваривање тог права (члан 12). Дакле, на то упућују наведене међународноправне норме, државе саме уређују услове за заснивање брака. Ако се осврнемо на праксу међународних тела надлежних за остваривање надзора над спровођењем људских права, закључујемо да су она све време доследно на линији непризнавања истополних бракова приликом судског интерпретирања норми међународног права. Европски суд правде, Европски суд за људска права, као и Комитет за људска права Уједињених нација нису развијали праксу која би ишла у правцу признавања права на истополне бракове.¹⁵ Међутим, с друге стране, треба нагласити да садржина брака није непромењива, будући да је реч о установи која временом еволуира што се може уочити сагледавањем правног положаја жене, укидања закона који забрањују брак између лица различите расе или признавања права на брак транссексуалцима.¹⁶

Сама чињеница да истополни партнери не могу да склопе брак, лишава та лица могућности да уживају заштиту свих оних права која произлазе из те установе. Педантни аналитичари побројали су 60 различитих права повезаних са установом брака и породичним питањима заснованим на браку.¹⁷

¹³ Олга Цвејић-Јанчић, „Брак и развод између прошлости и будућности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2009, 72.

¹⁴ Сандра Самарџић, „Права истополних партнера у Европској Унији и Србији у области брачног права“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2013, 430.

¹⁵ W. Cole Durham, Robert Smith, William Duncan, „A Comparative Analysis of Laws Pertaining to Same-Sex Unions“, March 14, 2014, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2409282>, 11.

¹⁶ Frances Hamilton, „Strategies to achieve same-sex marriage and the method of incremental change“, *Journal of Transnational Law and Policy*, 25/2015-2016, 151.

¹⁷ Kees Waaldijk, „What First, What Later? Patterns in the Legal Recognition of Same-Sex Partners in European Countries“, in Marie Digoix (ed.), *Same-Sex Families and Legal Recognition in Europe*, Springer 2020, 12.

Принцип формалне једнакости, сагласно гледишту ЛГБТ популације, подразумева да истополна партнерства треба признати на исти начин на који се признају трајне заједнице живота лица различитог пола.¹⁸ Отуда, истополни парови не траже нека „посебна“ права, већ захтевају равноправност са особама хетеросексуалне оријентације, ради заштите грађанских, политичких, економских и социјалних права која су им у пракси најчешће ускраћена услед дискриминисања по основу сексуалне оријентације.¹⁹ Дакле, начело једнакости грађана треба да обезбеђује равноправан приступ браку свим лицима, па и оним која су хомосексуалне склоности. У супротном, према становишту појединих аутора, искључивањем лица хомосексуалне оријентације из установе брака, њима се пориче правни статус пуног капацитета који обезбеђује држављанство.²⁰ Такође, без обзира на забрану сваког вида дискриминације, па и оне засноване на сексуалној оријентацији, чињеница је да су лица хомосексуалног опредељења још увек стигматизована у претежнијем броју држава. Заговорници потпуног изједначавања права хетеросексуалних и хомосексуалних парова тврде да се забраном признавања брака истополним партнерима, али и решењем према којем им се признаје само право на регистрацију, шаље хомофобична порука која почива на уверењу да се та лица доживљавају као биолошка неправилност.²¹ Процес отварања брака или других регистрованих аранжмана за лица истог пола у једном броју држава, учинио је хомосексуалност видљивијим.²² Правним признавањем истополног партнерства покреће се процес већег степена прихватљивости лица хомосексуалне оријентације.

Историјски сагледано, Данска је 1989. године, прва међу државама, установила правни оквир, заснован на браку, који је истополним партнерима пружао могућност да званично региструју своју заједницу.²³ Тако регистрована заједница производила је готово истоветне правне последице као брак. Изузев што се регистровано партнерство није могло закључити у цркви, партнери нису располагали правом на усвајање детета и правом на заједничко старање над дететом. Претходницу је представљало законско регулисање права истополних партнера, без правног формализовања тог односа. У том смислу, Холандија је још 1979. године, Законом о ренти предвидела да у околностима у којима је само један партнер имао статус закупца, после

¹⁸ William N. Eskridge, Jr., “Comparative Law and the Same-Sex Marriage Debate: A Step-by-Step Approach Toward State Recognition”, *McGeorge Law Review*, 31(3)/2000, 641-642.

¹⁹ Rada Borić (ur.), *Pojmovnik rodne terminologije prema standardima Europske unije*, Ured za ravnopravnost spolova Vlade RH, Centar za ženske studije, Zagreb 2007, 38.

²⁰ Vid. F. Hamilton, 150-151.

²¹ С. Самарџић, 431-432.

²² Vid. Marie Digoix, “Introduction – LGBT Questions and the Family”, in Marie Digoix (ed.), *Same-Sex Families and Legal Recognition in Europe*, Springer 2020, 2

²³ *Ibid.*

две године живота у заједничком домаћинству, оба лица добијала су статус закупца.²⁴ Холандија је 2001. године постала зачетник нове фазе у развоју права лица хомосексуалне оријентације, јер је прва легализовала истополне бракове.²⁵ Ту праксу су потом следиле Белгија (2003), Шпанија (2005), Канада (2005), Јужноафричка република (2006) итд.²⁶

Један од најважнијих фактора који пружа објашњење зашто су неке државе признале хомосексуалне бракове, а друге то нису учиниле, лежи у слабљењу значаја брака као друштвене институције, сагледано у контексту броја закључених бракова.²⁷ Разуме се, будући да је реч о изузетно општој констатацији, не може се потврдити да је то законитост без изузетака. На пример, Италија и Грчка имају релативно низак број новозакључених бракова, али те државе не признају хомосексуалне бракове. С друге стране, Белгија и Холандија имају натпросечне стопе на пољу закључења нових бракова, али те две државе признају истополне бракове.²⁸ Чињенице указују на то да је традиционално схваћена институција брака у кризи. Најпре, повећава се просек година старости приликом ступања у брак, затим, готово да је постало уобичајено да парови одређено време пре ступања у брак живе заједно и на крају, значајно расте проценат разведених бракова.²⁹ Истовремено, расте број правних система у којима се статус ванбрачних партнера изједначава са лицима која су браку. Отуда, проширивање дефиниције брака и његово отварања за истополне партнере рађа још већу бојазан међу традиционалистима да ће тај процес неповратно поткопати ту установу на којој почива породица.

Истраживачке подухвате усмерене ка упоредноправној анализи правног статуса истополних заједница значајно отежава непостојање једнообразне терминологије којом се та установа означава. Компаративно посматрано, у пракси се сусрећу различити називи за истополне заједнице: заједничко домаћинство (*joint household*), регистровано партнерство (*registered partnership*), грађанско партнерство (*civil partnership*), правна кохабитација (*legal cohabitation*) или *de facto* унија (*de facto union*).³⁰ У погледу правног домаћаја исто-

²⁴ С. Самарцић, 431.

²⁵ Jae Won Shin, "Coming out of the Closet: A Comparative Analysis of Marriage Equality Between the East and West", *International Law and Politics*, 49/2017, 1123-1127.

²⁶ Vid. Masuma Shahid, "The Right to Same-Sex Marriage: Assessing the European Court of Human Rights' Consensus-Based Analysis in Recent Judgments Concerning Equal Marriage Rights", *Erasmus Law Review*, 3/2017, 184

²⁷ David Pettinicchio, "Current Explanations for the Variation in Same-Sex Marriage Policies in Western Countries", *Comparative Sociology*, 11/2012, 529.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Вид. Сандра Самарцић, 430.

³⁰ Tunjica Petrašević, Dunja Duić, Ena Buljan, „Prava istopolnih zajednica u Europskoj Uniji s posebnim osvrtom na Republiku Hrvatsku“, *Strani pravni život*, 3/2017, 150. Upor. Gordana

полних заједница, државе се сврставају у једну од четири групе. Прву групу чине државе у којима особе хомосексуалне оријентације могу закључити брак. У другу групу сврставају се државе у којима истополни партнери не могу склопити брак, али могу закључити правом признату истополну заједницу са сличним правним дејством. Трећа група су државе у којима не постоји могућност правног формализовања трајних истополних заједница, али се њима ипак јемче нека од права која имају лица у ванбрачним заједницама или браку. Најзад, четврту групу чине државе у којима трајне истополне заједнице не производе никакве правне последице. Но, та група држава није монолитна, јер у појединим од тих држава постоје јасни наговештаји да ће права истополних партнера бити унапређена, док су те особе у неким државама изложене озбиљним видовима дискриминисања.

Један од аргумената противника правног уређивања истополног партнерства јесте уверење да је то само први корак, после кога неминовно следи легализовање истополних бракова. Наиме, упоредноправно сагледано, отварању бракова за истополне парове по правилу је претходило установљавање регистрованог истополног партнерства. Изузетке представљају Португалија и Шпанија.³¹ Такође, може се уочити правилност да је регистрованим истополним партнерствима претходило признавање појединих права тим лицима. Дакле, претходница легализовању правног статуса истополног партнерства, било је признање појединих права лицима која живе у таквим *de facto* трајним заједницама, за чији настанак није захтевана никаква форма. У том смислу, поред пароле „партнерство пре брака“, настала је и крилатица „права пре статуса“, која на сажет начин означава одвијање процеса правног признања истополног партнерства у европским државама.³²

Посматрано из перспективе националног правног система, Устав Републике Србије јемчи право на закључење брака, при чему је брак дефинисан као правни однос који се заснива на основу слободно датог пристанка мушкарца и жене пред државним органом (члан 62 став 2). Две су правне последице таквог одређења институције брака. Прво, Устав не допушта заснивање истополних бракова. Друго, прописана форма склапања брака јесте обавезни грађански брак, што подразумева да Устав не признаје брак закључен у цркви. Без обзира на та ограничења, Уставом постављена дефиниција брака у складу је са постојећим међународним стандардима у сфери породичноправних односа. Упоредноправно посматрано, Србија није изузетак када је реч о конституционализовању права на склапање брака само за лица хетеросек-

Kovaček-Stanić, „Komparacija različitih evropskih pravnih koncepata o zajednici lica istog pola“, *Evropsko zakonodavstvo*, 19-22/2007, 106-120.

³¹ K. Waaldijk, 15.

³² *Ibid.*, 17.

суалне оријентације.³³ Дакле, уставни оквир је предупредио могућност да се традиционално схваћена институција брака мења и трансформише у српском друштву.³⁴ Међутим, с друге стране, уставне одредбе не представљају препреку за легализовање различитих варијанти регистрованих истополних заједница. Сагласно пракси Европског суда за људска права, о чему ће бити речи у наредном одељку, Србија има обавезу да правно уреди трајније облике заједница истополних партнера.

3. ПРАВА ИСТОПОЛНИХ ПАРТНЕРА И (НЕ)КОНВЕНЦИОНАЛНЕ ПОРОДИЦЕ У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Будући изразито контроверзно питање, око кога постоје битне разлике између појединих држава, Европски суд за људска права (Европски суд) постепено је развијао праксу у вези са правима истополних партнера. Европски суд је све време обезбеђивао заштиту хомосексуалних односа, позивањем на право на поштовање приватног живота, што је допринело формирању готово једнообразног става међу државама чланицама Савета Европе да се толеришу приватни, добровољни хомосексуални односи између одраслих лица истог пола.³⁵ Поред тога, анализа досадашње праксе указује на то да претежу случајеви у којима је Европски суд одлучивао о појединим правима истополних партнера, у односу на оне који су се односили на само право на склапање брака. Међутим, приметан је тренд да се у овој области слободна процена држава све више сужава и да се постављају стандарди који треба да обезбеде поштовање одређених права лицима која се налазе у трајним хомосексуалним заједницама.

Расправа о правима истополних партнера, која се једним делом остварују заснивањем трајних заједница, указује на настанак и тренд развијања концепта неконвенционалне породице. Наиме, савремени концепт породичног живота сведочи о непостојању доминатног модела породичне заједнице, као што је то био случај са традиционалним концептом, односно нуклеарном породицом. Такве промене у поимању породичног живота требало би истовремено да прати адекватна породичноправна регулатива уз поштовање аутономије странака. Постојећа стварност коју одликује разноликост облика

³³ У групу држава које изричито или посредно брак одређују као заједницу мушкарца и жене убрајају се: Азербејџан, Белорусија, Боливија, Мађарска, Немачка, Летонија, Литванија, Молдавија, Парагвај, Пољска, Суринам, Туркменистан и Украјина. Вид. W. C. Durham, R. Smith, W. Duncan, 7.

³⁴ О институцији брака у српском праву вид. Gordana Kovaček-Stanić, Sandra Samardžić, „Marriage in Serbian Law and in Comparative Perspective”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2020, 545-560.

³⁵ Д. Поповић, Т. Маринковић, М. Радојевић (ур.), 165.

породичног живота не може бити обухваћена традиционалним концептом, а да тиме не буду повређени интереси субјеката у питању (одраслих и деце), који би остали без правне заштите, дискриминисани и непризнати. Наиме, особеност породичноправног односа проистиче из повезаности која је последица рођења, сродства (крвног или адоптивног), брака или неке друге правно релевантне чињенице. Тако, Европски суд усваја модел породичног живота коју чине муж, жена и деца, тзв. „конвенционална породична јединица“, али, породични живот није ограничен само на брак и крвно сродство, с обзиром на то да обухвата и ванбрачне партнере.³⁶ С једне стране, породични живот не своди се само на правно признати однос, јер Европски суд води рачуна о социјалним, емоционалним и биолошким факторима приликом процењивања да ли један конкретан однос потпада под појам „породични живот“, док с друге, правна веза може бити самостални основ за постојање „породичног живота“.³⁷ Другим речима, неконвенционалне породице последица су потребе савременог друштва да што већем броју људи омогући да живе у стабилним породичним, правно признатим и регулисаним заједницама, са уважавањем различитих фактички постојећих породичних модалитета.³⁸

Сагласно природи и обиму овог рада, прилика је да се осврнемо само на оне предмете који су довољно илустративни да укажу на правац еволуирања праксе Европског суда у односу на права истополних партнера и на промењени концепт породице. Мада није први који се односио на права лица хомосексуалне оријентације, предмет *Салгеиро да Силва Моџа Њројив Португалије* значајан је због тога што је Европски суд одлучивао о родитељском праву лица коме је то право било ускраћено после развода, само зато што је живело у истополној заједници.³⁹ Европски суд је утврдио повреду ЕКЈП, образлажући је гледиштем да је одлука националног суда повредила право подносиоца представке на поштовање породичног живота. Наиме, имајући у виду да се приликом одлучивања о старању над дететом национални суд превасходно руководио сексуалном оријентацијом подносиоца представке, сматрајући да је одрастање у таквом окружењу ненормално за дете, Европски суд је констатовао да је реч о дискриминацији, која нема објективно, нити разумно оправдање.

³⁶ *Elsholtz v. Germany*, ЕСЈП, представка бр. 25735/94, пресуда од 13. јула 2000; *Keegan v. Ireland*, ЕСЈП, представка бр. 16969/90, пресуда од 26. маја 1994; *Kroon and others v. The Netherlands*, ЕСЈП, представка бр. 18535/91, пресуда од 27. октобра 1994; *Kurochkin v. Ukraine*, ЕСЈП, представка бр. 42276/08, пресуда од 20. августа 2010.

³⁷ *Pini and Others v. Romania*, ЕСЈП, представка бр. 78028/01, 78030/01, пресуда од 22. септембра 2004; *Gül v. Switzerland*, ЕСЈП, представка бр. 23218/94, пресуда од 19 фебруара 1996.

³⁸ Zorica Mršević, *Ka demokratskom društvu – istopolne porodice*, Institut društvenih nuka, Beograd 2009, 17-18.

³⁹ *Salgueiro ga Silva Mouta v. Portugal*, ЕСЈП, представка бр. 33290/96, пресуда од 21. децембра 1999.

У предмету *Карнер против Аустрије* Европски суд је одлучивао о правима имовинског карактера истополних партнера.⁴⁰ Наиме, после смрти свог партнера, подносилац представке требало је, сагласно тестаменту, да настави коришћење станарског права у стану који је његов партнер стекао под заштитеним условима за социјално становање. Међутим, њему то није допуштено, премда законско решење у таквим ситуацијама штити ванбрачног партнера. Према гледишту Европског суда, разлика у поступању заснована на сексуалног оријентацији може бити оправдана само ако је неопходна ради остварења легитимног циља. Будући да држава није пружила убедљиве и озбиљне разлоге који би оправдавали искључивање преживелог партнера из хомосексуалног односа да се позове на законску одредбу која је обезбеђивала наслеђивање права у сфери социјалног становања, Европски суд је утврдио повреду права на поштовање породичног живота.

Иницијални став Европског суда у погледу права на усвојење лица хомосексуалног опредељења илуструје предмет *Фрејте против Француске*.⁴¹ Европски суд је потврдио становиште националног правосуђа којим је захтев тог лица за усвојење одбијен уз образложење да је основни циљ усвојења да се деци обезбеди породица, а не да се породици обезбеди дете. Сагласно принципу најбољег интереса детета, држава располаже пуном слободом да одређује подобност за усвајање деце. Дакле, одређивање домаћаја права на усвојење у односу на лица хомосексуалног опредељења спада у поље слободне процене држава, јер о том питању не постоји консензус међу државама. До благе еволуције у гледишту Европског суда дошло је у предмету *ЕБ против Француске*, који се односио на жену, која је радила у вртићу, а којој је такође ускраћено право на усвојење детета.⁴² Европски суд је утврдио повреду ЕКЉП зато што су национални органи одбили захтев за усвојење само због сексуалне оријентације те жене, мада је она имала искуство у раду са децом. Утврђујући повреду члана 8 у вези са чланом 14 ЕКЉП, Европски суд је констатовао да сексуално опредељење неког лица не може бити искључиви разлог за украђивање права на усвајање детета. У том смислу, ако закон државе дозвољава усвајање од само једног родитеља, недопуштено је да се захтев за усвајање не дозволи само на основу сексуалне оријентације те особе.

У погледу дилеме о могућности склапања брака између лица истог пола, Европски суд је утврдио да државна политика очувања брака као заједнице мушкарца и жене не представља дискриминацију, као и да ЕКЉП не обавезује државе да истополним паровима обезбеде право на закључење брака.⁴³

⁴⁰ *Karner v. Austria*, ЕСЉП, представка бр. 40016/98, пресуда од 24. јула 2003.

⁴¹ *Fretté v. France*, ЕСЉП, представка бр. 36515/97, пресуда од 26. фебруара 2002.

⁴² *E.B. v. France*, ЕСЉП, представка бр. 43546/02, пресуда од 22. јануара 2008.

⁴³ Вид. Ивана Крстић, *Забрана дискриминације у међународном и домаћем праву*, Београд 2018, 135.

Илустративан предмет је *Шалк и Којф њројив Аустрије* у коме је Европски суд закључио да та држава није повредила члан 12 ЕКЉП, премда је подносиоцима представке, иначе двојици мушкараца, одбила захтев за склапање брака јер нису испунили захтев различитости полова.⁴⁴ Мада је у неким државама већ био установљен правни режим ванбрачних заједница истополних партнера, Европски суд је апострофирао да члан 12 ЕКЉП не намеће државама обавезу да право на склапање брака јемче и особама истог пола. Европски суд је следио „снажну хетеронормативну концептуализацију брака“⁴⁵, која подразумева да је срж те установе веза између лица различитог пола, тако да се лицима истог пола не могу јемчити права која су повезана са њом. Међутим, оно што је представљало новину јесте гледиште Европског суда према коме је однос два лица истог пола окарактерисан као породични, а не само приватни, како је то до тада била пракса, са образложењем да је неприродно задржати став да истополни партнери немају право на породични живот у смислу члана 8 ЕКЉП.⁴⁶ По мишљењу суда, однос истополних партнера који живе у стабилној *de facto* заједници, потпада под појам породични живот, баш као и однос партнера различитог пола у сличној ситуацији.⁴⁷ Поједини аутори наговештавају да ће та одлука једног дана бити оквалификована „историјском“, јер потпуно непризнавање истополних парова више није одржива опција, што је означено и почетком краја дискриминације особа хомосексуалне оријентације.⁴⁸

Постепено еволуирање становишта Европског суда видљиво је и на пољу признавања права на регистровано партнерство. У случају *Валиантос и друји њројив Грчке*, Европски суд је заузео гледиште да ускраћивање права на регистрацију партнерства лицима истог пола представља повреду ЕКЉП. Наиме, Грчка је 2008. године усвојила законско решење које је предвиђало могућност регистрације партнерства, али само лицима различитог пола. Према гледишту Европског суда, ускраћивање регистрованог партнерства лицима истог пола нема легитиман циљ, а ЕКЉП јесте живи инструмент кога треба тумачити у складу са тренутним околностима. Тај предмет значајан је и због тога што је Европски суд признао право на породични и приватни живот партнерима истог пола који не живе заједно из професионалних и социјалних разлога, јер у конкретном случају чињеница да партнери не

⁴⁴ *Schalk and Kopf v. Austria*, ЕСЉП, представка бр. 30141/04, пресуда од 24. јуна 2010.

⁴⁵ Paul Johnson, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, Routledge, 2013, 150.

⁴⁶ Вид. С. Самарцић, 443.

⁴⁷ Suzana Bubić, „Uloga Evropskog suda za ljudska prava u priznavanju istopolnih zajednica“, у: Suzana Bubić (ur.), *Odjeci prakse Evropskog sudaza ljudska prava u nacionalnim porodičnim pravima*, Mostar 2017, 55–56.

⁴⁸ Jens M. Scherpe, “The Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe and the Role of the European Court of Human Rights”, *The Equal Rights Review*, 10/2013, 92.

живе заједно не лишава тај пар стабилности односа, због чега се он подводи под појам породичног живота.

На истој линији Европски суд је остао и у релативно скорашњем предмету *Олиари и остали њројив Ијталије*.⁴⁹ Тај предмет је значајан по томе што Европски суд није расправљао о постојању дискриминације, већ је утврдио повреду члана 8 ЕКЉП, јер постојећа правна заштита истополних партнера у Италији не обезбеђује суштинске потребе оних који се налазе у стабилној вези и није довољно поуздана. Европски суд није прихватио став италијанске Владе да је неопходно време како би се достигло сазревање заједничког става друштва о признавању нове форме породичног живота истополних партнера. Отуда, Европски суд сматра да је за истополне партнере најбољи начин правног признања грађанска заједница или регистровано партнерство.⁵⁰ Према томе, Европски суд не изједначава истополне заједнице са браком, сходно чл. 8 и 12 ЕКЉП, али констатује да истополни парови морају бити правно препознати како би се заштитио њихов однос, јер се непризнавање права истополних партнера на формирање заједнице живота тумачи као повреда ЕКЉП. Премда не постоји обавеза да се признају истополни бракови, на државама је обавеза да установе правни режим истополних заједница. Дакле, поменути случај односио се само на општи интерес за законским признавањем и суштинском заштитом подносилаца представке као истополних партнера.⁵¹ Та одлука Европског суда покренула је процес легализације истополних заједница у правним системима држава које су се снажно противиле признавању ширих или ужих права партнерима истог пола која су иначе призната хетеросексуалним партнерима (примера ради у португалском, енглеском, аустријском, грчком, кипарском праву), како би се искључила или ублажила дискриминација по основу сексуалне оријентације и родног идентитета.⁵²

Напоследку, премда се не односи непосредно на права истополних партнера, предмет *Крисџина Гудвин њројив Уједињеној Краљевсџива* јесте од значаја јер је у њему Европски суд изнео гледиште о праву на склапање брака особама које су промениле пол.⁵³ Подносиатеља представке је рођена као мушкарац, који је, зато што се осећао женом, хирушком интервенцијом променио пол. Европски суд је прихватио гледиште да транссексуалне особе

⁴⁹ *Oliari and Others v. Italy*, ЕСЉП, представка бр. 18766/11, 36030/11, пресуда од 21. јула 2015.

⁵⁰ О правном режиму истополних заједница вид. Т. Petrašević, D. Duić, E. Buljan, 145-169.

⁵¹ Rosmery Kumwenda, *Biti LGBTI u Istočnoj Evropi: Izveštaj za Srbiju*, United Nations Development Programme, Beograd 2017, 20.

⁵² Olga Cvejić-Jančić, „Zajednice života lica istog pola – trendovi u regulisanju porodično-pravnog statusa ovih zajednica u savremenom pravu“, *Pravni život*, 10/2019, 65.

⁵³ *Christine Goodwin v. UK*, ЕСЉП, представка бр. 28957/95, пресуда од 11. јула 2002.

имају право на склапање брака као припадници пола коме припадају после операције полног преуређења (sex reassignment surgery).⁵⁴ Своје гледиште Европски суд је засновао на ставу да је установа брака суочена са великим социјалним променама, а такође и са крупним променама услед развоја медицине и науке на подручју транссексуалности. Међутим, у једном од релативно скорашњих предмета *Чайин и Чарпентијер против Француске*⁵⁵, Европски суд је потврдио своје гледиште да државна политика очувања брака као заједнице мушкарца и жене не представља дискриминацију, као и да ЕКЉП не подразумева обавезу за државе да установе право на закључење брака лицима истог пола. Ипак, имајући у виду његову досадашњу праксу, брак је установа која еволуира, тако да се не може искључити могућност да ће Европски суд у неком моменту признати истополне бракове, мада је јасно да тај тренутак није близу.

4. О ТОКУ ЛЕГАЛИЗАЦИЈЕ ИСТОПОЛНИХ ЗАЈЕДНИЦА У СРПСКОМ ПРАВУ – ИЗМЕЂУ ИДЕЈЕ И СТВАРНОСТИ

У тренутку истраживања ове теме, са аспекта људских права и са становишта националног законодавства, у фокусу домаће правничке, али и неправничке јавности нашао се сет прописа од три законска текста: Предлог закона о родној равноправности и Предлог закона о изменама и допунама Закона о забрани дискриминације,⁵⁶ који су усвојени после јавне расправе, те процене стручњака Европске комисије против расизма и нетолеранције (European Commission against Racism and Intolerance) Савета Европе,⁵⁷ док је Нацрт закона о истополним заједницама још увек у фази усаглашавања текста и оцењивања од стране европских експерата, премда је прошао јавну расправу са сугестијама и примедбама органа државне власти и других заинтересованих субјеката. Одговор на питање да ли ће Нацрт закона о истополним заједницама бити усвојен у непромењеном облику или са изменама које би биле у складу са актуелним друштвено-политичким приликама, и у ком тренутку, условљено је вољом политичких чинилаца. Док се ишчекује даља судбина Нацрта закона о истополним заједницама, прилика је да се подсетимо да је

⁵⁴ Д. Поповић, Т. Маринковић, М. Радојевић (ур.), 334.

⁵⁵ *Chapin and Charpentier v. France*, ЕКЉП, представка бр. 40183/07, пресуда од 9. јуна 2016.

⁵⁶ Влада Републике Србије је на седници одржаној 22. априла 2021. године усвојила предлоге оба закона у циљу унапређења институционалног оквира и стварања услова за спровођење политике једнаких могућности за жене и мушкарце, те спречавања дискриминације по основу било ког личног својства.

⁵⁷ Tobias Flessenkemper, „Equality and diversity: Council of Europe supports the fight against discrimination in Serbia“, <https://www.coe.int/en/web/belgrade/-/equality-and-diversity-council-of-europe-supports-the-fight-against-discrimination-in-serbia>, 23. мај 2021.

почетак правне заштите истополних заједница довео до крупних промена у области породичних односа на глобалном,⁵⁸ европском,⁵⁹ али и националном нивоу, с обзиром на то да је сасвим извесно да друштвена стигматизација истополних заједница јењава.

Дугогодишња социјална дистанца у односу на истополне заједнице у општој популацији и недостатак институционалне подршке још увек су амбијент конфликта поборника и противника идеје законског регулисања истополних заједница. Остављајући по страни теоријску аргументацију оних који су за и/или против легализовања истополних заједница, прилика је да укажемо на обавезе Републике Србије после отварања преговора о приступању Европској унији 2014 године. У том смислу, спровођење Акционог плана за поглавље 23 подразумева унапређење законодавног и нормативног оквира, а у складу са правним тековинама ЕУ, међународним и европским стандардима и најбољим праксама. Позитивни помаци унапређивања положаја ЛГБТ заједнице, треба да буду настављени реализовањем Акционог плана за примену Стратегије превенције и заштите од дискриминације.⁶⁰

⁵⁸ О. Свејић-Јанчић (2019), 66.

Забрана дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета предвиђена је општим инструментима о људским правима који су усвојени под окриљем Уједињених нација. Потреба за појачаном међународноправном заштитом од дискриминације на глобалном нивоу огледа се и у усвајању Џогџакартских принципа на седници Савета за људска права у Женеви 2007. године.

⁵⁹ У Препоруци (2010)5 Комитета министара државама чланицама о мерама за борбу против дискриминације на основу сексуалне оријентације и родног идентитета, предложене су следеће мере: 1. Уколико национално законодавство признаје права и обавезе хетеросексуалним ванбрачним партнерима, државе чланице треба да обезбеде сходну примену на истополне парове; 2. Ако национално законодавство признаје регистровање истополних заједница, државе чланице треба да настоје да обезбеде њихов правни статус, да права и обавезе буду једнаке статусу, правима и обавезама хетеросексуалних партнера у сличном положају; 3. Ако национално законодавство не признаје права и дужности регистрованим истополним партнерима или ванбрачним партнерима, државе чланице треба да размотре могућност обезбеђивања правних решења за истополне partnere, којима би се решили практични проблеми везани за друштвену стварност у којој живе без дискриминације по било ком основу. Ова препорука допуњена је Препоруком Парламентарне скупштине Савета Европе 1950 (2010) о дискриминацији заснованој на сексуалној оријентацији и родном идентитету, затим Резолуцијом бр. 1728 (2010) Парламентарне скупштине Савета Европе о дискриминацији на основу сексуалне оријентације и родног идентитета.

Активности су интензивне и у оквиру Европске уније, почев од Повеље о основним правима (члан 9), преко Директиве 2003/86/ЕЦ (2003), Директиве 2004/38/ЕЦ. Вид. О. Свејић-Јанчић (2019), 65; Saša Gajin, *Model zakona o registrovanim istopolnim zajednicama*, Centar za unapređenje pravnih studija, Beograd 2013, 34-35.

⁶⁰ Република Србија, Преговарачка група за Поглавље 23, *Акциони план за Поглавље 23*, Правосуђе и основна права, јул 2020, 183.

Влада Републике Србије је 27. априла 2016. године усвојила Акциони план за Поглавље 23. Након четири године имплементације донета је одлука о његовој ревизији која је

Успостављени међународни стандарди у области људских права су основ да се национални законодавац определи за једну од три опције у вези са признавањем правног статуса истополних заједница: да истополним партнерима призна право на склапање брака, уз могућност задржавања одређених разлика у односу на супружнике и ограничавање права страних истополних парова да склопе брак у Србији;⁶¹ друга могућност је регистровано партнерство;⁶² а трећа, да се истополним партнерима признају одређена права и дужности после протека одређеног времена трајања заједнице живота. Иначе, прве земље које су признале иста права истополним партнерима као и супружницима, нису одмах признале право на брак, већ само право на регистровано партнерство⁶³, док поједине земље истополним партнерима признају право на регистровану заједницу и ограничено право на усвојење детета, по правилу, усвојење детета свог истополног партнера⁶⁴. Дакле, брак, регистрована

неопходна како би се отклониле уочене тешкоће у реализацији и праћењу спровођења реализације активности. Министарство правде и Преговарачка група за Поглавље 23 ревидирали су Акциони план тако да се активности могу поделити у неколико група: нормативно регулисање и усаглашавање (измене Устава, измене законодавног и подзаконског оквира, усвајање стратешких докумената – других стратегија и акционих планова, смерница, упутстава) на различитим нивоима и од стране различитих органа; јачање институционалних и административних капацитета свих институција које су укључене у процес спровођења активности, њихове међусобне сарадње и комуникације; унапређење вештина и компетенција кроз примену одговарајућих програма обуке, укључујући подизање свести о одређеним областима.

⁶¹ Истовремено, отвара се питање признања дејстава различитих облика истополних заједница регистрованих у иностранству у Републици Србији. Наше међународно приватно право карактерише одсуство колизионих правила која би уређивала питања признања постојања и дејстава различитих облика истополних заједница регистрованих у иностранству. Како се ниједна заједница живота не заснива судском или са њом изједначеном одлуком, у контексту признања истополне регистроване заједнице не могу се применити правила о признању страних судских одлука Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља (*Сл. лист СФРЈ*, бр. 46/96, *Сл. листник РС*, бр. 46/06), нити се признање регистроване истополне заједнице може свести на поступак легализације стране јавне исправе, пошто се поступком легализације потврђује веродостојност порекла стране јавне исправе како би јој у Србији била призната доказна снага. Вид. Gašo Knežević, Vladimir Pavić, „Homoseksualni brakovi u međunarodnom privatnom pravu Srbije“, u: Rajko Knez, Suzana Kraljić, Dušan Stojanović (ur.), *Evropski sodni prostor*, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, Maribor 2005, 79-87; Marko Jovanović, „Inostrane registrovane istopolne zajednice života pred kolizionim pravilima srpskog međunarodnog privatnog prava: crno-beli odraz slike duginih boja?“, *Liber amicorum Gašo Knežević*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016, 167-190.

⁶² S. Gajin, 36.

Избор таквог решења отвара многобројне недоумице имајући у виду да је, примера ради, регистрована истополна заједница у Великој Британији по саржини готово идентична браку, док су у појединим земљама ЕУ знатно мање изражена обележја брака.

⁶³ Данска, Норвешка, Шведска, Исланд, Холандија, Белгија, Француска, Португал, Немачка, Аустрија итд.

⁶⁴ Швајцарка, Италија, Грчка, Хрватска, Словенија, Чешка, Мађарска.

заједница или кохабитација, односно ванбрачно партнерство (нерегистрована заједница) три су облика правног признања истополних заједница.

Досадашња настојања да се законски уреде права истополних партнера у Србији, на пример права из пензијског, здравственог и социјалног осигурања, била су неуспешна.⁶⁵ Са изазовима и дилемама у везу са признавањем правног статуса истополних заједница, у духу толеранције и обезбеђивања једнаких услова за живот и развој сваког појединца, суочила се и Комисија за израду Грађанског законика (ГЗ).⁶⁶ У првобитној верзији текста Преднацрта ГЗ-а, компромисни предлог био је последица негативног притиска стручне јавности и ограничавао је правни домашај животних заједница истополних партнера. Тако је партнерима истог пола требало признати једнака права и дужности која имају партнери у хетеросексуалној ванбрачној заједници: стицање заједничке имовине; право на издржавање током трајања и после престанка заједнице живота; закључење уговора којима ће уређивати своје имовинске односе, искључујући право на наслеђивање, на усвајање деце и право на зачеће детета поступком сурогат материнства. У складу са уставним оквиром, Комисија за израду ГЗ, трећом верзијом Преднацрта (2019) искључила је могућност закључења истополних бракова, са напоменом да ако дође до промене Устава, посебним законом може бити легализовано склапање брака два лица истог пола којима би се признала сва правна дејства која имају супружници. У последњој верзији текста ГЗ-а, одредбе о истополним заједницама изостале су, уз изузетак да истополним партнерима припада право на заштиту од насиља у породици,⁶⁷ као што то предвиђа и Породични закон.⁶⁸

Сагласно природи овог рада, начелно ћемо указати на избор концепта легализовања истополног партнерства у Нацрту закона о истополним заједницама. У њему је дат предлог регистрованог партнерства чија су правна

⁶⁵ После усвајања Закона о забрани дискриминације (*Сл. гласник РС*, бр. 22/2009) формирана је радна група за израду Модела закона о истополним заједницама (2010) која је своју коначну верзију завршила 2012. године. Основни циљ тог модела био је отварање дијалога о будућим законским решењима у правцу обезбеђивања пуне једнакости припадника ЛГБТ заједнице у уживању права и дужности које произлазе из брачних и породичних односа. Вид. Ljiljana Džajić, Aleksandra Đorđević, Maja Šenk, *Analiza pravno-političke situacije u Republici Srbiji u kontekstu zakonskog regulisanja istopolnih partnerstava*, Labris – organizacija za lezbejska ljudska prava, Beograd 2021, 17.

⁶⁶ Од образовања Комисије за израду Грађанског законика Одлуком Владе РС 2006. године до јула месеца 2019. године када је Влада донела Одлуку о престанку рада те комисије, урађене су три верзије Преднацрта, прва 2011. године, друга 2015. године, и трећа последња 2019. године. Комисија је коначни текст предала Влади која је, у јуну месецу 2020. године, требало да проследи Народној скупштини на усвајање, што се још увек није догодило (октобар 2021. године).

⁶⁷ Чл. 2360. став 3. т. (3) и (5) Преднацрта Грађанског законика.

⁶⁸ Чл. 197. ст. 3. т. 3. и 5. *Сл. гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 и 6/2015.

дејства слична или идентична дејствима брака. Иако је решење изазвало оштре критике јавног мњења, треба апострофирати да се, у теоријском и практичном смислу, модел регистрованог партнерства у правним дејствима разликује од правних дејстава брака када је реч о личним правима и дужностима истополних партнера, односима родитеља и детета и наслеђивању. Другим речима, у европским правним системима који су три деценије раније законски уредили поједине аспекте заједнице живота истополних партнера, правне последице регистрованих партнерстава крећу се у распону од изједначавања са правним дејствима брака до постављања одређених ограничења. Како је већ наведено, у упоредном и у међународном праву постепено се приступало унапређењу регулативе у овој области, најпре, кроз законе о регистрованом истополном партнерству, да би потом био уведен институт истополног брака.⁶⁹ Опредељење за концепт регистроване заједнице заснива се на тежњи да се истополни парови приближе савременим облицима породичних заједница – потпуној биолошкој, односно проширеној породици, јер појам истополно партнерство подразумева уређење међусобних личних, лично-имовинских и имовинских односа лица истог пола.⁷⁰

Мада се у први мах може учинити да постоји значајна разлика у начину регулисања заједница лица истог пола, у погледу услова за настанак и правних дејстава заједнице, разлике у регулативним концептима су, заправо, без значаја. Видљива разлика јесте у томе што, у појединим законодавствима, додатни услов који мора бити испуњен односи се на држављанство, пребивалиште или стално боравиште у земљи у којој се партнерство заснива, будући да се правна дејства заједнице засноване у једној земљи не признају у земљи која нема законску регулативу истополних заједница. Дејства истополних заједница слична су дејствима брака, посебно када су у питању имовински односи партнера (правила о заједничкој и посебној имовини, обавеза издржавања, породични дом), док се разлике уочавају у погледу остваривања права на слободно родитељство, кроз предвиђање ужих или ширих овлашћења партнера за усвајање и заједничко старање над децом. У актуелном нацрту закона о истополним заједницама, међутим, није предвиђена могућност усвајања детета, али дете једног партнера има право на издржавање од другог партнера (под условом да дете нема сродника који би имао обавезу издржавања), право на одржавање личних односа, те право другог партнера да у случају хитности одлучује о битним питањима која се односе на дете

⁶⁹ Вид. Г. Ковачек-Станић (2014), 197-201.

Примера ради, у холандском праву, паралелно постоји концепт регистрованог партнерства и концепт брака, са прописаним општим (односе се на брак) и посебним условима (регистровано партнерство).

⁷⁰ EU Network of Independent Expert on Fundamental Rights, *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 2006, 102.

(одлуке о предузимању неопходних и неодложних радњи) у складу са интересом детета и да о томе, без одлагања, обавести партнера који је родитељ детета, а у случају детета које живи са родитељем партнера, партнер има право да доноси и свакодневне одлуке које се тичу детета, уз пристанак партнера који је родитељ и у најбољем интересу детета. Таквим решењем, суштински, партнер родитеља детета остварује *de facto* овлашћења из садржине родитељског права, мада, формалноправно, родитељство партнера није утврђено ни на један законом предвиђен начин, са образложењем да је реч о правном оквиру који олакшава функционисање породице.⁷¹

Упркос чињеници да регистрована партнерства пружају шири оквир за признавање права истополним паровима од важеће регулативе хетеросексуалних ванбрачних заједница,⁷² актуелни нацрт закона истополне партнере у регистрованој заједници изједначава са супружницима, и то не само у погледу материјалних и формалних услова потребних за пуноважно склапање регистроване заједнице, претпоставкама за престанак истополне заједнице, њеним дејствима и правним последицама на издржавање, имовинске односе и заштите партнера истог пола од насиља у породици,⁷³ већ за права која нису посебно призната истополним партнерима упућује на сходну примену одредаба Породичног закона. Суштинско питање је да ли је законописац приликом креирања таквих решења имао намеру да партнерима истог пола обезбеди већа права у односу на права супружника, што је врло напредан приступ, чак и ако се посматра из перспективе истополних парова. Штавише, мимо породичноправних дејстава, истополна заједница изједначава се са брачном заједницом и у погледу признавања других права и слобода (дужности као корелатив комплементарног појма „права и дужности супружника“ се не помињу!), а посебно у погледу права из радног односа, коришћења јавних услуга, боравка на територији Републике Србије партнера који је страни држављанин, признавања истополних заједница регистрованих, односно заснованих у иностранству, међународне заштите и стицања држављанства.⁷⁴

У околностима када национално законодавство не признаје права и обавезе за партнере истог пола која произлазе из заједнице живота, било је важно сачинити предлог решења за практичне проблеме у друштвеној ре-

⁷¹ Чл. 30-37. Нацрта закона о истополним заједницама.

⁷² Чл. 66-68. Нацрта закона о истополним заједницама предвиђа услове за признање пуноважности и нерегистроване истополне заједнице, односно нерегистрована истополна заједница је заједница породичног живота два лица истог пола која нису склопила истополну заједницу пред надлежним органом, ако заједница живота траје најмање три године и испуњени су сви услови за пуноважност истополне заједнице.

⁷³ Чл. 8-16. Нацрта закона о истополним заједницама.

⁷⁴ Чл. 52. Нацрта закона о истополним заједницама.

алности у којој такве заједнице постоје. Анализом предлога садржаних у Нацрту, отвара се питање који је *ratio legis* предложених решења, будући да је пропуштена још једна прилика да се на одговарајући и квалитетан начин уреде имовинска и лично-имовинска дејства заједнице живота партнера истог пола. За данашње услове преурањено је предвиђање остваривања права на слободно родитељство истополних партнера кроз усвајање детета или уз примену поступака биомедицински потпомогнуте оплодње.

5. ЗАКЉУЧАК

Брак и породица су установе које су у процесу непрестаног еволуирања. Иако се тај процес не одвија равномерно и праволинијски, чињеница је да се установе брака све више релативизује. Друштвена реалност указује на то да традиционални концепт брака нема капацитет да препозна сву комплексност међуљудских односа. Отуда тежња да се брак изједначава са ванбрачним заједницом, али и са трајнијим облицима заједничког живота лица истог пола. Промене које захватају установу брака неминовно се одражавају и на породицу, јер су њени неконвенционални облици све присутнији у друштвеној реалности. Међутим, без обзира на то што су део стварности, и упркос томе што одступају од модела традиционалне (хетеросексуалне) породичне заједнице, оне не умањују значај и вредности конвенционалне породичне заједнице. Вредности породичне заједнице, напротив, обезвређене су настојањима да се породична регулатива ограничи и учини ексклузивном привилегијом хетеросексуалних парова. Наиме, непризнавање постојања истополних заједница и неадекватна правна заштита представљају основ дискриминације истополно оријентисаних особа које желе да заснују ЛГБТ породице.⁷⁵

Унапређивању правног положаја истополних партнера у европском правном простору увелико су допринеле одлуке Европског суда за људска права. У досадашњој пракси, Европски суд није изједначио истополне заједнице са браком, али је установио да истополни парови морају бити правно препознати како би се заштитио њихов однос. Државе нису обавезане да признају истополне бракове, али имају обавезу да институционализују истополне заједнице, ради заштите права и интереса лица која у њима живе. Приликом тумачења права на приватни и породични живот Европски суд уважава конкретну друштвену реалност, а не само формално поштовање националног законодавства државе. Отуда произлази да чак и у оним државама у којима постоји потреба за реформом националног законодавства, национални судови уважавају и поштују ставове Европског суда.⁷⁶ Према

⁷⁵ Z. Mršević, 45.

⁷⁶ Меланија Јанчић, 215.

томе, Република Србија као чланица Савета Европе у обавези је да се повинује пракси тумачења (примене) конвенцијске одредбе о праву на поштовање приватног и породичног живота истополних партнера, односно дужна је да усвоји конкретне мере заштите права партнера из истополних заједница. Мада су пресуде Европског суда правно обавезујуће само за тужену државу, оне својим ауторитетом утичу на остале државе чланице да ускладе свој правно-политички оквир према ЛГБТ правима, те подстичу конзервативније државе да изврше реформе које би биле избегнуте или одложене.

Настојање да лично-имовинска и имовинска права партнера истог пола буду законски регулисана, у складу је са обавезама Републике Србије које произлазе из примене Европске конвенције о људским правима. Међутим, општи је утисак да Нацрт закона о истополним заједницама не садржи конзистентна и добро промишљена решења. Сагледано са породично-правног аспекта, озбиљна примедба решења предвиђеног у предлогу актуелног нацрта закона односи се на остваривање родитељског права. Премда Нацрт не предвиђа могућност усвајања детета, поставља се питање по ком основу партнер родитеља детета остварује овлашћења из садржине родитељског права. Отворено остаје питање да ли партнер родитеља детета дерогира права законског (правног) родитеља чије је родитељство (материнство или очинство) утврђено на један од законом предвиђених начина, тј. да ли је законити родитељ потпуно лишен родитељског права и тиме правним путем спречен да одлучује о питањима која су битна за живот детета. На ову дилему надовезује се и предложено решење за ситуацију када дете живи са родитељем партнера, при чему се предвиђа да партнер има право да доноси свакодневне одлуке које се тичу детета, уз пристанак партнера који је родитељ и у најбољем интересу детета. Кључно питање јесте да ли овако неспретни предлози угрожавају основна права детета, што је несумњиво тема за посебан научноистраживачки рад. Напоследку, остаје уверење да се процес законског уређивања истополног партнерства, будући да је реч о још увек изразито контроверзној теми у српском друштву, мора одвијати постепено и унеколико обазривије и промишљеније.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Borić Rada (ur.), *Pojmovnik rodne terminologije prema standardima Europske unije*, Ured za ravnopravnost spolova Vlade RH, Centar za ženske studije, Zagreb 2007.
- Bubić Suzana, „Uloga Evropskog suda za ljudska prava u priznavanju istopolnih zajednica“, u: Bubić Suzana (ur.), *Odjeci prakse Evropskog sudaca ljudska prava u nacionalnim porodičnim pravima*, Mostar 2017, 47-68.
- Cvejić-Jančić Olga, „Zajednice života lica istog pola – trendovi u regulisanju porodično-pravnog statusa ovih zajednica u savremenom pravu“, *Pravni život*, 10/2019, 61-84.

- Цвејић-Јанчић Олга, „Брак и развод између прошлости и будућности“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, 2/2009, 63-88.
- Digoix Marie, „Introduction – LGBT Questions and the Family“, in Digoix Marie (ed.), *Same-Sex Families and Legal Recognition in Europe*, Springer 2020, 1-9.
- Durham W. Cole, Smith Robert, Duncan William, *A Comparative Analysis of Laws Pertaining to Same-Sex Unions*, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2409282> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2409282>.
- Džajić Ljiljana, Đorđević Aleksandra, Šenk Maja, *Analiza pravno-političke situacije u Republici Srbiji u kontekstu zakonskog regulisanja istopolnih partnerstava*, Labris – organizacija za lezbejska ljudska prava, Beograd 2021.
- Gajin Saša, *Model zakona o registrovanim istopolnim zajednicama*, Centar za unapređenje pravnih studija, Beograd 2013.
- Eskridge Jr. William, „Comparative Law and the Same-Sex Marriage Debate: A Step-by-Step Approach Toward State Recognition“, *McGeorge Law Review*, 31(3)/2000, 641-672.
- Johnson Paul, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, Routledge, 2013.
- Jovanović Marko, „Inostrane registrovane istopolne zajednice života pred kolizionim pravilima srpskog međunarodnog privatnog prava: crno-beli odraz slike duginih boja?“, *Liber amicorum Gašo Knežević*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016, 167-190.
- Hamilton Frances, „Strategies to achieve same-sex marriage and the method of incremental change“, *Journal of Transnational Law and Policy*, 25/2015-2016, 121-153.
- Јанчић Меланија, *Забрана дискриминације на основу сексуалне оријентације и родној идентитету – теорија и пракса*, Нови Сад 2020.
- Knežević Gašo, Pavić Vladimir, „Homoseksualni brakovi u međunarodnom privatnom pravu Srbije“, u: Knez Rajko, Kraljić Suzana, Stojanović Dušan (ur.), *Evropski sodni prostor*, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, Maribor 2005, 79-87.
- Koppelman Andrew, „Judging the Case Against Same-Sex Marriage“, *University of Illinois law review*, 2/2014, 431-465.
- Kovaček-Stanić Gordana, Samardžić Sandra, „Marriage in Serbian Law and in Comparative Perspective“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2020, 545-560.
- Ковачек-Станић Гордана, *Породично право, љарџнерско, гечје и сџарашељско*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2014.
- Kovaček-Stanić Gordana, „Komparacija različitih evropskih pravnih koncepata o zajednici lica istog pola“, *Evropsko zakonodavstvo*, 19-22/2007, 106-120.
- Крстић Ивана, *Забрана дискриминације у међународном и домаћем љраву*, Београд 2018.
- Kumwenda Rosmery, *Biti LGBTI u Istočnoj Evropi: Izveštaj za Srbiju*, United Nations Development Programme, Beograd 2017.
- Mršević Zorica, *Ka demokratskom društvu – istopolne porodice*, Institut društvenih nauka, Beograd 2009.
- Petrašević Tunjica, Duić Dunja, Buljan Ena, „Prava istopolnih zajednica u Europskoj Uniji s posebnim osvrtom na Republiku Hrvatsku“, *Strani pravni život*, 3/2017, 145-169.

- Pettinicchio David, "Current Explanations for the Variation in Same-Sex Marriage Policies in Western Countries", *Comparative Sociology*, 11/2012, 526-557.
- Поповић Драгољуб, Маринковић Танасије, Радојевић Мијодраг (ур.), *Коментар Конвенције за заштити људских права и основних слобода*, Службени гласник, Београд 2017.
- Saez Macarena, "Same-Sex Marriage, Same-Sex Cohabitation, and Same-Sex Families Around the World: Why 'Same' is so Different?", *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 19(1)/2011, 1-54.
- Самарцић Сандра, „Права истополних партнера у Европској Унији и Србији у области брачног права“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2013, 429-446.
- Симовић Дарко, Зекавица Радомир, *Људска права*, Београд 2020.
- Shahid Masuma, "The Right to Same-Sex Marriage: Assessing the European Court of Human Rights' Consensus-Based Analysis in Recent Judgments Concerning Equal Marriage Rights", *Erasmus Law Review*, 3/2017, 184-198.
- Scherpe Jens M., "The Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe and the Role of the European Court of Human Rights", *The Equal Rights Review*, 10/2013, 83-96.
- Врзић Никола, „Негативно мишљење“, *Печай*, 14. мај 2021, 6-7.
- Waldijk Kees, "What First, What Later? Patterns in the Legal Recognition of Same-Sex Partners in European Countries", in Marie Digoix (ed.), *Same-Sex Families and Legal Recognition in Europe*, Springer 2020, 11-44.
- Won Shin Jae, "Coming out of the Closet: A Comparative Analysis of Marriage Equality Between the East and West", *International Law and Politics*, 49/2017, 1119-1156.

Darko Z. Simović

University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade

darko.simovic@kpu.edu.rs

Olga S. Jović-Prlainović

University of Priština in Kosovska Mitrovica

olga.jovic@pr.ac.rs

Controversies in the Legal Regulation of Same-Sex Couples in the Republic Of Serbia in Light Of International Law and Comparative Law

Abstract: *Marriage and family are institutions which are continually evolving. Social reality points to the fact that the traditional concept of marriage does not have the capacity to recognize the full complexity of interpersonal relationships. Hence the aspiration for marriage to be equalized with common law marriages, including long term unions between individuals of the same sex. The European Court of Human Rights has greatly contributed to the improvement of the legal position of same-sex partners. To date, the European Court has not equalized same-sex unions with marriage, however it has foreseen that same-sex couples have to be legally recognized so that their relationship would be protected. Member states are not obliged to recognize same-sex marriages, however they have an obligation to institutionalize same-sex unions, for the purpose of protecting the rights and interests of those individuals who are part of them.*

The intent is to legally regulate personal and the property rights of same-sex couples, in accordance with the obligations of the Republic of Serbia which emanate from the application of the European Convention on Human Rights. However, the overall impression is that the Draft Law on Same-Sex Unions does not contain consistent and well thought out solutions. Analyzed from the aspect of family law, there are significant criticisms with respect to the currently proposed draft law, particularly with regards to the exercising of parental rights. Although the Draft Law does not foresee the possibility of adopting children, the question is raised as to the basis on which a partner of the child's parent obtains authorities vested by way of parental rights. A belief remains that due to the far-reaching consequences, the process of legally regulating same-sex unions must evolve with great care, especially as this remains an extremely controversial topic in Serbian society.

Keywords: *Marriage, Family, Human rights, Discrimination, LGBT, Same-sex unions, Registered partnership, Rights of the child.*

Датум пријема рада: 15.10.2021.

Датум достављања коначне верзије рада: 09.11.2021.

Датум прихватања рада: 23.01.2022.

Драган М. Мићковић
Универзитет у Београду
Правни факултет у Београду
draganm@ius.bg.ac.rs

ХОЛИСТИЧКО УЧЕЊЕ И ХОЛИСТИЧКА ТЕОРИЈА ПРАВА*

Сажетак: *Холистичка учења постоје од педесетих година прошлог века, али без холистичких правних теорија. Холистичка идеја је неупоредиво старија од свој модерној порекла и дисциплинарне интерпретације, јер су људи свејогу одувек смањивали целином коју су са мање или више успеха објашњавали.*

За савремени развој теорије права карактеристично је појачано интересовање правних филозофа и научника за холистичко учење. То није случајно, јер код свих научника само у наизглед различитим дисциплинама све више преовладава уверење о постојању сложене мреже прожетости и међузависности између најразличитијих појава. То важи и за правну филозофију и науку. Захваљујући новим научним открићима све више јача уверење о постојању сложене мреже прожетости и међузависности између света, друштва, државе и права.

Упркос реченом, сва холистички надахнута правна учења садрже један суштински недостатак: утврђивање постојећих и могућих холистичких веза између природе, друштва државе и права, суштински је стилистичко и односи се само на стварне државе и права. Те везе се активирају тек када се саставе правни модели који се испитују рачунарском симулацијом. Тада

* Овај чланак представља на неки начин кратак сажетак дела мог истраживања веза између холистичких учења и холистичких правних учења. Главни резултати истраживања већег обима саопштени су у следећим мојим радовима: „Холистичка парадигма права“, у: *Пут права. Холистичка парадигма света и права у светлу теорије хаоса и правне теорије*, Београд 2000, 189–270; „Холизам и савремена наука“, *Општинске*, бр. 2, Год. 3, Доњи Милановац 2002, 16–27; „Холизам и право“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 3–4, Београд 2004, 55–79; „Холистички оквири науке“, у: *Држава, право, правда, правници*, Београд 2009, 11–51; „Холизам и теорија државе и права“, у: *Теорија државе и права*, Београд 2010, 564–575; „Још једном у сусрет холистичком правном учењу професора Глигорије Гершића“, предговор књизи: *Глигорије Гершић, Енциклопедија права*, Београд 2011, 11–23; као и на изборном докторском курсу под називом *Холизам и право* који је вођен од 2010 до 2019. године на Правном факултету у Београду.

холизам оживљава у виртуелном свету. То значи да се ујоредо са стварним светом по први пут успоставља нови, алтернативни пут или присиљив виртуелном свету као облику могуће људској изражавања или постојања.

Све теорије, дакле и теорије права, до сада су се бавиле стварним светом. Можда је време да почну да се баве изражавањем новој виртуелној свету и његовим односом са стварним светом. Део оба ова света сигурно јесу држава и право, којима се нарочито бави холистичка теорија права.

Кључне речи: Холизам. – Холистичке теорије права. – Држава. – Право.

За савремени развој теорије државе и права карактеристично је појачано интересовање филозофа и научника за холистичко учење којим се изнова тумачи свет као појава (феномен) и његове изведене појаве (епифеномени). То није случајно, јер код научника само у наизглед различитим дисциплинама све више преовладава уверење о постојању сложене мреже прожетости и међузависности између најразличитијих појава. Захваљујући новим научним открићима у областима физике, генетике, биологије, информатичких технологија итд., све више јача уверење о постојању сложене мреже прожетости и међузависности између најразличитијих појава које се све стапају у свет као „Врхунско Једно“ („Јаство“). То потврђује и пример Јиргена Хабермаса (*Jürgen Habermas*), који је као сасвим зрео мислилац све отвореније испољавао сумњу према улози науке и филозофије у модерном добу, посебно њене марксистичке и постмарксистичке варијанте. Једино што преостаје, сматрао је, то је предност коју науци и филозофији пружа један холистички приступ који омогућава сагледавање ствари (а тиме и проблема) у њиховом тоталитету (укупности, целовитости), иако такав приступ још није довео до настанка једне велике универзалне холистичке теорије.

Можда ту људску потребу да се допре до суштине и сагледа целина успешно саопштава следећим речима Вилијам Гленвил (*William Glanvill*), велики енглески теолог из XVII века, чију мисао у заглављу своје приповетке *Литеја* наводи Едгар Алан По: „И ту лежи воља која не умире. Ко зна тајне воље и њене снаге? Јер Бог није ништа друго до велика воља која прожима све ствари по природи своје намере. Човек се не препушта анђелима нити смрти потпуно, сем кроз слабости своје нејаке воље.“¹

1. ПОЈАМ И ЗНАЧЕЊА ХОЛИЗМА

Холистичко схватање постоји од памтивека, али без холистичких правних теорија. То значи да је холистичка идеја неупоредиво старија од свог

¹ Вид. Е. А. По, *Арабеске и тропејске*, Београд 1984.

номинално модерног порекла и дисциплинарне интерпретације. У ствари, она је стара колико и људска мисао, јер су људи свет одувек сматрали целином коју су са мање или више успеха објашњавали. Такав је случај са учењем Талеса из Милета (*Thales: voga*), Хераклита из Ефеса (*Herakleitos: лоіос*), Готфрида Вилхелма Лајбница (*Gottfried Wilhelm Leibniz: монага*), или Баруха де Спинозе (*Baruch Benedictus de Spinoza: ѓрпирога*).

Сматра се да је модерни холизам (изворно „целина“, „биологија целине“) првобитно представљао правац у биологији заснован на начелу да „свако биолошко истраживање треба да има у виду органско јединство живог бића, које као ’целина’ представља више него његови делови (органи, ткива и слично).² Управо ’целина’ врши функцију усмеравања оних физичко-хемијских процеса на којима се заснивају животне појаве“. Таквим својим ставом представници холизма настојали су да се одвоје од тзв. „витализма“ Анри-Луис Бергсона (*Henri-Louis Bergson*) јер нису признавали постојање посебних „животних“, тј. „виталних“ сила. У исто време, они су се супротстављали „механицизму“, јер су сматрали да „детерминистичко тумачење физичких наука не пристаје биолошком истраживању“.³

Данас се холистичким назива свако настојање да се научно истраживање усмери на „целину“, било да је реч о „структурализму“, „гешталтизму“, „психологији лика“ или „постмодернизму“. Када то настојање има циљ да одговори на питање шта је холизам коришћењем аналогije и повлачењем паралела између преурамљене научне парадигме која оличава новонастајућу слику света и слике света која проистиче из одређених мистичких традиција, ради се о *оніџолошком холизму*. Када такво настојање има циљ да слику света сачини полазећи од свеповезаности као атрибута холистичког погледа и динамичности као стања света, ради се о *ѓроцесуалном холизму*. Када се, пак, такво процесуално схватање односи и на идеју о свепрожимању света или барем на идеју о његовом међупрожимању на макроплану и микроплану, ради се о *оріанском холизму*.

Први карактеристичан покушај да се свет холистички објасни представља *ѓрвобіѓни* (древни) *холизам*, сачуван у најстаријим предањима и учењима, у којима се право и држава изводе из света и одређују као органска целина. И збиља, анализа човековог првобитног доживљавања стварности показује две наизглед „несводљиве“ људске особине или склоности: ка доживљавању човека као потпуне личности и ка доживљавању стварности као целине. Тај човек *„прадоживљај“*, то првобитно доживљавање, претежно се испољава у облику неке посебне акције или активности која се осећа свом

² *Филозофјски рјечник*, Загреб 1965 (1984), 130.

³ *Ibidem*.

целином човекове личности. На пример, научно истраживање првенствено представља дело интелекта, иако се доживљава целином личности. То доживљавање је пространије од научног тумачења добијених резултата, што потврђују и одговарајућа антрополошка истраживања најстаријих или најпримитивнијих људских заједница у којима психолошко посматрање показује да је „примитивни“ човек себе и стварност сматрао нераздвојном целином. За таквог примитивног човека свет, укључујући и њега самог као део тог света, представља скуп узајамних утицаја, једну нераздвојиву целину у којој „нема пукотина“.⁴

То је случај и са *савременим холизмом*, који прожима различита идеалистичка и реалистичка, а пре свега биолошка, органска и социолошка учења о држави и праву. До тог прожимања је дошло захваљујући филозофији која је истакла само једну одлику човековог духа. То је учињено оног тренутка када је „целина“ поново обележена као посебна категорија. Човек, дакле, спроводи у дело холистичко начело било да се обраћа универзуму, било држави и праву, било самом себи. Том начелу све се покорава, укључујући и елементе стварности и елементе људске свести о стварности, као што је случај са уметношћу, моралом или религијом.

И сам људски дух представља целину, иако он према својим функцијама подједнако припада искуственој и трансцендентној стварности. Филозофија тумачи логос као одлику човека и апсолутног, религија душу као бесмртно Божје дело, док уметност у естетском види одлику апсолутног света, и то не само природе.⁵ Људски дух је одувек осећао да рационална објашњења на неки начин измичу потпуном схватању света или његових појава. Управо то холизам представља као истински концепцијски оквир или барем као плодносноу подлогу за научно истраживање целине, као и за коришћење аналогичности и паралела између неких старих и нових научних открића или мисаоних слика света.⁶ Он се, дакле, односи на „целину процеса и структуре“, тј. на епистемолошке појмове који треба да продубе наше научно схватање свепрожетости света и да открију блиску везу између микросвета и макросвета. Тај нови приступ, та подлога холизму и холистичка претпоставка, ограничен је само тиме што сами посматрамо и истражујемо свет или његове епифеномене, што, такође, посматрамо саме себе.⁷

⁴ Р. Вучић, „О појму целине“, *Богословље*, св. I, год. II (XVII), Београд 1958, 62.

⁵ G. Simmel, *Zür Philosophie der Kunst*, Postdam 1922, 46. Нав. према: Р. Вучић, „О појму целине“, 65.

⁶ Ф. Капра, *Тао физике. Истраживање паралела између савремене физике и источноначкој мистицизма*, Београд 1989, 149.

⁷ Џ. Бароу, Ф. Типлер, „Антрополошки космолошки принцип“, *Културе Истока*, бр. 27, год. VIII, Београд, јануар-март 1991, 4–5.

2. ХОЛИСТИЧКЕ ТЕОРИЈЕ ДРЖАВЕ И ПРАВА

Када се год дође до неке корисне теорије или модела, може се запитати: зашто је та теорија успешна? На то питање, које важи за све теорије, Карл Попер (*Karl Popper*) би одговорио: зато што је таква теорија издржала најстрожа испитивања и показала се научно корисном. Али, и таква теорија је само апроксимативно истинита, као што је уосталом случај са свим теоријама. Ако су стара предања и учења тежила за апсолутном истином, савремена наука тежи за предвидљивошћу својих резултата. И збиља, изгледа да је савремени холизам, чији се значајни мисаони склопови на сасвим јасан и уобличен начин сусрећу у правној науци, управо она концепцијска подлога и оквир, онај истовремено и стари и нови пут за ваљано сагледавање и објашњење права, пут који је одувек заокупљао машту научника и правника. На тај начин, створен је читав холистички свет права. Он није замишљан као нешто неиздиференцирано, већ као јасно уобличена представа или слика целине. Тај холистички свет права тумачен је и објашњаван на различите начине.

Изгледа да је први Имануел Кант (*Immanuel Kant*) дао модерно тумачење начела целине у свом идеалистичком учењу. Према Канту, целина није обично јединство. Целина „укључује јединство, али обратно не“. Целина је систем, оно што је „сређених делова, али не згомилано“.⁸ Систем је увек нешто више од збира. Јединство збира није целина система. Ипак, сигурно је да је почетком XIX века немачки филозоф Фридрих Шелинг (*Friedrich Wilhelm Joseph Schelling*) први у модерном добу развио мисао да свет представља једну органску целину у којој су сви делови међусобно повезани и зависни један од другог. Ту своју органску холистичку замисао је применио у науци. Према њему, подлогу органском јединству света представља јединство објективног разума, који сачињава суштину света. Будући да је свет разумом засновано органско јединство, и наука о њему мора да буде јединствена. Иако је наука разбијена у поједине делове, сви ти поједини делови морају да буду међусобно повезани и доведени у склад како би пружили јединствену слику света. То важи и за правну науку, у којој би једна посебна дисциплина, тј. једна „наука над наукама“, требало да пружи основ и одреди место свим појединим правним дисциплинама које се баве неким деловима или странама права. За успостављање једне такве „филозофско-научне“ а у ствари једне „омнибус“ дисциплине која би била способна да на систематски начин успешно изложи обе врсте знања залагали су се Пол Рубје (*Paul Roubier*), Луис Рекасенс Сичес (*Luis Recasens Siches*), Мишел Вилеј (*Michel Villey*) или Тома Живановић.⁹

⁸ H. Dreisch, *Kant und das Ganze*, Kantstudien, Bd. 29, 366. Нав. према: Р. Вучић, 62.

⁹ P. Roubier, *Théorie générale du droit histoire des doctrines juridiques et philosophies des valeurs sociales*, Paris 1946, 18–20; М. Вилеј, „Функција и метод филозофије права“, у: *О фи-*

Ту Шелингову мисао о јединству света преузео је и наставио да развија Георг Вилхелм Фридрих Хегел (*Georg Wilhelm Friedrich Hegel*) у својој филозофији, користећи идеалистички дијалектички метод и схватање света као процеса поступног остварења објективне идеје. И светска историја представља процес у коме се остварује објективна идеја права, дата независно од реалности, чак пре ње, као чиста идеја. То важи и за државу, јер природа, материјални свет, као и људско друштво и његова историја, представљају само један од момената у развиту или процесуализацији те објективне идеје, тог објективног духа, и то као дела свеопштег процеса развита идеје. Држава је највиши и најпотпунији облик у коме идеја постаје свесна сама себе, облик у коме се најпотпуније изражава слобода човековог духа.¹⁰

Хегеловим путем су наставили тзв. новохегелијанци (Карл Емге */Karl Emge/*, Јозеф Колер */Joseph Kohler/*, Јозеф Биндер */Joseph Binder/*, Карл Шефле */Karl Schäffle/*, Конрад Захаријас Лоренц */Konrad Zacharias Lorenc/*, Бенедето Кроче */Benedetto Croce/*, Ђовани Ђентиле */Giovanni Gentile/* и други).¹¹ Према њима, право и држава остварују идеју која је дата у реалности, у апсолутном или објективном духу, дакле, и пре актуелне државе и позитивног права као делова те стварности. Та идеја се у стварности поступно остварује својим дијалектичким развојем који је у исто време открива у тој стварности.

Карактеристичан је покушај немачког филозофа Ханса Дриша (*Hans Adolf Eduard Driesch*) да појам целине изведе из појма „прадоживљаја“. Према Дришу, једино је у прадоживљају „дато шта је цело“. Од прадоживљаја, сматра он, морају да полазе и филозофија и наука, чије постојање не може да се замисли без њега. И не само што је целина дата из прадоживљаја, већ она представља „праоднос“, категорију, „несводљиво, дефиницији неприступачно, приступачно само непосредном опажању смисла“.¹²

Може се сматрати да је холсистичка идеја на посебан начин присутна у учењу историјске правне школе, и то у делу у коме се указује на условљеност права конкретном стварношћу. Та стварност је схватана као укупност својстава која обухвата и на синтетички начин изражава хипотетички схваћен „дух народа“. Најзначајнији представник школе је био Фридрих Карл фон Савињи (*Friedrich Karl von Savigny*).¹³

лозофији права, зборник радова, САНУ, Београд 1978, 351–357; Т. Živanović, *Систем синтетичке филозофије права*, III, Београд 1959, 515–517. Вид. Г. Вукадиновић, Д. Митровић, *Увод у теорију и филозофију права*, Београд 2020, 21 и даље.

¹⁰ Вид. Г. В. Ф. Хегел, *Правни и политички системи*, Београд 1981.

¹¹ Вид. С. Emge, *Über das Grund dogmades rechtsphilosophischen Relativismus*, 1926; В. Croce, *Filosofia della pratica-economica*, 1932; Ј. Binder, *Einführung in Hegel's Rechtsphilosophie*, 1931.

¹² Н. Driesch, *Das Ganze und die Summe*, Leipzig 1921, 4.

¹³ Г. Вукадиновић, Д. Митровић, 280–281.

У XIX веку створене су многобројне биолошке теорије о држави и праву (Карла Кристијана Фридриха Краузеа /*Karl Christian Friedrich Krause*/, Херберта Спенсера /*Herbert Spencer*/, Ота Гиркеа /*Oto Gierke*/, Карла Шефла и Јохана Каспара Блунчлија /*Johann Caspar Bluntschli*/).¹⁴ До тог преокрета је дошло захваљујући осамостаљивању биологије и стицању места самосталне основне науке, што је довело до другачијих схватања и учења о целини у биологији и у другим наукама. Према најумеренијим варијантама органских теорија, поменута сличност је врло блага, јер се појам „организам“ користи само као неопходна метафора за дочаравање повезаности која твори целину. Према најдоследнијим присталицама органских теорија, та сличност је потпуна, тј. сматра се да је државно-правни поредак у још вишем степену организам него што је то обичан природни организам. Штавише, они у аналогијама између организма, друштва и државно-правног поретка иду толико далеко да чак утврђују који органи или делови у друштву или државно-правном поретку одговарају одређеним органима или деловима у природним организмима. Због тога се ова варијанта органских теорија назива „органицистичком“. Такав, у основи редуктиван, биолошки холизам, изложен у облику различитих органских или органицистичких теорија о држави и праву, почива на основној идеји да развитак најразличитијих држава и права представља само кружно понављање истих појава, које су се већ догодиле у ранијим друштвима. Међутим, оно по чему се такав државно-правни организам разликује од обичних организама јесте то што се он не састоји из не-самосталних делова обичног организма, већ из релативно самосталних индивидуа. Али, и та самосталност је само привидна, тј. релативна, јер, као што ћелије једног обичног организма не могу да опстану једна без друге, тако ни индивидуе у људском друштву не могу да опстану без везе са другим индивидуама у облику тог „државно-правног организма“.

Најважнији представник умерене биолошке теорије је немачки правник Ото Гирке, који је хтео да докаже како се ради не само о правној конструкцији него и о стварном друштвеном јединству које располаже сопственом личношћу. Држава се састоји од људи који су правом и интересима сједињени у извршењу извесног циља, и тако остварују једно јединство које остаје неизмењено иако се људи као појединци мењају. То значи да се држава не подудара са појединцем, нити са збиром појединаца. Скуп појединаца организованих у државу увек је нешто друго и више од скупа појединаца самих. У томе се састоји државна личност као друштвена реалност и оличење целине.¹⁵

Иако органске теорије представљају грубо поједностављивање права и државе, у њима је тачно запажено извесно реално јединство државе и права

¹⁴ Вид. Н. Spencer, *Justice*, 1891; К. Schäffle, *Die Grundlagen der Wissenschaft*, 1889.

¹⁵ О. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Berlin 1895.

олично у постојању државно-правног поретка, које је не само правно него и друштвено. Међутим, од те холистичке тврдње много је важнија тврдња да у развоју државно-правног поретка важе извесне законитости које имају објективан, нужан карактер, слично законитостима у биолошком свету. Таквим динамичким схватањем развоја државе и права, као процеса који може научно да се објасни тим законитостима, органске теорије су удариле темељ каснијим социолошким испитивањима државе и права.

Међу различитим варијантама социолошких теорија посебно место припада солидаристичком учењу Леона Дигија (*Leon Duguit*) чију ширу подлогу такође представља холизам. Према Дигију, људско друштво мора да врши извесне заједничке послове на јединствен начин. Вршење тих послова представља општи интерес, тј. изражава општу вољу. Све те послове држава врши на основу непосредног или посредног пристанка. Управо та солидаристичка свест о друштву као целини са изведеном поделом рада чини да сви чланови буду међусобно зависни. И што се више развија подела рада, то је сваки члан треба све више да буде зависан од других. Таква све већа подела рада води ка развоју друштва до нивоа у коме се држава појављује као организација са апаратом за спровођење организованог насиља ради заштите друштвене солидарности. Исти задатак има и право као систем правила која треба да одрже исту ту друштвену солидарност међу људима. Држава и право су, истиче Диги, производи друштвене солидарности и оруђе за њено очување и унапређење.¹⁶

Упркос приказаним органицистичким и солидаристичким учењима, холизму није својствено такво поједностављивање. Холизам је увек нешто друго и нешто више. Он је пре свега начин да се свет сагледа у његовој целовитости. Али, он је и пут за стварање танане холистичке слике света, државе и права. Када није тако, ради се о вулгарним интерпретацијама холистичке идеје, као што је случај са органицистичким схватањем Ота Гиркеа или са солидаристичким а у ствари прикривеним глобалистичким схватањем Леона Дигија.

Део холистичког размишљања представља српска правна мисао, у распону од рационалистичког природног права до савременог истраживања права. Запажено место припада холистичком правном учењу Глигорија Гершића.¹⁷

На самом почетку XX века, тачније 1902. године, Глигорије Гершић је у својој *Енциклопедији права* снажно истакао важну идеју: да је задатак правне филозофије да одреди место права у умном космосу, уносећи на тај начин

¹⁶ L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris 1901.

¹⁷ Д. Митровић, *Пути права. Холистичка парадијма света и права у свейлу теорије хаоса и правне теорије*, Београд 2000, 238–245.

у право нову, космичку перспективу. Таква Гершићева визија и намера, иако недовољно запажена, била је далеко испред његовог времена, због чега и није била прихваћена са дужним разумевањем и уважавањем. Гершићево филозофско-правно схватање настало је и развило се у једном ширем онтолошком холистичком оквиру, који може да се назове *космолошким*. У њему посебно место припада идеји да су све појаве одређене деловањем једног истог општег и вечног закона, који једнако влада у природи и друштву. Гершић то на сасвим јасан начин излаже као нико пре њега, доводећи помоћу сила привлачења и одбијања у везу вечни космички закон са два елемента права: правним овлашћењем и правном обавезом. Право је, наиме, принцип реда, што је сасвим у складу са Гершићевом почетном идејом: „да ми видимо како се у социјалном животу понавља оно што налазимо у основним и главним цртама у целом космосу, и да у физиолошко-космичким системима добија свога израза у социјалном животу“.¹⁸ Зато разноликост и промене у правном животу народа никако нису пуста игра случаја и самовоља, јер се те промене увек заснивају на унутрашњој нужности изазваној и одређеној деловањем тог универзалног закона. Исти тај закон представља „црвену нит“ и у другим приказаним холистичким учењима.

Значајан је и Гершићев холистички усмерен и доследно изведен примењивачки поступак у самом праву, јер „право није неки спољни агрегат случајно или конвенционално постављених позитивних прописа, него је оно једна органски везана целина, која почива на извесним основним мислима и принципима, који кроз све поједине гране те целине пролазе и на којима се унутрашња једнина тих грана и огранака оснива“.¹⁹ Другим речима, и само право је једна холистичка целина, као што је случај и са његовим деловима, начелима или основним идејама.

Посматрано с ове временске удаљености, Глигорије Гершић представља изузетну личност научника без ученика и настављача, иако је његова мисао и данас модерна и савим плодоносна.

Не само Гершићевом, већ свим слично холистички надахнутим правним учењима (нпр., Валтазара Богишића, Ђорђа Тасића, Радомира Лукића и Стевана Врачара)²⁰, заједничка је тврдња да људски дух првобитно, тј. „априорно“, доживљава стварност као целину. Али, човечји ум не доживљава само стварност света на целовит начин. Човек и државу и право доживљава као целине које располажу својим посебним смислом и вредностима као што су

¹⁸ Г. Гершић, *Енциклопедија права*, Београд 1902 (Ниш 1995, Београд 2011), 52.

¹⁹ *Ibid.*, 5.

²⁰ Вид. А. Соловјев, „Богишићева универзитетска предавања“, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд 52/1937; Ђ. Тасић, *Расправе из филозофије и теорије права. Превод са стараних језика*, Београд 1992 (2013); Р. Лукић, *Систем филозофије права*, Београд 1992 (2021); С. Врачар, *Структуралност филозофије права*, Нови Сад 2005.

слобода, људско достојанство, савест, морална одговорност, спонтаност самоникле активности итд. Уз то, у човеку је стално присутна неугасива тежња за довођењем искуственог света у везу са вредностима. Она постоји у свим човековим акцијама подстакнутим одређеним вредностима као и у свим његовим творевинама. То је случај и са државом и правом, као типично телеолошки замишљеним и вредносно постављеним творевинама људског духа.

3. ДРЖАВА И ПРАВО КАО ХОЛИСТИЧКЕ ПОЈАВЕ

Држава и право представљају холистичке појаве. То је нарочито случај са правом које није само идеална већ и реална холистичка појава. На то суштинско својство права, које га доводи у везу са другим појавама и светом у целини, својевремено је указивао Валтазар Богишић, који је средином XIX века изложио холистичку идеју у свом оригиналном правном схватању, истичући да се „право једнога доба не може изучавати усамљено, него да му се морају узети у помоћ сви могући спољашњи услови везани за средину и дато доба. А то су географски положај, економско и социјално стање, религија, политичке и историјске прилике“.²¹ Већ само та његова реална страна приказује право као изразито холистичку појаву. Захваљујући успостављању тих најразличитијих спољашњих и унутрашњих веза државе и права са светом, друштвом или са изабраним појединим појавама, створено је читаво цивилизацијско здање државе и права. Али, док спољашњим везама права са природом и људским светом могу да се баве дисциплине које не морају да буду правне, унутрашњим правним везама морају да се баве или различите гране правне науке, или једна посебна правна дисциплина – Теорија државе и права.

Када се ради о спољашњим холистичким везама државе и права, ради се пре свега о реалним чиниоцима који се у стварности испољавају као узроци, услови или околности који утичу на постанак и поредак државе и права, тј. на државно-правни поредак. Они, у својој укупности сачињавају тзв. спољашњи правни холизам у ширем смислу, за разлику од спољашњег холизма у ужем смислу који се односи на узајамну друштвену условљеност државе од права и права од државе.

Када се ради само о *спољашњем холизму у ширем смислу*, сви спољашњи узроци који утичу на државу и право могу да се разврстају на непосредне (нпр., друштвени сукоби, однос масе и елите, друштвене организације, по-

²¹ Б. Гардашевић, „Значај Светосавске крмчије за наше црквено и државно законодавство“, *Бојословље*, св. I, год. II (XVII), Београд 1958, 7. Вид. А. Соловјев, „Богишићева универзитетска предавања“.

ложај појединаца у друштву и држави итд.)²² и посредне (нпр., природа као основна средина, посебно географски положај и пространство, становништво, његова бројност и распоређеност, степен економског развоја, култура, националне, расне, верске и друге особености, као и историјски развој, традиција, обичаји, спољни утицаји, међународни положај, мања или већа зависност од иностранства итд.). На основу тога може да се направи још једна подела спољашњег холизма – на *нејосредни* и *јосредни*. Деловање свих наведених узрока и чинилаца на државу и право није аутоматско, али је одлучујуће, јер је друштво утопљено у државу и праву, а држава и право у друштво. То је разлог због кога се каже да право и држава изражавају тзв. „системски квалитет“ датог друштвеног поретка.

Када се, пак, ради само о *спољашњем холизму у ужем смислу*, он се испољава у облику правне државе, односно државе владавине права, чије постојање такође захтева испуњавање одговарајућих друштвених (нпр., стабилност, хомогеност, ред, мир, правна свест итд.), државно-организационих (нпр., легитимност и подела власти, демократија, функционална организација државне власти, независно судство, уставност и законитост /легалитет/, уставна јемства људских и грађанских права, слобода привреде и привредних активности итд.) и правотехничких услова и средстава. Ту се посебно убрајају средства којима треба да се обезбеди законитост рада управе, судска контрола управних аката (установа управног спора), уставност у раду законодавства са установом уставног судства и друга слична средства институционално-правне и ванправне контроле.

Беза државе и права може се посматрати и у светлу њихових конкретних међусобних односа. Таква повезаност права и државе може се назвати *унутрашњим холизмом у ширем смислу*. Он се састоји у утицају који државу приказује као средство за рационализовање права, а право као средство за рационализовање државе.

Утицај државе на право нарочито долази до изражаја приликом „успостављања права“, „екстериторијализације државне власти“ и „позитивизације права“. О том утицају државе на право може да се говори још на један начин, имајући на уму различите врсте радњи које држава предузима стварајући и примењујући право. Али, ни применом ни стварањем права није исцрпљен утицај државе на право, јер држава предузима и многе друге радње и обавља многе друге послове. Те радње могу да се врше употребом државне принуде или без ње, под условом да су засноване на праву, тј. да су законите. И обратно, *утицај права на државу* представља дуготрајан процес који се састоји из следећих етапа и делова: секуларизације, генерализације, уједначавања и типизације, систематизације, формализовања, стандардизације,

²² К. von Beyme, *Сувремене холистичке теорије*, Загреб 1976, 277–286.

настанка истих или сличних правних поступака, позитивизације и диференцијације права. На тај начин држава, захваљујући праву, постаје правна организација. Збиља, да нема права, држава би представљала обичну разобручену силу која би прво уништила друштво, па на крају и саму себе. Због тога је главни задатак права да рационализује државу, да је доведе у везу са несумњивим друштвеним и правним вредностима, да њену делатност уреди, веже и подведе под правне норме, као и да је оправда. Тај задатак право збиља и обавља, али не на исти начин на који држава делује на право. Право, наиме, није само непосредна манифестација неких материјалних аката. Његово деловање је посредније, иако није мање важно од деловања државе. Оно исто тако није случајно ни повремено, већ је постојано и стално. Уосталом, да је држава правна организација, потврђује начин на који је право прилагођено свом задатку, јер се упоредо са стварањем права које се односи на друштво (еклезиастичког и социјалног) ствара право које се односи само на државну организацију (чисто државно право). Реченом треба додати да држава као правна организација располаже и својом посебном правном личношћу. Она се појављује као субјект одређених овлашћења и обавеза. Као таква, она није ни проста чињеница (Леон Диги), нити је само скуп правних норми (Ханс Келзен /*Hans Kelsen*/). Када не би било тако, држава би се убрзо претворила у „апсолутизам оних људи који располажу државном влашћу“.²³ Добијајући квалитет правне личности, држава стиче предност према свим другим организацијама и појединцима. Та предност се испољава као надмоћ државе приликом стварања најважнијих извор права. Ту чињеницу не мења ни међународно право јер сви уговори које држава склопи као субјект међународног права, по правилу тек после ратификовања, а само понекад пре или без обавезе ратификовања, непосредно обавезују субјекте унутрашњег права. У том смислу, особеност права које је пренето на државу доводи до исто тако особеног образовања државе као правне организације која располаже својом посебном правном личношћу.²⁴

Држава располаже и својим конкретним правним облицима. Она преко њих изражава врсту и квалитет своје власти. Најпоузданији показатељи квалитета њене власти јесу легитимност и законитост, преко којих држава остварује одређене друштвене и правне вредности. Крајњи резултат описаног поступка рационализације, као и следећујућих поступака рефлексивности и хабитуализације,²⁵ требало би да представља друштво у коме владају начела правде, правне сигурности и једнакости, што све чешће није случај. Ту се не ради о утопији, већ о напуштању једне изванредно важне правне вредности.

²³ С. Јовановић, *О држави. Основи једне правне теорије*, Београд 1922, 89–103.

²⁴ С. Врачар, *Социјална садржина функције државноправног поретка*, Београд 1965 (1996), 59–60.

²⁵ М. Вебер, *Привреда и друштво*, I, Београд 1976, 18, 252–253 и 264.

Најзад, између државе и права мора да постоји што већи склад. Али, може да дође и до сукоба. Прва ситуација је карактеристична за нормална и стабилна друштва, а друга за друштва која то нису. У другој ситуацији постоји неравномеран утицај државе на право и права на државу. То су ситуације у којима долази до сукоба државе са правом и права са осилењом државом. Он избија само тамо где је постао немогућ сваки договор између заступника етатистичке и легалистичке идеје. Сукоб је, дакле, крајње средство за решавање једне ненормалне ситуације у којој више не постоји суштинска истоветност између права и државе. Али, он је и средство за властито укидање, јер је у природи сукоба да укине себе. А укинути сукоб државе и права значи укинути њихово противделовање. То се постиже поменутом рационализацијом, хабитуализацијом и рефлексивношћу за које се сматра да означавају победу разумног над неразумним.

У једном посебном смислу *унутрашњи правни холизам* у ужем смислу се односи на све везе између делова или основних састојака државе или права, а не само на везе између државе и права. Те везе се одржавају успостављањем и коришћењем одговарајућих начела за организовање државно-правног поретка (хијерархије, центрo-периферне повезаности, координације, кооперације, корелације и комплементарности). Захваљујући поменутих начелима, постиже се толико неопходна системност државно-правног поретка. Системност и није ништа друго до најважније својство сваког права или творевине која је правно уређена, укључујући и државу као правну организацију.²⁶ Она је, дакле, други назив за чисто унутрашњи правни холизам у ужем смислу који треба да омогући добијање јединствене, рационално повезане и организоване целине правног поретка и система права.

5. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА: СТАТИЧНОСТ И ДИНАМИЧНОСТ ХОЛИСТИЧКИХ ВЕЗА

У основним цртама приказане постојеће и могуће холистичке везе између природе, друштва државе и права, суштински су дескриптивне и статичке. Ти недостаци потврђују тачност запажања Јиргена Хабермаса и објашњавају зашто још није дошло до настанка једне велике универзалне холистичке теорије. Али, те холистичке везе је могуће испитивати динамички у виртуелном рачунарском свету. Произилази да је стварне холистичке везе између природе, друштва, државе и права могуће динамички испитивати само у том виртуелном свету, и све то како би се боље упознало њихово међудејство у стварном свету.

²⁶ С. Врачар, „Тезе о правном систему Југославије“, Зборник радова *О правном систему СФРЈ*, Београд 1979, 7.

Те везе оживљавају тек када се саставе правни модели који се испитују рачунарском симулацијом. Тада „холизам оживљава“ у виртуелном свету. А тај виртуелан свет није важан само зато што представља врсту сазнајног света истраживања без последица у стварном свету. Управо тај нови рачунарски свет производи у све већој мери конкретне последице у ономе што се сматра стварним светом. То значи да се упоредо са стварним светом по први пут успоставља нови, алтернативни пут или приступ виртуелном свету. Његово постојање показује да људска бића више неће бити само физички субјекти у стварном свету, већ и аватари, *alter ego* физичких бића, у том новонастајућем рачунарском виртуелном (мета)свету.²⁷ То важи и за разне врсте правних лица као аватара својих стварних парњака.

То се може сматрати новим путем на који холистички могу да се испитују стварне и замишљене појаве, по „жељи срца свога“ (Вилем Флусер /*Vilém Flusser*/). Лепо је када по први пут на тај начин може да се завири иза хоризонта догађања. Још је лепше када не мора да се посеже за нагађањем, предказивањем, проковањем итд.

Све теорије су се до сада бавиле стварним светом. Можда је време да почну да се баве истраживањем новог виртуелног света и његовим холистичким односима повезаности са стварним светом. Део оба та света сигурно јесу држава и право са њиховим односом.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Бароу, Џон, Типлер, Френк, „Антрополошки космолошки принцип“, *Културе Истјека*, бр. 27, год. VIII, Београд, јануар-март 1991.
- Binder, Julius, *Einführung in Hegel's Rechtsphilosophie*, 1931.
- Вебер, Макс, *Привреда и друштво*, I, Београд 1976.
- Вилеј, Мишел, „Функција и метод филозофије права“, у: *О филозофији права*, зборник радова, САНУ, Београд 1978.
- Веуме, Клаус фон, *Сувремене холистичке теорије*, Загреб 1976.
- Врачар, Стеван, *Синтеза холистичке филозофије права*, Нови Сад 2005.
- Врачар, Стеван, „Тезе о правном систему Југославије“, Зборник радова *О правном систему СФРЈ*, Београд 1979.
- Врачар, Стеван, *Социјална садржина функције државноправног поретка*, Београд 1965.
- Вукадиновић, Гордана, Митровић, Драган, *Увод у теорију и филозофију права*, Београд 2020.
- Гардашевић, Благота, „Значај Светосавске крмчије за наше црквено и државно законодавство“, *Богословље*, св. I, год. II (XVII), Београд 1958.

²⁷ Вид. D. Mitrović, „Virtual Reality and Virtual Subjects of Law“, *Journal on Legal and Economic Issues of Central Europe*, Vol. 3, No. 1, London 2012, pp. 2–8

- Гершић, Глигорије, *Енциклопедија права*, Београд 1902.
- Gierke, Otto, *Deutsches Privatrecht*, Berlin 1895.
- Вучић, Радмило, „О појму целине“, *Богословље*, св. I, год. II (XVII), Београд 1958.
- Duguit, Léon, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris 1901.
- Dreisch, Hans, *Kant und das Ganze*, Kantstudien, Bd. 29.
- Emge, Carl, *Über das Grund dogmades rechtsphilosophischen Relativismus*, 1926.
- Driesch, Hans, *Das Ganze und die Summe*, Leipzig 1921.
- Živanović, Тома, *Систем синтетичке филозофије права*, III, Београд 1959.
- Јовановић, Слободан, *О држави. Основи једне правне теорије*, Београд 1922.
- Капра, Фритјоф, *Тао физике. Истичање паралела између савремене физике и источног мистицизма*, Београд 1989.
- Лукић, Радомир, *Систем филозофије права*, Београд 1992.
- Митровић, Драган, „Холистичка парадигма права“, у: *Пут права. Холистичка парадигма света и права у светлу теорије хаоса и правне теорије*, Београд 2000.
- Митровић, Драган, „Холизам и савремена наука“, *Општина*, бр. 2, Год. 3, Доњи Милановац 2002.
- Митровић, Драган, „Холизам и право“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 3-4, Београд 2004.
- Митровић, Драган, „Холистички оквири науке“, у: *Држава, право, правда, правници*, Београд 2009.
- Mitrović, Dragan, „Virtual Reality and Virtual Subjects of Law“, *Journal on Legal and Economic Issues of Central Europe*, Vol. 3, No. 1, London 2012.
- Митровић, Драган, „Холизам и теорија државе и права“, у: *Теорија државе и права*, Београд 2010.
- Митровић, Драган, „Још једном у сусрет холистичком правном учењу професора Глигорија Гершића“, предговор књизи: Глигорије Гершић, *Енциклопедија права*, Београд 2011.
- По, Едгар Алан, *Арабеске и пројекте*, Београд 1984.
- Roubier, Paul, *Théorie générale du droit histoire des doctrines juridiques et philosophies des valeurs sociales*, Paris 1946.
- Simmel, Georg, *Zür Philosophie der Kunst*, Postdam 1922.
- Соловјев, Александар, „Богишићева универзитетска предавања“, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд 52/1937.
- Spencer, Herbert, *Justice*, 1891.
- Schäffle, K., *Die Grundlagen der Wissenschaft*, 1889.
- Тасић, Ђорђе, *Расправе из филозофије и теорије права. Превод са страних језика*, Београд 1992.
- Филозофски рјечник*, Загреб 1965.
- Хегел, Георг Вилхелм Фридрих, *Правни и политички системи*, Београд 1981.
- Croce, Benedetto, *Filosofia della pratica-economica*, 1932.

Dragan M. Mitrović
University of Belgrade
Faculty of Law Belgrade
draganm@ius.bg.ac.rs

Holistic Teaching and the Holistic Theory of the Law

Abstract: *Holistic understanding has existed since time immemorial, though without holistic theories of the law. The contemporary development of the theory of the law is characterised by an increased interest of philosophers and scientists in holistic learning as a result of an ever-increasing strengthening of the belief in the existence of a complex web of permeation and interdependence between the world, society, state and the law.*

All holistic and legal teachings contain one essential shortcoming: the existing and possible holistic links between nature, society, state and the law are static in its substance. They come to life only when legal models are made and examined by computer simulation. Then holism comes to life in the virtual world. This means that for the first time in human history, alongside the real world is being established a new, alternative path or approach to that virtual (meta)world.

So far, scientists and jurists have dealt with the real world. Perhaps time has come for them to start exploring the new virtual world and its relationship with the real world. The state and the law are definitely a part of both those worlds.

Keywords: *Holism – Holistic Theory of the Law. – State. – Law.*

Датум пријема рада: 26.01.2022.

Датум прихватања рада: 23.02.2022.

Пејтар М. Ђундић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
P.Djundic@pf.uns.ac.rs

ПРИЗНАЊЕ И ИЗВРШЕЊЕ ОДЛУКА О ИЗДРЖАВАЊУ НА ОСНОВУ ХАШКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ИЗДРЖАВАЊУ (2007): ПОВОДОМ ПОЧЕТКА ПРИМЕНЕ НОВОГ ИЗВОРА МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА СРБИЈЕ

Сажетак: *Од 1. фебруара 2021. године Србија је дужна да примењује Хашку конвенцију о међународном остваривању издржавања деце и других чланова породице (2007). У ипшању је извор који доноси значајне новине за домаће међународно приватно право. Поред одредаба о административној сарадњи између централних органа држава уговорница у циљу једносавној и брзој остваривања права на издржавање у међународном контексту, Конвенција садржи детаљне одредбе о условима за признање и извршење одлука о издржавању, разлозима за њихово одбијање и, што је посебно значајна новост у односу на раније међународне уговоре у овој материји, поседују у којем суд или други орган замољене државе одлучује о овом ипшању. У раду се размишљају основне карактеристике механизма за признање и извршење усавршене овим извором и посебно се анализирају специфична ипшања са којима би се српски судови моли суочити као резултат интеракције између одредаба Конвенције и правила домаћег права.*

Кључне речи: признање и извршење страних одлука, обавезе издржавања, Хашка конвенција о издржавању (2007), поседује признања и извршења.

1. УВОД

Хашка конвенција о међународном остваривању издржавања деце и других чланова породице (у даљем тексту: Конвенција) ступила је на снагу

за Републику Србију дана 1. фебруара. 2021. године.¹ У питању је широко прихваћени инструмент чији је циљ да замени бројне постојеће документе који се односе на остваривање права на издржавање деце, једним свеобухватним и модерним међународним уговором.²

У складу са намерама њених твораца, Конвенција је требало да обезбеди процедуру за остваривање издржавања у међународном контексту која би била доступна, једноставна и ефикасна и изграђена на основама које су поставили постојећи међународни инструменти.³ Ово последње се нарочито односи на основе утврђене Њујоршком конвенцијом о остваривању алиментационих захтева у иностранству (1956), првом конвенцијом која успоставља механизам међународне судске и административне сарадње у овој области.⁴ Њујоршка конвенција је установила обавезу држава уговорница да именују отпремне и посредничке органе⁵ који примају и размењују захтеве по конвенцији и неопходну документацију, а посрдночки орган у држави дужника предузима све потребне радње за остваривање издржавања, укључујући ту покретање поступка за утврђивање права на издржавање или за егзекватуру постојеће одлуке о издржавању.⁶ Она, међутим, не садржи правила о међународној надлежности, меродавном праву и признању и извршењу судских и других одлука о издржавању, већ се ослања на постојећа правила међународног приватног права у држави дужника издржавања.⁷

Конвенција, са друге стране, разрађује механизам сарадње између централних органа које именују државе уговорнице⁸ и прописује детаљна правила и процедуре за њихово поступање у поглављима II и III. Иако предвиђа право повериоца издржавања да у замољеној држави захтева доношење или измену постојеће одлуке о издржавању пред надлежним судом (другим органом),⁹ користећи помоћ централног органа у овој држави¹⁰ или непосредним обраћањем надлежним властима,¹¹ она не прописује правила о директној

¹ Службени гласник РС – Међународни уговори, бр. 4/2020.

² N. de Araujo, *The HCC and Maintenance Obligations*, у књизи: T. John, R. Gulati, B. Köhler (eds.), *The Elgar Companion to the Hague Conference on Private International Law*, Cheltenham/Northampton, 2020, 236-248, 242. Конвенција је усвојена 2007. године, консензусом више од 70 држава. *Ibid.*

³ Вид. E. Long, *The New Hague Maintenance Convention*, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 57, No. 4, 984-996, 985.

⁴ Службени лист ФНРЈ – Међународни уговори, број 2/1960.

⁵ Чл. 2 Њујоршке конвенције.

⁶ Чл. 5 и 6 Њујоршке конвенције.

⁷ Чл. 6 став 3 Њујоршке конвенције.

⁸ Функцију централног органа у Србији обавља Министарство финансија, Одељење за имовинска и правна питања. Вид. <https://www.hcch.net/en/states/authorities/details3/?aid=1149>.

⁹ Чл. 10 ст. 1 т. ц) и ф) Конвенције.

¹⁰ Чл. 6 ст. 1 т. б) Конвенције.

¹¹ Чл. 37 Конвенције.

међународној надлежности.¹² Уместо тога, Конвенција изричито прописује да се на овакве захтеве примењују правила о међународној надлежности за мољене државе.¹³ Конвенција такође не садржи колизионе норме за обавезе издржавања, али су оне присутне у комплементарном инструменту – Протоколу о меродавном праву за обавезе издржавања (2007), који је Србија ратификовала неколико година раније.¹⁴

Коначно, уз правила која уређују механизам сарадње преко централних органа, најважније одредбе Конвенције су оне које се баве правилима о признању и извршењу одлука о издржавања у државама уговорницама. Поглавља V и VI на свеобухватан начин регулишу појам одлуке која је подобна за признање и извршење, индиректну међународну надлежност, основе за одбијање признања и извршења, поступке који стоје на располагању подносиоцима захтева итд.

Циљ овог рада је да прикаже основне карактеристике и најважнија правила механизма за признање и извршење одлука из других држава уговорница, посебно имајући у виду очекивану учесталу примену Конвенције пред судовима Републике Србије.

Нема никакве сумње да ће Конвенција у будућности представљати основни извор који ће домаћи судови примењивати приликом одлучивања о признању и извршењу одлука у материји издржавања. За то постоји више разлога. Прво, она замењује Њујоршку конвенцију у односима између држава уговорница обе конвенције, у мери у којој се одредбе о пољу примене два инструмента поклапају.¹⁵ Друго, Конвенција је већ сада прихваћена у великом броју држава, а посебно од стране оних са којима наша земља има развијен правни саобраћај.¹⁶ Иако њене одредбе не стављају ван снаге двостране уговоре које је Србија претходно закључила, а који садрже норме о признању и извршењу,¹⁷ свеобухватност заштите интереса повериоца и дужника из-

¹² Од унификације правила о директној међународној надлежности се одустало због тога што је постизање консензуса у погледу јединствених правила о надлежности било мало вероватно, ако не и потпуно немогуће. Вид. А. Borrás, J. Degeling, *Hague Preliminary Draft Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance, Draft Preliminary Report*, August 2007, 12.

¹³ Чл. 10 ст. 3 Конвенције.

¹⁴ Службени гласник РС – Међународни уговори, бр. 1/2013. Вид. детаљније: Б. Бордаш, П. Ђундић, Хашки протокол о праву меродавном за обавезе издржавања – најновији извор међународног приватног права Србије, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1/2013, том 47, стр. 133-153.

¹⁵ Чл. 49 Конвенције.

¹⁶ Конвенција је на снази у свим државама бивше Југославије (осим Северне Македоније која је потписала, али још увек није ратификовала Конвенцију), у државама Европске уније (са изузетком Данске), у САД и Уједињеном Краљевству. Укупан број држава уговорница Конвенције је 43. Вид. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=131>.

¹⁷ Чл. 51 Конвенције.

државања чини Конвенцију ефикаснијим инструментом у односу на претходно поменуте.¹⁸ Због тога није тешко закључити да ће Конвенција, посебно због детаљно разрађеног поступка административне сарадње и пружања помоћи подносиоцима захтева, бити механизам који ће заинтересована лица најчешће активирати.

Домашај одредаба Конвенције, укључујући ту и оне које су предмет овог рада, ограничен је њеним пољем примене. Због тога је потребно претходно рећи нешто више о случајевима за које Конвенција предвиђа сопствену примену.

2. ПОЉЕ ПРИМЕНЕ КОНВЕНЦИЈЕ

Поље примене Конвенције је примарно утврђено чланом 2. Она се примењује на обавезе издржавања које проистичу из односа родитељства, према лицима млађим од 21 године, али и на обавезе издржавања између супружника или бивших супружника, када је захтев за издржавање поднет заједно са захтевом за издржавање деце.¹⁹ Ако је у питању захтев који се односи само на издржавање између супружника, Конвенција се и даље примењује, али то не важи за одредбе које уређују поступање, сарадњу и помоћ централних органа.²⁰ Према томе, поверилац издржавања може поднети захтев за признање и извршење одлуке којом је установљена обавеза издржавања за бившег супружника, али се у том случају мора обратити директно органу државе уговорнице надлежном за одлучивање о егзекутури.

Овако одређено поље примене значајно је модификовано дејством две друге одредбе истог члана. Прво, свака држава уговорница има могућност да стави резерву у погледу узраста лица на која се Конвенција примењује, тако што ће ограничити примену на обавезе издржавања према деци која нису навршила 18 година (уместо 21 године).²¹ Друго, уговорницама се омогућава да дају изјаву којом ће проширити примену Конвенције (или њеног дела) на било коју обавезу издржавања која проистиче из породичних односа, родитељства, брака или сродства.²² Тиме се уговорницама пружа прилика да „скроје“ поље примене овог извора на *à la carte* основама²³ и прилагоде

¹⁸ Вид. С. Марјановић, Међународно остваривање издржавања чланова породице – бирајући између Конвенције УН (1956) и Хашке конвенције (2007), *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, LVII, бр. 78/2018, 235-254, 248.

¹⁹ Чл. 2 ст. 1 т. а) и б) Конвенције.

²⁰ Чл. 2 ст. 1 т. ц) Конвенције.

²¹ Чл. 2 ст. 2 Конвенције.

²² Чл. 2 ст. 3 Конвенције.

²³ W. Duncan, The Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance, Comments on its Objectives and Some of its Special Features, *Yearbook of Private International Law*, Volume 10/2008, 313-331, 319.

га сопственом схватању о значају пружања заштите појединим категоријама субјеката. Тако је, на пример, Србија дала изјаву да ће примену Конвенције проширити на издржавање деце која се налазе на редовном школовању до навршене 26. године живота, као и на пунолетну децу која су неспособна за рад и немају довољно средстава за издржавање, док таква ситуација траје.

Поменуте одредбе компликују посао судова и централног органа. Наиме, оне се примењују на бази реципроцитета – држава која је ставила резерву не може захтевати примену Конвенције на лица у погледу којих је њена примена ограничена због узраста, а уговорница која је изјавом проширила поље примене Конвенције може рачунати на њену примену само у односима са другом уговорницом у мери у којој се њихове изјаве подударају у погледу обавезе издржавања обухваћене изјавама и делова Конвенције на које се оне односе.²⁴

У контексту признања и извршења одлуке о издржавању ово значи, на пример, да одредбе Конвенције неће важити у случају захтева за признање црногорске одлуке у Србији, када се она односи на издржавање детета које је напустило 19 година,²⁵ али би домаћи суд, са друге стране, могао да применом Конвенције призна одлуку пореклом из Турске која се тиче издржавања детета које је навршило 24 године живота и налази се на школовању.²⁶

Модификација поља примене учињена на овај начин захтева и опрезно поступање од стране судова, како одредбе о признању и извршењу из Конвенције не би биле примењене у ситуацијама када Конвенција не обавезује Србију, посебно имајући у виду то да домаћи судови неће увек моћи да рачунају на претходну обраду захтева за признање од стране централног органа (Министарства финансија).²⁷ С тим у вези, најпоузданији извор информација о статусу Конвенције у појединим државама, поднетим резервама и изјавама је евиденција коју води Хашка конференција за међународно приватно право, доступна на интернет страници ове организације.²⁸

3. ОДЛУКЕ ПОДОБНЕ ЗА ПРИЗНАЊЕ И ИЗВРШЕЊЕ НА ОСНОВУ КОНВЕНЦИЈЕ

Конвенција не одређује шта се подразумева под појмом „одлука“, али утврђује које карактеристике овај акт мора имати да би спадао у поље примене

²⁴ Вид. чл. 2 ст. 2 и 3 Конвенције.

²⁵ Црна Гора је ставила резерву у смислу чл. 2 ст. 2 Конвенције.

²⁶ Турска је изјавом проширила примену Конвенције на издржавање пунолетне деце старије од 21 годину, до навршених 25 година, под условом да се ова лица налазе на школовању.

²⁷ Ово због тога што Конвенција не искључује могућност подношења захтева за признање одлуке директно надлежном суду (другом органу). Вид. чл. 37 Конвенције.

²⁸ <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=131>.

поглавља V (Признање и извршење). Члан 19 који одређује домашај овог поглавља је, у општим цртама, заснован на одредбама о пољу примене (чланови 1-3) Хашке конвенције о признању и извршењу одлука које се односе на обавезе издржавања (1973).²⁹

Одредбе о признању и извршењу се примењују на одлуке о издржавању које су донели судови или управни органи, односно на споразуме или нагодбе (поравнања) закључене пред судом или управним органом или одобрене од стране ових тела. Конвенција уважава чињеницу да је надлежност за доношење одлука о издржавању у појединим државама уговорницама измештена са судова и пренета на административне органе, те међу одлуке подобне за признање убраја и оне које су донете од стране оваквих специјализованих тела.³⁰ Конвенција, такође, ближе одређује шта се сматра „управним органом“ у овом контексту, наводећи да је у питању јавно тело чије су одлуке подложне судској контроли према праву државе у којој је орган установљен и које су, према свом дејству и правној снази, сличне судским одлукама.³¹

Одлука чије се признање и извршење захтева може да обухвата и аутоматску индексаацију износа издржавања. У питању су одлуке које садрже математичку формулу за периодично прилагођавање износа издржавања или табеле у којима се наводи прецизна динамика периодичног повећања овог износа.³² Одлука такође може да обухвата заостали дуг на име издржавања, ретроактивно издржавање и припадајуће камате. Под ретроактивним издржавањем се подразумева износ издржавања за временски период пре него што је донета одлука којом је дужник обавезан на плаћање издржавања, док се израз „заостали дуг“ користи за означавање неплаћеног издржавања након доношења одлуке.³³ Коначно, одлука која се признаје може да обухвата износ трошкова насталих у поступку њеног доношења.

Када се одлука не односи искључиво на обавезу издржавања, одредбе Конвенције о признању и извршењу се примењују само на део одлуке који се тиче издржавања.³⁴ Захваљујући овој одредби, суд у држави признања неће нужно морати да призна део одлуке који се односи на претходно питање (на пример, утврђивање очинства), како би одлучио о захтеву за признање дела одлуке који се односи на издржавање у складу са Конвенцијом.³⁵

²⁹ Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations. Овај међународни уговор је стављен ван снаге у односима између држава које су уговорнице Конвенције, у мери у којој се поља примене тих инструмената поклапају (вид. чл. 48 Конвенције).

³⁰ A. Borrás, J. Degeling, *op. cit.*, 78, 79. У документу се као пример наводе скандинавске државе, Нови Зеланд, Аустралија и поједине савезне државе у оквиру САД.

³¹ Чл. 19 ст. 3 Конвенције.

³² A. Borrás, J. Degeling, *op. cit.*, 79.

³³ *Ibid.*

³⁴ Чл. 19 ст. 2 Конвенције.

³⁵ A. Borrás, J. Degeling, *op. cit.*, 79.

Члан 19 садржи и појашњење у погледу тога да се одредбе поглавља V примењују и на признање споразума о издржавању.³⁶ На основу текста извештаја уз нацрт Конвенције, може се закључити да се ова одредба односи на приватноправне споразуме о издржавању између повериоца и дужника које познају права одређених држава.³⁷ У питању су споразуми сачињени у форми веродостојних исправа или на други начин потврђени или регистровани од стране надлежних органа.³⁸ Овакви споразуми су предмет признања на основу Конвенције само под условом да имају својство извршности према праву државе порекла, на исти начин као када је у питању одлука о издржавању.³⁹ У вези са поменутим споразумима је важно истаћи да Конвенција омогућује уговорницама да дају изјаву на основу које ће извршење оваквих споразума прихватити само ако је захтев поднет преко централног органа,⁴⁰ што је Србија учинила.⁴¹

4. ОСНОВИ ЗА ПРИЗНАЊЕ И ИЗВРШЕЊЕ – ОДРЕДБЕ О ИНДИРЕКТНОЈ НАДЛЕЖНОСТИ

Конвенција садржи позитивне и негативне услове за признање и извршење.⁴² Под позитивним условима се подразумевају правила о идиректној међународној надлежности – одлука пореклом из друге државе уговорнице се може признати само ако је надлежност суда или другог органа у држави порекла била заснована на једном од основа прописаних Конвенцијом.⁴³

У вези са овим је важно одмах учинити једну напомену: за суд државе признања није релевантан формални основ на којем је суд друге државе уговорнице засновао надлежност да одлучује о захтеву за издржавање, већ да ли је један од основа надлежности које наводи Конвенција *фактички* постојао.⁴⁴ Ово је кључно за функционисање механизма успостављеног Конвенцијом – будући да њоме нису унификована правила о директној међународној надлежности, национална права могу предвиђати различите критеријуме

³⁶ Чл. 19 ст. 4.

³⁷ A. Borrás, J. Degeling, *op. cit.*, 98.

³⁸ Вид. W. Duncan, *op. cit.*, 325.

³⁹ Чл. 30 ст. 1 Конвенције.

⁴⁰ Чл. 30 ст. 7 Конвенције.

⁴¹ Вид. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=1440&disp=resdn>.

⁴² Вид. L. Walker, *Maintenance and Child Support in Private International Law*, Oxford and Portland, 2015, 147.

⁴³ Негативни услови се односе на разлоге за одбијање признања који су утврђени у чл. 22 Конвенције.

⁴⁴ A. Borrás, J. Degeling, *op. cit.*, 80.

за успостављање надлежности за мериторно одлучивање у односу на критеријуме за признање и извршење из Конвенције. Ово је, на пример, случај са Србијом: Конвенција дозвољава признање и извршење одлука када је суд државе уговорнице засновао надлежност на критеријуму уобичајеног боравишта туженог или тужиоца, при чему Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља (у даљем тексту: ЗРСЗ)⁴⁵ не користи овај основ директне међународне надлежности, већ се махом ослања на држављанство и пребивалиште странака.⁴⁶

Према томе, домаћи суд не може одбити да призна одлуку пореклом из друге државе уговорнице због тога што је суд те државе засновао своју надлежност, примера ради, на пребивалишту туженог, када је на основу чињеница које је утврдио суд државе порекла одлуке,⁴⁷ јасно да је тужени имао и уобичајено бораиште у овој држави у време покретања поступка пред тим судом.⁴⁸

Конвенција садржи затворену листу основа индиректне надлежности. Одлука која је подобна за признање може бити заснована само на једном од следећих алтернативних основа:

- тужени је имао уобичајено бораиште у држави порекла одлуке у време покретања поступка;
- тужени је изричито прихватио надлежност суда или се упустио у расправљање о меритуму без истицања приговора ненадлежности првом могућом приликом;
- поверилац је имао уобичајено бораиште у држави порекла одлуке у време покретања поступка;
- дете у чију је корист одређено издржавање је имало, у време покретања поступка, уобичајено бораиште у држави порекла одлуке, уколико је и противник предлагача живео у тој држави са дететом или је боравио у тој држави и у њој плаћао издржавање;
- осим у споровима који се односе на издржавање деце, постојао је писмени споразум странака о надлежности;
- одлуку је донео орган који је одлучивао у спору о личном статусу или родитељској одговорности, осим ако је надлежност била заснована само на држављанству једне од странака.

Прва два основа надлежности су била неспорна за творце Конвенције, будући да се заснивају на широко прихваћеним критеријумима: на вези из-

⁴⁵ Сл. лист СФРЈ, бр. 43/82.

⁴⁶ О овом проблему види више код С. Марјановић, *op. cit.*, 244-247.

⁴⁷ Конвенција предвиђа да је орган надлежан за признање и извршење везан чињеницама које је утврдио суд државе порекла у сврху одлучивања о својој надлежности. Вид. чл. 27 Конвенције.

⁴⁸ Вид. чл. 20 ст. 1 т. а) Конвенције.

међу туженог (обично дужника издржавања) и државе суда и на пристанку туженог на надлежност. Трећи основ – уобичајено боравиште повериоца издржавања – захтевао је извесну креативност како би се нашао у коначном тексту уговора. Наиме, иако већина националних права предвиђа надлежност у споровима о издржавању на основу везе између државе суда и повериоца издржавања,⁴⁹ за поједине државе које су учествовале у преговорима поменути основ надлежности је неприхватљив.⁵⁰ Ово се посебно односи на САД које, због уставноправних ограничења, инсистирају на томе да тужени мора имати одговарајућу везу са државом порекла одлуке како би та одлука била призната.⁵¹ Због тога Конвенција дозвољава стављање резерве у погледу овог основа индиректне надлежности,⁵² што су САД и учиниле. Практична последица овога је да поверилац који је издејствовао одлуку домаћег суда на основу чињенице да живи у Србији, најчешће не може рачунати на то да ће одлука бити призната у САД на основу Конвенције.

Са друге стране, уобичајено боравиште повериоца у држави доношења одлуке се ипак прихвата као пуноважан основ надлежности и без могућности да се његова примена ограничи резервама, када је у питању издржавање деце.⁵³ Ипак, у вом случају је неопходно да је и дужник издржавања живео са дететом или макар боравио у овој држави за време док је плаћао издржавање. Тиме се обезбеђује адекватна веза између државе порекла одлуке и дужника издржавања, те омогућује признање одлуке у ситуацијама које су уобичајене у пракси: када се дужник издржавања одсели из државе у којој дете, као поверилац издржавања, наставља да живи.⁵⁴

Примена преостала два основа индиректне надлежности – надлежност на основу споразума странака и надлежност проистекла из чињенице да је суд истовремено одлучивао о статусном спору или вршењу родитељских права – се такође може ограничити резервама. У вези са свим резервама предвиђеним чланом 20 Конвенције је потребно учинити две напомене.

Прво, резерве немају реципрочно дејство.⁵⁵ То што Србија није ставила резеве предвиђене поменутим чланом, значи да су домаћи судови у обавези да признају одлуке и пореклом из држава уговорница које су то учиниле и чији судови, у аналогном случају, не би били у обавези да признају одлуке наших судова ако су оне засноване на основима обухваћеним резервама.

⁴⁹ То је случај и у домаћем међународном приватном праву – ЗРСЗ предвиђа надлежност судова Србије у споровима о законском издржавању деце на основу пребивалишта детета у Србији, односно на српском држављанству малолетног тужиоца. Вид. чл. 67 ст. 1 т. 1 и 3 ЗРСЗ.

⁵⁰ Вид. A. Borrás, J. Degeling, *op. cit.*, 81.

⁵¹ L. Walker, *op. cit.*, 151.

⁵² Чл. 20 ст. 2 Конвенције.

⁵³ Чл. 20. ст. 1 т. д) Конвенције.

⁵⁴ L. Walker, *op. cit.*, 154.

⁵⁵ Чл. 62 ст. 4 Конвенције.

Друго, чињеница да је држава признања искористила право на стављање резерви још увек не значи и апсолутну немогућност да одлука која потиче из друге државе уговорнице произведе одговарајуће дејство. Конвенција, наиме, предвиђа да ће држава која је ставила резерву у погледу неког од основа предвиђених чланом 20, ипак признати и извршити одлуку када би по њеном праву, у сличним чињеничним околностима, органи ове државе имали надлежност за доношење одлуке о издржавању.⁵⁶ Смисао ове одредбе је у томе да се суду државе признања дозволи да занемари основ директне међународне надлежности који је применио суд државе порекла одлуке, односно да процени да ли постоје чињенице које би, у аналогном случају, дозволиле суду државе признања да заснује своју надлежност за мериторно одлучивање.⁵⁷

Поред тога, Конвенција предвиђа да се одлука о издржавању детета млађег од 18 година, која не може бити призната само као последица помених резерви, прихвата у замољеној држави као утврђујућа у погледу подобности детета за издржавање.⁵⁸ Ако је признање и извршење овакве одлуке одбијено у замољеној држави, поверилац издржавања ће бити осуђен на покретање новог поступка пред судовима ове државе. У таквом случају, одредба у питању обезбеђује да се постојање самог права детета на издржавање не утврђује поново, већ да суд овој држави решава искључиво о питањима која се односе на износ издржавања и динамику његовог плаћања.⁵⁹

5. СЛУЧАЈЕВИ У КОЈИМА ЈЕ МОГУЋЕ ОДБИТИ ПРИЗНАЊЕ И ИЗВРШЕЊЕ

Признање и извршење одлуке се може одбити и онда када је суд државе молиље засновао своју надлежност на једном од основа који су предвиђени Конвенцијом. Одбијање је, међутим, тада могуће само у једном од случајева предвиђених овим извором. Разлози за одбијање признања су уобичајени и односе се на повреду јавног поретка државе признања (замољене државе), повреду права одбране туженог, случајеве преваре у поступку, постојања раније покренутог поступка пред судом државе признања или пресуђене ствари.⁶⁰

Услов за признање који се односи на одсуство повреде јавног поретка је формулисан тако да сугерише рестриктивну примену изузетка – одбијање

⁵⁶ Чл. 20 ст. 3 Конвенције.

⁵⁷ A. Borrás, J. Degeling, *op. cit.*, 83.

⁵⁸ Чл. 20 ст. 5. Конвенције.

⁵⁹ Вид. L. Walker, *op. cit.*, 153; A. Borrás, J. Degeling, *op. cit.*, 85.

⁶⁰ Вид. чл. 22 Конвенције.

признања је могуће ако је признање и извршење одлуке *очигледно* неспојиво са јавним поретком замољене државе.⁶¹ У извештају уз текст Конвенције се такође истиче да овај разлог за одбијање не би требало да послужи као изговор суду да се упусти у генерално преиспитивање меритума одлуке, као и да различитост супстанцијалног права државе порекла одлуке у односу на замољену државу не може да оправда коришћење изузетка.⁶² У овом документу се не наводе примери случајева у којима би одбијање признања због повреде јавног поретка долазило у обзир. Са друге стране, у литератури се помиње да би то могао бити случај, на пример, са одлуком која утврђује обавезу издржавања према биолошком родитељу чија су родитељска права престала због тога што је дете дато на усвајање или са одлуком којом је оваква обавеза установљена према родитељу чије је право на старање претходно повређено незаконитим одвођењем детета.⁶³

Признање и извршење одлуке се може одбити и ако је одлука добијена преваром у погледу правила поступка.⁶⁴ Овај основ одбијања је преузет из Хашке конвенције о признању и извршењу одлука које се односе на обавезе издржавања од 1973. године и нашао је своје место у Конвенцији, пре свега, због схватања да концепт преваре није нужно обухваћен повредом јавног поретка.⁶⁵ Превара у поступку подразумева постојање субјективног елемента на страни субјекта који је издејствовао одлуку: смишљену манипулацију кроз, на пример, подношење лажних доказа или фалсификовање докумената.⁶⁶

Признање одлуке може бити одбијено и ако је у држави признања у току раније покренути поступак између истих странака и са истим циљем.⁶⁷ Ранија литиспенденција пред органом замољене државе је препрека за признање онда када је циљ (сврха) паралелених поступака идентична. То значи да се поступци не морају нужно заснивати на истом правном основу, већ се идентитет спора процењује преко поређења тужбених захтева који су у њима истакнути.⁶⁸

Чињеница да је у замољеној држави донета одлука између истих странака и са истим циљем може такође представљати препреку за признање.⁶⁹

⁶¹ Чл. 22 ст. 1 т. а) Конвенције.

⁶² Вид. А. Borrás, J. Degeling, *op. cit.*, 86, 87.

⁶³ Вид. R. Keith, Ten Things Practitioners Should Know about the Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance, *Family Law Quarterly*, vol. 51, 2/2017, 255-298, 262.

⁶⁴ Чл. 22 ст.1 т. б) Конвенције.

⁶⁵ А. Borrás, J. Degeling, *op. cit.*, 87.

⁶⁶ Вид. M. Verwilghen, *Conventions on Maintenance Obligations (Enforcement – Applicable Law)*, *Explanatory Report*, 1972, параграф 65. Текст доступан на: <https://assets.hcch.net/docs/e35f8994-d57d-4bd8-bb57-f7e6235c524b.pdf>.

⁶⁷ Чл. 22 ст. 1 т. ц) Конвенције.

⁶⁸ Вид. L. Walker, *op. cit.*, 161.

⁶⁹ Чл. 22 ст. 1 т. д) Конвенције.

Исто се односи и на одлуку која је донета у било којој другој држави с тим да, у овом другом случају, одлука органа друге државе мора испуњавати услове за признање у замољеној држави. Из текста одредбе проистиче и да „друга држава“ не мора бити држава уговорница Конвенције.⁷⁰

Повреда права одбране, у поступку који је окончан доношењем одлуке чије се признање захтева, је још један од разлога за одбијање признања.⁷¹ Повреда овог права се, према тексту Конвенције, своди на случајеве у којима тужени није учествовао у поступку у држави порекла одлуке, ни непосредно нити путем заступника.⁷² У таквој ситуацији Конвенција прави разлику између две групе случајева. Прво, у правним системима у којима је лице против којег је одлука донета имало право да буде саслушано пре доношења одлуке, признање може да буде одбијено ако ово лице није уредно обавештено о поступку и није му пружена прилика да у њему учествује.⁷³ Друго, ако право државе порекла одлуке не предвиђа обавештавање туженог о покретању поступка, повреда права одбране наступа ако ово лице није уредно обавештено о одлуци и није имало прилику да је оспори у погледу чињеница или права.

Поштовање права одбране у оба случаја подразумева да је тужени „уредно обавештен“ о покретању поступка или доношењу одлуке. Извештај уз Конвенцију наглашава да уредно обавештење подразумева да је тужени био обавештен тако да му се омогући да реагује на адекватан начин, а не нужно да је достављање одговарајућег писмена туженом било уредно.⁷⁴ На основу тога се може закључити да је постојање уредног обавештења фактичко питање које не зависи од тога да ли је достављање писмена туженом било у складу са одговарајућим прописима. Међутим, сам текст поменутог извештаја је контрадикторан у овом делу, будући да се у њему наводи да поједине државе (оне које акте достављања сматрају актима суверене власти) неће признати одлуке проистекле из поступака у којима достављање лицима на њиховој територији није било извршено на прописан начин.⁷⁵ Када је у питању Србија, свакако би требало узети да тужени који се налазио на нашој територији у време покретања поступка или доношења одлуке о издржавању, није био уредно обавештен у смислу члана 22 Конвенције, ако му достављање судског или административног акта државе порекла одлуке није било извршено у складу са одредбама међународног уговора о достављању на

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Чл. 22 ст. 1 т. е) Конвенције.

⁷² *Ibid.*

⁷³ A. Borrás, J. Degeling, *op. cit.*, 88.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*, 88, 89.

снази између Србије и ове државе.⁷⁶ Ово због тога што се Конвенција не може тумачити на начин који би представљао повреду другог међународног уговора на снази између државе молиће и замољене државе.⁷⁷

Коначно, разлог за одбијање признања одлуке по Конвенцији може представљати и чињеница да је дужник издржавања издејствовао измену претходно донете одлуке о издржавању супротно одредбама Конвенције.⁷⁸ Наиме, у члану 18 је садржана одредба која би требало да пружи заштиту повериоцу издржавања – ако је одлука о издржавању донета у држави уобичајеног боравишта повериоца, дужник издржавања не може покренути поступак за измену ове одлуке у некој другој држави, све док поверилац још увек уобичајено борава у држави у којој је донета одлука.⁷⁹ Ако би дужник ипак успео да издејствује измену одлуке пред судом друге државе, пре него што је поверилац променио своје уобичајено боравиште, егзекватура такве одлуке би могла бити одбијена на основу члана 22 Конвенције.

6. ПОСТУПАК ПРИЗНАЊА И ИЗВРШЕЊА

Једна од најзначајнијих новина предвиђена Конвенцијом је детаљно регулисање процедуре за признање и извршење одлука о издржавању. Циљ ових одредаба је успостављање поступка који је једноставан, брз и не изискује превелике трошкове.⁸⁰ Њима се поверилац издржавања додатно штити од излагања правилима поступка предвиђених националним правом замољене државе, која би могла да изазову значајне тешкоће за ово лице у виду губитка времена или наметања високих трошкова.⁸¹ Ипак, ваља водити рачуна о томе да Конвенција не предвиђа потпуну хармонизацију свих аспеката поступка, те је њоме предвиђено да се, у погледу материје која није регулисана Конвенцијом, на поступак признања и извршења и даље примењују правила држава уговорница.⁸²

Основни поступак је прописан чланом 23 Конвенције. Државе уговорнице имају право да изјаве да ће примењивати алтернативни поступак предвиђен

⁷⁶ Вид., на пример, Хашка конвенција о достављању у иностранству судских и вансудских аката у грађанским и трговинским стварима, Сл. гласник РС – Међународни уговори, бр. 1/2010.

⁷⁷ Вид. Mark E. Villiger, *Commentary of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden/Boston, 2009, 433: “[П]рејшјосіавља се да, ірпılıkом ірпихваіања уіоворних обавеза, уіоворне сііране нису намеравале да делују несаіласно са друіим раније іреузетіим обавезама.”

⁷⁸ Чл. 22 ст. 1 т. ф) Конвенције.

⁷⁹ Чл. 18 ст. 1 Конвенције.

⁸⁰ A. Borrás, J. Degeling, *op. cit.*, 89.

⁸¹ Вид. W. Duncan, *op. cit.*, 324.

⁸² Чл. 23 ст.1 Конвенције.

чланом 24.⁸³ Алтернативни поступак је превиђен, пре свега, као уступак оним државама чије право не познају посебан поступак за признање одлуке (у терминологији Конвенције: поступак у којем се одлука оглашава извршном или региструје за извршење), већ се она упућује непосредно на принудно извршење.⁸⁴ Србија није дала овакву изјаву, те су наши судови везани правилима поступка из члана 23.

Основна особеност поступка је његова експедитивност. Без обзира на то да ли подносилац захтева подноси захтев за признање директно суду или то чини посредством централног органа, суд је дужан да одлучи о захтеву без одлагања.⁸⁵ У овој фази, суд доноси одлуку без учешћа странака, тј. странке немају право на подношење поднесака и приговоре, при чему по службеној дужности суд проверава једино да ли је одлука чије се признање тражи очигледно неспојива са јавним поретком.⁸⁶

О својој одлуци у вези са захтевом за признање, суд је дужан да одмах обавести подносиоца захтева и противника предлагача. Тек у овој фази поступка странке стичу могућност да оспоравају одлуку суда, подношењем приговора или жалбе, у погледу утврђених чињеница или примењеног права.⁸⁷ Рок за оспоравање одлуке је 30 дана од пријема обавештења о одлуци, односно 60 дана, ако странка не борави у држави признања.⁸⁸

Странке могу да оспоравају одлуку због тога што је она донета супротно члану 20 (основи индиректне међународне надлежности) или је присутан један од разлога за одбијање признања из члана 22. Међутим, члан 23 уводи још два основа на које се противник предлагача може позвати да би издејствовао одбијање признања одлуке.

Прво, противник предлагача може да оспорава аутентичност или целовитост исправа које се, према члану 25 Конвенције, подносе заједно са захтевом за признање и извршење.⁸⁹ Овде је реч о случајевима који не спадају у превару у вези са поступком доношења мериторне одлуке у држави порекла, већ се ради о ситуацији у којој је, на пример, текст одлуке измењен или су одређени делови интегралне одлуке избрисани.⁹⁰

Осим тога, противник предлагача може да истиче да је, у случају када се одлука односи на доспела потраживања, дуг већ измирен.⁹¹ У литерату-

⁸³ Чл. 63 Конвенције.

⁸⁴ Вид. L. Walker, *op. cit.*, 169.

⁸⁵ Чл. 23 ст. 2 и 3 Конвенције.

⁸⁶ Чл. 23 ст. 4 Конвенције.

⁸⁷ Чл. 23 ст. 5 Конвенције.

⁸⁸ Чл. 23 ст. 6 Конвенције.

⁸⁹ Чл. 23 ст. 7 т. ц) Конвенције.

⁹⁰ Вид. L. Walker, *op. cit.*, 168.

⁹¹ Чл. 23 ст. 8 Конвенције.

ри се поставља питање неопходности постојања овог услова, будући да је готово искључена могућност да замољена држава дозволи принудно извршење потраживања које је претходно намирено.⁹² Када је у питању домаће право, на пример, Закон о извршењу и обезбеђењу (у даљем тексту: ЗИО)⁹³ предвиђа могућност изјављивања жалбе против решења о извршењу, између осталог, због тога што је потраживање престало да постоји на основу чињенице која је настала у време када извршни дужник није више могао да је истакне у поступку из којег потиче извршна исправа.⁹⁴ Са друге стране, поменута одредба Конвенције је корисна јер спречава додатни губитак времена и настанак трошкова у ситуацији када је јасно да би признање одлуке било практично бескорисно, будући да оваква одлука (извршна исправа) не би могла да буде извршена на основу ЗИО.

Одредбе ЗИО су битне, у корелацији са Конвенцијом, из још најмање два разлога.

Прво, Конвенција садржи тзв. начело максималне ефикасности – она не спречава примену права замољене државе, ако ово право предвиђа шире основе за признање одлука о издржавању, ефикасније и брже поступке за признање и извршење ових одлука или повољније одредбе о правној помоћи.⁹⁵ Одредбе ЗИО изричито предвиђају да поступак извршења може бити покренут директно на основу стране извршне исправе која није претходно прошла поступак признања, при чему тада суд који је надлежан да донесе решење о извршењу одлучује о испуњености услова за признање стране одлуке (стране извршне исправе) као о претходном питању.⁹⁶ Суд је дужан да одлучи о предлогу за извршење у роко од осам дана од његовог подношења.⁹⁷ Приликом оваквог одлучивања о признању, долазила би у обзир примена одредаба ЗРСЗ, будући да овај извор несумњиво садржи шире основе за признање страних одлука о издржавању у односу на чл. 20 Конвенције. Наиме, одредбе ЗРСЗ дозвољавају врло ограничену контролу индиректне међународне надлежности страног суда – одбијање признања одлуке је могуће само уколико је страни суд својим поступањем повредио искључиву надлежност домаћег суда,⁹⁸ која иначе није прописана у споровима о издржавању.⁹⁹ Потребно је водити рачуна о томе да се национални пропис који садржи шире основе за признање ипак не може користити када је реч о одлуци коју је дужник из-

⁹² Вид. L. Walker, *op. cit.*, 167.

⁹³ Сл. Гласник РС, бр. 106/2015.

⁹⁴ Чл. 74 ст. 1 т. 6 Закона о извршењу и обезбеђењу (2015).

⁹⁵ Чл. 52 ст. 2 Конвенције.

⁹⁶ Чл. 46 ст. 2 и 3 Закона о извршењу и обезбеђењу (2015).

⁹⁷ Чл. 64 ст. 1 ЗИО.

⁹⁸ Чл. 89 ЗРСЗ.

⁹⁹ Чл. 67 и 68 ЗРСЗ.

државања исходавао супротно члану 18 Конвенције (измена одлуке о издржавању коју је претходно донео суд уобичајеног боравишта повериоца).¹⁰⁰

У погледу права предлагача да користи бржи и ефикаснији поступак признања и извршења предвиђен националним правом замољене државе, потребно је имати у виду да повољнији поступак свакако мора да буде усклађен са заштитом странака коју обезбеђују поступци прописани члановима 23 или 24 Конвенције, посебно у погледу њиховог права да буду уредно обавештене о поступку, пружања могућности да буду саслушане и у погледу дејстава приговора или жалбе.¹⁰¹

Друго, одредбе ЗИО су од значаја и због чињенице да се сам поступак принудног извршења, према изричитој одредби Конвенције, спроводи према праву замољене државе, ако другачије није прописано Конвенцијом.¹⁰² Већина обавеза које Конвенција намеће државама уговорницама у поглављу које је посвећено извршењу (поглавље VI) дефинисане је на уопштен начин. То је, на пример, случај са начелном обавезом да се извршење спроводи брзо,¹⁰³ са обавезом замољене државе да користи једнако ефикасна средства извршења као и у чисто унутрашњим случајевима¹⁰⁴ или са обавезом држава да сарађују у промовисању најефикаснијих метода за пренос средстава на име издржавања.¹⁰⁵ Конвенција наводи и средства извршења која надлежни орган замољене државе може користити, али то чини примера ради: листа средстава није затворена, нити је одредба обавезујућа.¹⁰⁶ У погледу одредаба које садрже конкретније обавезе држава уговорница, за домаће судове је упутно да воде рачуна о колизионом правилу у вези са правом које се примењује на рок застарелости извршења у погледу заосталих потраживања на име издржавања – рок се одређује према праву државе порекла одлуке или према праву државе њеног извршења, у зависности од тога које од ова два права предвиђа дужи рок.¹⁰⁷

С обзиром на чињеницу да се највећи број питања у вези са спровођењем поступка принудног извршења решава на основу националног права замољене државе, укључујући ту и питање средстава извршења која суду стоје на располагању, потребно је водити рачуна и о евентуалним ограничењима која домаће право прописује у циљу заштите положаја извршног дужника. Једно од тих ограничења се помиње у домаћој доктрини, управо у

¹⁰⁰ Чл. 52 ст. 1 т. а) Конвенције.

¹⁰¹ Чл. 52 ст. 2 Конвенције.

¹⁰² Чл. 32 ст. 1 Конвенције.

¹⁰³ Чл. 32 ст. 2 Конвенције.

¹⁰⁴ Чл. 33 Конвенције.

¹⁰⁵ Чл. 35 ст. 1 Конвенције.

¹⁰⁶ Чл. 34 Конвенције.

¹⁰⁷ Чл. 32 ст. 5 Конвенције.

контексту извршења страних одлука о издржавању.¹⁰⁸ Иако је забрањена ревизија одлуке у меритуму приликом спровођења признања и извршења,¹⁰⁹ корекција досуђеног износа издржавања се нужно врши у поступку принудног извршења на основу императивне одредбе ЗИО која ограничава извршење на заради или пензији дужника до износа од две трећине или чак половине принадлежности.¹¹⁰ Са друге стране, ЗИО садржи и нормативна решења која су усмерена на заштиту интереса повериоца издржавања и управо промовишу остваривање основног циља Конвенције.¹¹¹

7. ЗАКЉУЧАК

Уношење Конвенције у домаћи правни поредак представља значајну новину за српско међународно приватно право. Она је већ сада прихваћена од стране значајног броја држава, те се може основано претпоставити да ће убудуће представљати основни извор који ће домаћи судови примењивати приликом одлучивања о признању и извршењу страних одлука о издржавању. Конвенција регулише признање и извршење одлука на свеобухватан и детаљан начин. То чини механизам утврђен Конвенцијом привлачним за странке али и компликованим за примену. У претходним редовима покушали смо да прикажемо главне карактеристике поменутог механизма и да осветлимо поједина питања која се могу јавити пред судовима из перспективе домаћег правног система. Значајну помоћ у примени Конвенције за судове у Србији могу да представљају и публикације Хашке конференције у вези са овим питањем.¹¹² Још једна карактеристика Конвенције захтева опрезно поступање судова – велики број изјава и резерви које је могуће ставити у погледу појединих делова Конвенције (при чему само неке од резерви имају реципрочно дејство), чињеница да Конвенција не искључује потпуно примену других међународних уговора у овој материји, па ни примену националног права – може учинити компликованим одговор на питање да ли се Конвенција примењује у конкретном случају.

¹⁰⁸ Вид. М. Živković, S. Marjanović, Maintenance Obligations in Serbian Family Law and Private International Law, *Revue Hellenique de Droit International*, vol. 67, 2/2014, 961-988, 987.

¹⁰⁹ Чл. 28 Конвенције.

¹¹⁰ Чл. 258 ст. 1 ЗИО.

¹¹¹ Вид., на пример, чл. 199, 252 и 269 ЗИО – потраживања на основу законског издржавања се приоритетно намирају из средстава добијених продајом непокретних и покретних ствари дужника, као и из његовог новчаног потраживања.

¹¹² Вид., на пример, Practical Handbook for Competent Authorities: the 2007 Hague Child Support Convention, the 2007 Hague Protocol on Applicable Law (Maintenance) and the 2009 European Union maintenance Regulation, October 2013. Водич је доступан на више језика на: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6652&dtid=3>.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- N. de Araujo, The HCC and Maintenance Obligations, у књизи: T. John, R. Gulati, B. Köhler (eds.), *The Elgar Companion to the Hague Conference on Private International Law*, Cheltenham/Northampton, 2020.
- A. Borrás, J. Degeling, *Hague Preliminary Draft Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance*, *Draft Preliminary Report*, August 2007.
- Б. Бордаш, П. Ђундић, Хашки протокол о праву меродавном за обавезе издржавања – најновији извор међународног приватног права Србије, *Зборник радова Правног факултета у Новом Сагу*, бр. 1/2013, том 47, стр. 133-153.
- W. Duncan, The Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance, Comments on its Objectives and Some of its Special Features, *Yearbook of Private International Law*, Volume 10/2008, 313-331.
- R. Keith, Ten Things Practitioners Should Know about the Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance, *Family Law Quarterly*, vol. 51, 2/2017, 255-298.
- E. Long, The New Hague Maintenance Convention, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 57, No. 4, 984-996.
- С. Марјановић, Међународно остваривање издржавања чланова породице – бирајући између Конвенције УН (1956) и Хашке конвенције (2007), *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, LVII, бр. 78/2018, 235-254.
- L. Walker, *Maintenance and Child Support in Private International Law*, Oxford and Portland, 2015.
- M. Verwilghen, *Conventions on Maintenance Obligations (Enforcement – Applicable Law)*, *Explanatory Report*, 1972.
- Mark E. Villiger, *Commentary of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden/Boston, 2009.
- M. Živković, S. Marjanović, Maintenance Obligations in Serbian Family Law and Private International Law, *Revue Hellenique de Droit International*, vol. 67, 2/2014, 961-988.

Petar M. Đundić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
P.Djundic@pf.uns.ac.rs

**Recognition and Enforcement of Maintenance Decisions in
Accordance With the 2007 Hague Maintenance Convention:
on the Occasion of the Beginning of Application of
a New Source of Serbian Private International Law**

Abstract: *Starting from 1 February 2021 Serbia is under an obligation to apply the 2007 Hague Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance. This is a new source introducing significant changes in Serbian private international law. Apart from provisions on administrative cooperation between contracting states' central authorities with an aim to simply and accelerate recovery of maintenance in international context, the Convention contains detailed provisions on recognition and enforcement of maintenance decisions, reasons for its refusal and, which is a particular novelty in comparison to previous international convention, procedural rules that a court of another competent body of the requested state should apply while deciding on the issue. The paper discusses the main features of the recognition and enforcement mechanism established by the Convention and, in particular, certain issues that Serbian courts might face as a result of the interaction between provisions of the Convention and Serbian law.*

Keywords: *recognition and enforcement of foreign decisions, maintenance obligations, the 2007 Hague Maintenance Convention, procedure for recognition and enforcement.*

Датум пријема рада: 12.11.2021.

Датум прихватања рада: 26.01.2022.

Марко Б. Димиријевић
Универзитет у Нишу
Правни факултет у Нишу
markod1985@prafak.ni.ac.rs

Срђан С. Голубовић
Универзитет у Нишу
Правни факултет у Нишу
golub@prafak.ni.ac.rs

О ТЕНДЕНЦИЈИ ОЗЕЛЕЊИВАЊА МЕЂУНАРОДНОГ МОНЕТАРНОГ ПРАВА*

Сажетак: Предмет анализе у овом раду јесте монетарноправна анализа тенденције „озелењавања“ међународног монетарног права које у условима глобалних еколошких изазова у процесу дејојације монетарних норми постоје више „пријатељски“ наведено према очувању природних добара. Поменуто ипак у науци и пракси савременог међународног монетарног права, према мишљењу аутора, није довољно изражено што намеће потребу успостављања цирих ситуација с обзиром на висок степен конзистентности и синтетичко-дијалектичке повезаности између монетарне и еколошке политике на глобалном нивоу. Монетарно право схваћено као целокупност правних норми којима се изражава новчана јединица за деноминацију јавног дуга се традиционално од своје ефикасијности усмерава на заштити монетарне стабилности, монетарне сарадње, и у скорије време, заштити права монетарних корисника који живе унутар граница једне монетарне јурисдикције. У уредној монетарној традицији уочава се последњих година успостављање еколошке надлежности главних монетарних агенција (Европске централне банке и Међународног монетарног фонда) који се постојећено укључују у сложен процес управљања и очувања природних добара. Употребом

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Жан Моне модул за Европско монетарно право- MONELA“, (евиденциони број: 620002-EPP-1-2020-1-RS-EPPJMO-MODULE) суфинансираном из програма Еразмус + Европске уније. Подршка Европске комисије за производњу ове публикације не представља одобрење садржаја који одражава само ставове аутора и Комисија не може бити одговорна за било какву употребу информација садржаних у њој.

дојмайској, аксиолошкој и компаративној правној методу, у раду се указује на главне предности примене постулата међународној монетарној права у решавању еколошких проблема и истовремено идентификује потенцијални правни основ зелене надлежности централних банака. Аутори су става да озелењавање позитивне монетарне легислативе кроз ујемељење нових надлежности централних банака и примену прилагођених традиционалних мера и инструмената монетарне политике може бити веома корисно и целесходно у заокруживању циљева еколошке политике.

Кључне речи: међународно монетарно право, еколошки проблеми, Мрежа за озелењавање финансијској система, *lex monetae*, Евројска централна банка, Међународни монетарни фонд.

1. КРАТАК ОСВРТ НА ПРОМЕНЕ У ПРАВНОМ РЕГУЛИСАЊУ МЕЂУНАРОДНИХ МОНЕТАРНИХ ОДНОСА

У последњој деценији дошло је до квалитативних помака у правном регулисању међународних монетарних односа, како у формалном, тако и у садржинском смислу. Наиме, монетарноправне норме се налазе у неупитном процесу еволутивне дерогације што у монетарној номотехници значи „уплив“ неких нових (не)ортодоксних правних правила која до тада нису била својствена позитивној монетарној легислативи. Нови талас у развоју међународног монетарног права је садржински комплекснији, богатији и интензивнији више него икада раније у монетарној историји.¹ Карактеристике новог таласа најбоље илуструју монетарноправне „закономерности“ попут приоритета секундарних монетарноправних решења наспрам примарних у околностима глобалних финансијских криза, новоутемељене надлежности супранационалних судских инстанци за решавање монетарних и фискалних спорова (попут монетарне и буџетске јурисдикције Европског суда правде), новим ингеренцијама централних банака у јавном монетарном менаџменту, еволуцији концепта монетарног суверенитета и процесу свеобухватне дезинтеграције међународног монетарног права где се право Европске централне банке и право Међународног монетарног фонда издвајају као самосталне научне дисциплине.

Lex monetae у овим новим друштвеним приликама постаје много више од теоријског принципа и добија обележја „драгоценог еколошког и вредносног обрасца“ који позива на успостављање нових институционалних аранжмана и структурних реформи унутар ММФ ради дефинисања правног

¹ Марко Димитријевић, *Институције међународној монетарној права*, Ниш 2018, 188-201.

оквира монетарног управљања који је нормативно и економски ефикасан и ефективан. Са друге стране, присутна је и тенденција консолидовања монетарноправних норми на начин којим се води више рачуна о заштити људских права (у најширем значењу), где се право на здраву, чврсту и стабилну валуту издвајају као посебна категорија социјално-економских права. Овај „људскији“ приступ у одређивању објекта заштите монетарних норми (раније усмереног искључиво на ценовну стабилност и усаглашено монетарно пословање) сада на посредан начин захтева и спровођење детаљних анализа о утицају монетарне легислативе (поготово уговора о јавном дугу) на очување природних добара, јер се средства за сервисирање доспелих обавеза јавног дуга обезбеђују на бази привредних активности и инвестиција у просту и проширену репродукцију које неретко имају дезавуативно и ретрогадно дејство на стање природних добара.

У условима глобалних еколошких проблема све позитивне гране права морају настојати да пруже допринос решавању проблема очувања и заштите природних добара. За разлику од традиционалних грана права, међународно монетарно право као релативно нова правна дисциплина због хибридног карактера монетарних норми ужива одређену квалитативну предност у контролисању поменутих проблема, превасходно, због флексибилности монетарних норми, релативно брзог прилагођавања новонасталим околностима и мањим трансакционим трошковима примене (јер је поступак преговарања и дизајнирања секундарних монетарних правила из уредби, анкеса, програма, правилника и упутстава временски и финансијски мање захтеван од норми чврстог монетарног права садржаних у законима). Мада на први поглед може деловати да монетарна стабилност нема изражене директне везе са еколошком политиком, пракса нам показује да између циљева савремене еколошке и монетарне политике постоји висок степен функционалне и садржинске конзистентности што само говори у прилог тези о „озелењивању“ монетарног права.

2. О ПОТРЕБИ ОЗЕЛЕЊИВАЊА МОНЕТАРНЕ ЛЕГИСЛАТИВЕ

У области међународног монетарног права као хибридне гране права која има обележја научних дисциплина из домена приватне и јавне гране права, захтев за постизањем нормативне ефикасности је веома изражен. Монетарноправна норма има *хејтеројену* природу, јер правна дефиниција новца имплицира и познавање његових економских функција због природне повезаности монетарног са економским правом. Поменута корелација је логична последица вишезначајности појма новца која у циљу заокруживања монетарноправних дефиниција на оптималан начин мора укључити и неке

његове економске функције као мере очувања вредности, средства размене и обрачунског средства.²

Еколошке катастрофе имају директне импликације на монетарну и економску стабилност што је постало нарочито уочиво у околностима ефеката стаклене баште и разарајућих природних непогода. Превенција штете је по правили јефтинија од надокнаде штете која је већ настала услед интензивног индустријског и технолошког развоја.³ Услед тога, теоретичари савременог монетарног права указују на чињеницу да међународно монетарно право не може више бити изоловано од еколошког оквира и да његови главни субјекти попут ММФ, ЕЦБ и Светске банке морају дати свој регулаторни допринос у контроли овог проблема. Практично, то значи да поменути субјекти морају радити на стварању адекватног монетарно-финансијског оквира за контролу еколошких проблема, јер према ставовима и саопштењима са *Конференције Уједињених Нација посвећених њивоини и развоју* (2018), за контролисање ефеката стаклене баште неопходно је повећање зелених инвестиција (како директних, тако и индиректних) на светском нивоу у дијапозану од чак 2.5 милијарди долара у свакој календарској години. Постоји реална и логична потреба за константним унапређењем међународних монетарно-фискалних механизма који омогућавају једноставније и брже одобравање средстава фондова намењених заштити природних ресурса укључујући подстицаје и остале видове подршке лишених сувишних административних захтева и ограничења. У садејству са економским инструментима за заштиту животне средине (попут наканда и пореза који својим ценама одвраћају загађиваче од еколошки неподобних активности) могу дати значајан допринос очувању природних добара.⁴ Улога ММФ и ЕЦБ је у поменутом контексту незаобилазна, јер само њиховим монетарним ауторитетом и деловањем *de lege artis* можемо учинити монетарну политику „пријатељски“ настројену према биодиверзитету.

Важно је истаћи да монетарна политика представља много више од статичког концепта управних активности регулисаних монетарноправном нормом јер је дугорочно усмерена на постизање одрживог привредног раста у најширем контексту.⁵ Надлежност централних банака је динамична категорија и у пракси се мора прилагођавати текућим привредним околностима,

² Steven Gleson, *The Legal Concept of Money*, Oxford University Press 2018, 1-3.

³ Бојан Пајтић, „Правна заштита од штете настала загађивањем животне средине“, *Зборник радова Правног факултета Нови Сад*, вол. LIII, 2 (2019), 427-439.

⁴ Више о еколошким накнадама видети: Цвјетана М. Цвјетковић, Лука О. Батуран, „Улога економских инструмената у управљању отпадном амбалажом за пиће“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, LII, бр. 1(2018), 259-274.

⁵ Herwig C. H. Hofman, *Gauweiler and OMT: Lessons for EU Public Law and European Economic and Monetary Union*, IMF Working Paper No. 19 (2015), 1-5. Судска контрола законитости акција монетарних агената је веома значајна за одржавање монетарне стабилности.

посебно током кризних периода.⁶ Привредне прилике у домаћем и међународном контексту су данас, више него икада раније, условљене еколошким околностима због чега *најлашћавамо* да се постојеће надлежности централних банака не могу егземпларно навести (исцрпети) у само једној монетарно-правној норми, већ се мора оставити нормативног простора (не у смислу класичне правне празнине) за потенцијално утемељење нових надлежности које захтева конкретан економски тренутак. Еколошке неприлике са којима се човечанство данас суочава јесу оправдани разлог за озакоњивање еколошке компоненте у монетарној легислативи и нове ингеренције централних банака. Нове надлежности нису у конфликтном односу са њеним примарним задацима. Према *нашем мишљењу*, нове надлежности само оплемењују и показују централну банку, не само као неприкосновеног субјекта монетарног права, већ и као друштвену институцију која „брани“ праисконску повезаност човека и природе у условима динамичног технолошког прогреса и глобализације финансијских токова. Тај „еколошки“ моменат у преобликовању средстава, инструмента и мера монетарне политике показује да се новим дугорочним циљевима привредног развоја базираног на тржишту капитала (посебно хартија од вредности и осталих финансијских деривата) може стремити уз истовремено неодрицање или игнорисање од егзистенцијалних прерогатива каква је здрава животна средина.

3. НОВЕ ЕКОЛОШКЕ НАДЛЕЖНОСТИ ЦЕНТРАЛНЕ БАНКЕ

Свакако, главни задатак агената монетарног права мора остати очување монетарне стабилности као јавног добра, али се то не може постићи изоловано, нити то може значити нешто у свету у коме не постоје елементарни услови за живот и здравље. Озелењивање монетарне политике и права, на први поглед, можда делује контроверзно, али *морамо најласијти* да је и новоутемељена надлежност централне банке за очување опште финансисјке стабилности и банке зајмодавца у једном периоду европског и англоамеричког монетарног законодавства била апсолутно неприменљива (чак и забрањена одредбама чврстог права). Нове зелене надлежности монетарних субјеката најбоље осликава чињеница да је током 2017. године, 47 националних централних банака приступило тзв. *Мрежи за озелењивање финансијској сисџема* (енг. the Network for Greening the Financial System). На исту тенденцију указује и чињеница да је амандманима на закон о раду централне банке Кине, Холандије и Француске, по први пут, дефинисан појам и категорија

⁶ Иако се питање надлежности примарно уређује актима чврстог монетарног законодавства, секундарна монетарна легислатива све више добија на значају због своје флексибилности.

финансијских ризика који су директно проузроковани климатским променама (а све у циљу спречавања повећаних ризика од покретања поступака попут оног иницираног тужбом инвеститора против централне банке Аустралије).

Несумњиво је јасно да еколошке катастрофе имају директне последице на циљеве монетарне политике и да се више не могу посматрати у изолованим равнима, што је најбоље потврђује потписивање *Париској климатској ујовора* (2015).⁷ Све већи број националних монетарних легислатива у свету уважава потенцијалне утицаје климатских промена на банкарски сектор и сектор осигурања. Такође, у том смислу долази и до промена регулаторне и супервизијске функције централних банка и других националних супервизорских финансијских агенција које постају посредни субјекти еколошке политике. На међународном нивоу, те иницијативе су још уочљивије што доказују и нове надлежности, саопштења и планови главних агената међународног монетарног поретка. Све веће интересовање ММФ и Светске банке за еколошке проблеме и не треба толико да изненађује, јер је сам међународни монетарни поредак изузетно софистициране природе. Данас се под појмом међународног монетарног поретка подразумевају односи који се успостављају између чланица ММФ, али се исти не сме свести само на нормативне елементе *per se*, јер би то онда значило негирање принципа који у себи инкорпорирају и ненормативне елементе на јединствен начин. Проблем са прецизном идентификацијом елемената међународног монетарног права је у томе што су они варијабилне природе, односно њихово значење и смисао се мењају током времена. Поменута флексибилност је веома захвална за уважавање тенденција еволуције концепта *lex monetae* у данашњим околностима.⁸ Недовољна одређеност смисла нормативних елемената је, *према нашем мишљењу*, одраз визионарског и животног корпуса монетарног поретка који се не сме исцрпљивати у коначним правним одговорима јер они данас јамачно не постоје (та неодређеност није знак несавршености, већ неминовне ограничене рационалности монетарног законодавца).

У теорији међународног монетарног права могу се издвојити *џри* типа аргумената који оправдавају нове надлежности централне банке на терену еколошке политике, и то: аргумент финансијског и макроекономског ризика, аргумент тржишне неефикасности и аргумент, који се везује за кредибилитет централних банака у развоју привреде.⁹ Наведени аргументи се изводе

⁷ Доступно на: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement>. Паришки споразум о климатским променама (франц. *Accord de Paris*) је усвојен на 21. заседању Конференције УН о разматрању утицаја климатских промена и околности.

⁸ Marko Dimitrijević, „The Evolving Concept of Lex Monetae in Contemporary European and International Monetary Law”, *Foreign Legal Life*, 4(2019), 81-92.

⁹ The United Nations, *On the role of central banks in enhancing green finance*, The UN Environment Inquiry 2018, 1-4.

из позиције централне банке као чувара финансијске и макроекономске стабилности из разлога што еколошке катастрофе имају озбиљне последице по ценовну стабилност путем утицаја на висину цене хране и енергената на светском тржишту.

Концепт централног банкарства који уважава еколошке прилике (тзв. *зелено централно банкарство*) се заснива на систему у коме централна банка у свом раду уважава и узима у обзир релевантне еколошке ризике приликом обликовања и усвајања монетарне стратегије (нарочито ризике скопчане са климатским променама) који имају материјални утицај на доношење краткорочних и дугорочних макроекономских одлука и развој финансијског сектора.¹⁰

У теорији монетарног права се прави разлика између *директне* и *индиректне* улоге централне банке у реализацији циљева еколошке политике. *Директна* улога одговара подстицању зелених инвестиција и озелењавања домаћег економског система, док *индиректна* улога одговара укључивању еколошких фактора у традиционалне монетарне стратегије.¹¹ *Смањено* да је стицање нових зелених надлежности централне банке у потпуности оправдано, јер централна банка представља много више од класичне монетарне институције. С обзиром на чињеницу да ризици за животну средину могу имати квантитативан материјални утицај на укупну економску стабилност, све већи број централних банака у различитим монетарним јурисдикцијама почео је да развија специфичне микробонитетне и макробонитетне оквире који укључују ризике повезане са климатским променама и животном срединам. Централна банка је институција *sui generis* која у условима глобализованих економских и финансијских токова стално стиче нове надлежности у циљу гарантовања монетарне и финансијске стабилности. Тенденција „озелењавања“ традиционалних монетарних инструмената све више је заступљена, како на терену микропруденције, тако и макропруденционе политике коју централне банке воде. Ради се о примени захтева за транспарентношћу података, захтева за обавезним резервама и стандардима за управљање ризиком који уважавају еколошке прилике и на тај начин доприносе смањењу ризика на финансијском и банкарском тржишту.

У тржишној пракси се сусрећу *три* различите врсте ризика кроз које климатске промене могу утицати на финансијске системе: *транзициони ризик*, *физички ризик* и *ризик од одговорности*.¹² Транзициони ризик описује

¹⁰ Simon, Dikau, Volz Ulrich, *Central Banking, Climate Change and Green Finance*, ADBI Working Paper Series 2018, 1-10.

¹¹ Franck Dafe, Volz Ulrich, *Financing Global Development: The Role of Central Banks*, Bonn: Deutsches Institut für Entwicklungspolitik 2015, 1-2.

¹² Mark Carney, “Breaking the Tragedy of the Horizon – Climate Change and Financial Stability”, Speech given at Lloyd’s of London, 29 September, www.bankofengland.co.uk/publications/Pages/speeches/2015/844.aspx.

неизвесност повезану са променама цена и вредности добара и услуга које се могу догодити у процесу ублажавања климатских промена и смањења емисије угљендиоксида. Физички ризик подразумева ризик од природних опасности (попут поплава, пожара и олуја) које могу проузроковати директну штету привреди, док ризик одговорности описује климатске или еколошке ризике који настају због неизвесности у вези са потенцијалним финансијским губицима и захтевима за накнаду штете који проистичу из штете изазване климатским променама (тзв. еколошке хазарде).

Централне банке могу располагати потенцијално великим бројем инструмената који утичу на алокацију капитала за зелене инвестиције, али од њих не би требало тражити да ураде све што могу на терену еколошке политике, јер та њихова надлежност не може бити екстензивно тумачена. Потребно је одредити праву мере еколошке одговорности за централне банке која не сме бити претерано наглашена, јер као што то више пута напоменули, основни задатак централне банке остаје монетарна стабилност. Анализирајући постојеће мандате централне банке (који се разликују међу земљама и монетарним регионима) уз пуно уважавање фактора традиције, нужно се намеће питање организовања јавне и транспарентне расправе о томе у којој мери централне банке треба да подржавају политике одрживог развоја својих влада. Исходи таквих дискусија вероватно ће се разликовати у различитим земљама и зависеће и од институционалног наслеђа и реакција грађана на потенцијалне „нове“ надлежности. Ова чињеница је највише уочива на нивоу права ЕУ и међународним монетарним приликама које указују на чињеницу да данашње централне банке на својеврстан начин стварају сопствено право које постоји паралелно са комунитарним правом ЕУ и међународним правним корпусом. То најбоље доказује формирање *Мреже за озелењавање финансијског система*, која представља облик меке координације усклађивања монетарне и фискалне политике са вредностима еколошке политике (назовимо га *ecofriendly monetary-fiscal policy mix*). Овај координациони механизам се базира на размени добре праксе и информација у постизању одрживог привредног раста.

У децембру 2017. године, ЕЦБ је заједно са британском, француском, белгијском, шпанском и холандском централном банком оформила поменути Мрежу, која тренутно броји 47 чланова (централне банке и друге финансијске институције). Ова мрежа представља једну од најутицајнијих иницијатива озелењавања монетарне легислативе до данас, јер окупља најугледније монетарне и регулаторне институције под декларисаним заједничким циљем подршке транзицији ка „зеленијим“ економијама. Циљеви Мреже би се, хипотетички, могли укључити у рад постојећих међународних регулаторних тела ради обogaћивања постојећих надлежности еколошким димензијама. Разнолико чланство унутар Мреже омогућава блиску координацију између

различитих текућих међународних иницијатива о питањима од заједничког интереса. У том циљу, Мрежа успоставља и негује блиске контакте са сличним субјектима попут тзв. *Мреже одрживої банкарсїтва* (енг. Sustainable Banking Network), *Форумом одрживої осїурања* (енг. the Sustainable Insurance Forum) и недавно покренутом *Мрежом одрживих финансија* (енг. Sustainable Finance Network).¹³

Циљеви *Мреже* се односе на вршење микропруденционе супервизије, макропруденционе супервизије и подстицање и усмеравање зелених инвестиција (где се банкарски кредити и порески инвестициони кредити могу јавити као подесни инструменти монетарне и фискалне политике за њихово остваривање). Смисао обављања микропруденционог надзора лежи и у препознавању тренутне праксе надзора, подстицању откривања ризика повезаних са климом и дефинисању разлика у финансијском ризику између „зелене“ и „браон (схваћене у контексту уобичајене)“ имовине. Вршење макропруденционог надзора тиче се одређивања утицаја климатских ризика на економију на агрегатном нивоу (нивоу државе) у редовним околностима (с тим што се посебна пажња посвећује утицају тзв. ванредних околности проузрокованих еколошким катастрофама и непогодама).

Генерално посматрано, задаци централних банака унутар Мреже се традиционално односе на ценовну стабилност, општу финансијску стабилност и усаглашавање домаћег фискалног оквира са међнародним финансијским стандардима. Иако је главна одговорност за осигурање успеха *Паришкої сїо-разу* на владама, на централним банкама и супервизорима је да обликују и изврше своју нову „еколошку“ улогу у благовременом и планираном суочавању са климатским ризицима у оквиру свог мандата. Већ у првим годинама свог деловања, *Мрежа* је усвојила *шесїй їреїорука* упућених централним банкама, ревизорским телима, креаторима јавних политика и другим финансијским институцијама ради бољег испуњавања еколошких стандарда у свом пословању. Препоруке, наравно, нису правнообавезујуће, али се у пракси поштују због снаге својих моралних компоненти које произлазе и ауторитета агената који их је усвојио. Препоруке се односе на следеће области: интегрисање климатских ризика у праћење финансијске стабилности и микро пруденционог надзора, интегрисање фактора одрживости у управљање сопственим портфељем акција, премошћавање празнина у подацима, јачање свести и интелектуалних капацитета кроз подстицање техничке помоћи и размене знања, постизање робусне и међународно конзистентне климатске и еколошке политике, као и откривање и пружање подршке развоју таксономије економских активности.¹⁴

¹³ Network for Greening the Financial System, A Call for Action Climate Change as a Source of Financial Risk, Executive summary, First comprehensive report, 2019, 1-10.

¹⁴ *Ibid.*

Субјекти међународног монетарног права имају секундарни задатак на терену еколошке политике, али је практични ефекат њиховог деловања веома важан. У том смислу треба истаћи велики допринос британске централне банке у промовисању везе између монетарно-фискалне и еколошке политике. Ту чињеницу најбоље доказује формирање посебног истраживачког одељења британске централне банке које се бави анализом и праћењем трендова у вези са климатским променама и зеленим финансијама. Британска банка је, такође, укључена у бројне међународне иницијативе које се тичу подстицања зелених инвестиција и редовни је учесник форума организованих од стране посебне групе Г20 за еколошка питања. Пример добре праксе, између осталог, јесте и ирска централна банка која у наредном периоду планира да у своју монетарну стратегију укључи проблем ширења загађења проузрокованог претераном емисијом угљеника, јер он све више постаје детерминанта макроекономских резултата.¹⁵ У свом плану за 2019-2021, ирска централна банка је детаљно анализирала све импликације климатских промена на финансијски систем како би на време припремила инструменте монетарно-кредитне и фискалне политике усмерених на заштиту потрошача и подизање степена отпорности домаћег финансијског система.

4. ДОПРИНОС ММФ И ЕВРОПСКЕ ЦЕНТРАЛНЕ БАНКЕ У РЕШАВАЊУ ЕКОЛОШКИХ ПРОБЛЕМА: *ЗЕЛЕНИ LEX MONETAЕ*

Монетарно право ЕУ као посебно значајна грана права за функционисање јединственог тржишта налази се у процесу константног еволуирања што се огледа у новелирању постојећих монетарноправних норми, принципа и вредности усмерених на реализацију јединствене монетарне стратегије уз истовремено очување угледа националних монетарних јурисдикција. ЕЦБ јесте главни субјект у том процесу, али, истовремено, и незаобилазни тумач и арбитар у решавању потенцијалних недоумица везаних за оптималну примену наднационалног *lex monetae*.¹⁶ Њене класичне функције утврђене одредбама чврстог монетарног законодавства (оснивачких аката ЕУ) временом су надограђене неким новим надлежностима које представљају одговор науке савременог монетарног права на изазове који су се појавили у сфери монетарних и банкарских финансија, те као такве имају свој правни

¹⁵ Philip Lane, „Climate Change and the Irish Financial System”, *Economic Letter* 2019 (1), 1-10.

¹⁶ *Lex monetae* је најважнији прерогатив државе који проистиче из монетарног суверенитета и односи се на право штампања и дефиниисања новца које је данас делегирано централној банци.

основ у одредбама секундарног монетарног законодавства.¹⁷ Нове регулаторне надлежности Европске централне банке јесу најбољи доказ незаменљивог доприноса ове институције у управљању „кооперативним монетарним билем ЕУ“ и реализације задатака наднационалне банкарске политике, како у условима регуларних економских токова, тако и у условима криза што се огледа у *санационом* (*йревенїивном*) делу, али и у *корективном* делу усмереним на умањење последица насталих привредних поремећаја по рад банака, осталих финансијских посредника и права њихових клијената.

У околностима глобалних еколошких проблема дошло је до еволуције задатака ЕЦБ која као чувар монетарног суверенитета и финансијског легитимитета у Европској економској и монетарној унији (ЕМУ) мора дати одређени допринос у решавање еколошких проблема. На овом месту, *морамо имаџи* у виду чињеницу да се надлежност ЕЦБ не може посматрати као *стабилничка категорија*, јер се у пракси неретко морала модификовати актуелним приликама (кризама) и притом добијала нове димензије утврђене актима секундарне легислативе. Еколошке катастрофе које одговарају претходно објашњеним ризицима по финансијску и монетарну стабилност јесу пример таквих кризних момента. Нове мере ЕЦБ усмерене су на сузбијање прилика за вршење финансијског криминалитета, пуна реализација активне и пасивне процесне легитимације (монетарноправни спорови) то најбоље потврђују, јер је до недавно позиција ЕЦБ на овом месту била тек *секундарна* (*йосредна*), али постаје јасне назнаке за концентрацијом нових надлежности услед којих ће ЕЦБ постати далеко активнија на том плану.¹⁸ Сходно наведеним променама регулаторне надлежности ЕЦБ није тешко замислити и већу концентрацију надлежности на терену еколошке политике.

ЕЦБ (пored ММФ) јесте примарни субјекат међународног и европског монетарног права, где се дилеме у вези са (не)постојањем надлежности за усвајање одређених аката, односно, све учесталији монетарни спорови окончавају у њену корист што потврђује тезу да ЕЦБ никако не може бити агент Европског парламента у реализацији централизоване монетарне политике, већ напротив *actor primus*.¹⁹ Када је у питању правни мандат ЕЦБ да активније учествује у решавању еколошких проблема, он би се могао наћи у одредбама примарних уговора. Наиме, сходну чл 4. *Мастрихтској уговора* експлицитно је утврђено да „без прејудуцирања свог примарног циља, ЕЦБ подржава

¹⁷ Срђан Голубовић, *Европска монетарна унија – Институционални аспекти*, Ниш 2010, 49-50.

¹⁸ Rosa Maria Lastra, *International Monetary and Financial Law*, Oxford University Press 2015, 11. Упореди са: Christoph Hermann and Corina Dornacher, *International and European Monetary Law – An Introduction*. Springer 2017, 5.

¹⁹ Европски суд правде је независност ЕЦБ потврдио у случају OLAF (Case C-62/14) и OMT Case. Суд је заузео становиште да се ради о лимитираној, не апсолутној независности.

опште економске политике Уније, које укључују висок ниво заштите и побољшање квалитета животне средине, и налаже да се захтеви заштите животне средине интегришу у дефиницију и примену политика и активности Уније“. ЕЦБ, делујући у границама својих овлашћења настоји да створи услове и пружи општу подршку за постепени прелазак ка нискокарбонској економији (привреди), кроз дефинисање правила игре и подршку монетарним реформама.

Приметно је да ЕЦБ снажно подржава текући рад на разним међународним и европским форумима усмерен на идентификовање „производних цена климатских промена“ и транзиционих ризика кроз истовремено промовисање преоријентације финансијских токова ка одрживим и здравим инвестиционим производима. Поред тога, ЕЦБ је делегирала право гласања својим пуномоћницима за капиталне инвестиције на шта се и обавезала сходно принципима Уједињених нација за одговорно инвестирање. Такође, ЕЦБ тренутно разматра утврђивање најбољег могућег сценарија за куповину зелених обвезница од великог броја квалификованих издавалаца (све док то неће утицати на структуру и ликвидност тржишта).²⁰

Озелењавање монетарне политике од стране ЕЦБ мора бити спроведено на независној основи. Ова независност намеће питање гарантовања функционалне независности централних банака, а не само институционалне, финансијске и административне независности. Поменуто подразумева јасну демаркацију задатака централног банкарства од политичког утицаја (односно, његово смањење), већу транспарентност у раду и приближавање поља њеног деловања грађанима, као и стицање специјализованих знања из домена монетарног права које учесницима у судском поступку помажу при расветљавању монетарноправног чињеничног стања.²¹

Када је реч о позицији ММФ у еколошкој политици, треба напоменути да је још приликом припремања *Самитија о Планети Земљи* у Рио де Жанеиру (1998), ММФ разматрао питање своје надлежности на терену еколошке политике. Сви програми финансијске подршке које је ММФ до тада одобравао су поред спровођења економских реформи (који се тичу девизног курса и пореског система) садржали и *йосебну клаузулу* која се тичала рационалнијег коришћења производних ресурса у циљу избегавања стварања велике количине индустријског отпада. Истовремено, ММФ је у својим извештајима

²⁰ У том светлу, ЕЦБ тренутно располаже са 24 процента укупних зелених обвезница које су глобално емитоване (чија је вредност процењена на 48 милијарди евра). Управо овај податак на најбољи могући начин илуструје приврженост ЕЦБ принципима зелене економије.

²¹ Више о потреби гарантовања функционалне самосталности централне банке у: Joseph Gold, *Legal and Institutional Aspects of the International Monetary System – Selected Essays*, Vol. I. Columbia Press 1979, 11 и *Interpretation: The IMF and International Law*, Kluwer Law International 1997, 1-8.

о спровођењу програма опоравка указивао на еколошке проблеме који су настали услед неуспешне примене одговарајућих мера и средстава економске политике у свим својим сегментима због чега у последње време веома инсистира на тзв. *еколошком дијалоју* (поготово када се ради о одобравању зајмова државама чланицама Фонда). Питање постојања правног мандата ММФ за решавање еколошких проблема било је врло евидентно приликом предлагања формирања тзв. *Зеленог фонда за решавање климатских шокова у Африци* (енг. The IMF Green Fund for resolving climate-related shocks in Africa) са намером да се унутар Фонда формира капитал намењен решавању овог проблема путем коришћења специјалних права вучења.²²

У пракси, одобравање финансијске подршке од стране ММФ-а државама чланицама не укључује испуњење услова који се тичу заштите животне средине.²³ Условљавање је, у основи, остало повезано са решавањем проблема платног биланса земље чланице и са краткорочним решавањем узрока њене макроекономске нестабилности.²⁴ Веза између ММФ-а и бриге за животну средину односи се на његове задатке у области заштите људских права, јер сваки човек има право на здраву и безбедну животну средину. Ово право је предуслов за успешну примену свих осталих социјалних, економских и пореских права. У околностима када се ММФ појављује као главни поверилац у политици јавних зајмова, то је важно нагласити, јер је ММФ првенствено монетарна, па тек онда финансијска институција. Да би остварио своје задатке на терену монетарне сарадње, Фонд користи различите регулаторне инструменте и тако утиче на начин спровођења монетарног суверенитета. Свакако, заштита људских права није предметно и аскиолошки регулисана процесним одредбама о раду ММФ-а, јер то није његов примарни задатак.²⁵ Такође, одсуство директног залагања Фонда у области заштите људских права проистиче из принципа забране мешања у (домаће) политичке прилике утврђене нормама међународног јавног права.²⁶

Иако Фонд, формално правно, није субјект са примарном јурисдикцијом у заштити животне средине, његова монетарна власт има директне последице

²² IMF Green Fund for Climate Change Financing, IMF Survey 2010, 9-10.

²³ Ved P. Gandhi, *The IMF and the Environment*, Pamphlet Series 1998, 1-2.

²⁴ Joseph J. Joyce, *The IMF and Global Financial Crises*, Cambridge University Press 2012, 1-6.

²⁵ Савремени концепт људских права се између осталог ослања и на гарнтовање тзв. природних права (где према нашем мишљењу спада и право на чврсту домаћу валуту) и дискурсе о људским правима са јасном призвук, етике, филозофије и политике са својим различито нијансираним идиомима. Више у: David Boucher, *The Limits of Ethics in International Relations, Natural Law, Natural Rights and Human Rights in Transition*, Oxford University Press 2009, 360-361.

²⁶ Више о вези људских права и монетарних институција видети: Skogly I. Sigrun, *The Human Rights Obligations of the World Bank and the International Monetary Fund*, Cavendish Publishing 2001, 189-190.

на заштиту националних природних ресурса, што се најбоље види у случају политике јавног дуга (зајма) где се данас појављује као главни поверилац. На овом месту, *морамо указати* на чињеницу да програм отплате јавног зајма државе чланице утиче на природно окружење, јер су природни ресурси главни производни ресурс. Последњих година ММФ развија *мултилатералне програме* са Светском банком на пољу еколошке политике, посебно у области процене климатских промена. Такође, ММФ нуди своју подршку и одговарајућу експертизу радећи са Мрежом централних банака и супервизора за озелењавање финансијског система. Такође, ММФ подстиче централне банке и финансијске регулаторе да развију тзв. „*тесисове ојџорносџи на сџипрес*“ у вези са климом, како би се идентификовао конкретан утицај озбиљног неповољног шока условљеног климатском променом на солвентност финансијских институција и стабилност финансијског система. У све учесталијим студијама са таквом проблематиком, ММФ указује се на то „да ће бити потребна пажљива калибрација (подешавање и мерење) стресног тестирања на климатске промене, јер такво тестирање захтева процену ефеката шокова или политичких акција које могу имати мало историјског преседања“.²⁷ Управљање животном средином, дефинише се као посебан концепт у политичкој екологији и политици заштите животне средине који заговара развој који је најважнији за управљање свим људским активностима.²⁸ Као један од субјеката који учествују у поменутом управљању јавља се ММФ, где се савим извесно може очекивати његова активнија улога на овом плану у скорој будућности.

5. ЗАКЉУЧАК

Међународно монетарно право као релативно млада грана права несумњиво може пружити допринос у решавању и контроли еколошких проблема узимајући у обзир флексибилност његових норми и нове тенденције у развоју дискурса за нормативно регулисање монетарних трансмисионих механизма, што опет упућује на неискоришћен потенцијал на том плану. Иако главни задатак субјеката међународног монетарног права никада не може бити брига о заштити животне средине, то не значи да они не требају предузимати никакве активности на том пољу. Наравно, њен задатак у овом контексту никада не може бити примаран, али то не значи да треба од њега одустати, јер *смо мишљења* да и најмањи допринос на терену регулисања еколошких проблема може у кохезији са свим осталим било великим или

²⁷ Kristalina Georgieva, „The Adaptive Age”, *Finance & Development* 56 (2019), 20–21.

²⁸ Haque Mahfuzul, „Environmental Governance”, In: *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy and Governance* (ed. A. Farazmand), Springer 2017, 2–4.

мањим доприносима коначно успоставити преко потребну равнотежу у употреби ових осетљивих ресурса у сваком друштву данас (то само говори о комплексности проблема и великим изазовима који се постављају пред законодавцима у свету, а само се синергијом и удруженим снагама може допринети решавању проблема на оптималан начин што се мора узети у обзир од стране креатора јавних политика).

Одређене активности монетарних агената се морају предузимати преваходно због чињенице да су монетарна и еколошка политика конститутивни елементи опште економске политике и да међу њима постоји висок степен синтетичко-дијалектичке повезаности. Тенденција озелењивања монетарне јурисдикције ММФ, Светске Банке и Европске централне банке не мора представљати контроверзно питање, јер су у условима глобализације економских токова и глобалне финансијске кризе поменути субјети већ стекли неке нове фискалне надлежности који више потпадају под надлежност фискалне политике, а не економске. Хибридизација надлежности главних субјеката међународног монетарног права проистиче и из њихове укључености у систем глобалног еколошког управљања и као таква не представља сметњу у имплементацији базичних монетарних таргета. Иако су студије о вези монетарне политике и еколошких проблема још увек у раној фази развојка, битно је напоменути да главни субјекти међународног монетарног права увећавају своје напоре ка јаснијем идентификовању узрочно-последичних механизма који ће у будућности послужити као потенцијални разлог за усвајање зеленог монетарноправног оквира.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Бојан Пајтић, „Правна заштита од штете настала загађивањем животне средине“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, вол. LIII, 2 (2019), 427-439.
- Цвјетана М. Цвјетковић, Лука О. Батуран, „Улога економских инструмената у управљању отпадном амбалажом за пиће“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, LII, бр. 1(2018), 259-274.
- David Boucher, *The Limits of Ethics in International Relations, Natural Law, Natural Rights and Human Rights in Transition*, Oxford University Press 2009.
- Case C-62/14, Gauweiler and Others v Deutscher Bundestag, ECLI: EU: C: 2015:400.
- Dafe, Franck, and Volz, Ulrich. (2015). *Financing Global Development: The Role of Central Banks*. Bonn: Deutsches Institut für Entwicklungspolitik (DIE).
- Dikau Simon, Volz, Ulrich, *Central Banking, Climate Change and Green Finance*. ADBI Working Paper Series, 2018.
- Marko Dimitrijević, *Institucije međunarodnog monetarnog prava*. Niš: Centar za publikacije i izdavaštvo Pravnog fakulteta, 2018.
- Marko Dimitrijević, „The Evolving Concept of Lex Monetaria in Contemporary European and International Monetary Law“, *Foreign Legal Life* 4(2019), 81-92.

- Mark Carney, “Breaking the Tragedy of the Horizon – Climate Change and Financial Stability”, Speech given at Lloyd’s of London, 29 September, available at: www.bankofengland.co.uk/publications/Pages/speeches/2015/844.aspx.
- Kristalina Georgieva, „The Adaptive Age”, *Finance & Development* 2019, 56 (4), 20–21.
- Steven Gleson, *The Legal Concept of Money*, Oxford University Press 2018.
- Joseph Gold, *Legal and Institutional Aspects of the International Monetary System – Selected Essays, Vol. I*. Washington: Columbia Press 1979.
- Joseph Gold, *Interpretation: The IMF and International Law*, London. The Hague & Boston: Kluwer Law International 1997.
- Srđan Golubović, *Evropska monetarna unija – Institucionalni aspekti*. Niš: Centar za publikacije i izdavaštvo Pravnog fakulteta 2010.
- Haque, Mahfuzul, „Environmental Governance.” In *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy and Governance*. ed. A. Farazmand, Munich: Springer 2017.
- Hermann Christoph, Dornacher Corina, *International and European Monetary Law – An Introduction*. Munich: Springer 2017.
- Hofman C.H. Herwig, *Gauweiler and OMT: Lessons for EU Public Law and European Economic and Monetary Union*. IMF Working Paper, No. 19 (2017).
- IMF Green Fund for Climate Change Financing, IMF Survey, 2010.
- Joyce, J. Joseph, *The IMF and Global Financial Crises*. Cambridge: Cambridge University Press 2012.
- Philip Lane, „Climate Change and the Irish Financial System”, *Economic Letter* 2019 (1), 1–10.
- Maria Rosa Lastra, *International Monetary and Financial Law*. Oxford: Oxford University Press 2015.
- Network for Greening the Financial System. 2019. A Call for Action Climate Change as a Source of Financial Risk, Executive summary First comprehensive report, https://www.ngfs.net/sites/default/files/medias/documents/synthese_ngfs2019__17042019_0.pdf
- OMT Case, BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 –, Rn. (1–220), http://www.bverfg.de/e/rs20160621_2bvr272813.html.
- Skogly I. Sigrun, *The Human Rights Obligations of the World Bank and the International Monetary Fund*, Cavendish Publishing 2001.
- The United Nations, *On the role of central banks in enhancing green finance*, The UN Environment Inquiry 2018.
- Ved, P. Gandhi, *The IMF and the Environment*. Washington D. C: Pamphlet Series 1998.

Marko B. Dimitrijević
University of Niš
Faculty of Law Niš
markod1985@prafak.ni.ac.rs

Srđan S. Golubović
University of Niš
Faculty of Law Niš
golub@prafak.ni.ac.rs

About the Tendency of Greening of International Monetary Law

Abstract: *International monetary law as a relatively young branch of law can undoubtedly contribute to solving and controlling environmental problems, taking into account the flexibility of legal norms and new tendencies in the development of discourse and normative regulation of monetary transmission mechanisms, which again points to untapped potential. A great contribution can be expected from the IMF, which in the recent period has been paying close attention to the issue of control of use and preservation of green production factors, where the need for rational use appears as their imperative in every sense, which can be read at conferences dedicated to this issue. Also, the European Central Bank is considering its potential contribution in the field of monetary policy in this context, because the legal basis for the coordination of environmental policy is present in Art. 4 of the Treaty on European Union, which explicitly establishes its competence to support and develop the general economic policy of the member states of the Union. Of course, its task in this context can never be primary, but that does not mean that it should be given up, because we think that even the smallest contribution in the field of environmental problems can certainly be established in cohesion with all other large or small contributions. the necessary balance in the use of these fragile resources in every society today (this only speaks of the complexity of the problems and the great challenges facing legislators in the world, and only cohesion and joint efforts can contribute to solving the problem in an optimal way that must always be taken into account. Although the main task of subjects of international monetary law can never be to take care of the environment, this does not mean that they should not undertake any activities in this field.*

Certain activities of monetary agents must be undertaken primarily because and monetary and environmental policy constitutive elements of general economic

policy and yes there is a high degree of synthetic dialectical connection between them. The tendency to green the monetary jurisdiction of the IMF, the World Bank, and the European Central Bank does not have to be a controversial issue, because, with the conditions of globalization of economic flows and the global financial crisis, these entities have already acquired some new fiscal competencies. The hybridization of the competencies of the main subjects of international monetary law also results from their involvement in the system of global environmental management and as such does not represent an obstacle in the implementation of basic monetary targets. In this context, the activity of the European Central Bank in undertaking activities in considering environmental risks to general economic stability and activities that increase the level of general environmental awareness is especially important. Although studies on the relationship between monetary policy and environmental issues are still at an early stage of development, it is important not to mention that the main subjects of international monetary law are increasing their efforts and clearer identification of causal mechanisms that will serve as a potential reason for adopting an eco-friendly monetary framework.

Keywords: *international monetary law, environmental problems, Financial System Greening Network, lex monetae, European Central Bank, International Monetary Fund.*

Датум пријема рада: 03.10.2021.

Датум достављања коначне верзије рада: 13.10.2021.

Датум прихватања рада: 17.01.2022.

Dragana S. Čvorović

University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade

dragana.cvorovic@kpu.edu.rs

INVESTIGATIVE DIVERSION IN THE HUNGARIAN CRIMINAL PROCEDURE SYSTEM

Abstract: *The Act XC of 2017 on Criminal Procedure, which entered into force on 01 July 2018, contains significant reforms regarding investigation in criminal proceedings in Hungary. The legislation is a bold undertaking to improve the efficiency of criminal proceedings by reinterpreting the relationship between prosecution and the investigative authority, vertically separating investigations, and integrating diversionary possibilities into analyzes. It aims to overcome the weaknesses of the current system by clearly defining the procedures of responsibility for investigations and by dealing with the more uncomplicated „trivial” cases at the discovery stage. In the paper, the author provides an overview of the provisions of the Hungarian Criminal Procedural Act that are closely related to investigations, with a particular emphasis on the possibilities of diversion and the open questions that arise in this context and that are left to case law to elaborate.*

Keywords: *investigation, suspension, diversion, principle of opportunity*

1. INTRODUCTION

The question rightly arises as to why it is necessary to integrate diversion possibilities into the investigative phase. What makes the legislator think the existing institutions will operate in practice with significantly greater effectiveness by broadening the scope for diversion by the police process than in the prosecution phase. On reflection, no doubt bringing diversionary options (summary, opportunistic forms of procedure) forward from the intermediate stage of the prosecution phase to the conclusion of the investigation phase is intended to avoid subsequent procedural and, above all – lengthy and complex evidentiary acts. In some instances, with the victim's involvement, the prosecution and the defense can

already reach an agreement during the inquiry into how the criminal proceedings should be concluded. This solution may render the indictment itself and its alternative solutions unnecessary. In a less formalized framework, the proceedings can be completed in a way acceptable to the parties, while the damage caused by the crime and the costs of the proceedings are settled.

DEFINITION AND PROCEDURAL ROLE OF DIVERSION

Divergence is derived from the Latin word ‚divertere,’ which means to deviate. Divergence was first used in justice in the United States of America in the 1960s concerning juvenile offenders. Diversion means moving something from one position to another.¹ It is used in this ordinary sense, but what does this diversion mean in criminal justice? “Diversion means the non-criminal disposition of a criminal case. Put another way, diversion is a summary name for ways of diverting from the usual ‘stages’ of criminal proceedings.”² Burgstaller’s interpretation also focuses on this aspect of diversity, i.e., removing less severe offenses by more minor dangerous offenders from the formal process and their disposition through informal means outside the criminal law.³ The dominant purpose of diversion is to forgo further prosecution after a formal finding of a norm violation. Above all, the diversion strategy is about the possibility of resolving norm violations by means other than the criminal law, in some cases by dispensing with the formal framework of the procedure and dealing with them informally through social control instruments and alternative programs.⁴ While in a broader sense, diversion implies a departure from the formal criminal procedure path, in a narrower sense, it also means developing a criminal sanctioning system that provides a departure from traditional forms of punishment. It tends to sanction more weakly the forms of behavior that are threatened with discipline, which is due to the underlying approach that emphasizes punitive forms of discipline with a repressive retributive system as opposed to preventive punishment with a preventive character.⁵

¹ Sztaki, 2019, Available at: http://szotar.sztaki.hu/search?fromlang=all&tolang=all&searchWord=diversion&langcode=hu&u=0&langprefix=&searchMode=WORD_PREFIX&viewMode=full&ignoreAccents=1

² Barabás Andrea Tünde, *Börtön helyett egyezség? Mediáció és más alternatív szankciók Európában*, Budapest, KJK-KERSZÖV Jogi és Üzleti Kiadó Kft, 2004, pp. 60

³ Burgstaller Manfred, *Perspektiven der Diversion in Österreich aus der Sicht der Justiz. Perspektiven der Diversion in Österreich, Interdisziplinäre Tagung vom 27 bis 29 April in 1994 in Innsbruck*, Bundesministerium in Justiz, Wien, 1995, pp. 11

⁴ Kaiser Günther, *Role and Reactions of the Victim and the Policy of Diversion in Criminal Justice Administration*. (From criminology between the rule of law and the outlaws. 1956, by c w g jasperse, – see ncj-38200), Kluwer Bv. Stromarkt 8, Deventer Holland, Netherlands, 1976, pp. 14

⁵ Walter Michael, *Wandlungen in der Reaktion auf Kriminalität (Hamburger Antrittsvorlesung)*. ZStW 95, 1983, pp. 34

Diversion is therefore closely related to alternative sanctions, which are sanctions to be applied in criminal proceedings to replace imprisonment, again to avoid the adverse consequences of this punishment, as already mentioned. This could be called the criminological purpose of the diversion by criminologists.⁶ Heinz has conducted a comparative analysis of the recidivism rates of a group of young people who were traditionally sentenced and diverted in the diversion form in ordinary everyday cases. The interpretation of his research is that the positive preventive benefits of a well-chosen treatment approach are predictable.⁷ In 1982, the number of people sentenced to imprisonment in Germany was 69% of all sanctions, but in 2000 it had fallen to 6.3%, while the proportion of fines had risen to 80.3%.⁸ In Japan, imprisonment is the least used form of punishment. While in Germany, 15,824 out of 40,542 prison sentences in 2000 were for one year or more, which corresponds to 39%, in France, 16,146 out of 8,005 (21.1%) were for one year or more in 1997, in Austria, 25.2% out of 5,988 (also in 1997), and in Switzerland, the same proportion was 11.1%. The research results on effectiveness and success should form the basis for a goal-oriented argument that selects between different sentencing genders and treatment forms, with the sole and practical aim of achieving resocialization and reducing recriminalization.⁹ Diversification also plays an important role in the German Criminal Procedure Code (German StPO)¹⁰. The use of diversionary instruments is of particular importance in juvenile cases and has developed considerably in Germany: ‘Especially in the last two decades, thanks to §. 45 of the Juvenile Code (JGG),¹¹ the prosecutor has increasingly made use of diversion in more and more cases, with the result that in the majority of cases the prosecution ends the case with diversion. Judicial diversion under §. 47 has also increased, with almost 30% of cases ending in this way, which means that only one-third of all juvenile cases in which criminal proceedings are initiated are concluded with a judicial sanction. This means in figures that only 41,403 out of 144,954 such sentences were handed down.’¹²

⁶ Fakó Edit, *Divergence in German, Austrian and Hungarian criminal procedure*. PhD thesis, University of Miskolc, Faculty of Law and Political Sciences – Deák Ferenc Doctoral School, 2003, pp. 10

⁷ Heinz Wolfgang, Storz Renate, *Diversion in Jugendstrfverfahren der Bundesrepublik Deutschland*. Berlin, BMJ – Recht, 1992, pp. 59

⁸ Kaiser Günther, Schöch Heinz, *Strafvollzug. Eine Einführung in die Grundlagen*. C.F. Müller Verlag. Heidelberg, 2003, pp. 97

⁹ *Ibid.*, 12

¹⁰ Die Strafprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung von 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319) die zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 5. Oktober 2021 (BGBl. I S. 4607) geändert worden ist“.

¹¹ Youth Courts Law “Youth Courts Law in the version of the promulgation of 11 December 1974 (Federal Law Gazette [BGBl.]) Part I p. 3427, most recently amended by Article 1 of the Act of 8 July 2008 (Federal Law Gazette Part I p. 1212)” (Jugendgerichtsgesetz, JGG), 45.§.

¹² *Ibid.*, 99

In the narrower sense, diversion refers to solutions that can be applied at the entry stage of criminal proceedings.¹³ As the commentary on Austrian diversion puts it, diversion can be contrasted with decriminalization, since no criminal law amendment is required here, as it only changes the way the state reacts to the particular facts and does not make the offense a non-historical one, it is primarily a matter of penal reform and does not require a criminal code amendment. As a general diversion takes several forms, so there are several possibilities to conduct the proceedings in a way that is not the “classical” way. While some labeling theories argue strongly for non-intervention, others prefer to opt for little and targeted effective intervention. On one hand the crime is essentially associated with those age groups in which intervention through informal social control has a more significant deterrent effect than the use of criminal law. Additionally, it also makes the offender interested in reparation for the crime after it has been committed by offering a victim-offender reconciliation in response to the crime, thus reducing the reaction to the crime.¹⁴ Divergence is not only a pro-offender theory but a way of thinking that seeks to broaden the effects of the harms of ‘labeling’ on the offender, taking into account that, especially for petty crimes, the injuries of punishment are greater than those caused by the offender. Indeed, a criminal intervention tends to reinforce the behavior that led to the crime, rather than preventing the person from committing further crimes or finding a solution to the problem behind the offense and seeking help.¹⁵ There are several arguments in favor of the need for diversions; on the one hand, certain human behaviors that are relevant from a criminal law point of view, and the perpetrators of these behaviors, do not reach a degree of danger to society that would justify the application of a criminal law detriment or consequence. Therefore, it is sufficient to impose other, less severe, or alternative legal implications on the perpetrators of the offenses. On the other hand, these solutions can also shorten and simplify the process of establishing liability, thus saving time and energy and freeing up capacity on the part of the authorities. Last but not least, criminal proceedings can be freed from trivial cases, and at the same time, the work of prosecuting officers can be simplified and facilitated. Basically, the Hungarian Penal Code (Btk.)¹⁶ divides the law into two parts, on the one hand for more serious convictions and furthermore for minor offenses. However, on that basis, procedural divergence exists only in military proceedings and not in the main proceedings (Be. 710.§.).

¹³ Kerecsi, Klára, *Kontroll vagy támogatás: az alternatív szankciók dilemmája*. 2006, Budapest. CompLex Kiadó Jogi és Üzleti Tartalomszolgáltató Kft.

¹⁴ Kerner Hans-Jürgen (Hrsg.), *Diversion statt Strafe? Probleme und Gefahren einer neuen Strategie strafrechtlicher Sozialkontrolle*. Heidelberg, C.F.Müller Juristischer, 1983, pp. 639

¹⁵ Kury Hans – Lerchenmüller, Hedvig (Hrsg.), *Diversion. Alternativen zu klassischen Sanktionsformen*. 2 Bde. Bochum, 1982, pp. 173.

¹⁶ Act C of 2012 on Criminal Code, ‘Hungarian Gazette’, No. 92/2012.

The drive to improve the efficiency of criminal proceedings has been the driving force behind the development of Hungarian criminal policy since the 1960s and 1970s. Point 11 of NET Decision No. 14/1973 on the legal policy guidelines¹⁷ for applying the law gave priority to the differentiation of criminal liability. The requirement of which embraced:

- the choice of the procedural form,
- the determination of the degree of criminal liability, i.e. the imposition of the legal penalty applied, and finally
- determining the method of execution of the penalty imposed.
- The requirements for differentiation are based on the following:
 - the nature of the offense committed (criminal category),
 - the quality of the offense,
 - the offender's personal danger to society (recidivism, lifestyle, etc.),

Unfortunately, the possibility of differentiating the investigation was abolished by Act XIX of 1998 (hereinafter: former Be.),¹⁸ amending Act I of 1973 on Criminal Procedure.¹⁹ The Act did not include the legal provisions on diversion, which would have improved the efficiency of investigations and simplified the procedure, even though the key to the efficiency of criminal proceedings lies in the police diversion, which is fundamentally lacking in Hungarian criminal proceedings. In the following, the author analyzes the role and importance of diversions.

2. DIVERSION SOLUTIONS IN THE FORMER ACT XIX OF CRIMINAL PROCEDURE

Under the former Be. There were two types of diversionary or diversionary tools available:

Abbreviated procedures such as trial by indictment (former Be. Chapter XXVII), no prosecution (The Criminal Warrant) (former Be. Chapter XXIV), and waiver of trial.

There are also the diversionary legal instruments of the principle of opportunity: reprimand (Article 71 of the former Be.), partial non-prosecution (Article 220 of the former Be.), postponement of prosecution (Article 222 of the former Be.) and mediation (former Article 221 / A of the Be.). Their common feature is that they can be used before the judicial stage, thus relieving the judiciary from the task of deciding cases. However, the aim of the cases concluded by this method

¹⁷ Decision 14/1973 of the Presidential Council of the Hungarian People's Republic on the legal policy guidelines for the application of law.'Hungarian Gazette', No. 39/1973. (14/1973. NET Decision)

¹⁸ Act XIX of 1998 on Criminal Procedure, Hungarian Gazette, No. 37/2002.

¹⁹ Act I of 1973 on Criminal Procedure, Hungarian Gazette, No. 22/1973.

is not to enforce the principle of legality „above all,” but to allow the prosecutor to waive prosecution at his discretion, given the circumstances of the offense and the offender’s person. The assessment of these cases of slight guilt or the perpetrator’s criminal record, and possibly of the specific exculpatory and mitigating circumstances of the facts, at the initial stage of the criminal proceedings, lead the prosecutor to conclude that the court would assess them in the same way and would therefore take them into account in particular when imposing the sentence, thus rendering the use of the judicial route unnecessary. The varying degrees to which the greater prevalence of opportunism is hampered by dispositive regulation and subjective law enforcement bias. It does not tie its application to any rules of cogency in criminal law. A permanent push for stricter rules could lead to a strengthening of legality and consequently to a reduction in opportunism, which could be a factor in working against diversion from the courts.²⁰

The assessment of whether diversionary instruments speed up proceedings or whether they are more of a burden on the prosecutor is somewhat mixed. This is mainly because the requirements for the application of the acceleration instruments only impact specific subsystems. What mostly culminates in increased workload (having to issue a decision, obtaining a probation officer’s opinion when postponing the indictment, interviewing the suspect and the victim where appropriate, reopening the case after unsuccessful diversion procedures, etc.) before this is primarily realized in Hungary at the intermediate, prosecutorial stage.

It follows from this that in the first cases that come under the spotlight of criminal justice, the police cannot effectively accelerate the proceedings by using diversionary means alone, based on the lack of „autonomy” under the Act CX of 2017 on Criminal Procedure (hereinafter: Be.),²¹ only if they enhance joint case resolution in cooperation with the prosecution.²² Furthermore, after the intermediate phase, judicial diversions are also ineffective because of the prosecution’s role as the balance-sheet language in the decision-making position, resulting in a deficient number of case closures with a case being abandoned. The failure to refer and try cases accounted for a significant proportion of cases terminated by diversion. Still, here too, the effectiveness of the fast-track procedure was weakened by the length of time taken to bring issues to court.

An analysis of the previous legislation shows that the decisive and exclusive stage in the use of diversion is the intermediate prosecution stage, which must, in all cases, be preceded by the investigation stage, which is fully formalized by the

²⁰ Láng László, A büntetőeljárást gyorsító és egyszerűsítő jogintézmények és mechanizmusok. *Eurojustice konferencia*, Budapest, 2010. pp. 2

²¹ Act CX of 2017 on Criminal Procedure, Hungarian Gazette, No. 99/2017.

²² Vári Vince, Elterelés és az ügyész – nyomozó hatóság kapcsolata a nyomozásban. *III. Turizmus és Biztonság Nemzetközi Tudományos Konferencia: tanulmánykötet Nagykanizsa* (eds. Marton, Zs; Németh, K; Péter, E), Hungary: Pannon Egyetem Nagykanizsai Kampusz, 2019, pp. 54

taking of evidence. Indeed, diversionary methods have mainly relieved the courts, but they can also be a relief for the prosecution. In Hungary, the legal forms of diversion at the investigative stage were not provided for in the former Be. So the police could only use those above „hidden” diversion, ie, the official case selection, which in turn has a detrimental effect on the willingness to report, on detection and public confidence.²³ These diversionary options did not provide the investigative authority with any work relief or relief from the burden of investigation, and the police were not interested in using them. Nor to the extent that even in cases involving mediation or mandatory deferment of charges (failure to maintain, drug use), the full and exhaustive investigation and investigation activity was complete and compulsory. Only one form of diversion from the criminal procedure concerned the investigating authority, namely the prosecution. This, however, meant not more minor but even additional investigative tasks. Moreover, it is applied differentially because of its specificity due to the significantly different conditions of the investigative authority and the particularities of the organization of work. It should be added that this abbreviated procedure only imposed an obligation on the investigating officer and the prosecutor to expedite, but not on the court. Many cases were dealt with in the standard procedural order. It should be added that not all cases sent from the investigating authority to the prosecutor's office for prosecution are referred to this unique form of procedure. The most time- and energy-consuming activity of the investigation of the investigative authority is the examination phase of the inquiry. In all cases, part of the investigation is a suspect in the case. Although the result of the investigation, the document setting out the means of proof already triggers judicial evidence in the summary proceedings without a hearing. In this form of proceedings, the prosecutor considers the trial evidence unnecessary in his indictment, and the judge finds the decision on the file sufficient. Therefore, the investigating authority had no alternative to the investigation stage, as in other countries such as Austria, so it was not legally possible to relieve the investigating authority of the burden of the investigation stage using diversion in cases sent with an indictment. The law also did not allow for a system of direct summons to court following primary – public – measures in cases of simple legal and factual assessment, even in cases of arrests in the act, which would have eliminated the investigative activity of the investigating authority. Nor was there any possibility for the investigating officer to propose or intervene in the investigative phase of the procedure to use forms of diversion that would discharge the court, even though the conditions for such orders become clear at the discovery stage.

²³ Vári Vince, A nyomozás változó szerepe az új Be.-i törvényben, In, *II. Turizmus és Biztonság Nemzetközi Tudományos Konferencia: Tanulmánykötet Nagykanizsa* (ed. Kiglics, Norbert), Hungary: Pannon Egyetem Nagykanizsai Kampusz, 2017, pp. 132

3. DIVERSION SOLUTIONS UNDER THE ACT CX OF 2017 ON CRIMINAL PROCEDURE

The legislation does not intend to change the role of the prosecution service, so it does not continue to give it a „sanctioning” part. Although it can continue to adopt quasi-convictions and measures, it can no longer impose fines or other forms of punishment that involve deprivation of liberty. While maintaining its position under the existing rules, the rules broaden the prosecutor’s discretion and vary it expediently. The aim is to ensure that cases can be brought to a swift conclusion in the course of an investigation, without prejudice to the fundamental right to a judicial procedure, employing a diversionary approach because of the suspect’s cooperation. Recognizing the truth of what was said in the chapter on diversions, the legislator decided to bring forward the prosecutor’s decision-making powers after completing a preparatory or the exploration phase and integrating that into the next investigation phase.²⁴ To put it simply, the formula is that, instead of closing the investigation and proposing charges earlier, the prosecutor’s decisions, which are much more variable than in the past, can be taken after the investigation has been completed. In fact, as a matter of constitutional law, an attempt should be made to avoid the investigative phase, which could shorten and close a significant proportion of cases. As stated in the Ministerial Explanatory Memorandum,²⁵ the purpose of the investigation is to enable the prosecution to decide on the merits of the case. This can occur immediately after the suspension has been made or after further procedural steps have been taken, i.e., after the investigation has continued. (Ministerial Explanatory Memorandum to Article 390 of the Be.) It follows that the classic investigative activity, which until now followed the questioning of the suspect, is, under the legislation, no more an alternative to the continuation of criminal proceedings than the use of any of the diversionary methods. Returning to the chapter on suspicion, the Act of suspicion itself, as a critical procedural dividing line, and the ‘trial’ of the suspect, which, by opening up the right to full access to the suspect’s and his defense counsel’s file and by enhancing the right to complain against suspension, form an elementary part of the complex legal regime of diversion. Compared with the current provisions, the autonomy of the charge phase, the separate document disclosure separating the investigation from the charge phase, and the particular institution of ordering further investigation are thus abolished. The investigation is closed by a decision to close the

²⁴ See more about the role of the police in the investigation in the Hungarian criminal proceedings: Dragana Čvorović, Vince Vary, ”Police in the Hungarian criminal proceedings”, *Crimen*, 1/2021, pp. 28

²⁵ Ministerial Explanatory Memorandum to the Hungarian government on criminal procedural (Be.) T / 13972. to law proposal (<https://www.parlament.hu/irom40/13972/13972.pdf>) (Download: 11.10.2021.)

investigation, rather than by a different conclusion of the investigating authority to complete the investigation.

When exploration is transformed into an investigation, control over the scope of the “real evidence” decision is transferred from the investigating authority to the prosecution, i.e., that the prosecution must determine the extent and manner of obtaining evidence in the course of the inquire. The prosecutor bears in mind the requirements of the evidentiary procedure to be followed in the post-indictment judicial proceedings. By this solution, the legislator has killed two birds with one stone: on the one hand, the prosecutor can no longer rely on investigative errors in cases brought before the court, and on the contrary, the prosecutor will only prosecute cases where he has no evidentiary objections. This practice will eliminate the possibility of additional investigations since the entire investigation phase is under the prosecution’s control. According to the Minister’s explanatory memorandum, the Act emphasizes the institutional system of diversion, as already analyzed, to speed up and simplify criminal proceedings. At the same time, this also entails an increase in the use of quasi-guilty decisions by the prosecution. The legislation pays particular attention to the reimbursement of criminal costs, for which a legal basis is provided. (Ministerial Explanatory Memorandum to Article 402 of the Be.)

The institutional system introduced is based on the fact that the possibilities of termination of proceedings (mediation, conditional suspension of prosecution, decision on the specific method of prosecution), which are at the discretion of the trial, are essentially linked to the confession, prior or subsequent consent of the accused. By merging the indictment into the investigation phase, the Be. has taken a significant step towards speeding up the procedure by bringing the decisions subject to prosecutorial discretion. By going beyond the prospect of prosecutorial action, the Act also directly creates the possibility of prosecution and the defense to act as initiators to anticipate the decision on the conclusion of the proceedings. (Ministerial Explanatory Memorandum to Article 404 of the Be.)

Pursuant to Section 391 (1) of the Be, The prosecutor’s office may take the following decisions after questioning the suspect:

- a) the prospectus of a prosecution measure or judgment,
- b) to initiate a settlement,
- c) suspension of proceedings for mediation,
- d) conditional suspension by the prosecutor,
- e) termination of proceedings for other reasons,
- f) indictment,
- g) the performance of a procedural act within the framework of an investigation,
- h) separation, consolidation, or transfer of cases.

Compared to the previous legislation, there are several new elements in the current legislation. The prospect of prosecutorial action and decision in (a) is a mix,

a sort of amalgamation, of the various forms of prosecutorial discretion offered by the legislation in exchange for the suspect's confession and, optionally, the fulfillment of different conditions. Point (b) also bears a specific change since the provisions of former Chapter XXIV on the waiver of the trial (former Be. §§ 533-542 / D) were divided into two parts and placed in the investigative part in Chapter LXV on plea bargain (Be. §§ 407-412) is a one hand and in the amount of the particular procedure in Chapter XCIX is a procedural plea bargain. (Be. §§ 731-739.) The conditional suspension of prosecution was primarily included in the decisions as a legal instrument identical to the deferral of indictment in the current Be. Subsection (e) was added to § 398. (1) provides for the discontinuance of proceedings in cases where such discontinuance is ordered for other grounds for the termination of criminal liability as defined by law. Such grounds may be active remorse, cases against a cooperating person, or cases specified in the particular part of the Be., as well as grounds for termination on which a conditional prosecutor's suspension is based under section 417 of the Be. and discretionary cases of conditional prosecutor's suspension under section 416. Up to now, the measures taken after the disclosure of the file have been at the discretion of the prosecutor (former Be. Art. (1)) could not be the subject of a plea bargain with the suspect by introducing the system of diversion, the Be. changed all this significantly, hoping that in return for the opportunities offered, the criminal proceedings could be concluded by the confession and the measure or decision of the prosecutor without the investigation taking place.

We now go into more detail, with the prospect of a prosecution measure or decision as a new element, since the other factors were already part of the criminal procedure, except for the institution of the plea bargain, which has been renewed by being moved forward into the investigation, in the hope that the legislature will make more use of what was previously known as the 'waiver of trial,' but which is otherwise the classic plea bargain.

Paragraph 404 (2) (a) allows for the suspension of proceedings for mediation or the termination of proceedings for the outcome of mediation. Subsection (b) of the section offers the use of a conditional prosecutorial suspension equivalent to the deferral of a previous indictment and the termination of proceedings pending the latter's outcome for a confession. Point (c) offers the termination of the proceedings because of the cooperation of the suspect or dismissal of the charges, and point (d) provides the separate procedure for the prosecution and the criminal conviction in the case of an indictment, as provided for in Chapters XCVIII and C. In the legislation in force, neither the trial nor the use of a problem without difficulty, which is the equivalent of a separate procedure to obtain a conviction, was conditional on the conduct of the suspect in the proceedings, particularly his confession. However, the legislator does not consider an admission to be sufficient and imposes additional conditions on the suspect, in essence combining points (a)

to (d) of Article 404 (2). In the case of points (a) to (b) and (d) of subsection (2), it may still require the cooperation of the victim in point (c). In contrast, in the case of points (c) and (d), it may require the satisfaction of the civil claim of the quasi-victim in point (a). In the case of points (a) to (b) and (d), it may also require the fulfillment of other obligations that may be imposed under the conditional suspension of the prosecution in point (b).

Looking at the diversionary possibilities offered by the Be. in the investigation, it is questionable whether the legal instruments will play their role in accelerating the procedure in the investigation. Should we be concerned that they will not live up to expectations? This could, in principle, be refuted by reviewing the legal and regulatory framework for the conduct of diversion under the provisions of Government Decree 100/2018 (8.6.2018) on the Rules of Investigation and Preparatory Procedure (NYER).²⁶ The procedure for the handling of cases to be diverted at the investigation stage may appear to be entirely transparent and straightforward, i.e., more “convenient” in terms of administrative workload compared to complex investigative acts and a more optimal solution. The initiative to use opportunistic keys may come from the suspected person, defense, and the investigating authority. This will only mean a short information obligation for the investigating authority, and they will also have to notify the prosecution. If this happens during the interrogation, it can be interrupted and resumed later (same day or another deadline), depending on what the prosecutor decides. The latter cannot even be documented, so no additional administrative burden is created. Furthermore, if the investigating authority considers that these solutions are justified or appropriate, it only has to inform the prosecution. The information will thus be two-way, on the one hand, and will mainly consist of a printed text and a brief oral interpretation of the trial.

Meanwhile, to the prosecutor, it will be written or oral and will include the planned date of the suspect’s hearing, the measure considered justified or practical, and its reasons. If it is self-reported, there is no obligation to inform the suspect and the defense. Suppose the prosecution supports the initiative of the investigating authority or the prosecution side. In that case, it will prepare a written industry or communicate its decision orally to the investigating officer, even immediately. Thus, the investigating authority will assist in agreeing by handing over to the prosecution of the initiative prepared by the trial. If it has received it orally or by brief, it must be entered in the record of the procedural act and sent to the prosecutor. (NYER, § 156-158.)

From this point on, it is only a question of whether the prosecutor who has an optional approach to the charging cooperation system is more “comfortable” with investigative or rather with pre-trial diversionary solutions. Of course, this

²⁶ Government Decree No 100/2018 (8.VI.) on the Rules of Investigation and Preparatory Procedure (NYER), Hungarian Gazette, No. 81/2018.

is wrapped up in the solid hierarchical relationship that characterizes the prosecutorial organization. Translated: the dual procedural role of the prosecutor means that his supervisory and managerial functions over the investigation are less labor-intensive than his quasi-evidentiary functions in the courtroom, which arises from his position as a public prosecutor. If only because the obligation to be present is present in the case of court trials, whereas the supervision and management of investigations do not require such control and management, and the Be. has already defined the public prosecutor's evidentiary responsibilities before the court much more clearly. Moreover, the principles of adversarial proceedings and equality of arms place the public prosecutor on an equal footing with the defense. It follows that if a procedural situation arises where there is competition between the pre-trial court hearing diversion option and the post-investigation diversion option, the pre-trial diversion option will enjoy more significant support. In particular, if the 'success' of the pre-trial procedure, i.e., the possibility of obtaining a confession, depends mainly on the investigative action's specific, much, and detailed activity.

Since its entry into force only a few months ago, the current Be. has been a resounding success in speeding up proceedings, mainly because of the increasing number and rate of confessions made by the accused at the pre-trial court hearing and the predominance of speedy closures without trial due to the acceptance of the sentence proposed by the prosecutor. "The center of gravity is in the preparatory session, which has been completely recodified by the legislature. In Be., the pre-trial court hearing has become the main rule, which plays an essential role in avoiding a full criminal trial by providing the possibility to pass a verdict right immediately in the case of an admission of guilt. At the same time, the framework of the evidentiary procedure and the direction of the defense tactics are fixed in the absence of admission."²⁷ This, however, shows a clear positive correlation with the over-preponderance of evidence in the investigative activity and the overshadowing of the use of the diversion instruments. Since the burden-sharing in the preparatory meeting seems to work well and has a high incidence, it is evident that this is a disadvantage of the earlier, i.e., optionally applicable opportunistic solutions in the investigative phase. What is more, if the preparatory meeting becomes the decisive procedural speeding-up and efficiency-enhancing tool, the condition for encouraging a confession will be nothing less than a detailed and thorough investigation by the investigating authority. The situation has therefore taken an exciting turn with the introduction of the current Be. Although the investigation was divided into separate phases of detection and inquiry, among

²⁷ Pataki Bettina (2018): *Az új Be. előkészítő üléshez kötődő terhelti együttműködés. Jogászvilág.* <https://jogaszvilag.hu/a-jovo-jogasza/az-uj-be-elokeszito-ulesehez-kotodo-terhelti-egyuttmukodes/> (Download: 10-10-2021.)

other things, because of the legislative intention to integrate diversionary options. Despite this, the pre-trial court hearing solution has dealt a severe blow to the practice of applying the system of cooperation. In the case of a charge, which counterproductively has had the opposite effect of slowing down and prolonging the inquiry by making the investigative evidence more thorough and thus longer.

CONCLUSION

It can be considered a profound reform of the current Criminal Procedural Law. The legislator rightly recognized that the development of diversionary instruments to speed up proceedings and improve efficiency is necessary. It has made the changes required to the legal institutions, including splitting the investigation into two parts, thus ensuring that the examinations are not unnecessarily protracted. In the event of a confession and the accused's intention to initiate proceedings, they are completed optionally, without the need for subsequent court proceedings. In addition, and with a similar aim of speeding up proceedings, the cooperation system with the prosecution has been extended. The role of the pre-trial court hearing has been enhanced. Since it entered into force, the case-law practice has shown that, while the frequency of cooperation in the preparatory hearing has skyrocketed, the use of investigative diversions has been almost negligible. With the rise of the pre-trial court hearing, there is a risk of an increase in the average time taken by cases in the inquiry, which undoubtedly indicates a trend towards a positive quantitative shift in the fact-finding activity of the investigation. Therefore, the delay and slowing down of the process will mainly affect investigations in the future. The procedurally counter-productive impact of the preparatory meeting on the investigation could be remedied by a legal instrument such as the one in the Austrian Code of Criminal Procedure (Austrian StPO),²⁸ ie, the motion to terminate a time-delayed inquiry based on an action by the accused.

Similar to the Austrian, this legal instrument would allow a suspect or defense to apply for a judicial review of the investigation if, because of the seriousness of the suspension, the duration, and the scope of the investigation, no further continuation of the investigation or clarification of the facts can be expected (Austrian StPO, § 108). This allows the duration of the investigation to be kept to a reasonable time. If the prosecutor agrees with the objection, he will terminate the proceedings; if not, he will submit a reasoned opinion to the court.²⁹ By assessing the evidence available until then, the court would take an initial position on whether

²⁸ Criminal Procedure Code 1975, as amended up to Federal Law published in the Federal Law Gazette I No. 70/2018 (BGBl I No. 70/2018)) (Austrian StPO)

²⁹ Farkas Krisztina, „A gyorsító megoldások rendszere az osztrák büntetőeljárásban.” *Kriminológiai tanulmányok* 55, OKRI. Budapest, 2018, pp. 211

further investigative measures are justified. The prosecutor would thus have an interest in exploiting the system of burden-sharing not only in the pre-trial court hearing but also in the investigation, since from there on, it would be justified to carry out fast and efficient investigative activities, given that delayed and protracted investigations could easily lead to judicial termination of an inquiry for this reason.

REFERENCES

- Barabás Andrea Tünde, *Börtön helyett egyezség? Mediáció és más alternatív szankciók Európában.* 2004. Budapest, KJK-KERSZÖV Jogi és Üzleti Kiadó Kft.
- Burgstaller Manfred, *Perspektiven der Diversion in Österreich aus der Sicht der Justiz. Perspektiven der Diversion in Österreich, Interdisziplinäre Tagung vom 27 bis 29 April in 1994 in Innsbruck*, 1995, Bundesministerium in Justiz, Wien, pp. 8-18.
- Dragana Čvorović, Vince Vary, "Police in the Hungarian criminal proceedings", *Crimen*, 1/2021, pp. 28
- Farkas Krisztina, „A gyorsító megoldások rendszere az osztrák büntetőeljárásban.” *Kriminológiai tanulmányok* 55, OKRI. Budapest, 2018, pp. 205-225.
- Fakó Edit, *Divergence in German, Austrian and Hungarian criminal procedure.* PhD thesis, University of Miskolc, Faculty of Law and Political Sciences – Deák Ferenc Doctoral School, 2003
- Heinz Wolfgang, Storz Renate, *Diversion in Jugendstrfverfahren der Bundesrepublik Deutschland.* Berlin, BMJ – Recht, 1992
- Kaiser Günther, Schöch Heinz, *Strafvollzug. Eine einföhrung in die Grundlagen.* 2003, C.F.Müller Verlag. Heidelberg.
- Kaiser Günther, *Role and Reactions of the Victim and the Policy of Diversion in Criminal Justice Administration.* (From criminology between the rule of law and the outlaws. 1956, by c w g jasperse, – see ncj-38200), Kluwer Bv. Stromarkt 8, Deventer Holland, Netherlands, 1976, pp. 14
- Kerezsi, Klára, *Kontroll vagy támogatás: az alternatív szankciók dilemmája.* 2006, Budapest. CompLex Kiadó Jogi és Üzleti Tartalomszolgáltató Kft.
- Kerner Hans-Jürgen (Hrsg.), *Diversion statt Strafe? Probleme und Gefahren einer neuen Strategie strafrechtlicher Sozialkontrolle.* Heidelberg, C.F.Müller Juristischer, 1983, pp. 639
- Kury Hans – Lerchenmüller, Hedvig (Hrsg.), *Diversion. Alternativen zu klassischen Sanktionsformen.* 2 Bde. Bochum, 1982, pp. 173.
- Láng László, *A büntetőeljárást gyorsító és egyszerűsítő jogintézmények és mechanizmusok. Eurojustice konferencia,* Budapest, 2010
- Pataki Bettina (2018): *Az új Be. előkészítő üléshez kötődő terhelti együttműködés. Jogászvilág.* <https://jogaszvilag.hu/a-jovo-jogasza/az-uj-be-elokeszito-ulesehez-kotodo-terhelti-egyuttmukodes/> (Download: 10-10-2021.)
- Sztaki, (2019): http://szotar.sztaki.hu/search?fromlang=all&tolang=all&searchWord=diversion&langcode=hu&u=0&langprefix=&searchMode=WORD_PREFIX&viewMode=full&ignoreAccents=1 (Download: 10-10-2021.)

- Vári Vince, Elterelés és az ügyész – nyomozó hatóság kapcsolata a nyomozásban. *III. Turizmus és Biztonság Nemzetközi Tudományos Konferencia: tanulmánykötet Nagykanizsa* (eds. Marton, Zs; Németh, K; Péter, E), Hungary: Pannon Egyetem Nagykanizsai Kampusz, 2019, pp. 52-61.
- Vári Vince, A nyomozás változó szerepe az új Be.-i törvényben, *II. Turizmus és Biztonság Nemzetközi Tudományos Konferencia: Tanulmánykötet Nagykanizsa* (ed. Kiglics, Norbert), Hungary: Pannon Egyetem Nagykanizsai Kampusz, 2017, pp. 128-136.
- Walter Michael, *Wandlungen in der Reaktion auf Kriminalität (Hamburger Antrittsvorlesung)*. ZStW 95, 1983, pp. 32 – 68.
- Act CX of 2017 on Criminal Procedure (Be.), 'Hungarian Gazette', No. 99/2017.
- Act XIX of 1998 on Criminal Procedure (former Be.), Hungarian Gazette, No. 37/2002.
- Act I of 1973 on Criminal Procedure, Hungarian Gazette, No. 22/2973.
- Act C of 2012 on Criminal Code (Btk), 'Hungarian Gazette', No. 92/2012.
- Die Strafprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung von 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319) die zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 5. Oktober 2021 (BGBl. I S. 4607) geändert worden ist“.
- Code of Criminal Procedure as published on 7 April 1987 (Federal Law Gazette I, p. 1074, 1319), as last amended by Article 3 of the Act of 11 July 2019 (Federal Law Gazette I, p. 1066) (German StPO)
- Criminal Procedure Code 1975, as amended up to Federal Law published in the Federal Law Gazette I No. 70/2018 (BGBl I No. 70/2018)) (Austrian StPO)
- Decision 14/1973 of the Presidential Council of the Hungarian People's Republic on the legal policy guidelines for the application of law.'Hungarian Gazette', No. 39/1973. (14/1973. NET Decision)
- Government Decree No 100/2018 (8.VI.) on the Rules of Investigation and Preparatory Procedure, 'Hungarian Gazette', No. 81/2018. (NYER)
- Ministerial Explanatory Memorandum to the Hungarian government on criminal procedural (Be.) T / 13972. to law proposal (<https://www.parlament.hu/irom40/13972/13972.pdf>) (Download: 11.10.2021.)
- Youth Courts Law “Youth Courts Law in the version of the promulgation of 11 December 1974 (Federal Law Gazette [BGBl.]) Part I p. 3427, most recently amended by Article 1 of the Act of 8 July 2008 (Federal Law Gazette Part I p. 1212)” (Jugendgerichtsgesetz, JGG)

Драгана С. Чворовић

Криминалистичко-полицјски универзитет, Београд

dragana.cvorovic@kpu.edu.rs

Диверзиони модел поступања у истрази у кривичном поступку Мађарске

Сажетак: Закон ХЦ из 2017. године о кривичном поступку, који је ступио на снагу 1. јула 2018. године, донео је значајне реформе у погледу истраге у кривичним поступцима у Мађарској. Доношење закона је храбар подухват у циљу побољшања ефикасности кривичног поступка реинтерпретацијом односа између шужилаштва и истражне органе, верификалним раздвајањем истрага и инспектирањем диверзионих могућности у анализи. Циљ му је да се превазиђу недостаци postoјећег система јасним дефинисањем процедура одговорности за истраге и бављењем једносавним „иријивјалним“ случајевима у фази откривања. У раду аутор даје предлог одредби Закона о кривичном поступку Мађарске које су уско повезане са истрагом, са посебним акцентом на могућности диверзионих модела поступања и остворена питања која се у овом контексту намећу и која су истраживана разрази у оквиру судске праксе.

Кључне речи: истрага, обука, диверзиони модел, принцип оштрих-нишета.

Датум пријема рада: 26.11.2021.

Датум достављања коначне верзије рада: 21.12.2021.

Датум прихватања рада: 23.01.2022.

Ђорђе Р. Перишић
Универзитет у Источној Сарајеву
Правни факултет
djordje.perisic@pravni.ues.rs.ba

ТАКСИ ПРЕВОЗ, ИНТЕРНЕТ ПЛАТФОРМЕ И ЛИБЕРАЛИЗАЦИЈА ТРЖИШТА

Сажетак: Промислање о правном регулисању тржишта такси услуга у државама и градовима широм свијета никада не престaje. Појава и употреба интернет платформи у организацији путничког превоза у великим градовима довела је до тога да се било ко може наћи у улози лица које обавља превоз. Тиме је такси превоз добио директне конкуренције, јер је јасно да су ова два тржишта превоза у добром дијелу супституибливи. Међутим, постојећа, строга регулирања такси тржишта не препознаје интернет платформе и као таква, онемогућује њихово функционисање. Увођење интернет платформи у превозни систем и њихово функционисање у јуном капитализму, онако како су то њихови творци замислили, значи непреходно укидање бројних тржишних ограничења на такси тржишту, тј. либерализацију.

С друге стране постојећа тржишна ограничења на такси тржишту које се са либералним привредним концептом, присутним, прије свега у Европској унији, али и у државама на Балкану. То је још један разлог због којег се може очекивати дерегулација овог тржишта. У раду су приказане особине овог тржишта и идентификована најважнија питања важеће законодавства Србије и Босне и Херцеговине која би могла бити спорна у процесу евентуалне дерегулације. Смјер у којем ће измјене националног законодавства ићи, донекле је могуће синонасти анализом важеће правног оквира Европске уније и праксе Суда правде.

Кључне речи: Такси; Либерализација услуга; Интернет платформе; Слободно тржиште; Тржишна ограничења.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Правно уређење такси превоза, последњих година постало је једно од најактуелнијих питања у области саобраћајног права. Разлога за то има више.

Најприје, појава и све масовније коришћење интернет платформи или апликација помоћу којих се закључује уговор о превозу изазвали су праву пометњу на овом тржишту. На међународном плану, највише је у употреби интернет платформа *Uber*, а у Србији *CarGo*. Те платформе омогућиле су и нерегистрованим превозиоцима да обављају јавни превоз путника путничким аутомобилима. Довољно је само да располажете аутомобилом и да имате приступ интернету. Лакоћа коришћења платформе и уговарања превоза, једноставно плаћање и прије свега, ниже цијене превоза, учинили су овај вид друског превоза путника врло популарним и често коришћеним. Логично, то је изазвало негодовање регистрованих такси превозника који су се суочили са смањеним обимом посла. Тако су београдски таксисти незадовољни због постојања *CarGo*-а, у жељи да сачувају своје позиције, организовали крајем 2018. године вишедневне штрајкове и протесте.

Други разлог који може довести до другачијег правног уређења такси превоза је либерални привредни концепт Европске уније (ЕУ) и правна регулатива која га дефинише. Наиме, тренутно је такси превоз у државама и градовима ЕУ, као и у државама кандидатима за чланство, високо регулисан. Постоје бројна ограничења уласку на тржиште за пружаоце услуга, као и ограничења у обављању услуга. Та ограничења се у доброј мјери косе са принципима јединственог тржишта и слободног тржишног привређивања, јер онемогућавају конкуренцију на тржишту такси услуга. Пошто Србија има статус кандидата за чланство у ЕУ, а БиХ настоји добити тај статус, за очекивати је да ови процеси и њих обухвате.

2. ПОЈАМ ТАКСИ ПРЕВОЗА И ИЗАЗОВИ САВРЕМЕНОГ САОБРАЋАЈА

Анализирајући законодавство Србије и БиХ, такси превоз се може одредити као ванлинијски, јавни превоз путника и њиховог пртљага друмом.¹ Такси превоз је ванлинијски, јер нема кретања по утврђеној путањи у одре-

¹ Закон о превозу у друском саобраћају Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 46/95, 66/2001, 91/2005, 62/2006, 31/2011, 68/2015, чл. 2, тач. 5, Закон о превозу путника у друском саобраћају Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 68/2015, 41/2018, 44/2018, 83/2018, 31/2019, 9/2020. чл. 2, тач. 41. Закон о превозу у друском саобраћају Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 47/17, чл. 50, ст. 1; Закон о цестовном пријевозу Федерације БиХ, *Службене новине ФБиХ*, бр. 28/06, 2/10, чл. 38. Може се рећи да је овај облик превоза полуприватног карактера, односно да представља неку врсту јавно-приватног партнерства. Вид. Jørgen Aarhaug, *Taxi as urban transport*, *Institut of transport economic*, Norwegian Centre for Transport Research, Oslo, 2014, 2. Тако је у случају *Flixbus International SA и Leonard Travel International SA* против *AAL Renting SA* и други C-253/16 параграф 3, тач. 3 и 4, који је због одлучивања у претходном поступку доспио и пред Европски суд правде,

ђеним временским размацама. Јаван је, јер превозилац у складу са законом и општим условима путовања нуди услугу неодређеном броју лица и има обавезу да закључи уговор са сваким лицем које те услове испуњава.² Код нас још увијек није развијен такси превоз у другим гранама саобраћаја, осим у друмском и спорадично у ваздушном.

Тржиште такси превоза има доста особености које усложњавају његово регулисање. Ово тржиште је фрагментарно због тога што је локалног карактера. То значи да су услови који владају на тржишту специфични за свако подручје, јер се карактеристике саобраћајних чинилаца разликују од мјеста до мјеста. Друго, такси превоз је дио саобраћајног система и често омогућује наставак путовања другим превозним средствима и, као такав, омогућује функционисање осталих облика превоза (такси стајалишта обавезно постоје на аеродромима, аутобуским и жељезничким станицама и сл). Због значаја у омогућавању наставка путовања и особености микротржишта на неким саобраћајним чвориштима, као што су аеродроми, такси превоз може бити одвојено регулисан.³ Управо због наведених мјесних специфичности, мора се добро оцјенити до ког нивоа централни органи власти постављају правни оквир, а гдје уређење настављају градски или општински органи.⁴

3. ИНТЕРНЕТ ПЛАТФОРМЕ И ТАКСИ ПРЕВОЗ

Интернет платформе постале су дио свакодневнице, па и важан чинилац у области превоза путника у тренутку када су се испунили услови за њихову масовну употребу, а то су: широка доступност паметних телефона, стална интернет веза и могућност електронског плаћања. Пошто јој приступају и путници и возачи оне немају само улогу да повежу понуду и потражњу, већ се јављају и као организатор самог тржишта.⁵ То се дешава због тога што платформа дјелује у два смјера, она „ствара“ путнике и возаче.⁶ Пошто

белгијски суд утврдио да такси превозилац не смије стављати путницима на располагање појединачна мјеста умјесто цијелог возила, нити унапријед одредити њихово одредиште.

² Закон о превозу путника у друмском саобраћају Србије чл. 91б, Закон о превозу у друмском саобраћају Републике Српске чл. 2, ст. 2; Закон о цестовном пријевозу Федерације БиХ чл. 3.

³ Закон о превозу путника у друмском саобраћају Србије чл. 91б; Више: Holger Neumann, „Die Urteile des EuGH über Entgelte nach der Bodenabfertigungsdienst-Verordnung“, *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht*, 54, бр. 4, 2005, 542-552.

⁴ Више: Emilia Lucia Catana, „Limite ale Principiilor Descentralizării și Autonomiei Locale Reglementate Prin Cadrul Normative în Materia Serviciului Public de Transport Local Realizat în Regim de Taxi“, *Curierul Judiciar*, бр. 1, 2010, 33-37.

⁵ Светислав Јанковић, „Правни режим уговора о друмском превозу путника закљученог путем интернет платформе“, *Право и њивреда*, бр. 7-9/2019, 405.

⁶ Исто Katarzyna M. Wyman, „Taxi Regulation in the Age of Uber“, *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, 20 no. 1, 2017, 15. Интернет већ дуго није само кому-

брзо повезује понуду и потражњу, значи да има улогу модерног диспечера који покрива цијелу државу, а неке и свијет, омогућујући добру информисаност корисника превоза о понудама на страни превозилаца. На тај начин се отклањају тржишни недостаци, од којих је најважнији асиметрија информација.

Очигледно је да између превоза путника употребом интернет платформе и традиционалног такси превоза постоји сличност, али је неопходно утврдити у којој мјери. Тржиште такси превоза састоји се од више подржита, зависно од тога како корисник уговара превоз: 1) заустављањем возила на улици, 2) уласком у возило на такси стајалишту, 3) наручивањем возила преко апликације или телефонског позива, 4) изричито уговарање услуге превоза са државним органима у посебним ситуацијама.⁷

Карактеристика првог подржита је да корисник традиционалног такси превоза нема времена и средстава да се информише о условима превоза код различитих превозилаца. У овом случају асиметрија информација је највише изражена, јер путник скоро да не може сазнати услове под којима превоз обављају остали превозиоци. Возач је један облик монополског положаја јер зна да је путник недовољно информисан и да често не може да чека на следећег превозиоца, па је у прилици да злоупотреби своју позицију и наплати већу цијену.⁸ У случају уласка у возило на такси стајалишту, путник се на брзину може информисати о условима превоза код свих присутних превозиоца, па је асиметрија информација мање изражена. Превозиоци су у олигополској позицији и могућност злоупотребе је мања. Због заштите корисника превоза у описаним ситуацијама, законодавци уводе тржишна ограничења попут: фиксираних цијена превоза, обрачуна цијене таксиметром, обавезног истицања општих услова пословања у аутомобилу и сл. На трећем и четвртм подржиту, корисник употребом интернет платформе или позивом диспечеру, добија све информације о условима превоза као што су: цијена, дужина пута, вријеме чекања на превоз, карактеристике возача и аутомобила и сл, те њихова заштита на горе описани начин постаје непотребна.

Због тога се намеће питање како правно уредити превоз путника помоћу интернет платформи и традиционални такси превоз? Прва опција је

никацијска мрежа, јер су управо те апликације омогућиле нове услуге (*internet-enabled*) које реобликују тржишта и социјалне везе у физичком свијету. Вид. Kevin Werbach, "Is Uber a Common Carrier," *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society* 12, no. 1 (Fall 2015): 135. Осим у превозу, и у другим областима живота и рада користе се интернет апликације, које такође дјелују двосмјерно. У области изнајмљивања смјештаја *Airbnb*, а на неки начин и *Booking* или *Купи-прогај* у Србији и *OLX* у БиХ.

⁷ Paul Stephen Dempsey, "Taxi Industry Regulation, Deregulation & Reregulation: the Paradox of Market Failure," *Transportation Law Journal*, Vol 24:73, 1996, 88-89.

⁸ J. Aarhaug, 4; P. Stephen Dempsey, 93.

да се превоз путника помоћу интернет платформи издвоји из такси тржишта, као ново тржиште и одвојено правно уреди. На том тржишту би могли учествовати и традиционални такси превозници.⁹ Овај облик пружања услуге превоза захтјевао би мање регулације у односу на класични такси превоз, јер асиметрија информација не постоји и регулација би се углавном односила на захтјеве који се тичу возача и аутомобила.¹⁰ Овакав приступ полази од тога да су такси превоз и превоз уз коришћење интернет платформи супститути, али само на трећем подртржишту. Могућности које имају искључиво такси превозиоци, а која су у ствари тржишна ограничења, попут употребе ознаке „Taxi“, такси стајалишта, употреба жуте траке на коловозу и сл, гарант су да им на прва два подртржишта неће конкурисати превозиоци који нису регистровани као таксисти. Нема никаквих дилема да су таксисти и корисници интернет платформе супститути на трећем подртржишту и несумњиво да треба да важе исте правила за све који учествују у превозу.¹¹ Међутим, могу се замислити реалне ситуације у којима привилегије које имају таксисти просто нису довољне, па због тога трпе конкуренцију нерегистрованих превозилаца и на прва два подртржишта. То значи да могу бити супститути и на прва два подртржишта. Иако само регистровани такси превозници могу употребљавати назив „Taxi“ на својим аутомобилима и користити предвиђена стајалишта, то не спрјечава и нерегистроване возаче да користе неке друге називе по којима ће бити препознати од корисника превоза након одређеног времена.¹² Тако обиљежени могу се појављивати на јавним паркинзима као полазним тачкама одакле нуде своје услуге корисницима превоза.

Друга варијанта је да се подртржиште интернет платформи не издваја, већ да се приступи јединственој регулацији. То се може постићи измјенама постојећег правног оквира тако што ће се уговарање ванлинијског превоза путника посредством интернет платформи обухватити дефиницијом такси превоза, а затим отклонити бројна ограничења која тренутно онемогућују или ограничавају употребу тих платформи. Имајући у виду промјене у области традиционалног такси превоза које би требало да се изврше под утицајем правне регулативе ЕУ, посао би био олакшан, јер су нека ограничења проблематична са оба аспекта.

⁹ Више о правној природи Светислав Јанковић, 397-402.

¹⁰ Извјештај немачке комисије за монополе, Monopolkommission der Bundesregierung, Wettbewerbsdefizite auf Taximärkten, Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik, Kapitel I, Auszug aus Hauptgutachten XX, 2012/2013. Доступно на: https://www.monopolkommission.de/images/PDF/HG/HG20/1_Kap_4_A_HG20.pdf

¹¹ Katrina M. Wyman, 1.

¹² Сјетимо се само већ чувеног слогана једног произвођача цигарета „купују се на трафици, а нису новине“.

4. ЛИБЕРАЛИЗАЦИЈА УСЛУГА У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ

ЕУ се до сада није бавила регулисањем тржишта такси превоза, због његовог локалног карактера, па ограничења у његовом обављању не стварају препреке прекограничном промету услуга. С тим у вези, може се поставити питање надлежности Уније да регулише ову материју. Упркос томе, Европска унија се позабавила и овим тржиштем у намери да га усклади са својим либералним привредним концептом и принципима и циљевима који га отјелотворјују.¹³ Либерални концепт у привредним односима подразумева успостављање и очување слободног тржишта и слободне конкуренције, а остварује се, између осталог, дерегулацијом, тј. потпуним уклањањем или ублажавањем правних правила којима се то тржиште уређује.¹⁴

Успостављање слободног унутрашњег тржишта ЕУ, као један од циљева дефинисан је у њеним оснивачким актима.¹⁵ Ради оставрења тог циља прописана су правила за успостављање и очување слободне конкуренције и гаранције слободе кретања робе, лица, капитала и услуга. ЕУ захтева од држава кандидата за чланство да ускладе своје законодавство са прописима ЕУ у области унутрашњег тржишта.¹⁶

Конкретни задаци чијем остварењу треба да допринесе остваривање основних начела ЕУ дефинисани су у Уговору о функционисању Европске уније: уравнотежен економски раст и стабилност цијена, високо конкурентна тржишна привреда, пуна запосленост и друштвени развој, висок ниво очувања и унапређења квалитета животне средине и научни и технолошки развој.¹⁷

У Европској унији је сразмјерно мало постигнуто на либерализацији услужног сектора, и значајнија активност на том пољу тек предстоји. Процјењује се да ће процес либерализације донијети економску корист од 389

¹³ Још 2016. године је направљена обимна студија у којој су утврђени проблеми за сваку државу чланицу појединачно. European Commission, *Study on passenger transport by taxi, hire car with driver and ridesharing in the EU*, 2016. Доступно на: https://ec.europa.eu/transport/modes/road/studies/road_cs. Види: Извјештај немачке Комисије за монополе, Monopolkommission der Bundesregierung, 2012-2013.

¹⁴ Више: Радован Вукадиновић, *Увод у институције и право Европске уније*, Удружење за европско право, Крагујевац, 2014, 181-187. Дијана Марковић-Бајаловић, *Правни аспекти либерализације међународног промета услуга са посебним освртом на телекомуникације*, Службени гласник, Београд, 2011, 114.

¹⁵ Уговор о Европској унији (УЕУ) – Treaty of European Union (Consolidated version 2016) ОЈ С 202 7.6.2016; Уговор о функционисању Европске уније (УФЕУ) – Treaty on the Functioning of the European Union, ОЈ С115, 9.5.2008.

¹⁶ Закон о потврђивању споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге, Службени гласник РС – Међународни уговори, бр. 83/08. чл. 72.

¹⁷ УФЕУ чл. 3 тач. 3.

милијарди евра, од којих 85 милијарди отпада на услуге слободних професија.¹⁸ Управо те услуге, којима припадају и услуге такси превоза, оцјењују се као традиционално рестриктивне, а у тој области биљежи се вишедеценијско опадање продуктивности.¹⁹ За разлику од тржишта робе, тржиште услуга, коме припада и такси превоз, посебно је осјетљиво на хетерогеност у правном регулисању и традиционално је затворено националним границама. Либерализација тог тржишта кроз уклањање регулаторних баријера је једино могућа измјеном домаћих прописа, једностраном реформом или хармонизацијом.

У циљу поспјешивања либерализације сектора услуга, ЕУ је 2006. године донијела Директиву о услугама на унутрашњем тржишту.²⁰ Директивом се гарантује слобода правним и физичким лицима која имају сједиште или пребивалиште на територији неке од држава чланица да стално или привремено пружају или примају услуге под истим условима као и домаћа лица. Циљ Директиве је да се осигура једнак третман за домаће и стране даваоце и кориснике услуга, у формалном и материјалном смислу, без обзира на њихово држављанство, сједиште, боравиште и сл. То значи да је принцип недискриминације доминантан. Такође, настоји се олакшати поступак уласка на тржиште и том смислу захтјева се поједностављивање процедура издавања дозвола и других процедура у формалном смислу, транспарентност информација и непристрасност одлучивања. Директивом се дозвољава националним законодавцима да предвиде нека ограничења слободног и јединственог тржишта, ако су у складу са принципима недискриминације, нужности и пропорционалности.²¹ Иако су услуге превоза изузете из области примјене Директиве, она је важна јер поставља принципе на којима се темељи либерализација услужног сектора. Ти принципи *mutatis mutandis* важе и за такси превоз.

Поред Директиве о услугама, за либерализацију услуга такси превоза од значаја су прописи који се односе на друмски саобраћај. У том смислу важна је Уредба ЕУ о успостављању заједничких правила који се тичу услова за обављање дјелатности друмског превозника.²² Њени циљеви су у складу са Директивом о услугама, а то су: успостављање једнаких услова тржишне

¹⁸ *Contribution to Growth: The Single Market for Services*, European parliament, 2019, 21. Доступно на: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/631054/IPOL_STU\(2019\)631054_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/631054/IPOL_STU(2019)631054_EN.pdf), 10

¹⁹ Исто, 10

²⁰ Директива о услугама на унутрашњем тржишту (Директива о услугама) – Directive 2006/123/EC of the European Parliament and the Council of 12 December 2006 on services in the internal market, OJ L 376, 27.12.2006.

²¹ Исто, члан 15, став 3.

²² Уредба ЕУ о успостављању заједничких правила који се тичу услова за обављање дјелатности друмског превозника, Regulation 1071/2009/EC of the European Parliament and

утакмице, уједначена примјена правила у погледу приступа дјелатности и дјелотворно остваривање слободе настањивања.²³ Осим тога, предвиђени су и захтјеви у погледу пословног угледа, финансијске способности и стручне оспособљености превозиоца.²⁴ Њима се жели постићи успјешно функционисање саобраћајног система и заштита корисника превоза.

5. ТРЖИШНА ОГРАНИЧЕЊА

Национални прописи о такси превозу уобичајено садрже ограничења која онемогућују или отежавају улазак на тржиште нових конкурената и ограничења у начину пружања услуге, чиме се ограничава тржишна конкуренција и онемогућава јединствено тржиште. Исто тако, нека од тих ограничења онемогућују примјену интернет платформи у такси превозу, јер су у супротности са начином њиховог функционисања.

5.1. Квантитативна ограничења

Квантитативна ограничења односе се на ограничење укупног броја возила на одређеном подручју. Она се могу спровести простим одређивањем максималног броја такси возила,²⁵ или посредно, одређивањем броја дозвола које се издају превозиоцима на одређен број становника (једна лиценца на петсто, осамсто, хиљаду становника и сл.) или броја такси стајалишта.²⁶ Логика је једноставна, контролом броја возила контролишу се и проблеми. У основи овог ограничења јесте идеја да се на овај начин рјеша проблем загушења у великим градовима.²⁷ Легитимитет ових ограничења налази се у томе што се њима постиже одрживи баланс понуде и потражње, елиминише непотребно удупљавање услуге и гарантује доступност на географски изолованим и неприступанчим областима. Овај тзв. квота-систем омогућава постојећим привредним учесницима и одржив ниво добити.

Иако се Директивом о услугама не забрањују аутоматски квантитативна и територијална ограничења, већ она подлијежу провјери оправданости,²⁸

the Council of 21 October 2009 establishing common rules concerning the conditions to be complied with to pursue the occupation of road transport operator, OJ L 300, 14.11.2009.

²³ Исто, прамбула тач. 1.

²⁴ Исто, чл. 3.

²⁵ Закон о превозу путника у друмском саобраћају Србије чл. 94. На примјер, у Граду Београду је број такси возила ограничен на 4149. Рјешење о дозвољеном броју возила за обављање такси превоза у Граду Београду, *Службени лист Града Београда*, бр. 109/19.

²⁶ На примјер Кантон Сарајево у коме се једна дозвола даје на 700 становника. Закон о такси приевозу у Кантону Сарајево, *Службене новине Кантона Сарајево*, бр. 11/14, чл. 20.

²⁷ Више: Katrina M. Wyman, 32-40.

²⁸ Директива о услугама, члан 15, став 2, тач. 3.

у случају такси превоза тешко ће се наћи оправдање за њихово постојање. Овај облик ограничења представља препреку за улазак на тржиште потенцијалних пружаоца услуга. Слободан приступ тржишту је један од услова дјеловања закона конкуренције. Када је та слобода ограничена, тржиште није слободно. Либерално тржиште подразумева да однос понуде и потражње најбоље одређују број тржишних учесника.²⁹ Ово квантитативно ограничење, као препрека за улазак на тржиште, добија на интензитету у комбинацији са такси лиценцама које су непреносиве.³⁰ То практично значи да је улазак на нека тржишта немогућ дуго година.³¹ Исто се односи на проширење активности постојећих тржишних учесника. Једини начин за улазак на тржиште јесте преузимање читавих привредних друштава која имају дозволе.

У случају *Yellow Cab Verkehrsbetriebs GmbH* *упротив Landeshaupmann von Wien* Суд правде је јасно изразио став да је овај облик ограничења супротан члану 49 УФЕУ, односно онемогућује слободу пословног настанивања, те да је аргумент очувања профитабилности (у овом случају аутобуског сектора) чисто економске природе и да се, као такав, не може подвести под јавни интерес.³²

Ограничавање максималног броја возила на једној територији потпуно је у супротности са начином функционисања интернет платформе за уговарање услуга превоза. Интернет платформе позивају на понуду неограничен број лица да обављају превоз. У њиховом је интересу да што већи број возача приватних возила, која испуњавају услове, буду дио њихове флоте, јер тиме постају атрактивније другој страни – корисницима услуга, чије се могућности за проналазак слободног возила увећавају у оној мјери у којој се увећава број возила која се могу ангажовати путем платформе.

5.2. Ограничења у погледу сједишта превозиоца

Захтјев насељених мјеста (градова и општина) да физичка и правна лица која се желе бавити пружањем услуга такси превоза морају бити регистрована, односно, имати сједиште на њиховој територији, омогућује контролу броја такси возила која стварно пружају ту услугу. По правилу се прописује

²⁹ Међутим, квантитативна ограничења могу се посматрати и на супротан начин, као облик подстицања конкуренције, јер се њима ограничава приступ и монополизација тржишта од стране великих и мултинационалних компанија, што дугорочно може значити веће цијене и мањи квалитет. Вид. Laura Chierroni, "Deregulation as a Means of Social Policy," *Italian Journal of Public Law* 9, no. 2 (2017), 350.

³⁰ Закон о превозу путника у друмском саобраћају Србије чл. 15, ст. 3.

³¹ О пракси у Немачкој више: Thorsten Heilker, „Vergabep Praxis von Taxikonzessionen in Deutschland“, *Zeitschrift für Verkehrswissenschaft* 2, vol 87, 2016, 91-112.

³² Предмет *Yellow Cab Verkehrsbetriebs GmbH vs Landeshaupmann von Wien*, C-338/09 – Summary, тач. 2.

да превозиоци који имају пребивалиште или сједиште у једном мјесту могу само да завршавају вожње на територији другог или да транзитирају кроз њега.³³ Наведено ограничење се коси са принципом јединственог тржишта које је уставна категорија како у Србији, тако и у БиХ и један је од темељних принципа ЕУ.³⁴ На овај начин, свако насељено мјесто или подручје постаје одвојено тржиште, односно јединствено национално тржиште се дијели по мјесним (подручним) границама. Пошто се онемогућује конкуренција такси превозилаца са других подручја, смањује се број конкурената и увећава се могућност за међусобне договоре превозилаца присутних на одређеном локалном тржишту, нарочито у оквирима удружења таксиста – стварање картела.

Правилима којима се условљава право пружања такси услуге на територији мјесне самоуправе посједовањем сједишта или пребивалишта у њој повређује се право слободног настањивања.³⁵ Предузетницима и привредним друштвима који су регистровани на другом подручју не дозвољава се оснивање пословних јединица које би се бавиле такси превозом. То је супротно одредбама Директиве о услугама, којом се не дозвољавају забране пословног настана у више држава и слобода избора између примарног и секундарног настана.³⁶ Ово је класичан примјер онемогућавања пружања услуга, и то не привредним субјектима из друге државе, већ из сусједног мјеста.

5.3. Ограничења у погледу финансијске способности

Превозник који намјерава да приступи такси тржишту мора да има одговарајућу финансијску способност која се доказује, на примјер, посједовањем у својини бар једног возила или закљученим лизинг уговором.³⁷ То је доказ превозиоачеве озбиљности и способности да буде дио јавног превоза, за који је држава заинтересована да уредно функционише. Исто тако се за

³³ Закон о превозу путника у друмском саобраћају Србије, чл. 87а и 91; Закон о превозу у друмском саобраћају Републике Српске, чл. 55, ст. 1; Закон о такси превозу у Кантону Сарајево чл. 4 ст. 1; Уставни суд Републике Српске је констатовао да се овим ограничењем не утиче на јединствени привредни простор. Одлука Уставног суда Републике Српске, У-52/14.

³⁴ Устав Републике Србије, (*Службени Гласник РС*), бр. 98/2006, чл. 82, ст. 2; Устав БиХ члан 1, одјељак 4, Устав Републике Српске (*Службени гласник Републике Српске*), бр. 21/92 – пречишћен текст, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05), чл. 50; УФЕУ чл. 26, став 2.

³⁵ Директива о услугама, члан 15. У Уредби бр. 1073/2009 о заједничким правилима за приступ међународном тржишту услуга превоза обичним и туристичким аутобусима (Regulation No 1073/2009 on common rules for access to the international market for coach and bus services, *OJL 300*, 14.11.2009) гарантује се слобода пружања услуга и захтјева да се превозиоцима из свих држава осигура приступ међународном превозном тржишту без дискриминације на основу држављанства или мјеста пословног настана.

³⁶ Директива о услугама, члан 15, став 2, тач 2) и 3).

³⁷ Закон о превозу у друмском саобраћају Србије, чл. 9, ст. 4 и 5. Закон о превозу путника у друмском саобраћају Србије, чл. 87в, тач. (1).

обављање јавног превоза аутобусима, захтјева располагање новчаним средствима.³⁸ Ова одредба ефективно онемогућује коришћење интернет платформи у пружању услуга такси превоза. У пракси, управљачи платформе најчешће нису власници аутомобила којима се врши превоз. Возачи су ти који су власници возила и који обезбијеђују гориво, опрему и сл.

5.4. Ограничења која се тичу возача

Када је ријеч о условима који се прописују за возаче такси возила, обично се захтијева возачка дозвола Б категорије, звање возача, радно искуство и здравствена способност.³⁹ Међутим, захтјев посједовања стручне квалификације – звања возача – је сувишно ограничење, а иста је ситуација и са обавезом да возачи морају бити у радном односу са превозником.⁴⁰ Ова правила у директној су супротности са функционисањем интернет платформе за уговарање такси превоза које су засноване на идеји да сви возачи буду дио једног система, без обзира да ли су професионални возачи или нису. Дискутабилно је да ли је услов посједовања квалификације возача потребан и оправдан када је ријеч и о традиционалном такси превозу. Исто важи и када је реч о услову заснивања радног односа. У такси превозу који се уговара помоћу интернет платформе између возача и управљача платформе редовно нема уговора о раду, већ је то посебан уговорни однос.

Поред тога, поставља се и услов познавања града и културно-историјских знаменитости.⁴¹ Упркос намјерама законодавца да прописивањем овог услова подигне квалитет услуге таксе превоза, у ери интернета и апликација за навигацију, овај захтјев постаје сувишан.

5.5. Ограничења која се односе на возило

Када је ријеч о техничким условима за возила којима се обавља такси превоз, прописују се ограничења у погледу година старости, емисионих

³⁸ У Уредби бр. 1071/2009 о успостављању заједничких правила за обављање дјелатности друмског превозника, чл. 7, Закон о превозу путника у друмском саобраћају Србије чл. 22. Ако се пребацимо на терен компанијског права, у суштини, од њих се тражи да имају основни капитал. Улога основног капитала је да омогући средства за обављање дјелатности, заштити повјерице, али и да покаже озбиљност оснивача привредног друштва и њихову вјеру у успјех привредног подухвата. Може се рећи да је овај захтјев препрека уласку на тржиште, што је уједно и један од приговора за постојање института основног капитал у праву привредних друштава. Управо је ово законско рјешење посредан одговор на питање оправданости основног капитала при оснивању привредних друштава.

³⁹ Закон о превозу путника у друмском саобраћају Србије, чл. 87б.

⁴⁰ Закон о превозу путника у друмском саобраћају Србије ч. 87б, ст. 5.

⁴¹ Закон о превозу путника у друмском саобраћају Србије члан 87б, Закон о превозу у друмском саобраћају Републике Српске чл. 54.

стандарда, стандарда приступачности (нпр. број врата), обиљежавања возила и сл.⁴² Ова ограничења, тј. стандарди потпуно су примјениви и на превозице који закључују уговоре о превозу помоћу интернет платформе. Строгоћа захтјева у будућем регулисању зависиће од претежних циљева који се желе постићи. Тако је логично да Сарајево и Београд, као скоро најзагађеније престонице у свијету имају строже захтјеве у погледу емисионих стандарда. Ипак, овдје треба бити пажљив, јер претјерано строги захтјеви, нпр. године старости, могу утицати на смањење понуде превоза. Са аспекта права конкуренције, ова ограничења су баријере за улазак на тржиште. Међутим, њихово постојање могуће је правдати разлозима безбједности саобраћаја, заштите животне средине, заштите корисника превоза као потрошача, односно, заштитом јавног интереса.⁴³ За разлику од квантитативних ограничења, која су туп алат, јер су само у индиректној вези са циљевима који се желе постићи, ова ограничења су ефикасна, али њихово успјешно провођење захтјева поуздан и скуп систем надзора и санкционисања.⁴⁴

5.6. Цјеновна ограничења

Прописима о такси превозу локалних самоуправа редовно се цијена такси превоза ограничава. Могуће је да државни орган директно прописује цијене,⁴⁵ или да даје сагласност на цјеновник кога саставља превозилац.⁴⁶ Регулисање цијена од стране државе у директној је супротности са начелом слободне тржишне конкуренције. То се нарочито односи на одређивање доње границе превознине.⁴⁷ Сам поступак регулације је редовно управни, што отвара могућност разних злоупотреба (лобирање).

Препрека коришћењу интернет апликација су и одредбе закона према којима се превознина обрачунава помоћу таксиметра.⁴⁸ Да би се увеле апликације, неопходно је дозволити да се помоћу њих може израчунати превознина, као и да се фискални рачуни могу издавати електронски. Према важећим законским решењима, корисник није дужан платити превознину ако таксиметар

⁴² Закон о превозу путника у друмском саобраћају Србије, чл. 87в.

⁴³ Види: Дијана Марковић-Бајаловић, 105-108.

⁴⁴ J. Aarhaug, 1.

⁴⁵ Рјешење о економски најнижој цијени по којој се ауто-такси превоз путника мора обављати на територији града Београда, *Службени гласник Града Београда*, бр. 11/14.

⁴⁶ Закон о превозу у друмском саобраћају Републике Српске чл. 50; Закон о цестовном пријевозу ФБиХ, чл. 31, ст. 1.

⁴⁷ Као оправдање користе се разлози очувања профитабилности као компензације са услугом од 24 часа дневно и посебне стандарде који се морају задовољити за улазак на тржиште. Ипак, прописивање најниже цијене не може се сматрати оправданим. J. Aarhaug, 25.

⁴⁸ Закон о превозу путника у друмском саобраћају Србије, чл. 2, тач 41), Закон о превозу у друмском саобраћају Републике Српске чл. 50, ст. 1; Закон о друмском превозу ФБиХ чл. 38, ст. 1.

није био укључен или му није издат рачун.⁴⁹ Та правила имају за циљ фискално дисциплиновање превозиоца и заштиту корисника као потрошача, у чему су апликације још успјешније јер је за возача готово немогуће да их избјегне.

6. ЗАКЉУЧАК

Употреба интернет платформи у пружању и организовању услуга превоза путника из темеља је промјенила тржиште такси превоза. Њихова појава имала је за посљедицу обједињавање традиционално мјесних тржишта у веће цјелине и умањивање разлика између тих тржишта. У потрази за правним правилима која би регулисала пружање услуга такси превоза посредством интернет платформи у државама чланицама ЕУ су доношене противрјечне судске одлуке и отворена је широка дебата у научним круговима. Србија и БиХ се још увијек нису одлучиле за њихово регулисање прописима у области друмског саобраћаја. Ипак, интернет платформе се употребљавају и постале су глобални феномен и саставни дио живота и рада. Србија, као земља одређена за развој информационих технологија, али и друге државе, мораће наћи начин да их интегрише у саобраћајни систем, што значи измјена правне регулативе да би се то остварило.

Осим интернет платформи, на измјене тржишта такси услуга без сумње ће утицати и либерални привредни концепт ЕУ. Бројна постојећа правна правила, којима се регулише ова област, оштро су у сукобу са основним принципима на којима почива ЕУ, а прије свега, са начелима јединственог тржишта и слободне конкуренције. Генерално, либерализација читавог услужног сектора, па тако и такси превоза, је процес, чије интензивирање предстоји у самој ЕУ и у земљама које настоје постати њене чланице.

Како се у том процесу очекиване дерегулације, бришу, или бар губе на интензитету правна правила која наглашавају специфичности сваког појединачног тржишта, за очекивати је да се прописи којима се уређује такси превоз неће много разликовати од мјеста до мјеста и од државе до државе. Основано је претпоставити да ће под таласом либерализације бити избрисана квантитативна (количинска) ограничења у пружању такси услуга, која су изричито у праву ЕУ означена као негативна појава, као и цјеновна ограничења. Може се очекивати веће инсистирање на квалитативним ограничењима за улазак на тржиште, посебно строжи стандарди за аутомобиле.

С друге стране, велико је питање како ће очекивана дерегулација тржишта такси услуга утицати на остварење циљева ЕУ у области саобраћаја и рјешење бројних саобраћајних проблема, међу којима је најзначајнији проблем

⁴⁹ Закон о превозу путника у друмском саобраћају Србије, чл. 91б, Закон о превозу у друмском саобраћају Републике Српске чл. 53, ст. 1.

загушења. Ове очекиване промене утицаће на комплетан систем јавног превоза и на статус и положај постојећих такси возилаца. У либералном концепту, интерес појединачног потрошача је примаран, али државе морају водити рачуна о добром функционисању јавног превоза, већој запослености, очувању домаћих привредних субјеката и сл. Остаје да се види да ли ће и у којој мјери, локалне заједнице задржати своју аутономију, а државе чланице суверенитет и до ког нивоа ће допустити да ЕУ усвоји мјере за дерегулацију овог тржишта.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Дијана Марковић-Бајаловић, *Правни аспекти либерализације међународног промета услуга са посебним освртом на телекомуникације*, Службени гласник, Београд 2011;
- Emilia Lucia Catana, “Limite ale Principiilor Descentralizarii si Autonomiei Locale Reglementate Prin Cadrul Normative in Materia Serviciului Public de Transport Local Realizat in Regim de Taxi“, *Curierul Judiciar* 1/2010;
- European Parliament, *Contribution to Growth: The Single Market for Services*, 2019. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/631054/IPOL_STU\(2019\)631054_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/631054/IPOL_STU(2019)631054_EN.pdf);
- European Commission, *Study on passenger transport by taxi, hire car with driver and ridesharing in the EU*, 2016, https://ec.europa.eu/transport/modes/road/studies/road_cs;
- Jørgen Aarhaug, *Taxi as urban transport*, Institut of transport economic. Norwegian Centre for Transport Research 2014;
- Kataryna M. Wyman, „Taxi Regulation in the Age of Uber“ *New York University Journal of Legislation and Public Policy* 2017;
- Kevin Werbach, „Is Uber a Common Carrier“, *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society* 2015;
- Laura Chiaroni, „Deregulation as a Means of Social Policy“, *Italian Journal of Public Law* 9/2017;
- Monopolkommission der Bundesregierung, „Wettbewerbsdefizite auf Taximärkten, Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik“, Kapitel I, *Auszug aus Hauptgutachten XX*, 2012/2013, https://www.monopolkommission.de/images/PDF/HG/HG20/1_Kap_4_A_HG20.pdf;
- Paul Stephen Dempsey, „Taxi Industry Regulation, Deregulation & Reregulation: the Paradox of Market Failure“, *Transportation Law Journal* 1996;
- Радован Вукадиновић, *Увод у историју и право Европске уније*, Удружење за европско право, Крагујевац 2014;
- Светислав Јанковић, „Правни режим уговора о друмском превозу путника за кљученог путем интернет платформе“, *Право и приврега* 7-9/2019;
- Thorsten Heilker, „Vergabepaxis von Taxikonzessionen in Deutschland“, *Zeitschrift für Verkehrswissenschaft* 2016;
- Holger Neumann, „Die Urteile des EuGH über Entgelte nach der Bodenabfertigungsdienst-Verordnung“, *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht* 2005.

Dorđe R. Perišić
University of East Sarajevo
Faculty of Law
djordje.perisic@pravni.ues.rs.ba

Taxi Transport, Internet Platforms and Market Liberalization

Abstract: *Thinking about the legal regulation of the taxi services market in countries and cities around the world never stops. The emergence and use of internet platforms in the organization of passenger transport in large cities has led to the fact that anyone can find themselves in the role of a person who performs transport. Thus, taxi transport gained direct competitors, because it is clear that these two transport markets are largely substitutes. However, the existing, strict regulation of the taxi market does not recognize internet platforms and as such, prevents their functioning. The introduction of internet platforms in the transport system and their functioning in full capacity, as their creators imagined, means the previous abolition of numerous market restrictions on the taxi market, ie. liberalization.*

On the other hand, the existing market restrictions on the taxi market conflict with the liberal economic concept, present primarily in the European Union, but also in the Balkan countries. This is another reason why deregulation of this market can be expected. The paper presents the characteristics of this market and identifies the most important issues of the current legislation of Serbia and Bosnia and Herzegovina that could be disputable in the process of possible deregulation. The direction in which changes in national legislation will go can be seen to some extent by analyzing the current legal framework of the European Union and the case law of the Court of Justice.

Keywords: *Taxi; Liberalization of services; Internet platforms; Free market; Market restrictions.*

Датум пријема рада: 10.11.2021.

Датум достављања коначне верзије рада: 17.12.2021.

Датум прихватања рада: 30.12.2021.

Vladimir M. Ninković
University of Belgrade
Faculty of Security Studies
vladimirninkovic@yahoo.co.uk

CRITICAL INFRASTRUCTURE RESILIENCE – NATIONAL APPROACHES IN THE UNITED STATES OF AMERICA, THE UNITED KINGDOM AND AUSTRALIA

Abstract: *Securitization of the critical infrastructure as an important factor of national security has been among the aspects of wider changes in the security discourse since the end of the Cold War. The concept of critical infrastructure protection, initially focused on countering the terrorism threat, has been changing and expanding, from adopting the 'all-hazard approach', until the recent prevalence of the strategy of resilience in managing strategic security and operational risks. The sources of those risks are found mainly in climate-change induced natural hazards, as well as in global challenges of interconnection and interdependencies of critical infrastructure. The paper discusses the concepts of resilience and critical infrastructure, and then analyses the approaches to critical infrastructure protection and resilience in the United States, the United Kingdom and Australia. Analyzed are the official documents – strategies, laws and by-laws, reviews and guidelines produced by the governmental bodies of the mentioned countries, with the aim of clarification of the concept, as well as the country-specific variations in its operationalization.*

Keywords: *critical infrastructure, resilience, all-hazard approach, risk management, national security.*

1. INTRODUCTION

A complex security environment requires the balance between reactive and proactive activities of decision-makers. The progressive increase and unpredictable nature of modern security threats emanating from turbulent geopolitical environment, but also those that are immanent to internal system structures brought

about numerous changes in the way modern states consider national security. The concept of resilience basically contains an implicit assumption that the world surrounding us possesses system features characterized by dynamic changes and interdependencies. Nowadays security studies talk about community resilience, resilience to catastrophes and emergency situations, also organisational resilience. Challenges of managing business continuity, securing undisturbed supply chains and energy security are closely related to the concept of resilience, in the sense of a possible, and often preferred, risk management strategy.

Critical infrastructure security as an important factor of national security is just one of the aspects of wider changes in the security discourse since the end of the Cold War. In the words of Miriam Dunn Cavelty, the US military is responsible for the change of security discourse for two reasons – first because of the expansion of threats to security after the Cold War, and then also because of the change in perception of possible targets, since targets do not mean just military objects, but also some other “soft targets”.¹

The imperative of secure and resilient critical infrastructure is imposed not only as an answer to direct threats (either those caused by climate change, or political or economic situations), but also due to networking and so-called interdependence between critical infrastructures at national, international and global level. Just those complexity and infrastructure interdependences bring about more and more uncertainty, and that invokes the shift in protection trends from the approach oriented towards individual threats, through the all-hazard approach, all the way to the approach oriented towards resilience or system resistance, as a strategy for facing and managing system risks and uncertainties.

Accordingly, the first hypothesis of this paper is that, due to the complexity and uncertainty that characterize the mentioned risk sources, in the last two decades the resilience strategy has been favored over the anticipation strategy in managing strategic security and operational risks threatening critical infrastructure.

From this, the second hypothesis was evolved, that sources of strategic risks can be recognized primarily in natural hazards induced by climate change, and challenges of global networks (above all in the digital sphere) and interdependencies of critical infrastructures, rather than by isolated attacks of terrorist or criminal groups.

The hypotheses will be tested by analyzing official documents of the United States of America, the United Kingdom and Australia, and there will be chronologically tracked application and interpretation of terms of resilience and protection of critical infrastructure, as well as relations between those two concepts from the 1990s to most recent documents.

This research will, apart from theoretical deliberation of the concept of critical infrastructure resilience, try to provide an insight into the practical operationali-

¹ Myriam Dunn Cavelty, “*Critical Information Infrastructure: Vulnerabilities, Threats and Responses*”, UNIDIR Disarmament Forum, 3/2007, 16.

zation of that concept envisaged in mentioned documents. We are of opinion that analysis of operationalization of the critical infrastructure resilience concept may enable its practical use in the Republic of Serbia.

In the first part of the paper, we will provide a theoretical overview of the resilience concept and its application in security studies. The other part is dedicated to defining concepts of critical infrastructure and critical infrastructure protection. The last part is reserved for analysis of the effects of resilience strategy in managing risks to critical infrastructure in official documents of the USA, the UK and Australia.

2. THE CONCEPT OF RESILIENCE

The popularity of the term “resilience” over the last ten years or so can be attributed to the implicit or explicit recognition of shortcomings of traditional approaches to protection and prevention.² Also, observing society and nature as systems that tend towards balance was replaced with a dynamic view that emphasizes complex, non-linear relations between units that are in a state of continual change and a system facing discontinuities and uncertainties.³

As Walker and Cooper noticed, the term “resilience” proliferated since the formation of the US Department of Homeland Security and the publication of its *National Strategy for Homeland Security* in 2002.⁴ Many national security strategies nowadays employ the same term as something nations should strive towards, regarding terrorist attacks, natural disasters and technical-technological incidents, but also system risks such as climate and demographic changes. The popularity of this equivocal term brought about multiple attempts to define the concept of “resilience” in academic and expert literature, also in official documents:

- Capacity of a system to absorb disturbance, undergo changes, and retain the same essential functions, structure, identity and feedbacks.⁵
- Ability of systems, infrastructures, government, business and citizenry to resist, absorb, recover from, or adapt to an adverse occurrence that may cause harm, destruction or loss of national significance.⁶

² Zoran Keković, Vladimir Ninković, “Towards a Conceptualization of Resilience in Security Studies”, Српска политичка мисао, vol. 67, br. 1, 2020, 154.

³ Ola Dahlman, “Security and Resilience”, Resilience: Interdisciplinary Perspectives on Science and Humanitarianism, 2/ 2011, 40.

⁴ Jeremy Walker, Melinda Cooper, “Genealogies of Resilience: From Systems Ecology to the Political Economy of Crisis Adaptation”, Security Dialogue, 42/2011, 143-160.

⁵ Patricia H. Longstaff et al. “Building Resilient Communities: A Preliminary Framework for Assessment”, Homeland Security Affairs, vol.6, no.3, 2010, 1-23.

⁶ US Department of Homeland Security, What is Critical Infrastructure, <https://www.dhs.gov/what-critical-infrastructure>, 11. децембар 2019.

- Capacity of an organization to recognize threats and hazards and make adjustments that will improve future protection efforts and risk reduction measures.⁷
- The ability to reduce the magnitude and/or duration of disruptive events. The effectiveness of a resilient infrastructure or enterprise depends upon its ability to anticipate, absorb, adapt to, and/or rapidly recover from a potentially disruptive event.⁸
- The ability to adapt to changing conditions and prepare for, withstand, and rapidly recover from disruption.⁹

Although the term “resilience” has a long history of use in psychology and anthropology,¹⁰ we can safely assert that it was finally brought forth in 1973 in the seminal paper of ecologist Crawford Holling “Resilience and Stability of Ecological Systems”.¹¹ In accordance with Holling’s view, modern considerations of that concept recognize resilience as the key feature of complex adaptive systems,¹² among which are certainly critical infrastructures, being complex socio-economic-technical systems.

For certain authors, resilience is a risk management strategy rather than the desired state.¹³ Those authors contrast this strategy to anticipation,¹⁴ security, or protection.¹⁵

Anticipation is a threat-based risk management approach or strategy, so it can be characterized as risk management in the narrow sense. In this approach or strategy threats are identified, they are assigned certain probabilities of occurrence and consequences they would produce if realized, a risk registry is established, risks are prioritized, and for each identified risk mitigation measures are suggested. Anticipation strategy can be adequate for treating those risks that have reliable historical and statistical data, so they can be quantified with a certain degree of reliability. Therefore, this strategy is adequate for the critical infrastructure protec-

⁷ *Ibid.*

⁸ National Infrastructure Advisory Council, “*Critical Infrastructure Resilience: Final Report and Recommendations*”, 2009.

⁹ The White House, “*National Security Strategy*”, 2010.

¹⁰ For detailed description of academic application of the term “resilience” through history see: David E. Alexander, “*Resilience and disaster risk reduction: an etymological journey*”, *Natural Hazards and Earth System Sciences*, 13/2013, 2707-2716.

¹¹ Crawford S. Holling, “*Resilience and Stability of Ecological Systems*”, *Annual Review of Ecology and Systematics*, 4/1973, 1–23.

¹² Edwine Barasa, Rahab Mbau, Lucy Gilson, “*What is Resilience and How It Can Be Nurtured? A Systematic Review of Empirical Literature on Organizational Resilience*”, *International Journal of Health Policy Management*, vol. 7, no. 6, 2018, 491-503.

¹³ P.H. Longstaff et al., 2010.

¹⁴ Aaron Wildavsky, *Searching for Safety*, Transaction publishers, New Brunswick/Oxford 1991.

¹⁵ Christian Fjäder, “*The nation-state, national security and resilience in the age of globalization*”, *Resilience*, vol. 2 no.2, 2014, 114-129.

tion or security approach, since this approach was initially aimed at clearly defined threats of terrorist attacks.

On the other hand, resilience is the recommended strategy in managing those risks that are characterized by a high level of uncertainty (or very low probability), but high impact. According to mentioned authors, threats generated by complex phenomena are characterized by a low level of predictability, but potentially extremely big consequences. Namely, if we cannot predict oncoming danger, prevention and protection become extremely hard and with a low ratio of price and efficiency. Likewise, Baum argued that the concepts of risk and resilience are related, but that resilience should be favored for managing unknown, unquantifiable, systemic risks.¹⁶ According to Wildavsky, resilience and anticipation are two strategies that when used in a balanced manner, can result in the optimal level of security.¹⁷

Resilience is an asset-based, not a threat-based risk management strategy. For Fjäder, the concepts of resilience and security are opposed to each other: “security is essentially preventive and proactive in nature, [...] whereas resilience is a combination of proactive and reactive measures aiming at reducing the impact but not at preventing threats as such. Just the opposite, the notion of resilience suggests that preventive measures were not fully effective, so that consequentially focus is shifting to minimizing of disruption of critical functions, when an event took place despite everything”.¹⁸ Similar to Fjäder, Kaufmann stated that the concept and paradigm of security primarily relates to making proactive decisions, in accordance with which futures in which the contingency in question does not or should not materialise are planned.. Contrarily to this paradigm, policies made upon resilience postulates are based on a premise that disturbances will necessarily occur.¹⁹ In other words, the risk is accepted as a social reality that cannot be controlled or changed, but that can be overcome through processes of strengthening, or some kind of preparedness for them.²⁰

3. CRITICAL INFRASTRUCTURE

The term “critical infrastructure” was coined in the 1990s. Namely, in the US President’s Commission report from 1997, infrastructure was, without the prefix “critical” defined as “a network of independent, mostly privately-owned, manmade systems and processes that function collaboratively and synergistically to produce

¹⁶ Seth D. Baum, “*Risk and Resilience for Unknown, Unquantifiable, Systemic and Unlikely/ Catastrophic Threats*”, *Environment Systems and Decisions*, 35/2015, 230.

¹⁷ A. Wildavsky, 1991, 89 and further on.

¹⁸ C. Fjäder, 2014, 122-123.

¹⁹ Mareile Kaufmann, “*Emergent self-organisation in emergencies: resilience rationales in interconnected societies*”, *Resilience*, vol.1, no.1, 2013, 55.

²⁰ Olga Pavićević, “*Koncept otpornosti u sociologiji*”, *Sociologija*, vol.58, br.3, 2016, 435.

and distribute a continuous flow of essential goods and services.”²¹ In the same document eight infrastructures were identified as “vital”, i.e., “critical”. Those infrastructures are telecommunication, energy systems for production and exploitation of electric power, natural gas and oil, banking and finances, traffic and transport, water supply systems, government offices and emergency situations relief services.²² The report concluded that the state is so dependent on these infrastructures that the US Government must consider them within the concept of national security, thus these infrastructures were classified as critical.²³ Nowadays, the US Government, on the website of the Department of Homeland Security, defines critical infrastructure as “assets, systems and networks, physical and virtual, that are of vital significance for the United States because their destruction or disablement would compromise security, economy, public health or security, or a combination thereof”.²⁴

In June of 2004 the European Council required from the European Commission to prepare a comprehensive strategy for protecting critical infrastructure. In a Communiqué that Commission sent to the Council, critical infrastructure was defined as “physical and IT information plants, networks, services and other protected assets that, in case of disablement or destruction, could have a serious negative impact on health, security or economic welfare of citizenry or efficient functioning of governments of the European Union”.²⁵ A similar definition can be found in a proposal by the European Commission on the identification of the European Critical Infrastructure (ECI) from December of 2006.²⁶ The final directive from December of 2008 states that “European critical infrastructure implies a plant, system or a part thereof situated in the territory of Member Countries that is of essential importance for maintaining vital social functions, health, security, safety, economic and social welfare of people, whose incapacitating or destruction would have a significant impact on Member Country as a result of lack of maintenance of these functions”.²⁷

²¹ The President’s Commission on Critical Infrastructure Protection (PCCIP), *Critical Foundations: Protecting America’s Infrastructures*, Washington 1997, 3.

²² *Ibid.*

²³ Elgin M. Brunner, Manuel Sutter, *International CIIP Handbook 2008/2009 – An Inventory of 25 National and 7 International Critical Information Infrastructure Protection Policies*, Center for Security Studies, ETH Zurich 2009, 37.

²⁴ US Department of Homeland Security, What is Critical Infrastructure, <https://www.dhs.gov/what-critical-infrastructure>, December 11, 2019.

²⁵ European Commission, *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament – Critical Infrastructure Protection in the fight against terrorism* (COM/2004/0702 Final), Official Journal of the European Union 2004.

²⁶ European Commission. *Proposal for a DIRECTIVE OF THE Council on the identification and designation of European Critical Infrastructure and the assessment of the need to improve their protection*, (CNS 2006/0276*), Official Journal of the European Union 2006.

²⁷ European Council, *Council Directive 2008/114/EC of 8 December 2008 on the identification and designation of European critical infrastructures and the assessment of the need to improve their protection*, Official Journal of the European Union 2008, 345/75-345/82.

The Republic of Serbia defines the notion of critical infrastructure similarly. According to The Law on Critical Infrastructure, critical infrastructure represents “systems, networks and objects or parts thereof, whose disrupted functioning or ceasing of delivery of goods or services can have serious consequences to national security, health or lives of citizens, property, environment, the safety of citizens, economic stability, i.e. endanger the functioning of the Republic of Serbia”.²⁸ The Law identifies the following sectors as critical: energy, transport, water and food supply, health, finances, telecommunication and information technologies, environment protection, functioning of state organs.²⁹

The syntagm of critical infrastructure protection (CIP) was first used by US president William Clinton in 1996, after the terrorist attack on the federal building in Oklahoma City in 1995.³⁰ Activities and protection measures of critical infrastructure were in the beginning focused on the prevention of terrorist attacks, but later other, primarily anthropogenic threats, were added.

As per Serbian Law on Critical Infrastructure, critical infrastructure protection is defined as a “set of activities and measures aimed at ensuring the functioning of critical infrastructure in case of obstruction or destruction, i.e. protection in case of threats and prevention against consequences of obstruction or destruction”.³¹ This definition, as is obvious, incorporates strategies of anticipation and resilience, in order to secure business continuity of critical infrastructure after a disruptive event.

4. CRITICAL INFRASTRUCTURE RESILIENCE

In the last twenty years in academic, but also practical discourse there is a noticeable shift of the focus from the concept of protection towards the resilience of critical infrastructure. Shortcomings of classic risk management based on quantitative assessments have been increasingly considered, as well as consideration of crisis management as an area separate from risk management. Still, in the beginning, the focus shifting towards the resilience of critical infrastructure was primarily oriented toward technical-technological solutions, i.e. on the physical strengthening of potential targets. This discourse shift in security approach originated after key events: the first phase, initiated by the terrorist attack of 9/11 lasted from 2001 to 2005 and focused on terrorism and endangering of physical infrastructure as an element of asymmetrical warfare between Islamic terrorist

²⁸ Закон о критичној инфраструктури Републике Србије, Службени гласник РС, бр. 87/2018, чл. 4.

²⁹ *Ibid.*, чл. 5.

³⁰ William J. Clinton, *Executive Order 13010 – Critical Infrastructure Protection*, July 15, 1996.

³¹ Закон о критичној инфраструктури Републике Србије, Службени гласник РС, бр. 87/2018, чл. 2.

groups and the “West”. In phase two, after hurricane Katrina, from 2006 to 2011, all-hazard approach was recommended, considering the fact that endangerment of critical infrastructure does not necessarily stem from anthropogenic threats only, but also natural hazards. The series of cyber attacks on critical infrastructure systems³² stipulated that, apart from physical objects, digital networks should also be included among systems of outstanding value for the welfare of nations and economies. Those digital networks may be jeopardized not only by physical threats and natural hazards, but by “cyber threats” as well. Consequently, national centres for the prevention of security risks in information-communication systems, Computer Emergency Response Teams (CERTs), and other institutions for cyber security assumed an important role in critical infrastructure protection. After the Fukushima disaster in 2011, deliberations focused more on phenomena of interdependence, cascade effects, and concurrent crises. Interdependence of critical infrastructures is explained by the impact of damage or disruption of one critical infrastructure (sector) on other infrastructures.³³ Also, the continuity of the functioning of critical infrastructures becomes at least as important concept as the protection itself.

These theoretical deliberations have made an impact on decision-makers and legislators. Hereinforward we will analyze solutions in the application of these theoretical concepts in official documents of the United States of America, the United Kingdom and Australia.

4.1. The United States of America

As already explained, the syntagms “critical infrastructure” and “critical infrastructure protection” were first mentioned in the US presidents’ directives. The Homeland Security Act of 2002 stipulated the formation of the Department of Homeland Security (DHS).³⁴ Within competence of the Department will, further on, be all activities related to critical infrastructure protection at a national level.³⁵ The Law on Agency for Cyber and Infrastructure Security established the agency of the same name (Cyber and Infrastructure Security Agency – CISA) within the DHS, to serve as the coordination body for all identified critical infrastructure sectors.

Still, in the United States, there is no separate strategic or regulatory document that specifically addresses the resilience of critical infrastructure, although the “approach directed to all threats” has been applied for fifteen years already.

³² This is primarily related to attacks on Estonia’s e-administration in 2007, and so-called “Stuxnet” attack on Iranian nuclear program.

³³ Zoran Keković, Vladimir Ninković, *Zaštita kritične infrastrukture – sistemski pristup*, Beograd, Centar za analizu rizika i upravljanje krizama 2021, 34-35.

³⁴ Homeland Security Act of 2002. Washington D.C.: U.S. Congress. Name of the institution in Serbian translations is Министарство отаџбинске безбедности.

³⁵ Z. Keković, V. Ninković, 2020b, 56.

Namely, the Critical Infrastructure Task force of Homeland Security Advisory Council initiated in 2006 a debate on the excessive focusing of state policies on critical infrastructure protection from terrorist attacks, while neglecting other threats. The Taskforce emphasized that the US Government policies favored investments into security measures such as video surveillance, security personnel, etc., but did not encourage efforts to enable protected assets to maintain functions at a certain level, or to recover the full function after an attack.³⁶ Such efforts, according to the Taskforce, could include increased redundancy (e.g. multiple backup power sources) or the designing of more robust systems.³⁷ The first recommendation of the Taskforce was to promote the concept of critical infrastructure resilience as a primary strategic goal to be considered in planning national policies.³⁸

Soon afterwards, the term “resilience” entered official US documents. The National Strategy for Homeland Security from 2007 linked the “structural resilience” of critical infrastructure with “operational resilience” of emergency services, government institutions and private companies in a crisis. This strategy highlighted that none of the threats these systems might face is entirely predictable, so it gives precedence to the resilience concept over the older concept of prevention.³⁹ According to the Strategy, resilience can, inter alia, be achieved through the dispersion of key functions onto multiple service providers, a flexible supply chain and linked systems.⁴⁰

In the National Infrastructure Advisory Council’s (NIAC) 2009 report, critical infrastructure resilience is defined as an “ability for reduction of the magnitude, impact or duration of a disruption”.⁴¹ According to that report, resilient critical infrastructure possesses the following characteristics:

- Robustness – ability to maintain critical functions and to absorb impacts resulting from a crisis or disruption.
- Resourcefulness – ability to prepare, respond and manage crisis or disruption through establishing and maintaining adaptive capacities for redirection of resources and assets.
- Quick recovery – ability for fast and efficient returning to normal operational mode.⁴²

³⁶ Homeland Security Advisory Council, *Report of the Critical Infrastructure Task Force*, January 2006.

³⁷ John Moteff, *Critical Infrastructure Resilience: The Evolution of Policy and Programs and Issues for Congress*, CRS Report for Congress, August 23, 2012.

³⁸ Homeland Security Advisory Council, 2006, iii.

³⁹ Department of Homeland Security, *The National Strategy For Homeland Security*, October 2007.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 28.

⁴¹ National Infrastructure Advisory Council (NIAC), *Critical Infrastructure Resilience*, Washington DC 2009, 2.

⁴² *Ibid.*, p. 24.

Presidential Directive 21 – “Security and resilience of critical infrastructure” from 2013, highlights the need for the existence of safe, operative and resilient critical infrastructure, in order to maintain continuity of essential state functions.⁴³ Unlike documents enacted directly after the attack on Twin Towers that were overwhelmingly motivated by terrorist attack threats, in this directive noticeable is an all-hazard approach, as well as the phenomena of interdependency and “cascade effect”. This directive emphasizes the criticality of energy and communication systems, due to their impact on all other critical infrastructure sectors.⁴⁴

4.2. The United Kingdom

Gradual abandoning of exclusive orientation on terrorism threat and focus shifting towards all-hazard approach and resilience occurred also in other countries that were included in the “War on Terror”. Sir Michael Pitt’s review of the United Kingdom (UK) government response to catastrophic floods that hit the UK in 2007 exposed for the first time shortcomings of critical infrastructure protection policies vis-a-vis natural hazards. Pitt concluded that “the government should establish a systematic, coordinated, cross-sector campaign to reduce the disruptions caused by natural events to critical infrastructure and essential services”.⁴⁵

“The Strategic framework with the statement on policy”⁴⁶ that adduces Pitt’s report published in 2010 provides more specific guidelines for operationalization

⁴³ Presidential Directive has legal power of Executive Order, and is different just in its form. Compare: Randolph D. Moss, “*Legal Effectiveness of a Presidential Directive, as Compared to an Executive Order – Memorandum Opinion for the Counsel to the President*” Opinions of the Office of Legal Counsel in Volume 24, 2000, 29-30. On function and legal power of executive orders by US president see: Harold Relyea, *Presidential Directives: Background and Overview*, CRS Report for Congress – Order Code 98-611 GOV, 2008. and Danilo Stevandić, “*Izvršne uredbe Predsednika Sjedinjenih Američkih Država*”, Pravni zapisi, vol.3, br, 1, 2012, 198-216.

⁴⁴ The Department of Homeland Security has competence over eight critical infrastructure sectors (chemical industry; objects with a commercial purpose; communications; manufacturing of critical goods; dams; emergency services; information technologies; nuclear reactors, materials and waste). The Department of Homeland Security has co-competence also over objects that are US Government property (together with General Services Administration) and transport systems (with the Department of Transport). The sector of arms industry is under competence of the Department of Defence, the energy sector – Department of Energy, finances – Department of Treasury, health and public health – Department of Health and Human Services, water and sewage management – Environment Protection Agency, while the sector of agriculture and food production is under co-competence of the Department of Agriculture and the Department of Health and Human Services. Presidential Policy Directive/PPD-21, February 12, 2013, <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2013/02/12/presidential-policy-directive-critical-infrastructure-security-and-resil>. January 25, 2020.

⁴⁵ Michael Pitt, *Learning Lessons from the 2007 Floods. An Independent Review by Sir Michael Pitt, Interim Report (The Pitt Review)*, U.K. Government, London 2007, 99.

⁴⁶ *Strategic Framework and Policy Statement on Improving the Resilience of Critical Infrastructure to Disruption from Natural Hazards*, Cabinet Office, March 2010.

of the resilience concept, with a focus on natural disasters, primarily floods. According to the Strategic framework, the main goal is “to identify and assess risks from natural hazards, and thereafter to develop a range of options to avoid, transfer, accept, reduce or share those risks. Options could vary from the provision of physical protection through the relocation of assets, or the provision of alternative supplies, or improved arrangements for emergency response”.⁴⁷ Further on, the Strategic Framework emphasizes that it is “important to get the balance right between investment in the critical infrastructure itself and investment in emergency response and recovery capabilities and plans. A programme to improve resilience within the UK’s critical infrastructure will need to encompass prevention, protection, response and recovery important to achieve right balance between investing into critical infrastructure and investing into response to emergency events, capacities and recovery plans. In an increasingly networked society, it will also need to take account of dependencies and interdependencies within and between sectors”.⁴⁸

At the same time, the Strategy on the national security of the UK from 2010 accepted resilience as a risk management strategy suitable for tackling unpredictable risks.⁴⁹ The Strategy emphasized the importance of the resilience of networks of major British companies to cyber attacks and severe disruptions of telecommunication systems.⁵⁰ Finally, one of the listed “tasks of the national security” is to “provide resilience for the UK by being prepared for all kinds of emergencies, able to recover from shocks and to maintain essential services”.⁵¹

Strategic Defence and Security Review from the same year listed conditions that should be met to achieve the abovementioned task, among them security and resilience of the infrastructure most critical to keeping the country running (including nuclear facilities) against attack, damage or destruction; crisis management capabilities able to anticipate and respond to a variety of major domestic emergencies and maintain the business of government; resilient supply and distribution systems for essential services; effective, well organized local response to emergencies in the UK, building on the capabilities of local responders, businesses and communities.⁵² The review also envisaged establishment of a new Infrastructure Security and Resilience Advisory Council, which would significantly enhance cooperation between public and private sectors and improve their resilience to all kinds of hazards and threats, particularly with regard to cyber-attacks.⁵³

⁴⁷ *Ibid.*, 5.

⁴⁸ *Ibid.*, 7.

⁴⁹ *National Security Strategy – A Strong Britain in an Age of Uncertainty*, HM Government, 2010, 25.

⁵⁰ *Ibid.*, 29.

⁵¹ *Ibid.*, 33.

⁵² *Strategic Defence and Security Review – Securing Britain in an Age of Uncertainty*, HM Government, 2010, 14.

⁵³ *Ibid.*, 49.

The following defence and security strategic documents with no exception include critical infrastructure resilience among pillars of national security. Section G, “Crisis Response and Resilience” of the National Security and Defence Review from 2015, begins with the following sentence: “The UK’s resilience depends on all of us – the emergency services, local and central government, businesses, communities and individual members of the public”.⁵⁴ In the same chapter, it is argued that the large parts of critical infrastructures are in the private sector, which therefore requires joint efforts of the Government and infrastructure owners and operators to mitigate risks from malicious attacks and natural hazards, as well as from cyber threats.⁵⁵ Finally, it was highlighted that essential services must be able to carry on running in the event of a widespread power cut, and that new measures should be introduced to ensure enhanced resilience towards that risk.⁵⁶ The frequency of the term “resilience” also increased, so in comparison to 11 mentions in the 2010 National Security Strategy, in the 2015 *National Security Strategy and Strategic Defence and Security Review* the term was used 53 times.

Annual reviews that monitor the application of the national security and defence strategy concretize these requests. Therefore, in the 2019 review (Third Annual Review), section 2.100 emphasizes the efforts made by the Government to form an adequate and change existing regulatory framework to achieve the resilience of National critical infrastructure to future threats, and keep the evolving risk landscape under continual review to identify impacts to the security and resilience of critical infrastructure.⁵⁷ It was confirmed that multisector regulatory solutions were introduced, with examples including the network and information systems regulations and the amendment to the Enterprise Act from 2002. Also, the Third Annual Review mentions that a White Paper published in 2018 provided substantive proposals how national security implications of foreign investment may be scrutinized.⁵⁸

In the Third Annual Report on the Cyber Security of the UK’s National Infrastructure for the period 2017-2019, critical infrastructure protection against cyber threats is considered to be a ‘wicked’ problem, and thus the recommended approach is resilience, not security.⁵⁹ Resilience, according to the Report, requires strengthening of regulatory framework, improvement of ‘culture’ of owners and

⁵⁴ *National Security Strategy and Strategic Defence and Security Review*, HM Government, 2015, 43.

⁵⁵ *Ibid.*, 44.

⁵⁶ *Ibid.*, 44.

⁵⁷ *National Security Strategy and Strategic Defence and Security Review 2015. Third Annual Report*, 24.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Cyber Security of the UK’s Critical National Infrastructure. Third Report of Session 2017-2019*, Joint Committee on the National Security Strategy. House of Lords, House of Commons, 2018, 8.

operators of CI, which means improving day-to-day cyber ‘hygiene’ (policy of minimum access, passwords, etc.) and risk assessment in the supply chain.⁶⁰

Finally, the recently published Resilience Study Scoping Report by the UK National Infrastructure Commission is a good indicator of a tendency towards the all-hazard approach. At the very beginning of the document, it is stated that “the UK’s current and future infrastructure must be resilient to the growing challenges of climate change, population growth and an increasing reliance on, and integration of, digital technologies. This is on top of day-to-day challenges around changes in the economy, from natural hazards and from security threats. (...) It is difficult to find examples of holistic and cross sector approaches to resilience, and there is not yet an overall understanding of the resilience and vulnerabilities of the UK’s economic infrastructure”.⁶¹

Especially important is Commission view that in next period its efforts should be directed to following issues:

1. What are the systemic issues that make infrastructure vulnerable to current shocks and future changes and how could they be addressed?
2. What does the public expect of infrastructure services and how should their views be considered in decisions about resilience?
3. What changes to governance and decision making could improve current levels of resilience and ensure future challenges are addressed?⁶²

4.3. Australia

Australia, due to its specific geographical position and geopolitical role in the world, early on discarded the dominant narrative that terrorism is a “threat above all threats” to critical infrastructure and national security. Theoreticians, decision-makers and legislators, all realized that on huge Australian wastelands the climatic phenomena, as well as its dependence on external resources, are extremely disruptive factors. Towards the end of the first decade of this century, the resilience strategy started to take over supremacy over the protection/security approach. As the introduction to Critical Infrastructure Resilience Strategy stated: “The review on critical infrastructure of 2009 found that, while it is possible to plan protection measures for some incidents that may affect critical infrastructure, given the broad range of potential threats and hazards, including natural disasters, pandemics, negligence, accidents, criminal activity, or computer network attack, it is not possible to foresee, mitigate or prevent all of these events. In particular, protective security measures alone cannot mitigate supply chain disruption, nor ensure the rapid restoration of services. Owners and operators of critical infra-

⁶⁰ *Ibid.*, 31-32.

⁶¹ *Resilience Study Scoping Report*, National Infrastructure Commission, September 2019, 4.

⁶² *Ibid.*

structure often have limited capacity to continue operations indefinitely if the essential goods and services they require are interrupted. Therefore, a resilience approach is more suitable for activities in response to all hazards”.⁶³

Official Australian terminology makes a clear difference between concepts of security/ protection, and critical infrastructure resilience, as well as the institutional competencies over them.

The Australian Security of Critical Infrastructure Act of 2018 seeks to manage the complex and evolving national security risks of sabotage, espionage and coercion posed by foreign involvement in Australia’s critical infrastructure.⁶⁴ The Act applies to some two hundred organizational systems across sectors of electric energy, gas infrastructure, water management and seaports. Critical infrastructure security falls under the competence of the Department of Home Affairs of Australia, which also keeps the registry of critical infrastructure and can require detailed information from critical infrastructure owners and operators.⁶⁵ The Act empowers the Department to impose certain risk mitigation measures on owners and operators of critical infrastructure, if they were not previously implemented, or were implemented in an inadequate manner.⁶⁶

The systematic network for improving the resilience of critical infrastructure was formed already in 2003 in a form of the Trusted Information Sharing Network – TISN. This platform is used for information exchange between government institutions and the private sector through coordination of responses to security challenges and potential disruptions of continual operation, in order to improve critical infrastructure resilience.⁶⁷ The sectors incorporated in the Network are: banking and finance, communications, energy, health, agriculture, food production and distribution, transport and water management. Also, within the network, specialist forums and the expert group for resilience are established. The Network activities include the development of a common activity framework, guidelines and plans, and organizing exercises and workshops directed towards specific threats to these sectors.

The first Critical Infrastructure Resilience Strategy was enacted in 2010.⁶⁸ The strategy envisaged a wide spectrum of activities aimed at improving CI resilience: from capacity building, promoting resilience concept and widening the corpus of practical knowledge, all the way to establishing Critical Infrastructure

⁶³ *Critical Infrastructure Resilience Strategy – Policy Statement*, 2015, 2.

⁶⁴ *The Security of Critical Infrastructure Act*, 2018, <https://www.homeaffairs.gov.au/about-us/our-portfolios/national-security/security-coordination/security-of-critical-infrastructure-act-2018>, 14. april 2021.

⁶⁵ *Ibid.*, 3.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Trusted Information Sharing Network, <https://www.tisn.gov.au/Pages/default.aspx>, 16. april 2021.

⁶⁸ *Critical Infrastructure Resilience Strategy*, 2010.

Program for Modeling and Analysis that models and simulates the behavior of critical infrastructure system and ‘cascade effects’ of disruption in one sector to other sectors.⁶⁹

The new strategy, published in 2015, was divided into the policy statement and practical part. On a national level, the term “critical infrastructure protection” was used to describe activities or measures for mitigating risk from the specific terrorist threat, whilst the term “critical infrastructure resilience” includes government all-hazard approach, including the terrorism threat.⁷⁰ The goal of the Strategy was defined as the continual functioning of critical infrastructure in the face of all hazards.⁷¹

The Strategy envisages two approaches for accomplishing the mentioned goal. The first one is a management of predictable risks using the approach based on risk assessment and management. The other one is the management of unpredictable risks, i.e. uncertainties, which can be accomplished through an organisational resilience approach.⁷² “Organisations must build an inherent capacity to respond to unforeseen or unexpected risks and events. In the face of adversity, organisations with a strong resilience culture and capability will maintain operational continuity for longer, and return to normal business more quickly. (...)An organisation with a strong resilience culture is more likely to share information with others, learn from crises, have flexible approaches to problem-solving and have collaborative relationships with government and the industry sectors. An organisational resilience approach does not preclude the use of traditional risk management practices. Highly resilient organisations are able to adapt and utilise risk-based methods and tools more flexibly and across a range of circumstances. In addition to planning for reasonably foreseeable risks, resilient organisations prepare for uncertainty and ensure their arrangements are adaptable and scalable to disruptions of all kinds”⁷³

Also, the two most populous states of the Australian Commonwealth, New South Wales and Victoria, developed their own strategies and harmonized them with the national one.⁷⁴ The state of Victoria also developed guidelines for the Minister of police and emergency services for the operationalization of the strategy,⁷⁵ as well as annual reports on critical infrastructures resilience. The annual reports identify key risks that eight identified critical infrastructure sectors are facing, and initiatives undertaken to improve their resilience.⁷⁶

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Critical Infrastructure Resilience Strategy – Policy Statement*, 2015,2.

⁷¹ *Ibid.*, 3.

⁷² *Ibid.*, 7-8.

⁷³ *Ibid.*, 8.

⁷⁴ *NSW Critical Infrastructure Resilience Strategy – Partner, Prepare, Provide*, State of New South Wales, 2018. *Critical Infrastructure Resilience Strategy*, State of Victoria, 2015.

⁷⁵ *Ministerial Guidelines for Critical Infrastructure Resilience*, State of Victoria, 2016.

⁷⁶ *Victoria’s Critical Infrastructure All Sectors Resilience Report 2020*, State of Victoria, 2021.

5. CONCLUSION

In the last two decades, the focus of critical infrastructures protection shifted from the threat of international terrorism to natural disasters, cyber threats, risks originating due to interdependence of critical infrastructures, systemic risks such as climate changes and migrations, and finally to the acceptance that not all risks can be predicted. This change of paradigm occurred due to efforts of academic community and practitioners of risk management that denoted that the highest risks to critical infrastructure, and therefore to the well-being of societies, do not come from statistically predictable events. Also, developed countries are increasingly aware that their well-being depends on undeveloped countries; therefore, the control of systemic risks, inherent to the modern supply chains' structure, will necessarily be set up as an unavoidable topic of critical infrastructure resilience.

Briefly, the meaning of critical infrastructure resilience amounts to the following:

- Critical infrastructure, especially its business and operational continuity, is of key importance for the social and economic prosperity of the state.
- Resilient critical infrastructure has a key role in accomplishing wider principles of communal and disaster resilience.
- Public and private sector have a common responsibility for critical infrastructure resilience, which requires establishment of a strong partnership and sufficient trust for an efficient exchange of sensitive information.

National approaches reviewed in this text come from highly developed countries, those that in the last decades put resilience as a risk management strategy of choice on the worldwide agenda. Common to all these approaches is that they see the global phenomena such as climate change, infrastructure networks and interdependencies, foreign ownership over critical infrastructure systems and geopolitical dynamics as sources of strategic risks to which resilience strategy may provide answers. Notwithstanding, it is possible to notice differences between the national approaches in the level of operationalization of the concept of resilience in official documents – laws, regulation acts, strategies, reports and studies.

From regulation acts, strategies and reports of relevant US institutions, it is not possible to get a clear picture of what is concretely understood as critical infrastructure resilience. Except for isolated mentioning of resilience as a desired state of the infrastructure, or preferred strategy for managing “all-hazards”, there is no strategical, regulatory or methodical USA document that would operationalize the meaning of that notion, suggest initiatives, activities and measures in order to improve resilience, neither legal sanction against owners and operators that fail to execute those initiatives, activities and measures.

The UK publicly available documents emphasize the need for closer linking of the public and private sector in strengthening alertness, planning and response to unwanted events, and consider the phenomena of multirisks, organizational and

security culture, while a special place was given to deliberating responses to new risks in digital domains and those induced by climate changes.

Finally, for almost two decades Australia has had an institutionalized approach to critical infrastructure resilience, with separate strategic and methodical documents, both on national level and the level of its states. From the Australian documents reviewed in this paper, particularly from guidelines for application of the National Resilience Strategy, we can understand the specific measures, initiatives and activities taken vis-a-vis management of complex risks such as the foreign ownership over critical infrastructure, COVID-19 pandemics and forest fires in the state of Victoria.

Critical infrastructure is the term that has recently entered the legislation of the Republic of Serbia. Regardless, in the Serbian Law on Critical Infrastructure, as in the regulatory acts of the EU and its member states, the concept of resilience has still not taken enough hold. Therefore, we are of opinion that it may be beneficial to observe the good practice of the countries analyzed in this paper. That, of course, does not mean we should neglect protecting our most important systems from anthropogenic security threats like terrorism, espionage, sabotage, or crime. Still, the protection approach alone is inadequate for those risks that most often severely disrupt the delivery of critical products and services of those systems. Namely, in 2014 the energy system of Serbia was severely affected by the so-called “May Floods”. At the time of writing this paper, health and education sectors, among many others, have been severely hit by COVID-19 pandemic. Also, it is well documented that geopolitical events, such as an increased enmity between Russia and Ukraine, can bring about the disruption of energy supply chains. Finally, digitalization and impact of information-communication technologies on all sectors have incurred emerging risks that can be managed in a systemic manner only.

Certainly, further research is needed that would help governments and organizations to understand how exactly they could become resilient. Without it, resilience may remain just one of numerous vague and trendy academic concepts. We hope that the overview of national approaches and good practices in the countries included in this paper can, at least, help the discussion on institutional solutions and operationalization of critical infrastructure resilience in the Republic of Serbia.

REFERENCES

- Alexander, David E., “*Resilience and disaster risk reduction: an etymological journey*”, *Natural Hazards and Earth System Sciences*, 13/2013, 2707-2716.
- Australian Government, *Critical Infrastructure Resilience Strategy*, Australian Government, Canberra 2010.
- Australian Government, *Critical Infrastructure Resilience Strategy – Policy Statement*, Australian Government, Canberra 2015.

- Barasa, Edwine, Rahab Mbau, Lucy Gilson, “*What is Resilience and How It Can Be Nurtured? A Systematic Review of Empirical Literature on Organizational Resilience*”, *International Journal of Health Policy Management*, vol.7, no.6, 2018, 491-503.
- Baum, Seth, “*Risk and Resilience for Unknown, Unquantifiable, Systemic and Unlikely/Catastrophic Threats*”, *Environment Systems and Decisions*, 35/2015, 229-236.
- Brunner, Elgin, Manuel Sutter, *International CIIP Handbook 2008/2009. An Inventory of 25 National and 7 International Critical Information Infrastructure Protection Policies*, Center for Security Studies, ETH Zurich 2009.
- Clinton, William J., *Executive Order 13010–Critical Infrastructure Protection*. July 15, 1996.
- Critical Infrastructure Resilience Strategy, State of Victoria, 2015.
- Cyber Security of the UK’s Critical National Infrastructure. *Third Report of Session 2017-2019*. Joint Committee on the National Security Strategy. House of Lords, House of Commons 2018.
- Dahlman, Ola, “*Security and Resilience*”, *Resilience: Interdisciplinary Perspectives on Science and Humanitarianism*, 2/ 2011, 39-51.
- Department of Homeland Security, *The National Strategy For Homeland Security*, October 2007.
- Department of Homeland Security, “*What is Critical Infrastructure*”, <https://www.dhs.gov/what-critical-infrastructure> , 11. децембар 2020.
- Dunn Cavelty, Miriam, “*Critical Information Infrastructure: Vulnerabilities, Threats and Responses*”, UNIDIR Disarmament Forum, 3/2007, 15–22.
- European Commission, *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament – Critical Infrastructure Protection in the fight against terrorism* (COM/2004/0702 Final), Official Journal of the European Union 2004.
- European Commission, *Proposal for a DIRECTIVE OF THE Council on the identification and designation of European Critical Infrastructure and the assessment of the need to improve their protection*, (CNS 2006/0276*), Official Journal of the European Union 2006.
- European Commision, *Council Directive 2008/114/EC of 8 December 2008 on the identification and designation of European critical infrastructures and the assessment of the need to improve their protection*, Official Journal of the European Union 2008, 345/75-345/82.
- Fjäder, Christian, “*The nation-state, national security and resilience in the age of globalization*”, *Resilience*, vol.2, no.2, 2014, 114-129.
- Haimes, Yakov. Y., Kenneth Crowther, Barry M. Horowitz, “*Homeland security preparedness: Balancing protection with resilience in emergent systems*”, *Systems Engineering*, vol.11, no. 4, 2008, 287-308.
- Holling, Crawford S., “*Resilience and Stability of Ecological Systems*”, *Annual Review of Ecology and Systematics*, 4/1973, 1–23.
- Homeland Security Act. U.S. Congress, Washington D.C, 2002.
- Homeland Security Advisory Council (2006). *Report of the Critical Infrastructure Task Force*, January 2006.
- Kaufmann, Mariele, “*Emergent self-organisation in emergencies: resilience rationales in interconnected societies*”, *Resilience*, vol.1, no.1, 2013, 53-68.

- Keković, Zoran, Vladimir Ninković, "Towards a Conceptualization of Resilience in Security Studies", Српска политичка мисао, vol. 67, br. 1, 2020^a, 153-175.
- Keković, Zoran, Vladimir Ninković, *Zaštita kritične infrastructure – sistemski pristup*, Centar za analizu rizika i upravljanje krizama, Beograd, 2020b.
- Longstaff, Patricia. et al., "Building Resilient Communities: A Preliminary Framework for Assessment", Homeland Security Affairs, vol.VI, no.3, 2010, 1-23.
- Ministerial Guidelines for Critical Infrastructure Resilience, State of Victoria, 2016.
- Moss, Randolph D., "Legal Effectiveness of a Presidential Directive, as Compared to an Executive Order – Memorandum Opinion for the Counsel to the President", Opinions of the Office of Legal Counsel, Volume 24, 2000, 29-30.
- Moteff, John, *Critical Infrastructure Resilience: The Evolution of Policy and Programs and Issues for Congress*, CRS Report for Congress, August 23 2012.
- National Infrastructure Advisory Council (NIAC), *Critical Infrastructure Resilience*, Washington DC 2009.
- National Security Strategy – A Strong Britain in an Age of Uncertainty, HM Government, United Kingdom 2010.
- National Security Strategy and Strategic Defence and Security Review 2015 – A Secure and Prosperous United Kingdom, HM Government, United Kingdom 2015.
- National Security Strategy and Strategic Defence and Security Review 2015 – Third Annual Report. HM Government 2018.
- National Strategy for Homeland Security, Department of Homeland Security, Washington DC, October 2007.
- NSW Critical Infrastructure Resilience Strategy – Partner, Prepare, Provide, State of New South Wales, 2018.
- Obama, Barak, *Presidential Policy Directive/PPD-21*, February 12, 2013, <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2013/02/12/presidential-policy-directive-critical-infrastructure-security-and-resil>.
- Pavićević, Olga, "Koncept otpornosti u sociologiji", Sociologija, vol.58, br.3, 2016, 432-449.
- Pitt, Michael, *Learning Lessons from the 2007 Floods. An Independent Review by Sir Michael Pitt, Interim Report (The Pitt Review)*, U.K. Government, London 2007.
- Presidential Policy Directive 21 (PPD-21) on Critical Infrastructure Security and Resilience. (2013). Washington: The White House.
- Relyea, Harold. "Presidential Directives: Background and Overview", CRS Report for Congress – Order Code 98-611 GOV, 2008.
- Resilience Study Scoping Report, National Infrastructure Commission, UK September 2019.
- Stevandić, Danilo, "Izvršne uredbe Predsednika Sjedinjenih Američkih Država", Pravni zapisi, vol.3, br.1, 2012, 198-216.
- Strategic Framework and Policy Statement on Improving the Resilience of Critical Infrastructure to Disruption from Natural Hazards, Cabinet Office, March 2010.
- The President's Commission on Critical Infrastructure Protection (PCCIP). *Critical Foundations: Protecting America's Infrastructures*, Washington DC 1997.
- The Security of Critical Infrastructure Act, Australian Government, Canberra 2018.
- Victoria's Critical Infrastructure All Sectors Resilience Report 2020, State of Victoria, Melbourne 2021.

Walker, Jeremy, Melinda Cooper, “*Genealogies of Resilience: From Systems Ecology to the Political Economy of Crisis Adaptation*”, *Security Dialogue*, 42/2011, 143-160.

Wildavsky, Aaron, *Searching for Safety*, Transaction publishers, New Brunswick/Oxford 1991.

Закон о кривичној инфраструктури. Службени гласник РС, бр. 87/2018.

Владимир М. Нинковић
Универзитет у Београду
Факултет безбедности
vladimirninkovic@yahoo.co.uk

Отпорност критичне инфраструктуре – национални приступи у Сједињеним Америчким Државама, Уједињеном Краљевству и Аустралији

Сажетак: Секуријизација критичне инфраструктуре као значајног фактора националне безбедности само је један од аспеката ширег погледа на безбедносном дискурсу од краја Хладног рата. Концепт заштитне критичне инфраструктуре, првобитно усмерен на претњу тероризма, мењао је и ширио фокус, од усвајања "присутна заснована на свим претњама", па до усмерења на примену стрављеније отпорности критичне инфраструктуре у управљању стрављеним безбедносним и оперативним ризицима. Извори стрављених ризика претпознају се, пре свега, у природним хазардима индукованим климатским променама, те глобалним изазовима умрежавања (пре свега у дигиталној сфери) и међузависности критичних инфраструктура. У раду се анализирају национални приступи примени стрављеније отпорности у управљању ризицима по критичну инфраструктуру у Сједињеним Америчким Државама, Уједињеном Краљевству и Аустралији. Рад анализира званична документација – стрављеније, регулативна акција, као и институционалне извештаје и студије о њиховој примени, у циљу расветљавања појма отпорности критичне инфраструктуре, као и разлике у његовој операционализацији у поменутим државама.

Кључне речи: критична инфраструктура, отпорност, присутна заснована на свим ризицима, управљање ризицима, национална безбедност.

Датум пријема рада: 14.01.2021.

Датум достављања коначне верзије рада: 14.02.2022.

Датум прихватања рада: 23.02.2022.

ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ
АУТОРЕ

Agnes F. Czine

Károli Gáspár University of the Reformed Church in Hungary

Faculty of Law

czine@mkab.hu

THE ROLE OF THE FAIR TRIAL PRINCIPLE RESPECTING TO THE HUNGARIAN CONSTITUTIONAL COMPLAINTS

Abstract: *Having entered into force of the Hungarian Fundamental Law, a new type of constitutional complaint was created, which allows the Hungarian Constitutional Court to examine constitutional aspects in a specific court proceeding. In practice, however, applicants and their legal representatives try to use this legal institution to review the results of lawsuits that are unfavourable for them from their point of view. The most common ground for this review is Article XXVIII (1) of the Hungarian Fundamental Law that stipulates the principle of fair trial.*

This study provides an overview about the main features of the new type of constitutional complaint and the partial rights of the right to a fair trial. The author concludes that, if applicants deal with this remedy rightly, it can indeed be an effective and important tool to ensure the constitutionality of court proceedings.

Keywords: *right to a fair trial, constitutional complaint, Hungarian Fundamental Law, obligation of a judge to state reasons, right to a decision within a reasonable time.*

1. INTRODUCTION

The Constitutional Court of Hungary (hereinafter: the Court) has been able to exercise a much stronger influence on the constitutional practice followed by ordinary courts since the legal institution of the constitutional complaint was applied due to the entry into force of the Hungarian Fundamental Law. This article seeks to present some elements of this influence in respect of certain sub-rights of the fair trial.

The Court is the supreme body for the protection of the Fundamental Law in Hungary. Its task is interpreting the Hungarian Fundamental Law and ensures that laws and court decisions are in conformity with it. Exercising its functions, it is entitled to conduct a number of proceedings that could influence legislation and judicial practice, too. Among the proceedings of the Court the procedures of norm control could impact on legislation, because they ensure constitutional criticism of legislative provisions. Another field of the Court's competence is the adjudication of constitutional complaints and ordinary courts petitions, in which courts and citizens have the opportunity to initiate a review of unconstitutional legal provisions applied in judicial proceedings. In order to understand the role of constitutional court proceedings, it is important to say a few words on the operation, history and competences of the Court.

The amendment to Act XX of 1949, which we consider to be the first constitution of the Hungarian democracy, and the Act XXXII of 1989 on the Constitutional Court were passed by the last socialist parliament in 1989. The Court started its work on the 1st of January 1990. The first act on Constitutional Court conferred broad competences on the Court to create a political balance between the different branches of power. Most of the petitions aimed at posterior constitutional review, and were submitted by individuals, thus, at that time, the main competence of the Court was to conduct norm-control-type proceedings.

The new constitution, the Fundamental Law entered into force on the 1st of January 2012, and in 2011 the new Act CLI of 2011 on the Constitutional Court was also adopted by the Parliament. The new rules of these laws reinforced the individual level of constitutional protection instead of the former abstract norm control. It also extended the constitutional review not only to legislation, but to judicial decisions.

According to the new rules of the Fundamental Law, there are five main fields of the Court's competences:

The first competence of the Court is the so-called prior or *ex ante* norm control, which means the prior review of compliance with the Fundamental Law before the entry into force of an act. The President of the Republic may refer the adopted act before its entering into force to the Court for examination of its conformity with the Fundamental Law. This is also called presidential veto.¹

The second one is the posterior norm control, that is, *the ex post* review of conformity with the Fundamental Law, which allows the Court to guard the democratic principles. Upon the initiative of the Government, a quarter of the Members of Parliament, the President of the supreme court that is called Curia of Hungary, the Prosecutor General or the Commissioner for Fundamental Rights the Consti-

¹ Fundamental Law-FL, *Hungarian Official Gazette*, No. 43/11, art. 6, it. 2, art. 6, it. 4 .

tutional Court should review the compatibility of legislation with the Fundamental Law.²

The third type of norm control is the procedure on examination of consistency between international treaty and national law. A quarter of the members of Parliament, the Government, the President of the Curia of Hungary, the Prosecutor General and the Commissioner for Fundamental Rights may initiate proceedings.³

Another large group of constitutional court proceedings are those that can be initiated by a judge in a particular case and by citizens or legal persons. A judge may initiate proceedings before the Court if, in the course of adjudicating on an individual case pending before him, a law is found to be in conflict with an international treaty. The other judicial right is the so-called judicial initiative to review legislation applied in concrete lawsuits. In this case if a judge is required to apply unconstitutional or apparently unconstitutional legal rules in adjudicating a case before him, he may suspend the legal proceedings. After the suspension, the judge may request the Court to determine whether the application of the complained legal rules is contrary to the Fundamental Law.

However, the overwhelming majority of the case-load of the Court comes from the petitions for constitutional complaints proceedings. In 2012 the new type of constitutional complaint was very popular but nobody knew how to use it. The Court received many petitions, because the petitioners requested to review the final decisions of the ordinary courts and they thought that Court became the fourth level of the ordinary judicial system. In 2013 due to the decisions of the Court it became clear that the main competence of the Court was the examination of constitutionality. Since the entry into force of the Fundamental Law, 7090 constitutional complaints have been received by the Court.⁴ It also shows how popular is the constitutional complaint.⁵

The impact on judicial practice and legislation depends on the legal consequences of the Court's decisions. So what are the legal consequences of the constitutional complaint procedure?

The Constitutional Court may

– reject the constitutional complaint because of its inadmissibility if it is not suitable for a substantive examination, because of some formal reasons (e.g: it has no constitutional justification, it was submitted late, etc.) or for substantive reasons (it does not raise unconstitutionality in respect of the judicial decision's merit or a matter of fundamental constitutional importance);⁶

² FL, *Hungarian Official Gazette*, No. 43/11, art. 24, it.1, point e).

³ FL, *Hungarian Official Gazette*, No. 43/11, art. 24, it. 2, point f), Act CLI of 2011 on Constitutional Court – ACC, *Hungarian Official Gazette*, No.136/2011, art. 32 it. 2.

⁴ Statistics of the Constitutional Court, <https://hunconcourt.hu/statistics/>, 5 March 2021.

⁵ Agnes Czine, *Das Recht auf ein faires Verfahren*, LexisNexis, Wien 2021, 88-91.

⁶ Resolution on Rules of Procedure of the Constitutional Court, No. 1001/2013. (II.27.) AB Tü. – RP, *Hungarian Official Gazette*, No. 33/13, para. 30.

- reject the complaint if, after a substantive examination, it finds that the statutory provision or judicial decision infringed therein is in conformity with the indicated fundamental right⁷;

- annul the challenged legal provision or court decision in case of unconstitutionality;⁸

- find that there is an unconstitutionality caused by the legislator's omission with regard to the contested legal provision and may set a deadline for rectifying the deficiency;⁹

- determine with regard to a legal provision in the form of a constitutional requirement, the range within which the ordinary courts must interpret the provision in question.¹⁰

The key element of the complainants' reasoning is that the final judicial decision is not comply with the Fundamental Law, because it violates the right to a fair trial stipulated in Article XXVIII. The applicants consider that this fundamental right covers everything related to court proceedings. They are wrong because this right is not considered a jolly joker. Why? I will cover this in the next section.

2. RIGHT TO A FAIR TRIAL AS A JOLLY JOKER

Petitioners and their legal representatives very often request the Constitutional Court to re-examine the final judicial decision, so they consider the Court as a further instance of the judicial system. Although this is a constitutional procedure, they allege violations of discipline-specific legal rules, as they did in the proceedings before the Curia of Hungary or other superior court of review and not constitutional issues. In order to meet the requirements of complaints regulated in the Act CLI of 2011, they have to base their petition on a right that is enshrined in the Fundamental Law. The broadest procedural right, the right to a fair trial is an obvious choice, however, it is a very complex right made up of several elements. The Court therefore requires the petitioner to indicate the sub-right that has been violated by the trial court. First of all, let's sketch out these sub-rights!

The constitutional requirement of the fair trial was formulated by Article 57 (1) of the Constitution, which was in force until 31 December 2011. It says that „everyone is equal before the law and has the right to have the accusations brought against him, as well as his rights and duties in legal proceedings, judged in a just, public trial by an independent and impartial court established by law.,, As regards the substantive contents of the constitutional provision of the fair trial, the Article

⁷ ACC.

⁸ ACC, art. 41.

⁹ ACC, art. 46, it. 1.

¹⁰ ACC, art. 46, it. 3.

XXVIII (1) of the Fundamental Law of Hungary that came into force on January 1, 2012, is identical to Article 57 (1) of the former Constitution. It stipulates that “[e]veryone shall have the right to have any charge against him or her, or his or her rights and obligations in any litigation, adjudicated within a reasonable time in a fair and public trial by an independent and impartial court established by an act.”

According to the scientific approach referred to the former Constitution, the source of the fair trial is the right to human dignity and it is in close connection with the right to equal treatment, but contains several other requirements applied not only in judicial process, but in other type of proceedings, too.¹¹

The Court enlisted in its decision¹² the main sub-rights of the fair trial. According to the international documents – mainly the European Convention on Human Rights – the Court also elaborated an open-ended list, because the fair trial concept contains the equality of arms or the commitment of judicial reasoning that was not regulated textually in the former Convention. This solution is similar to the ECtHR’s approach, because in contrast with the other guarantees the right to a fair hearing provides an opportunity for adding other particular rights not listed in Article 6 of the Convention that are considered essential to a fair hearing.¹³

The Parliament has placed the right to a fair trial among judicial procedural guarantees regulated by Article XXVIII of the Fundamental Law. A fair administrative procedure as a requirement is, however, appears in Article XXIV (1). However, this latter basic provision explicitly sets out the requirement of fairness for official proceedings. As a court procedural guarantee Article XXVIII (1) of the Fundamental Law is the correct reference. However, the right to a fair trial is not the only provision of Article XXVIII that the Court examines typically in connection with criminal proceedings. Other paragraphs of Article XXVIII provide for other procedural safeguards in the courts.

These procedural guarantees are:

- the presumptions of innocence [Article XXVIII (2)],
- the right to defence [Article XXVIII (3)],
- the principle of the *nullum crimen sine lege* and *nulla poena sine lege* [Article XXVIII (4)],
- the *ne bis in idem* principle [Article XXVIII (6)],
- the right to legal remedy [Article XXVIII (7)].

The fairness of proceedings in the ordinary sense also includes the enforcement of the judicial procedural guarantees as referred to in Article XXVIII (2) to

¹¹ N. Chronowski *et al*, *Magyar alkotmányjog III., Alapjogok*, Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs 2006, 270.

¹² Decision 6/1998. (III. 1.) AB, *Hungarian Official Gazette* No.18/98, 91. (In the name of the Constitutional Court’s decisions the abbreviation ‘AB’ means the ‘Constitutional Court’ itself.)

¹³ Harris, O’Boyle & Warbrick, *Law of the European Court of Human Rights*, Oxford 2014, 409.

(7) of the Fundamental Law as the fulfilment of the requirements set out in Article XXVIII (1) as a right to a fair trial.

There is a significant difference between these rights from the aspect of restriction. While the procedural guarantees set out in paragraphs 2 to 7 are examined by the Court on the basis of the general rule of necessity and proportionality, the requirement of paragraph 1 requires a specific assessment.

In the practice of the Court the right to a fair trial is an absolute right over which no other fundamental right or constitutional purpose can be considered, since it is itself the result of discretion and thus the right to a fair trial could not be restricted. However, it is possible to examine within the meaning of fair proceedings the necessity and proportionality of the restrictions in respect of certain partial rights of the right to a fair trial. Partial rights can be limited and guarantee the fairness of the procedure in their entirety. The content of the right to a fair trial was formulated by the Decision 6/1998. (III. 1.) AB and these principles were confirmed by the Constitutional Court later in a number of decisions¹⁴.

According to the practice of the Court, in particular, these partial rights are the following¹⁵:

a) The right of access to court: This right imposes an obligation on the legislature, namely to provide a judicial remedy for the settlement of disputes. However, as the Court has pointed out, the right of access to court is not a fundamental right that cannot be restricted. Consequently, it is not unconstitutional for the legislature to regulate litigation in procedural law. However, when regulating obstacles to litigation, the legislator must also take into account the exercise of the right of access to court as an obligation of the state. This follows from Article XXVIII of the Fundamental Law and Article 6 (1) of the Convention¹⁶.

b) The court established by law: According to the Court's decision¹⁷, the requirement for an ordinary court established by law includes the right to a legal judge, i.e. to act in a specific case in accordance with the general rules of jurisdiction and jurisdiction established in the procedural laws. The order of case allocation is established by the president of the court in the previous year in order to ensure objectivity and impersonality, to exclude arbitrariness, which can be changed in the current year only for service reasons or for important reasons affecting the operation of the court.¹⁸ It follows that the assignment of a judge and a case can

¹⁴ Decision 5/1999. (III. 31.) AB, *Hungarian Official Gazette* No. 27/99; Decision 14/2002. (III. 20.) AB, *Hungarian Official Gazette* No. 36/02; Decision 15/2002. (III. 29.) AB, *Hungarian Official Gazette*, No. 41/02; Decision 35/2002. (VII. 19.) AB, *Hungarian Official Gazette*, No. 100/02.

¹⁵ Agnes Czine, *A tisztességes bírósági eljárás, Audiatur et altera pars*, hvgorac, Budapest 2020, 156-192.

¹⁶ Decision 36/2014. (XII. 18.) AB, Justification [71], *Hungarian Official Gazette*, No. 179/14.

¹⁷ Decision 36/2013. (XII. 5.) AB, *Hungarian Official Gazette*, No. 202/13.

¹⁸ Act CLXI of 2011 on Organisation and Management of Courts – OMC, *Hungarian Official Gazette*, No. 143/2011, para. 9, it. 1.

be constitutionally made only on the basis of objective rules determined in advance.¹⁹

c) The requirement for judicial independence and impartiality: In determining the content of the principle, the Court distinguished between the external and internal aspects of judicial independence. The Court has ruled in principle that the application of law includes both the establishment of the facts and the applicable law, as well as the determination of the legal consequences. This complex process, regardless of procedural periods, involves the objective exploration, summary, evaluation and knowledge of legal issues of legally relevant facts. The internal certitude of a judge, which enables him to make a decision in accordance with his conscience, protected by the constitutional principle of judicial independence, is formed as a result of these factors.²⁰

In the practice of the Constitutional Court, the right to a fair trial includes the requirement of impartiality, which reflects the requirement of an impartial procedure against the persons participating in the proceedings. The requirement of impartiality has a subjective side, inherent in the conduct of the judge, and an objective side, manifested in the regulation. In accordance with the requirement of impartiality, any situation which gives rise to a legitimate doubt as to the impartiality of a judge must be avoided.²¹

d) The fairness of the hearing: The constitutional law cannot provide a subjective right to the enforcement of material (real) truth, nor does it guarantee that no court judgment is unlawful. These are the aims and tasks of the rule of law, which, in order to achieve them, it must establish appropriate institutions, in particular those which provide procedural guarantees, and guarantee the rights of the individuals concerned. The fairness of the hearing grants a subjective right to legal proceedings and does not guarantee that the result will be correct in all cases.

e) The requirement to public hearing and the public announcement of the judicial decision: An important principle is the requirement of the transparency. On the one hand, it ensures the transparency and controllability of the operation of justice. The possibility of social control provided by law, in turn, contributes to ensuring that the courts and other officials involved in the proceedings act in a truly independent and impartial manner, subject only to the law. This is in the interests not only of the parties of the proceedings, but of society as a whole. However, the principle of publicity does not apply without restraint. E.g. in the course of criminal proceedings, interests may arise, such as, in particular, the data which are the subject of the proceedings, the protection of the rights of the persons

¹⁹ Decision 36/2013. (XII. 5.) AB, Justification [32], *Hungarian Official Gazette*, No. 202/13.

²⁰ Decision 20/2005. (V. 26.) AB, *Hungarian Official Gazette*, No. 69/05.

²¹ Decision 36/2013. (XII. 5.) AB, Justification [48], *Hungarian Official Gazette*, No. 202/13, Decision 3242/2012. (IX. 28.) AB, Justification [13], *Constitutional Court's Official Journal*, No. 10/12.

involved in the proceedings, which necessitate the temporary restriction or even exclusion of the public. Given that this is a principle of constitutional guarantee, the cases of restriction or exclusion of the public are determined at the level of act, but the court must decide on the issue of restriction or exclusion in each case by a reasoned decision.

d) The requirement for decision made within reasonable time: It has also been emphasized by law enforcement, the legislature and society that court proceedings should be completed within a reasonable time. Precisely in order to ensure that the proceedings are not protracted and that there is no inactive period in the court proceedings and that the writing of the judgment does not increase the length of the procedural time limits. The Fundamental Law has established the requirement of a reasonable time in Article XXVIII (1) as a partial right to a fair trial.

e) The sub-rights not mentioned in wording in the Article XXVIII (1) are the equality of arms and commitment of judicial reasoning. The rule is *de facto* not fixed, but according to the interpretation of the Court, it is part of a fair trial to ensure the equality of arms in the proceedings.²² According to the practice of the Court, the right to the reasoned judicial decision also to be regarded as a part of the right to a fair trial.²³

In the vast majority of cases, constitutional complaints misinterpret these sub-rights and present only the same arguments that have already been made in their appeal or review motion. And these are mostly non-constitutional reasons. Let us now take a look at some of the cases in which a sub-right of the fair procedure has been rightly invoked, i.e. the legal violation has risen to a constitutional level.

3. CASE STUDIES

3.1 Justification of judicial decisions

The Constitutional Court annulled the final judgment only in exceptional cases due to weaknesses in the judicial reasoning. Unlike ordinary courts, the Court does not examine the fulfilment of the courts' obligation of reasoning from the aspect of review, and refrains from ruling on issues belonging to dogmatic of different legal fields or solely on the problem of legal interpretation²⁴. The Court examines the essence of reasoning and its constitutional framework. Let's see an example in this field!

²² Decision 8/2015. (IV. 17.) AB of the Constitutional Court, Justification[63], *Hungarian Official Gazette*, No. 53/2015.

²³ Decision 7/2013. (III. 1) AB of the Constitutional Court, Justification [34], *Hungarian Official Gazette*, No. 35/13.

²⁴ Order 3003/2012. (VI. 21.) AB, Justification [4], *Constitutional Court's Official Journal*, No. 2/2012.

The petitioner was subject to an ex-post audit by the state tax authority²⁵, the so-called wealth accumulation audit, for the 2004 and 2005 tax years. It found that the petitioner's income was disproportionate to the expenses incurred during the period under review and therefore made the tax base probable using an estimation method. As a result, the appellate tax authority uncovered a tax difference and imposed a corresponding tax fine and a late payment allowance. The petitioner challenged the legality of the procedure of the tax authority acting in the case and initiated a judicial review of the decision of the second instance tax authority. The court dismissed the petitioner's action in a final judgment in respect of all claims.

In his constitutional complaint, the petitioner argued that the court had not adjudicated on the merits of certain parts of his claim, i.e. that the reasons given by the court for rejecting his claim had not been substantiated by the court.

The constitutional requirement about obligation of judicial reasoning derived from Article XXVIII (1) of the Fundamental Law and examined by the Constitutional Court constitutes a restriction on the court's freedom of decision, because it has to provide the necessary number of reasons for its decision in accordance with procedural law. Subject to the provisions of the procedural acts, the constitutional requirement of a fair trial against judicial decisions in any case sets out the minimum requirement that the court examine the observations of the parties to the proceedings on the merits of the case with due diligence and report on its assessment. In order to assess this, the Court examines the nature of the dispute, the provisions of the applicable procedural law, the requests and observations submitted by the parties in the given case, and the relevant issues requiring an answer in the case.

In the concrete case assessing the reasoning of the court's judgment, the Constitutional Court concluded that the court had not disregarded the examination of the material issues raised in the petitioner's application in its review, and therefore rejected the constitutional complaint.

3.2. Judicial decision made within a reasonable time

On 7 February 2017, the Constitutional Court dismissed the constitutional complaint seeking to establish and annul the unconstitutionality of the orders of the Curia of Hungary, the Tatabánya Tribunal of Second Instance and the Esztergom District Court of First Instance.²⁶

The petitioner was sentenced by the courts to 1 year to 10 months imprisonment for several regular embezzlement offenses, the execution of which was suspended for a probation period of 4 years. The criminal proceedings against the petitioner lasted 10 years and 2 months, which violated his right to a trial within

²⁵ Decision 7/2013. (III.1.) AB, *Hungarian Official Gazette*, No. 35/13.

²⁶ Decision 2/2017. (II.10.) AB, *Hungarian Official Gazette*, No. 20/17.

a reasonable time, as provided for in Article XXVIII (1) of the Fundamental Law. Taking into account the length of the criminal proceedings, the trial courts reduced the sentence to 1 year's imprisonment and reduced the probation period to 3 years, taking into account the lapse of time as a mitigating circumstance. The petitioner nevertheless complained that the length of the criminal proceedings violated the requirement in Article XXVIII (1) of the Fundamental Law, which is a partial right to a fair trial, that a case should be decided within a reasonable time.

In this case the Constitutional Court has laid down a constitutional requirement for the application of this statutory provision, which the courts must follow in adjudicating. According to this, the constitutional requirement arising from Article XXVIII (1) of the Fundamental Law is that if the court mitigates the criminal sanction imposed on the accused due to the length of the proceedings, the reasons for the decision shall contain the length of the proceedings and the mitigation and extent of it.

In order to ensure that the purpose of the reduction of the sentence to remedy the length of the proceedings can be clearly established for the accused from the reasoning of the judgment, the Court considered it necessary to define this constitutional requirement related to the application of Section 258 (3) (e) of the old Criminal Code.²⁷ As a result of the decision, the Section 564 (4), b) of the new Criminal Code already contains this requirement established by the decision of the Constitutional Court, so the legislator has already raised it to the level of law.

4. SUMMARY

Summarizing the content of this article I could tell that the constitutional complaint based on ordinary court proceedings has become very popular. However, the essence of this legal institution is often misunderstood by applicants. They would like to request the Constitutional Court to decide the merits of a criminal, civil or administrative lawsuit as another instance for review, even though it is the task of the ordinary courts. The Constitutional Court's competence is not to review the final decision from the aspect of special legal field, but rather to monitor the constitutional guarantees. The applicants consider that the requirement of fair trial in Article XXVIII of the Fundamental Law entitles them to object to everything in their unfavourable decision. They often forget that they have to mark a fair trial sub-right that they think to be infringed. However, the complained legal violation must not interpret in the ordinary sense, but in the light of the constitutional principles established by the Constitutional Court.

²⁷ Decision 2/2017. (II.10.) AB, Justification [82], [88], [99] – [100], *Hungarian Official Gazette*, No. 20/17.

REFERENCES

- Agnes Czine, *Das Recht auf ein faires Verfahren*, LexisNexis, Wien 2021
- Agnes Czine, A tisztességes bírósági eljárás, Audiatur et altera pars, hvgorac, Budapest 2020
- Harris, O'Boyle & Warbrick, Law of the European Court of Human Rights, Oxford 2014
- Nóra Chronowski et al, Magyar alkotmányjog III., Alapjogok, Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs 2006
- Resolution on Rules of Procedure of the Constitutional Court, No. 1001/2013. (II.27.) AB Tü. – RP, Hungarian Official Gazette
- Statistics of the Constitutional Court, <https://hunconcourt.hu/statistics/>, 5 March 2021

Аґнеш Ф. Цине
Универзитет Кароли Гашиар у Будимпешти
Правни факултет
czine@mkaab.hu

Улога поштеног принципа суђења у вези са мађарским уставним жалбама

Сажетак: Ситуацијом на снагу мађарског Основног закона појавила се нова врста уставне жалбе која омогућава Уставном суду Мађарске да испитује уставне аспекти у конкретном судском поступку. У пракси, међутим, подносиоци захтева и њихови правни заступници покушавају да искористе ову правну институцију за преиспитивање услуге које су по њих са стручне тачке гледишта недовољне. Најчешћи разлог за то је члан XXVIII Основног закона. Право на правично суђење како је дефинисано у члану 1 (1) и његова делимична права.

Кроз представљање главних обележја ове нове врсте уставне жалбе и делимичних права на право на правично суђење, овај чланак даје представу о томе која питања је овај правни лек заправо поодан за разматрање. Закључује да ако се подносиоци представке позабаве овим правним леком, он заиста може бити делотворно и важно средство за обезбеђивање уставних конкретних судског поступка.

Кључне речи: право на правично суђење, уставна жалба, мађарски основни закон, мађарски уставни суд, право на законитиој судији, обавеза давања разлога судији, право на одлучивање у разумном року.

Датум пријема рада: 08.03.2021.

Датум достављања коначне верзије рада: 24.01.2022.

Датум прихватања рада: 25.01.2022.

András A. Téglási

National University of Public Service, Budapest

Faculty of Science of Public Governance and Administration

Teglasi.Andras@uni-nke.hu

Attila Mihály Á. Nagy

Károli Gáspár University of the Reformed Church in Hungary

Faculty of Law

nagy.attila.mihaly@kre.hu

ELECTIONS IN HUNGARY AND IN OTHER COUNTRIES UNDER SPECIAL LEGAL ORDER – ESPECIALLY DURING THE PANDEMIC

Abstract: *The paper examines what was Hungary's and other European countries' answer to the collision between the exercise of the right to vote and the measures of public health meant to guarantee the right to health. The paper focuses on the effects that the epidemic triggered by the coronavirus had on Hungary's and other countries' elections and electoral processes. Overall, managing the situation posed a serious challenge to all decision makers throughout the world, and countries holding general elections during the pandemic faced particular difficulties. In countries where decision was taken to hold (general) elections (often after postponement), increased measures of protection were implemented during both the campaign and the voting. However, experience shows that despite all these efforts fewer citizens turned out to vote than before the pandemic. This faces countries which are about to organize general elections with a serious dilemma. In fact, decision makers have to ensure the right to vote for all those wanting to exercise it on the one hand, and on the other hand this has to be done amid circumstances that would not expose voters' health to danger. In order to reach a higher turnout, softening electoral requirements (concerning, for example, the very process of casting the vote) seems to be an obvious solution, but the principle of proportionality has also to be taken into account to preserve the integrity of elections.*

Keywords: *elections, electoral law, pandemic, COVID-19, special legal order, Hungary, Basic Law.*

1. INTRODUCTION

Laws defining our life have mostly been the product of the normal functioning of the state. By contrast the coronavirus – causing disease on a large scale, serious complications and the death in great numbers of those contaminated with it – has created situations that are out of the normal functioning of a state. Consequences of the pandemic are posing a serious challenge to all decision-makers throughout the world, among whom the Hungarian National Assembly and the Government.¹ The handling of COVID-19 deeply impacted the central and the territorial administrations as well; it modified down to the core the functioning of local governments.² Some measures were (and are) self-evident, such as those prescribing the wearing of masks, putting restrictions on social contacts or isolating persons contaminated with the virus. But what is the situation with elections? Can a fundamental right fixed in the *Basic Law* be restricted and if so, on what basis?

Article I of part FREEDOM AND RESPONSIBILITY of the *Basic Law* lays down the fundamental right that “The inviolable and inalienable fundamental rights of MAN must be respected. It shall be the primary obligation of the State to protect these rights.”, and, under article II, “Human dignity shall be inviolable. Every human being shall have the right to life and human dignity [...]”

Section (1) of article XX of the *Basic Law* says that “Everyone shall have the right to physical and mental health.” Ensuring the right to health was motivated at a first stage by measures of protection brought against the pandemic when the protection of people was a priority. Reasons of public health still dominate when it comes to putting restrictions on rights laid down in the constitutions of states or in international agreements.

In the practice of the Hungarian Constitutional Court the right to health appears as part of the objective aspect of the right to life. In the interpretation of the Constitutional Court the right to health is not a right on a universal basis, but a task arising from the Constitution and pertaining to the state. The state ensures this right through its central, local and other organs. Within this framework, the priority duties of the state are to maintain the functioning of the network of public health institutions and to organize health services.³

¹ Vid. more in detail in, for example: István Balázs, István Hoffman: „Közigazgatás koronavírus idején – a közigazgatási jog rezilienciája?” *MTA Law Working Papers*, 21/2020.

² Márta Péter-Delbó: *Kell-e egység a sokféleségben? A helyi önkormányzatok valamint a köztestületek feletti törvényességi felügyelet és törvényesség ellenőrzés szabályozási kérdései*. Doctoral thesis. PPKE Doctoral School in Law, 2021. 132. https://jak.ppke.hu/uploads/articles/12332/file/Peter_Delbo_Marta_dolgozat.pdf (12 Jan 2021)

³ 54/1996. (XI. 30.) AB decision

Pursuant to article XXIII of the *Basic Law*, “every adult Hungarian citizen shall have the right to vote and to be voted for in elections of Members of the National Assembly, of local government representatives and mayors and of Members of the European Parliament”; and also, “everyone having the right to vote in elections of Members of the National Assembly shall have the right to participate in national referendums”, and “everyone having the right to vote in elections of local government representatives and mayors shall have the right to participate in local referendums”. That is, on the basis of the Basic Law the people shall not only be the source of public power but it also participates in exercising it.⁴

Electoral law has a double nature as it has a substantive and a universal aspect. The former means the set of laws that determine how representative bodies should be established. The latter expressing that suffrage is a fundamental political right meaning the right to be involved in power or in public affairs.⁵

To Gábor Kurunczi, defining suffrage as a fundamental right is particularly important “because providing the right to vote and to be voted for to as many people as it is possible is the most likely to guarantee – through democratic legitimation – legitimacy to the exercise of power”.⁶ Democratic legitimation is a constitutional condition for the exercise of public power. In systems based on the sovereignty of the people, it lies primarily on the transfer of power through direct elections, the people being not only the source of the power, but also takes part in its exercise (for example during a referendum).⁷

Section (3) of article I of the *Basic Law* stipulates that “the rules for fundamental rights and obligations shall be laid down in an Act. A fundamental right may only be restricted to allow the effective use of another fundamental right or to protect a constitutional value, to the extent absolutely necessary, proportionate to the objective pursued and with full respect for the essential content of that fundamental right”. This paper examines what was Hungary’s and other European countries’ answer to the collision between the exercise of the right to vote and the measures of public health meant to guarantee the right to health. By the expression ‘situation of pandemic’ we mean the period during which coronavirus had an impact on everyday life without considering whether the pace of its expansion made the introduction of a special legal order necessary or not.

⁴ Adrián Fábián: A hatalomgyakorlás néhány alapvető kérdéséről. Közjog és jogállam. In Ferenc Csefkó (ed.): *Tanulmányok Kiss László professzor 65. születésnapjára*. Faculty of Law, University of Pécs, Pécs 2016, 106.

⁵ Gábor Kurunczi: *Az általános és egyenlő választójog elvével összefüggő kihívások alkotmányjogi elemzése a magyar szabályozás tükrében*, Doctoral thesis. PPKE Doctoral School in Law. 2019, 12. [https://jak.ppk.hu/uploads/articles/12332/file/Kurunczi_G%C3%A1bor_dolgozatv\(1\).pdf](https://jak.ppk.hu/uploads/articles/12332/file/Kurunczi_G%C3%A1bor_dolgozatv(1).pdf) (29 May 2021)

⁶ G. Kurunczi, 21.

⁷ G. Kurunczi, 21.

2. CHARACTERISTICS OF THE SPECIAL LEGAL ORDER

The *Basic Law* of Hungary contains the fundamental rules and the constitutional norms governing the functioning of the state. It contains primarily the prescriptions that allow the state to operate in normal order, whereas its chapter on special legal order encompasses the qualified situations (state of national crisis, state of emergency, state of preventive defence, state of terrorist threat, state of danger and unexpected attack)⁸ which imply rules that differ from the general ones. The reason for this difference is that the event triggering the special legal order and endangering the normal functioning of the state and/or the life, health or property of the citizens on a massive scale requires a quick reaction from the major constitutional bodies, but this possibility for more efficient measures is limited in time as it is generally allowed until only the cause remains in effect.⁹

One of the main characteristics of the special legal order is that for the purpose of a fast and efficient decision-making, besides or instead of the bodies that normally make decrees other public bodies are also authorized to adopt laws (for example, the Head of State or the National Defence Council). At local level as well, persons that otherwise do not have this supplementary right, are given legislative competence (presidents of the county assemblies, the Lord Mayor, mayors).

The special legal order implies a redistribution (and strong centralisation) of public powers which obviously differs from the normal order of exercising power. It is all the more important that the guarantees for the rule of law prevail in the regulation and constitutional limits be put on this exceptional – although not full – form of executive power.¹⁰ In Hungary, for example, the National Assembly holds is in session in a state of danger and the Government informs the National Assembly regularly about the measures taken; if no session is held at the National Assembly, the Government informs the Speaker of the House and the leaders of the parliamentary groups.¹¹

Another important characteristic of the special legal order is that during the time it is declared, certain fundamental rights can be limited to a large extent.¹²

⁸ The 9th Amendment to the Basic Law however modified the provisions of the Basic Law concerning the special legal order as of 1 July 2023. According to this new regulation, chapter on special legal order will encompass only three qualified situations, that is the state of war, the state of emergency and the state of danger.

⁹ Balázs Gerencsér: Special Legal Orders. In András Zs.Varga, András Patyi, Balázs Schanda (eds.): *The Basic (Fundamental) Law Of Hungary. A Commentary of the New Hungarian Constitution*, Clarus Press, Dublin 2015, 307.

¹⁰ Zoltán Szente: „A 2020. március 11-én kihirdetett veszélyhelyzet alkotmányossági problémái” *MTA Law Working Papers*, 9/2020, 1-5.

¹¹ section 3 of *Act I of 2021 on the containment of the coronavirus pandemic*

¹² A. W. Bradley, K. D. Ewing: *Constitutional and Administrative Law*. Harlow, Pearson Education, 2007, 626. and Hilaire Barnett: *Constitutional and Administrative Law*. Cavendish Publishing, London – Sydney 2002, 821-822.

Among the common rules concerning special legal order, article 54 of the *Basic Law* allows for the fundamental rights – except for some of them – to be suspended or to be restricted beyond the extent provided for in article I (3). We can summarize that the exercise of fundamental rights can be restricted or suspended in certain circumstances, but certain fundamental rights (such as the right to life and human dignity) remain exceptions to the restriction or suspension¹³. The restrictions should be temporary and proportionate, which means that they cannot go beyond what is necessary to stave off the crisis or its consequences.¹⁴

3. SPECIAL LEGAL ORDERS AND PROVISIONS CONCERNING ELECTIONS

Provisions (restrictions) concerning elections figure in the chapter on special legal order only among the rules on the state of national crisis and state of emergency. During a state of national crisis or a state of emergency, no general elections of Members of the National Assembly may be called or held; in such cases, a new National Assembly has to be elected within ninety days of the termination of the state of national crisis or state of emergency.¹⁵ If the National Assembly declares the state of national crisis or state of emergency after the general elections of Members of the National Assembly have already been held but the new National Assembly has not been formed yet, the President of the Republic convenes the inaugural session for a date within thirty days of the termination of the state of national crisis or state of emergency.

The provisions on state of preventive defence, state of terrorist threat, state of danger and unexpected attack do not contain measures concerning electoral laws.

Measures concerning the state of danger and the common rules to be applied during a state of danger are defined in article 53. of the *Basic Law*: “In the event of a natural disaster or industrial accident endangering life and property, or in order to mitigate its consequences, the Government shall declare a state of danger, and may introduce extraordinary measures laid down in a cardinal Act.” During a state of danger, the *Basic Law* extends the Government’s powers to adopt decrees and allows – as provided for by a cardinal Act – the Government to suspend the application of certain Acts, derogate from the provisions of Acts and take other extraordinary measures.

Although it specifies the notion of the state of danger, the *Basic Law* does not provide for concrete measures concerning the state of danger; it is up to the

¹³ Basic Law statement of reasons

¹⁴ Z. Szente, 6.

¹⁵ subsection 7 of Article 48 of the Basic Law

Government – within the framework of a relevant cardinal Act – to define the set of measures to be taken. These measures, however, are subject to a time limit as they cease to have effect after 15 days unless the Government – on the basis of an authorization from the National Assembly – extends the effect of the decree.

The framework of the Government's actions was defined by the provisions – legally effective on 12 March 2020 – in chapter V of *Act no. CXXVIII of 2011 concerning disaster management and amending certain related acts* (hereinafter referred to as: Kat. tv.); from an electoral point of view the essential points of that Act are those which determine the set of measures that the Government may take. On the basis of section 47, in a state of danger provisions different from those concerning public finances may be made and tasks of public administration within the powers of a mayor or a local government clerk may be specified by decree; furthermore, concerning the provisions of the Act on administrative procedures, provisions different from those of that Act may be introduced by decree. In a state of danger, in order to ensure production, supply and services obligation to enter into a contract may be required, the products and services being defined in a decree.¹⁶

The above provisions authorize the Government to determine, by decree, norms that differ from legal provisions in force, whereas sections 48, 49 and 50 of the Kat. tv. include concrete measures to avert a state of danger and determine the rules of curfew, wearing of masks, the introduction of digital education and restrictions on the opening hours.

Overviewing the above, we can say that on the basis of the Kat. tv. the Government did not have any possibility to amend electoral rules and so the *Government decree no. 40/2020. (III. 11.) on the declaration of the state of danger* and other laws prescribing rules of behaving did not contain restrictions concerning the elections.

We can conclude that at the very beginning of the coronavirus the regulatory regime in Hungary did not impose limitations on the right to vote in a situation of pandemic (for example influenza epidemic) nor did it prescribe special behavioural rules for the electoral process.

This period covers the time between the 1st and the 11th of March 2020, when only two local government by-elections were held.

4. ELECTIONS IN HUNGARY DURING A SITUATION OF PANDEMIC

4.1. Questions regarding electoral law in a state of danger

A radical change came in the elaboration of the legal framework meant to protect against the pandemic with *Act XII of 2020 on the containment of coronavirus* (hereinafter referred to as: *coronavirus act*), entered into force on 31 March 2020,

¹⁶ Vid. section 47(4) of Act CXXVIII of 2011

which included detailed provisions on electoral and referendum procedures. This act laid down that no by-elections may be called until the day following the end of the period of state of danger, and the elections not called or not held have to be called within fifteen days of the end of the period of state of danger. It also stipulated that no national and local referendums may be initiated until the day following the end of the period of state of danger; that the national and local referendums already called cannot be held, and the national and local referendums not called or not held have to be called within fifteen days of the end of the period of state of danger.¹⁷ The *coronavirus act* also included provisions on returning and destroying the recommendation sheets and the interruption of referendum time limits.

The explanation to the *coronavirus act* pointed out without ambiguity that the necessary in-person participation of all citizens in the election and referendum processes would seriously endanger the efforts deployed to avert the human epidemic and its consequences. The entry into force of the act had a clear effect: no election or referendum procedures could be conducted.

In exercise of the authorization as provided for by the common rules for the special legal order of the *Basic Law*, the National Assembly suspended the exercise of fundamental rights as regards elections and referendums, thereby clearly favouring and protecting fundamental rights relating to life and health.

4.2. Elections at a time of epidemiological preparedness

By adopting, on 17 June 2020, the *Government decree no. 282/2020. (VI. 17.) on the termination of the state of danger declared on 11 March 2020*, the Government decided to put an end to the state of danger introducing at the same time the preparedness for epidemic by the *Government decree no. 283/2020. (VI. 17.) on introducing a state of epidemiological preparedness*. With the termination of the state of danger the *coronavirus act* had no more effect. At the same time, the provisions of *Act LVIII of 2020 on the transitional provisions related to the termination of the state of danger and on epidemiological preparedness* entered into force repeating¹⁸ previous provisions of the *coronavirus act* and providing for

¹⁷ Vid. section 6 of Act XII of 2020.

¹⁸ Section 88 of Act LVIII of 2020: „The day on which the date of a by-election is fixed shall be any day from the day following the termination of the state of danger. The day on which the date of an election whose date has not been fixed or has not been held is fixed shall be a day within fifteen days from the termination of the state of danger.” and „National and local referendums may be initiated from the day following the termination of the state of danger. Time limits as defined in chapters II-IV of Act CCXXXVIII of 2013 on initiating referendums, the European citizens’ initiative and referendum procedure shall resume on the day following the termination of the state of danger. The day on which the date of a national or local referendum whose date has not been fixed or has not been held is fixed shall be a day within fifteen days from the termination of the state of danger.”

elections not called or not held as well as the calling and initiating of national and local referendums.

Neither Kat. tv. nor the laws implementing it contained any further provision directly concerning elections, Kat. tv., however, added section 51/A. – we’ll see more in detail its importance – to *act CXXVIII of 2011*:

“51/A. § (1) In a state of danger declared in order to prevent human epidemics and averting harmful effects thereof, causing disease on a large scale and endangering life and property, and in order to protect the health and life of Hungarian citizens, the Government may – in addition to the extraordinary measures and rules defined in subtitles 21-24. –, as a means to guarantee Hungarian citizens security of their life, health, person, property and rights and in order to guarantee the stability of the national economy, suspend application of certain Acts, derogate from the provisions of Acts and take other extraordinary measures.

(2) The Government may – to the extent necessary and proportionate to the objective pursued – exercise its powers defined in (1) in order to prevent, manage and eliminate human epidemics, and prevent and avert harmful effects thereof.”

At the end of June and early July 2020, in the wake of *coronavirus act* and *Act LVIII of 2020*, several elections were called; partly those not held re-called and partly because of some vacancies that had occurred before. Three of them emerged as particularly important: the parliamentary by-election in the 6th constituency of Borsod-Abaúj-Zemplén county, the mayoral and local government representatives’ election in the city of Mohács and the mayoral and municipal individual constituency election in the city of Karcag. In addition, municipal or national minority by-elections were organized in almost thirty settlements.

During the preparations for these by-elections more and more questions emerged as to the management of the epidemic, the conduct of the voting, as in fact the epidemic had not disappeared with the termination of the state of danger, but it continued on a lower level of intensity with the number of new cases of infection expected to grow in a new wave of the disease with the rhythm of the infections accelerating.

In view of the situation, the Hungarian National Election Office issued circulars in late August, early September, addressed to the heads of local election offices informing them what protecting measures should be applied in by-elections, in particular concerning the actual voting operation. Three main domains were included: how to proceed with public gatherings organized prior to election day (taking of oath of members of electoral commissions, training of office and commission members); how to conduct the voting in the polling stations; and how to conduct voting by mobile ballot boxes and in particular the procedure to follow in social and health services.

These measures were aimed at helping the full exercise of the right to vote. It has to be mentioned that the polling station commissions made it possible, following

a guideline issued in August 2020 by the National Election Office, for people in quarantine to vote. The NEO guideline published in September 2020 allowed patients in hospitals and other social care facilities to exercise their right to vote during the period of ban on hospital visits introduced on 8 September 2020. In order to prevent the spread of the virus the procedure underpinning the organization and conduct of the mobile ballot box voting in institutions under the ban on visits followed the recommendations by the National Public Health Center.

In addition to the measures of protection, the National Election Office covered the fees of the supplementary record-keepers in the polling districts and distributed anti-pandemic packages in the polling districts (containing 50 masks, 10 pairs of disposable gloves and hand antiseptic gels) for the conduct of voting.¹⁹

For the voting operations to be conducted successfully, training delivered to election bodies and sufficient resources of staff and equipment are not enough – the citizens have to be informed as well. For this to be done, the National Election Office provided continuous information on its website *valasztas.hu*, whereas the local election offices kept voters informed following the methods in use in the settlements concerned.

There were no limitations on the right to vote at a time when measures introduced by the Government to protect fundamental rights relating to life and health impacted other domains of the everyday life by restricting other fundamental rights.

An interesting legal situation came in connection with the fundamental rights relating to life, health and elections. In order to slow down the spread of the coronavirus the Government had adopted the *decree no. 431/2020. (IX. 18.) on protective measures during the period of state of epidemiological preparedness* which – as regards certain specific protective measures concerning institutions of public education and vocational training – allowed only certain people to enter these institutions. The decree had made it possible for persons discharging their functions based on law – for example, members of polling station commissions – to enter such institutions but it was nevertheless ambiguous as respects voters. The government therefore adopted *decree 453/2020. (X. 9.) on certain epidemiological measures* which provided that restrictions regarding institutions of public education and vocational training did not apply to institutions as defined in *Act XXXVI of 2013 on electoral procedure* during preparations to vote, the vote and the determination of the election result where polling stations are located.

¹⁹ By adopting these measures, the National Election Office could ensure in the short term the safe conduct of elections during the situation of pandemic. But because of the excessive duration of the pandemic period, NEO also began to implement provisory measures in the electoral laws and it undertook the review of its information materials and especially that of the *Electoral booklets*.

4.3. Consequences of the renewed state of danger

As a result of the worsening of the situation of pandemic, the Government declared again, by *decree 478/2020. (XI. 3.) on the declaration of the state of danger*, the state of danger from 4 November 2020. The decree itself did not contain – just as well as the decree issued in spring did not – any provision on elections, which means that preparations and conduct of the elections could have been done even with the decree re-announcing the state of danger.

Here the amendment of *Act CXXVIII of 2011* – in other words, the addition of section 51/A. – gained all its meaning as it had given the Government large legislative powers from the beginning of the state of danger. This authorization made it possible that in contrast to the nineteen days period in spring only two days after the announcement of the state of danger the Government was able to introduce restrictions concerning elections by its *decree no. 483/2020. (XI. 5.) on transitional provisions relating to by-elections during the period of state of danger* (hereinafter: 483/2020. (XI. 5.) Govt. decree). The main points of the decree were the same as in the decree adopted in spring: no elections may be called, elections already called would not be held and referendum time limits would be interrupted.

The National Assembly adopted *Act CIX of 2020 on actions taken to control the second wave of the coronavirus pandemic* reinforcing the state of danger in the week following the entry into force of 483/2020. (XI. 5.) Govt. decree. The decree's measures were left unchanged with, however, specifications on two points:

- all election processes under way have to be cancelled, they have to be re-initiated once the state of danger has been over; in the cases where candidates have already been nominated by a final decision, only the electoral operations that follow should be carried out;
- referendums deadlines have to be interrupted, but the collection of signatures already initiated should only be suspended and it can be continued once the state of danger has been over and the signatures already collected can be used.

After that *Act CIX of 2020* had ceased to have effect – considering that the pandemic had not lost of its force and maintaining the state of danger proved to be necessary – the *Govt. decree no. 30/2021. (I. 29.) on by-elections during the state of danger and transitional provisions on national and local referendums* and *Act I of 2021 on the containment of the coronavirus pandemic* came as useful tools to manage the situation in line with the two specifications cited above.

At the moment of writing this paper there are no electoral or referendum processes under way and there won't be any until the end of the state of danger. During the second and third waves the Government and then the National Assembly suspended again the exercise of the fundamental rights in connection with elections and referendums, thereby clearly favouring and protecting fundamental rights relating to life and health. The first, second and third waves of the epidem-

ic hit Hungary at periods when neither parliamentary, municipal and mayoral, European elections nor referendums were organized, therefore limitations on the right to vote did not trigger serious opposition from the society. As to by-elections, it has to be noted that after the announcement of the state of danger, mayors in 25 settlements, municipal representatives in 18 settlements or Budapest districts, national minority representatives in 8 settlements or Budapest districts and another national minority representative in a county had to be elected.²⁰

4.4. Challenges to online meetings of election commissions

The pandemic also posed challenges to the functioning of election commissions. It is therefore unavoidable that their operation is guaranteed even during a period when, due to the reduction of contacts, personal presence cannot be ensured at all or is difficult to ensure. At the same time, regardless of the pandemic, it is important that online meetings can be guaranteed in the normal course of business in the 21st century, as this would also serve to meet the short deadlines for legal remedies.

With regard to the online meeting of electoral bodies in Hungary, Act CLXVII. of 2020 Section 16 introduced a new section into the Electoral Procedure Act, i.e. Section 40/A., according to which the meeting of the National Election Commission may be held by electronic means on the basis of the decision of the chairman.

It should be emphasized that the Electoral Procedure Act provides a legal basis for online meetings only in the case of the National Election Commission, so there is no legal possibility for this in the case of other, lower-level election commissions.

Details are provided in the Rules of Procedure of the National Election Commission for online meetings, specifically in Section 7/A., according to which, based on the decision of the Chair, the members of the Commission participate in the meeting by electronic means of video conferencing, i.e. online meeting. In particular, the Chair may decide to hold an online meeting if justified by an epidemiological emergency or other circumstances, or if a short, undisputed committee meeting is expected based on the subject matter of the proposed decisions, e.g. issuing of the mandate, registration of candidates and nominating organizations, etc.

5. ELECTIONS IN OTHER COUNTRIES DURING THE PANDEMIC

The coronavirus epidemic impacted election processes all over Europe. Between 21 February 2020 and 24 April 2021, elections in at least 78 countries were

²⁰ Source: data from the National Election Office

postponed.²¹ In at least 117 countries decision was taken to hold the elections despite the epidemic and 96 of them did hold their elections or referendums.²² In at least 52 countries elections that had been postponed earlier were held; out of these fifty-two, twenty-eight held national elections or referendums.²³ Where elections were organized among restrictions fair and free electoral campaigns had to be ensured; some countries introduced new voting methods (for example postal voting).

In the followings we will examine in detail which point of views have to be taken into account during a global pandemic when liberties are limited and participation in elections has to be guaranteed.

5.1. Considerations by the OSCE concerning elections held during a situation of pandemic

A study²⁴ by the Office for Democratic Institutions and Human Rights of the Organization for Security and Co-operation in Europe reviews which point of views have to prevail in a situation of pandemic in order for the countries co-operating with OSCE to deliver on their pledges. In what follows we try to sum up the main points of that study.

Even when placing limits on fundamental rights at a time of pandemic, the right to assembly, freedom of expression and freedom of movement are indispensable to fair and democratic elections²⁵ as the pledges, international obligations and standards in connection with elections cannot be questioned even during a state of emergency. However, countries co-operating with OSCE may ponder in a state of emergency whether to put forward public health considerations. In such a situation laws may be amended too quickly disadvantaging women, persons with disabilities or national minorities.²⁶

It is important that countries co-operating with OSCE guarantee that temporary amendments do not put electoral pledges already taken at risk.

In addition to examining the process of legislation it is also worth asking whether legal simplifications adopted by legislators in certain countries are justifiable and without any partisan political motives. ODIHR has several times

²¹ <https://www.idea.int/news-media/multimedia-reports/global-overview-covid-19-impact-elections>

²² <https://www.idea.int/news-media/multimedia-reports/global-overview-covid-19-impact-elections>

²³ <https://www.idea.int/news-media/multimedia-reports/global-overview-covid-19-impact-elections>

²⁴ <https://www.osce.org/files/f/documents/8/d/462726.pdf> (12 Jan 2021)

²⁵ Vid. from the Venice Commission: <https://rm.coe.int/16809e38a6> (12 Jan 2021)

²⁶ Vid. also the report by IFES: https://www.ifes.org/sites/default/files/ifes_covid19_briefing_series_safeguarding_health_and_elections_may_2020.pdf (12 Jan 2021)

pointed out that elections should be preceded by inclusive and transparent public consultations with stakeholders and that electoral laws have to respect the stability of the general electoral framework.²⁷

With the 1990 Copenhagen declaration, the countries co-operating with OSCE committed themselves “to hold free elections at reasonable intervals, as established by law”. The basis to all this are not only the pledges made to OSCE, but also the Universal Declaration of Human Rights. In the current context of the epidemic the principle of holding elections at regular intervals has to be weighed against other obligations of the state namely those which are in connection with the right to life and health. These fundamental rights make it necessary to take immediate measures. Postponing or suspending elections under special legal order does not mean a break with human rights, it rather underlines how important guarantees are.²⁸ It has to be pointed out that “suspensions concerning certain elements of electoral law are only allowed to the extent necessitated by the situation, therefore they have to be put to the test of proportionality”²⁹. The principle which says that regularity in holding elections should be prescribed by law has been several times violated as certain countries had no laws providing for elections postponed for reasons of state of emergency. There were also cases for decisions not being taken in a view of ordering the state of emergency and therefore causing legal uncertainty or leading to *ad hoc* solutions. These *ad hoc* decisions in connection with postponing, suspending or holding the election in a changed environment leaving then open the question whether they came to be after reasonably pondering arguments for and against other state duties such as the right to life. All this underlines again the requirement that in questions of public interest decision-making involve the largest number of stakeholders through transparent and effective consultations.³⁰

In countries where an election period had already begun at the time of the outbreak of the pandemic, ensuring fair and free campaigning meant a special difficulty. Solutions had to be found in order to remove administrative measures hindering candidates from bringing their election programme to the knowledge of their electorate. Gatherings, canvassing voters, the distribution of leaflets are all traditional campaign methods, all capable of being subject to country level limitations for health reasons.

²⁷ Vid. here OSCE ODIHR’s opinion on the draft laws submitted before the polish presidential election <https://www.osce.org/files/f/documents/d/3/450856.pdf> and here https://www.osce.org/files/f/documents/e/0/453333_2.pdf (12 Jan 2021)

²⁸ Vid. also the analysis by IFES here https://www.ifes.org/sites/default/files/ifes_covid-19_briefing_series_legal_considerations_when_delaying_or_adapting_elections_june_2020.pdf and a report by the European Council here <https://rm.coe.int/election-and-covid-19/16809e20fe> (12 Jan 2021)

²⁹ Vid. a report by the Venice Commission [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2020\)005rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2020)005rev-e) (12 Jan 2021)

³⁰ <https://www.osce.org/files/f/documents/8/d/462726.pdf> 81. (12 Jan 2021)

Advantages enjoyed by the party in government, the managing of state resources – including policymaking, certain initiatives aimed at containing the virus and their social-economical effects – are of particular importance when the owners of the political power not only take measures against the coronavirus, but they also participate in the elections.³¹

As to restrictions introduced on a public health basis, it has to be scrutinized whether a given country co-operating with OSCE “provides the necessary legal guarantees to enable political parties and organizations to compete with each other on a basis of equal treatment before the law and by the authorities.”³²

In most countries co-operating with OSCE news in public media were dominated by the pandemic and the responses of governments. In the context of elections, this gives rise to some concerns regarding the commitment to provide conditions “for unimpeded access to the media on a non-discriminatory basis for all political groupings and individuals wishing to participate in the electoral process”.³³ Whether the electoral contestants are able to use the media to convey their messages to the voters will certainly depend on how previously identified media-related shortcomings are rectified, on the impact of the economic downturn on the media landscape, but also on the willingness of those in power to not abuse their prominence in the context of the pandemic to gain an unfair advantage over political competitors. At the same time, they may be ‘punished’ by voters if they are seen as having failed to lead effectively during the crisis.

The principles of universality and equality of the right to vote and to be voted for were also challenged regarding both the longer-term processes such as voter and candidate registration, and shorter voting operations such as the methods of voting. Pledges made to OSCE concerning “guarantee universal and equal right to vote and to be voted for to adult citizens”³⁴ may be challenged if voter registration or verification efforts are halted due to public health concerns. Changing the place of residence for reasons of health concerns or the economic effects of the pandemic may necessitate the revision of voter lists.

While few countries allow for electronic submission of required documents, in a number of countries co-operating with OSCE the registration of electoral candidates is only permitted on an in-person collection, submission and verification of supporting signatures, which may be problematic in the conditions of social distancing or restrictions to assembly or movement. While traditional voting mechanisms may pose threats to public health, alternative solutions to voting in polling stations may, in turn, endanger the principle of universality, equality and secrecy of voting. A number of previous ODIHR election observation reports noted that

³¹ <https://www.osce.org/files/f/documents/8/d/462726.pdf> 81. (12 Jan 2021)

³² <https://www.osce.org/files/f/documents/8/d/462726.pdf> 81. (12 Jan 2021)

³³ <https://www.osce.org/files/f/documents/8/d/462726.pdf> 81. (12 Jan 2021)

³⁴ <https://www.osce.org/files/f/documents/8/d/462726.pdf> 82. (12 Jan 2021)

homebound voting or casting ballots in prisons, hospitals or elderly homes raised concerns of undue influence on the voter. Facilitating the vote for those subject to quarantine with the aim to preserve the principle of universality is a particular challenge in the current situation. Adherence to the commitments in such cases may be ensured by effective legal and practical guarantees against wrong-doing and the development of adequate staff capacities and technical skills within election management bodies.

Certain alternative methods of voting may also challenge the principle of “votes being cast by secret ballot or by equivalent free voting procedure”³⁵. Voting by proxy (to OSCE this method does not fulfil the requirements of equality and secrecy) isn’t either an adequate answer to health concerns as women, older people and people with disabilities can be particularly exposed to measures taken by necessity and going beyond what would be justifiable; their right to secret vote can also suffer harm, if postal voting or other alternative voting methods are not accompanied by guarantees.

A number of countries co-operating with OSCE agree that “the presence of observers, both foreign and domestic, can enhance the electoral process for countries where elections are taking place”.³⁶ It has, however, to be noted that simply sending electoral observers may be problematic at a time of pandemic. While certain restrictions concerning electoral observers may prove to be necessary, the principle of transparency may also be violated. It is possible to compensate for the difficulties to access to the meetings of electoral bodies by using available infocommunication technologies, while observers are faced with the same hindrances when wanting to observe voting day’s operations.

During the pandemic a number of countries co-operating with OSCE postponed their current elections.³⁷ There were countries, however, that kept the election day as initially planned.³⁸ Although a decision to hold or postpone an election in times of pandemic is a matter each state co-operating with OSCE has to decide for itself, it should be taken in line with pledges made to OSCE and other international obligations and standards. In most cases, such a decision required modification of a country’s legal and even constitutional framework.

In many countries co-operating with OSCE, the postponement of the election day was possible due to the declaration of a state of emergency (or equivalent

³⁵ <https://www.osce.org/files/f/documents/8/d/462726.pdf> 82. (12 Jan 2021)

³⁶ <https://www.osce.org/files/f/documents/8/d/462726.pdf> 82. (12 Jan 2021)

³⁷ Vid. the municipal elections in Kyrgyzstan, the second round of the French municipal elections, the parliamentary elections in North-Macedonia, the municipal and parliamentary elections in Serbia, the municipal elections in Romania, the municipal elections in England and Wales, the presidential election in Poland

³⁸ Vid. the presidential elections in Belarus, Iceland and the United States, the parliamentary election in Mongolia and the municipal election in Bosnia-Herzegovina

measures). In other cases, special legal frameworks had to be adopted. In some countries co-operating with OSCE, legislative processes and the adoption of laws were undertaken in a rushed manner, in the absence of a meaningful public and inclusive consultation among key electoral stakeholders, challenging the principles of legality and stability of election law. While the Council of Europe's Venice Commission notes that "amendments carried out within the year preceding a given election do not necessarily go against the European principles of electoral law,"³⁹ substantial amendments to the fundamental elements of the electoral law shortly before an election may influence the outcome of an election.

In certain countries the governing party or parties were probably more interested in postponing the elections for reasons of pandemic than the other parties. There were by contrast countries where the election could be held on the originally fixed date by using alternative voting methods aimed at containing the spread of the virus. Postal voting could be a solution but only in countries where it has proved to be viable. Alternative methods can only be implemented progressively, long before the elections, after having tested them and after having conducted consultations.

Vulnerable groups, such as people with disabilities, may be disproportionately affected by postal voting. While voting by post may increase the participation in elections, it in the same time can challenge the secrecy and equality of the vote, since the voter receives a ballot that is to be marked in an uncontrolled environment outside of the polling station. In addition to this, the number of domestic violence cases and confinement may also influence voting at home. Considerations that provide real equal opportunities for all should therefore be taken into account when introducing new voting methods. The use of alternative methods might encounter specific challenges when voting is organized for those residing abroad and regulations of both the host and the home country apply.⁴⁰

At the outbreak of the pandemic, many were keen on introducing internet voting. However, decision-makers in most countries co-operating with OSCE did not make any move toward this alternative solution, in part due to the realization that the introduction of internet voting would consume substantial time and resources.

In several cases when countries decided to proceed with planned elections some elements of the electoral process were modified such as revision of timelines pertaining to the collection of supporting signatures, voter registration updates, and the duration of the campaign period. In some countries deadlines regarding voting and counting were altered due to the introduction of alternative voting methods. Such changes were in some cases made without consultation with electoral

³⁹ [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2020\)005rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2020)005rev-e) (12 Jan 2021)

⁴⁰ <https://www.osce.org/files/f/documents/8/d/462726.pdf> 84. (12 Jan 2021)

stakeholders. There were countries that did not have rules pertaining to online campaigning and advertising.⁴¹

5.2. Experiences gained from elections held during the situation of pandemic

Let us now – having in mind the limits imposed by the shortness of this paper – cite some international examples allowing us to summarize the experiences gained from elections and preparations for election during the pandemic.

In Croatia, general parliamentary elections were held on 5 July 2020. In response to the epidemic, the Croatian public health institution issued recommendations for the central electoral commission (CEC); in the first days of the week of the election, the CEC presented the measures to be followed on election day. The reception by the public of these recommendations was mixed. Some had concerns that those contaminated with the virus or simply having fever or other similar symptoms would not be able to exercise their right to vote. Domestic electoral observers and academics turned to the Constitutional Court. In its decision, the Constitutional Court ordered the central electoral commission to facilitate the exercise of the right to vote for those contaminated with coronavirus. The CEC acted in line with the instructions, but only two days before election day. The Constitutional Court also stipulated that voting outside the polling stations must be made possible for those contaminated with the virus. This was done by the use of mobile ballot boxes: on election day until noon mobile boxes could be requested without any particular justification, but there were no guarantees that everyone could effectively make use of this way of voting. In total, it can be said that requests for mobile voting were met. Citizens in quarantine were able to cast their ballot in person, just outside their home. Those contaminated could vote by proxy, the person authorized to do so marking the adequate circle, then handing over the ballot paper to the persons officially designed, waiting outside the home of the citizen.⁴²

In Poland, in the context of the presidential election the government decided – after the outbreak of the epidemic and at the same time when the state of emergency was declared – to hold the election on 10 May 2020, the date originally fixed. The Polish Parliament also modified the electoral law, the amendments extending the right to vote by post to those over the age of 60 and to those in quarantine. In addition, a draft Act – forcefully criticized by the opposition –, introduced on 6 April, aimed at conducting the whole election by postal voting authorizing the Speaker of the Parliament to change the day of voting. The draft Act partially reassigned important functions related to elections from the national electoral commission (NEC) to the Ministry of State Assets. In the end, the draft wasn't

⁴¹ <https://www.osce.org/files/f/documents/8/d/462726.pdf> 84-85. (12 Jan 2021)

⁴² https://www.osce.org/files/f/documents/b/4/465120_0.pdf (12 Jan 2021)

passed because the opposing parties had agreed, on 6 May, to postpone the election. But, because of the postponement the campaign itself and campaign financing got in a sort of *ex lex* status. On 2 June the electoral law was amended under an expedited procedure: the powers of the NEC were reassigned, optional postal voting was introduced and the training and enrolment of members of lower level election bodies was regulated. As to the campaign, assemblies could be held with a maximum of fifty persons, and candidates were able to reach out to their electorate mainly by internet. After that the epidemic had been temporarily contained, campaign activities could again be conducted.⁴³

At the outbreak of the epidemic, a thirty-day state of emergency had been declared in North Macedonia which was then followed by the suspension, by means of a presidential decree, of all electoral process. The conditions for resuming the electoral processes, their conduct, the validity of previous processes, voters' registration, campaign in the media, adequation to public health requirements (including an additional voting day provided for those contaminated with the virus) – were all regulated by decrees. Regulations lacked consistency therefore causing legal uncertainty. For example, rules concerning assemblies were implemented by a government decree on the coronavirus, amended 28 times and relating to different stages of the electoral process. The regulation on indoor and outdoor events was adopted six days after the beginning of the campaign and it came to be modified two times during the campaign. Decisions ordering the amendments and the amended texts themselves were published separately, often with several days of delays.⁴⁴

In Serbia, in harmony with his constitutional commitments, the president of the republic fixed, on 4 March, the date of 26 April as the day on which the parliamentary election should have been held. On 16 March, in a state of danger declared with the outbreak of the pandemic the whole electoral process was suspended. With the state of danger lifted on 6 May, the electoral process resumed on 11 May. A new date – 21 June – was fixed as voting day. The electoral commission had made preparations for the use of masks and gloves in order to contain the spread of the virus, but they were not always used at local level.⁴⁵

In Romania, turnout at the parliamentary election⁴⁶ was far lower (33%) than expected. One possible explanation for this is the fear of virus, although during the preparations for the election the ministry of public health had determined which prescriptions should have been followed in public institutions and, indeed, on voting day these were applied. The persons contaminated with the virus were

⁴³ <https://www.osce.org/files/f/documents/6/2/464601.pdf> (12 Jan 2021)

⁴⁴ https://www.osce.org/files/f/documents/b/e/465648_0.pdf (12 Jan 2021)

⁴⁵ <https://www.osce.org/files/f/documents/a/3/466026.pdf> (12 Jan 2021)

⁴⁶ www.roaep.ro (12 Jan 2021)

able to vote by mobile ballot box. Curfew was eased, but only for voting day and for staff involved in the conduct of the election.⁴⁷

Decree no. 2019-928. by the Council of Ministers (décret n° 2019-928 du 4 septembre 2019) adopted on the basis of provision L227 of the French electoral Act (Code électoral) fixed the date of the first round of the 2020 municipal elections for 15 March, the second round having been fixed for 22 March 2020. In view of the coronavirus epidemic and by means of the decree no. 2020-267. (Décret n° 2020-267 du 17 mars 2020), issued on 17 March 2020, the Council of Ministers postponed the second round of the election to June 2020 at the latest. The date on which the second round should have been held was fixed for 28 June by decree no. 2020-642. (décret n° 2020-642 du 27/05/2020), issued on 27 May 2020. Decree no. 2020-743. (Décret n° 2020-743 du 17 juin 2020), issued on 17 June 2020 regulated the second round in the context of the epidemic as follows: voters particularly vulnerable could vote in separate queues, at once a maximum number of three voters were allowed in the polling rooms, every polling station was equipped with disinfection points containing soap or hydroalcoholic gel. In addition, the wearing of masks was obligatory and the ballots were not stamped in order to contain the spread of the virus. Citizens were strongly encouraged to vote by proxy – a legal method of voting anyway. In France, in the second round during previous municipal elections turnout had always exceeded 60%, it was 62,9% in 2014, 65,2% in 2008, whereas it was only 41,6% in 2020 showing a clear effect of the epidemic despite the protecting measures.⁴⁸

On the basis of the Portuguese constitution even in a state of danger elections cannot be postponed, therefore the presidential election was held in January 2021. It is not possible to vote by post or electronically in Portugal. The government eased the epidemic regulation in order for the citizens to be able to exercise their right to vote, so the vote began much more earlier with the aim to avoid long queues of voters. Hardly 40% of those having the right to vote cast their ballot, although the authorities had lifted the restrictions for voting day.⁴⁹

In Catalonia, in the context of the coronavirus political leaders wanted the parliamentary election to be postponed and held on 30 May 2021, but a court decision went against this. The court argued that the epidemic was not an unexpected event, on the contrary it had been known to arrive one day and a cancellation

⁴⁷ https://www.osce.org/files/f/documents/4/9/472812_0.pdf (12 Jan 2021)

⁴⁸ electoral code (Code électoral) L227. §-a

decree no. 2019-928. (décret n° 2019-928 du 4 septembre 2019)

decree no. 2020-267. (Décret n° 2020-267 du 17 mars 2020)

decree no. 2020-642. (Décret n° 2020-642 du 27/05/2020)

decree no. 2020-743. (Décret n° 2020-743 du 17 juin 2020)

⁴⁹ <https://www.politico.eu/article/portugal-president-election-2021-vote-coronavirus-infections/>, <https://hu.euronews.com/2021/01/25/marad-az-elnok-de-erosodnek-a-jobbaldali-populistak-portugaliaban>

would have meant a restriction on election as a fundamental right. The court added that a postponement would have produced a period of uncertainty too long at a time when democratic normality had to be restored and the Catalan autonomous community needed its president and governing parties.⁵⁰ The Hungarian news agency (MTI) reported that the voting – finally held on February 2021 – began at many places with a delay of two hours as a result of many determined by drawing lots to be members of polling station commissions not being present and substitutes being needed to replace them. Out of the 82 thousand people designated 34 thousand demanded exemption because of the situation of pandemic, the central electoral commission (JEC) approving 22 thousand requests. By contrast, those absent without permission were fined and could even face imprisonment based on the law. The voting was organized amid exceptional health measures, with significantly more polling station than usual. So citizens could vote in the FC Barcelona stadium, on markets, in sport facilities, even an arena for bullfighting was made available.⁵¹ Despite all these efforts only 53% cast their vote which has been the lowest turnout so far.⁵²

In Israel, the central electoral commission (CEC) introduced, in March 2021, the polling booth “drive through”. This new method allowed the most vulnerable and those in quarantine to vote without leaving their car. The voter took the ballot from a stand beside their car, then put it into a ballot box after having made 1,5 meters. Drones were used to take pictures of the traffic around these special polling facilities then these pictures were forwarded to the CEC. If the CEC judged that a too long queue of cars has lined up, order was given to regroup voters to another special polling facility. The rules pertaining to the votes by absentee voters (for ex. Israeli diplomats abroad) were applied to the votes cast in these special polling facilities which means that the ballots should be put in a double envelope. The number of polling booths was increased by 30%. Fifty buses transformed into mobile polling stations were put in service all over the country. Polling facilities were installed at Ben Gurion airport for Israeli citizens re-entering their country and waiting for their passport to be checked.⁵³

Another novelty in Israel was the app named *Democrator* developed by the civil organization *Darkenu*. Through this downloadable free app friends and family members could send messages to encourage each other to go to vote.⁵⁴

⁵⁰ <https://vilaggazdasagi.blog.hu/2021/02/17/>

⁵¹ https://mandiner.hu/cikk/20210214_katalan_valasztas_harmas_holtversenyt_es_a_fuggetlensegparti_gyozelmet_is_josolnak_a_felmeresek

⁵² https://vilaggazdasagi.blog.hu/2021/02/17/a_katalan_valasztas_utan#more16430006

⁵³ <https://www.al-monitor.com/originals/2021/03/israel-deploy-drones-election-day-facilitate-voting-covid-19-patients>

⁵⁴ <https://www.thenationalnews.com/world/covid-protected-booths-and-the-democrator-app-is-israel-s-2021-election-the-future-1.1189867>

In March 2021 parliamentary elections were held in the Netherlands. One hundred and fifty deputies were elected in the lower house of Parliament through direct voting, for a mandate of four years. Machine voting used for nearly 30 years since the '70s was replaced in 2009 by paper-based voting when it became clear how easily voting machines can be manipulated.⁵⁵ Citizens could vote at any polling station within the city where they were registered; voting in another polling district than the one according to the residence of the citizen was also possible. In harmony with transitory rules introduced in the context of the epidemic, anyone could vote from two days earlier on, that is, from 15 and 16 March; any citizen including those abroad could vote by proxy. A person could vote for three other authorizing him. Out-of-country voters voted by post. Overseas voters could download the ballot paper electronically, but had to mark and cast the ballots in hard copy. For these elections, mail voting was extended to voters over the age of 70.⁵⁶

The coronavirus pandemic which imposed restrictions on freedom of movement created a special context in which the issue of electronic voting gain a particular importance. The question is no longer if electronic participation can be offered to voters as an additional option. The elections postponed due to the pandemic (e.g. the 2020 Polish presidential election or the second round of the 2020 French municipal elections) highlighted that there may be situations where electronic voting seems to be the only possible or at least the most practical way of participating in elections. Even before the pandemic, one could observe active reflection on electronic voting in the administrative, academic and political world. Electronic voting in part or on an experimental basis is already being used in some countries while other are reflecting about it. In France, for example, during the 2017 presidential election campaign, the promises of Emmanuel Macron to strengthen democracy included the introduction of electronic voting. More recently, on 2 June 2020, several members of the French National Assembly submitted a draft bill calling for the introduction of electronic voting.⁵⁷ At the end of 2020, the French Senate also urgently prepared a report on this issue, in which it concluded however that the security conditions for electronic and Internet voting were not yet in place, but work on this subject needed to be continued.)

6. SUMMARY

This paper examines the effects that the epidemic triggered by the coronavirus had on Hungary's and other countries' elections and electoral processes. Overall, managing the situation posed a serious challenge to all decision makers

⁵⁵ <https://www.reuters.com/article/us-netherlands-election-pencil-idUSKBN2B91OD>

⁵⁶ <https://www.osce.org/files/f/documents/4/0/478501.pdf>

⁵⁷ https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b3039_proposition-loi.pdf

throughout the world, and countries holding general elections during the pandemic faced particular difficulties.

As to Hungary, it must be pointed out that in the early phases of the pandemic the electoral laws had not changed, preparations for local government by-elections had been done until 31 March 2020 and votings had been carried out in only two local government by-elections. But the rapid spread of the disease brought a radical change and made it necessary to introduce a special legal order. In exercise of the authorisation as provided for by the common rules for the special legal order of the Basic Law, the National Assembly and – following an authorization by the National Assembly – the Government suspended, for the duration of the state of danger, the exercise of fundamental rights as regards elections and referendums, thereby clearly favouring and protecting fundamental rights relating to life and health.

In countries where decision was taken to hold (general) elections (often after postponement), increased measures of protection were implemented during both the campaign and the voting. However, experience shows that despite all these efforts fewer citizens turned out to vote than before the pandemic. This faces countries which are about to organize general elections with a serious dilemma. In fact, decision makers have to ensure the right to vote for all those wanting to exercise it on the one hand, and on the other hand this has to be done amid circumstances that would not expose voters' health to danger. In order to reach a higher turnout, softening electoral requirements (concerning, for example, the very process of casting the vote) seems to be an obvious solution, but the principle of proportionality has also to be taken into account to preserve the integrity of elections.

Putting forward considerations of public health seems a priority when a new type of epidemic appears and neither the number of illnesses nor the consequences can be assessed; solutions to contain the epidemic are being looked for as the disease is spreading. But arguments for measures to prevent public health weigh less and restrictions have to be reviewed once the epidemic has been contained or has been brought under control. The study of international practices presented in this paper may facilitate decision-making in the context of the epidemic and we hope that they will provide multiple lessons as to methods which may contribute to a safe conduct of (general) elections or referendums during a situation of pandemic.

REFERENCES

- A. W. Bradley, K. D. Ewing: *Constitutional and Administrative Law*. Harlow, Pearson Education, 2007.
- Adrián Fábián: A hatalomgyakorlás néhány alapvető kérdéséről. Közjog és jogállam. In Ferenc Csefkó (ed.): *Tanulmányok Kiss László professzor 65. születésnapjára*. Faculty of Law, University of Pécs, Pécs 2016.

- Balázs Gerencsér: Special Legal Orders. In András Zs.Varga, András Patyi, Balázs Schanda (eds.): *The Basic (Fundamental) Law Of Hungary. A Commentary of the New Hungarian Constitution*, Clarus Press, Dublin 2015.
- Gábor Kurunczi: *Az általános és egyenlő választójog elvével összefüggő kihívások alkotmányjogi elemzése a magyar szabályozás tükrében*, Doctoral thesis. PPKE Doctoral School in Law. 2019, 12.
[https://jak.ppke.hu/uploads/articles/12332/file/Kurunczi_G%C3%A1bor_dolgozatv\(1\).pdf](https://jak.ppke.hu/uploads/articles/12332/file/Kurunczi_G%C3%A1bor_dolgozatv(1).pdf) (29 May 2021)
- István Balázs, István Hoffman: „Közigazgatás koronavírus idején – a közigazgatási jog rezilienciája?” *MTA Law Working Papers*, 21/2020.
- Hilaire Barnett: *Constitutional and Administrative Law*. Cavendish Publishing, London – Sydney 2002.
- Márta Péter-Delbó: *Kell-e egység a sokféleségben? A helyi önkormányzatok valamint a köztisztviselők feletti törvényességi felügyelet és törvényesség ellenőrzés szabályozási kérdései*. Doctoral thesis. PPKE Doctoral School in Law, 2021. 132.
https://jak.ppke.hu/uploads/articles/12332/file/Peter_Delbo_Marta_dolgozat.pdf (12 Jan 2021)
- Zoltán Szente: „A 2020. március 11-én kihirdetett veszélyhelyzet alkotmányossági problémái” *MTA Law Working Papers*, 9/2020, 1-5.
- Basic Law of Hungary
54/1996. (XI. 30.) AB decision
Act I of 2021
Act CXXVIII of 2011
Act XII of 2020
Act LVIII of 2020
decree no. 2019-928. (décret n° 2019-928 du 4 septembre 2019)
decree no. 2020-267. (Décret n° 2020-267 du 17 mars 2020)
decree no. 2020-642. (Décret n° 2020-642 du 27/05/2020)
decree no. 2020-743. (Décret n° 2020-743 du 17 juin 2020)
National Election Office’s official website
<https://www.idea.int/news-media/multimedia-reports/global-overview-covid-19-impact-elections>
<https://www.idea.int/news-media/multimedia-reports/global-overview-covid-19-impact-elections>
<https://www.idea.int/news-media/multimedia-reports/global-overview-covid-19-impact-elections>
<https://www.osce.org/files/f/documents/8/d/462726.pdf>
<https://rm.coe.int/16809e38a6>
https://www.ifes.org/sites/default/files/ifes_covid19_briefing_series_safeguarding_health_and_elections_may_2020.pdf
<https://www.osce.org/files/f/documents/d/3/450856.pdf>
https://www.osce.org/files/f/documents/e/0/453333_2.pdf
https://www.ifes.org/sites/default/files/ifes_covid-19_briefing_series_legal_considerations_when_delaying_or_adapting_elections_june_2020.pdf
<https://rm.coe.int/election-and-covid-19/16809e20fe>
[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2020\)005rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2020)005rev-e)

<https://www.osce.org/files/f/documents/8/d/462726.pdf>
[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2020\)005rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2020)005rev-e)
https://www.osce.org/files/f/documents/b/4/465120_0.pdf
<https://www.osce.org/files/f/documents/6/2/464601.pdf>
https://www.osce.org/files/f/documents/b/e/465648_0.pdf
<https://www.osce.org/files/f/documents/a/3/466026.pdf>
www.roaep.ro
https://www.osce.org/files/f/documents/4/9/472812_0.pdf
<https://www.politico.eu/article/portugal-president-election-2021-vote-coronavirus-infections/>,
<https://hu.euronews.com/2021/01/25/marad-az-elnoke-erosodnek-a-jobboldali-populistak-portugaliaban>
<https://vilaggazdasagi.blog.hu/2021/02/17/>
https://mandiner.hu/cikk/20210214_katalan_valasztas_harmas_holtversenyt_es_a_fuggetlensegparti_gyozelmet_is_josolnak_a_felmeresek
https://vilaggazdasagi.blog.hu/2021/02/17/a_katalan_valasztas_utan#more16430006
<https://www.al-monitor.com/originals/2021/03/israel-deploy-drones-election-day-facilitate-voting-covid-19-patients>
<https://www.thenationalnews.com/world/covid-protected-booths-and-the-democrator-app-is-israel-s-2021-election-the-future-1.1189867>
<https://www.reuters.com/article/us-netherlands-election-pencil-idUSKBN2B91OD>
<https://www.osce.org/files/f/documents/4/0/478501.pdf>
https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b3039_proposition-loi.pdf

Андраш А. Теґлаши
Национални универзитет за државну службу, Будимпешта
Факултет за управне науке и државну управу
Teglas.Andras@uni-nke.hu

Атила Михаљ А. Нађ
Универзитет „Гаџпар Кароли“ Реформске цркве у Мађарској
Правни факултет
nagy.attila.mihaly@kre.hu

Избори у Мађарској и у другим државама под посебним правним поретком – посебно током пандемије

Сажетак: У раду се истражује какав је био одговор Мађарске као и других европских држава на колизију између остваривања права гласа и мера јавног здравља које би требало да обезбеде латентну праву на здравље. Рада се фокусира на ефекте које је епидемија изазвана корона вирусом имала на изборе и изборне процесе у Мађарској и другим државама. Уочено, управљање ситуацијом представљало је озбиљан изазов доносиоцима одлука широм света и државе у којима су се спроводили избори током пандемије суочиле су се са посебним изазовима. У државама у којима су донеле одлуке да се (избори) избори одрже (често након одлагања), примењиване су повећане мере заштите и током изборне кампање и током гласања. Међутим, искуство показује да је, упркос свим овим напорима, мање трајана искористило право гласа него што је то био случај пре пандемије. То је суочило државе које ће ускоро организовати изборе са озбиљном дилемом. У ствари, доносиоци одлука, са једне стране, морају да обезбеде право гласа за све оне који желе да га остваре, а са друге, да то учине у околностима које неће изложити опасност здравље бирача. У намери да постигну вишу излазност бирача, ублажавање изборних услова (који се односе, на пример, на сам поступак гласања) чини се да је очигледно решење, али принцип пропорционалности ипак мора бити узет у обзир да би се сачувао интегритет избора.

Кључне речи: избори, изборно право, пандемија, Ковид-19, посебан правни поредак, Мађарска, Основни закон.

Датум пријема рада: 27.08.2021.

Датум достављања коначне верзије рада: 17.01.2022.

Датум прихватања рада: 17.01.2022.

Zsanett I. Fantoly
University of Szeged
Faculty of Law and Political Sciences
fantoly@juris.u-szeged.hu

ON THE PECULIARITIES OF THE NEW HUNGARIAN CRIMINAL PROCEDURE ACT

Abstract: *This paper is focusing on the fundamental changes brought by the Hungarian Criminal Procedure Act [Act XC of 2017], which entered into force on 1st of July 2018. New or renewed legal constructs of the criminal procedure are being reviewed. These range from the introduction of a split model of the investigation, to the introduction of two ways of cooperation with the defendant and affect several legal institutions. The new procedural act brings a completely new approach to the parties' right of disposal, the extension of the victim's rights, the secret information gathering, and many other issues. The author seeks to capture those provisions of the act that fundamentally define and reflect this new image of the criminal procedure.*

Keywords: *Hungarian law of criminal procedure; Hungarian criminal procedure act; Hungarian criminal justice*

INTRODUCTION

In my present paper, regarding the origins of Act XC of 2017 on criminal procedure I try to give an answer to the questions: why a new codex was needed and whether there was codification exigency. Would not it have been sufficient to introduce the alternation within the framework of a comprehensive, novel modification and remedy the deficiencies of the previous act (Act XIX of 1998 on criminal procedure)? Without doubt it is tradition not only in criminal law, that the revision of the codes of substantive law is usually followed by the codification of procedural laws in a few years' time, since the application of the altered substantive law regulations implies the introduction of new procedural regulations. Besides this practice, which can be regarded general, the particular reasons and aims of the codification of the new act on criminal procedure have to be examined. The explanation of the act mentions that the previous act became fragmented:

since its passing it had been effected by 89 laws and 15 resolutions of the Constitutional Court and its original text had been modified in about 2000 passages. Several new instruments (e.g.: security deposit, restraining order, waiving the right to a trial, cases of paramount importance) did not fulfil the hopes and were occasionally or not applied in practice at all.¹ In order to remedy fragmentation during procedural legislation – partly contrary to the approach noticeable during the legislative procedure of substantial law – the procedure in its entirety has to be particularly focused on. Referring to the telling example of Barna Miskolczi: procedural law is like a spider's web; you may touch it anywhere, the whole system shakes and shivers as the effect of the touch is conducted along.² As a result the principles, guarantees and legislative aims whose implementation was both professionally and socially expected could only be realized in systematic dimensions by enacting new laws. Among social and professional expectations and requirements several items can be mentioned in a non-exhaustive list, e.g.: the requirement regarding the effective operation of criminal justice, the request for fair and just procedure ensuring unconditional enforcement of guarantees, the focus on revealing so called substantive (objective) justice, the requirements of timeliness and procedural economy. In general it can be stated that not only a shift in priorities but a comprehensive change in policy ensued in criminal justice, whose corner points were defined in a document about the regulating principles of the new law of criminal procedure approved by the government in February 2015.³

In my paper I outline in 12 items those novelties of the law entering into force on 1st July 2018 that caused radical changes compared to the provisions of the previous law.

1. SUPPORTING DUE PROCESS FOR VICTIMS AND PERSONS WITH SPECIAL NEED

The new law of criminal procedure emphasizes restorative justice and addresses the ensuring of the exercise of rights of the injured party as a priority thus it resulted in a substantial change in its policy in relation to victims. Although the new codex distinguishes the procedural notion of the injured party and the criminal notion of the victim,⁴ the procedural subjectivity of the injured party was

¹ <https://www.parlament.hu/irom40/13972/13972.pdf>, 316., 24 May 2021.

² Miskolczi Barna, „Az új Be. főbb vonásairól (1.)”, *Ügyvédkörkép* 2/2016, 22.

³ <https://www.kormany.hu/download/d/12/40000/20150224%20IM%20el%C5%91terjeszt%C3%A9s%20az%20%C3%BAj%20b%C3%BCntet%C5%91elj%C3%A1r%C3%A1si%20t%C3%B6rv%C3%A9ny%20szab%C3%A1lyoz%C3%A1si%20elveir%C5%91l.pdf>, 24 May 2021.

⁴ During codification the notion of injured party were proposed for a while, which resembles to the notion of victim used in the Victim Protection Act. Act CXXXV. of 2005. *Magyar Közlöny* 156/05.

rethought. Among the wide scope of the rights of victims, Victim Personal Impact Statement (VPS) is a novelty, which is an excellent example of incorporating victim protection acquis into criminal procedures. In the VPS victims can inform authorities about the physical, emotional, spiritual, etc. impacts they suffered as a result of a criminal offense (Law of Criminal Procedure Subsection (2) of Section 51).⁵ VPS is an established legal institution in several European countries, which does not only strengthen the procedural legal position of the victim in Hungarian criminal procedures – as victims can justly feel that they can influence criminal procedures and they are not only objects during evidentiary procedures restricted to the position of witness – but the court evaluates their statement when imposing a sentence.

In order to ensure effectively the due process for persons with special needs the law introduces a new and wider scope of measures (Law of Criminal Procedure Chapter XIV.)⁶ Persons with special needs, who are hindered in understanding/being understood, exercising their rights and fulfilling obligations or effectively participating in criminal procedures cannot be only the victims or the involved parties with procedural subjectivity of witnesses, but also – so called secondarily involved parties – the accused party, defenders, experts, financially affected parties, etc. Authorities acting in criminal cases examine ex officio or upon the request of an involved party whether the conditions of special treatment subsist. Circumstances supporting special treatment can be the age, the intellectual, physical and health conditions of the involved party, the interrelation between involved parties or the extremely violent nature of a criminal offence. If authorities qualify the involved party for a person with special needs, the applied measures have to be in proportion to the circumstances substantiating special treatment. Measures specified by the description of special treatment are obligatory to be applied – without a court decision – if the involved party is younger than 18 years old, if he/she is qualified by the relevant law as mentally handicapped or if he/she is the victim of sexual abuse. The instruments of special treatment is a dual system based on the principle of gradualism: besides measures ensuring due process and consideration (e.g.: high level of protection of private life, high level of protection of personal data, appointment of an assistant, a separate room, sound and image recordings, using different means of telecommunication) security measures (e.g.: distorting sound and image recordings when using telecommunication means, restricting the right of attendance of the accused party and the defense, disregarding confrontation, closed data management) are also included. The scope of measures applied during special treatment is extremely wide: as a rule, procedural activities have to be prepared in a way that they could be carried out without being repeated,

⁵ Act XC. of 2017. *Magyar Közlöny* 99/17.

⁶ Act XC. of 2017. *Magyar Közlöny* 99/17.

a meeting between the involved party and other persons not involved in the criminal procedure at the scene of the procedural activity has to be avoided, and some witness protection measures (e.g. highly protected witnesses, personal protection, participation in protective programs) are also codified. From 1st of January, 2021. the so called “Barnahus model” also can be used in the Hungarian criminal investigation.⁷

2. MORE CONSISTENT ENFORCEMENT OF THE DIVISION OF FUNCTIONS

The demand on the consistent enforcement of the principle of the division of functions (i.e. accusation, defense and judgement have to be separated during criminal procedures) made the confrontation of different viewpoints regarding the clarification of truthful facts of a case indispensable during codification. The problem concerning this topic can be summarized in short as follows: whose responsibility and evidentiary obligation is it to construct and create the truthful facts of a case? It is an old rule in Hungarian law of criminal procedure that the burden of proof is on the prosecution, that is regarding the facts needed for evidence the burden of proof (*onus probandi*) is on the prosecution. It is the obligation of the prosecutor to reveal the facts indispensable to evidence, to obtain and provide the means of evidence and present them to the court. Regarding the means of evidence the prosecutor submits an offer of evidence to the court in order to collect them.

During the codification procedure of the new codex remarkable modifications of the previous law were not made in this respect: although the clarification of the truthful facts of a case remained a fundamental objective of the court, judges may not be compelled to clarify the facts *ex officio* (in the absence of an offer of evidence); as a general principle they may clarify the facts according to the offers of evidence submitted by involved parties. (Law of Criminal Procedure, Section 164.)⁸ In the absence of an offer of evidence judges are legally entitled to clarify facts of a case, but as regards the decisions made by them the consequences of an unsubstantiated decision may not be applied in an appellate proceeding just because in the absence of an offer of evidence by the prosecutor judges did not obtain the necessary means of evidence and as a result the conclusion of facts remained unclarified. (Law of Criminal Procedure, Subsection (4) of Section 593.)⁹ It is a positive and progressive modification for judges but according to some experts a

⁷ Act XLIII. of 2020. *Magyar Közlöny* 129/20.

⁸ Act XC. of 2017. *Magyar Közlöny* 99/17.

⁹ Act XC. of 2017. *Magyar Közlöny* 99/17.

stricter enforcement of the principle of the division of functions is needed, based on which in the absence of an offer judges cannot be obliged let alone entitled to obtain and examine evidence.¹⁰

3. THE NEW SYSTEM OF COVERT INFORMATION-GATHERING AND COVERT DATA ACQUISITION FOR LAW ENFORCEMENT PURPOSES

The Law of Criminal Procedure integrates covert information gathering for law enforcement purposes: relevant previous regulations codified in sectoral legislation were integrated in the new law. As for their denomination the law uses 'covert means' instead of the dual usage of covert information-gathering and covert data acquisition – used respectively in the different stages of procedure –, when it refers to the relevant concept. Furthermore, the new codex allows crime detection with covert methods within a short deadline prior to the order of open investigation but within the frame of a criminal procedure in order to establish or exclude suspicion of crime.¹¹ The new law specifies the so called preliminary stage as an independent procedural stage, which may be an optional operative phase of the criminal procedure with the participation of the agency of the police responsible for crime prevention and crime detection, anti-terrorist agencies besides the public prosecutor's office and investigation authorities, which are entitled to take procedural steps in order to obtain necessary information for the decision to be made on ordering investigation¹² for a limited period of time (for six – exceptionally for nine – months). During this period of time covert means can be applied. Since 1st July 2018, criminal procedure has been divided into separate stages, which is represented by the trio¹³ of preliminary procedure – crime detection – crime examination during covert and open investigation.

While the preliminary stage ('information confirmation procedural stage') is initiated on the basis of basic information, investigation is based on suspicion. Besides the preliminary procedure covert means may be applied during two other

¹⁰ Erik Mezölaki shares this viewpoint, see Mezölaki Erik, "A funkciómegosztásról, különös tekintettel a vádlói és a bírói feladatok elkülönüléséről", *www.jogiforum.hu/publikaciok/24.08.2014.*, 613. Furthermore, see István Kónya: (...) the strength and efficiency of Subsection (1) of Section 164. of the Law of Criminal Procedure are weakened by the fact that the prosecutor's move for the acquisition of evidence provides a sufficient way for the prosecution to be relieved of the liability of 'obviousness' (without any real procedural activity). Kónya István, "Az alapvető rendelkezések jelentősége az új büntetőeljárási törvényben", *Belügyi Szemle* 3/2018, 49.

¹¹ Fantoly Zsannett – Budaházi Árpád, „*Büntető eljárásjogi ismeretek I. Statikus rész*” Dialóg Campus Kiadó, Budapest, 2019. 129.

¹² The general explanation of Act XC. of 2017. *Magyar Közlöny* 99/17.

¹³ Finszter Géza – Korinek László, "Az eltűnt gyanú nyomában", *Belügyi Szemle* 3/2018, 104.

stages of the investigation (crime detection and crime examination – *see in details in item 6.*). When applied fundamental rights – inviolability of private homes, protection of privacy, confidentiality of correspondence, protection of personal data – are limited by authorized agencies without the knowledge of the involved person (Law of Criminal Procedure Subsection (1) of Section 214.).¹⁴ The aim of the application of covert means besides/during open investigation is to ensure substantiated indictment.

The necessity of covert investigation and the right of states to apply it are recognized by both the European Court of Human Rights and the Hungarian Constitutional Court, but they emphasize that it may be applied as last resort, in accordance with the strict criteria of necessity-proportionality and it has to be target-assigned, with special request to legal certainty and limited by strict procedural guarantees, since it is interference in fundamental rights without the knowledge of the involved person.¹⁵ In order to guarantee the legal application of these means the law decrees the examination of necessity-proportionality as a general rule, which states that covert means may be applied only if there are reasonable grounds to believe that the acquired information or evidence is absolutely necessary to achieve the goal of the criminal procedure and they cannot be obtained in any other way (1); the application does not limit the fundamental rights of the involved party unproportionally to the goal of law enforcement (2); and with the application, information or evidence connected to criminal offence can be obtained (3) (Law of Criminal Procedure Subsection (5) of Section 214.).¹⁶

Those measures that guarantee the access to the courts, the rights of the defense, and the rights of due process have to be ensured during and after the interference in fundamental rights. Concerning the system of covert means the Law of Criminal Procedure contains a threefold division; measures which do not require authorization by the judge or the public prosecutor (1) (e.g.: probing, traps), measures which require authorization by the public prosecutor (2) (e.g.: ghost shopping, employment of undercover investigator) and measures which require authorization by the judge (3) (e.g.: wiretapping, secret investigation). Measures which do not require authorization by the public prosecutor or the judge and as a main rule those measures which require the authorization of the public prosecutor may be applied without a time limit according to the law of Criminal Procedure.¹⁷

¹⁴ Act XC. of 2017. *Magyar Közlöny* 99/17.

¹⁵ Kardos Tímea, „A bűnüldözési célú titkos felderítés strasbourgi megítélése, a hatályos magyar szabályozás főbb problematikája”, *Katonai Nemzetbiztonsági Szolgálat Szakmai Szemle* 2/2017, 121 – 135.

¹⁶ Act XC. of 2017. *Magyar Közlöny* 99/17.

¹⁷ Fantoly Zsanett – Budaházi Árpád, „Büntető eljárásjogi ismeretek I. Statikus rész”, Dialóg Campus Kiadó, Budapest, 2019. 130.

4. THE EXTENSION OF THE SCOPE OF TELECOMMUNICATION DEVICES

The possibility of interrogation and trials via video conference was included in the previous law, but the new Law of Criminal Procedure and the Government Decree on the Detailed Rules of Investigation and Preparatory Procedure¹⁸ widened its scope of application and significantly broadened the categories of cases when video communication may be applied. The use of telecommunication devices makes the criminal procedure faster since involved parties do not have to appear in person at the scene of the procedure. The connection between the scene of the procedure and other, separate locations is provided by sound and video recording or continuous sound recording. The latter category (communication via continuous sound recording) may be applied in three cases only: interrogation of witnesses (1), ensuring the presence of an interpreter (2), hearing of the experts and interrogation of the accused party during investigation (3). It has become an important instrument in the practice of penal institutions.¹⁹ Besides modernity, opportuneness, cost efficiency and the specific support of the defense of the involved parties – first of all that of the victim – the use of telecommunication devices does not endanger the guarantees of criminal procedure and the regulation enforces the right of the accused party to a trial and also the principle of immediacy.²⁰

Although it does not belong strictly to the topic of telecommunication devices, I find it important to mention the 'contact by electronic means'.²¹ The new Law of Criminal Procedure introduces the obligation for acting authorities and specific private individuals (typically the public defender) of the use of electronic contact in their written communication. The Law also recognizes the optional form of contact by electronic means, in which case paper-based communication may also be used (Law of Criminal Procedure Chapter XXVII).²²

5. THE NEW SYSTEM OF THE REGULATION OF COERCIVE MEASURES

The new Law on Criminal Procedure outlines the system of coercive measures classified, grouped and with respect to the principle of proportionality. The

¹⁸ 100/2018 (VI.8.) Korm. rendelet, *Magyar Közlöny* 81/18. 4012-4065.

¹⁹ Juhász Zsuzsanna, „Videokommunikáció alkalmazása a börtönügyekben”, *Miskolci Jogi Szemle* 2/2019. 428-437.

²⁰ The general explanation of Act XC. of 2017. *Magyar Közlöny* 99/17.

²¹ The detailed rules concerning electronical communication are contained in Act CCXXXII of 2015 (Act of e-administration) 202/15, 26809 – 26859.

²² Act XC. of 2017. *Magyar Közlöny* 99/17.

coercive measures affecting personal liberty may be applied exclusively to the accused party or the person who is seriously accused with committing criminal offence and their personal liberty is either limited or deprived.²³ The unambiguous innovation in the Law is that it emphasizes the priority of alternative coercive measures over detention by the classification of those measures starting from the less stringent ones to the most serious ones.²⁴ Among the coercive measures affecting personal liberty, detention is the only measure which may be ordered by the investigation authority, the public prosecutor's office and the court; the others (restraining order, judicial supervision, arrest, preliminary involuntary treatment in a mental institution) are coercive measures affecting personal liberty subject to judicial authorization. Detention may be applied as ultima ratio by the authorities, it is preceded by all other alternative measures (security deposit, restraining order, specific forms of judicial supervision). The upper limit of detention remained one, two, three or four years depending on the sentence of the criminal offense, except in the case of criminal procedures concerning offenses of life imprisonment sanctions when the arrest has no upper limit.

Previous legal regulations concerning the scope of coercive measures affecting property (2) : search, body search, seizure, impoundment, provisional suppressing of electronic data – were not modified substantially. The right to capture an offender in the act is a special coercive measure since it authorizes the citizens to restrain the personal liberty of the offender until the arrival of the investigative authority (Law of Criminal Procedure Part 8).²⁵

6. THE NEW MODEL OF INVESTIGATION

According to the new divided model of investigation the procedure is divided into two phases: crime detection and inspection. Crime detection (1) begins with the appearance of suspicion concerning criminal offense and lasts until the communication of the well-founded suspicion concerning a particular offender. The detection of criminal offenses and their perpetrators belong to the tasks of the investigative authorities which have the necessary personnel and forensic expertise. On the other hand, there are cases when investigation is initiated against a particular person based on well-founded suspicion of criminal offense. In this case crime detection is omitted and investigation starts with the inspection phase. Inspection can also be omitted if the perpetrator makes an agreement during the investigation procedure since in this case the investigative authorities – besides the

²³ Belovics Ervin, „A kényszerintézkedések” (eds: Belovics Ervin – Erdei Árpád), *„A büntetőeljárás törvény magyarázata”*, HVG-ORAC Kiadó, Budapest, 2018. 347.

²⁴ Miskolczi Barna, „A kényszerintézkedések új rendszere” *Ügyvédlátó* 5/2016, 22.

²⁵ Act XC. of 2017. *Magyar Közlöny* 99/17.

interrogation of the accused party – do not carry out acts of prosecution otherwise necessary.²⁶ The duties of the investigative authorities and the public prosecutor's office and their relations are different during crime detection and inspection. During crime detection phase the investigation authorities have to report to the public prosecutor's office about the state of investigative every sixth month. Investigative authorities act basically independently during crime detection phase (under the legal supervision of the public prosecutor's office), but during the phase of inspection (2) – when the focus is on obtaining evidence against particular perpetrators – the procedural activities of the investigative authority are instructed and directed by the public prosecutor's office. Indictment or its alternatives constitute the last measures of the phase of inspection. It results in an anticipated responsibility for decisions on behalf of the public prosecutor, due to its anticipated decision on the possibilities of opportunity (e.g.: proposals for decrees or measures by the public prosecutor's office, conditional suspension by the public prosecutor, initiating mediation procedure, offering agreement of the first type) the investigative authorities have to report to the public prosecutor's office about their position concerning the particular case within eight days of the notification of the reasonable suspicion. The public prosecutor is in a decision-making position at an early stage of the inspection and is able to define the future course of the procedure.²⁷ In legal practice diverse measures of indictment is preferred, which results that the number of classical indictments decreases.

7. THE RENEWED SYSTEM OF COOPERATION ON BEHALF OF THE ACCUSED

Two types of cooperation on behalf of the accused party is defined by the new law: besides the so called first type of cooperation, which may be applied during investigation, a so called second type, which may be applied at the preliminary hearing, was introduced. The first type cooperation (1) is a formal, written agreement made between the accused party, the defense and the public prosecutor's office – independently from the court – on the confession during the investigation procedure. In this case indictment is made according to special rules: the written agreement constitutes the appendix of the indictment. The court can examine the legality of the agreement but cannot modify its content. If the court approves the agreement by an order because it established its legality ruling can be made at the

²⁶ Farkas Ákos, „A nyomozás” (eds: Belovics Ervin – Erdei Árpád), *„A büntetőeljárási törvény magyarázata”*, HVG-ORAC Kiadó, Budapest, 2018. 473.

²⁷ According to Péter Hack the new regulations create an opportunity of decision for the prosecution and also interest in closing a case in some way by bringing these decisions forward to an earlier stage of the procedure. Hack Péter, „A büntetőeljárás újításának esélyei” *Belügyi Szemle* 3/2018, 81.

preliminary hearing or the following hearing. If the court does not approve the agreement and dismisses it, ruling is made according to the rules of ordinary procedure at a hearing following the evidentiary procedure in the form of a final decision (Act of Criminal Procedure Chapter LXV).²⁸

In the case of the second type cooperation (2) investigation and indictment takes place according to the general rules, and there is no opportunity of making a formal agreement during investigation. The negotiation begins after the indictment at the preliminary hearing and even if the accused party pleads guilty it is not recorded in a written agreement. Practically, the public prosecutor's office states in the bill of indictment the type, the extent and the term of the proposed punishment if the accused party pleads guilty, and when this 'motion to punishment' is accepted by the accused and he/she waives their rights to a trial the second type of cooperation materializes. In this context if the accused party pleads guilty and his confession is accepted by the court, ruling may be made at the preliminary hearing or at the following hearing, but the imposed sanction may not be more severe than the one proposed by the public prosecutor in the bill of indictment. If the confession is not accepted by the court, the final decision is made after a regular process following the evidentiary procedure (Act of Criminal Procedure Chapter LXXVI).²⁹

Unlike plea deals in the US, conclusion of facts and its legal classification may not be the subject of the agreement; they are defined and notified to the accused by the public prosecutor. The scope of the procedure of negotiation may apply only to the sanction, its type, extent and term; and other incidental measures (e.g.: costs of criminal procedure, civil claims).

I submitted my present paper three years after the new Hungarian Law of Criminal Procedure had entered into force. After examining the jurisprudence of this three years it can be concluded that the first form of the most important uniform measures of the new law; the first type cooperation, when agreement is made during investigation phase, is very rarely applied (during the first six months only 22 cases were recorded), while the second type of cooperation, when agreement is made at the preliminary hearing, is applied much more frequently, the result of which preliminary hearing, as a special form of public trial is becoming an accepted form of court procedure.

8. THE SIMPLIFICATION OF COURT PROCEDURE

An important starting point is, that the right of the accused to be present at a trial is a right that may be waived. As a result, the notified absence of the accused

²⁸ Act XC. of 2017. *Magyar Közlöny* 99/17.

²⁹ Act XC. of 2017. *Magyar Közlöny* 99/17.

is regularly accepted by the court during court procedures. This right of the accused implies the ‘broadening’ of the obligations of the defense, since the defense has to participate in trials held in the absence of the accused and has to act as a guardian for service of process on the account of the accused party.³⁰ It must be emphasized that according to the regulations concerning the assignment of a public defender is the obligation of the appropriate regional bar. According to the new Law of Criminal Procedure the seconding authority (investigative authority, the public prosecutor’s office, or the court) requests the appropriate regional bar, which assigns the defender proceeding in the particular case with the help of an IT system operated by the bar itself. It is obviously a clear progress compared to the earlier regulations, according to which the acting (typically investigative) authority in a particular case was obliged to assign a public defender proceeding in the same case. This routine resulted in a less effective defense since authorities preferred public defenders who did not present motions or make comments at trials and were more like passive participants of the procedure than active ones ‘speaking out’ against authorities.

If we compare the present role of the preliminary hearing with measure of minor importance regulated by the previous law, it can be stated that preliminary hearing has become an important centerpiece of the procedural phase. We might assume that within a few years’ time preliminary hearings will be the general procedural form in criminal procedures at courts. Preliminary hearings are public trials, whose aim is that the accused party and the defense can present their viewpoints in connection with the accusation prior to the main hearing and thus they can contribute in the shaping the particular criminal procedure. Preliminary hearing has to be held within three months of the delivery of the bill of indictment. The importance of preliminary hearings is supported by the fact that one type of cooperation on behalf of the accused party (cooperation of second type) is made possible at this stage, or – in case agreement is not reached – the parties can define the basic course of the evidentiary procedure, when they are obliged to make their evidentiary motions. Later, during the trial they may make evidentiary motions only under restrictive conditions.

The introduction of the measure of limited appeal also contributes to the simplification of court procedures. Provided the parties contest only certain resolutions of the final decision with their appeal (e.g.: the type or extent or term of the punishment, resolution concerning civil claims, the explanation of acquittal, etc.) the appellate court is authorized and obliged to review only the contested parts of the judgement. The appellate court may examine *ex officio* the actual – absolute and relative – procedural infringements even in the case of a limited appeal and may even annul the judgement of first instance.³¹

³⁰ Bánáti János, “Védői szemmel a büntetőeljárás törvényéről” *Belügyi Szemle* 3/2018, 91.

³¹ The general explanation of Act XC. of 2017. *Magyar Közlöny* 99/17.

9. THE REFORM OF THE SYSTEM IF LEGAL REMEDY

Limited appeal and – as a main rule – limited review as a consequence both contribute to the simplification of proceedings for legal remedy. According to the intentions of the limited remedy the appellate court reviews only those parts of the contested (final) judgement which were contested by parties entitled to appeal. In this way the appellate court has more time to establish the facts. By dividing the category of groundlessness (complete or partial groundlessness) the new Law also defines its legal consequences. In case of partial (rectifiable) groundlessness (e.g.: facts are partially undetected or contrary to the documentary evidence) the appellate court acts in its reformatory power and corrects/rectifies, completes the facts established by the court of first instance. In case of complete (non-rectifiable) groundlessness (e.g.: facts are completely undetected) the appellate court acts in its cassational power and annuls the judgement of the court of first instance (annuls the conclusion of facts) and obliges the court of first instance to conduct a new proceeding in the case (Act of Criminal Procedure Section 592).³²

A new element of the law is that it allows appeal against rulings of second and third instance annulling previous rulings.

10. THE NEW REGULATORY SYSTEM OF SPECIFIC PROCEDURES

The main duty of criminal procedures is to judge the main questions of a criminal case based on accusation: deciding the culpability and the legal classification of the act, and in case of criminal liability choosing, imposing and enforcing criminal sanctions (punishment, punitive actions). It may happen according to regulations applied in so called ‘regular’ procedures or in specific procedures.³³ During specific procedures – similarly to regular procedures – rulings are made concerning the main questions of a criminal case (criminal liability of the accused party, legal consequences) according to criminal principles (tolerating exceptions), based on specific rules and exceptions defined by the law.

The new law of criminal procedure regulates 13 specific procedures (Act of Criminal Procedure Part 20).³⁴ In criminal procedures against juvenile offenders (1) and at court martials (2) associate judges as lay participants may participate in trials: as a main rule, at juvenile courts teachers, psychologists and child welfare/family protection experts, while at court martials professional soldiers may hold

³² Act XC. of 2017. *Magyar Közlöny* 99/17.

³³ Belegi József, „A különleges eljárások”, (eds: Belegi József) Akác József – Belegi József – Belovics Ervin – Csák Zsolt – Czine Ágnes – Kónya István – Láng László – Márki Zoltán – Mészár Róza – Molnár Gábor – Somogyi Gábor – Soós László, „*Büntetőeljárási jog I-II.*” HVG-ORAC Lap-és Könyvkiadó Kft., Budapest, 2018, 1691.

³⁴ Act XC. of 2017. *Magyar Közlöny* 99/17.

the position of associate judges. Against privileged persons (3) – as a main rule – may not be initiated prosecution until their immunity is waived.

Among specific procedures facilitating and accelerating proceedings, indictment (4) is divided into two categories: being caught in the act (in flagrante delicto) and confession. In both cases judicial procedure takes place within two months from the time of commission. The complex rules of negotiation procedure (5) based on the cooperation with the accused party were described earlier in my paper. In procedures resulting in a criminal order (6), the court makes the final ruling within one month of the receipt of the case – without hearings, based on the documents of the investigation. Suspended imprisonment is most severe sanction of criminal orders, but in this procedure mostly financial penalty is imposed.

The court procedure is not obstructed if the accused party is inaccessible or absconds. The so called ‘in absentia procedure’ (7) against an absent accused party creates the opportunity for a trial even if the accused party is not present. When the abode of the accused is revealed to the authorities at any stage of the court procedure, the accused party may request retrial in his presence. Regulations concerning the accused party staying abroad (8) show many parallels with the criminal procedural regulations in case of the accused in absentia, but they refer to cases when extradition or delivery are not viable solutions.

Procedures when deposit is placed as collateral (9) are also classified as a specific procedure (the previous law classified it as a special proceeding). The objective of procedures with deposit as collateral is that criminal procedures can be conducted against in the absence of the accused living/abiding abroad especially in the case of less serious offenses.

After regulations concerning civil action (10), those of substitute of civil action (11) became codified as an integral whole – instead of sporadic reference in the previous law – among specific procedures in the new law. It is the characteristic of both procedures that the function of accusation is not performed by a public prosecutor – otherwise acting in case of public crime – but the aggrieved party acts with special authorization and possesses subjectivity as a civil suit or in a civil action or substitute of civil action to bring, represent and prove charges. As a civil suit or the aggrieved party may represent accusation in cases of less serious offenses (e.g.: assaults, defamation, libel). As a civil suit or in substitute civil action the aggrieved party may act in three cases: rejection of accusation, termination of investigation and withdrawal of a case.

In case of concealing assets, dispossession or blocking access to data (12) a specific procedure may be initiated if criminal measures cannot be applied in general main proceedings due to certain procedural impediments, but the unlawful situation has to be terminated.³⁵ The perpetrators of criminal offenses against

³⁵ (eds.: Belovics Ervin – Erdei Árpád), „*A büntetőeljárás törvény magyarázata*”, HVG-ORAC Kiadó, Budapest, 2018, 1033.

border fences are mostly foreign citizens. The reason for proceedings against them (13) is the problem of migration and the more effective defense of the Schengen-area border. The new legal regulations concerning foreign citizens are basically identical with the previous version: on the one hand it contains the prohibition of discrimination, that is no one should be disadvantaged because they cannot speak and understand Hungarian, on the other hand it acknowledges the freedom of the use of native language during criminal procedures.³⁶ Procedural regulations regarding foreign accused parties first of all facilitate effective defense, for example foreign citizens are entitled to contact consular representatives of their home country and communicate with them either personally – under supervision – or in postal or electronic ways without control.³⁷

11. EXTRAORDINARY PROCEEDINGS

In case of extraordinary proceedings, the court does not focus on the main question of a criminal case; the criminal liability of the accused, but decides in minor details which were not dealt with during the regular procedure and typically influence the enforcement of the final judgement. Extraordinary proceedings become strictly necessary after normal proceedings due to certain facts or circumstances.³⁸ Basically they do not amend the mistakes or deficiencies of the final judgement (for that purpose extraordinary appeals, e.g.: simplified revision procedures are applied) but they make corrections concerning circumstances arising subsequently. The new law deals with consolidated sentencing or the postponement of the earliest date of parole eligibility in case of life sentences within the system of special proceedings.

12. THE NEW, DIVIDED SYSTEM OF COMPENSATION

The law introduces the divided system of compensation, which includes the simplified compensation procedure based on a tariff system (1); and actions for compensation (2). In the first case an agreement is made between the party claiming compensation and the state without a court procedure, after which no claim

³⁶ Hautzinger Zoltán, „A migráció és a külföldiek büntetőjogi megítélése”, AndAnn Kiadó, Pécs, 2018, 143.

³⁷ Hautzinger Zoltán, „A külföldiekkel és az irreguláris migrációval összefüggő büntetőjog-alkalmazás a 2017. évi büntetőeljárás törvényben” *Belügyi Szemle* 11/2018, 92.

³⁸ Belegi József, „A különleges eljárások” (eds.: Belegi József) Akác József – Belegi József – Belovics Ervin – Csák Zsolt – Czine Ágnes – Kónya István – Láng László – Márki Zoltán – Mészár Róza – Molnár Gábor – Somogyi Gábor – Soós László, „*Büntetőeljárás jog I-II.*” HVG-ORAC Lap-és Könyvkiadó Kft., Budapest, 2018, 1691.

enforcement shall lie. If the claim is justified compensation is paid to the claimer according to a determined tariff system.³⁹ In the second case the party claiming compensation files a suit against the state (Act of Criminal Procedure Chapter CVIII.).⁴⁰

CLOSING ARGUMENTS

‘No area of a practical legal system has a closer connection to the Constitution, and no area has a more direct influence on the most important civil rights and most important assets of the citizens than criminal justice.’ – reads the explanation of Article XXXIII. of 1896 on the code of criminal procedure (the first Hungarian Law of Criminal Procedure).⁴¹ This 125-year-old thought is valid also nowadays: criminal justice is nothing else but the reflection of constitutional rights in judicial practice, which defines the development of the legal culture of any democratic constitutional state. The examination of a new codex raises the question: Has it lived up to the expectations at its codification? Only three years has passed since the new law on criminal procedure entered into force, thus examination covers only a short period of time. It can obviously state that the investigation phase of criminal procedure has shortened and as for court proceedings, preparatory hearings have become more common. Instead of evidentiary procedures at hearings agreements are made at preparatory hearings in significant percentage of cases. This tendency has generated different opinions among the experts of Hungarian criminal justice: according to some experts the decline of the dogmatics of substantive law results in the diminishing role of evidentiary procedures, which – especially in the long run – endangers the future development of the crystal-clear system substantive law dogmatics created during past centuries. On the other hand, some experts believe that the improvement of the timeliness and fastness of procedures results that simpler cases can be solved and closed in simplified procedures thus extra judicial capacity is at disposal to deal with cases which require high level of professional consideration and expertise. This tendency definitely leads to the improvement of substantial law dogmatics.⁴²

‘Hungarians are a nation appreciating and seeking justice (...)’ – reads the general explanation of our new law of criminal procedure. If the new form of procedure, i.e. the procedure resulting in an agreement based on the confession of the accused party, becomes accepted and even widespread in legal practice, it

³⁹ The general explanation of Act XC. of 2017. *Magyar Közlöny* 99/17.

⁴⁰ Act XC. of 2017. *Magyar Közlöny* 99/17.

⁴¹ <https://net.jogtar.hu/ezer-ev-torveny?docid=89600033.TVI&searchUrl=/ezer-ev>, 24 June 2021.

⁴² For details of the discussion see: Fantoly Zsanett, “Szegedi workshop az új büntetőeljárási törvény elméleti és gyakorlati kérdéseiről” *Jogtudományi Közlöny* 9/2019, 373-376.

does not imply that we would renounce the conclusion of facts based on truth and legal classification. Unlike plea bargain applied in the USA, the Hungarian criminal procedure of agreement remained the task of the public prosecutor's office to define the conclusion of the facts and the legal classification of a case. Facilitating and simplifying criminal procedures may not override the due process of law and violate the subjectivity rights of the accused.

REFERENCES

Articles

- Bánáti János, "Védői szemmel a büntetőeljárásról" *Belügyi Szemle* 3/2018, 85 – 98.
- Belegi József, „A különleges eljárások”, (eds: Belegi József – Akác József – Belegi József – Belovics Ervin – Csák Zsolt – Czine Ágnes – Kónya István – Láng László – Márki Zoltán – Mészár Róza – Molnár Gábor – Somogyi Gábor – Soós László, „*Büntetőeljárás jog I-II.*” HVG-ORAC Lap-és Könyvkiadó Kft., Budapest, 2018.
- Belovics Ervin, „A kényszerintézkedések” (eds: Belovics Ervin – Erdei Árpád), „*A büntetőeljárás törvény magyarázata*”, HVG-ORAC Kiadó. Budapest, 2018.
- Fantoly Zsanett – Budaházi Árpád, „*Büntető eljárásjogi ismeretek I. Statikus rész*” Dialóg Campus Kiadó, Budapest, 2019.
- Fantoly Zsanett, “Szegedi workshop az új büntetőeljárás törvény elméleti és gyakorlati kérdéseiről” *Jogtudományi Közöny* 9/2019, 373-376.
- Farkas Ákos, „A nyomozás” (eds: Belovics Ervin – Erdei Árpád), „*A büntetőeljárás törvény magyarázata*”, HVG-ORAC Kiadó, Budapest, 2018.
- Finszter Géza – Korinek László, “Az eltűnt gyanú nyomában”, *Belügyi Szemle* 3/2018, 104 – 122.
- Hack Péter, „A büntetőeljárás újtásának esélyei” *Belügyi Szemle* 3/2018, 72 – 84.
- Hautzinger Zoltán, „*A migráció és a külföldiek büntetőjogi megítélése*”, AndAnn Kiadó, Pécs, 2018.
- Hautzinger Zoltán, „A külföldiekkel és az irreguláris migrációval összefüggő büntetőjog-alkalmazás a 2017. évi büntetőeljárás törvényben” *Belügyi Szemle* 11/2018, 89 – 107.
- Juhász Zsuzsanna, „Videokommunikáció alkalmazása a börtönügyekben”, *Miskolci Jogi Szemle* 2/2019, 428-437.
- Kardos Tímea, „A bűnüldözési célú titkos felderítés strasbourgi megítélése, a hatályos magyar szabályozás főbb problematikája”, *Katonai Nemzetbiztonsági Szolgálat Szakmai Szemle* 2/2017, 121 – 135.
- Kónya István, “Az alapvető rendelkezések jelentősége az új büntetőeljárás törvényben”, *Belügyi Szemle* 3/2018, 40 – 54.
- Mezőlaki Erik, “A funkciómegosztásról, különös tekintettel a vádlói és a bírói feladatok elkülönüléséről”, www.jogiforum.hu/publikaciok/24.08.2014., 613.
- Miskolczi Barna, „Az új Be. főbb vonásairól (1.)”, *Ügyvédlát* 2/2016, 22 – 24.
- Miskolczi Barna, „A kényszerintézkedések új rendszere” *Ügyvédlát* 5/2016, 22 – 25.

Legislative acts

Act XC. of 2017. *Magyar Közlöny* 99/17.

Act XLIII. of 2020. *Magyar Közlöny* 129/20.

100/2018 (VI.8.) Korm. rendelet, *Magyar Közlöny* 81/18.

Жанеї И. Фанїол
Универзитет у Сеїегину
Правни факултет
fantoly@juris.u-szeged.hu

О специфичностима новог мађарског Закона о кривичном поступку

Сажетак: У овом раду у вези нової мађарскої Закона о кривичном постоупку, који је ступио на снагу 1. јула 2018. године [Закон број ХЦ. из 2017. године], разматрамо темељне промене које се појављују у мађарском кривичном процесном праву као нове или обновљене правне институције. Ове разноврсне специфичности захваћају низ правних институција, почев од увођења поделеног модела испита све до увођења два типа поравнања. Нови процесни закон у односу на раније законе доноси потпуно нови приступ у погледу права располања станака, у вези проширења права оштећеника, њајног прикупљања доказана и у многим другим питањима. Аутор настоји да открије оне одредбе закона које фундаментално одређују ову нову слику закона.

Кључне речи: мађарски Закон о кривичном постоупку; мађарски Закон о кривичном постоупку; мађарско кривично правосудје.

Датум пријема рада: 29.09.2021.

Датум достављања коначне верзије рада: 12.01.2022.

Датум прихватања рада: 23.01.2022.

Zsolt László K. Becsey

Károli Gáspár University of the Reformed Church in Hungary

Institute of Social Sciences and International Studies

becsey.zsolt@kre.hu

CENTRAL EUROPEAN PREPARATION FOR THE EUROPEAN INTEGRATION

Abstract: *In addition to the author's scientific work, the study -based on pragmatic experiences -analyses the factors that characterized Central European countries before the change of regime (1990) and then the foreign economic model through which Poland, Hungary, the Czech Republic and Slovakia („Visegrád 4”) reached EU membership in 2004. The study highlighted that, with different depths, in all countries concerned economic policies were characterized by liberal bankruptcy regulations and strict conditions of competition, so that they could prove their ability to meet the condition of a functioning market economy for EU membership¹. The export-oriented model, built on efficient inflow of foreign direct investment and high-tech in the early 1990s, was implemented by the late 1990s to demonstrate that these states were ready to meet another condition of EU membership, namely to meet the challenges of the internal market.² This transformation represented a problem for the current account balance in the 1990s (mainly due to the loss of traditional national export capacities) only in the middle of the decade, and it was only at the end of the decade that trade balances showed surplus with the EU. The total external equilibrium of the Visegrád countries was maintained by the fact that the inflow of FDI had not yet started to conclude in the withdrawal of profits from recent investments in Central Europe, and the countervailing effect of EU net transfers, which began to arrive later parallelly with the start of the withdrawal of FDI dividends. The CEFTA co-operation concluded in 1992 followed the economic liberalization timetable of that of the Visegrád Four with the EU parallelly but did not go beyond its depth for political prudence, thus providing full opening to each other only after and through EU*

¹ European Council, Presidency Conclusions, Copenhagen, June 1993, Bulletin of the European Commission, 8.

² Ibid

membership, more precisely the liberalisation in services or in sensitive agricultural trade. The CEFTA treaty was expanded to the Balkans after 1995 and has been and is still a good example for countries that do not want to stay in an ex-Soviet or ex-Yugoslav economic integration but is a good method for them to prepare for the earliest possible EU membership.

Keywords: CEFTA, EU accession, current account, Visegrád, trade balance.

INTRODUCTION

Central Europe has always considered its post-WWII affiliation with the Soviet zone to be temporary, as there had been no roots of communist background – e.g. partisan movements – here, as evidenced by its Western reintegration goals after the regime change in the early 1990s.³ That is why it was so important for the Hungarians, the Czechs, and the Polish in 1990 to strengthen relations with each other, even if they are not directly adjacent today but share a similar fate and attitude, unlike the Slovaks torn from the historical Hungarian state, and they hold problems for Hungary with her national minorities.⁴

However, the level of regional relations in Central Europe was very low at the time of the change of regime in the economic spheres, as the settlement of the common security policy legacy, namely the abolition of the Soviet system (and the withdrawal of the Soviet troops), the dissolution of the Warsaw Pact, was in the forefront of their efforts. Finally, by the middle of the decade, (following the separation of the Czechs and the Slovaks in 1993) the four countries had become militarily independent, which also offered the prospect of a common security policy framework- NATO partnership and membership in 1999 and for Slovakia in 2004. However, this study does not focus on this, but on the economic as well as on the political-cultural dimension in the period of 1990-2004, which determined the closer ties for the region in the long run.

³ Jeszenszky Géza, “*Kísérlet a trianoni trauma orvoslására*”, Osiris Kiadó, 2016, 53-60, see also program of the Antall Government in Hungary, 1990. <https://www.parlament.hu/naplo34/005/0050004.html>

⁴ I will not address here the problems arising from the legacy of the Benes decrees codifying collective Hungarian and German guilt, as this has already been transformed into a bilateral Slovak-Hungarian problem after the Slovak-Czech split in 1993, as well as the contradictions related to the planned Bős-Nagymaros Dam project on the Danube. See in detail: G. Jeszenszky, 2016, 88-93 and 242-247.

2. THE PRE-CEFTA⁵ ERA

2.1. The role of earlier Central European economic relations for the post regime change era

It does not need any particular explanation that during the period of the Austro-Hungarian Monarchy, which also functioned as an early customs and currency union in Europe, closer economic relations were established between the Hungarian (including the Slovak inhabited regions), Czech and the southern Polish territories controlled from Vienna.^{6 7} However, it is not so well-known what the trade was like between the successor states of the Monarchy established by the peace treaties around Paris (1919-20). Due to the loss of historical Hungarian territory and population, a very tense relationship prevailed between the truncated Hungary and the so-called successor states (Czechoslovakia, Romania, Yugoslavia), the foreign economic trends in the relations of the countries in this region also introduced high protective customs tariffs against each other after the short post-war boom. The implementation of an economically less efficient self-sufficiency was started, boosting the emergence of industries in all the successor states that earlier had not been necessary through the specialization of the internal market during the Monarchy.⁸ Lower import tariffs were imposed only on raw materials that were necessary to exploit existing processing capacity, instead of introducing a preferential system that maintained specialization. Yet the fact that all three later Visegrád countries joined the League of Nations can be considered a practical manifestation of the preference of westernization and the European idea, and even the handicapped Hungary was able to start its economic consolidation with external borrowing. It also foreshadowed the contours of a later Central European regional integration, with the successor states of the Monarchy trading most intensively with each other in the 1920s, despite all tensions, despite political and protective tariff problems. The fact that in the 1930s, all the three – and other regional – countries became increasingly dependent on the German economy – not only in trade but also in capital – technological relations – which gained a distortedly

⁵ Central European Free Trade Agreement

⁶ Berend T. Iván-Ránki György, “*Közép-Kelet-Európa gazdasági fejlődése a 19-20. században*”, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1976

⁷ In 1912, Hungary handled more than 70 % of its foreign trade within the Monarchy (officially with Austria), and only Germany was a significant partner with the share of 7-10 %. Even in the 1920s, these relations were dominant, and then Germany was in a more prominent position, so it is no coincidence that the same situation arose with the reintegration of Central Europe in the 1990s. See Köves András, “A KGST-kereskedelemtől az EU-csatlakozásig”, *Közgazdasági Szemle*, Budapest, July-August, 636.

⁸ Hungary, for example, built out its light industry in the 1920s, as before 1920 these products were procured from Czechia or Austria. See: Domonkos Endre, “*Közép- és Kelet-Európa gazdaságtörténete a két világháború között*”, Aposztróf Kiadó, Budapest, 2016. 300-320.

dominant form during World War II, foreshadowed and determined a special relationship for the late communist period and for the post change of regime era.⁹

The Soviet occupation and the accelerated „sovietisation” after 1947 (with a special Titoist version created in Yugoslavia) namely, the establishment of Soviet-type ownership and production relations, which included not only the full nationalization of industrial companies, the monopolization of foreign trade by the state, also had a common heritage among the Visegráds. We can also mention the artificial distortion of price conditions and even the collectivisation of agriculture, although in the case of Poland the abolition of family farms did not take place.¹⁰

2.2. The establishment, crises and collapse of the CMEA, escape into the free world

However, the decisive factor in the economic aspect of the relationship between the members of the region¹¹, was the establishment of the CMEA¹² in early 1949, which started the barter trade of the Sovietized systems. By the 1950s, Soviet-ruled successor states of the Monarchy – except for Austria – economic relations, which at the time were more of a commercial nature, declined to the West and simplified mainly into radial-type trade relations with the Soviet Union¹³. Yet after a while, this Soviet engine suffocated, but could not be replaced by significant cross-border “small CMEA (non-Soviet Central European CMEA member states)” cooperation.

At the end of the 1970s, CMEA countries still represented more than 50 % in the foreign trade of the member states, dominated by the Soviet Union. The market access opportunities provided by the CMEA and the so-called trade with the developing world were still important at that time. Trade with the developing world accounted for more than 6-18 % of exports of the countries due to good political relations and foreign currency hunger.¹⁴

Meanwhile, with the collapse of the Soviet economic-political model, the very basis for the existence of the CMEA was called into question together with trade through artificial pricing, balanced bilateral deliveries. This communist

⁹ Ibid, 300-320.

¹⁰ Gray, Gvain, “*Poland the European Tiger. Euromoney Publications*”, 1995. 13-18. and 59-86., and Domonkos Endre, “*Közép- és Kelet-Európa gazdaságtörténete 1945-1953 között*”, Budapest, Aposztróf Kiadó, Budapest, p. 45-53. and 97-184.

¹¹ The Visegrád cooperation was established by the Visegrád declaration by the Czech and Slovak Republic, Poland and Hungary in February 1991, see: G.Jeszenszky, 2016, 123.

¹² Council for Mutual Economic Assistance; economic integration of the European Soviet ruled countries; later the membership was extended to some communist and Soviet influenced countries in other continents.

¹³ Domonkos Endre, “*Közép- és Kelet-Európa gazdaságtörténete 1953 és 1989 között*”, Budapest, Aposztróf Kiadó, 221-238.

¹⁴ Blahó András, Szita János, “*A szocialista országok gazdasági együttműködése a KGST keretében*”, MKKE University, Budapest, Textbook Publisher, 57.

integration no longer made much sense among these indebted countries. The member states switched to dollar-based foreign trade in 1989, while GDR (communist East Germany) also entered into a monetary union with the FRG (West Germany) in 1990 and united with her in 1991. In 1991 when barter trade was abolished by the Soviet Union, the termination of the activity of CMEA was accepted by the last Soviet leadership, that was still in office.

All this had a double effect. In addition to the decline in production due to the change of regime, trade between the former CMEA countries fell, and in addition, open competition had to be fought with the outside competitors in the earlier secured preferential markets.¹⁵ Imports also started to be limited mainly to strategic raw materials e.g. hydrocarbons, uranium ore.¹⁶

Parallely, modernization program was launched in the region, including the Central Europeans: instead of the previous radical Soviet-centred relationship, the focus was on the need to return to the centre of world economy, from where essential technology and capital were received, mainly in the form of foreign direct investment. Unfortunately, most of the so-called „hard” goods, (e.g. cars, buses, exclusive foodstuff) traded among the socialist countries as well as in the world market on a dollar basis with the return of the cost, disappeared. All this was the result not only of a change in economic policy and consequently the bankruptcy laws, but also of the change in consumer consumption (preference for suddenly available Western products).¹⁷

3. THE CEFTA ERA IN THE REGION

3.1. Shocks in 1989-92

The change of regime in 1990 itself made the hitherto known CMEA mechanism superfluous, and it was replaced by the already developing Western attachment in the countries of the region.¹⁸ First the Visegrád cooperation was founded¹⁹,

¹⁵ Russia, for example, only became a full member of the WTO in 2012, and even today did not join the OECD; similar situation happened in other post-Soviet republics.

¹⁶ Equal trade in the last years has already been overturned, and countries like Hungary have emerged from the transferable rouble payment system with a significant claim against the Soviet Union, which has been managed to convert into dollars in difficult negotiations and paid back by Russia later in the 90s.

¹⁷ Avery, Graham-Cameron, Fraser: *The enlargement of the European Union*, Sheffield Academic Press, 1998., 19. The best examples were the huge shopping in Austria by the Hungarian population in 1989 or the East Germans after the currency union with West Germany in 1990-91.

¹⁸ Geröcs Tamás, Pinkasz András, *„Conflicting interest in the Comecon Integration”*, Leiden, 2018, 354.

¹⁹ The Visegrád cooperation was established by the Visegrád declaration by the Czech and Slovak Republic, Poland and Hungary in February 1991, see: Jeszenszky, 2016, 123.

the further step in this process was the establishment of CEFTA in 1992. It helped to ensure more intensive trade relations between the participating Central European states (Visegrád 4)²⁰. The original four founding members left CEFTA 12 years later, when they joined the EU in 2004 (Romania and Bulgaria in 2007). In spite of this CEFTA has survived through its new members from South-Eastern Europe and Moldova, that joined later than the Visegrád states. These countries have still not been able to join the EU, but at the same time they received a good opportunity to prepare for the accession²¹. The IMF has published a study for this preparation not only with the CEFTA model, but also with the analysis of the BAFTA (Baltic Free Trade Area) agreement before the EU accession of the Baltic states.²²

The Visegrád countries also took a number of strategic steps by the middle of the decade to settle the debts inherited from the Warsaw Pact and the COMECON. Further steps were made in order to settle the split of the Czechs and the Slovaks peacefully and also to conclude modern bilateral treaties in the light of the preparation for NATO and EU membership.

The regional model based on FDI (non-debt type working capital inflows) developed in the 90s has determined the integration of the region into the world economy to this day.²³

Cash privatization started in Hungary as well as in Poland due to the constant hunger for foreign convertible currency, which made the survival of many businesses from the past difficult under strict bankruptcy laws; as the most important task, the elite preferred to clean up the financial sector to save the competitive real sector.²⁴

3.2. The shift in economic orientation

Western advisers painted a much more optimistic picture in advance on the course of the transformation in Central Europe than it turned out afterwards.²⁵

²⁰ CEFTA was a set of parallel bilateral free trade agreements among the Visegrád countries – later opened to other countries in the region – which entered into force with transitional periods for industrial products and had modest level of liberalisation for agricultural products.

²¹ Any state that joins the EU has to give up its trade policy and agreements and join the EU trade policy; accordingly, they have to leave the CEFTA as well at the moment of EU accession; see Mostetschnig, Anna Maria: *The CEFTA and the Single Market, College of Europe, Natolin*, 2011 27-28. and 63-65.

²² Antonis-Kosma, Adam, Theodora-McHugh, Jimmy, “Trade liberalisation strategies: What Could South Eastern Europe Learn from CEFTA and BAFTA?” *IMF*, 03/209, 2003, 15-16.

²³ Pogátsa Zoltán, “Magyarország politikai gazdaságtana”, Budapest, Osiris, 2016., 71-82. and Farkas Beáta, “*Piacgazdaságok az Európai Unióban*”, Budapest, Akadémiai Kiadó, 2017, 150-152.

²⁴ Bod Péter Ákos, “A magyar gazdaságpolitika 1989 és 2019 között”, *Gazdaság és Pénzügy, Budapest, March 2019. 6/1, 24.*

²⁵ *Ibid*, 26-27.

After a few years of restructuring, they predicted a bright economic future for the region in transformation that paves the way for the inflows of Foreign Direct Investment (FDI) from the West with balanced trade relations, including the Europe Agreements with the EU. The region took a completely Western orientation.²⁶

Within a few years, Central Europeans had fully liberalized prices (leading to huge inflation) as well as foreign trade, as import restrictions through the Europe Agreements were rapidly eased.²⁷

However, the post-Soviet transition countries returned to their 1989 GDP levels much later than expected.²⁸ (See Table 1.)

Table 1. Average economic growth and the level of development in the Visegrád countries (PPS), compared to 1989

	Average GDP growth (%), 1990-2003	GDP (1989=100) 2004
Poland	4,2	142
Czechia	1,4	114
Hungary	2,4	120
Slovakia	2,5	121

Source: EBRD, in Report to Krynica Economic Forum, 2005, 85-86.

FDI dependence was also important for external solvency, as there were no significant European funds available in the region before the EU membership (the so-called PHARE technical assistance of the EU was macroeconomically insignificant), so due to the negative foreign trade balances, solvency could only be maintained by the inflow of foreign direct investment. (See Figures 1.a-d) Foreign trade balances of the Visegrád CEFTA members only started to improve in the second half of the 1990s but did not reach balance until a good decade later.

²⁶ G. Avery-F. Cameron, 1998, 15-21, Bod, 2019, 28-30.

²⁷ B. Farkas, 2017, 56-60. and 139-158., Bod, 2019, 27-32.

²⁸ In 2004 Russia reached only 82 % of its GDP level in 1989, but other post-Soviet republics had also similar low recovery performance. D.Rosati(ed):“*Report to XV. Krynica Forum, Institut Wschodni*”, Warsaw, 2005, 85-86. In Hungary Bod writes for Hungary 85 % in 1996 in light of the performance in 1989.

Figure 1.a.: Hungary's FDI inflow, current account balance and their aggregate (% of GDP)

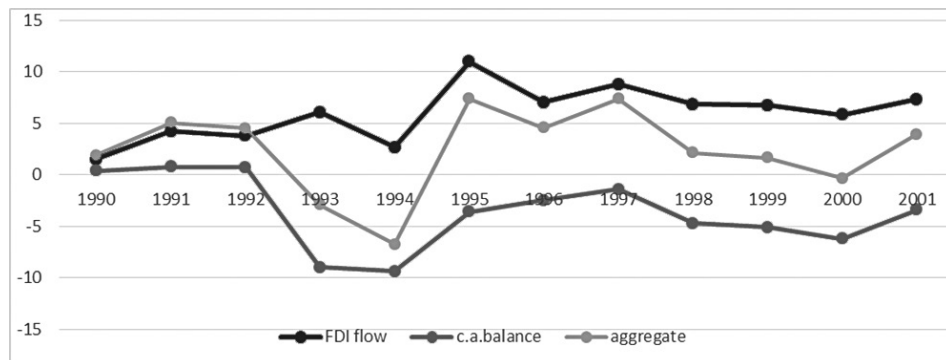


Figure 1.b.: Slovakia's FDI inflow, current account balance and their aggregate (% of GDP)

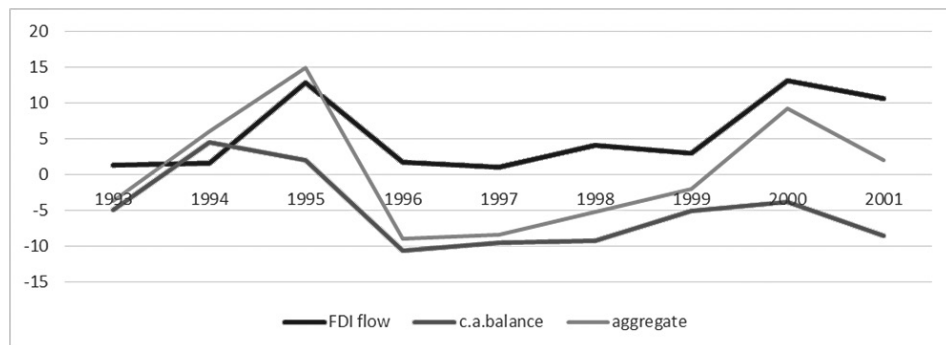


Figure 1.c.: Poland's FDI inflow, current account balance and their aggregate (% of GDP)

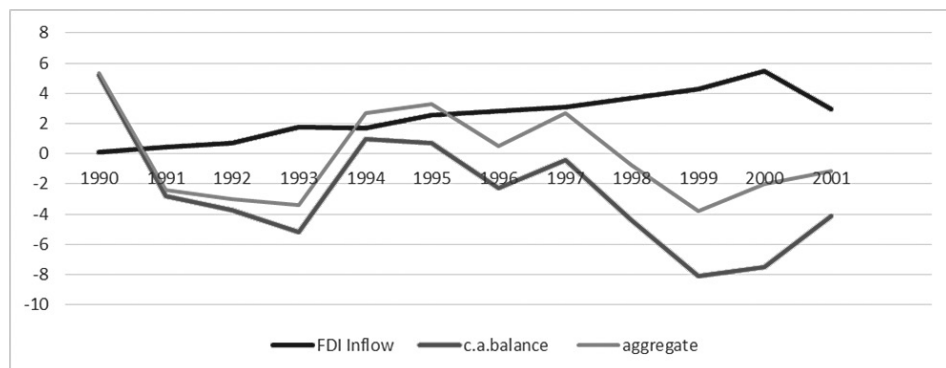
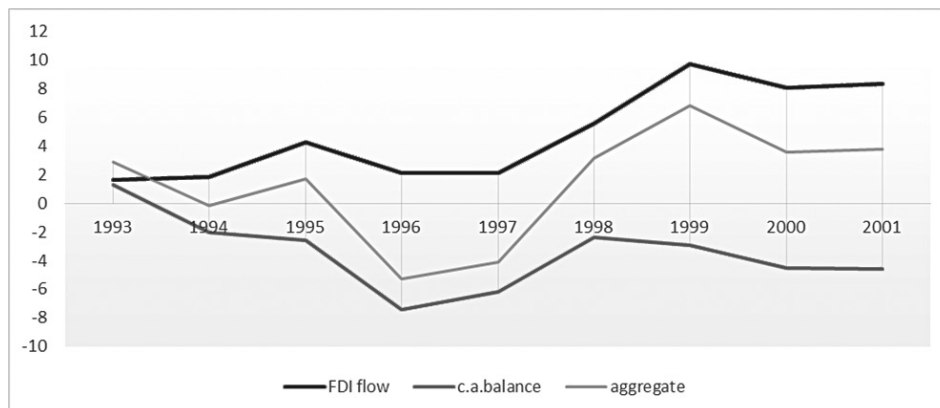


Figure 1.d.: Czechia's FDI inflow, current account balance and their aggregate (% of GDP)



Sources: World Integrated Trade Solutions, World Bank and own calculations. <https://wits.worldbank.org/>

It is clear by the figures 1. a-d, it was not in the years of regime change, but in 1994-96 when import liberalization and EU association agreements („Europe Agreements”) had a negative impact on the trade balance and consequently on the current account balance in the Visegrád countries. The figures clearly show the balance-improving effect of the Bokros package in Hungary, the hesitation of the Czech leadership to privatize until 1996 and raise FDI presence until 1998. The large opening swift of the Slovaks in 1998, but also the fact that in 1999 the Dzurinda government in Slovakia – like the Hungarian in 1995 – imposed a provisional import duty of 7%. (Poles also – understandably based on these figures – took agrarian protectionist measures between 1997 and 2000.)²⁹ Fortunately, until 2007, FDI stock continued to grow globally and specifically in the Visegrád countries. (Problems arose when the rate of profit withdrawal exceeded new investments, but this was not yet perceptible at that time.) Through these transfers, V4 countries could keep this line going, while their competitiveness continued to improve through FDI. IMF immediate balance of payments loans were gradually closed, returning countries to the market for financing.³⁰

²⁹ Réti Tamás, „A kelet-közép-európai kereskedelem”, *Közgazdasági Szemle, Budapest January 2000*, 68-69.

³⁰ Loan repayments to the IMF in the 1990s:

Country	Last borrowing	Last repayment
Hungary	1993	1998
Poland	1994	2000
Czechia	1993	1994
Slovakia	1994	2000

Of course, the withdrawal of the profit on foreign direct investment from V4 countries was still low at that time, as they were in an FDI investment run-up period. Consequently, an important part of their current account was therefore the trade balance at that time, which shows whether they were in a competitive position. Behind the specific figures in Figure 1. a-d., however, let us look at the evolution of the terms of trade, that shows the dynamic relationship between the aggregate prices of exports and imports of these countries. (See Table 2.)

Table 2: Average change in the terms of trade ratio of trade in goods in the Visegrád countries in the 1990s (%)

	1996-2000	2001-05
Hungary	-0,8	-0,7
Czechia	0,6	0,6
Slovakia	-0,8	-0,2
Poland	-1,5	0,4

Source: EU Commission, Economic Forecast, Autumn, 2015

We can see by Table 2 that Hungary has entered a negative terms of trade spiral, despite the fact that this country had the most significant inflow of FDI, i.e. generally there is no guarantee that the competitive situation will improve only because of the FDI, as much as in the case of Czechia. (This time I focus on the figures in goods, as the trade service and its terms of trade was not so important that time in V4 foreign trade.) In this respect, the danger of dual economic structure was taking shape.³¹

3.3. International economic institutional integration of the Visegrád Group, the role of CEFTA

The Visegrád Four were founder states of the WTO in 1995, which already included rules for trade in services, and even became members of the OECD in the second half of the decade, helping to achieve transparency in financial operations and convertibility of national currencies. V4 states signed (and started to implement) the preferential Europe Agreements with the EU in the first half of the 90s. The other step in parallel was – and the EU had called for this – for the countries that entered into a similar preferential relationship with each other,

Source: IMF: Transactions with the Fund. <https://www.imf.org/en/Countries>

Note: Hungary raised money for significant payments also later in 2008-2010, which it repaid in 2013 (to the EU in 2016), but this was a direct consequence of the 2008 financial crisis.

³¹ P. Bod, 2019, 27-28.

similar to that established with the EU. For this purpose, the CEFTA Agreement was elaborated within the realm of the Visegrád group, and entered into force in 1993, and this was also one of the reasons why after 1996, with the prospect of starting EU accession talks, non-Visegrád countries in the region also opened CEFTA cooperation for non-V4 states. After 2004, CEFTA was essentially renewed as a new formation – CEFTA 2006 –, but retained the original purpose of its foundation, namely, that member countries should have WTO membership, association (mostly free trade) agreements with the EU and intend to join this Brussels-based integration. The Visegrád Group decided to expand CEFTA for the first time with Slovenia, Romania and Bulgaria. Croatia joined CEFTA in 2003, followed by the Western Balkan states and Moldova in 2006 and 2007. Visegrád Group left CEFTA in 2004, Romania, Bulgaria in 2007 and Croatia in 2013 as EU member states cannot be members of another free trade area. The EU had forced the Croats and the Slovenes to establish free trade relations with the other Western Balkan countries before they became members. CEFTA membership also provided a political escape route for these two countries not to be the hostage of a Balkan preferential area. The two countries wanted to avoid waiting for the slower-converging states of the region before they could join the EU. This approach is still true for current CEFTA members.

The Baltic states did not join CEFTA but established the Baltic Free Trade Area (BAFTA) themselves in the 90s. No direct preferential agreement was reached between CEFTA and BAFTA states before 2004, the date of the accession of the BAFTA and V4 states to the EU. The direct cross economic integration of the countries in these two formations started only after 2004, within the EU.

4. CONCLUSIONS

The Visegrád countries left socialism and the Soviet-dominated CMEA cooperation with the trauma of declared uncompetitive status in the opening market. At the same time, Western advisers and domestic elites thought that this would allow them to integrate into the Western – primarily European – economic order relatively quickly and successfully, and reintegration would help them to catch up rapidly. As a result, most of their own capacities, including those previously used for exports, have been eliminated through rigorous reforms. However, the real low point was not in the 1990-92 period, but with the massive bankruptcies in the internal structure and the start of privatization (with possible closures thereafter) and the initial inflow of foreign direct investments in these countries, mainly between 1993-98. This was often accompanied by the loss of the population's often illusory belief in regime change. It is not by chance that many have recorded it

– e.g. Polish ex-Minister of Finance Kolodko³² – that the immediate, almost shock-like adoption of the neoliberal idea was not rational, as we made our country vulnerable to FDI in the external balance sheet, in addition to positive competitiveness and modernisation effects. Others- like ex-Minister Bod of Hungary-said, that it was unavoidable, and the elite in the V4 should have used the opportunity to build up a strong and competitive nationally-owned, mainly SME sector afterwards.³³

In this situation, the only relevant market became that of the EU, where foreign trade surplus could be the opportunity to build up with the EU only in the second half of the 90s. The Visegrád Group established a parallel free trade system (CEFTA) to soften the radial structure joining the EU – the phenomena known from the earlier COMECON era with the Soviets in the middle -, from which Hungary and then Poland gradually gained significant commercial benefits. The system also came into force and the weight in trade of V4 partners has increased for all these countries by the end of the decade. It is characterized by the fact that traditional / nationally-owned agricultural trade played a more prominent role in the region than in Europe in general.³⁴ In political terms, there were also domestic reservations about CEFTA at the beginning³⁵, as most countries' foreign economic elites also suspected a „detour” in terms of rapid Western catching-up and reintegration, and only the 1997 pan-European cumulation³⁶, the start of the EU accession process at the end of 1995 moderated these feelings. The success of CEFTA also contributed to the fact that after the 2004 round of enlargement of the EU, cooperation among the Visegrád countries remained strong not only in political but also in different EU policy matters.

The logic of CEFTA liberalization followed the EU agreements, the free trade system for industrial products was realized in three phases, but for agricultural products we only reached a continuous preferential and balanced deepening, but full market opening towards each other – mainly due to Polish resistance (due to the political resistance of the farmers) – only arrived by the EU accession. (In an interesting way, it resulted later in a subsequent positive Polish trade balance). In contrast to the Visegrád cooperation, CEFTA was ready for enlargement, which was also attractive in the Balkan region. It is no coincidence that in recent geo-strategic studies the accession to this format is recommended. The reason behind is that on one hand, the existing CEFTA 2006 agreement is expanding cooperation

³² Kolodko, Grzegorz W., “A poszt szocialista átalakulás tíz éve -a gazdaságpolitikai reformokkal kapcsolatos tanulságok”, *Közgazdasági Szemle, Budapest, March 2000, 2010-2013.*

³³ P.Bod, 2019, 30-33.

³⁴ T.Réti, 2000, 72.

³⁵ G.Jeszenszky, 2016, 123.

³⁶ EU launched with European free trade partners the cross cumulation of non-tariff registration regime in case of non-finished products.

for existing members³⁷. On the other hand, for post-Soviet states in Europe, e.g. Ukraine and Georgia (states that have not moved towards the Russian-led economic integration but have been keeping orientation towards the West) EU can continue to be a point of reference and integration alongside NATO, as their country's CEFTA membership can be an intermediary stage to achieve these long-term goals.³⁸

The reciprocal nature of the internal market has opened up cross-trade among Visegrád Group members within FDI's own value chains, but it also appears that fortunately, larger nationally controlled emerging industries, such as the food industry, light industry, etc. have started to play a greater role. This mutual FDI investment appeared only at a later stage and within the realm of the EU. It is no coincidence that the so-called cross-border expansion of the "national champions" (MOL, OTP, CEZ, CCC, etc.) started not in the original („Western") EU-15³⁹ but in the former or current CEFTA states instead.

REFERENCES

- Antonis-Kosma Adam, Theodora, S., McHugh, Jimmy, "Trade-Liberalization Strategies: What Could South-eastern Europe Learn from the CEFTA and BAFTA?", *IMF Studies*, 03/239, 2003, 1-32.
- Az Antall-kormány programja 1990. Az Antall-kormány külpolitikai programja. <https://www.parlament.hu/naplo34/005/00500004.html>
- Iván, Berend-T- György, Ránki, "Közép-Kelet-Európa gazdasági fejlődése a 19-20. században", *KJK, Budapest*, 1976
- Blahó András, Szita, János, "Economic Cooperation of Socialist Countries in the Framework of the CMEA", MKKE, Textbook Publisher, 1984, 64.
- Bod Péter Ákos, "A magyar gazdaságpolitika 1989 és 2019 között", *Gazdaság és Pénzügy, Budapest*, March 6, 2019, 16-38.
- Domonkos Endre, "Közép- és Kelet-Európa gazdaságtörténete a két világháború között", Aposztróf Kiadó, Budapest, 2017, 388.
- Domonkos Endre, "Közép- és Kelet-Európa gazdaságtörténete 1945-1953 között", Budapest, Aposztróf Kiadó, 2017, 268.
- Domonkos Endre, "Közép- és Kelet-Európa gazdaságtörténete 1953 és 1989 között", Budapest, Aposztróf Kiadó, 2019, 164.
- Farkas Beáta, "Piacgazdaságok az Európai Unióban", Akadémiai Kiadó, 2017, 368.
- Gagrain Institute: Can CEFTA membership be a lifeboat for Georgia and Ukraine in the illiberal world order?, February 2019. <https://gagrainstitute.org/cefta-eu-enlargement-safeboat-for-georgia-and-ukraine>

³⁷ Siljak, Dzenita, "Challenges and opportunities for the CEFTA countries", Institute of Foreign Affairs and Foreign Economics of Hungary, Budapest, 2019, p. 11-14.

³⁸ Gagrain Institute: Can CEFTA Membership be lifeboat for Georgia and Ukraine in the illiberal world order?

³⁹ EU 15 covers EU member states between 1995 and 2004

- Geröcs Tamás, Pinkasz András, “*Conflicting interest in the Comecon Integration East Central Europe*”, Leiden, 2018, 336–365.
- Gray, Gvain, “*Poland – European Tiger*”, Euromoney Publications, 1995, 205.
- Jeszenszky Géza, “*An attempt to remedy the Trianon trauma*”, Osiris, 2016, 394.
- IMF country database: <https://www.imf.org/en/Countries>
- Kolodko, Grzegorz W., “A posztoszocialista átalakulás tíz éve- a gazdaságpolitikai reformokkal kapcsolatos tanulságok”, *Közgazdasági Szemle, Budapest, March 2000*, 197–214.
- Köves András, “A KGST-kereskeletől az EU-csatlakozásig”, *Közgazdasági Szemle, Budapest, July – August 2003*, 635–653.
- Mostetschnig, Anna Maria, “The CEFTA and the Single Market”, *College of Europe, Natolin*, 2011, 87.
- Pogátsa Zoltán, “*Magyarország politikai gazdaságtana*”, Osiris Kiadó, Budapest, 2016. p. 258.
- Réti Tamás, “A kelet-közép-európai kereskedelem”, *Közgazdasági Szemle, Budapest, January 2000*, 64–80.
- Rosati, Dariusz (ed.), “*New Europe – Report on Transformation*”, XV. Economic Forum, Krynica, Institute of Wschodni, Warsaw, 2005, 378.
- Siljak, Dzenita, “Challenges and opportunities for the CEFTA countries”, *Institute of Foreign Affairs and Foreign Economics*, Budapest, 09/2019, 15.
- World Integrated Trade Solutions: World Bank. <https://wits.worldbank.org/>

Жолт Ласло К. Бечеји
Универзитет „Гашиар Кароли“ Реформске цркве у Мађарској
Институт за друштвене науке и међународне студије
becsey.zsolt@kre.hu

Централноевропске припреме за европске интеграције

Сажетак: Поред ауторовој научној рада, присутна је и примарна анализа фактора који су карактерисали централноевропске државе пре промене режима (1990.), а затим и створени економски модел кроз који су Пољска, Мађарска, Чешка и Словачка („Вишеградска четворка“) 2004. године оствариле чланство у Европској унији. У студији се истражује како су, на различитим нивоима, у свим посматраним државама економске политике биле карактерисане либералним принципима о банкроту и створеним условима конкуренције, иако да су могле доказати своју способност да испуне услове за државе чланице ЕУ у погледу функционисања тржишне економије. Модел оријентисан ка извозу, заснован на ефикасном приливу директних страних инвестиција и развоју технологије у раним 1990-им, био је примењен до касних 1990-их како би се показала spremnost ових држава да испуне остале услове за чланство у ЕУ, односно да савладају изазове унутрашње тржишта. Ова трансформација представљала је проблем за постизање финансијски баланс 1990-их (углавном због губитка традиционалних извозних капацитета) једино у средини ове деценије, док је само на крају деценије постигао позитиван биланс трговинске размене са ЕУ. Постизање укупној спољној еквилибријума Вишеградске четворке било је задржано чињеницом да прилив директних страних инвестиција још није почео, у складу са повлачењем профила из последњих инвестиција у Централној Европи, као и ефектом промишљивости немо трансфера у ЕУ, који су реализовали касније паралелно са почетком повлачења дивиденди од директних страних инвестиција.

Сарадња у оквиру Цешког споразума закљученог 1992. године трајала је развој економске либерализације Вишеградске четворке са ЕУ паралелно, али не и дубље од онога из разлога политичке коректности. Поштом међусобно остварање било је могуће само путем чланства у ЕУ, конкретно говорећи либерализација у области услуга или осетљиве трговине у пољопривреди. Цешки споразум проширен је 1995. године на Балкан, где је и даље добар пример за државе које не желе да остану у бившем совјетском или бившем југословенском моделу економске интеграције, али и метод припреме за најраније могуће учлањење у ЕУ.

Кључне речи: ЦЕФТА, придруживање ЕУ, Вишеград, именујино стање, ипрловински биланс.

Датум пријема рада: 19.07.2021.

Датум достављања коначне верзије рада: 17.12.2021.

Датум прихватања рада: 30.12.2021.

СЕЋАЊА

Срећен М. Југових

Криминалистичко-полицјски универзитет у Београду

sreten.jugovic@kpu.edu.rs

Слободан П. Орловић

Универзитет у Новом Сагу

Правни факултет у Новом Сагу

sorlovic@pf.uns.ac.rs

Дарко З. Симовић

Криминалистичко-полицјски универзитет у Београду

darko.simovic@kpu.edu.rs

ПОСВЕТА ПРОФЕСОРУ – РАТКО МАРКОВИЋ (1944–2021)

Протекла година однела нам је многе вољене и велике људе. Међу њима је и професор Ратко Марковић за којим жали читава правничка и академска јавност, а посебно ми који смо у њему гледали духовног оца. Ни тако наочит и по свему истакнут човек није успео да победи у прекодеценијској борби са болешћу. Свих тих година није се могло ни наслутити а камоли видети – по његовом духу, непрестано сипаном ерудитском знању, шарму, стилу, предавању, писању, обичном разговору, дружењу или расположењу – да води и тај свој унутрашњи, унапред изгубљени бој. Снага и истрајност, особине су човека који је био уравнотежена и непобедива духа чак и кад је, болестан, полако умирао.

Ако би какав његов студент одмах и најпростије, у две речи, морао казати ко је то за живота био Ратко Марковић, онда одговор не може бити другачији него: први правник свога доба у Срба (о уставним правницима да и не говоримо) али и, подједнако важно, ништа мањи човек и педагог, доступан и отворен за сваког. Тако ћемо га памтити и ми, његови студенти и докторанти, сада професори, обogaћени чашћу не само да нам буде ментор у походу на научне титуле, него и приликом да са њим причамо о свету и људима уопште, за катедром а некад и у кафани. Да слушајући упијамо и присвајамо његове умности казиване о чему све не, да се образујемо уз његове цртице о историји

(српског) сликарства, на пример, или отрежњујемо његовим запажањима о подмуклости светске политике и њених представника, лично доживљеним.

Погрешно би било помислити да је толико надахнуто професорово казивање, са наглашеном чистотом српског језика, бивало само живом речју. Када се чита било шта од изузетног и обимом богатог писаног опуса његовог, такође подилази жар од складне реченице, од кристалне и питке а дубоке мисли, од аргумената тако логичних и разумних да други и не требају.

Био је уметник у бављењу правом, „творац лепог“, као успешан сликар или писац класик у прози. Његова знања нису била само књишка; због своје сензибилне природе савршено је познавао дух српског човека коме су норме које је креирао намењене. Био је више од „живе енциклопедије“, не понављајући се при том никада. Као језички перфекциониста исправно је сматрао да је за добро право битан добар језик, неретко критикујући рогобатно изражавање у законима новије генерације. За наставника је, како је истицао најбитнији леп, чист и јасан говор.

Професорова убедљивост писана била је тако равна усменој, а обе, нама његовим следбеницима и баштиницима, сигурно повисоке а и недостижне. Поновно читање научних, уџбеничких и публицистичких писанија „од Ратка Марковића“ наводи на питање: колико ли му је само требало времена, уз такву надареност талентом, да све те речи сложи у савршен ред; колико знања, концентрације и снаге; а све то да би уставно право приближио сваком. И да би се оно на пиједесталу правних наука потврдило као најлепше – како је иначе волео да подвуче.

После сваког разговора са њим човек је постајао озарен и испуњенији пријатном енергијом за рад и живот уопште. Увек је звучао и изгледао професорски, чак и у тренуцима највеће опуштености, његов израз је вазда био интелектуалан. Био је оличење учтивог и брижног понашања и опхођења према сарадницима. Његови манири одавали су човека старовременског кова. Са изузетно уским кругом људи био је на „Ти“. Поседовао је неусиљену достојанственост. Бринуо је за своје пријатеље и с пажњом се односио према њима. Његовао је пријатељства и никада се није постављао осорно. Опходио се пријатно и према тзв. обичном човеку. Веома осећајан, брижан, марљив и истрајан. Карактер му је био мешавина благости и снажне личности; увек убедљив, спреман да саслуша. Постављао се и делао у општем интересу, са најбољим могућим разумевањем и схватањем државе. Тајне је имао углавном у вези са државним пословима. Волео је друштво и организовао је незаборавна дружења. Помагао је својим сарадницима и пријатељима да свако од њих добије оно што је својим учењем и радом заслужио. Могао је дуго да седи на једном месту и да се бави истим темама и предметима. Никада се није могао видети нељубазан, гневан или горопадан. Умео је у свему да буде суздржан и да уједно ужива.

Ратко Марковић је рођен у Пожаревцу, у сутон Другог светског рата. Оца, официра ЈВуО није упамтио (нестао, вероватно убијен 1944. године), нити је за живота уопште пронашао родбину с очеве стране, своје Марковиће. Ра-стао је са мајком, учитељицом, и завршавао све школе са одличним успехом (и чувену крушевачку гимназију). Тако све до Правног факултета у Београду где је био најбољи студент (тек други у историји Факултета који је имао све десетке, први је његов будући таст професор Радомир Лукић).

Као дипломирани правник запослио се на Институту за упоредно право, а радио је и на Стоматолошком факултету у Београду, Правном факултету у Крагујевцу и Полицијској академији у Београду чији је идејни оснивач. Његова матична кућа ипак је Правни факултет у Београду на којем је оста-вио изузетан траг предајући, прво, управно право (од 1985) а, коначно, и устав-но право (од 1994) све до пензије (2012).

Током своје последипломске и универзитетске каријере написао је пре-ко три стотине публикација из, већином, јавног права, од којих ће неке тешко бити превазиђене. Његов магистарски рад (публикован као „Покретање устав-ног спора о уставности нормативних аката“, 1973) и докторска дисертација („Извршна власт“, штампана 1980) још увек су узорни модели свим младим и амбициозним конституционалистима. Његов уџбеник „Уставно право“ (двадесето издање 2015) непревазиђено је уставно штиво које плени стилем и упире прст у лепоту уставног права, а својом материјом потврђује еруди-цију ауторову. Овај уџбеник користимо сви, и студенти и докторанти и про-фесори, и остали правници, као извор опште културе, као уставну ризницу и коначну реч ауторитета о каквом уставном и политичком феномену. Про-фесор би знао да каже пред ново издање тог уџбеника (сад знамо да није го-ворио истину) да нема више воље нити снаге да га усавршава, освежава, а богме и исправља – кад оно, изађе још савршенији текст. „Реченица се мора правилно клесати, како то добар вајар ради са скулптуром, па језички глан-цати, изнова...“ – тако до последњег издања није одустајао да ставља нову фину глазуру свом „чеду“ – уџбенику уставног права.

„Знате, уставно право није сувопарно ни дозлабога досадно као нека (ту је знао да значи управно право, које је такође предавао), а тај сок му даје политика која га освежава и жари“. Ипак, поред те несвакидашње љубави према уставном праву, силом прилика је развијао и симпатије према управ-ном праву, којим се такође бавио пуном снагом. Исте године (1995), поред „Уставног права“, објавио је и уџбеник „Управно право“. Неподељено је уверење да је и сувопарну материју управног права успео да разигра својим питким и јасним начином изражавања. Нама, његовим асистентима, говорио је да је као професор уставног права пет година учио управно право само да би започео да га предаје.

Поред бројних правних посленика којима је предавао, професора Ратка Марковића памтиће и бројни студенти Полицијске академије, данас високи руководиоци у полицији. Најпре, професор је дао немерљив допринос оснивању Полицијске академије (1993), чији је био први председник Савета и Управног одбора. Полицијску академију сматрао је својом, решавао је све њене „порођајне муке“ на државној равни, почев од Закона о Полицијској академији па надаље. Заложив је свој углед и ауторитет у развоју Академије, поред осталог и ангажовањем неколицине истакнутих професора правних факултета. Професор ће остати упамћен и по томе што се „изван академских конвенција“ готово родитељски брижно посвећивао студентима Полицијске академије, а многима од њих помагао је у решавању њихових „животних“ питања.

Неговао је особину, тако ретку у Срба, да своје узоре и пријатеље сачува од заборава. Приредио је књиге посвећене делима професора Милована Миловановића и Драгаша Денковића. Издваја се и по томе што је подједнако баштинио обе мисије које има факултетски наставник. Поред научно-истраживачког рада, он је са посебном преданошћу утицао на образовање људи који ће наставити да раде исти посао, искрено прижељкујући да ће бити надмашен. Сумњамо да постоји универзитетски професор који би се више могао похвалити својим живим делима – људима оспособљеним за самостални научни и педагошки рад. Премда је био врло строг приликом одабира својих доктораната, према садашњим мерилима тај број делује изразито скромно, нема професора који је оставио и приближно сличан број својих наследника на предметима које је предавао. До последњих дана свог живота он је брижно пратио наш рад не презајући од тога и да укаже на пропусте.

Ни професор није одолео да не изађе из академског мира (неко би рекао и учмалости), прихватајући се јавне функције. „Много сам научио у уставном суду од судија – правника практичара, њихово знање је у примени права незаменљиво“, говорио је, имајући у виду свој мандат судије Савезног уставног суда СФРЈ (1991-1992). У високу политику је ушао као потпредседник српске владе (1994-2000) на позив шефа Социјалистичке партије Србије (С. Милошевића). „Мене, сина официра краљеве војске, неке моје колеге називају „комуњаром“ и то исти они који су јурили на партијске састанке Савеза комуниста, остављајући ме самог. А самоћа је у младости тешка. На крају попустих, наговорише и мене, а они брже боље посташе модерни и демократе. Ја остадох социјалиста“.

Био је члан скупштинских комисија пре вишестраначја, посланик Скупштине СР Југославије, као потпредседник Владе Србије био је главни политички преговарач са косовскометохијским Албанцима 90-их година прошлог века, шеф државне делегације у Рамбујеу (1999) која је претходила НАТО

агресији, писац неких закона и три наша устава (Србије од 1990, Црне Горе од 1992, СРЈ од 1992). Његов ваљда највећи практични допринос уставном праву био је српски устав од 1990, један од наших „устава-узора“. Конципиран брзо (за неколико дана, у сопственом стану, уз кафу и сендвиче, са пријатељем и колегом Кутлешићем), овај устав је утврдио концепт организације власти који траје преко три деценије. То је већма оригиналан модел који је за нас одличан, али још увек непотпуно примењен и на махове, ал’ почесто, злоупотребљаван.

„Професоре, напишите како је то бивало у Рамбујеу кад су се правда и право повијали под политиком и булдожер дипломатијом..., нека остане, да знамо за убудуће...“ молили бисмо га, знајући да је правио белешке о учесницима и њиховом делању на тој конференцији. Нећкао се, али не потврђујући ни да не пише па, засад, остадосмо без таквог, злата вредног, сведочанства од руке оног који је то умео најбоље да срочи (или, можда, нисмо?). Квалитет и поштење његовог сведочанства већ су виђени у Хашком трибуналу (2005, 2007) где је бранио Србију и њене бивше председнике, по цену, испоставило се, сопственог здравља (од тада је почео побољевати).

Као што је по многим својим особинама био изван сваког калупа, тако је потпуно неуобичајено за данашње прилике, отишао у пензију премда на основу законских решења није морао. Иако се већина универзитетских професора грчевито бори да до крајњих граница исцрпи све законске могућности и што дуже остане за катедром, Ратко Марковић је на себи својствен начин достојанствено прихватио да је време за смену генерација. Био је непоколебљив у тој својој намери и на сваки покушај да му укажемо како нам је стало да што дуже и на такав начин, формално остане наш ослонац говорио је да има још много лепих књига које би да прочита, што раније није могао од савесног и одговорног обављања својих професорских обавеза. Држао се опомињуће мисли мудрог Хорација „испрегни старога“ да се треба повући на време, да те оно не би прегазило и осрамотило.

Но, пензионисање није значило и да ће пресакнути његова потреба за преданим научноистраживачким радом. Престрог према себи у свему, посебно објављивању написаног, као већ професор у пензији знао је да проведе по шест и више месеци сваког дана у Архиву Србије истражујући грађу за само једну енциклопедијску одредницу од свега неколико реченица. Пажљиво је бирао теме и оригинално их обрађивао, клонећи се компилација и скрибоманије.

Живот свих великана има смисла и због тога што после њих остају дела и ученици који дела памте и проносе. Ратко Марковић је један у плејади великана српског и југословенског правног и професорског олимпа, који се имао „рашта родити“. Остаће увек са нама у његовом свету уставног права, само сад на мало другачији начин.

У нашој међусобној комуникацији потпуно спонтано се уобичајило да је једино Ратко Марковић „професор“ кога у разговору нисмо морали да именујемо, подразумевајући се на кога се та титула односи. Тако ће и остати, јер то није звање које му је формално додељено, већ је то трон на коме је крунисан сопственим ауторитетом. За друге је он проф. др Ратко Марковић, а за нас „само“ Професор.

Списак рецензената у Зборнику радова, год. LV (2021)

Проф. др Александар Ђорђевић	Проф. др Мирко Кулић
Проф. др Атила Дудаш	Проф. др Небојша Раичевић
Проф. др Биљана Тодорова	Проф. др Небојша Ранђеловић
Проф. др Бојан Пајтић	Проф. др Никола Бодирога
Проф. др Бојан Тубић	Проф. др Новак Крстић
Проф. др Бранислав Ристивојевић	Проф. др Петар Ђундић
Проф. др Вања Бајовић	Проф. др Раденка Цветић
Проф. др Весна Симовић Звицер	Проф. др Радојица Лазић
Проф. др Владимир Марјански	Проф. др Сандра Фишер-Шобот
Проф. др Вук Радовић	Проф. др Сања Ђајић
Проф. др Горан Марковић	Проф. др Сања Марјановић
Проф. др Горан Милошевић	Проф. др Сања Савчић
Проф. др Гордана Дракић	Проф. др Саша Мијалковић
Проф. др Гордана Ковачек Станић	Проф. др Сенад Јашаревић
Проф. др Дарко Радић	Проф. др Синиша Варга
Проф. др Дарко Симовић	Проф. др Слободан Орловић
Проф. др Драган Николић	Проф. др Слободанка Перић
Проф. др Драгица Живојиновић	Проф. др Снежана Бркић
Проф. др Драгиша Дракић	Проф. др Соња Лучић
Проф. др Драго Дивљак	Проф. др Сретен Југовић
Проф. др Драгутин Аврамовић	Проф. др Сузана Димић
Проф. др Душан Николић	Проф. др Татјана Бугарски
Проф. др Душко Челић	Доц. др Анђелија Тасић
Проф. др Зоран Кековић	Доц. др Иван Ђокић
Проф. др Зоран Лончар	Доц. др Наташа Деретић
Проф. др Ивана Крстић Мистрицеловић	Доц. др Ненад Радивојевић
Проф. др Јелена Видић Трнинић	Доц. др Самир Аличић
Проф. др Катарина Доловић Бојић	Доц. др Сенад Ганић
Проф. др Љубинка Ковачевић	Доц. др Филип Бојић
Проф. др Љубомир Стајић	Др Иван Милић
Проф. др Маја Костић Мандић	Др Лука Батуран
Проф. др Маја Станивуковић	Др Милана Писарић
Проф. др Марко Трајковић	Др Наташа Рајић
Проф. др Миладин Костић	Др Ратко Радошевић
Проф. др Милош Живковић	Др Урош Станковић

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 Боривоје 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 Braunerder (Аустрија), prof. dr Zoltán J. Tóth (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,
проф. др Гордана Дракић, проф. др Бојан Тубић.

Менаџер часописа

Др Лука Батуран

Секретаријат Уредништва

др Урош Станковић, др Милана Писарић, др Наташа Рајић,
др Стефан Самарцић, др Сандра Самарцић, др Иван Милић,
др Ратко Радошевић, др Илија Јованов, др Владан Мирковић, Николина Мишчевић,
Слобода Мидоровић, Милица Ковачевић, Стефан Радојчић.

Компјутерска обрада текста

Владимир Вагић, „Графит”

Штампа:

„Футура”, Нови Сад
Тираж: 100 примерака

2021

