

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У НОВОМ САДУ

ЗБОРНИК РАДОВА

За издавача
Проф. др Татјана Бугарски
в.д. декана Правног факултета у Новом Саду

Главни уредник
Проф. др Владимир Марјански

Зборник радова Правног факултета у Новом Саду
доступан је у више електронских база:



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

LVI 2 (2022)

НОВИ САД, 2022.

ЗРПФНС, година LVI Нови Сад, бр. 2 (2022)

УДК 3

ISSN 0550-2179

eISSN 2406-1255

САДРЖАЈ

<i>Драјица С. Дракић</i> <i>Иван Д. Милић</i> Употреба ватреног оружја према осуђеном у случају бекства	337
<i>Бранислав Р. Ристић-Војевић</i> <i>Стефан С. Самарџић</i> Како феминистичка криминологија обликује законодавну реакцију на насиље у породици?	353
<i>Слободан П. Орловић</i> <i>Нађаца Н. Рајић</i> Право гласа као правна и морална категорија	369
<i>Бојан Ј. Пајић</i> Насртљива пословна пракса у српском и европском праву и правној пракси . .	385
<i>Јелена Ђ. Видић</i> <i>Милица С. Ковачевић</i> Дигитално наслеђе	425
<i>Драгућин С. Аврамовић</i> <i>Илија Д. Јованов</i> Тумачење права и намера	441
<i>Марко С. Кнежевић</i> Пленидбено заложно право на покретним стварима	459
<i>Владан М. Мирковић</i> Менаџмент хибридног ратовања са посебним освртом на САД	493

ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ АУТОРЕ

<i>Арпад Оливер И. Хомичко</i> Систем здравствене заштите у Мађарској пред изазовима епидемиолошких ситуација	515
<i>Борбала Е. Ленард-Малејич</i> Промењена правила командитног друштва у мађарском грађанском законнику – са посебним освртом на измену правила управљања	529

Габор Л. Мељаишаки

Повезивање еколошке и друштвене одговорности – пројекат *Social Plastic* као могуће решење? 545

Золијан Ј. Тоџи

Састав и структура уставних судова држава источно-централне Европе 563

Иштван Ласло И. Гал

Заштита државне тајне у правној историји Европе 583

Ивана З. Туцак

Преиспитивање академског интегритета у светлу објављивања радова у научним часописима 599

Фаед А. Вахгани

Утицај одлуке америчког Врховног суда на карактеризацију назива домена као дигиталног жига 621

ПРИКАЗ

Војислав М. Бачанин

Дејан Поповић: Унификација пореског права у првој југословенској држави . . 651

TABLE OF CONTENTS

<i>Dragiša S. Drakić</i> <i>Ivan D. Milić</i> The Use of Firearms Against a Convict in Case of an Escape	337
<i>Branislav R. Ristivojević</i> <i>Stefan S. Samardžić</i> How Feminist Criminology Shapes Legislative Reaction to Family Violence in Serbia	353
<i>Slobodan P. Orlović</i> <i>Nataša N. Rajić</i> Voting Right as Legal and Ethical Category	369
<i>Bojan L. Pajtić</i> Aggressive Business Practice in Serbian and European Law and Legal Practice . . .	385
<i>Jelena Đ. Vidić</i> <i>Milica S. Kovačević</i> Digital Inertia	425
<i>Dragutin S. Avramović</i> <i>Ilija D. Jovanov</i> Interpretation of Law and Intent	441
<i>Marko S. Knežević</i> The Security Right of an Execution Order on Tangible Property	459
<i>Vladan M. Mirković</i> Hybrid War Management With Special Reference to U.S.	493
SECTION FOR FOREIGN AUTHORS	
<i>Árpád Olivér I. Homicskó</i> The Issues of Managing the Epidemic Situation in the Health Care System in Hun- gary	515
<i>Borbála E. Lénárd-Maletics</i> Changed Rules of Limited Partnerships in the Hungarian Civil Code- with Particular Reference to Amending the Management of a Limited Partnership	529

<i>Gábor L. Mélypataki</i>	
Linking Ecological and Social Responsibility – Social Plastic as a Possible Solution? . . .	545
<i>Tóth J. Zoltán</i>	
Composition and Structure of the East-Central European Constitutional Courts . . .	563
<i>István László I. Gál</i>	
The Protection of the State Secret in the Legal History of Europe	583
<i>Ivana Z. Tucak</i>	
Rethinking Academic Integrity in the Context of Publishing Papers in Scientific Journals	599
<i>Fahed A. Wahdani</i>	
The Impact of the American Supreme Court Decision over Characterizing Domain Names as a Digital Trademark	621
BOOK REVIEW	
<i>Vojislav M. Bačanić</i>	
Dejan Popović: Unifikacija poreskog prava u prvoj jugoslovenskoj državi	651

Драгица С. Дракић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Dragic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-5248-6562

Иван Д. Милић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
I.Milic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-7916-5590

УПОТРЕБА ВАТРЕНОГ ОРУЖЈА ПРЕМА ОСУЂЕНОМ У СЛУЧАЈУ БЕКСТВА*

Сажетак: Употреба ватреног оружја је најтежа мере принуде која може да се употреби према осуђеном лицу. Важећим прописима којима се уређује извршење кривичних санкција предвиђа се и употреба ове мере принуде. Предмет пажње аутора је употреба ватреног оружја према осуђеном лицу у случају бекства из казненог завода или приликом спровођења. Аутори указују пре свега на то ко и под којим условима може да употреби ватрено оружје према осуђеном лицу. Важеће прописе критички анализирају и указују на добра и лоша решења у погледу употреба ватреног оружја. Аутори дају *de lege ferenda* решења.

Кључне речи: осуђени, бекство, ватрено оружје, казнени завод.

УВОД

Положај осуђених лица који казну затвора издржавају у казном заводу¹ уређује се пре свега законима којим се регулише извршење кривичних санк-

* Рад је настао као резултат рада на Пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“, чији носилац је Правни факултет у Новом Саду, Универзитет у Новом Саду.

¹ Аутори у раду користе назив *казнени завод* за све заводе у којима осуђена лица издржавају казну затвора – имајући у виду Уредбу о оснивању завода за извршење кривичних

ција али и многобројним подзаконским актима.² Када се каже положај осуђених лица мисли се пре свега на њихова права и обавезе за време издржавања казне затвора. Осуђени за време издржавања казне затвора мора да се влада у складу са важећим прописима као и са налозима службених лица.³ Ако се осуђени не влада на такав начин према њему могу да се употребе мере ради одржавања реда и безбедности. Осуђени који нарушава дисциплину за време издржавања казне кажњава се дисциплински под условом да се његова радња може квалификовати као лакши или тежи дисциплински преступ. Не треба заборавити на одредбу у Кривичном законнику⁴ којом је прописано да ако осуђени за време издржавања казне затвора учини кривично дело за које закон прописује новчану казну или казну затвора до једне године, казниће се дисциплински.⁵

Бекство из затвора према важећим прописима је кажњиво. Бекство може да се квалификује као кривично дело или као тежи дисциплински преступ. Кривичним закоником се у члану 339 прописује кривично дело бекство и омогућавање бекства лица лишеног слободе, док се Законом о извршењу кривичних санкција у члану 157 као тежи дисциплински преступ предвиђа бекство или покушај бекства из казног завода. Да ли ће се бекство из казног завода квалификовати као кривично дело или дисциплински преступ зависи пре свега од тога да ли је осуђени приликом бекства употребио силу или претњу према неком лицу.⁶ Под одређеним условима, у случају бекства осуђеника према њему се може употребити и ватрено оружје у циљу спречавања бекства.

На самом почетку рада биће речи о томе ко обезбеђује казнене заводе у Републици Србији, а то је важно из разлога да би се видело ко може да употребни ватрено оружје према осуђеном лицу. Затим ће се укратко указати на мере принуде које се могу применити према осуђеним лицима. Када је реч о употреби ватреног оружја прво ће се предочити када је употреба могућа у случају бекства осуђеника приликом спровођења, а затим и прили-

санкција у Републици Србији, *Службени гласник РС*, бр. 20 од 10. марта 2006, 89 од 2. новембра 2009, 32 од 14. маја 2010, 53 од 20. јула 2011, 11 од 17. фебруара 2017, 13 од 4. фебруара 2022.

² О положају осуђених лица вид. Ђорђе Игњатовић, *Pravo izvršenja krivičnih sankcija*, Београд, 2006, 142-143; Емир Ћоровић, *Sistem krivičnih sankcija Republike Srbije*, Нови Пазар, 2015, 96-99.

³ Вид. чл. 141 ст. 1 Закона о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, број 55 од 23. маја 2014, 35 од 21. маја 2019. (у даљем тексту и ЗИКС).

⁴ Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85 од 6. октобра 2005, 88 од 14. октобра 2005 – исправка, 107 од 2. децембра 2005 – исправка, 72 од 3. септембра 2009, 111 од 29. децембра 2009, 121 од 24. децембра 2012, 104 од 27. новембра 2013, 108 од 10. октобра 2014, 94 од 24. новембра 2016, 35 од 21. маја 2019. (у даљем тексту и КЗ).

⁵ Вид. чл. 62 ст. 3 КЗ.

⁶ Детаљно о бекству из затвора вид. Иван Милић, Бекство из затвора – кривично дело или дисциплински преступ?, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2017, 813–823.

ком бекства из казненог завода. Имајући у виду да се на одређену категорију осуђеника примењује и Закон о извршењу казне затвора за кривична дела организованог криминала⁷ на крају рада биће речи о употреби ватреног оружја у случају њиховог бекства.

1. КО ОБЕЗБЕЂУЈЕ КАЗНЕНЕ ЗАВОДЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ?

Када се говори о употреби ватреног оружја према осуђеном лицу потребно је да се претходно види ко може да употреби оружје према њима. С тим у вези, важно је да се види ко *обезбеђује* казнене заводе у Републици Србији и ко *спроводи* осуђена лица, јер само лица која обезбеђују затворе и спроводе осуђена лица могу према њима да употребљавају средства принуде.

Казнене заводе у нашој држави обезбеђује *Служба за обезбеђење* и она је задужена за одржавање реда и безбедности. Служба за обезбеђење је једна од служби у казним заводима.⁸ Служба за обезбеђење, као јединствена формација Управе за извршење кривичних санкција, стара се о безбедности људи и имовине у заводу, *спроводи* осуђена и притворена лица, учествује у утврђивању и спровођењу програма поступања према осуђеном и обавља друге послове одређене законом.⁹ Припадници службе за обезбеђење су униформисани и наоружани и имају право да употребе мере принуде према осуђеним и притвореним лицима. Они могу да употребе ватрено оружје само када су за то испуњени услови који су прописани важећим прописима којима се уређује извршење кривичних санкција.

Законом о извршењу кривичних санкција прописује се и један *изузетак* у погледу обезбеђења казних завода и спровођења осуђених лица. Наиме, полиција може бити укључена у одржавање реда и безбедности у заводима, као и приликом спровођења лица лишених слободе, у складу са посебним споразумом између министра надлежног за послове правосудја и министра надлежног за унутрашње послове.¹⁰ Било би оправдано да полиција учествује у одржавању реда и безбедности када је реч о казним заводима *сировој режими* или када је потребно да се нарушени ред и безбедност у њима поново успоставе. Тако би на пример било оправдано да се ангажује полиција ако је дошло до побуне у казном заводу. Када је реч о спровођењу осуђених

⁷ Закон о извршењу казне затвора за кривична дела организованог криминала, *Службени гласник РС*, бр. 72 од 3. септембра 2009, 101 од 29. децембра 2010. (у даљем тексту и ЗКЗ).

⁸ У заводима могу постојати следеће службе: 1) служба за третман; 2) служба за обезбеђење; 3) служба за обуку и упошљавање; 4) служба за здравствену заштиту; 5) служба за опште послове. Вид. чл. 19 ЗИКС.

⁹ Чл. 21 ст. 1 ЗИКС.

¹⁰ Чл. 155 ст. 2 ЗИКС.

лица било би оправдано да у томе учествује полиција уколико се спроводи лице лишено слободе (осуђено или притворено) а постоји висок степен опасности од бекства или од покушаја других лица да ослободе лице које се спроводи. Дакле, ипак се полиција ангажује изузетно. Било би логично да у том случају, у погледу поступања према *осуђеним лицима* а пре свега у погледу употребе мера принуде, полиција има она овлашћења која имају и припадници службе за обезбеђење.

2. РАЗЛОЗИ ЗА УПОТРЕБУ МЕРА ПРИНУДЕ

Осуђена лицу за време издржавања казне затвора дужна су да се понашају у складу са важећим прописима која се на њих примењују.¹¹ Од тих прописа свакако је најзначајнији Закон о извршењу кривичних санкција али и подзаконски акти који су на основу њега донети. Извршење казне затвора спада у област кривичног извршног права.¹² Уколико осуђени прекрши одређено правило понашања, такво кршење се дисциплински кажњава.¹³ Против осуђеника се води дисциплински поступак и постоји могућност да му се изрекне одговарајућа дисциплинска мера.

Међутим, пре него што се осуђени дисциплински казни, у одређеним случајевима потребно је према њему применити *мере принуде*. Мере принуде према осуђеном се могу применити само када је неопходно да се спречи: 1) бекство осуђеног; 2) физички напад на друго лице; 3) наношење повреде другом лицу; 4) самоповређивање; 5) проузроковање знатне материјалне штете; 6) активан и пасиван отпор осуђеног.¹⁴

2.1. Мере принуде према осуђеним лицима

Закон о извршењу кривичних санкција прописује да се према осуђеном могу применити *мере принуде*. Сматрамо да није оправдано да се говори о

¹¹ Лишавањем слободе, осуђена лица суочавају се са многобројним депривацијама и фрустрацијама, што доводи до стварања посебне психолошке атмосфере у осуђеничкој заједници. Миомира Костић, Дарко Димовски, Осуђеничке банде у Сједињеним Америчким Државама, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 65/2013, 220.

¹² Здравко Грујић, Иван Милић, Права лица осуђених на казну затвора у кривичном извршном законодавству Републике Србије, *Зборник радова „Двадесет година Дејтонској мировној сјоразума“*, Источно Сарајево, 2017, 815.

¹³ О дисциплинском кажњавању осуђених лица вид. Иван Милић, Дарко Димовски, Кажњавање осуђених лица – дисциплинске мере, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1/2016, 219-231; Драгиша Дракић, Иван Милић, Утврђивање истине у дисциплинском поступку који се води против осуђеног за време издржавања казне затвора, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2016, 475-49.

¹⁴ Вид. чл. 142 ЗИКС.

мерама принуде, већ је исправније говорити о *средствима принуде*.¹⁵ Према осуђеном лицу могу се употребити само оне мере принуде које су законом дозвољене. Према ЗИКС-у мере принуде су:¹⁶ 1) употреба физичке снаге; 2) везивање; 3) издвајање; 4) употреба гумене палице; 5) употреба шмркова са водом; 6) употреба хемијских средстава; 7) употреба електромагнетних (електроничних) несмртоносних средстава; 8) употреба акустичко-оптичких несмртоносних средстава; 9) употреба кинетичких несмртоносних средстава; 10) употреба ватреног оружја.¹⁷ Списак *мера принуде* који се може применити према осуђеним лицима није занемарљив, а која ће се мере принуде применити зависи од *одређених околности*. Основно је правило да се примењује она мере која је најблажа за осуђено лице.¹⁸ Поједине мере принуде може припадник службе за обезбеђење да примени само ако то нареди управник казног завода – на пример употребу шмркова са водом и хемијских средстава.

3. УПОТРЕБА ВАТРЕНОГ ОРУЖЈА ПРЕМА ОСУЂЕНИМ ЛИЦИМА

Употреба ватреног оружја према осуђеном лицу је најстрожа *мера принуде*. С тим у вези, оправдано је што се законом али и подзаконским актима посебно уређује питање њене примене. Припадници службе за обезбеђење ватрено оружје могу употребити као крајњу меру принуде, што значи да ће се она употребити само ако се другим мерама не може.¹⁹

1) одбити истовремен или непосредно предстојећи противправни напад којим се угрожава живот осуђеног, запосленог или другог лица затеченог у заводу;

2) онемогућити бекство осуђеног из завода затвореног или затвореног типа са посебним обезбеђењем;

3) онемогућити приликом спровођења бекство осуђеног који издржава казну затвора од десет година или тежу казну или бекство лица коме је одређен притвор²⁰ за кривично дело за које се може изрећи казна затвора преко десет година.

¹⁵ У том смислу треба решење у ЗИКС-у изменити по угледу на Закон о полицији, *Службени гласник РС*, бр. 6 од 28. јануара 2016, 24 од 26. марта 2018, 87 од 13. новембра 2018, и прописати да се према осуђеним лицима могу применити *средства принуде*. Имајући у виду актуелно решење ЗИКС-а у овом раду се користи законска терминологија – *мере принуде*.

¹⁶ Иван Милић, О мерама принуде према осуђеним лицима, Једанаеста међународна конференција, *Кривично законодавство и превенција криминалијетета (норма и пракса)*, Том I, Требиње, 2020, 645-659.

¹⁷ Чл. 143 ст. 1 ЗИКС.

¹⁸ Вид. чл. 143 ст. 2 ЗИКС.

¹⁹ Вид. чл. 145 ЗИКС.

²⁰ Ватрено оружје се може употребити и према притвореном лицу, али у овом раду се говори само о употреби према осуђеном лицу.

Постоји и једно ограничење, тј. забрана употребе ватреног оружја иако постоји неки од наведених разлога, јер се оно неће употребити ако би се тиме озбиљно угрозио живот другог лица.

Дакле, ватрено оружје се може употребити само да би се спречило бекство и да би се заштитио живот осуђеног, запосленог или другог лица затеченог у казненом заводу.

3.1. Употреба ватреног оружја у случају бекства осуђеника приликом спровођења

Осуђена лица која су на издржавању казне затвора у казним заводима могу се спроводити по различитим правним основима у неки други казни завод, болницу, суд или другу установу. Тако је могуће да се осуђени у току издржавања казне затвора премести у други казни завод на издржавање казне затвора. Могуће је да се осуђени из здравствених разлога спроводи у Специјалну затворску болницу или другу болницу.

У току тог спровођења могуће је да осуђени побегне или да покуша бекство. Наравно да припадници службе за обезбеђење предузимају одређене мере како осуђени не би могао да изврши бекство. Тако се на пример приликом спровођења, осуђени може везати.²¹

Како би припадници службе за обезбеђење знали да ли у случају спровођења осуђеног имају право да употребе ватрено оружје у случају његовог бекства у *налоју за спровођење* се такав податак изричито наводи. Уколико у налогу за спровођење такав податак није наведен према осуђеном се у случају бекства *не сме* употребити ватрено оружје. Уколико се према осуђеном може употребити ватрено оружје осуђени се *мора* упозорити на ту могућност. Дакле, суштина је да осуђени зна да се најстрожа мере принуде може према њему применити у случају бекства.

Поступак употребе ватреног оружја према осуђеном лицу мора бити прецизно уређен имајући у виду да је реч о најтежој мери принуде, услед чије примене може осуђено лице и да се лиши живота.²²

²¹ Вид. чл. 14 ст. 5 Правилника о мерама за одржавање реда и безбедности у заводима за извршење кривичних санкција, *Службени гласник РС*, број 105 од 3. октобра 2014.

²² Са правом се сматра да је ватрено оружје најтеже средство принуде јер се његовом применом нападач може лишити живота или тешко повредити. Драган Милидраговић, Ненад Милић, Непосредна опасност по живот као посебан услов за употребу ватреног оружја, *Безбедносћ*, 2/2011, 200. О проблемима у вези са употребом ватреног оружја вид. В. А. Поникаров, Уголовно-правовое и уголовно-исполнительное регулирование применения оружия сотрудниками пенитенциарной системы России. *Пенитенциарная наука*, 2021, т. 15, № 1 (53), 55–61. О употреби ватреног оружја према лицима лишеним слободе вид. Драгиша Дракић, Иван Милић, *Основи кривичној извршној йрава*, Нови Сад, 2019, 82-83.

Када се говори о употреби ватреног оружја то не значи да ће се оно одмах употребити у случају бекства осуђеника. Припадник службе за обезбеђење у случају бекства осуђеног који се спроводи мора да предузме неколико *радњи* пре него што употреби ватрено оружје према осуђеном.

Прво, ако осуђени, који се спроводи *бежи*, овлашћено службено лице (припадник службе за обезбеђење) покушавће да га ухвати, уколико за то постоји могућност, уз истовремени позив: „Стој, пуцаћу“. Дакле, припадници службе за обезбеђење ће покушати да другим мерама принуде спрече бекство осуђеног лица. У овом случају то би пре свега била *физичка снаја и ђумене љалице*. Уколико се осуђено лице ухвати, зато што је његово бекство спречено од стране припадника службе за обезбеђење или зашто што је осуђени *сам сџао*, онда не постоји законски основ да се према осуђеном употреби ватрено оружје. Међутим, уколико се није спречило бекство осуђеника, овлашћено службено лице ће поновити позив („Стој, пуцаћу“), а ако ни на тај поновљени позив не стане и не постоји друга могућност да се спречи његово бекство, овлашћено службено лице пуцаће у безбедном правцу ради *ујозорења*. Ако се ни на овај начин није спречило бекство осуђеника (после два упозорења „Стој, пуцаћу“ и пуцња у безбедном правцу ради упозорења) и ако не постоји друга могућност да се спречи бекство, овлашћено службено лице ће употребити ватрено оружје пуцањем у правцу осуђеног.

Иако је осуђени пре прочетка спровођења упозорен на могућност употребе ватреног оружја он се још *џри џуџа* (два пута речима: „Стој, пуцаћу“) и једном пуцањем у безбедном правцу ради упозорења) након бекства упозорава да ће се према њему употребити ватрено оружје. На тај начин осуђени има могућност да се предомосили и да *сџане*.

Од правила да се осуђени три пута упозорана да ће се према њему употребити ватрено оружје постоји *изузетак*. Тај изузетак се тиче *месџа* или *времена* бекства осуђеника или *месџа* према којем осуђеник бежи. Изузетак се тиче када ватрено оружје треба да се употреби ноћу или у густој магли, односно на непрегледном терену или у шуми, као и кад осуђени бежи према шуми или у правцу објекта где може да се сакрије. Уколико постоји овакав изузетак, ватрено оружје овлашћено службено лице може употребити пуцајући у осуђеног после *џрвоџ џозива* да осуђени стане и након *ујозоравајућеџ хиџа*. У овом случају ради се о томе да осуђени с обзиром на време или место бекства може лакше да побегне, те је из тог разлога оправдано да се његово бекство *џиџо џре* спречи.

Употребом ватреног оружја се спречава бекство осуђеног лица, али би у појединим случајевим употребом ватреног оружја били угрожени животи *груџих лица*. С тим у вези, постоји и забрана употреба ватреног оружја. Ако осуђени бежи према групи људи или се скрива у групи, па услед тога постоји опасност да би неко у групи могао да буде погођен, овлашћено службено

лице *не сме* употребити ватрено оружје. У овом случају употребиће се друге мере принуде ради спречавања бекства.

Значајно је указати и на детаљ у погледу употребе ватреног оружја у случају бекства приликом спровођења осуђеног. Прво, да *начелник службе за обезбеђење* предаје налог за спровод *вођи сироводничке групе*, у коме је поред осталог, назначено да ли је дозвољена употреба ватреног оружја у случају бекства осуђеног које се спроводи и да ли га треба *везати*. Друго, да *вођа сироводничке групе*, односно припадник службе за обезбеђење одређен да обавља спровођење осуђеног *ујозорава* лица лишена слободе да ће у случају бекства бити употребљено ватрено оружје.²³

3.2. Употреба ватреног оружја у случају бекства осуђеника из казненог завода

Могућност за бекство из затвора²⁴ зависи од многобројних околности. Свакако да је једна од околности степен обезбеђења затвора.²⁵ Видели смо да се ватрено оружје може употребити и према осуђеном ради спречавања бекства али само *из завода затвореној или затвореној тили са посебним обезбеђењем*.²⁶ Уколико осуђени бежи из других казних завода његово бекство се спречава употребом других мера принуде, али не и употребом ватреног оружја. У који тип казненог завода осуђени издржава казну затвора зависи²⁷ од одређених критеријума који су прописани Законом о извршењу кривичних санкција али и Правилником о упућивању осуђених, прекршајно кажњених и притворених лица у заводе за извршење кривичних санкција,²⁸

²³ Вид. чл. 30 и 31 Правилника о начину обављања послова у служби за обезбеђење у заводима за извршење кривичних санкција, *Службени гласник РС*, бр. 21 од 4. марта 2016, 104 од 23. децембра 2016.

²⁴ О кривичној одговорности за бекство лица лишеног слободе вид. П. С. Метельский, Уголовная ответственность за побег из места лишения свободы, из-под ареста или из-под стражи (ст. 313 УК РФ), *Вестник НГУ. Серия: Право*. 2008. Т. 4. Вып. 2, 33-40; Р. В. Андриянов, Уголовно-правовая ответственность за побег из пенитенциарных учреждений по законодательству зарубежных стран. // *Право и политика*. – 2016. – № 3. DOI: 10.7256/1811-9018.2016.3.15806, 321-325.

²⁵ О разлозима за бекство из затвора вид. Б. Д., Махаков, Г. И. Демин Уголовно-правовые меры предупреждения побегов из мест лишения свободы // *Проф: журнал о праве*. – DOI: 10.21639/2313- 6715.2020.4.6.2020. – № 4, 43.

²⁶ У заводима затвореног типа, поред запослених у служби за обезбеђење, постоје и друге физичко-техничке препреке за спречавање бекства, а у заводима затвореног типа са посебним обезбеђењем постоје физичко-техничке препреке, којима се постиже највиши степен обезбеђења. Вид. чл. 14 ст. 4 ЗИКС.

²⁷ Вид. Иван Милић, *Индивидуализација казне затвора – криминолошки, кривично-правни и пеналогички аспекти*, Нови Сад, 2017, 331-332. (докторска дисертација).

²⁸ Правилник о упућивању осуђених, прекршајно кажњених и притворених лица у заводе за извршење кривичних санкција, *Службени гласник РС*, број 31 од 1. априла 2015.

али свакако осуђени у току издржавања казне може да се премести из једног у други казнени завод.

У погледу бекства осуђеног из завода *затвореној или затвореној тити са посебним обезбеђењем* поставља се важно питање када је осуђени у бекству. Овлашћено лице (припадник службе за обезбеђење), након претходног упозорења и упозоравајућег хица, употребиће ватрено оружје пуцањем ако се осуђени *ћеће уз оградни зид завода, односно ако су му обе ноге одвојене од тила или се налази на оградном зиду*. Иако се на овом месту не помиње, претходно упозорење би требало да гласи „Стој, пуцаћу”. Према осуђеном који је *побегао* на пример из спаваонице или радионице а које се налази *крућу затвора* (у оквиру затворског зида) не сме се употребљавати ватрено оружје.

Према оваквом решењу није од важности висина изречене казне осуђеном нити због којег кривичног дела осуђени издржава казну, јер употреба ватреног оружја зависи од *тити завода* у којем издржава казну. Овакво решење делује оправдано, пре свега из разлога што је логично да у *заводу затвореној или затвореној тити са посебним обезбеђењем* издржавају казну затвора осуђена лица због тешких кривичних дела који су осуђени на дугогодишње казне затвора.

Међутим, и у најстрожим казним заводима издржавају казну осуђена лица због лакших кривичних дела, а разлог је тај што се осуђени без обзира на висину изречене казне може преместити у најстрожи затвор. Такође, у најстрожим затворима се налазе и осуђена лица која су пред *крај* издржавања казне, којима је остало неколико дана или месеци да издрже казну.

Не сме се заборавити ни на чињеницу да се и у најстрожим казним заводима осуђена лица разврставају у различита одељења (отворено, полуотворено и затворено), али за њих у погледу употребе ватреног оружја у случају бекства важи исто правило.

4. ВАНРЕДНИ ИЗЛАЗАК ИЗ КАЗНЕНОГ ЗАВОДА И УПОТРЕБА ВАТРЕНОГ ОРУЖЈА?

Осуђено лице за време издржавања казне затвора у казном заводу може да заслужи да му се доделе и поједина посебна права и погодности, која се могу састојати у томе да одређено време проводи ван завода. Осуђеном се на пример може одобрити слободан излазак у град или право на пријем посете ван завода. Излазак ван *затворских зидина* свакако се даје само осуђеним лицима који су својим добрим владањем заслужили такво *право*. Реч је о лицима за које је процењено да неће учинити кривично дело и да ће се након времена који им је дозвољен да проведу ван завода вратити да наставе са издржавањем казне.

У току издржавања казне затвора осуђеном лицу али и члановима његове породице могу да се догоде очекивани али и неочекивани догађаји услед којих би било оправдано дозволити осуђеном да на кратко време *изађе* из казненог завода. О томе се водило рачуна и приликом доношења прописа у области извршења казне затвора, те се прописује да се осуђеном може одобрити *ванредни излазак или одсуство из казненог завода*. Одсуство или излазак се може дати сваком осуђенику без обзира на то где он издржава казну затвора, кривично дело за које је осуђен, трајање казне затвора или других околности који се тичу осуђеника, али те околности свакако требају да буду од значаја приликом одлучивања по молби осуђеника. О ванредном изласку или одсуству одлучује *управник* казненог завода у којем осуђени издржава казну. Он може да дозволи осуђеном ванредни излазак и одсуство из посебно оправданих разлога и то у трајању до седам дана. Оправданим се сматрају следећи разлози:

1. смрт члана уже породице;
2. обилазак теже оболелог члана уже породице;
3. рођење детета;
4. закључење брака;
5. други посебно оправданих разлога.²⁹

У вези са употребом ватреног оружја овде се намеће неколико питања. Прво, да ли се осуђени *спроводи* од стране припадника службе за обезбеђење? Затим, ако се спроводи да ли у том случају важи правило да се може употребити ватрено оружје ради онемогућавања његовог бекства ако осуђени издржава казну затвора од десет година или тежу казну?³⁰ Међутим, у важећи прописима се прописује само да уколико постоје безбедносни разлози завод ће дискретно и ефикасно обезбедити ванредни излазак и присуство осуђеног. Овакво решење треба се тумачити да ће осуђеног (не увек) *чувају* припадници службе за обезбеђење. С тим у вези било би оправдано да се јасно пропише да се у том случају може употребити ватрено оружје – као и у случају из чл. 145 ст. 1 тач. 3 ЗИКС.

5. УПОТРЕБА ВАТРЕНОГ ОРУЖЈА ПРЕМА НАЈОПАСНИЈИМ ОСУЂЕНИЦИМА

Једно од значајних питања у области извршења казне затвора је и оно које се тиче завода у којем ће осуђеник издржавати казну. Неспорно је да постоје како у Србији тако и у осталим државама затвори који су строгог

²⁹ Вид. чл. 53 ст. 1 и 2 Правилника о кућном реду казнено-поправних завода и окупних затвора, *Службени гласник РС*, бр. 110 од 14. октобра 2014, 79 од 23. септембра 2016.

³⁰ Да ли се може применити чл. 145 ст. 1 тач. 3 ЗИКС.

режима у којима казну затвора издржавају „најопаснији осуђеници“. По правилу су најопаснији осуђеници они који су осуђени због тешких кривичних дела на дугогодишње казне затвора. До 2009. године најстрожи заводи у којима се извршавала казна затвора били су КПЗ затвореног типа са посебним обезбеђењем. Међутим, 2009. године донет је Закон о извршењу казне затвора за кривична дела организованог криминала који је 2010. године измењен и допуњен. Овај закон се примењује само на одређену категорију осуђеника, који се могу сматрати најопаснијим осуђеницима.³¹ Најопаснијим осуђеницима се сматрају јер за њих важе посебни услови издржавања казне затвора који су *строжи* у односу на осуђена лица на која се примењује ЗИКС. Њиме се уређује поступак извршења казне затвора према осуђеним лицима из области организованог криминала и других тешких кривичних дела.³² Осуђена лица на која се примењује овај закон казну затвора издржавају у Посебном одељењу за издржавање казне затвора за кривична дела организованог криминала у казнено-поправном заводу затвореног типа са посебним обезбеђењем. Дакле, они издржавају казну затвора одвојено од осуђеника на која се примењује ЗИКС.

У погледу употребе ватреног оружја значајно је видети одредбе овог закона. Њиме се прописује да је једна од мера принуде и *употреба ватреног оружја*, али се не прописује када се ватрено оружје може употребити. У ЗКЗ се налазе и одредбе о спровођењу осуђеног, док се у Правилнику о организацији и раду Посебног одељења за издржавање казне затвора за кривична дела организованог криминала³³ између осталог, прописује да се у случају бекства осуђеног који се спроводи предузимају радње у циљу онемогућавања бекства, на начин и под условима прописаним законом. Имајући у виду да се ЗКЗ позива на сходну примену Закона о извршењу кривичних санкција на питања која он не уређује, оправдано је да у погледу употребе ватреног оружја према најопаснијим осуђеницима важе иста правила да се ватрено оружје може применити у случају када то превиђа ЗИКС (у погледу бекства из казног завода и приликом спровођења).

ЗАКЉУЧАК

Неспорно је да треба да постоје посебне мере које службена лица могу да примене према осуђеним лицима. Употреба ватреног оружја према осуђенику

³¹ Вид. Иван Милић, Упућивање најопаснијих осуђеника на издржавање казне затвора, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 3/2020, 312-346.

³² Вид чл. 1 Закона о извршењу казне затвора за кривична дела организованог криминала.

³³ Правилник о организацији и раду Посебног одељења за издржавање казне затвора за кривична дела организованог криминала, *Службени гласник РС*, број 37 од 1. јуна 2010.

је најтежа мера принуде, те из тог разлога и услови за њену примену морају бити прецизно уређени. Службена лица која имају право да употребе ватрено оружје су обучена за његову употребу и свакако познају *правну сирану* – када и под којим условима могу да употребе ватрено оружје. За припаднике службе за обезбеђење континуирано се изводи обука руковања наоружањем и опремом према наставном плану и програму обуке, који израђује центар за обуку и стручно оспособљавање управе за извршење кривичних санкција у Нишу. Обука се састоји од теоријског и практичног дела кроз извођење бојевог гађања, под надзором руковаоца гађања. Обука извођењем бојевог гађања врши се најмање два пута годишње.³⁴

Осуђено лице које се налази на издржавању казне затвора такође зна под којим условима службена лица имају право да према њему употребе ватрено оружје. Као што је у раду предочено осуђена лица се у случају спровођења упозоравају на могућност употребе ватреног оружја. Не сме се заборавити и на то да се осуђени приликом доласка на издржавање казне затвора упознаје са својим правима и обавезама за време издржавања казне, па тако се осуђени упознаје и о томе да ли се у случају бекства према њему може употребити ватрено оружје.

Свакако треба предузети све мере како не би дошло до употребе ватреног оружја, али ако је то неопходно ватрено оружје се употребљава. Осуђено лице након неуспелог бекства сносиће и одговарајуће последице, тј. такво његово понашање се квалификује као кривично дело или дисциплински преступ.

У сваком случају осуђено лице ће се сматрати као осуђеник који крши прописе и као осуђеник који преставља опасност за друге осуђенике или запослене, тј. за којег постоји висок степен ризика да ће нарушавати дисциплину у затвору. То ће свакако бити разлог да се распореди у строже одељење или да се премести у други казнени завод.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Андріянов Р. В., Уголовно-правовая ответственность за побег из пенитенциарних учреждений по законодательству зарубежных стран. // *Право и ѿолиѿика*. № 3. 2016.

Грујић Здравко, Милић Иван, Права лица осуђених на казну затвора у кривичном извршном законодавству Републике Србије, Зборник радова „*Двадесет ѿодина Дејѿонској мировној сѿоразума*“, Источно Сарајево, 2017.

³⁴ Вид. чл. 46 и 47 Правилника о униформи, ознакама, наоружању, специјалним возилима и другој опреми у Служби за обезбеђење у Управи за извршење кривичних санкција, *Службени ѿласник РС*, бр. 29 од 18. марта 2016, 74 од 2. септембра 2016, 3 од 18. јануара 2017, 89 од 4. октобра 2017, 7 од 6. фебруара 2019.

- Дракић Драгиша, Милић Иван, *Основи кривичној извршној права*, Нови Сад, 2019.
- Дракић Драгиша, Милић Иван, Утврђивање истине у дисциплинском поступку који се води против осуђеног за време издржавања казне затвора, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, бр. 2/2016.
- Ignjatović Đorđe, *Pravo izvršenja krivičnih sankcija*, Beograd, 2006.
- Костић Миомира, Димовски Дарко, Осуђеничке банде у Сједињеним Америчким Државама, *Зборник радова Правној факултету у Нишу*, бр. 65/2013.
- Махаков Б. Д., Демин Г. И., Уголовно-правовые меры предупреждения побегов из мест лишения свободы // *Пролог: журнал о праве*. № 4. 2020.
- Метельский П. С., Уголовная ответственность за побег из места лишения свободы, из-под ареста или из-под стражи (ст. 313 УК РФ), *Вестник НГУ. Серия: Право*. Т. 4. Вып. 2. 2008.
- Милидраговић Драган, Милић Ненад, Непосредна опасност по живот као посебан услов за употребу ватреног оружја, *Безбедности*, 2/2011.
- Милић Иван, Бекство из затвора – кривично дело или дисциплински преступ?, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, бр. 3/2017.
- Милић Иван, Дарко Димовски, Кажњавање осуђених лица – дисциплинске мере, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, бр. 1/2016.
- Милић Иван, *Индивидуализација казне затвора – криминологи, кривичноправни и пенолошки аспекти*, Нови Сад, 2017. (докторска дисертација).
- Милић Иван, О мерама принуде према осуђеним лицима, Једанаеста међународна конференција, *Кривично законодавство и превенција криминалијетета (норма и пракса)*, Том I, Требиње, 2020.
- Милић Иван, Упућивање најопаснијих осуђеника на издржавање казне затвора, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 3/2020.
- Поникаров В. А., Уголовно-правовое и уголовно-исполнительное регулирование применения оружия сотрудниками пенитенциарной системы России. *Пенитенциарная наука*, 2021, т. 15, № 1 (53).
- Ćorović Emir, *Sistem krivičnih sankcija Republike Srbije*, Novi Pazar, 2015.

* * *

- Закон о извршењу казне затвора за кривична дела организованог криминала, *Службени гласник РС*, бр. 72 од 3. септембра 2009, 101 од 29. децембра 2010.
- Закон о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, број 55 од 23. маја 2014, 35 од 21. маја 2019.
- Закон о полицији, *Службени гласник РС*, бр. 6 од 28. јануара 2016, 24 од 26. марта 2018, 87 од 13. новембра 2018.
- Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85 од 6. октобра 2005, 88 од 14. октобра 2005 – исправка, 107 од 2. децембра 2005 – исправка, 72 од 3. септембра 2009, 111 од 29. децембра 2009, 121 од 24. децембра 2012, 104 од 27. новембра 2013, 108 од 10. октобра 2014, 94 од 24. новембра 2016, 35 од 21. маја 2019.
- Правилник о кућном реду казнено-поправних завода и окружних затвора, *Службени гласник РС*, бр. 110 од 14. октобра 2014, 79 од 23. септембра 2016.
- Правилник о мерама за одржавање реда и безбедности у заводима за извршење кривичних санкција, *Службени гласник РС*, број 105 од 3. октобра 2014.

- Правилник о начину обављања послова у служби за обезбеђење у заводима за извршење кривичних санкција, *Службени їласник РС*, бр. 21 од 4. марта 2016, 104 од 23. децембра 2016.
- Правилник о организацији и раду Посебног одељења за издржавање казне затвора за кривична дела организованог криминала, *Службени їласник РС*, број 37 од 1. јуна 2010.
- Правилник о униформи, ознакама, наоружању, специјалним возилима и другој опреми у Служби за обезбеђење у Управи за извршење кривичних санкција, *Службени їласник РС*, бр. 29 од 18. марта 2016, 74 од 2. септембра 2016, 3 од 18. јануара 2017, 89 од 4. октобра 2017, 7 од 6. фебруара 2019.
- Правилник о упућивању осуђених, прекршајно кажњених и притворених лица у заводе за извршење кривичних санкција, *Службени їласник РС*, број 31 од 1. априла 2015.
- Уредба о оснивању завода за извршење кривичних санкција у Републици Србији, *Службени їласник РС*, бр. 20 од 10. марта 2006, 89 од 2. новембра 2009, 32 од 14. маја 2010, 53 од 20. јула 2011, 11 од 17. фебруара 2017, 13 од 4. фебруара 2022.

Dragiša S. Drakić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Drakić@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-5248-6562

Ivan D. Milić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
I.Milić@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-7916-5590

The Use of Firearms Against a Convict in Case of an Escape

Abstract: *The use of firearms is the most severe means of coercion that may be employed against a convict. The legal acts regulating the execution of criminal sanctions also foresee the use of firearms as means of coercion. The authors' attention is the use of firearms against a convict in the case of escape from a penitentiary. The authors highlight, first and foremost, who and under what conditions may employ a firearm against a convict. The relevant legal acts are analyzed and adequate and deficient solutions concerning the use of firearms are identified. The authors suggest de lege ferenda solutions.*

Keywords: *convict, escape, firearm, penitentiary.*

Датум пријема рада: 01.07.2022.

Датум достављања коначне верзије рада: 21.09.2022.

Датум прихватања рада: 21.09.2022.

Бранислав Р. Ристивојевић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
B.Ristivojevic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-2333-3521

Стефан С. Самарџић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Samardzic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-2870-5726

КАКО ФЕМИНИСТИЧКА КРИМИНОЛОГИЈА ОБЛИКУЈЕ ЗАКОНОДАВНУ РЕАКЦИЈУ НА НАСИЉЕ У ПОРОДИЦИ?

Сажетак: Аутор се у раду бави истражењем основаности носеће криминално-политичке поставке Закона о спречавању насиља у породици. Аутор доказује претпоставку да је Закон донет на лавним масовним обрасцима изв. радикалне школе феминистичке криминологије у вези са насиљем у породици. Након што се у првом делу рада крајко осврће на основне узусе научно засноване политичке сузбијања криминалијата, аутор у другом делу рада представља порекло овог законодавног решења. Из њега се види да је у истражу посебан Закон у односу на целину законодавних решења која се баве сузбијањем насиља у породици, чији је садржај израдила група НВО радикалног феминистичког усмерења. У трећем, средишњем делу рада аутор доказује порекло појединих институција у Закону иако што их пореди са кључним дојмама овог екстремног учења у криминологији. Аутор закључује да она нису ништа друго него ненаучни покушај заоштравања ставова радикалног феминизма у једну научну дисциплину – криминологију. Ово поређење појединих решења Закона са појединим обрасцима радикалног феминизма аутор у закључку илустрира са претпостављеним неадекватним последицама истих на породицу у српском друштву. Истовремено аутор критикује популарно равнодушан став законодавца према надмоћном културном обрасцу друштва у коме Закон треба да се примењује.

Кључне речи: насиље у породици, закон, спречавање, феминизам, радикални.

1. УВОД

Иако би се очекивала дуга, стручна и јавна расправа око питања да ли насиље у породици као социопатолошка појава завређује посебну законодавну реакцију или не, ње није било. Законодавац се након консултација само са заинтересованим НВО одлучио да на ово питање одговорио позитивно крајем 2016. године доносећи „Закон о спречавању насиља у породици“¹ (у даљем тексту: Закон) који је ступио на снагу лета 2017. године.

Када се неки Закон усваја и примењује као специјалан, а овај Закон то свакако јесте,² онда се по природи ствари нарочито поставља питање његове оправданости и сврсисходности. На ово се најбоље одговара резултатима његове примене. Управо због овога би једна од годишњица примене Закона била добра прилика да се сагледа његова делотворност. Ипак, овде треба бити уздржан најпре због тога што су најважнији актери друштвеног покрета за увођење овог Закона били врло гласни у негативној оцени његове ефикасности врло брзо након ступања Закона на снагу. Из њихових изјава чини се да је Закон казао. Под оваквим или сличним насловима се већ од самог његовог ступања на снагу, извештава³ често о лошим резултатима примене Закона. Иако је разметљиво најављиван као коначно решење за проблеме породичног насиља у Србији⁴ лоше стање у сфери друштвених односа које треба да уреди је критиковано од стране истих који су га хвалили и подржавали. То лоше стање се огледа, према речима критичара, у броју смртних исхода у породичном насиљу у Србији. Тако, према вестима које шире они који су задужени за његово спровођење, у Србији се неколико пута повећао број жена⁵ убијених у породичном насиљу, у поређењу са истим периодом

¹ Закон о спречавању насиља у породици – Закон, *Службени гласник РС*, бр. 94/2016.

² Потпуно о томе видети код: Б. Ристивојевић, „Да ли је нови Закон о спречавању насиља у породици одређивање појаве тзв. безбедносног прва?“, *Crimen*, 1/2017, 3-21.

³ „Закон о спречавању насиља у породици казао у пракси?“, *Н1*, 7. јул 2017, <http://rs.n1info.com/a281692/Vesti/Vesti/Zakon-o-sprecavanju-nasilja-u-porodici-zakazao-u-praksi.html>, 22. 5. 2018; „Убијено три пута више жена него прошле године, да ли је Закон казао?“, *РТС*, 18. април 2018, <http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/125/drustvo/3109024/ubijeno-tri-puta-vise-zena-nego-prosle-godine-da-li-je-zakon-zakazao.html>, 22. 5. 2018.

⁴ „Браво државо, Након акције Курира усвојен Закон о спречавању насиља у породици“, *Курир*, 24. новембар 2016, <https://www.kurir.rs/vesti/drustvo/2557015/kurir-tv-prenosi-uzivo-konferencija-u-palati-srbija-stefanovic-o-akciji-iskljuci-nasilje>, 22. 5. 2018; „Од 1. јуна насиље више неће моћи да се сакрије“, *Политика*, 27. мај 2017, <http://www.politika.rs/sr/clanak/381535/Od-1-juna-nasilje-u-porodici-vise-nece-moci-da-se-sakrije>, 22. 5. 2018.

⁵ Према изјави Весне Станојевић „координаторке Саветовалишта за насиље у породици“ датој РТС-у убијено је 18 жена од почетка године, што је три пута више него прошле године: фн 5; Према изјави Зорана Пашалића, Заштитника грађана, убијена 21 жена, што је у поређењу са 29 за целу прошлу годину „драстично повећање“. „Пашалић: Од почетка године убијена 21 жена“, *Данас*, 17. април 2018, <https://www.danas.rs/drustvo/pasalic-od-pocetka-godine-ubijena-21-zena/>, 22. 5. 2018.

прошле године.⁶⁷ Није јасно до краја чиме би се овакав (имајући у виду медије као извор, ипак бисмо рекли наводни) пораст броја убиства жена. Чини нам се да се један од разлога свакако може тражити и у повећаној заинтересованости медија за случајеве насиља у породици, а делом и углавном гледања из визуре насиља у породици на одређене случајеве који су се догодили, те начина и контекста њихове пријаве. Како је могуће да су управо главни актери и протагонисти доношења Закона већ на старту његови највећи критичари кроз бројна медијска иступања? Рационалан одговор се намеће: ако су кључни субјекти доношења Закона нестручно приступили његовој изradi, није ни чудо да сада једнако нестручно оцењује његову делотворност. У стварности није могуће дати потпун одговор на питање делотворности новог Закона у првом реду зато што је овакав Закон потпуна новина у српском правном систему. Не постоји претходни подаци о стању и кретању ове појаве са којима би били упоређени подаци добијени анализом праксе новог Закона. Сам Закон се примењује релативно кратак временски период да би се дала оцена делотворности било којег акта у области казненог права, па макар и овог квазикривичног.⁸ Овакво извештавање о делотворности Закона је једну стручну расправу на ову тему потиснуло у други план. Како је могуће да је дошло до ове, са становишта науке, проблематичне појаве да се ефикасност неког Закона оцењује већ на самом почетку његове примене?

Претпоставка овог рада је да је до тога дошло на исти начин како је дошло до усвајања Закона. Будући да је Закон донет на неутемељеним и неоснованим претпоставкама не треба да чуди да су актери његовог доношења на једнако нестручан начин оценили његову делотворност. Конкретно,

⁶ Нажалост само малобројнима није промакла чињеница да је у близу 2/3 тих случајева убиства жена, извршилац убиства након свог акта учинио и самоубиство. Податак је изнет у форми закључка на Конференцији о феминизму у организацији Аутономног женског центра: „Од почетка године убијено 20 жена“, *Политика*, 10. мај 2018, <http://www.politika.rs/scc/clanak/403471/Od-pocetka-godine-ubijeno-20-zena>, 22. 5. 2018.

⁷ Оно што писци Закона не схватају јесте чињеница да је акт смањеног опсега начина на који народ расправља породичне проблеме. Ту су нпр. и расправа са тешким речима односно свађа, иако нежељени, ипак прихватљиви. Када их нема није ни чудо да очајни посежу за убиствима, и самоубиствима. Овај закључак се посредно може извући из емпиријских истраживања феминизма у САД која показују нагло смањење броја ових кривичних дела након увођења Закон о насиљу према женама (VAWA) 1994. године. Закон о насиљу над женама је, наиме, повећао број институционалних могућности за заштиту жена жртве насиља, због чега су оне све ређе посезале за насиљем како би се одбраниле од насилника: A. Reckdenwald, K. Parker, „Understanding the Change in Male and Female Partner Homicide Over Time: A Policy and Theory Relevant Investigation“, *Feminist Criminology*, 3/2011, 170. Исто дејство, само обрнуто, се чини десило у Србији након увођења Закона. Он је наиме, смањено број могућности мушкарцима да се расправљају породичне проблеме са својим женама, што је могло довести до повећања феминизма код очајника који не виде излаз. И свађа је излаз, ако се упоређи са убиством.

⁸ Б. Ристивојевић, 17-18.

рад ће поћи од претпоставке да је Закон донет на идејама и предрасудама тзв. радикалне школе феминистичке криминологије у вези са насиљем у породици и илустроваће и показати где су све оне уграђене у решења Закона.

Тако ће се рад, након увода, у другом делу кратко осврнути на то како би просечно уредна законодавна политика једног просечно уредног законодавца требало да се изграђује. Како би требао да изгледа приступ законодавца некој социопатолошкој појави пре него што се она криминализује? Којим критеријумима да се руководи када се усваја одређена законодавна решења као одговарајућа неком друштву итд. У трећем делу рада ће се приказати генеза овог законодавног решења. Видеће се да је он, уствари, једна врста специјалног односно посебног закона у односу на целину законодавног поретка Републике Србије према насиљу у породици, чији је садржај дала група НВО радикалног феминистичког усмерења. Четврти део рада биће средишњи и у њему ће се показати да је конкретно законодавно решење инспирисано ставовима једног радикалног и екстремног учења у криминологији, тзв. радикалне феминистичке криминологије, која није ништа друго него ненаучни покушај заогртања ставова радикалног феминизма у криминологију етиологију. На крају рада даће се закључак.⁹

2. ПОЛИТИКА СУЗБИЈАЊА КРИМИНАЛИТЕТА КАО РАЦИОНАЛНА ДЕЛАТНОСТ КОЈА ПРЕТХОДИ ЗАКОНОДАВНОЈ АКТИВНОСТИ

Које је порекло идеје о потреби једног оваквог закона? Шта је подстакло законодавца да се овим путем обрачунава са насиљем у породици? Једна рационална законодавна политика заснована на научним доказима потребе доношења оваквог Закона би прво урадила опсежну анализу стања насилног¹⁰

⁹ Овај рад је настао као резултат дугогодишњих истраживања насиља у породици аутора. Закључци до којих се већ дошло и који су објављени у ранијим текстовима аутора су искоришћени као полазна основа. Они су обogaћени у складу са новим сазнањима до којих су аутори дошли даљим истраживањима појаве. Највећи допринос тих нових истраживања овом тексту јесу разноврсна нова сазнања о феномену која је објавио водећи часопис у области феминистичке криминологије: *Feminist Criminology*. Она су, углавном, потврдила раније теоријске закључке до којих су аутори дошли у ранијим текстовима, али постоје и закључци и делови ранијих текстова којима су аутори након ових истраживања дали нову визуру и унеколико изменили закључке, односно разлоге и објашњења одређених ранијих закључака.

¹⁰ Законодавац се по свему судећи није потрудио ни да најосновније консултује закључке савремених наука о људској психи које у насиљу виде само један вид, најболеснији и најдеструктивнији, али и даље вид агресије која је урођено понашање и која је тесно везана са љубављу: „Љубав и мржња су два вида једне исте либидонозне енергије са којом долазимо на свет, а чији се паралелни токови развијају у нама од детињства.“: В. Јеротић, *Човек и његов идентитет*, Београд 2000, 22-40.

криминалитета прво у друштву уопште,¹¹ а затим и посебно у породици, пре него што би се одлучила за било какву криминалнополитичку интервенцију.

Међутим оваквих озбиљних и опсежних анализа није било. Сва истраживања која су претходила извођењу закључака да је овакав Закон неопходан су благо речено недовољна за тако нешто, како обимом и захватом тако и методологијом.¹² Ово не треба да чуди. Опште је познато да је методологија радикалног феминизма у сукобу са науком зато што инсистира на личним искуствима и доживљајима као обавезном садржају научних истраживања.¹³ Тиме се ствара један субјективан приступ истраживању који тешко може да се назове методологијом и који је стран науци чији узуси кажу да научник мора бити објективан и непристрасан у приступу предмету истраживања.

Након што би се израдила анализе које би показале да постоји проблем са обимом и природом насиља у породици тада би једна рационална политика сузбијања криминалитета приступила опсежној анализи делотворности постојећих механизма за борбу са насиљем у породици. У питању су они који се већ користе за сузбијање ове врсте насиља из широког спектра свих средстава (ванправних и правних, формалних и неформалних, државних и друштвених, итд.)¹⁴ које једна уредан и промишљен законодавац користи. Тек ако би се након провере делотворности тих средстава закључило да нема резултата, као и да њихова промена неће дати резултат у будућности, тада би се разматрало интервенција у правни поредак и следећи начело *последњеј средствија*. Ово начело политике сузбијања криминалитета учи да је најбоље оно средство ове политике које што мање користи репресију да сузбија кри-

¹¹ Законодавцу по свему судећи није познат рад Робера Мишамблена који у свом капиталном делу убедљиво и аргументовано доказује да у западноевропској култури постоји сталан 700-годишњи пад обима појаве насиља: Р. Мишамблед, *Историја Насиља од краја средњеј века до данас*, Нови Сад 2015, 57-60. И поред значајних разлика у културама свакако се ови закључци односе барем на средњу Европу јер су чиниоци који су довели до пада исти на оним деловима европског континента који су ушли или ће ући у ЕУ. У Европи једино „Русију и земље некадашњег совјетског блока“ Мишамблед изричито искључује из овог тока: *Ibid.*, 36. Вероватно мисли на Белорусију, Украјину или Молдавију.

¹² Више о сасвим недовољним и у великој мери партикуларним и неадекватним истраживања у припреми Стратегије видети у раду: Да ли је нови Закон о спречавању насиља опредељење појаве тзв. Безбедносног права?, *Crimen*, 1/2017, 6.

¹³ „Радикални феминизам је увео методолошку стратегију која је у директном сукобу са научним методом. Да би се уведела женско постојање, које је невидљиво објективном научном методу, феминисткиња мора намерно и храбро интегрисати своје сопствено искуство угњетености и дискриминације у истраживачки процес“: S. Simpson, „Feminist Theory, Crime and Justice“, *Criminology*, 4/1989, 609.

¹⁴ Кривично право, казнено право али и право уопште, нису ни изблиза једини механизми који друштву стоје на располагању за сузбијање криминалитета. Далеко су бројнији ванправни механизми тзв. социјалне контроле криминалитета од правних, а често су и делотворнији. Потпуно о свим средствима политике сузбијања криминалитета код: З. Стојановић, *Политика сузбијања криминалитета*, Нови Сад 1991, 41-100.

миналитет због њених штетних деловања на друштво и појединца. Због тога се правна репресија користи само кад су друга, ванправна средства исцрпљена, а унутар ње прво се користе санкције свих других грана права пре него што се посегне за казеном репресијом.¹⁵

Ипак, ни овакве анализе нису спроведене. Да јесу, вероватно би се схватило да је породица у српској култури изузетно осетљиво место, на које је свако ко се у њој налази крајње бољив и да се стога државна интервенција у њу врши само са преком потребом.

Овако описане и у науци одавно утврђене редоследе кораке који морају да се пређу пре него што се употреби казна као средство за сузбијање криминалитета законодавац није следио. Он је по свему судећи био подстакнут предрасудама о насиљу у породици које владају у јавном дискурсу и које би се могле упоредити са, у криминологији већ описаном, појавом тзв. пунитивне јавности. У питању је *јавност расположена за кажњавање*.

Ова појава јавља отуда што општа, нестручна јавност има много заблуда када су у питању думети и могућности казне. Неспособност да се увиди и схвати (али и прихвати!) механизам њеног деловања још више се погоршава у доба друштвених криза када се, како је речено, страхови умножавају, а нарочито страх од криминалитета. Историјски развој кривичног права показује како је општа јавност брза и лака на обележавању и стигматизирању осуђених криминалаца али још више и оних који, у очима застрашеног друштва то тек могу да постану, и стварању предрасуда о њима. Из ових разлога, када је у питању кривично право, кажњавање и уопште делотворност друштвених механизма за борбу против криминалитета *vox populi* не би смео да буде опредељујућа смерница за законодавна решења. Један рационалан законодавац не би смео да подлегне притиску који ствара описана појава, коју наука назива још и *психологија кажњавајућеј друштва* и која је одлика скоро свих савремених заједница.¹⁶ Међутим, у стварности се десило управо супротно. Јасне назнаке појаве пунитивне јавности су преувеличавано и искривљено (таблоидно и сензационалистичко) извештавањем у медијима о некој врсти криминалитета¹⁷ што говори да се улога медија као

¹⁵ *Ibid.*, 33.

¹⁶ Потпуно о јавном мњењу као механизму социјалне контроле криминалитета: З. Стојановић, (1991), 94.

¹⁷ У односу на ово питање, међу многим истраживањима насиља у породици чији резултати су објављивани у нашим медијима истиче се једно из 2015. које је обављено од стране агенције "Контакт", на које смо указивали у нашим ранијим бављењима овом темом. Резултати овог истраживања јасно показују да је у току једног квартала посматране, 2015. године у нашој штампи објављено више од 450 текстова у вези са насиљем у породици, од којих је готово половина, по оцени ове агенције било таблоидног карактера, те у којима је у више од половине текстова била објављена и фотографија, са високим процентом спекулације новинара о мотивима и са недопустиво ниским процентом (око једне трећине) текстова

средства сузбијања криминалитета у овом случају претворила у нешто управо супротно. Медији су постали творци криминалитета.¹⁸ То се, према емпиријским истраживањима у САД, да посебно приметити у области фемцида¹⁹ који је повезан са насиљем у породици. Сензационалистичко извештавање је изграђено на класичним мисаоним калупима и предрасудама (мушкарац је јак и увек је насилник док је жена слаба па је увек жртва и сл.) које су око ове врсте насиља изградили екстремни правци феминистичког покрета и на њима упорно истрајавају иако су у озбиљној науци ти ставови и емпиријски оспорени.²⁰ На описано стање умножавања страхова код грађана законодавац реагује, на добар начин, повећањем осећања сигурности код истих, али лошом методом – *йунићивним йојулизмом*, тако што ће појачати кривично-правну репресију, али и репресију уопште. Држава у миру користи кривично право као оружје у рату, њиме ствара поделу на пријатеље и непријатеље.²¹

који су укључивали изјаву барем једног стручног лица; агенција ”Контакт”, *Анализа извештавања дневне штампе о насиљу у породици (фебруар, март и април 2015.)*, 20. мај 2015. године, <http://kontakta.rs/2015/05/20/analiza-izvestavanja-dnevne-stampe-o-nasilju-u-porodici-februar-mart-april-2015/>, 21. 8. 2022.

¹⁸ Средства јавног информисања, уместо да имају улогу средства критичког и реалног сагледавања стања, пренаглашавају ове појаве и тако умножавају страхове. Поред страха од будућности и егзистенције она истичу и у први план стављају још један од вечитих и одувек присутних страхова, страх од криминалитета. Медији узимају улогу неке врсте сферног огледала које усредсређује поглед јавности само на поједине криминалне случајеве, у правилу најтеже и најбизарније зато што они највише „голицају“ машту јавности, изолујући их из опште масе криминалитета. Као што сферно огледало не пружа праву слику стварности, већ искривљену, тако и ови медији узимајући на себе улогу „медијског сферног огледала“ стварају искривљену слику криминалитета. У питању је слика криминалитета у којој се виде само најтежи случајеви кривичних дела иако је таквих најмање. Последице, у јавности се ствара утисак да је опште стање криминалитета далеко лошије него што јесте, што умножава већ присутне страхове код грађана и ствара нове.

¹⁹ T. Richards, L. Gillespie, D. Smith, „Exploring News Coverage of Femicide: Does Reporting the News Add Insult to Injury?“, *Feminist Criminology*, 3/2011, 198; J. Fairbairn, M. Dawson, „Canadian News Coverage of Intimate Partner Homicide: Analyzing Changes Over Time“, *Feminist Criminology*, 3/2013, 171-172.

²⁰ Узети на пример истраживање Herzog-а урађено у Израелу 2007. године према коме „Супротно садашњој феминистичкој литератури истраживање открива да је поимање женских друштвених улога све друго само не једноставно и дихотомно; оно је разнородно, сложено... и супротставља се тврдњама да постоји традиционални полно условљени поглед на насиље међу партнерима“: S. Herzog, „The Empirical Test of Feminist Theory and Research: The Effects of Heterogenous Gender-Role Attitudes on Perception of Intimate Partner Violence“, *Feminist Criminology*, 3/2017, 240; Такође је корисно истраживање Banwell-ове из 2010. које анализира жене које су употребиле насиље против својих мужева „као одговорне и рационалне субјекте способне да доносе одлуке“: S. Banwell, „Gender Narratives, Womens Subjective Account of Their Use of Violence and Alternative Aggression Within Their Marital Relationships“, *Feminist Criminology*, 2/2010, 118.

²¹ Појаву да државе стварају од криминалаца непријатеље па следствено томе и од кривичног права неку врсту елиминаторног механизма у коме су кривци непријатељи немачка

Заоштравањем криминалне политике законодавци покушавају да оставе утисак да се боре са криминалом као врелом несигурности и ту праве кључну грешку. Они стварају норме потчињавајући их простим и краткорочним политичким потребама и захтевима пунитивне јавности стварајући један хибрид за који наука с правом поставља питање да ли уопште може да се назове криминалном политиком, између осталог и зато што се не осврће на дугорочне штетне последице по кривично право, а посредно и по друштво.²² Именовање таквих законодавних кретања *популистичком криминалном популизмом* још увек је погрешно. Наука је за овакав законодавни приступ пронашла назив који му више одговара јер га измешта из домена праве криминалне политике – *пунитивни популизам*. Које је српски законодавац препустио да управља појавом пунитивног популизма у овом случају?

Закон није дошао одједном или случајно. Он је круна једног временски дужег правнополитичког предузећа, у којем је мање учествовала држава, а више домаће и стране НВО. Да се приметити да су све радикалног феминистичког усмерења.²³ По свему судећи то је разлог због којег је Закон прожет класичним и у озбиљним наукама и правосудним праксама превазиђеним²⁴ обрасцима радикалне феминистичке криминологије. Из којих законодавних решења се доказује ово порекло Закона?

3. ОБРАСЦИ РАДИКАЛНЕ ФЕМИНИСТИЧКЕ КРИМИНОЛОГИЈЕ У ПОЈЕДНИМ РЕШЕЊИМА ЗАКОНА

Ови обрасци, које одликује једностран и површан приступ поимању насиља у породици, у науци се називају још и *радикална феминистичка парадигма*.²⁵ Иако феминистичка криминологија има више грана (либерални, социјални, марксистички феминизам итд.) и већина њих није радикално усмерена, када је у питању виктимологија ту је надмоћан радикални правац у феминистичкој

наука назива *Feindstrafrecht* што се јако грубо може превести као елиминаторно кривично право: Bock, M. „Pozitivna specijalna prevencija i nove tendencije u kriminalnoj politici, sa posebnim osvrtom na Feindstrafrecht“, *Crimen*, 2/2010, 140.

²² З. Стојановић, „Kriza savremenog krivičnog prava“, *Prava Čoveka*, 5-6/2003, 17.

²³ Из Стратегије сазнајемо ко је у питању: Мрежа Жене против насиља, Лабрис, Инцест траума центар, Центар за промоцију здравља жена, Оаза сигурности, Удружење ромкиња Освит и друге: Стратегија, 3.

²⁴ „У Канади, Аустралији и другим западним правосуђима опада државна подршка нарочитим женским облицима подршке у случајевима насиља у породици.“: R. Mann, „Men's Right and Feminist Advocacy in Canadian Domestic Violence Arenas: Context, Dynamics and Outcomes of Antifeminist Backlash“, *Feminist Criminology*, 1/2008, 68. Аутор тврди да је разлог снажно антифеминистичко лобирање.

²⁵ Dutton и Nicholls је називају „радикална феминистичка парадигма“: D. G. Dutton, T. L. Nicholls, „The Gender Paradigm In Domestic Violence: Research and Theory“, *Aggression and Violent Behaviour*, 6/2005, 683.

криминологији.²⁶ Он је створио један искључиво *женскоцентрични* поглед на насиље које је у тим обрасцима последица друштвене надмоћи мушкараца.²⁷ И површна анализа списка оних кривичних дела на које се односи Закон показује да његови творци следе образац по којем су сексуална делинквенција и насиље у породици обавезно повезани. У овоме се јасно очигледа класична догма радикалних праваца у оквиру покрета за права жена²⁸ и њоме инспирисане криминологије која појам тзв. *родно заснованог насиља* види на следећи начин:

„Родно засновано насиље није неки нови вид насиља, то су већ познати облици насиља над женама и децом, а фактор ризика је пол и тврдо утемељене родне улоге препуне друштвених стега и калупа. Чим си жена или женско дете или си различита по неком личном својству од већине, постајеш мета за родно засновано насиље и законом дефинисани злочин мржње.“²⁹

Овде се под речени појам сврстава сваки облик насиља над женама укључујући и све облике полног насиља што значи и силовање, било у браку или не.³⁰ Речју ови ставови повезују у једно нераскидиво клупко насиље у породици и полно насиље:

„Говорити о родно заснованом насиљу значи препознати повезаност између насиља у партнерским односима... ..сексуалног насиља... ..и да се та веза заснива на дубоко укорњеним стереотипима и очекивањима родних улога.“³¹

²⁶ У феминистичком погледу на виктимологију доминира радикални феминизам са својим женскоцентричним доживљајем насиља: S. Simpson, 611.

²⁷ Ibid., 611-612.

²⁸ Одличан преглед ових ставова се налази код једне од оснивача и перјаница овог покрета, Ellen Willis: „Радикални феминисти дефинишу силовање и друге облике мушке агресивности као оружје за спровођење мушке надмоћи – за кажњавање женског понашања или просто подсећање које је газда“. „...радикални феминисти тврдили су да је силовање насиље а не секс...“. „Иконокласти феминизма су имплицитно изједначавали хетеросексуалност са силовањем.“ Они су створили „...неовикторијанску карикатуру мушке сексуалне природе и генерализовали је у све патријархалне односе“. „Са ове тачке гледишта сексуално насиље је есенција и сврха мушке надмоћи, парадигматична мушка вредност и стога феминистичка главна брига.“: E. Willis, „Radical Feminism and Feminist Radicalism“, *Social Text*, 9-10/1984, 113-114.

²⁹ С. Грујић, *Приручник за њевенцију родно заснованог насиља*, Београд 2015, 5-6. Овај као и два наконд навода преузети су наведеног Приручника у издању Министарства просвете и УНИЦЕФ-а из 2015. године. Он је постао званичан материјал за обуку запослених у васпитно-образовним установама, али и родитеља и ђака у „јачању њихових капацитета заштите жртава родно заснованог насиља“.

³⁰ За врло прегледан и јасан сажетак ових ставова најбоље је погледати: *Декларација о уклањању насиља над женама*, која је усвојена без гласања у облику Резолуције на 85. заседању Генералне скупштине УН: General Assembly, “Declaration on Elimination of a Violence against Women”, A/RES/48/104, 20. 12. 1993.

³¹ С. Грујић, 9.

Узрок сваког насиља над женама, па тако и полног насиља јесу неколико друштвених установа које носиоци ових ставова називају патријархалним:

„Неједнаки односи моћи између мушкарца и жене обликовани су и уграђени у друштвене институције као што су породица, правни систем, религиозни систем и уверења и та патријархалност друштва је основа мушког насиља над женама.“³²

Из ових вредносних ставова (који су нажалост, како се види из документа из којег су преузети, у Србији постали део званичне основношколске образовне политике) сасвим је јасно да је у односима тог родно заснованог насиља жртва коју помиње Закон, иако то није изричито наглашено, по правилу жена.

И друге одредбе акта, нарочито она која даје дефиницију насиља у породици (став 3. члан 3) говоре у прилог закључка да је радикална идеологија феминистичког покрета вредносно „обележила“ Закон. Будући да радикална феминистичка догма у породици види само један од патријархалних облика насиља над женама³³ несумњиво је да су писци Закона желели да заобиђу појам породице. О томе говори не само избацивање појма *гейгејта* из Закона већ изричито помињање *лица* која се налазе у *йарџнерском односу*.

Саме хитне мере које се изричу могућим насилницима говоре о истој идејној или боље рећи идеолошкој потки која је удахнула живот законским решењима. Обе као решење за проблеме у породици нуде прекид односа у којем је дошло до насиља, уместо да по угледу на Породични закон у случају постојања жеље за разводом брака понуде поступак посредовања у виду мирења или нагодбе.³⁴ И за ово решење је заслужна већ поменута темељна догма радикалне феминистичке криминологије: породица је лоша. Због тога је Закон препун решења која пружају заштиту и подршку жртва насиља,³⁵ али нема нити једну меру заштите и подршке породици. Чак и умерена феминистичка криминологија признаје мирење и посредовање као делотворне мере против насиља у породици,³⁶ радикална – не. Тако ће Закон пружити подршку жртва која би без ње оклевала да учествују у кривичном прогону насилника,³⁷ макар и на штету опстанка њене сопствене породице. Закон се не обазире на чињеницу да ће поред тога што је већ жртва насиља,

³² *Ibid.*

³³ R. Dobash, E. Dobash, 325.

³⁴ ПЗ, чл. 229-246.

³⁵ Закон, чл. 29-31.

³⁶ S. Miller, L. Iovanni, „Using Restorative Justice for Gendered Violence: Success with Postconviction Model“, *Feminist Criminology*, 4/2013, 262.

³⁷ J. Belknap et al, „The Levels and Roles of Social and Institutional Support Reported by Survivors of Intimate Partner Abuse“, *Feminist Criminology*, 4/2009, 378.

та иста жена може постати и жртва сопствене пренагљености у којој ће изгубити породицу. Осим овога треба истаћи да је Закон за све могуће случајеве насиља у породици понудио само једно решење, раздвајање чланова и забрану општења међу њима, иако је литерарни геније давно написао „да је свака несрећна породица несрећна на свој начин“. Како је могуће да Законодавац није увидео да сваком посебном случају насиља у породици одговара једнако посебна хитна мера? Таква решења је наука већ означила као делотворнија.³⁸ На крају крајева, такво решење је Закон већ предвидео за жртву. Ако се већ за њу израђује индивидуални план заштите и подршке³⁹ зашто не би могле и индивидуалне хитне мере за насилнике?

Како је могуће да два закона који су по сврси окренути решавању проблема у породици нуде тако различите мере за исто (или барем слично) осим ако их није надахнула потпуно различита законодавна политика? Нема сумње да је то носећа идеја радикалне феминистичке криминологије према којој мушкарци остварују неку наводну контролу над животима својих жена. Мере, као што су хитне мере из Закона, имају сврху да женама „врате контролу над њиховим активностима, телима и животима“⁴⁰ тиме што ће мушкарца физички одстранити из куће и на силу прекинути општење. Из овога је јасно да је сврха хитних мера усмерена ка умишљеним потребама жена, а не стварним потребама породице.

4. ЗАКЉУЧАК

Када је један закон донет на овако једностран начин, следећи само једну школу криминолошког мишљења, већ критиковану као научно неосновану и оптерећену идеолошком потребом да се оправдају основне идеје радикалног феминизма, није ни чудо да је оцена делотворности таквог закона од стране истих актера једнако једнострана и искључива. Оцењивати један закон на овако површан начин, оцењујући само један показатељ делотворности јасно говори да носиоци таквог става нису користили више мерила ни када су оцењивали потребу доношења једног оваквог закона. Једностран и искључив приступ криминалнополитичкој оцени потребе неког закона дао је као производ једнако једнострану и искључиву оцену делотворности истог. Није сад ни важно које је то мерило. У овом случају био је наводно висок број жена убијених у насиљу у породици. Суштина је да је немогуће

³⁸ G. Murphy-Weiss, W. Roberts, D. Miles, “One Size Does not Fit All: a Case Study of an Alternative Intimate Partner Violence Court”, *Feminist Criminology*, 4/2015, 360-363.

³⁹ Закон, чл. 31.

⁴⁰ A. Durfee, “Victim Narratives, Legal Representation and Domestic Violence Civil Protection Orders”, *Feminist Criminology*, 1/2009, 8.

научно оправдано користити само једно криминалнополитичко мерило, ни када се доносе закони, нити када се оцењује њихова делотворност.

У случају Закон о спречавању насиља у породици то су били обрасци радикалне феминистичке криминологије који сав проблем насиља у породици свде на једно: нека митска потреба мушкараца да контролишу сексуалност жена са којима живе. И то је све. Нити један други индивидуални или колективни фактор криминалитета не постоји као релевантан за објашњавање ове социјалнопатолошке појаве у Србији. Све почиње са том наводном потребом и са њом завршава. Све се њоме објашњава, и све се њоме оправдава.

Овде није питање да ли је број жена убијених у насиљу у породици велик или мали, односно да ли се на основу њега може закључити да је Закон заказао. Питање је да ли је нормално погазити све резултате рада на изградњи једне уредне политике сузбијања криминалитета у Србији ради насиља у породици? Да ли је нормално да се без икакве научне анализе доносе Закони који тако снажно задиру у сферу која је тако дубоко приватна и интимна, која је тако необично својствена потврди идентитета човекове личности у српском друштву као што је породица. Одговор се сам намеће: не. Ништа друго не оличава човека као успешну јединку у очима других од следеће две друштвене установе: породица и позив. Овим Законом, држава је насрнула на један од та два стуба без икаквог осврта на положај породице у српској култури.⁴¹

У нашој култури својственом доживљају породице и породичног живота нису својствена људска права него породичне обавезе, није својствено раздвајање чланова породице, него њихово позаједничавање. Нама није својствено удаљавање људи једних од других његово њихово сабирање. Нама није својствена протестантска индивидуалистичка култура и за њу карактеристична етика самобитне и саможиве јединке која истрајава на ономе што јој припада. Управо обрнуто, у верској етици источне православне цркве надмоћна је представа јединке која се у друштвеним установама које су оличење сабрања и окупљања (породица нпр.) узвишава одричући се своје себичности и даље задржавајући своју личност. Оно што у нама остаје када идемо кроз живот одбацивањем жеље за правом то је осећање дужности. Када се једном изборимо са природним нагоном за узимањем, оно што преостаје је жеља хришћанске етике за давањем.

Овакви Закони, засновани на дубоко ненаучним аргументима, донети уз потпуно неуважавање неком друштву својствене културе и обичаја, намет-

⁴¹ Naegler апелује да се истраживања у феминистичкој и културној криминологији прожму јер могу и требали би да науче једно од другог: L. Naegler, S. Salman, „Cultural Criminology and Cultural Consciousness: Moving Feminist Theory from Margin to Center“, *Feminist Criminology*, 4/2016, 371

нути споља и надахнути једним простим, једностраним виђењем света и узрочнопоследичних веза у њему, осуђени су у сваком друштву на сукоб са здравим разумом и последично на неуспех. Тако да је сувишна свака оцена делотворности Закона дата на основу броја убијених жена у насиљу у породици. Радикалним феминистима је оно било кључно приликом израде Закона, зато га и користе када оцењују његову делотворност. Међутим, колико је било погрешно тада, толико је погрешно и данас када се уз помоћ њега оцењује делотворност акта. Нити једно овако једнострано, просто и површно виђење сложене целине чинилаца који утичу на насиље у породици, као што је оно радикалне феминистичке криминологије, не може дати делотворан криминалополитички одговор на њега. Ово нарочито важи ако је оно у сукобу са надмоћном етиком и културом друштва⁴² које је у питању.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Грујић, С. *Приручник за превенцију родно заснованог насиља*, Београд 2015.
 Јеротић, В. *Човек и његов идентитет*, Београд 2000.
 Мишамблед, Р. *Историја Насиља од краја средњег века до данас*, Нови Сад 2015.
 Ристивојевић, Б. „Да ли је нови Закон о спречавању насиља опредељење појаве тзв. Безбедносног права?”, *Crimen*, 1/2017.
 Стојановић, З. „Krizа savremenog krivičnog prava“, *Prava Čoveka*, 5-6/2003.
 Стојановић, З. *Политика сузбијања криминалитета*, Нови Сад 1991.
- Banwell, S. „Gender Naratives, Womens Subjective Account of Their Use of Violence and Alternative Aggression Within Their Marital Relationships“, *Feminist Criminology*, 2/2010.
 Belknap, J. et al, “The Levels and Roles of Social and Institutional Support Reported by Survivors of Intimate Partner Abuse”, *Feminist Criminology*, 4/2009.
 Bock, M. „Pozitivna specijalna prevencija i nove tendencije u kriminalnoj politici, sa posebnim osvrtom na Feindstrafrecht“, *Crimen*, 2/2010.
 Durfee, A. “Victim Narratives, Legal Representation and Domestic Violence Civil Protection Orders”, *Feminist Criminology*, 1/2009.
 Dutton, D. G., Nicholls, T. L. „The Gender Paradigm In Domestic Violence: Research and Theory“, *Aggression and Violent Behaviour*, 6/2005.
 Fairbairn, J., Dawson, M., „Canadian News Coverage of Intimate Partner Homicide: Analyzing Changes Over Time“, *Feminist Criminology*, 3/2013.

⁴² „Није исто када удариш жену, полицајца или противника у борилачком спорту. Сваки од ових инцидената ће изазвати различиту реакцију. Свако насиље укључује у себи драма, представу и извођење, нарочито полно извођење. Ако желимо да се сукобимо са политиком насиља, ми морамо прво да разумемо културу насиља.“: J. Ferrell, K. Hayward, J. Young, *Cultural Criminology: An Invitation*, Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC 2008, 8.

- Ferrell, J., Hayward, K., Young, J., *Cultural Criminology: An Invitation*, Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC 2008, 8.
- General Assembly, "Declaration on Elimination of a Violence against Women", A/RES/48/104, 20. 12. 1993.
- Herzog, S. „The Empirical Test of Feminist Theory and Research: The Effects of Heterogenous Gender-Role Attitudes on Perception of Intimate Partner Violence“, *Feminist Criminology*, 3/2017.
- Mann, R. „Men's Right and Feminist Advocacy in Canadian Domestic Violence Arenas: Context, Dynamics and Outcomes of Antifeminist Backlash“, *Feminist Criminology*, 1/2008.
- Miller, S., Iovanni, L. „Using Restorative Justice for Gendered Violence: Success with Postconviction Model“, *Feminist Criminology*, 4/2013.
- Murphy-Weiss, G., Roberts, W., Miles, D. "One Size Does not Fit All: a Case Study of an Alternative Intimate Partner Violence Court", *Feminist Criminology*, 4/2015.
- Naegler, L., Salman, S. „Cultural Criminology and Cultural Consciousness: Moving Feminist Theory from Margin to Center“, *Feminist Criminology*, 4/2016.
- Reckdenwald, A., Parker, K., „Understanding the Change in Male and Female Partner Homicide Over Time: A Policy and Theory Relevant Investigation“, *Feminist Criminology*, 3/2011.
- Richards, T., Gillespie, L., Smith, D. „Exploring News Coverage of Femicide: Does Reporting the News Add Insult to Injury?“, *Feminist Criminology*, 3/2011.
- Simpson, S. "Feminist Theory, Crime and Justice", *Criminology*, 4/1989.
- Willis, E. „Radical Feminism and Feminist Radicalism“, *Social Text*, 9-10/1984, 113-114.
- Закон о спречавању насиља у породици, *Службени гласник РС*, бр. 94/2016.
- „Анализа извештавања дневне штампе о насиљу у породици (фебруар, март и април 2015.)“, 20. мај 2015, <http://kontakta.rs/2015/05/20/analiza-izvestavanja-dnevne-stampe-o-nasilju-u-porodici-februar-mart-april-2015/>, 21. 8. 2022.
- „Браво државо, Након акције Курира усвојен Закон о спречавању насиља у породици“, *Курир*, 24. новембар 2016, <https://www.kurir.rs/vesti/drustvo/2557015/kurir-tv-prenosi-uzivo-konferencija-u-palati-srbija-stefanovic-o-akciji-iskljuci-nasilje>, 22. 5. 2018;
- „Закон о спречавању насиља у породици заказао у пракси?“, *Н1*, 7. јул 2017, <http://rs.n1info.com/a281692/Vesti/Vesti/Zakon-o-sprecavanju-nasilja-u-porodici-zakazao-u-praksi.html>, 22. 5. 2018;
- „Од 1. јуна насиље више неће моћи да се сакрије“, *Политика*, 27. мај 2017, <http://www.politika.rs/sr/clanak/381535/Od-1-juna-nasilje-u-porodici-vise-nece-moci-da-se-sakrije>, 22. 5. 2018.
- „Од почетка године убијено 20 жена“, *Политика*, 10. мај 2018, <http://www.politika.rs/scc/clanak/403471/Od-pocetka-godine-ubijeno-20-zena>, 22. 5. 2018.
- „Пашалић: Од почетка године убијена 21 жена“, *Данас*, 17. април 2018, <https://www.danas.rs/drustvo/pasalic-od-pocetka-godine-ubijena-21-zena/>, 22. 5. 2018.
- „Убијено три пута више жена него прошле године, да ли је Закон заказао?“, *РТС*, 18. април 2018, <http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/125/drustvo/3109024/ubijeno-tri-puta-vise-zena-nego-prosle-godine-da-li-je-zakon-zakazao.html>, 22.5. 2018.

Branislav R. Ristivojević
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
B.Ristivojevic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-2333-3521

Stefan S. Samardžić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Samardzic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-2870-5726

How Feminist Criminology Shapes Legislative Reaction to Family Violence in Serbia

Abstract: Author deals with a problem of a justification of the leading ideas that inspired new Code on Prevention of Family Violence in Serbia. Author proves assumption that the Code is grounded on a basic premisses of the, so called, radical feminist criminology regarding family violence. After short retrospect to elementary rules of a scientifically founded criminal policy, in the second part author exhibit the origin of this legislative solution. Out of it becomes clear that this is a piece of legislation special to totality of legal system which bears the burden of a suppression of family violence in Serbian society, whose substance was compiled by the group of NGO of a radical feministic orientation. In the third, central part of the paper, author proofs the origin of a specific doctrines in the Code by comparison with key tenets of this extreme and radical school of criminological thought. Author concludes that they are nothing more but an unscientific attempt to shroud radical feministic ideas behind a mask of a scientific discipline – ethology of a crime. At the very end author illustrated aforementioned comparison with negative effects of a Code to family in Serbian society. In the same time author criticise total legislative indifference toward prevailing culture and values of a society in which the Code should apply.

Keywords: family violence, code, prevention, radical, feminism.

Датум пријема рада: 26.08.2022.

Датум достављања коначне верзије рада: 10.10.2022.

Датум прихватања рада: 11.10.2022.

Слободан П. Орловић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Orlovic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9172-1254

Нађаца Н. Рајић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
N.Rajic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-3883-9245

ПРАВО ГЛАСА КАО ПРАВНА И МОРАЛНА КАТЕГОРИЈА*

Сажетак: Право гласа представља субјективно јавно право и припада групи основних политичких права. Оно се може посматрати као правна и морална категорија. Ова два аспекта нису потпуно одвојива и уско су повезана са степеном развоја уставне културе у датом друштву. Оштра висок процена излазности бирача не мора бити искључиво последица обавезног гласања и санкција које праће невољивање ове обавезе. Нижа излазност бирача, иакође, може имати позитиван утицај на динамику односа појединачног – власног, уколико представља конструктивни израз према политичкој елити и њеним кључним одлукама.

Кључне речи: право гласа, обавезност гласања, уставна култура, политичка партиципација, излазност бирача.

1. УВОД

У теорији изборног права, као посебне научне дисциплине, право гласа се одређује као „једно у низу изборних права“. Следећи још ужу систематизацију, дефинише се као сегмент активног бирачног права односно као

¹ Рад представља резултат истраживања на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ који се финансира из сопствених средстава Правног факултета у Новом Саду.

„основно и назначајније право међу изборним правима грађана“ чија се садржина „везује уз сам чин гласања којим се непосредно реализује бирачка воља.“¹ Шире посматрано, исказивање воље бирача везује се за изборе у политичкој сфери, који се тесно повезују са „развитком политичке репрезентације и представничке владе.“² Удружени са слободном и једнакошћу, као битним вредностима демократије, избори се у том смислу могу видети као начин којим се обезбеђује формални демократски легитимитет изабраних.³

Несумњиво је да општост и једнакост права гласа, заједно са другим принципима, чине део европског изборног наслеђа.⁴ Представљају део политичке једнакости грађана на којој се темељи представничка демократија. Сасвим је друго питање начина путем којег се политичка једнакост заиста и остварује у пракси и какав је стварни степен партиципације бирача у поступку избора представничког тела. Излазност бирача на изборима се у том смислу види као део шире дилеме која, практично, ставља у однос конфронтације две демократске вредности: политичку партиципацију и политичку једнакост.⁵ У основи ове дилеме се прелама однос права гласа као правне и као моралне категорије, те је циљ овог рада да се однос ова два аспекта ближе расветли.

У том смислу, предмет истраживања јесте правни и морални аспект права гласа као и степен његовог остваривања, сагледан кроз процентуалну израженост излазности бирача на изборима. Анализа обухвата уставне системе у којима је ово право истовремено обликовано и као дужност грађана (у којима постоји, или је доскора постојала, правом прописана обавеза гласања) као и одговарајући број држава у којима је гласање слободно, а које припадају кругу стабилних демократија, са дубоко укорењеном и развијеном уставном културом.

У корену овог односа лежи уставна и политичка култура која у извесном смислу увезује ова два аспекта права гласа. Она подразумева активни однос грађана према држави и остваривању политичких права уопште, балансиран и омеђен основним постулатима представничке демократије. У питању је, дакле, изналажење „праве мере“ – „ни превише политичког ангажовања да би се њиме замењивала очекивана активност и одговорност владе, ни сувише пасивности и повлачења из јавног живота, да би на празном

¹ Маријана Пајванчић, *Изборно право – групо измењено и допуњено издање*, Нови Сад 2008, 8.

² Milan Matić, *Izbori*, u: *Enciklopedija političke kulture*, Beograd 1993, 441.

³ *Ibid.*, 441.

⁴ Маја Настић, *Уставни принципи изборног система, Српска политичка мисао – још себно издање*, 2017, 133-134.

⁵ Arend Lijphart, *The problem of low and unequal voter turnout – and what we can do about it* (Reihe Politikwissenschaft / Institut für Höhere Studien, Abt. Politikwissenschaft, 54). Wien: Institut für Höhere Studien (IHS), Wien, 1998, 1. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-246720> (04. април 2022.)

простору дошло до апсолутне доминације државе и ужих политичких група и носилаца власти.⁶

Истраживање полази од основне и најопштије хипотезе према којој је остваривање права гласа условљено достигнутим степеном уставне културе у датом друштву као и степеном остваривања политичких права уопште. Из ове опште произлазе две уже, прецизније формулисане претпоставке: прва, према којој се уздржавање од коришћења права гласа једнако може оправдати као и његово активно коришћење у друштвима у којима постоји виши степен уставне културе, динамичан и конструктиван приступ грађана према политичкој заједници и вредностима на којима почива; друга, према којој проценат излазности бирача не мора нужно бити условљен правом прописаном обавезом гласања односно претњом изрицања санкције за њено невршење. Све наведене претпоставке су међусобно повезане и допуњујуће и ослањају на достигнути ниво уставне и политичке културе као чворишни елемент остваривања политичких права уопште.

Структура рада се наслања на основне циљеве истраживања као и на постављене хипотезе. Рад је подељен на два дела. У првом делу се обрађује питање права гласа као правне категорије, унутар које се додатно издвајају три питања: право гласа као субјективно јавно право, затим право „да се не гласа“ (*a right not to vote*) као и институт обавезног гласања. У другом делу се обрађује морални аспект права гласа у смислу (степенa) његовог остваривања односно уздржавања од остваривања. У завршном делу рада се износе основна запажања и закључци у односу на постављене хипотезе.

2. ПРАВО ГЛАСА КАО ПРАВНА КАТЕГОРИЈА

У корену (модерне) представничке демократије јесу избори, утемељени на општем и једнаком праву гласа, на којима се периодично проверава односно стиче легитимитет власти (изабраних). Избори представљају правом прописан поступак унутар којег се право гласа непосредно реализује и чини његов суштински елемент. По својој правној природи, право гласа припада материјалном изборном праву и најчешће свој правни израз има у уставу (као део изборног, или уже, активног бирачког права). Гарантовано је, такође, и актима међународног права, како универзалног тако и регионалног карактера, чинећи тако део укупног демократског и правног наслеђа.⁷

Право гласа се најчешће одређује као субјективно јавно право, односно право које се врши претежно у јавном интересу. Међутим, дубља и суптилнија

⁶ М. Матић (1993а), 446.

⁷ О међународним уговорима као извору изборног права видети: Танасије Маринковић, *Расправа о праву на слободне изборе*, Београд 2019, 39-42.

анализа односа појмова субјективно право – јавни интерес наметнула је додатна питања, покушавајући да одгонетне шта у том односу претеже као и какав коначни правни израз ово право треба да има. У том смислу, у теорији, али и уставној пракси, издвојила су се два повезана питања: прво, да ли право „да се не гласа“ (*a right not to vote*) постоји као посебно субјективно право и друго, да ли је уставноправно одржива концепција обавезног гласања.

2.1. Право гласа као субјективно право

Право гласа припада групи субјективних права. То је основно, политичко право. Ипак, његова правна природа је специфична имајући у виду да се остварује у јавном односно општем интересу. Правна природа права гласа наслања се на правну природу активног бирачког права (чији је оно део) односно различите теорије путем којих се оно ближе одређује (бирачко право као субјективно приватно право, бирачко право као субјективно јавно право, бирачко право као субјективно право и као јавна функција).⁸ Несумњиво је да право гласа има снажну јавноправну димензију и снажно упориште у демократском наслеђу.

Корени овог наслеђа, додуше у сведеном облику, свакако се могу пронаћи у уставној пракси античких полиса у којој се својство грађанина (*polites*) подразумевало пуно право учешћа у свим облицима политичког живота. Слично се може рећи и за грађанина старог Рима (*civis Romanus*), који је, поред низа других права, уживао и право гласа.⁹ Важност учешћа грађанина у јавним пословима задржала се до данас, на темељу, пре свега, представничке, али и других облика демократије (нпр. партиципативне).

Одређивање правне природе права гласа има своју практичну страну, будући да даје одговор на питање да ли се остваривање права гласа може прописати као обавезујуће и какав би простор имали уставни судови у заштити овог права (у случају испитивања уставности закона којим се уводи обавезно гласање). То је нарочито значајно у системима у којима таква обавеза гласања заиста и постоји. Последиčno, пружа одговор на питање да ли „право да се не гласа“ представља посебно субјективно право.

2.2. Право „да се не гласа“ (*a right not to vote*) као посебно субјективно право

Прописивање обавезности гласања јесте осетљиво и у доброј мери контроверзно питање. Заправо, основна дилема концентрише се око следећег питања: да ли „право да се не гласа“ (*a right not to vote*) постоји као посебно

⁸ М. Пајванчић, 52-59.

⁹ Milan Matić, Gradanin, u: *Enciklopedija političke kulture*, Beograd 1993, 346.

право, до чијег кршења би, последично, долазило увођењем неког облика обавезног гласања.¹⁰ Ово питање отворено је у уставном систему Аустралије.

Уставна пракса ове државе показује да се о постојању овог права, додуше индиректно, расправљало још давне 1926. године у случају *Judd v McKeon* чији су предмет спора биле одредбе изборног закона Комонвелта којима се пропуштање гласања квалификовало као прекршај (случај *Judd v McKeon*, *Врховни суд Аустралије*). Суд тада није изричито порекао да „право да се не гласа“, као такво, не постоји као засебно право, него је одлуку засновао на чињеници да у конкретном случају није постојао „оправдан и довољан разлог“ за пропуштање гласања.¹¹ Питање постојања „права да се не гласа“ непосредно је, пак, отворено пред судским властима ове државе 2013. године у случају *Holmdahl v Australian Electoral Commission & Anor*.¹²

Слично питање се поставило и у погледу односа националног и наднационалног права у области људских права. Наиме, Европска комисија за људска права је разматрала питање обавезности гласања 1971-2. године у предмету *X v Austria* (application no. 4982/71), додуше у контексту повреде члана 9 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода односно слободе мишљења, савести и вероисповести. Поднесак је одбачен као очигледно неоснован уз образложење да категорија обавезног гласања, која је у том тренутку постојала у уставном систему Аустрије, не доводи по повреде назначеног права будући да оно не искључује празан или неважећи гласачки листић.¹³

Поред поларизованих ставова, у теорији се среће и концепт који их на својеврстан начин помирује. То је концепт по коме се право гласа посматра као тзв. „право – дужност“. Дужност гласања се посматра у реципрочном смислу, у односу на све остале грађане, и представља правичан удео у реализацији заједничког задатка очувања демократије.¹⁴ Овај концепт је веома близак општем разумевању категорије субјективних јавних права и најприближније одражава правилно разумевање правне природе права гласа у држави заснованој на принципу представничке демократије и утемељеној на метаправном начелу владавине права.

2.3. Гласање као обавеза (compulsory voting)

Излазност бирача представља „одличан показатељ демократског квалитета“. Показује степен стварне заинтересованости бирача за представљеност

¹⁰ Heather Lardy, Is there a Right not to Vote? *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 24, No. 2, 2004, 303.

¹¹ Lisa Hill, Does compulsory voting violates a right not to vote? *Australian Journal of Political Science*, Vol. 50, No. 1, 2015, 68-69.

¹² *Ibid*, 65, footnote 7 and 8.

¹³ *Ibid*, 65.

¹⁴ *Ibid*, 71.

и служи као (индиректно) мерило њихове политичке једнакости.¹⁵ Због видљиве апстиненције бирача на изборима, која је присутна у низу држава, институт обавезног гласања види се као инструмент којим се овај параметар може побољшати.

Обавезно гласање је прихваћено у релативно малом броју држава европског подручја. Постоји у Белгији, Грчкој, Лихтенштајну и Луксембургу, као и у једном малом швајцарском кантону (*Schaffhausen*).¹⁶ У прошлости је оно било шире прихваћено, али је постепено дошло до његовог напуштања. Укинута је у Холандији, Италији, Аустрији као и у осталим швајцарским кантонима, изузев у кантону Шафхаузен (*Schaffhausen*) у којем је задржан овакав режим гласања.¹⁷ У овом кантону се бележи излазност од 60-75% бирача што је највиша (излазност) у поређењу са осталим кантонима.¹⁸ Обавезно гласање постоји и у одређеном броју држава широм света.¹⁹

Занимљиво је да су правни системи Швајцарске и Аустрије примери асиметричности у погледу режима обавезног гласања. У Швајцарској ова асиметричност и даље постоји, док у Аустрији, пак, припада уставној историји. Па ипак занимљиво је дати кратак приказ правног оквира и уставне праксе који је постојао у овој држави. Обавезно гласање је, наиме, било прописано аустријским Уставом од 1920. године и било је обавезујуће у погледу председничких избора, док је у погледу парламентарних било прописано само као могућност за коју су федералне јединице могле да се одреде. Уставним амандманом од 1982. године таква флексибилност (односно могућност увођења обавезног гласања од стране федералних јединица) је уведена и у односу на председничке изборе. Уставним амандманом од 1992. године укинута је могућност увођења обавезног гласања од стране федералних јединица када је реч о парламентарним изборима.²⁰ Ова могућност и даље постоји када је реч о председничким изборима, али у пракси нема своју примену будући да су је федералне јединице постепено напустиле (Каринтија и Стирија 1992. године, Ворарлберг 2004. године и Тирол 2006. године).²¹ Пред-

¹⁵ Arend Lajphart, *Modeli demokratije: oblici i učinak vlade u trideset šest zemalja*, Službeni list SCG, Beograd (CID, Podgorica) 2003, 271.

¹⁶ <https://www.idea.int/data-tools/data/voter-turnout/compulsory-voting> (04. април 2022.)

¹⁷ Anna Paczeniak, Compulsory Voting as the Solution to Low Electoral Turnout – The Treatment Worse than the Disease? *Bialstockie Studia Prawnicze*, vol. 20, no. A, 2016, 26.

¹⁸ Leo Schelbert, *Historical Dictionary of Switzerland*, Second edition, Rowman & Littlefield Publishers, 2014, 337-338.

¹⁹ О томе више: <https://www.idea.int/data-tools/data/voter-turnout/compulsory-voting> (04. април 2022.)

²⁰ Mitchell Hoffman, Gianmarco León, María Lombardi, Compulsory voting, turnout, and government spending: Evidence from Austria, *Journal of Public Economics*, 145/2017, 105-106.

²¹ Victoria Shineman, Isolating the effect of compulsory voting laws on political sophistication: Leveraging intra-national variation in mandatory voting laws between the Austrian Pro-

седнички избори одржани 2010. године су били први на којима гласање није било обавезујуће за грађане на територији читаве федерације.²²

Основни смисао увођења концепта обавезног гласања видео се у повећању излазности бирача, самим тим и ширењу легитимационе основе изабраних као и достизању стварне и истинске репрезентативности.²³ Заиста, увођење обавезног гласања допринело је повећању процента излазности бирача у државама које су се определиле за такав корак. У Белгији, након увођења обавезног гласања 1893. године, број апстинирајућих бирача је био испод десет процената у првих неколико наредних избора (нпр. на изборима одржаним 1894. године број астинирајућих бирача био је свега 5,4 процената, 1896. године је био 7,5 процената, 1898. године забележено је 5,3 процента неизашлих бирача док је 1900. године тај проценат износио 5,9).²⁴ У Аустралији је забележена разлика од 35%, у односу на излазност бирача на изборима који су одржани пре увођења обавезног гласања (55%) и изборима који су уследили након тога (90%).²⁵ У Сингапуру је, такође, забележен драстичан скок излазности бирача на првим наредним изборима од увођења обавезног гласања 1958. године и то за скоро 40%.²⁶

Увођење обавезног гласања није увек подразумевало повећање излазности бирача, чак и када је оно било нормативно оснажен одговарајућим санкцијама. На пример, у малој острвској држави Фиџи (у Океанији), након увођења обавезног гласања забележен је тренд опадања излазности бирача. Наиме, на првим изборима који су спроведени по увођењу обавезног гласања 1982. године излазност је била 78,8%, што је мање у поређењу са излазношћу забележеном изборима одржаним 1972. године (првим изборима након стицања независности) на којима је излазност била 99,3%. Опадајућа излазност би се, у овом случају, могла објаснити нестабилним политичким околностима које су постојале у том периоду.²⁷

vinces, *Electoral studies*, 71/2021, 3. Доступно на: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S026137942030144X> (22. јун 2022.)

²² М. Hoffman *et al.*, 106.

²³ Више о томе: Sarah Birch, *Full Participation: A Comparative Study of Compulsory Voting*, Manchester University Press 2008, 45.

²⁴ William A. Robson, Compulsory Voting, *Political Science Quarterly*, vol. 38, no. 4, 1923, 572-573.

²⁵ Molina Vega, José Enrique. 1995. "Los venezolanos abandonan el hábito de votar: La abstención en las elecciones de 1993." *Boletín Electoral Latinoamericano* 13 (January-June): 165. Наведено према: А. Lijphart, (1998), 8.

²⁶ Наиме, на овим изборима је забележена излазност од 90,1% бирача, док је излазност на претходним изборима (односно првим изборима након стицања независности) била 52,7 %, што се сасвим сигурно може приписати и строгом режиму санкција које је пратило неиспуњење ове обавезе. S. Birch, 81.

²⁷ *Ibid*, 84-85.

Најзад, потребно је указати на степен утицаја које обавезно гласање остварује на понашање бирача у дужем временском периоду. То се најбоље може видети на примерима држава које у свом уставном систему више немају институт обавезног гласања. Нека истраживања су показала да је у Аустрији (односно одређеним деловима коју узети као узорци за истраживања), након напуштања обавезног гласања, излазност бирача почела да опада, што је довело до закључка да оно (обавезно гласање) није задржало ефекат излазности у дугорочном смислу.²⁸

3. ПРАВО ГЛАСА КАО МОРАЛНА КАТЕГОРИЈА

Право гласа, поред правне, има своју моралну димензију. Ова димензија је индивидуална и омеђена је ширином свести самог појединца и разумевању сопственог положаја у држави као политичкој заједници. Најјасније је исказана у следећој формулацији: „Да ли ће и колико ће човек у политичком друштву бити роб, меропх, себар, парија, поданик, (...) или човек-грађанин (...) зависи од више чинилаца, али не само од статуса који појединцу намењује власт и прописује правни систем. То зависи и од човековог личног односа према власти: од његове способности и храбрости да јој противстави морални интегритет заснован на интелектуалном тражењу одговора на питања (...) и на моралној аутономији у просуђивању о томе шта је добро, а шта рђаво, независно од тога какви ауторитети нуде стереотипе у оквиру којих би требало да се опредељујемо и свет објашњавамо, мењамо или стварамо.“²⁹

У том контексту се избори могу дефинисати као „облик интеракције владе и одговорног друштва, односно бирачког тела, која је отворен процес у коме ништа и нико не може бити непоречив и дефинитивно одређен и изузет од питања, критике и одговорности“.³⁰ Овај однос је ослоњен на чињеницу да демократска мисао претпоставља релативизам као посебну категорију те да политичку мањину (односно опозицију) “политички признаје, те штити у основним правима и слободама, у принципу пропорционалности.“³¹ Отуда се представничка демократија, утемељена на слободним и периодичним изборима, показује као погодан институционални амбијент у којем се могу изражавати различити ставови и мишљења. Различитост је пожељна,

²⁸ Више о томе: Stefanie Gaebler, Niklas Potrafke, Felix Roesel, Compulsory voting and political participation: Empirical evidence from Austria, *Regional Science and Urban Economics*, Volume 81, 2020, 1-11. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0166046219302145?via%3Dihub> (22. јун 2022.)

²⁹ Војислав Становчић, *Моћ и легијимносћ*, ЈП Службени гласник, Београд 2006, 74.

³⁰ М. Матић (1993а), 444.

³¹ Ханс Келзен, *О суштини и вредности демократије*, ЈП Службени гласник, Београд, 2005, 59.

а једногласност потпуно неспојива са плуралистичким друштвима односно демократија модерног доба у којима управо „неслагање, допуштено процедуром, јесте услов опстанка и развоја заједнице.“³²

Суштина односа појединца и државне власти, дакле, заиста лежи у интелектуалном и моралном капацитету појединца у остваривању (претежно) политичких права. Отуда се слобода интелектуалног трагања и моралне аутономије управо и види као основ личног, али и друштвеног напретка у целини.³³ Ова аутономија се свакако може сагледати и контексту права гласа имајући у виду значај избора за проверу легитимитета државне власти. Наиме, активно вршење права гласа темељи се на постулату који наглашава личну одговорност појединца за добробит заједнице као целине. Истиче се да сви чланови (политичке) заједнице имају дужност да учествују у колективном доношењу одлука уколико уживају користи и погодности од те исте заједнице, што је, иначе, аргумент који се посебно износи у прилог обавезног гласања.³⁴

Оно што се отвара као кључно питање јесте да ли се и на који начин може оправдати пасивност у вршењу права гласа. Другачије речено, да ли уздржавање од гласања такође може имати позитиван утицај на динамику односа у релацији појединац власт?

Уздржавање од коришћења права гласа може имати различите узроке. Зато је потребно разлучити да ли је реч „о свесно изабраној политичкој пасивности која је латентно политички став, а не одсуство политичког става“³⁵ или је то просто последица политичке апатије. Да ли је реч о недостатку квалитетних изборних могућности? Да ли апстиненција бирача, у крајњој мери, показује непристајање на политички систем и постулате на којима функционише и потребу за његовом коренимом променом? Да ли је реч о простој незаинтересованости бирача за остваривање политичких права? Пажљивија анализа ових питања свакако може указати на чињеницу да и уздржавање од права гласа може имати одговарајућу политичку тежину.

Са друге стране, политичка реалност даје основа за запитаност „у којој мери су грађани слободни у самом тренутку гласања“ и да ли избори у савременим условима практично „воде урушавању демократије“. ³⁶ Отворено је питање да ли је политички избор грађана заиста резултат њихове слободне воље. Сама уставна историја сведочи да су избори често били предмет злоупотребе, те опомиње на потребу да се они (избори) критички проучавају

³² Радмила Васић, Демократија и парламентаризам, у Зборнику радова: *О демократији*, ЈП Службени гласник, Београд, 2005, 116.

³³ В. Становчић, 73.

³⁴ S. Birch, 42.

³⁵ Zoran Stoiljković, *Apolitičnost*, u: *Enciklopedija političke kulture*, Beograd 1993, 34.

³⁶ Т. Маринковић, 13 и 17.

нарочито „са становишта исхода и последица које они значе за стварне политичке односе у друштву.“³⁷

Изразност на изборима може бити добар показатељ степена уставне и политичке културе бирача односно њиховог односа према државној власти уопште. Посебно су занимљиви емпиријски подаци о излазности бирача у државама у којима постоји обавеза гласања, али у којима се санкције за њено кршење не изричу у дужем временском периоду. Исто тако је занимљив тренд излазности бирача у државама које су недавно напустиле концепт обавезног гласања.

3.1. Активно коришћење права гласа

Истраживања показују да висока излазност бирача није (нити мора увек бити) у непосредној вези са обавезом гласања и претњом изрицања санкција које прате њено кршење. На пример, излазност бирача на изборима у Аустрији је била висока и пре увођења обавезног гласања, након чега је дошло до њеног додатног повећања (са оквирно 80% на оквирно 90%) при чему је важно нагласити да су санкције за кршење ове обавезе веома ретко изрицане у пракси.³⁸

Висока излазност бирача која се бележи у Белгији, по мишљењу неких аутора, у већој мери представља резултат одговорности грађана у односу на државу него повиновање правом прописаној обавези гласања на изборима. У том смислу се каже да обавеза гласања у Белгији „није само елемент правно-политичког система, него и традиције или навике“ те да „представља начин живота у којем су друштвене норме важније од санкција.“³⁹ Отуда можда и не чуди чињеница да је дискусија у погледу његовог укидања отворена након што је то учињено у Холандији 1970. године.⁴⁰

У Аустралији је, такође, дужност учествовања на изборима дубоко укореењена у свести појединаца и више се схвата као морална него правна обавеза. Заправо, широм државе постоји друштвена стигма у погледу неиспуњавања ове обавезе која несумњиво има снажнији ефекат него претња санкцијом.⁴¹ Висока излазност у Луксембургу, како на домаћим тако и на изборима за Европски парламент, се такође може објаснити на овај начин имајући у виду чињеницу да у овој држави санкције за неиспуњавање обавезе гласања нису изрицане деценијама уназад.⁴²

³⁷ M. Matić, 444.

³⁸ M. Hoffman *et al.*, 114.

³⁹ A. Paczeniak, 49.

⁴⁰ *Ibid*, 44-48.

⁴¹ Mary Anne Griffith-Traversy, *Democracy, Parliament and Electoral Systems*, Pluto Press, 2002, 84.

⁴² Michèle Finck, Towards an Ever Closer Union Between Residents and Citizens? On the Possible Extension of Voting Rights to Foreign Residents in Luxembourg, *European Constitutional Law Review*, 11 (1), 2015, 95.

Да је остваривање права гласа дубоко утиснуто у свест (као морална обавеза) и у државама у којима не постоји категорија обавезног гласања, говори и податак да је у неким од њих излазност на изборима задржала високи проценат односно била готово идентична као на претходним изборима, упркос чињеници да су се они одвијали у периоду пандемије. На пример, у Холандији је излазност бирача на изборима одржаним 2021. године била само 3 процента нижа него на изборима одржаним 2017. године и износила је 78,7 процената.⁴³

3.2. Апстиненција бирача

Тенденција опадања стопе излазности бирача постала је присутна у већем броју држава, укључујући и оне које словесно за стабилне демократије, са озбиљним степеном уставне културе. Занимљиво је да разлози апстиненције могу заиста бити различити и не морају нужно бити у корелацији са степеном уставне културе. На пример, у Швајцарској је у периоду од 1971. до 1996. године забележена ниска излазности бирача (која је у просеку била свега 40,9 процената), иако је реч о држави са развијеним и дубоко укореним облицима партиципативне демократије. Овако ниска излазност је била последица високе учесталости изјашњавања грађана.⁴⁴ У Норвешкој је, пак, на парламентарним изборима одржаним 1993. године, ова појава представљала својеврсну санкцију бирача за недостатак јасних алтернатива у предизборном периоду или реакцију на неслагање са ставовима сопствене политичке странке о важним питањима која су у том тренутку била актуелна.⁴⁵

Излазност на изборима за Европски парламент је параметар који треба посебно издвојити. У поређењу са излазношћу на националним изборима, могу се уочити значајне разлике чак и када је реч о државама стабилне демократије. У Финској је, на пример, у 2019. години забележена разлика у излазности бирача од скоро читавих 30 процената (излазност на парламентарним изборима је била 72,1 док је излазност бирача на изборима за Европски парламент била свега 42,7 процената).⁴⁶ Још већа разлика (од преко 30 процената) забележена је у Шведској. Наиме, на парламентарним изборима (за Риксдаг) одржаним 2018. године излазност је била 87,18 процената, а годину

⁴³ Simon Otjes & Gerrit Voerman, The Netherlands: Political Developments and Data in 2021. A Year without Government. *European Journal of Political Research Political Data Yearbook*, 2022. <https://ejpr.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/2047-8852.12351> (22. јун 2022.)

⁴⁴ A. Lajphart (2003), 271-272.

⁴⁵ Hanne Marthe Narud, Henry Valen, Decline of electoral turnout: The case of Norway, *European Journal of Political Research*, 29/1996, 235-256.

⁴⁶ Emilia Palonen, Finland: Political Developments and Data in 2019. *European Journal of Political Research Political Data Yearbook*, 59: 130-141, 2020, table 1, table 2. <https://ejpr.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/2047-8852.12297> (22. јун 2022.)

дана касније, на изборима за Европски парламент, бирачи су изашли у проценту од 55,27 процената.⁴⁷ У Аустрији је та разлика износила приближно 15 процената (75,6 процената на парламентарним и 59,8 на европским).⁴⁸ Стабилно висока излазност на европским изборима забележена је у Белгији и Луксембургу са приближних 90 процената (у периоду од 1979 до 2009. године).⁴⁹ Проценат излазност на европским изборима је, додуше, сада нешто нижи у обе државе (према подацима из 2019. године, у Белгији је забележена излазност од 88,47, а у Луксембургу 84,24 процената).⁵⁰

Са друге стране, излазност у Египту, и поред правом прописане обавезности гласања, релативно је ниска. На председничким изборима одржаним 2018. године излазност је износила свега 41,05, а на изборима 2014. године била је нешто виша и износила је 47,6 процената. У оба случаја дакле, излазност је обухватила мање од половине бирачког тела, али се ипак у овој земљи оцењује као висока.⁵¹ То говори у прилог чињеници да формално увођење обавезног гласања не може само по себи повећати излазност бирача уколико није праћено другим важним чиниоцима. Један од тих чиниоца је свакако степен општег образовања грађана у држави. У том смислу, илустративан је пример Индије у којој се покушај увођења обавезног гласања безуспешно окончао 2015. године. Значајан део становништва ове државе није образован и налази се у веома неповољном материјалном статусу што се последично одражава и на његову заинтересованост за учешће на изборима. Стога се повећање укупног нивоа образовања грађана препознаје као основни предуслов за активну политичку партиципацију грађана у овој држави.⁵²

Најзад и проценат тзв. бачених гласова, нарочито у државама у којима је прихваћен систем обавезног гласања, такође је важан показатељ политичке мотивисаности бирача. У Аустралији је, на пример, тај број изузетно низак и износи око 2%.⁵³ Овај параметар не може пружити недвосмислен закључак у погледу квалитета будући да не даје одговор на питање о броју тзв. насумично датих гласова.

⁴⁷ <https://www.val.se/valresultat.html> (16. април 2022.)

⁴⁸ Marcelo Jenny, Austria: Political Developments and Data in 2019. *European Journal of Political Research Political Data Yearbook*, 59: 19-33, 2020, table 1, table 2. <https://ejpr.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/2047-8852.12298> (22. јун 2022.)

⁴⁹ Anthoula Malkopoulou, *Lost Voters: Participation in EU elections and the case for compulsory voting*, CEPS Working document No. 317/July 2009, Table 1.

⁵⁰ <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/en/in-the-past/previous-elections> (04. април 2022.)

⁵¹ Sergey N. Volkov, The Results of the Presidential Elections in Egypt in 2018 and of the Constitutional Referendum in 2019, *Africana Studia, International Journal of African Studies*, 2019/31, 47.

⁵² Више о томе: Gosain, Vani Vidushi. Enforcement of Compulsory Voting in India, *Supremo Amicus*, 25, 2021, p. [600]-[607].

⁵³ M. A. Griffith-Traversy, 84.

4. ЗАКЉУЧАК

Право гласа, као једно од најзначајнијих политичких права, има своју моралну и правну димензију. Ове две димензије, посматране у целини, дају одговор на питање какав је стваран квалитет односа бирача и политичке елите у датом друштву. Позадину тог односа чине јасна „правила (политичке) игре“ (како у предизборном тако и у постизборном периоду) као и развијена уставна култура, који се повезано препознају као амбијент унутар којег уставни систем може најпотпуније да се развија.

Резултати истраживања показују да је остваривање права гласа у најширем смислу заиста условљено достигнутим степеном уставне културе у датом друштву као и степеном остваривања политичких права уопште. Да проценат излазности бирача не мора нужно бити условљен правом прописаном обавезом гласања односно претњом изрицања санкције за њено невршење, јасно показују уставни системи држава у којима оваква обавеза постоји (или је донедавно постојала). У државама попут Белгије и Аустралије, излазност на изборима је стабилно висока упркос чињеници да се у дужем периоду не изричу санкције за кршење обавезе гласања. У Аустрији, у којој је донедавно постојала правом прописана обавеза гласања (додуше, асиметрично у односу на федералне јединице и врсту избора, председничких односно парламентарних), излазност на изборима је нешто нижа, али и даље прилично висока, што упућује на закључак да је висока излазност бирача задржана и након укидања обавезе гласања. Са друге стране, излазност у Египту је стабилно ниска иако постоји правом прописана обавеза гласања на изборима, што се свакако може објаснити одсуством примене закона којим се она (обавеза) уређује, ниским нивоом уставне културе као и крајње нестабилним политичким амбијентом у овој земљи.

Када је реч о моралној димензији права гласа и степену његовог остваривања, резултати истраживања такође потврђују претпоставку да се уздржавање од коришћења права гласа једнако може оправдати као и његово активно коришћење, али само уколико је оно плод свесног и конструктивног приступа према политичким опцијама које се у датом тренутку нуде. Другим речима, апстиненција бирача мотивисана недостатком одговарајућег квалитета изборних могућности у извесном смислу охрабрује динамику развоја уставог и политичког система у целини. Она је показатељ да повезивање устава и уставне стварности у датом тренутку тражи свежију и суптилнију линију размишљања и деловања коју политичка елита треба да испрати. Ипак, забрињавајући ниво апстиненције бирача чак и у државама са дубоко укореном демократском културом опомиње да мотиви овакве појаве могу бити посве различити. У том смислу, морални аспект права гласа, који са једне страна наглашава важност партиципације на изборима

као предуслов постојања одговорне и смењиве власти, а са друге, оправданост апстиненције бирача као облика њиховог прећутног изјашњења, питање је које треба дубље истражити.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Литература и електронски извори

- Sarah Birch, *Full Participation: A Comparative Study of Compulsory Voting*, Manchester University Press 2008.
- Michèle Finck, Towards an Ever Closer Union Between Residents and Citizens? On the Possible Extension of Voting Rights to Foreign Residents in Luxembourg, *European Constitutional Law Review*, 11 (1), 2015, 78-98.
- Stefanie Gaebler, Niklas Potrafke, Felix Roesel, Compulsory voting and political participation: Empirical evidence from Austria, *Regional Science and Urban Economics*, Volume 81, 2020, 1-11. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0166046219302145?via%3Dihub> (22. јун 2022.)
- Mary Anne Griffith-Traversy, *Democracy, Parliament and Electoral Systems*, Pluto Press, 2002.
- Lisa Hill, Does compulsory voting violates a right not to vote? *Australian Journal of Political Science*, Vol. 50, No. 1, 2015, 61-72.
- Mitchell Hoffman, Gianmarco León, María Lombardi, Compulsory voting, turnout, and government spending: Evidence from Austria, *Journal of Public Economics*, 145/2017, 103-115.
- Marcelo Jenny, Austria: Political Developments and Data in 2019. *European Journal of Political Research Political Data Yearbook*, 59: 19-33, 2020, table 1, table 2. <https://ejpr.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/2047-8852.12298> (22. јун 2022.)
- Ханс Келзен, *О суштини и вредности демократије*, ЈП Службени гласник, Београд, 2005.
- Arend Lajphart, *Modeli demokratije: oblici i učinak vlade u trideset šest zemalja*, Službeni list SCG, Beograd (CID, Podgorica) 2003.
- Arend Lijphart, *The problem of low and unequal voter turnout – and what we can do about it* (Reihe Politikwissenschaft / Institut für Höhere Studien, Abt. Politikwissenschaft, 54). Wien: Institut für Höhere Studien (IHS), Wien, 1998. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-246720> (04. април 2022.)
- Heather Lardy, Is there a Right not to Vote? *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 24, No. 2, 2004, 303-322.
- Anthoula Malkopoulou, *Lost Voters: Participation in EU elections and the case for compulsory voting*, CEPS Working document No. 317/July 2009.
- Танасије Маринковић, Расправа о праву на слободне изборе, Београд 2019.
- Milan Matić, Izbori, u: *Enciklopedija političke kulture*, Beograd 1993, 440-450.
- Milan Matić, Građanin, u: *Enciklopedija političke kulture*, Beograd 1993, 345-351.
- Hanne Marthe Narud, Henry Valen, Decline of electoral turnout: The case of Norway, *European Journal of Political Research*, 29/1996, 235-256.

- Маја Насић, Уставни принципи изборног система, *Српска јолићичка мисао – посебно издање*, 2017, 127-142.
- Simon Otjes & Gerrit Voerman, The Netherlands: Political Developments and Data in 2021. A Year without Government. *European Journal of Political Research Political Data Yearbook*, 2022. <https://ejpr.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/2047-8852.12351> (22. јун 2022.)
- Маријана Пајванчић, *Изборно право – друго измењено и допуњено издање*, Нови Сад 2008.
- Anna Paczeniak, Compulsory Voting as the Solution to Low Electoral Turnout – The Treatment Worse than the Disease? *Bialstockie Studia Prawnicze*, vol. 20, no. A, 2016, 25-36.
- Emilia Palonen, Finland: Political Developments and Data in 2019. *European Journal of Political Research Political Data Yearbook*, 59: 130-141, 2020, table 1, table 2. <https://ejpr.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/2047-8852.12297> (22. јун 2022.)
- William A. Robson, Compulsory Voting, *Political Science Quarterly*, vol. 38, no. 4, 1923, 569-577.
- Leo Schelbert, *Historical Dictionary of Switzerland*, Second edition, Rowman & Littlefield Publishers, 2014.
- Victoria Shineman, Isolating the effect of compulsory voting laws on political sophistication: Leveraging intra-national variation in mandatory voting laws between the Austrian Provinces, *Electoral studies*, 71/2021, 3. Доступно на: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S026137942030144X> (22. јун 2022.)
- Војислав Становчић, *Моћ и легитимност*, ЈП Службени гласник, Београд 2006.
- Zoran Stoiljković, Apolitičnost, у: *Enciklopedija političke kulture*, Београд 1993, 33-36.
- Радмила Васић, Демократија и парламентаризам, у Зборнику радова: *О демократији*, ЈП Службени гласник, Београд, 2005.
- Gosain, Vani Vidushi. Enforcement of Compulsory Voting in India, *Supremo Amicus*, 25, 2021, p. [600]-[607].
- Sergey N. Volkov, The Results of the Presidential Elections in Egypt in 2018 and of the Constitutional Referendum in 2019, *Africana Studia, International Journal of African Studies*, 2019/31, 45-53.
<https://www.idea.int/data-tools/data/voter-turnout/compulsory-voting> (04. април 2022.)
<https://www.idea.int/data-tools/data/voter-turnout/compulsory-voting> (04. април 2022.)
<https://www.val.se/valresultat.html> (16. април 2022.)
<https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/en/in-the-past/previous-elections> (04. април 2022.)

Slobodan P. Orlović
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Orlovic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9172-1254

Nataša N. Rajić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
N.Rajic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-3883-9245

Voting Right as Legal and Ethical Category

Abstract: *Voting right is a subjective public right and belongs to the group of a basic political rights. It could be considered as a legal as well as an ethical category. These two aspects are not completely separable and they are closely connected to a constitutional culture level of a concrete society. Thereof, a high percentage of electoral turnout could not be exclusively a consequence of compulsory voting as well as sanction which follow the violation of this obligation. A lower percentage of electoral turnout could also have a positive impact on dynamic of relationship between citizen – government, if it represents a constructive expression toward a political elite and its crucial decisions.*

Keywords: *voting right, compulsory voting, constitutional culture, political participation, electoral turnout*

Датум пријема рада: 24.06.2022.

Датум прихватања рада: 22.09.2022.

Бојан Л. Пајтић

Универзитет у Новом Саду

Правни факултет у Новом Саду

B.Pajtic@pf.uns.ac.rs

ORCID ID: 0000-0001-7760-1873

НАСРТЉИВА ПОСЛОВНА ПРАКСА У СРПСКОМ И ЕВРОПСКОМ ПРАВУ И ПРАВНОЈ ПРАКСИ*

Сажетак: Свако понашање пољовца које је, по својој природи, узнемиравајуће, које укључује принуду (чак и физичку) или недозвољени утицај, нарушавајући слободу избора пољовца, наводећи га да донесе економску одлуку коју не би донео – сматра се насртљивом, односно, агресивном пословном праксом. Пре доношења европске Директиве о неопозитивној пословној пракси 2005 године, у Европи је у овој области владао правни партикуларизам, а склапање уговора уз понашање пољовца које се може сматрати насртљивим, постојало је, пошто искључиво, под одредбе грађанскоправних прописа. Након усвајања поменутих Директиве долази до такозване максималне хармонизације, која резултира директним преузимањем њених одредаба у позитивне правне прописе држава чланица и држава кандидата за чланство у ЕУ. На овај начин је постојеће и српски законодавац у свим законима о заштити пољовца од 2010. године. У овом раду извршена је анализа европског нормативног оквира, као и упоредноправна анализа више правних система, као и судске праксе у њиховим оквирима. Посебан акценат стављен је на српско право. Аутор је у писању чланка мотивисала како околности да на ову конкретну тему постоје да и нема радова у домаћој правној доктрини, иако и постоје да се дају одговори на нека питања која консеквенцију произлазе из постојећег листом унисонних одредаба о насртљивој пословној пракси у европским правним системима, у којима је пословна пракса често веома различита. Неке од поменутих недоумица односе се на дилему да ли се забрањена насртљива пословна пракса постојеће и на такозване „business – to – business“ односе, што није иначе није карактеристично за Директиву, која истиче,

* Чланак је настао као резултат рада на научноистраживачком пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ Правног факултета Универзитета у Новом Саду у 2021. години.

пре свега, *пошрошача* који се не бави професионално привредом, односно *прџвином*, *ће* не *поседује* искуство какво има *прџовац*, *ниш* се од њега очекује онај *стандард* *пажње* који се очекује од лица које *прџаје* *прџизвод* или *прџужа* *услугу*. Пошом, *посиавља* се и *пипање* да ли одредбе о забрани *насрћљивој* *посиуања* у комерцијалним односима *щипије* и економске *инијере* се савесних *прџузећа* која се *прџдржавају* *прџииса*, у односу на конкуренције који их не *пошипују*, или је искључиви објект *защипије* – *пошрошач*? Поједине дилеме односе се на двојбу да ли се забрана *апресивне* *пословне* *праксе* *према* *пошрошачима* односи и на *јавноправне* *енишпипије* *чија* *делатност* (или једна од *делатности*) *подразумева* *прџају* или *прџужање* *услуга*, *дакле*, на субјекте *чији* је оснивач држава, као и на *недоумицу* да ли *посиџи* *омер* *узнемиравања* које се има *смапрати* „*убичајеним*“, с обзиром на добре *пословне* *обичаје*? *Неизбежна* је и *уипаност* *над* *околностиу* *защипи* у овој *области* има изразито мало српске судске *праксе* – да ли је *разло* *по щипи* је у *нашој* *земљи* *ниво* *защипије* *пошрошача* *подипнуи* на *полико* *високу* *лествицу*, да не *посиџи* *пошреба* за *прџећавањем* *механизмима* *защипије* *дефинисаним* *поменутиим* *правним* *прџиисом*, али и *Законом* о *облиаационим* *односима*, или је у *пипању* *нешипи* *друџо*? С обзиром на *идентичност* *текста* *Директивне* и *наше* *Закона* о *пошрошачима* у *делу* који се односи на *насрћљиву* *пословну* *праксу*, *разјашњавање* *недоумица* о којима је *реч* *значајно* је за *разумевање* *оба* *правна* *прџииса*.

Кључне речи: *апресивна* *пословна* *пракса*, *Директива* о *непошипеној* *пословној* *пракси*, *Закон* о *защипији* *пошрошача*.

ЗНАЧАЈ И ДОМЕТИ ЕВРОПСКЕ ДИРЕКТИВЕ О НЕПОШТЕНОЈ ПОСЛОВНОЈ ПРАКСИ

Пре доношење европске Директиве о непоштеној пословној пракси¹, интервенције европских институција су, у овој области, биле ограничене како у обиму, тако и у домету, да би временом њихова улога и утицај расли. Римским уговорима из 1957.² заштита потрошача није била дефинисана као један од циљева ЕЕЗ. Тек је 1973. године био конституисан Потрошачки консултативни комитет, који је касније реформатиран и преименован у Потрошачки консултативни савет. До доношења Директиве из 2005, једини правни пропис на нивоу ЕУ који је, барем делимично, покривао област непоштене пословне праксе, била је Директива о обмањујућем и упоредном

¹ Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005

² <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/en/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/treaty-of-rome>

оглашавању, број 84/450 од 10. септембра 1984³, која се није противила праву држава чланица да задрже или усвоје мере које би гарантовале ширу заштиту потрошача, него што је то предвиђено наведеном Директивом. Овакво решење је проузроковало правни партикуларизам на нивоу Уније, што је резултирало у нарушавању конкуренције између компанија из различитих земаља чланица и ометању нормалног функционисања међународног тржишта. Диспаритети између закона повећали су трошкове компанија које су се ангажовале у области маркетинга, спроводиле рекламне кампање или вршиле прекограничне пословне промоције. Из правне дисхармоније произлазило је и ризик правне несигурности за потрошаче, који су, без поуздане спознаје о садржају и размери њихових права у недомицилној држави чланици, врло често презали од прекограничног промета.

Европска комисија је 2001. године издала тзв. Зелену књигу Европске уније за заштиту потрошача⁴ која је имала за циљ, с једне стране, да спроведе опсежну јавну консултацију о могућим правцима регулисања заштите потрошача у Европској унији, а са друге стране, њена интенција је била и испитивање релевантног, али дивергентног законодавства држава чланица у погледу комерцијалне праксе.⁵ Зелена књига истиче две опције у погледу регулације: такозвани специфични приступ и мешовити приступ.⁶ Значај два приступа огледа се у чињеници да географски региони у којима се примењују ограничења на прекограничну трговину између предузећа и потрошача захтевају још знатно виши степен регулаторне хармонизације правила о комерцијалним праксама између предузећа и потрошача, како би се унутрашње тржиште Европске уније заокружило на потпуно оперативан начин. Суштина специфичног приступа огледа се у идеји да се кроз низ директива постигне хармонизација правних система држава чланица. Насупрот томе, мешовити приступ претпостављао је креирање свеобухватне оквирне директиве, допуњен посебним директивама у областима у којима је то неопходно, чиме би се обезбедила кохерентност система заштите потрошача.

У намери да елиминише препреке које су оптерећивале слободу прекограничног пословања, Европска Комисија је донела одуку да усвоји униформна правила која би гарантовала висок и уједначен степен заштите по-

³ Council Directive 84/450/EEC of 10 September 1984 relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning misleading advertising

⁴ Green Paper on European Union Consumer Protection (2.10.2001), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A52001DC0531>

⁵ Stepen Weatherhill – Ulf Bernitz: The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29 – New Rules and New Techniques. Oregon, Oxford and Portland, 2007, 43.

⁶ Више о овоме код: Hugh Collins: The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices. Kluwer Law International B.V., 2004. 48.

трошача с једне, али и одговарајући ниво правне сигурности за пословну заједницу с друге стране. Донета је одлука о доношењу Директиве о непоштеној пословној пракси, којом се уклањањају дотадашње препреке у међународном правном промету узроковане неуједначеношћу правних система држава чланица, а постиже се и приближавање националних законодавстава у овој области. У ту сврху, директива примењује такозвани принцип максималне хармонизације, утемељен чланом 4. Директиве, насловљеним „Унутрашње тржиште“, у коме се наводи да: „државе чланице не ограничавају слободу пружања услуга ни слободно кретање робе због разлога у оквиру подручја које се усклађује овом Директивом“. Ово, практично, значи да државе чланице не могу успоставити строжа правила о непоштеној пракси од оних прописаних Директивом о непоштеној пословној пракси.⁷ То није могуће чак ни уколико бу рестриктивније мере могле да обезбеде виши степен заштите потрошача.⁸ Истини за вољу, Директива оставља изврстан простор за одступање од максималне хармонизације у тачки 18 преамбуле, препуштајући судовима држава чланица да, у случају спора, пођу од „мерила просечног потрошача који је у разумној мери обавештен, пажљив и опрезан, узимајући у обзир социјалне, културне и језичке чиниоце.“ Одређена пословна пракса, практично, може бити забрањена из разлога морала и пристојности, чак и ако такво понашање не нарушава слободу избора потрошача. Разлог та то је што су одређене пословне праксе, као што је, примера ради, приближавање људима на улици у сврху продаје одређеног производа, из културолошких разлога непожељне у неким државама чланицама.⁹

Према члану 2. Директиве, под пословном праксом се подразумева: „свака радња, изостављање, ток поступања или заступања, тржишно комуницирање укључујући оглашавање и стављање производа на тржиште које изврши трговац, а у непосредној је вези са промоцијом, продајом или прибављањем производа од стране потрошача.“ Члан 5 директиве даље прецизира да се под непоштеном пословном праксом подразумева она која је у супротности са захтевима професионалне пажње, односно она која битно нарушава или је вероватно да ће нарушити тржишно понашање просечног потрошача до којег допире односно којем је намењена, у односу на производ, односно, тржишно понашање просечног члана групе, ако је пословна пракса усмерена према одређеној групи потрошача. Забрана непоштеног поступања према потрошачима односи се како на време пре закључења уговора, тако и на поступак закључивања, закључно са временским периодом након ступања у уговорни

⁷ Више о овоме код: Geraint Howells, Hans W. Micklitz, Thomas Wilhelmsson: *European Fair Trading Law – The Unfair Commercial Practices Directive*. New York, Routledge, 2016. 21.

⁸ Опширније: Vogel Louis, Vogel Joseph: *French consumer law*, LawLex/Bruylant 2020, стр. 225.

⁹ Видети код: Tobias Lettl : *Wettbewerbsrecht*, 3. Auflage, C.H.Beck, 2016, стр. 11

однос.¹⁰ Директива успоставља такозвани тростепени концепт неправедности. Први ниво односи се на „per se“ забране које одређена понашања квалификују као забрањена безрезервно и у свим околностима. Оне су дефинисане посебним каталогом. Други ниво односи се на обмањивање, агресивност и друга непримерена понашања трговаца, док се трећи ниво односи на неправедност у смислу опште клаузуле.¹¹ Прописивање обима и врсте казни за трговце који упражњавају непоштenu пословну праксу препуштено је државама чланицама, које су, по правилу, санкције опредељивале унутар оних прописа у којима су адоптирале темељне одредбе Директиве. Према другом ставу члана 3 првог поглавља, Директива се не односи на уговорно право и недвосмислено негира своје важење у односу на правила о ваљаности, склапању и дејству уговора. Према ставу Суда правде ЕУ, поједине норме Директиве се, ипак, узимају у обзир приликом процене да ли је нека одредба уговора неправична, а правни посао апсолутно ништав. То се, пре свега, односи на ситуације у којима поступци трговца могу бити подведени под дефиницију непоштене пословне праксе. Наиме, у поступцима пред националним судовима, при процени да ли је одређена уговорна одредба неправична по мерилу Директиве о неправичним одредбама у потрошачким уговорима, судови ће, у зависности од околности случаја, ценити да ли се поступци трговца могу сматрати обмањујућим по правилима Директиве о непоштеној пословној пракси.¹²

Према Грасију, главни циљеви Директиве могу се поделити у четири стуба: 1. унапређење трговине кроз претакање у правни пропис Европске уније оних праведних трговинских пракси које су познате у земљама чланицама; 2. хармонизација законодавства држава чланица ЕУ, посебно оних који се односе на оглашавање и маркетинг; 3. обезбеђивање вишег нивоа заштите потрошача у односима између предузећа која продају производе или пружају услуге и потрошача (business to consumer); 4. издавање смерница за понашање у контексту фер трговинске праксе.¹³ Дакле, овај либерално устројени пропис настоји да заштити потрошаче од могућности да буду заведени или изложени агресивном маркетингу, као и да обезбеди да свака понуда трговаца и пружалаца услуга у Европској унији буде јасна, тачна и оправдана, како би се боље потрошачи информисали и имали могућност слободног избора, чиме се штите њихови економски интереси.¹⁴ Директивом се,

¹⁰ Опширније: Марија Караникић Мирић, „Забрана непоштене пословне праксе“, Ђорђе Игњатовић (ур.), Казнена реакција у Србији, VII део, Београд, 2017, стр. 157

¹¹ Видети код: Tobias Lettl : Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, C.H.Beck, 2016, стр. 10 и 11

¹² Више о овоме код: Марија Караникић Мирић, „Забрана непоштене пословне праксе“, Ђорђе Игњатовић (ур.), Казнена реакција у Србији, VII део, Београд, 2017, стр. 157

¹³ Видети код: Gill Grassie: EU Directive on unfair commercial practices – a UK perspective. Journal of Intellectual Property Law & Practice, 1. (2005), 2. 107-112.

¹⁴ Опширније о овоме видети код: Berrebi Jacob, „Commentaire de la directive du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales“, RLDC 2005/19, no 765.

поред економских интереса, штити и здравље потрошача. Када говоре о томе, теоретичари реферишу на члан 17 Прилога I Директиве, у коме се обмањујућом пословном праксом сматра „лажна тврдња да производ омогућује излечење болести, дисфункционалности или малформација.“ Ова одредба је нашла своје место у овом правном пропису из врло једноставног разлога – особа чије је здравље угрожено или која пати од одређеног степена инвалидитета, по правилу, неће показати исти ниво рационалног просуђивања у односу на понуђени производ, у поређењу са просечним потрошачем који не пати од сличних здравствених тегоба.¹⁵

Иако Директива не обухвата такозване B2B (business to business) односе, могло би се рећи да, ипак, забраном непоштеног понашања на тржишту и прописивањем обавезе државама чланицама да такво поступање санкционишу, индиректно штитити економске интересе савесних предузећа која се придржавају прописа у односу на конкуренте који их не поштују. Будући да потоњи бивају кажњени, тиме се успоставља прометна равнотежа и ствара контекст за фер конкуренцију, под условом да санкције остваре своју одвраћајућу функцију. Међутим, када фокус ставимо на правне послове и трансакције између професионалних трговаца, поменута Директива такве ситуације „не покрива“. Њен домет се завршава на релацији B2C (business to consumer). Европска Комисија је 2013. спровела својеврсно анкетирање земаља чланица у односу на идеју да се, у складу са принципом супсидијарности, домет Директиве протегне и на односе између трговаца. Међутим, само четири земље чланице су се zaloжиле та такав приступ (Аустрија, Шведска у потпуности и Немачка Француска – делимично), тако да је овај пропис, пре свега, остао концентрисан на заштиту потрошача. Овако рестриктивно димензионирање заштићених субјеката наилазитло је на критику у теорији, с обзиром да обмањујућа пословна пракса, као један од видова забрањене комерцијалне праксе не угрожава само потенцијалне купце или прибавиоце услуга. Уколико би, примера ради, један трговац, уклањањем рекламних постера свог конкурента, довео у заблуду да конкуренција, када је у питању конкретна понуда и не постоји, тешко да би се могло говорити да обмањујући поступци негативно утичу само на потрошача. Дефинитивно је угрожен и други учесник у тржишној утакмици.¹⁶ Професионалци су остали делимично заштићени другим прописима ЕУ: Директивом бр. 2006/114 од 12 децембра 2006 о обмањујућем и упоредном оглашавању и Директивом бр. 2019/633 од 17 априла 2019 о непоштеној трговачкој пракси у пољопривреди и ланцу снабдевања прехранбеним производима.¹⁷

¹⁵ Погледати код: Hélène Aubry, *Pratiques commerciales interdites*, „Droit de la consommation“ (sous la direction de Dominique Fenouillet), Dalloz Action, 2020, стр. 270

¹⁶ Tobias Lettl : *Wettbewerbsrecht*, 3. Auflage, C.H.Beck, 2016, стр. 22

¹⁷ Vogel&Vogel, стр. 226

Међутим, упркос томе што је доношењем Директиве из 2005. направљен велики корак напред, хармонизација европских правних система у области заштите потрошача од непоштене пословне праксе тиме није завршена. Она је у пуном смислу могла бити постигнута тек доношењем Упутства из 2009¹⁸ чија је функција била имплементација и примента Директиве. И сама Директива је била мењана и допуњавана Директивом 2019/2161 од 27. новембра 2019¹⁹, чији је циљ био боља имплементација и модернизација европских правила о заштити потрошача.

ПОЈАМ И ОБЛИЦИ НАСРТЉИВЕ (АГРЕСИВНЕ) ПОСЛОВНЕ ПРАКСЕ ПРЕМА ЕВРОПСКОЈ ДИРЕКТИВИ О НЕПОШТЕНОЈ ПОСЛОВНОЈ ПРАКСИ

Агресивна (насртљива) пословна пракса сматра се једним од облика непоштене пословне праксе. Напомињем да су термини „насртљива“ и „агресивна“ синоними (енглески термин „aggressive commercial practices“ у нашем Закону о заштити потрошача преведен је као „насртљива пословна пракса“) и да ће у том контексту бити коришћени у овом раду. Према члану 8. другог поглавља Директиве о непоштеној пословној пракси²⁰, насртљивим се сматра оно понашање у комерцијалним односима које „у датом чињеничном оквиру, узимајући у обзир сва његова обележја и околности, узнемиравањем, присилом (укључујући употребу физичке силе) те недопуштеним утицајем знатно нарушава или је вероватно да ће нарушити слободу избора просечног потрошача, односно његово поступање у вези с производом, те га на тај начин наводи или је вероватно да ће га навести на доношење одлуке о трансакцији коју иначе не би обавио.“ Наредни члан Директиве, насловљен као „Примена узнемиравања, присиле и недопуштеног утицаја“ регулисао је које околности треба узети у обзир при оцени да ли је у пословној пракси дошло до узнемиравања, присиле (укључујући употребу физичке силе), или недопуштеног утицаја. При оцени ових околности узимају се у обзир: „њихова временска димензија, место, природа односно трајање; употреба претећег или погрдног језика или понашања; случај када трговац искоришћава

¹⁸ Guidance of 3 December 2009 on the implementation and application of Directive NO 2005/29/EC on unfair commercial practices, SEC (2009) 1666 updated and replaced by the Guidance of 25 May 2016, SWD (2016) 163 final.

¹⁹ Directive No 2019/2161 of 27 November 2019 amending Council Directive 93/13 EEC and Directives 98/6 EC, 2005/29 EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernization of Union consumer protection rules, OJEU L 328 of 18 December 2019.

²⁰ Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005

конкретну несрећу или околности такве тежине које нарушавају потрошачево расуђивање, чега је трговац свестан, како би угицао на потрошачеву одлуку везану за производ; све тешке или несразмерне неуговорне препреке које трговац уводи у случају када потрошач жели искористити права према уговору, укључујући права на раскид уговора или прелазак на други производ односно другог трговца; свака претња предузимањем радње која се не може законски предузети.“ Теорија заузима став да чак и случајеви претње или притиска мањег интензитета могу бити довољни да представљају насртљиву комерцијалну праксу, ако су подједнако подобни да наведу потрошача на такву нежељену економску, односно пословну одлуку.²¹ При оцени подобности да се неки поступак окарактерише као агресивна комерцијална пракса, тероричари заузимају, пре свега, субјективан, а не објективан приступ, узимајући у обзир, у највећој мери, мотиве потрошача приликом прибављања одређеног производа или услуге.

У Прилогу I европске Директиве о непоштеној пословној пракси наведени су и облици понашања који се сматрају супротним забрани насртљиве пословне праксе, који се називају и „црном листом агресивних пословних пракси“. Таквим поступцима се сматра: стварање утиска да потрошач не може напустити просторије док се не склопи уговор; спровођење личних посета дому потрошача игноришући захтев потрошача да продавци оду и да се не врате; упорно и нежељено тражење путем телефона, факса, е-поште или другог удаљеног медија или еквивалентног средства комуникације, осим у околностима и у мери која је оправдана ради извршења уговорне обавезе; захтевање од лица које тражи полису осигурања да приложи документе који се разумно не могу сматрати релевантним у погледу тога да ли је захтев валидан или неуспешан, као и систематско неодговарање на релевантни писмени захтев потрошача у циљу одвраћања потрошача од остваривања својих уговорних права; укључивање у оглас директног подстицања деце да купују рекламиране производе или да убеди своје родитеље или друге одрасле особе да за њих купе рекламиране производе; захтевање тренутног или одложеног плаћања за робу испоручену или обезбеђену од стране предузећа, или захтевање враћања или задржавања робе ако је није наручио потрошач (нетражена продаја, која се у Директиви назива „inertia selling“, какву често сусрећемо у области комуникација, када оператори продају СИМ картице на којим су претходно већ програмирани одређени сервиси, као што су претраживачи интернета или говорна пошта, без претходне сагласности и знања конзумента)²², осим ако је роба у складу са уговором; експлицитно обавештавање потрошача да ће му, ако не купи производ или

²¹ Pázmándi Kinga, Balogh Virág, Kaszainé Mezey Katalin, Zavodnyik József: Magyar fogyasztóvédelmi és reklámjog. Budapest, HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft., 2010, 175.

²² Vogel & Vogel, стр. 247.

услугу, посао или средства за живот бити угрожени; као и стварање лажног утиска да је потрошач већ освојио, или да ће освојити награду (провизију или други еквивалент) извођењем одређеног чина, када у ствари не постоји таква награда, а притом валидација или коришћење „награде“ подлеже плаћању одређеног износа или плаћању трошкова.

Напомињемо да упражњавање насртљиве пословне праксе подразумева вршење притиска на потрошача, али не значи нужно да ће га то навести на изврши неку куповину или наруџбину од професионалца.²³ Потом, уколико већ до склапања правног посла дође, оно што разликује уговоре који су закључени као последица насртљивог поступања од сличних института, као што су зеленашки уговори,²⁴ је то што несавесна страна злоупотребљава стање нужде или тешко материјално стање другог, његово недовољно искуство, лакомисленост или зависност, да би наметнула клаузуле које су за њу несразмерно погодне, док жртва насртљиве пословне праксе уопште не мора нужно бити рањива, у изнудици, зависна, лакомислена и не мора патити од емпиријског дефицита. Она може закључити уговор и само зато да би отклонила насртљиво понашање трговца од себе (учестало нежељено посећивање конзумента, упорно контактирање путем различитих средстава комуникације против воље потрошача, подстицање деце да врше притисак на себи блиска пунолетна лица да купе одређени производ и слично). С обзиром на дефицит слободне воље приликом склапања контракта и несависност једне од страна, судбина таквих правних послова ће бити иста – апсолутна ништавост.

Будући да Директива има обавезујући карактер, земље чланице ЕУ су, практично листом, дословно преузимале из овог правног прописа одредбе које се односе на насртљиву комерцијалну праксу.

У пракси често наилазимо на питање да ли се одредбе директиве односе само на приватноправне ентитете, или се оне, у зависности од њихове делатности, могу примењивати и на она правна лица којима је оснивач држава. Суд правде Европске уније у више наврата је стао на становиште да се забрана агресивне пословне праксе према потрошачима односи и на јавноправне ентитете чија делатност подразумева продају или пружање услуга. Тако је, у пресуди²⁵ из 2013. суд заузео став да је понашање државног Фонда за здравствено осигурање, на чијој интернет страници је 2008. године обја-

²³ Vogel&Vogel, стр. 403.

²⁴ Закон о облигационим односима, „Службени лист СФРЈ”, бр. 29 од 26. маја 1978, 39 од 28. јула 1985, 45 од 28. јула 1989 – УСЈ, 57 од 29. септембра 1989, „Службени лист СРЈ”, број 31 од 18. јуна 1993, „Службени гласник РС”, број 18 од 3. марта 2020, члан 141.

²⁵ Court of Justice of the European Union, Judgment in Case C-59/12 BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts v Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV, Luxembourg, 3 October 2013

вљено да ће осигураници претрпети финансијске губитке уколико раскину уговор са овом институцијом и закључе уговор о здравственом осигурању са неким другим (приватним) фондом, ризиковати да претрпе финансијске губитке – дефинисано као супротно одредбама европске Директиве. Посебно се то односи на забрану експлицитног обавештавања потрошача да ће му, ако не купи производ или услугу, посао или средства за живот бити угроже-ни. Према оцени суда, упркос јавном статусу Фонда за здравствено осигурање и задатку од јавног интереса, такво тело се мора сматрати „трговцем“.

У ери глобализације, пре свега у области комуникација, једна пресуда Суда ЕУ привлачи посебну пажњу, јер се односи на један од примера насртљиве пословне праксе са „црне листе“ који је иманентан степену глобалног технолошког развоја. Ради се о одлуци која се односи на такозвану „нежељену продају“, односно на захтев потрошачу да плати, врати или чува производ чију испоруку није тражио.²⁶ Суд ЕУ се бавио оваквом праксом („inertia selling“), поводом тужби поднетих против италијанских телекомуникационих компанија „Wind Tre“ и „Vodafone Italia Spa“.²⁷ У наведеном случају се радило од СИМ картицама у које су унапред инсталиране и претходно активиране услуге телекомуникационе компаније које су се односиле на претраживање интернета и говорну пошту, а накнаде за коришћење тих услуга су се наплаћивале корисницима чак иако они то нису изричито тражили, нити су о њима били обавештени. Услуга претраживања могла је чак довести и до тога да се сам уређај може повезати на интернет без знања корисника, зато што се радило о такозваној „увек укљученој“ апликацији. Према пресуди суда, оваква пословна пракса је насртљива, јер потрошачима нису биле пружене јасне и одговарајуће информације на основу којих би могли до-нети одлуку о избору услуге какву желе. Компанија им је пружила ненару-чене услуге, чију цену су купци плаћали, иако о томе нису имали свест.

НАСРТЉИВА ПОСЛОВНА ПРАКСА У УПОРЕДНИМ ПРАВНИМ СИСТЕМИМА И ПРАВНОЈ И ПОСЛОВНОЈ ПРАКСИ

– Насртљива пословна пракса у аустријском праву

Упоредноправну анализу почињемо са нагласком на аустријском праву и правној пракси, који су претходили Директиви, који су својом консеквент-

²⁶ Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 – concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market, Прилог 1 (Пословна пракса која се у свим околностима сматра непоштеном), члан 29

²⁷ Court of Justice of the European Union, Judgment in Joined Cases C-54/17, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (‘AGCM’) v Wind Tre SpA* and C-55/17, *AGCM v Vodafone Italia Spa*, Luxembourg, 13 September 2018

ношћу и видовима понашања који су забрањени због насртљивости у појединим сегментима квалитативно надмашили и саму Директиву. Може се рећи да су Аустријски савезни закон против нелојалне конкуренције²⁸ и на основу њега настала судска пракса, у односу на европску Директиву, на детаљнији и прецизнији начин испунили своју мисију и представљали један од узора за њено уобличавање. У одељку 1, параграф 1 овог прописа забрањује се употреба узнемиравања, принуде и неприкладног утицаја у пословној пракси. Енумеративном методом наведена је и листа оних поступака у пословној пракси који се у сваком случају сматрају агресивним. Наведени параграф напомиње и да се ради се поступцима који значајно нарушавају слободу одлучивања или понашања учесника на тржишту у вези са производом, при чему га подстичу да донесе пословну одлуку коју иначе не би донео. Законом се установљава и да је, за утврђивање да ли је дошло до агресивне трговачке праксе (што са собом носи апсолутну ништавост уговора закључених у таквим околностима), неопходно узети у обзир време, место, тип или трајање таквог понашања, као и процену да ли је предузетник, понашајући се несавесно, искористио конкретне несрећне ситуације или околности друге стране да би утицао на њену одлуку у односу на конкретан производ или услугу. Квалификацију агресивне (насртљиве) пословне праксе, са собом носе и тешке или несразмерне вануговорне препреке којима трговац покушава да спречи потрошача да оствари своја права из уговора, посебно право да раскине уговор или да пређе на други производ или посао, као и претње незаконитим радњама.

У аустријској правној пракси термин „принуда“ не подразумева само употребу физичке силе. Под поменути забрану потпада и психичка принуда. Незаконитом се сматра иона пословна пракса којом се установљава „емоционална обавеза куповине“. Поклони могу створити такву обавезу уколико купац осећа обавезу да уђе у продавницу и купи неки производ да би избегао непријату ситуацију. Врховни суда Аустрије заузео је став да се насртљивом пословном праксом сматра ситуација у којој је истакнута понуда промотивног поклона у виду дванаест боца пива уколико купац мора да прође поред касе и исплати депозит за поменуте флаше. Просечан купац ће, према становишту суда, вођен разлозима елементарне учтивости, исплатити тај износ да би избегао непријатну ситуацију.²⁹ Према ставу суда, поклони који су учињени анонимно и који су изразито мале вредности, не стварају „емоционалну обавезу куповине“.

Исти суд сматра да и употреба „лаика“ у маркетиншке сврхе може бити насртљива. Оваква лица најчешће покушавају да продају производе члано-

²⁸ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWGStF: BGBl. Nr. 448/1984 (WV)

²⁹ Врховни суд Аустрије, 4 Ob 64/89 – Supermarkt-Gratisabgaben – MR 1995, 150.

вима породице и пријатељима. Наравно, сматраће се забрањеном само она пракса која ствара већ поменути „емоционалну обавезу куповине“. Таква обавеза се појављивала на такозваним „Tupperware“³⁰ забавама, на којима је практикован такозвани мулти – левел маркетинг. Домаћини таквих забава бивали су награђивани бесплатним производима ове компаније, у зависности од нивоа вредности предмета који су продати на том догађају. Суд је проценио да су гости на оваквим забавама, практично, привољени да купе неке од продуката, да би се на неки начин одужили домаћинима за труд и средства који су уложили у организацију оваквих догађања.³¹ Овакве забаве нису се сматрале насртљивом пословном праксом уколико куповина производа није била могућа на самом догађају и уколико је домаћин примао фиксну накнаду за организовање забаве.

Поменули смо да Аустријски савезни закон против нелојалне конкуренције³² у одељку 1, параграф 1 а забрањује употребу узнемиравања. Прикривени маркетинг, који подразумева рекламна писма која су писана у форми приватних писама – представља узнемиравање потрошача. Према члану 29 анекса поменутог закона, захтев упућен потрошачу у коме се захтева тренутно или одложено плаћање или враћање или чување производа које је трговац испоручио купцу, без изражене воље купца, сматра се противзаконитим. Такав статус имају и нежељене, али извршене услуге даваоца услуга. Узнемиравањем се, према члану 26 анекса сматра и упорно и нежељено наговарање купаца путем телефона, факса, е – поште или другог медија, са изузетком ситуација у којима је, ради спровођења уговорних обавеза, овакво понашање у складу са законом. Према ставу Аустријског врховног суда, под ову законску забрану треба подвести и у више наврата поновљено лепљење рекламних налепница на кућу без сагласности њеног власника.³³

Према члану 28 анекса Аустријског савезног закона против нелојалне конкуренције³⁴, агресивном, односно насртљивом пословном праксом сматра се и директно подстицање деце да купе производе који се рекламирају или да убеди родитеље или друге одрасле особе да им прибаве предмет на који се оглас односи. Аустријски врховни суд заузео је јасан став у познатој, такозваној „Pony club“ пресуди.³⁵ У овом случају, брошуре у којима се рекламирало чланство у такозваном „Пони клубу“ су се делиле испред основних школа. На предњој страни је била рекламирана „кутија изненађења“ за 4,95 евра. Унутар брошуре је била истакнута напомена да наручивање „кутије

³⁰ Tupperware је реномирана индустрија за производњу предмета за домаћинство

³¹ Врховни суд Аустрије, 4 Ob 314/65 – Tupperware – OBI 1965, 88

³² Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWGStF: BGBl. Nr. 448/1984 (WV)

³³ Врховни суд Аустрије, 4 Ob74/11 b – Aufkleber – ecolex 2012, 61.

³⁴ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWGStF: BGBl. Nr. 448/1984 (WV)

³⁵ Врховни суд Аустрије, 4 Ob 57/08 – Pony Club – ÖBI 2009, 39.

изненађења“ са собом носи и даљу испоруку производа у вредности од 19 евра месечно. На наруџбеници је била истакнута следећа инструкција: „Важно: производи неће бити испоручени без сагласности родитеља!“ Суд је стао на становиште да уручивањем брошуре није прекршена забрана из члана 28 анекса, зато што напомена да је за испоруку производа неопходан потпис родитеља искључује директну изнуду. Да су деца могла да обаве куповину директно, уручивање брошуре би представљало обмањујућу пословну праксу, зато што деца, по правилу, не би била свесна будућих финансијских обавеза. Родитељи, с друге стране, разумеју да ће будуће испоруке подразумевати и додатне финансијске издатке. Зато се овакво понашање, према ставу суда, не сматра обмањујућом пословном праксом. Међутим, у овом случају, подела брошура малолетној деци се сматра узнемиравањем родитеља, зато што се они суочавају са притиском деце да прибаве рекламирани производ. Родитељи који нису желели да купе овај производ били су приморани да сукобе своје ставове са жељом своје деце, која су била обманута о вредности производа, па напор родитеља да их објасне да је куповина непотребна превазилази њихове уобичајене васпитне и образовне дужности. Узевши све наведено у обзир, суд је пресудио да се дељење оваквих рекламних брошура сматра агресивном (насртљивом) пословном праксом.

Забране насртљиве пословне праксе у аустријском праву проналазимо и у неким другим правним прописима. Примера ради, у члану 174. Закона о телекомуникацијама³⁶ затичемо став да слање електронске поште (укључујући и смс) без претходне сагласности примаоца није дозвољено уколико се шаље у сврхе директног маркетинга. Исти члан поменутог закона забрањује и позиве у рекламне сврхе без претходне сагласности корисника. Уколико је сагласност и дата, може бити опозвана у сваком тренутку.

Поменули смо и да је Аустријски савезни закон против нелојалне конкуренције³⁷ у одељку 1, параграф 1 а забранио, између осталог, неприкладан утицај у пословној пракси. Под овим би се могло подвести коришћење (злоупотребе) ауторитета у маркетиншке сврхе, што је експлицитно забрањено. Сматра се да ауторитет над потрошачем има настаник који га образује, свештеник у чијој конгрегацији се налази, лекар који га лечи, или претпостављени на радном месту. Овакав вид насртљиве пословне праксе у ком трговац користи ауторитет трећег лица да би навео потрошача да донесе пословну одлуку није забрањен Директивом (нити другим европским правним прописима), а извесно је да наведено понашање без великих потешкоћа може бити подведено под агресивну пословну праксу. Неприкладним утицајем би

³⁶ Telekommunikationsgesetz 2021 – TKG 2021; KommAustria-Gesetz, Strafprozeßordnung u.a., Änderung (1043 d.B.)

³⁷ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWGStF: BGBl. Nr. 448/1984 (WV)

се сматрало и искоришћавање тешког положаја потрошача – егзистенцијална изнудица, страх, или саобраћајна незгода. Тако је, примера ради, изричито забрањено сервисима за вучу возила да пружи услуге вуче, без сагласности особе која је управо имала саобраћајни удес.

– Насртљива пословна пракса у француском праву

И у француском праву је упражњавање насртљиве пословне праксе према потрошачима изричито забрањено. Европска Директива о непоштеној пословној пракси³⁸ непосредно је имплементирана у национално право, доношењем Закона о потрошачима, како у делу који се односи на дефиницију насртљиве пословне праксе, тако и по питању околности које се морају ценити да би одређено понашање трговца било на овакав начин квалификовано.³⁹ Према ставу Генералног директората за политику конкуренције, потрошачка питања и спречавање превара, не може се сматрати насртљивом праксом уколико трговац упражњава „убичајено рекламно узнемиравање“. Међутим, Апелациони суд Провансе стао је на другачије становиште (одлучујући по жалби на решење Генералног директората), утврђујући својом пресудом да слање педесет писама у пет месеци којим се позивају потрошачи да узму учешће у две промотивне наградне игре и подстицање да изрше наруџбине представља насртљиву пословну праксу због „претераног понављања и упорне природе понашања“ трговца.⁴⁰

Напомињемо да је институт Генералног директората за политику конкуренције, потрошачка питања и спречавање превара институт специфичан за француско право. Основан је 1985. године, дакле, читаве две деценије пре доношења европске Директиве о непоштеној пословној пракси. Директорат, између осталог, уређује националне прописе за информисање потрошача о производима и услугама (правила о означавању, садржини производа, знаковима квалитета), штитећи тако потрошаче у процесу пре закључења уговора. Поред тога, ова институција надгледа праведност комерцијалних пракси и бори се против превара у правном промету. Овлашћена је да покреће иницира подношење тужби код Јавног тужиоца, али и да сама предузима мере заштите потрошача у случајевима различитих видова непоштене пословне праксе, па самим тим и насртљиве пословне праксе.⁴¹

Према француском Закону о потрошачима, слично као и у великом броју континенталних правних система, уговори који су закључени након

³⁸ Directive 2005/29/EC of the European Parliament

³⁹ Code de la consommation, 2005. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069565/2022-02-28/

⁴⁰ Cour d'appel D'Aix en Provence, 21 November 2018, Law Lex 201800001841

⁴¹ Више о овоме код: Stéphane Piédelièvre, *Droit de la consommation*, E.d. Economica, Paris, 2020, стр. 884 и 885.

упражњавања агресивне пословне праксе су апсолутно ништави.⁴² Ваља напоменути да се одредбе закона односе и на преговоре који претходе закључењу правног посла. Преговори у току којих је једна страна поступила тако што се понашала супротно одредбама закона које забрањују агресивну комерцијалну праксу, не производе никакву обавезу за другу страну. Консеквенце насртљиве пословне праксе се, међутим, не завршавају само на пољу грађанског права. Агресивна комерцијална пракса коју помињу параграфи Л. 121-6 и Л. 121-7 кажњава се казном затвора од две године и новчаном казном од 300.000 евра. Износ новчане казне може се повећати, сразмерно користи проистеклим из прекршаја, на 10% од просечног годишњег промета, израчунатог на основу последња три годишња промета позната на дан инкриминисаног догађаја.⁴³ У случају осуђујуће пресуде, суд може одлучити о начину саопштавања јавности целе одлуке, или њеног дела, уз обавезну изреку пресуде и разлоге за њено доношење.⁴⁴ Поред тога, појединци криви за дело кажњиво у члану Л. 132-11 добијају забрану директног или индиректног обављања комерцијалне делатности, на период од највише пет година.⁴⁵

– Насртљива пословна пракса у немачком праву

Немачки Закон о забрани нелојалне конкуренције из 2004. године није у себи садржавао термин „агресивна пословна пракса“, али је кроз своје одредбе штитио потрошаче од оних понашања које подводимо под овај појам. Међутим, нови Закон о забрани нелојалне конкуренције, усвојен 2010 године, следи европску Директиву о непоштеној пословној пракси и термилошки је усклађен са њом, тако да секција 4 а поменутог правног прописа носи назив „Агресивна комерцијална пракса“.⁴⁶ С обзиром да хармонизација правних система Европске уније подразумева ослањање на Директиву као заједнички извор и у немачком закону се агресивном пословном праксом сматра оно понашање које је погодно да наведе потрошача или другог учесника на тржишту да донесе одлуку о трансакцији коју иначе не би донео. Пословна пракса ће се сматрати агресивном када је, у чињеничном контексту и узимајући у обзир све њене карактеристике и околности, погодна да значајно угрози слободу избора потрошача или другог учесника на тржишту. Као и код других континенталних правних система, овакво понашање обухвата

⁴² Code de la consommation, параграф L132 – 10, 2005.

⁴³ Опширније: Philippe Conte; Brèves observations à propos de l'incrimination des pratiques commerciales agressives, Droit pénal de la consommation, 2008 étude 2.

⁴⁴ Code de la consommation, параграф L132 – 11, 2005.

⁴⁵ Code de la consommation, параграф L132 – 12, 2005.

⁴⁶ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG, veröffentlicht am 3. März 2010 (BGBl. I S. 254), zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 18. April 2019 (BGBl. I S. 466)

узнемиравање, принуду (укључујући употребу физичке силе), или недоличан утицај.⁴⁷ Чак и околности које је неопходно ценити да би се утврдило да ли је дошло до насртљиве пословне праксе су, практично, дословно преузете из Директиве (као и у већини других законодавстава земаља чланица и кандидата за ЕУ). Изузетак се састоји у прецизирању садржаја одредбе која указује да се оваквом пословном праксом сматра намерно искоришћавање било које специфичне несреће или околности такве тежине да нарушавају расуђивање потрошача или другог учесника на тржишту како би се утицало на његову одлуку. Немачки законодавац је у последњем ставу поменуте Секције 4 а, у околности које треба узети у обзир укључио, посебно, менталну и физичку слабост, године, неискуство у комерцијалним пословима, лаковерност, страхове и невоље потрошача.

У немачкој судској пракси наилазимо на нарочито бизарну пресуду којом се под агресивну пословну праксу подводи нежељена комуникација. У конкретном случају се радило о обављању телефонског позива породици преминулог, две недеље након наступања смртног случаја. Позив се односио на рекламирање надгробних споменика, што се у датим околностима сматрало поступањем супротним немачком позитивном законодавству које се односи на комерцијално оглашавање.⁴⁸

– Насртљива пословна пракса у шведском праву

Шведски Закон о маркетингу из 2008. је, по први пут у овој земљи, садржавао генералну и експлицитну забрану агресивног маркетинга. Наравно, служење насртљивим методама у области рекламирања, којима се врши притисак на потрошаче да купе одређени производ су и раније биле забрањене основном одредбом Закона о маркетингу. У судској пракси Трговинског суда Шведске (Marknadsdomstolen – скраћено „MD“) могу се наћи примери судских забрана ТВ реклама које позивају гледаоце да купе производе у кратком временском периоду (15 – 20 минута) како би се квалификовали за нижу цену или специјалну понуду,⁴⁹ организовању “продајних забава” или продајних путовања без обавештавања о комерцијалној сврси путовања.⁵⁰ Исто тако, изазивање осећања страха и анксиозности је у судској пракси квалификовано као неправедан маркетинг.⁵¹ Пре доношења европске Директиве о непоштеној пословној пракси нису уведена правила о спречавању

⁴⁷ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG, Секција 4 а

⁴⁸ Пресуда OLG Karlsruhe од 3. фебруара 2011., Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. v. Deutsche Postbank AG, I ZR 167/09.

⁴⁹ MD 2000:4, Konsumentombudsmannen v. TV-Shop, MD

⁵⁰ MD 1973:3, MD 1978:16

⁵¹ MD 2000:8, Bodion; MD 2001:17, Konsumentombudsmannen v. Lansförsäkringar Wasa Livs

насртљиве пословне праксе, јер је предлог закона који је Влада предлагала – одбијен од стране парламента.⁵² Ситуација се променила са доношењем већ поменутог Закона о маркетингу из 2008. године. Закон делом непосредно преузима одредбе Директиве о непоштеној пословној пракси и забрањује агресивну пословну праксу на тржишту на општи начин, а делом упућује на њен текст. И у овом правном пропису проналазимо опредељење да се комерцијална пракса сматра агресивном ако се користи узнемиравање, принуда (укључујући употребу физичке силе) или неприкладан утицај, као и ако значајно нарушава или је вероватно да ће значајно нарушити способност просечног потрошача да донесе здраворазумску одлуку о куповини неког предмета или прибављању одређене услуге. Закон одступа од текста Директиве и не садржи, примера ради, околности које је неопходно ценити да би се утврдило да ли је дошло до насртљиве пословне праксе, већ се позива на одредбе саме Директиве. Занимљиво је да се као последица интегрисаног приступа заузетог у новом Закону о маркетингу, забрана агресивног маркетинга протеже и на такозване „business – to – business“ односе, што није уобичајено за Директиву, која штити, пре свега, потрошача који се не бави професионално привредом, односно трговином, те не поседује искуство какво има трговац, нити се од њега очекује онај стандард пажње који се очекује од лица које продаје производ или пружа услугу. „B2B“ односи су пословни односи између два правна лица која се баве привредом, који подразумевају, у овом случају, продају неког производа или пружање услуге другом пословном субјекту.

– Насртљива пословна пракса у швајцарском праву

У швајцарском правном систему, ова материја је регулисана Федералним законом против нелојалне конкуренције.⁵³ За разлику од земаља чланица ЕУ, које су из Директиве о непоштеној пословној пракси преузимале квалификацију агресивне пословне праксе, навођење поступака који се под таквим понашањем подразумевају као и околности које одређено понашање учесника на тржишту квалификују као агресивно, швајцарски законодавац је ову област знатно штурије уредио. Према члану 2 Федералног закона, свако комерцијално понашање или пракса која обмањује или је на било који други начин у супротности са правилима добре вере и која утиче на однос између конкурената или између трговаца и купаца је неправедна и незаконита.⁵⁴ Чланом

⁵² Regeringens proposition 1994/95:123

Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), du 19 décembre 1986

⁵³

⁵⁴ На сличан начин је поступано и у холандском правном систему. Пре него што је дошло до хармонизације холандског права са Директивом (тако што је Холандски грађански

3 алинеја х овог правног прописа даље је прецизирано да неправедно поступа свако ко омета слободу одлучивања купаца коришћењем посебно агресивних метода продаје. Дакле, насртљива пословна пракса забрањена је, како општом одредбом члана 2 Федералног закона, тако и чланом 3 који уводи термин агресивног метода продаје. У посебним случајевима, агресивне методе оглашавања могу се сматрати незаконитим, иако оштећење мора бити значајно због временског размака између рекламирања и закључења уговора.⁵⁵ Иако законодавац то није експлицитно предвидео, подразумева се, у смислу опште клаузуле из члана 2 закона, да је принуда физичким или психичким средствима увек незаконит чин, будући да је њоме слобода одлучивања купца елиминисана или нарушена. Према становишту појединих теоретичара, на његову слободу одлучивања може утицати и пуко узнемиравање, које се сматра довољним да би се одређено понашање понудиоца сматрало насртљивим, уколико адресат не може објективно да испита понуду. Посебан нагласак треба ставити на оглашавање које је наметљиво или има за циљ да завара купца.⁵⁶

– Насртљива пословна пракса у мађарском праву

Након доношења европске Директиве, мађарски законодавац 2008. године доноси Закон о забрани непоштене пословне праксе у односу на потрошаче XLVII of 2008.⁵⁷ У одељку под називом „Непоштена комерцијална пракса“, следи еnumerативан приступ из Прилога I Директиве и дословно преузима све оне одредбе којима се забрањују поступци које је наведени пропис ЕУ ставио у ред гестова који се сматрају непоштенем пословном праксом.

У случају промотивних игара, мађарска Управа за привредну конкуренцију⁵⁸ разликује две специфичне групе потрошача: неки потрошачи могу имати специфичну страст за коцкањем или интересовање за игре које

законик параграфом 6:193х преузео одредбе директиве у односу на насртљиву пословну праксу), овај институт се подводио под обавезу поштовања начела савесности и стандарда пажње. – Burgerlijk Wetboek, Netherlands, 1992.

⁵⁵ Baudenbacher Carl/Glöckner Joachen, in: Baudenbacher Carl (Hrsg.), *Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, : Medialex 11/2015, Art 2, margin no. 46

⁵⁶ *Ibidem*, margin no. 47

⁵⁷ 2008. évi XLVII. törvény a fogyasztókkal szembeni tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat tilalmáról

⁵⁸ Gazdasági versenyhivatal, <https://www.gvh.hu/> – Управа за привредну конкуренцију – Управу је основао мађарски Парламент у складу са Законом о забрани непоштеног понашања на тржишту LXXXVI из 1990. Истовремено са ступањем на снагу закона, канцеларија је почела са радом 1. јануара 1991. године. Доношење забране антиконкурентских пракси и успостављање Упрва која прати поштовање правила, мотивисано је заштитом слободе и поштене тржишне конкуренције, што подразумева и економску ефикасност.

је веће од просечног интересовања и прелази у зависност. Такви потрошачи нису у стању да донесу рационалну одлуку. Због тога су они више изложени обмањујућим и агресивним пословним праксама. Велика мађарска телекомуникациона компанија организовала је квиз са могућношћу освајања, сваког дана током 90 дана, аутомобила марке „Golf VW”. Прво би клијенти добијали смс за регистрацију, а касније и додатне смс-ове са питањима на која су могли да одговоре смс-ом, уз доплату. Поред тога, провајдер сервиса је свакодневно слао отприлике 10-12 смс-ова са информацијама о шансама за победу, а и позивао је примаоце да пошаљу одговор на питања из квиза (за која се наплаћује премијум накнада). Иако је потрошач у сваком тренутку могао да откаже своје учешће у квизу, Управа за привредну кокурвенцију је такво мотивационо понашање сматрао агресивним.⁵⁹

Последице агресивне пословне праксе су санкционисане и у мађарском грађанском кодексу. Експлицитно агресивна маркетиншка активност и околности које нарушавају разумевање понуде могу бити основ за оспоравање ваљаности уговора на основу преваре.⁶⁰ Члан 6:62 (други део, наслов четврти, књига шеста) мађарског Грађанског законика наводи да су стране дужне да сарађују приликом закључивања уговора. Они су дужни да се међусобно обавесте пре закључења уговора о свим околностима у вези са уговором који се закључује. Према наведеној пресуди, агресиван маркетинг је успостављен када је продавац организовао презентацију о такозваном „тајм шерингу“, али нису представљене материјалне обавезе купаца (казне, административни трошкови, трошкови одржавања стана). Запосленици продавца су истакли да ће они који напусте просторију изгубити могућност куповине. Због ретке светлости неопходне за стварање „атмосфере“ у просторији, купци нису могли да прочитају нацрт уговора, нити су могли да се позову на чињеницу да немају наочаре или да намеравају да прочитају нацрт уговора у својим домовима.

– Насртљива пословна пракса у британском праву

И Велика Британија је, 2008 године, као тадашња чланица Европске уније, у потпуности преузела одредбе Директиве које се односе на агресивну (насртљиву) пословну праксу.⁶¹ Након иступања из европске заједнице народа у овој области није било значајнијих промена.

На такозваној „црној листи агресивних пословних пракси“, која је дефинисана европском Директивом и преузета у правним прописима земаља чланица ЕУ, један од облика оваквог понашања обухвата „лажну понуду

⁵⁹ Одлука Управе за привредну конкуренцију Vj-3/2010.

⁶⁰ Врховни суд Мађарске, ЕВН 2000.307

⁶¹ The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations, Regulation 7, 2008.

награда и поклона“⁶². О овом виду насртљиве пословне праксе изјашњавао се Суд ЕУ у случају „Purely Creative and Others“⁶³. Ова судска одлука односила се на спор у вези рекламне делатности пет британских предузећа специјализованих за дистрибуција поште, који су, заједно са одређеним бројем лица који су радили за та предузећа тужили Канцеларија за поштену трговину (ОФТ), која је у Уједињеном Краљевству одговорна за спровођење закона о заштити потрошача. Наиме, Канцеларија је, у складу са својим надлежностима, наложила поменути предузећима да престану са праксом слања појединачно адресираних писама, греб картица и других рекламних прилога стављених у новине и часописе, којима је потрошач обавештен да је освојио награду или еквивалентну корист, чија је вредност могла бити или значајна или само симболична. Потрошачу је понуђено више опција како би дошао до сазнања о својој награди и добио број потраживања: могао би да позове премиум тарифни број телефона, искористи СМС услугу или информације добије обичном поштом. Потрошач је обавештен о цени по минути и максималном трајању телефонског позива, али није знао да је компанија одговорна за промоцију присвајала одређени проценат од трошкова позива.⁶³ Суд је (позивајући се на одредбу Директиве која утврђује да се ради о лажној понуди награде уколико награде нема, или уколико ју је потрошач на неки начин морао платити), пресудио да је свако условљавање освајање награде, чак и уколико се услов односи на незнатне трошкове (као што је куповина поштанске марке) забрањено, те се има сматрати агресивном, односно насртљивом пословном праксом, будући да је потрошач доведен у ситуацију да доноси одлуке које нису потпуно рационалне.

– Насртљива пословна пракса у појединим неевропским правним системима

Правни партикуларизам, какав је до доношења европске Директиве, постојао на подручју нашег континента, није карактерисао само европске, већ и друге системе. Поменућемо само два: аустралијски и канадски, као најмакантије примере држава у којима је овај проблем изразито изражен.

И у Аустралији је, као и на нивоу ЕУ, због правне сигурности потрошача било неоподно успостављање јединствене регулативе, будући да је у на овом континенту, до до доношења Закона о заштити потрошача 1. јануара

⁶² Пресуда од 18. октобра 2012., C-428/11, *Purely Creative and Others v Office of Fair Trading*, EU:C:2012:651.

⁶³ На пример, неке промоције су предлагале крстарења Медитераном. Да би примили ту награду, потрошач је између осталог морао да плати осигурање, додатак за добијање једнокреветног или двокреветна кабина и, током путовања, трошкови хране и пића, плус лучке таксе. Дакле, два парови би морали да плате 399 фунти по особи да би учествовали у том крстарењу.

2011. године, на снази било чак 900 различитих материјалноправних одредаби како на националном нивоу, тако и на нивоу појединачних држава и територија. Закон је дозволио свим потрошачима у Аустралији да имају иста права и свим предузећима да испуњавају исте обавезе, без обзира у којој се држави или покрајини обавља трговачка пракса.⁶⁴ Аустралијски закон о потрошачима наглашава да лице не сме да користи физичку силу, или неоправдано узнемиравање или принуду, у вези са набавком или могућом испоруком добара или услуга; или плаћањем робе или услуга; или продајом земљишта или удела у земљишту, односно плаћањем камате на земљиште.⁶⁵

У канадском праву ниво заштите потрошача је знатно нижи. Агресивно и неуобичајено рекламирање је дозвољено по себи.⁶⁶ Не постоје федерални прописи којима се забрањује вршење притиска у пословној пракси. Закони појединих провинција садрже одредбе којима се забрањује вршење притиска да би се натерао потрошач да потпише уговор или да да плати своје неизмирене дугове. Несавесно понашање се само у неким законодавним инструментима покрајина или територија сматра непоштеним. Ни обичајно ни савезно право не садрже одредбе које забрањују узнемирујуће конкурентско понашање. У Британској Колумбији снабдевање потрошача нежељеном робом или услугама представља несавесно понашање. Притом се под нежељеном робом или услугама сматрају роба или услуге које се испоручују потрошачу који их није захтевао, осим роба или услуга које се испоручују потрошачу који је знао или је требао знати да су намењене за испоруку другој особи, као и роба или услуга за које добављач није захтевао плаћање.⁶⁷

НАСРТЉИВА ПОСЛОВНА ПРАКСА У СРПСКОМ ПРАВУ

Устав Србије је чланом 90. посебно обавезао законодавца да обезбеди услове за заштиту потрошача од нечасних радњи на тржишту.⁶⁸ „Насртљива пословна пракса“ (aggressive commercial practices) је у Србији регулисана

⁶⁴ Опширније о овоме: Gail Pearson: Current Issues for Consumer Protection Law in Australia, у Claudia Lima Marques – Dan Wei (уредник): Consumer Law and Socioeconomic Development. Springer International Publishing, 2017. 199-208.

⁶⁵ Закон о потрошачима Аустралије, параграф 50. <https://consumer.gov.au/australian-consumer-law/legislation>

⁶⁶ Supreme Court of Nova Scotia in Maritime Travel Inc v Go Travel Direct. Com Inc, 2008, NSSC, 163, 66 CPR (4th) 61 margin no 57

⁶⁷ Business Practices and Consumer Protection Act, (SBC 2004] CHAPTER 2, Victoria, British Columbia, Canada, division 3, article 11

⁶⁸ У наведеном члану највишег правног акта наводи се следеће: Република Србија штити потрошаче. Посебно су забрањене радње усмерене против здравља, безбедности и приватности потрошача, као и све нечасне радње на тржишту. – Устав Републике Србије, “Службени гласник РС”, бр. 98/2006

Законом о заштити потрошача. Напоменуо сам да је насртљива, односно агресивна пословна пракса вид непоштене пословне праксе и у сваком случају је можемо подвести под категорију нечасних радњи на тржишту. Пре доношења посебних закон о заштити потрошача у нашем праву, на правне послове који су закључени уз насртљиву пословну праксу једне од страна, примењиване су, пре свега, одредбе Закона о облигационим односима⁶⁹, које се односе на основна начела, као и оне које говоре о консеквенцама закључивања уговора уз ману воље једне од страна, закључно са члановима који говоре о условима поништавања уговора у нашем праву. Тек 2002. године у нашем правном систему заштита потрошача бива регулисана посебним законом⁷⁰ који, наравно, не искључује упоредно позивање потрошача и на одредбе ЗОО, напротив. За разлику од одредаба ЗОО, чији је фокус на ништавости правних послова који су, у контексту насртљиве пословне праксе, склопљени уз ману воље потрошача (или уз потпуно одсуство воље), чланови ЗПП који се односе на овај проблем у коначници имају пенални карактер уз наглашени императив заштите потрошача.

Први Закон о заштити потрошача (ЗЗП) у нашој земљи донет је 2002. године, као закон Савезне Републике Југославије (Сл. лист СРЈ, 2002). У њему насртљива пословна пракса није уведена као категорија, нити су били наведени видови таквог понашања. Законодавац је, међутим забрањивао одређена поступања која данас подводимо под наведен вид праксе. Примера ради, у члану 11, став 1. тачка друга наводи се да је забрањена дискриминација потрошача „условљавањем продаје производа или пружања услуга за продају других производа и пружање других услуга“. Други Закон о заштити потрошача Републике Србије донет је 2005. године.⁷¹ Ни у овом правном пропису не наилазимо на забрану насртљиве праксе као генеричког појма, али законодавац је учинио корак даље у санкционисању појава које данас квалификујем као такво поступање. Тако је, у члану 28. поменутог закона, наглашено да је дозвољена понуда производа и услуга потрошачу изван пословних просторија продавца и даваоца услуга, путем каталога, презентацијом узорка или модела, показивањем производа ради обавештавања о његовим својствима, понудом производа и услуга електронским средствима и на други начин којим се производ или услуге нуде на адреси потрошача, али само уколико постоји његова претходна сагласност. Даље, према члану 36, став 2 истог правног прописа, претходна сагласност потрошача је *conditio sine qua non* за извршавање додатне услуге, поред основне, која је већ договорена.

⁶⁹ Закон о облигационим односима, „Службени лист СФРЈ“, број 29/78, 39/85, 45/89 – УС, 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93, 22/99 – други пропис, 23/99 – исправка, 35/99 – други пропис, 44/99 – други пропис, „Службени гласник РС“, број 18/20

⁷⁰ Закон о заштити потрошача, Сл. лист СРЈ, 37/2002

⁷¹ Закон о заштити потрошача, Сл. гласник РС, 79/05 из 2005.

2005. године Европски парламент и Савет ЕУ доносе Директиву о непоштеној пословној пракси⁷². Са доношењем Директиве ЕУ о непоштеној пословној пракси⁷³, у области заштите потрошача су се за српског законодавца стекле нове околности. Србија, као кандидат за чланство у ЕУ, има и формалну обавезу хармонизације свог права са европским правним прописима. Трећи Закон о заштити потрошача Републике Србије донет је 2010.⁷⁴ Он је у члановима 24 (којим су утврђени појам насртљиве пословне праксе и критеријуми на основу којих се она детектује) и 25 (којим су утврђени облици пословања који се сматрају насртљивом пословном праксом), у процесу испуњавања услова из Поглавља 28 преговора о приступању Србије Европској Унији (Поглавље 28 – Заштита потрошача и заштита здравља),⁷⁵ дословно преузео одредбе европске Директиве о непоштеној пословној пракси⁷⁶ у домену агресивне пословне праксе. Једина разлика између нормативног решења из закона из 2010. и регулативе Закона о заштити потрошача из 2014,⁷⁷ као и важећег Закона о заштити потрошача⁷⁸ (донетог прошле године) је терминолошке природе. Наиме, оно што се у Директиви назива „агресивном пословном праксом“, у нашем закону из 2010. називано је „насртљивим пословањем“, а у законима из 2014. и 2021. – насртљивом пословном праксом. Поступци који се могу квалификовати као насртљива пословна пракса забрањени су српским законима о заштити потрошача из 2014 и 2021⁷⁹. Ова два правна прописа садрже преузете одредбе о агресивној (насртљивој) пословној пракси из европске Директиве о непоштеној пословној пракси.⁸⁰ Начин санкционисања агресивне праксе на тржишту, као и димензионирање висине казни, по природи ствари, национална законодавства регулишу самостално, с обзиром на добре пословне обичаје на конкретном тржишту, као и на просечан економски потенцијал трговаца и пружалаца услуга на истом.

Према важећем ЗЗП, понашање трговаца или пружаоца услуга којим се крши забрана насртљиве пословне праксе сматра се прекршајем за који

⁷² Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005

⁷³ Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005

⁷⁴ Закон о заштити потрошача, Сл. гласник РС, 73/10

⁷⁵ Заштита економских интереса потрошача, информисање и едукација потрошача, као и ефикасна заштита њихових интереса чине основ политике заштите потрошача у Европској унији. Ово је подручје јавног интереса и у функцији је квалитета живота свих грађана. Европска Стратегија политике заштите потрошача 2007/2013 утврђује здравствене и безбедносне стандарде за поједине производе, регулише заштиту од противзаконите трговине, успоставља план информисања потрошача о њиховим правима. – <https://eupregovori.bos.rs/>

⁷⁶ Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005

⁷⁷ Закон о заштити потрошача, Сл. гласник РС, 62/2014

⁷⁸ Закон о заштити потрошача, Службени гласник Републике Србије, бр. 88/2021

⁷⁹ Закон о заштити потрошача, Службени гласник Републике Србије, бр. 88/2021

⁸⁰ Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005

се плаћа казна од 300.000 до 2.000.000 динара.⁸¹ У складу са одредбама Закона о облигационим односима, закључивање уговора уз претњу једној од двеју уговорних страна чини правни посао рушљивим (јер је изјава воље те стране манљива),⁸² а уколико је примењена непосредна физичка принуда да би контракт био склопљен, сматра се да је уговор апсолутно ништав, јер воља за његовим закључењем није ни постојала. Уколико је потрошач трпео штету због несавесног поступања трговца, према одредбама ЗОО би имао право да тражи и накнаду штете.⁸³ Дакле, наше право омогућава да се насртљива пословна пракса санкционише како у домену јавног права, тако и грађанског права, при чему наплата казне коју предвиђа Закон о заштити потрошача и накнада штете на основу општих одредаба Закона о облигационим односима могу имати кумулативно дејство – узајамно се не искључују. Иако одредбе ЗЗП-а привидно штите само потрошаче, оне недвосмислено погодују и савесним трговцима, односно пружаоцима услуга, будући да њихови конкуренти, који се служе агресивним методама, бивају санкционисани због таквог понашања, чиме се успоставља равнотежа на тржишту и афирмише начело савесности и поштења у заснивању облигационих односа и остваривању права и обавеза из тих односа.

НАСРТЉИВА ПОСЛОВНА ПРАКСА У СРПСКОЈ ПРАВНОЈ И ПОСЛОВНОЈ ПРАКСИ

У српској правној пракси готово да нема пресуда које се односе на насртљиву пословну праксу, иако се овај институт не може више сматрати новим у нашем праву. Пажњу нам привлачи једна пресуда Врховног касационог суда која се на овај облик понашања на тржишту осврће имплицитно, али у њој наилазимо на одговор да ли судска пракса сматра да је законодавац, приликом дефинисања облика насртљиве пословне праксе еnumerативном методом заузео „*numerus clausus*“ приступ, односно, да ли су одредбе члана

⁸¹ Ибидем, члан 187, став 1, тачка 4

⁸² Према члану 60 Закона о облигационим односима, ако је уговорна страна или неко трећи недопуштеном претњом изазвао оправдани страх код друге стране тако да је ова због тога закључила уговор, друга страна може тражити да се уговор поништи. Притом се страх сматра оправданим ако се из околности види да је озбиљном опасношћу угрожен живот, тело и друго значајно добро уговорне стране или трећег лица – Закон о облигационим односима, „Службени лист СФРЈ“, број 29/78, 39/85, 45/89 – УС, 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93, 22/99 – други пропис, 23/99 – исправка, 35/99 – други пропис, 44/99 – други пропис, „Службени гласник РС“, број 18/20

⁸³ У члану 154 Закона о облигационим односима (којим су дефинисани основи одговорности за накнаду штете) наглашено је да је онај ко другоме проузрокује штету дужан да је накнади, уколико не докаже да је штета настала без његове кривице

22 ЗЗП-а диспозитивне природе? Уколико би то био случај, одређена поступања, која нису наведена у закону као облик насртљиве пословне праксе, било би могуће третирати на тај начин, у случају да ти поступци нарушавају или прете да наруше слободу избора или понашање просечног потрошача у вези са одређеним производом и тако наводе или прете да наведу потрошача да донесе економску одлуку коју иначе не би донео.⁸⁴ Врховни касациони суд је пресудом од 15.07.2020⁸⁵ утврдио да се облицима насртљиве пословне праксе имају сматрати само они поступци која Закон о заштити потрошача наводи као недопуштене. Наиме, у поменутој пресуди се наводи да је тужила тужила предузеће „Футура плус“ ДОО из Београда због тога што јој је поменута компанија отказала уговор о раду. До доношења решења о отказу уговора о раду дошло је, према наводима заступника туженог, због учињене повреде радне обавезе из члана 134. став 1. и 2. у вези члана 132. став 1. тачка 3. Правилника о раду туженог, а у вези са чланом 20. став 2. тачка 1. и 2. Уговора о раду, јер је тужила учинила повреду радне обавезе из члана 179. став 1. тачка 2. Закона о раду. Наиме, тужила, у киоску у ком је радила, није спроводила „активну продајну политику“ у односу на продају чоколадица „Јафа“ и упаљача, на чему је инсистирао њен послодавац. Активна продајна политика, према налогу директора туженог, требала се састојати у обавези продаваца да се купцима обраћају речима: „да ли желите да пробате, купите чоколадицу „Јафа оранж“, производ је на акцији“. Тужила је у својој тужби Трећем основном суду у Београду тврдила да није крива за повреду радне обавезе која јој се ставља на терет, јер запослени нису дужни да предузимају радње чијим би извршењем учинили прекршај. „Активна продајна политика“ је у тужби окарактерисана као повреда одредаба о забрани насртљиве праксе, предвиђених Законом о заштити потрошача, са чиме су се сложили и нижестепени судови.⁸⁶

Врховни касациони суд је стао на становиште да се оваква аргументација не може прихватити, будући да су одредбама Закона о заштити потрошача прописани случајеви насртљиве пословне праксе, односно, облици пословне праксе који се сматрају насртљивом пословном праксом, а „активна продајна политика“ на начин на који ју је дефинисао тужени, не може бити подведена ни под један прописани облик насртљиве пословне праксе. Према мишљењу аутора, овај став је исправан, будући да језичко тумачење одредбе члана 22 ЗЗП-а не упућује на то да се ради о диспозитивној норми. Чини се, међутим, да је приликом дефинисања пресуде, Врховни касациони суд пропустио да наведе још један два важна аргумента. Наиме, сви облици

⁸⁴ У смислу члана 21, став 1 Закона о заштити потрошача

⁸⁵ Врховни Касациони суд Републике Србије, Рев2 3820/2019 од 17.07.2020.

⁸⁶ Видети пресуду Трећег основно суда у Београду П1 952/15 од 20.04.2018. године и пресуду Апелационог суда у Београду Гж1 591/19 од 01.03.2019. године

насртљиве пословне праксе према ЗЗП⁸⁷ представљају прекршај, кажњив износом од 300.000,00 до 2.000.000,00 динара. Закон о прекршајима,⁸⁸ с друге стране, као једно од основних начела, наводи начело легалитета (*Nullum delictum sine lege, nulla poena sine lege*) – „нико не може бити кажњен за прекршај, нити се према њему могу применити друге прекршајне санкције, ако то дело пре него што је било извршено није било законом, или на закону заснованом пропису предвиђено као прекршај и за које законом или другим на закону заснованом пропису није прописано којом врстом и висином санкције учинилац прекршаја може бити кажњен. Ово је још један разлог у прилог тезе да се насртљивом пословном праксом могу сматрати само облици понашања који су изричито забрањени одредбама Закона о заштити потрошача. Други аргумент (који је на трагу становишта које је заузео суд), односи се на околност да принцип „максималне хармонизације“ који упућује национална законодавства на дословно преузимање текста Директиве о непоштеној пословној пракси не оставља простор за екстензивно тумачење одредаба преузетих у ЗПП-у.

С правом се може поставити питање зашто толико мало судске праксе постоји у овој области, с обзиром да је још Закон о заштити потрошача из 2010, преузевши одредбе европске Директиве, забранио облике понашања који се могу подвести под појам насртљиве пословне праксе? Да ли је у нашој земљи ниво заштите потрошача подигнут на толико високу лествицу, да не постоји потреба за прибегавањем механизмима заштите дефинисаним поменутих правним прописом, али и Законом о облигационим односима, или је ниво информисаности становништва о забрањености насртљиве пословне праксе изразито низак? Да бих одговорио на ово питање прибегао сам анкетирању јавног мњења путем сервиса „Google forms“.

Истраживању је приступило 4294 пунолетних грађана Републике Србије у периоду од 28.03. до 4.04. 2022. године. Анкета је спроведена по систему случајног узорка. Две околности упућују на то да она недвосмислено указује на проблеме и трендове у овој области. Прва је изузетно велики узорак на коме је истраживање спроведено (по свој прилици – највећи узорак истраживања спроведеног преко интернет алатки у области друштвених наука у нашој земљи), а друга је чињеница да су се одступања у вредностима у току целог поступка анкетирања кретала на нивоу разлике до 3%. Примера ради, ако је закључно са првих стотину испитаника њих 75,4% на конкретно питање одговорило негативно, све време трајања процеса тај пропорција није падала испод 72,4%, нити је била већа од 78,4%. Упитник је конципиран тако да је у уводу постављено питање испитаницима да ли им је познато

⁸⁷ Закон о заштити потрошача, члан 187, став 1, тачка 4.

⁸⁸ Закон о прекршајима, члан 3, „Службени гласник РС“, бр. 65/2013, 13/2016, 98/2016 – одлука УС, 91/2019 и др. Закон

који се поступци у нашем праву сматрају насртљивом пословном праксом. Следеће питање гласило је: „да ли су вам позната Ваша права у случају да над вама трговац или давалац услуге упражњава насртљиву пословну праксу?“. Интенција трећег питања (које се, уз прва два, може сматрати уводним), била је да се установи у коликој мери потрошачи поседују знање и одлучност да заштите своја права. Оно је гласило: „да ли сте некада посегнули за парничним или прекршајним поступком у случају да сте били жртва насртљиве пословне праксе?“ Одговори на три прва, основна питања, су, са становишта уставног и законског императива заштите потрошача – забрињавајући. Свега 11,2% (479-оро) испитаника се изјаснило да зна који се поступци у нашем праву сматрају насртљивом пословном праксом, 52,1% (2221) се определило за одговор да по називу може да претпостави на шта се тај термин односи (ова опција је додата зато да нас не би нагађање, засновано на етимологији, довело до искривљеног закључка о овој теми), а чак 36,7% (1565) је изабрало опцију да не зна шта је то насртљива пословна пракса. Последично, у том духу је текло изјашњавање и по питању које се односило на то да ли су потрошачи упознати са својим правима у случају да над њима трговац или давалац услуге упражњава насртљиву пословну праксу? Чак 79,3% (3377) учесника у анкети се изјаснило да не зна која права потрошача консеквентно произлазе из „насртљивог понашања“ трговца, односно пружаоца услуга, а њих 20,7% (884) рекло је да су им њихова права у оваквим случајевима позната. У складу са овим, одговор на треће питање био је – очекиван. Само симболичних 3,2% (137) испитаника одговорило је афирмативно на питање да ли су некада посегнули за парничним или прекршајним поступком у случају да су били жртва насртљиве пословне праксе, наспрам чак 96,8% (4119) оних који су одговорили негативно. Један учесник у анкети у коментару чак тврди следеће: „новим Законом о заштити потрошача нисмо заштићени од насртљиве пословне праксе. Још је горе“. Овакав суд, као и изразито већински одговори на претходна три питања, више говоре о, очигледно, већинском утиску грађана да не постоје адекватни механизми заштите од насртљиве пословне праксе, него што говоре о самом закону.

Даљи ток анкете указао је на то да информативни дефицит који се исказао у односу на постојање свести код потрошача о томе шта је насртљива пословна пракса и која су њихова права у случају изложености таквом поступању није последица нарочите савесности трговаца на тржишту наше земље, напротив. Одговори на питања која су следила указали су да се већина грађана суочила са неким од видова агресивне комерцијалне праксе. То се, пре свега, односи на три облика понашања, којима је непосредно сведочио највећи број анкетираних потрошача.

Највећи проценат испитаника, од чак 75% (3195) изразио је негодовање због тога што су им се продавци, односно пружаоци услуга, користећи телефон

или електронска средства комуникације вишеструко обрађали, противно њиховој вољи. Коментари учесника у анкети су индикативни и указују на низ компанија који у обраћању потрошачима примењују насртљиве моделе понашања. Тако, један од испитаника, каже: „мој рођак од 95 година је, нажалост, постао жртва овакве продаје. Пуно година и мањак знања у канцама продавца оставили су га на мање од трећине минималне пензије“. Слично томе, један од анкетираних потрошача жали се на то да продавци његовог оца, пензионера (према речима анкетираног – склоног манипулацији) позивају телефоном скоро свакодневно. „Верујте, као лешинари су“ истиче испитаник, „када сам на послу не могу да контролишем. Скоро су му „увалили“ неке две креме од 4.700 динара“. За продавцима не заостају ни поједини пружаоци услуга, тако да у коментатима наилазимо на случај у коме пружалац услуге шлепања и поправке аутомобила данима зове исто домаћинство. Једна од испитаница, уз одговоре на постављена питања, додаје коментар, жалећи се на познатог произвођача постељине и компанију која се бави телефонском продајом: „толико су досадни и упорни да су то једини бројеви који су блокирани у мом телефону. И не прихватају „нисам заинтересована“ као одговор.“ На истог продавца који врши телефонску продају наилазимо у више наврата у реакцијама на анкету. Један од потрошача каже: „ако би престали да ме смарају од 8 ујутро било би сјајно.“ Чини се да се сам концепт функционисања трговачких друштава која телефонским путем „трагају“ за купцима – у значајној мери коси са експлицитном законском забраном насртљиве пословне праксе. Највећи број негативних коментара односи се на неке од банака. Један од илустративних је овај: „периодично ме гњаве из банке (мејл, смс, позиви) да ми „увале“ кредит (који ми не треба), картицу где могу да уђем у минус,... итд.“ Не заостају много ни поједина осигуравајућа друштва, па наилазимо на следеће искуство: „својевремено сам имао 60-70 позива од осигуравајућег друштва и некаквих агенција повезаних са њима, мислим да су ме з.....ли буквално. Када сам успео некако да се код њих пријавим да ме не зову, кренули су преко Линкедин-а. Нереално.“

Према исказима анкетираних, најчешће жртве овог вида насртљиве пословне праксе су пензионери у познијим годинама живота и слабијег имовинског стања. Једна испитаница говори о томе да су њеној „старој мајци пар пута „увалили“ некултурно скупе уређаје, које не сме из здравствених разлога да користи. У два наврата вратили и новац и скинули административну забрану на пензију и обећали да је више неће узнемиравати телефоном. Мајка ми преда личну карту на чување да је не би опет преварили. За време полицијског часа, кад нисам смела да је обилазим, долазили су „трговци“ са уредним дозволама за обављање пословних обавеза, искористили претходне податке и њену збуњеност и потписала је на 88.000 административну забрану. Иначе, корисник је најниже пензије.“ У коментарима наилазимо на

тврдње да поједини продавци усисивача, кухињског посуђа и сличних производа имају базе, цитирам, „наивних купаца“ и једни је другима препродају. Углавном су у базама пензионери – наводи учесник анкете. Међу великим бројем испитаника нашли су се и некадашњи запослени у сличним трговачким компанијама. Бивша радница једног од трговачких предузећа истиче: „у фирми у којој сам радила имали су базу података пензионера (наша циљна група) које смо звали на презентације. Иначе, све фирме које су звале пензионере на презентације базу података су добијали из једне државне институције.“ Једна „несуђена“ радница сличне компаније истиче: „требала сам да радим у једном кол центру који предаје постељину и жртве су пензионери, ишла сам на обуку и када сам схватила да је превара, одустала сам и нисам почела да радим.“ Нема сумње да нека од поменутих понашања нису санкционисана искључиво одредбама Закона о заштити потрошача, већ су забрањена и Законом о заштити података о личности.⁸⁹

Други (по фреквентности) облик насртљиве праксе, према истраживању, представља стварање погрешног утиска да је потрошач освојио или да ће предузимањем одређене радње освојити награду или какву другу корист (при чему награда или корист не постоји), односно, условљавање предузимања било које радње у циљу освајања награде или користи тиме да се плати одређена сума новца или претрпе одређени трошкови. Већина, чак 64,3% (2738) испитаника тврди да су били изложени оваквој пословној пракси. Тако, један испитаник тврди: „дојадили су ми звањем да сам срећник који је добио награду, само да платим: доставу или дезинфекцију прекривача или еко јастука, што је награда.“ Трећи облик насртљиве праксе, по учесталости њеног понављања јесте директно подстицање деце путем огласа да купе или утичу на родитеље или друга одрасла лица да за њих купе производ који је предмет оглашавања. Овакав вид агресивне комерцијалне праксе доживело је 61,6% (2618) анкетираних.

Иако се са осталим, законом и Директивом забрањеним облицима насртљиве пословне праксе сусретало мање од пола испитаника, ни у тим случајевима број угрожених потрошача није занемарљив. Готово трећина, прецизније – 31% (1321) анкетираних тврде да су доживели ситуацију у којој је трговац или давалац услуге код њих створио утисак да не могу да напусте просторију док не закључе уговор са њим. Скоро четвртина испитаника 23,6% (1005) доживело је ситуацију у којој их је посетио продавац или пружалац услуга, у њиховом стамбеном простору, без њихове претходне сагласности, или је поступао супротно њиховом захтеву да тај простор напусти или да се у њега не врати. Једна испитаница се пожалила на понашање пред-

⁸⁹ Закон о заштити података о личности, „Службени гласник РС“, бр. 87/2018. – поменуто понашања се косе са чланом 12 закона, у коме се експлицитно наводе услови законитости обраде личних података физичких лица

ставника компаније која производи усисиваче: „Ау презентерке су ме пре више година намучиле, изнервирале, избациле из такта. На крају када смо их замолили да иду јер син (тада био беба) треба да се купа, једе, спава, једна од њих је рекла – „како можете да одгајате сина а знате да има гриња и прашине““. И други учесници анкете су доживљавали слична искуства са овом компанијом. Једна потрошачица истиче: „одавно, замолио ме један њихов продавац да „као“ одради презентацију, да испуни норму, кажем хајде на брзину, управо купила сличну машину, имам обавезе. После три сата једва смо га збацили из куће јер је запео да купим ову другу јер је боља од моје. Сад су још гори.“

Још један облик насртљиве пословне праксе односи се на ситуацију у којој је потрошач изричито обавештен да су, уколико не купи одређени производ, посао или егзистенција трговца угрожени. Готово четвртина 23,9% (1015) испитаника тврди да су доживели такав однос према њима. Једна од анкетираних изнела је своје непријатно искуство у коментарима на истраживање. Поручила је робу, отишла у Београд из Новог Сада да је преузме. Продавац је заборавио да је поручи од добављача, чиме је потрошачицу довео у ситуацију да је направила трошак (временски и финансијски) и остала без робе неопходне за неодложан посао. Производ јој више није био потребан. Наредних дана била је изложена телефонским позивима и поруци следеће садржине: „поштована, извините још једанпут. Моја је грешка. Уколико ми не дате шансу да исправим грешку, постоји шанса да добијем отказ. Молим Вас дозволите да Вам испоручим производ на адресу са поклоном“. Друга учесница анкете је упитала насртљивог продавца, који се појавио на њеним вратима и упорно инсистирао да заведе у свој формулар да је разговарао са њом, иако она није била заинтересована за куповину: „имаш ли ти некакав бонус ако само дођеш (ништа ми не говориш, не желим да купујем, не покушаваш ни да ми представиш производ) а напишеш да си понудио, а ја одбила?“ Продавац је на то одговорио: „да, наравно, утиче на моју зараду плус гориво“. У сличном духу још један испитаник изражава негодовање након, како каже, свађе и препирке у банци због тога што је одбијао да преузме такозвану „ДИНА“ картицу, наводећи да му још једна платна картица не треба. На крају је ипак преузео наведену картицу, уз образложење: „на крају су ме замолили да ипак картицу узмем да не би службеници из банке имали проблема – емотивна уцена да прихватиш производ који ти не треба“. Напомињем да се последњи пример, ипак, тешко може подвести под категорију насртљиве пословне праксе. Комерцијална пракса уошште подразумева да једно правно (или физичко) лице, које се професионално бави трговином или пружањем услуга, самостално одлучи које обрасце понашања ће преузети у свом пословању. Напоменули смо и који ће конкретни поступци који воде приморавању потрошача да прибави неки производ или услугу бити карактерисани као насртљива пословна

пракса, јер се сматрају противзаконитим поступањем. Међутим, инсистирање банке да њени клијенти преузму „ДИНА“ картицу није засновано на њеној одлуци да наметне своју вољу другој уговорној страни, већ на одредбама члана 9. Закона о међубанкарским накнадама и посебним правилима пословања код платних трансакција на основу платних картица.⁹⁰ Овај закон обавезује банке да сваком кориснику платних услуга изда ову картицу. Према томе, банке инсистирањем да клијенти преузму ову платну картицу (иако је сматрају непотребном), не упражњавају противзакониту насртљиву пословну праксу, већ управо извршавају своју законску обавезу, која са случајевима агресивне комерцијалне праксе има сличности утолико што је један број потрошача не жели, али, условно речено, бива привољен да је узме.

Према истраживању, један од најмање заступљених облика насртљиве пословне праксе је онај, који се односи на захтевање представника осигуравајућег друштва да, ради намере да осигураник или бенефицијар осигурања оствари своја права из полисе, осигуравајућем друштву достави документа која се не могу сматрати значајним за оцену основаности његовог захтева, као и онај код кога представник осигуравајућег друштва упорно избегава да одговори на захтев клијента, да би га одвратио од остваривања сопствених уговорних права. Само 19,4% (827) испитаника тврди да је доживело овакав облик агресивне комерцијалне праксе, док 80,6% (3426) негира. И коначно, најмање учесника у анкети се изјаснило да је од њих некада захтевано да плате, врате или чувају производ чију испоруку нису тражили – свега 13,7% (581), наспрам 86,3% (3667) оних који такву ситуацију нису доживели. Један испитаник истиче да је био жртва овог облика насртљиве пословне праксе Јавног комуналног предузећа у свом граду, наводећи да је у спору са тим правним лицем, које, по његовим речима: „упорно примењује насртљиву пословну праксу доставом рачуна за нежељене услуге. Закон о заштити потрошача обједињује 15-ак директива ЕУ са обавезујућим карактером, па се може сматрати „кровним“ законом. Видећу да ли га суд препознаје.“

ЗАКЉУЧАК

Доношење европске Директиве о непоштеној пословној пракси 2005 године окончало је период правног партикуларизма у ЕУ у овој области.

⁹⁰ Службени гласник РС”, број 44/8 – у првом ставу поменутог члана 9. се напомиње: „Ако кориснику платних услуга издаје платну картицу која се може користити за иницирање платних трансакција с текућег рачуна, издавалац је дужан да том кориснику без накнаде изда платну картицу код које се у домаћим платним трансакцијама обрада, нетирање и поравнање налога за пренос издатих на основу њене употребе обављају у платном систему у Републици Србији.“

Један од видова непоштене пословне праксе – насртљива (или агресивна) пословна пракса до тада је потпадао, готово искључиво, под одредбе националних грађанскоправних прописа. Из правне дисхармоније на нивоу европске заједнице народа произлазио је и ризик правне несигурности за потрошаче, који су, без поуздане спознаје о садржају и размери њихових права, врло често презали од прекограничног промета. У циљу решавања овог проблема, Директива примењује такозвани принцип максималне хармонизације, што практично значи да државе чланице не могу успоставити строжа правила о непоштеној пракси од оних прописаних Директивом о непоштеној пословној пракси. Будући да Директива има обавезујући карактер, земље чланице ЕУ су, практично листом, дословно преузимале из овог правног прописа одредбе које се односе на насртљиву комерцијалну праксу. Директивом нису обухваћени B2B (business to business) односи, али имплицитно она утиче на равнотежу између пословних субјеката, будући да јасно забрањује непоштено понашање на тржишту, односно налаже државама чланицама да санкционишу поступке који су забрањени овим правним прописом (односно, националним законима, који су Директиву преузимали). Међутим, непосредни правни, односно пословни односи између професионалаца, у сваком случају, нису предмет интересовања Директиве. Напоменуо сам да се агресивна (насртљива) пословна пракса сматра једним од облика непоштене пословне праксе. Насртљивим се сматра оно понашање у комерцијалним односима које знатно нарушава или је вероватно да ће нарушити слободу избора просечног потрошача, односно његово поступање у вези с производом, те га на тај начин наводи или је вероватно да ће га навести на доношење одлуке о трансакцији коју иначе не би обавио. У прилогу Директиве о непоштеној пословној пракси наведена је и „црна листа агресивних пословних пракси“, која је дословно преузета у већини европских правних система, укључујући и наш, посредством Закона о заштити потрошача.

У чланку сам покушао да одговорим на неколико важних питања која се, приликом проучавања овог института, неминовно намећу. Прво питање односи се на дилему да ли се одредбе Директиве односе само на приватноправне ентитете, или се оне, у зависности од њихове делатности, могу примењивати и на она правна лица којима је оснивач држава. Проучавањем теорије и праксе Суда правде Европске уније намеће се закључак да се забрана агресивне пословне праксе према потрошачима односи и на јавноправне ентитете чија делатност обухвата продају или пружање услуга. Потом, често у теорији наилазимо на још једну недоумицу, везану за димензионирање нивоа притиска подобног да бисмо могли недвосмислено тврдити да је над потрошачем упражњавана насртљива пословна пракса. Након извршеног истраживања јасно је да је квантификација у оваквим случајевима немогућа

и чак контрапродуктивна. Да би се неко понашање сматрало насртљивом комерцијалном праксом, неопходно је да оно буде подобно да наведе потрошача на нежељену економску, односно пословну одлуку, независно од тога да ли би се то понашање, објективно посматрано, могло сматрати притиском мањег или већег интензитета. С обзиром да је током израде Директиве, приликом дефинисања видова насртљиве пословне праксе, примењен енумеративан метод, нужно се намеће питање да ли је било простора да се још неки поступци окарактеришу као агресивни у комерцијалној пракси? Упоредно-правна анализа и проучавање судске праксе помогли су у одговору на ову недоумицу. Чини се да би било сасвим примерено да је европски законодавац предвидео да се насртљивом пословном праксом сматра и проузроковање такозване „емоционалне обавезе куповине“ детектоване у случајевима „Supermarkt-Gratisabgaben“ и „Tupperware“ пред Врховним судом Аустрије. Нема дилеме да се трговац понаша насртљиво уколико наведе купца да осети обавезу да уђе у продавницу и купи неки производ, односно да прибави неки предмет у приватним просторијама продавца (у случајевима мулти – левел маркетинга) да би избегао непријатну ситуацију. Поред овога, ни понашање трговца који злоупотребљава ауторитет трећег лица (свештеника, лекара, наставника) да би навео потрошача да донесе економску одлуку коју иначе не жели није забрањено Директивом, иако би то било и потребно и примерено.

Српски законодавац, у складу са формалном обавезом хармонизације нашег права са европским правним прописима у процесу придруживања ЕУ, преузео је одредбе Директиве о непоштеној пословној пракси у сва три закона о заштити потрошача донета од 2005. до данас. У погледу теме овог рада, разлика између Закона о заштити потрошача из 2010. и истоимених закона донетих 2014. и 2021. је искључиво термиолошке природе. У првом поменутом закону, облик непоштене пословне праксе који је предмет изучавања овог чланка назива се „насртљивим пословањем“, а у потоња два користи се термин „насртљива пословна пракса“. С обзиром на више него штуру судску праксу у овој области, поставља се логично питање: да ли је у нашој земљи ниво заштите потрошача подигнут на толико високу лествицу, да не постоји потреба за прибегавањем механизмима заштите дефинисаним поменутиим правним прописом, али и Законом о облигационим односима, или је ниво информисаности становништва о забрањености насртљиве пословне праксе изразито низак? У циљу утврђивања одговора спроведено је истраживање у коме је учествовало преко 4.000 испитаника. Показало се да велика већина учесника не зна значење термина „насртљива пословна пракса“, нити је упозната са својим правима у случају изложености таквом понашању у комерцијалним односима. Даљи ток анкете указао је на то да информа-

тивни дефицит који се исказао у односу на постојање свести код потрошача о томе шта је насртљива пословна пракса и која су њихова права у случају изложености таквом поступању није последица нарочите савесности трговаца на тржишту наше земље, напротив. Одговори на питања која су следила указали су да се већина грађана суочила са неким од видова агресивне комерцијалне праксе. То се, пре свега, односи на три облика понашања, којима је непосредно сведочио највећи број анкетираних потрошача (вишеструко обраћање противно вољи потрошача, стварање погрешног утиска да је потрошач освојио или да ће предузимањем одређене радње освојити награду или какву другу корист под условом да плати одређену сума новца и директно подстицање деце путем огласа да купе или утичу на родитеље или друга одрасла лица да за њих купе одређени производ).

Истраживања и дефицит судске праксе нам говоре да се у области спречавања агресивног пословног понашања суочавамо са најмање два проблема: изузетно ниским нивоом информисаности грађана о њиховим правима и механизмима заштите потрошача, као и очито неефикасним санкцијама у односу на насртљиве трговце и пружаоце услуга, које се свде на плаћање казне од 300.000 до 2.000.000 динара. Јасно је да је на надлежном Министарству трговине и удружењима потрошача велика обавеза буђења свести и упознавања потрошача са инструментима за којима могу да посегну у случајевима агресивне комерцијалне праксе, као и дефинисање нових мера будући да се досадашње изузетно ретко примењују, упркос, видели смо, веома фреквентном опетовању насртљивих поступања трговаца. Јасно је да се професионалцима више исплати да плате казну за своје понашање и наставе по старом, јер нови клијенти најчешће немају свест да ступају у пословни однос са несавесним професионалцем. Због тога је, уз постојеће мере, неопходно укључивање јавности у процес санкционисања насртљивог понашања трговаца, чиме би углед таквих професионалаца био стављен под знак питања, а они додатно подстакнути да поступке уподобе одредбама ЗПП-а. Нове мере могле би се односити на могућност обзнањивања идентитета прекршилаца који својим агресивним поступцима према потрошачима крше Закон о потрошачима, у виду регистра, својеврсне јавне „црне књиге“ насртљивих трговаца, под условом да су кажњавани због кршења забране таквог понашања. Такав регистар би могло водити ресорно министарство или, евентуално, Привредна комора. Слично решење већ постоји у француском праву и не постоји разлог да оно не буде имплементирано и у наше законодавство, тим пре, што Директива оставља државама које су преузеле њене одредбе на диспозицију да самостално дефинишу санкције према несавесним трговцима.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Чланци, монографије и уџбеници

- Hugh Collins: The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices. Kluwer Law International B.V., 2004.
- Geraint Howells, Hans W. Micklitz, Thomas Wilhelmsson: European Fair Trading Law – The Unfair Commercial Practices Directive. New York, Routledge, 2016.
- Vogel Louis, Vogel Joseph: French consumer law, LawLex/Bruylant 2020
- Tobias Lettl: Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, C.H.Beck, 2016.
- Марија Караникић Мирић, „Забрана непоштене пословне праксе“, Ђорђе Игњатовић (ур.), Казнена реакција у Србији, VII део, Београд, 2017.
- Gill Grassie: EU Directive on unfair commercial practices – a UK perspective. Journal of Intellectual Property Law & Practice, 1. (2005)
- Berrebi Jacob, „Commentaire de la directive du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales, RLDC 2005/19
- Hélène Aubry, Pratiques commerciales interdites, „Droit de la consommation“ (sous la direction de Dominique Fenouillet), Dalloz Action, 2020.
- Pázmándi Kinga, Balogh Virág, Kaszainé Mezey Katalin, Zavodnyik József: Magyar fogyasztóvédelmi és reklámjog. Budapest, HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft., 2010
- Stéphane Piédelièvre, Droit de la consommation, E.d. Economica, Paris, 2020
- Philippe Conte; Bréeves observations à propos de l' incrimination des pratiques commerciales agressives, Droit pénal de la consommation, 2008 étude 2.
- Gail Pearson: Current Issues for Consumer Protection Law in Australia, у Claudia Lima Marques – Dan Wei (уредник): Consumer Law and Socioeconomic Development. Springer International Publishing, 2017.
- Stephen Weatherhill – Ulf Bernitz: The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29 – New Rules and New Techniques. Oregon, Oxford and Portland, 2007.
- Baudenbacher Carl/Glöckner Joachen, in: Baudenbacher Carl (Hrsg.), Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG): Medialex 11/2015

Директиве, закони и други прописи

- Treaty of Rome <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/en/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/treaty-of-rome>
- Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005
- Council Directive 84/450/EEC of 10 September 1984 relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning misleading advertising
- Green Paper on European Union Consumer Protection (2.10.2001), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A52001DC0531>
- Guidance of 3 December 2009 on the implementation and application of Directive NO 2005/29/EC on unfair commercial practices, SEC (2009) 1666 updated and replaced by the Guidance of 25 May 2016, SWD (2016) 163 final.

- Directive No 2019/2161 of 27 November 2019 amending Council Directive 93/13 EEC Directives 98/6 EC, 2005/29 EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernization of Union consumer protection rules, OJEU L 328 of 18 December 2019.
- Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWGStF: BGBl. Nr. 448/1984 (WV)
- Telekommunikationsgesetz 2021 – TKG 2021; KommAustria-Gesetz, Strafprozeßordnung u.a., Änderung (1043 d.B.)
- Code de la consommation, 2005. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069565/2022-02-28/
- Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), du 19 décembre 1986
- Burgerlijk Wetboek, Netherlands, 1992.
2008. évi XLVII. törvény a fogyasztókkal szembeni tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat tilalmáról
- The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations, Regulation 7, 2008.
- Закон о потрошачима Аустралије, параграф 50. <https://consumer.gov.au/australian-consumer-law/legislation>
- Business Practices and Consumer Protection Act, (SBC 2004] CHAPTER 2, Victoria, British Columbia, Canada
- Устав Републике Србије, “Службени гласник РС“, бр. 98/2006
- Закон о облигационим односима, „Службени лист СФРЈ“, број 29/78, 39/85, 45/89 – УС, 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93, 22/99 – други пропис, 23/99 – исправка, 35/99 – други пропис, 44/99 – други пропис, „Службени гласник РС“, број 18/20
- Закон о заштити потрошача, Сл. лист СРЈ, 37/2002
- Закон о заштити потрошача, Сл. гласник РС, 79/05 из 2005.
- Закон о заштити потрошача, Сл. гласник РС, 73/10
- Закон о заштити потрошача, Сл. гласник РС, 62/2014
- Закон о заштити потрошача, Службени гласник Републике Србије, бр. 88/2021
- Закон о прекршајима, члан 3, „Службени гласник РС“, бр. 65/2013, 13/2016, 98/2016 – одлука УС, 91/2019 и др. Закон
- Закон о заштити података о личности, „Службени гласник РС“, бр. 87/2018.
- Закон о међубанкарским накнадама и посебним правилима пословања код платних трансакција на основу платних картица, Службени гласник РС“, број 44/8

Судске пресуде и одлуке надлежних институција

- Court of Justice of the European Union, Judgment in Case C-59/12 BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts v Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV, Luxembourg, 3 October 2013
- Court of Justice of the European Union, Judgment in Joined Cases C-54/17, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (‘AGCM’) v Wind Tre SpA and C-55/17, AGCM v Vodafone Italia SpA, Luxembourg, 13 September 2018
- Врховни суд Аустрије, 4 Ob 64/89 – Supermarkt-Gratisabgaben – MR 1995, 150.
- Врховни суд Аустрије, 4 Ob 314/65 – Tupperware – OBI 1965, 88

Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWGStF: BGBl. Nr. 448/1984 (WV)

Врховни суд Аустрије, 4 Ob74/11 b – Aufkleber – ecolex 2012, 61.

Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWGStF: BGBl. Nr. 448/1984 (WV)

Врховни суд Аустрије, 4 Ob 57/08 – Pony Club – ÖBl 2009, 39.

Cour d'appel D'Aix en Provence, 21 November 2018, Law Lex 201800001841

Пресуда OLG Karlsruhe од 3. фебруара 2011., Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. v. Deutsche Postbank AG, I ZR 167/09.

MD 2000:4, Konsumentombudsmannen v. TV-Shop, MD

MD 1973:3, MD 1978:16

MD 2000:8, Bodion; MD 2001:17, Konsumentombudsmannen v. Lansförsäkringar Wasa Livs

Regeringens proposition 1994/95:123

Одлука Управе за привредну конкуренцију Vj-3/2010. Врховни суд Мађарске, EBH 2000.307

Пресуда од 18. октобра 2012., C-428/11, Purely Creative and Others v Office of Fair Trading, EU:C:2012:651.

Supreme Court of Nova Scotia in Maritime Travel Inc v Go Travel Direct. Com Inc, 2008, NSSC, 163, 66 CPR (4th) 61 margin no 57

Врховни Касациони суд Републике Србије, Рев2 3820/2019 од 17.07.2020.

Пресуда Трећег основног суда у Београду П1 952/15 од 20.04.2018. године

Пресуда Апелационог суда у Београду Гж1 591/19 од 01.03.2019. године

Bojan L. Pajtić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
B.Pajtic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-7760-1873

Aggressive Business Practice in Serbian and European Law and Legal Practice

Abstract: Any trader's behavior that is inherently disturbing, involves coercion (even physical), or undue influence, violating the consumer's freedom of choice, leading him to make an economic decision he would not make – is considered aggressive business practice. Prior to the adoption of the European Directive on Unfair Business Practices in 2005, legal particularism prevailed in this area, and concluding contracts with the behavior of a trader which can be considered aggressive, fell almost exclusively under the provisions of civil law. After the adoption of the already mentioned Directive, there is a so-called maximum harmonization, which results in the direct transposition of its provisions into the positive legal regulations of the member states and candidate countries for EU membership. The Serbian legislator acted in this way in all laws on consumer protection from 2010 until today. In this paper, an analysis of the European normative framework is performed, as well as a comparative legal analysis of several legal systems, and a case law in their framework, too. Special emphasis was placed on Serbian law. In writing the article, the author was motivated by the fact that there are almost no articles on this specific topic in domestic legal doctrine, as well by the need to provide answers to some questions that consistently arise from almost a list of unanimous provisions on aggressive business practice in European law. Some of these doubts relate to the dilemma of whether the ban on aggressive business practices extends to so-called “business-to-business” relations, which is not common for the Directive, which protects, above all, consumers who are not professionally engaged in business, and does not have the experience of a trader, nor is he expected to have the standard of care expected of a person selling a product or providing a service. Then, the question arises whether the provisions on the prohibition of aggressive behavior in commercial relations protect the economic interests of conscientious companies that comply with regulations in relation to competitors who do not respect them, or is the exclusive object of protection – the consumer. Some dilemmas relate to the question of whether the prohibition of aggressive business practices towards consumers also applies to public entities whose activities include the sale or provision of services, ie to entities

founded by the state, as well as to the doubt as to whether there is a measure of harassment that is considered „common“, given good business practices? It is inevitable, also, to rise a question about the fact that there is very small number of Serbian court decisions in this area – is the reason that in our country the level of consumer protection is raised to such a high level that there is no need to resort to protection mechanisms defined by law and the Law on Obligations, or is it something else? These are just some of the questions I have tried to answer in this article.

Keywords: *aggressive business practice, Unfair Business Practices Directive, Consumer Protection Act.*

Датум пријема рада: 23.05.2022.

Датум прихватања рада: 27.09.2022.

Јелена Ђ. Видић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
j.vidic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-7471-2981

Милица С. Ковачевић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
m.kovacevic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-7310-743X

ДИГИТАЛНО НАСЛЕЂЕ*

Сажетак: Животи појединца данас ипак може да се замисли без коришћења икековина ИТ система. Његов врлолави развој и уиућеноси људи на исии довео је до тоа да лични подаци иосијају важан, ако не и најважнији ресурс данашњице. Толико, да се називају и „нафтом новој доба”. Ово оиу-да иио компаније своје махом бесилаине услуге најлажују корисницима иако иио им заузвраи ираже све више различитих података. Насуирој иоме, већина их исих корисника или не размишља ииа ће се десити са личним подацима након њихове смрти или није уиознаи на које све начине може да расиолаже својим диитиалним добрима *mortis causa*. Ауиори у раду размаирају иииање наследивоси диитиалних добара, а нарочио моућноси расиолаања исиим за случај смрти осиавиоца. Анализирајући актуелну домаћу реулаииву, као и иравац развоја диитиалној наслеђа у друим европским државама, ауиори исиовремено наситоје да иронају одговор на иииање како иреба схваиити појам диитиалној наслеђа у оквирима наше државе.

Кључне речи: диитиализовани подаци, диитиална добра, наслеђивање, универзална сукцесија, завештање.

* Рад је посвећен научно-истраживачком пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Живот типичног човека данашњице се једним делом простира и у виртуелном, паралелном свету. Скоро свако лице данас има додира са *online* подацима, профилима, мрежама и сајтовима. Већину свакодневних, месечних или годишњих обавеза једно лице може да изврши из удобности свог дома, електронским путем. Сваку информацију појединац може да пронађе на Интернету. Било коју куповину, већу или мању, може да изврши *online*. Често податке који су неком лицу изузетно важни, било у материјалном, било у емотивном смислу, оно управо чува, односно складишти на једном новом месту, у оквиру *online* простора. Неки од случајева које смо поменули подразумевају и отварање личних профила појединаца, са његовим многобројним подацима. Бројност таквих профила, режим, доступност и разноликост података које је једно лице спремно да подели, уређује управо оно само. Међутим, проблем настаје када лице премине. Његови профили, подаци и мреже настављају да постоје. Стога, након смрти оставиоца, иза њега, поред традиционалних добара остаје и скупина дигиталних добара, која се једним заједничким појмом означава као дигитално наслеђе.¹ Као логично, намеће се питање шта треба учинити са добрима која обитавају у виртуелном свету, те да ли и на који начин је могуће уредити њихову правну судбину.

1. ПРЕДМЕТ ДИГИТАЛНОГ НАСЛЕЂА

Било да се ради о традиционалном или дигиталном наслеђу, наследити се може само оно што улази у састав заоставштине. Према тексту Закона о наслеђивању Србије заоставштину чине сва наслеђивању подобна права која су оставиоцу припадала у тренутку смрти.² Иако наведени члан не помиње пренос обавеза, из осталих норми закона јасно произилази да на наследнике прелазе и обавезе.³ Права и обавезе која чине заоставштину, између осталог, морају по свом карактеру бити наследиви⁴, што се оцењује спрам сваког конкретног предмета наслеђивања. Сагледавајући домаће прописе, као и регулативу прихваћену у осталим савременим европским законодав-

¹ Вид. L. Kroiß, C.H. Horn, D. Solomon, *Nachfolgerecht – Erbrechtliche Spezialgesetze*, Nomos, 2019, s. 260.

² Вид. чл. 1 ст. 2 Закона о наслеђивању Србије, („Сл. гласник РС“, бр. 46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015). У даљем тексту скраћено: ЗОН Србије.

³ Превасходно се мисли на правила о одговорности наследника за дугове оставиоца. Вид. чл. 222 и 224 ЗОН Србије.

⁴ Заоставштину чине права, обавезе и други правни ентитети који припадају оставиоцу у тренутку његове смрти, а притом су наследиви и слободни за наслеђивање. Вид. N. Gavella, *Nasljedno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2008, str. 54-61.

ствима, може се извести закључак да наслеђивање дигиталних добара није регулисано посебним законом.

Ипак, када се у обзир узму основни принципи на којима почива домаће наследно право, несумњиво је да форма, односно облик у ком се предмет наслеђивања налази, те начин на који се он складишти не би смео бити *differentia specifica* у погледу одлучивања да ли су такви предмети наследиви или не. Питање њихове наследивости не би требало да зависи од облика или места чувања, већ да произлази из саме природе предмета наслеђивања или евентуално специјалних правних норми. На пример, фотографије оставиоца које се налазе у фото-албуму и фотографије које се налазе на УСБ носачу или у оквиру *cloud-a*⁵ су у оба случаја творевине аутора и редовно улазе у састав заоставштине, без обзира на место на ком се чувају, односно да ли су материјално отелотворене или не. Са друге стране доктрина је подељена, на пример, у вези приватно размењених *online* порука. Једни их поистовећују са приватном преписком оставиоца, схваћеном у традиционалном смислу, у виду писама чуваних у посебној фиоци унутар радног кабинета које, према њиховом мишљењу, улазе у састав заоставштине.⁶ Други пак дају предност правилима о заштити личних података и тајности комуникације, те ова дигитална добра искључују из састава заоставштине.⁷

Приметно је, такође, да се постојећи институти наследног права начелно могу применити и на нове изазове. Наиме, уколико се пође од претпоставке да је жеља оставиоца да пренесе одређену врсту података која се налази у дигиталној форми, може се извести закључак да би у том случају предмет наслеђивања били управо поменути дигитализовани подаци, односно дигитална добра.⁸ Међутим, због своје форме ти подаци су уско по-

⁵ *Cloud* (облак) је рачунарски програм који пружа меморијски простор путем Интернета, помоћу ког се различите информације складиште на серверу компанија чије се cloud услуге користе. Поменута опција не оптерећује простор за складиштење на било ком уређају, а опет се информацијама може приступити у било ком тренутку, са било ког уређаја на основу приступних параметара. Вид. више S. Radovanović, *Upotreba računarskog programa u cloud computing-u*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 3/2013, str. 343-344. У раду ће се појам користити у свом изворном облику.

⁶ Вид. више Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Digitaler Nachlass (Leipold), 7. Auflage, 2017, доступно на: beck-online.

⁷ Вид. B. Klas, C. Möhrke-Sobolewski, *Digitaler Nachlass – Erbschutz trotz Datenschutz*, NJW 2015, s. 3473; K. Raude, *Der digitale Nachlass in der notariellen Praxis*, RNotZ 2017, s. 17; N. Preuß, *Ann. zu BGH, Urt. v. 12.07.2018 – III ZR 183/17 (Digitaler Nachlass)*, NJW 2018, s. 3146 наведено према: студији *Der digitale Nachlass*, Fraunhofer SIT, Universität Bremen/IGMR, Universität Regensburg, Darmstadt, 2019, s. 59. У наведеним радовима аутори заступају став да су како подаци тако и налози са којима су скопчани ненаследиви, јер се ради о личним добрима оставиоца која се његовом смрћу гасе.

⁸ Доктрина је неуједначена у погледу тога да ли подацима треба признати карактер стварних права и да ли их треба посматрати као објекте апсолутног права или је за њих примеренији уговорноправни режим. Такође, у литератури се помињу и ставови о увођењу

везани са физичким предметима тзв. медијумима или телесним носачима на којима се чувају. Суштинско питање, гледано са правног аспекта јесте да ли се преносом физичког предмета, рецимо музичког ЦД-а, истовремено са њим преносе и подаци који се на њему налазе или пак не? Односно, уколико се ствари поставе у контекст наследног права – да ли се завештајним располагањем, на пример горе поменутог ЦД-а, њиме аутоматски преносе и подаци складиштени на њему? Уско посматрано, само право које оставилац као власник има на медијуму не говори ништа о праву коришћења података складиштених на њему (подвукли аутори).⁹ С друге стране, како је већ наведено, жеља како оставиоца, тако и универзалних и сингуларних сукцесора може представљати не пренос самог физичког предмета, већ дигитализованих података. Према једном мишљењу, подаци похрањени на носачу деле судбину самог носача и као такви чине саставни део наслеђа.¹⁰ Према другом ставу, замка у погледу могућности коришћења података са и уз конкретан предмет може бити избегнута прецизном формулацијом унутар самог завештања, навођењем да се њиме преносе „и сва друга припадајућа права“.¹¹ Самим тим, имаоцима дигиталних добара на располагању је могућност да путем завештања пренесу сва права и овлашћења на своје наследнике у оном обиму у ком су их они током живота уживали. Надаље, они би могли и да одреде једно или више лица од поверења којима ће уступити приступ свим или неким дигитализованим подацима и то путем налога или легата. Најзад, могуће би било и да они завештајним наследницима и/или легатарима дају смернице за гашење или брисање своје дигиталне имовине, а то исто могу учинити и постављањем извршиоца завештања.

Напред изнето важи у свим оним случајевима када је оставилац овлашћен да приступи подацима који су смештени на медијуму, било да су у

посебног, новог права интелектуалне својине. Вид. студију *Der digitale Nachlass*, Fraunhofer SIT, Universität Bremen/IGMR, Universität Regensburg, Darmstadt, 2019, s. 121-149; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Digitaler Nachlass (Biermann), Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 5. Auflage, 2018, доступно на: beck-online; С. Мидоровић, *Грађанскојравни режим ѱодајтака који наштају ућоћребом ѱамейћних уређаја*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2/2018, стр. 676-678.

⁹ Вид. Ch. Keim, D. Lehmann, *Vermächtnis von Daten auf „Original-Datenträgern“*, Beck'sches Formularbuch Erbrecht, 4. Auflage 2019, s. 1.

¹⁰ Вид. Th. Hoeren, *Der Tod und das Internet – Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail und WWW-Accounts nach dem Tode des Inhabers*, NJW 2005, s. 2113-2114. Према параграфу 90 Немачког грађанског законика медијуми на којима су складиштени дигитализовани подаци оставиоца могу се подвести под појам ствари, на којима се може засновати право својине као апсолутно право и стога, они као тако схваћени предмети могу прећи редовном универзалном сукцесијом на наследнике оставиоца. Вид. параграф 90 Немачког грађанског законика (BGB), доступно на: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb>, датум посете: 30.12.2021. као и студију *Der digitale Nachlass*, Fraunhofer SIT, Universität Bremen/IGMR, Universität Regensburg, Darmstadt, 2019, s. 48.

¹¹ Детаљније вид. Ch. Keim, D. Lehmann, *op. cit.*, s. 2.

питању његови подаци на лично његовом медијуму, било да су подаци правноваљано стечени од другог лица – нпр. куповином ЦД-а.¹²

2. УГОВОРНИ ОДНОС ОСТАВИОЦА И ПРУЖАОЦА УСЛУГА

Када се говори о дигиталном наслеђу, често се пренебрегава чињеница да дигитализовани подаци повезују неколико субјеката, који нису међусобно повезани само могућношћу наслеђивања. Ти други односи, како ће анализа показати, умногоме утичу на положај потенцијалних наследника, односно легатара. У првом реду, то су односи између оставиоца и провајдера, те положај имаоца ауторских права над ауторским делима која се стављају на располагање корисницима путем разноразних платформи. Примери су широко распрострањене друштвене мреже као што су *Instagram*, *Facebook* или *Twitter*, затим *Yahoo* и *Google* налози, те платформе као што су *Deezer*, *iTunes* или *Netflix*, које стављају на располагање музичка односно филмска дела, уз претходно прибављену дозволу, на даље коришћење крајњим корисницима.

Уколико се ради о дигиталним добрима која се налазе на серверима провајдера, њихова судбина често зависи од правила садржаних у општим условима коришћења. Она се махом могу сврстати у неку од следећих група: правила која изричито забрањују пренос дигиталних добара, било за живота, било за случај смрти; правила која садрже општу забрану преноса дигиталних добара, али га могу дозволити у изузетним ситуацијама; она која изричито предвиђају могућност преноса дигиталних добара и најзад, правила која не садрже никакве информације о овом питању.¹³ Приметно је да се у општим условима коришћења не прави разлика између врсте података који се налазе на платформама. Наиме, када је реч о друштвеним мрежама, корисник је приликом регистрације дужан да подели своје личне податке, док је касније приликом коришћења слободан да поставља и дели своја ауторска дела у виду фотографија, видео записа, разних својих других умотворина, те да размењује поруке са другим корисницима. Врста података која приликом ових активности заврши на серверу провајдера није иста. С једне стране, у питању су лични подаци корисника, али често и лични подаци других корисника, док су, с друге стране, то ауторска дела самог корисника. Када се у општим условима коришћења помиње забрана преноса података

¹² Вид. С. Мидоровић, Грађанскоправни режим података који настају употребом паметних уређаја, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2/2018, стр. 672. У свим другим случајевима, важи правило *nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse habet*.

¹³ Вид. код N. Banta, *Inherit the Cloud: The Role of Private Contracts in Distributing or Deleting Digital Assets at Death*, Fordham Law Review, Vol. 83/2014, p. 817.

на трећа лица, не прецизира се о којој врсти података се ради. Да ли су то лични подаци који под одређеним условима и треба да буду заштићени или су то ауторска дела којима оставилац може слободно даље да располаже, без обзира на то где их је провобитно поставио, па свакако и за случај своје смрти.¹⁴

Развојем појма дигиталног наслеђа и његовим бољим схватањем, сведоци смо промена, где и компаније почињу да уважавају наведену разлику. Првобитно, већина их је спадала у прву групу, намећући апсолутну забрану, те доводећи титуларе дигиталних добара у ситуацију где они нису имали слободу да одлучују шта ће се десити са њиховим дигиталним добрима након њихове смрти.¹⁵ У данашње време, компаније које имају милионе корисника можемо груписати у две целине. Неке од њих нуде могућност уклањања профила по наступању смрти, док поједине пружају опције које заправо гарантују наследницима приступ подацима.

Поред могућности која подразумева да сам корисник за живота трајно обрише своје налоге и сачува податке које даље жели да пренесе на своје наследнике, брисању налога се може приступити и уколико се провајдер увери да је наступила смрт корисника. Наведена опција може се сматрати опште-прихваћеном јер су све компаније вољне да обришу налог по наступању смрти корисника.¹⁶ Приликом брисања налога, провајдери морају бити изузетно пажљиви и одлуке доносити након што се увере да је смрт заиста наступила, те након што им сами наследници затраже уклањање налога. Потенцијални наследници су дужни да докажу свој однос са преминулим корисником, подношењем извода из матичних књига и/или завештања, а неретко и оста-

¹⁴ Вид. више С. Радовановић, *Ауторско право након смрти аутора*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 2/2004, стр. 201-224.

¹⁵ На пример, раније је неактивност корисника водила брисању односно гашењу налога, па су провајдери након протекла одређеног временског периода – од три до шест месеци или годину дана, имали слободу да приступе брисању налога. То је до недавно био случај са друштвеном мрежом *Facebook*, а последњим увидом у опште услове коришћења *Twitter* друштвене мреже, рок од шест месеци неактивности је задржан. Вид. <https://help.twitter.com/en/rules-and-policies/inactive-twitter-accounts>, датум посете: 12.08.2022. године. Неретко је због тога у страниј доктрини заступан став да општи услови коришћења озбиљно нарушавају један од основних принципа наследног права – универзалну сукцесију, те да се тим уговорима не може забранити или ограничити наследницима да прибаве своје наследство. Вид. код N. Banta, *op. cit.*, p. 842.

¹⁶ Видети више у одељку *Help Center* компаније *Meta*, како друштвене мреже *Instagram*, https://help.instagram.com/264154560391256/?helpref=related_articles, тако и друштвене мреже *Facebook*, https://www.facebook.com/help/1518259735093203?helpref=related_articles. Исто решење важи за *Twitter*, <https://help.twitter.com/en/rules-and-policies/contact-twitter-about-a-deceased-family-members-account>, за *Google* и *Yahoo*, као и са њима повезане налоге као што је на пример *YouTube* налог. Вид. <https://support.google.com/accounts/answer/3036546>, те <https://ph.help.yahoo.com/kb/SLN2021.html>, датум посете: 12.08.2022. године.

винског решења, односно у државама где је признато и наследничког уверења – *Erbschein*. Провајдери не би смели олако поступати по дојавама других корисника које неретко могу бити и малициозне или пак по непровереним новинским натписима.¹⁷ Међутим, наведена солуција не говори ништа о преузимању података који се налазе на налогу или су са њим повезани, већ само о њиховом уклањању.

Надаље, по последицама слична ситуација јесте и активирање тзв. спомен-налога у случају смрти (*Memorialized account*), коју предвиђа компанија *Meta*. Она подразумева да се садржај на профилу трајно чува на серверу провајдера, али се истом више не може приступити, нити се он може преузети, чак ни уз приступне параметре.¹⁸ Евентуално, корисник друштвене мреже *Facebook*¹⁹ може да одреди једну особу од поверења која такође мора да има профил на поменутој друштвеној мрежи, а која ће потом моћи да управља спомен-налогом (*Legacy Contact*).²⁰ Штавише, у појашњењу се наводи да се особа од поверења мора именовати у завештању или „сличном правном документу који изражава јасну сагласност“ у коме се недвосмислено изражава воља и пристанак преминулог корисника да јој се омогући ограничени приступ подацима. Последично, уколико лице премине без за-

¹⁷ У једном случају у Немачкој, профил кориснице је свега шест дана након трагичне смрти „закључан“, без знања и сагласности њених родитеља као законских заступника и законских наследника, а све на основу пријава других (исто тако малолетних корисника) и натписа у новинама. Вид. пресуду Савезног суда правде Немачке – BGH Urteil III ZR 183/17 von 12.07.2018. Пресуда доступна на званичној интернет страници суда, <https://juris.bundesgerichtshof.de>, датум посете: 15.02.2022. године.

¹⁸ За активирање спомен-налога такође је потребно доказати чињеницу смрти и везу са преминулим, док се у наставку посебно наглашава да компанија неће пружити информације о пријављивању на налог, те да би такво делање било у супротности са општим условима коришћења. Изнета солуција такође не нуди могућност преузимања података.

Вид. на https://www.facebook.com/help/1111566045566400/?helpref=related_articles, као и на https://help.instagram.com/629384070470153/?helpref=related_articles, датум посете: 12.08.2022. године. Такође: D. Kłasiček, *What happens to your Gmail and Facebook account after you die?*, Economics of Digital Transformation, University of Rijeka, Faculty of Economics and Business, Rijeka, 2019, str. 46-48.

¹⁹ Компанија *Meta* нуди постављање особе од поверења само за једну друштвену мрежу у свом власништву, а то је друштвена мрежа *Facebook*. Остаје нејасно зашто и корисницима друштвене мреже *Instagram* није дата иста могућност, поготово када се у обзир узме податак да *Instagram* броји преко 500 милиона активних корисника који на дневном нивоу деле приближно 80 милиона фотографија. Вид. *Wikipedia* страницу: <https://en.wikipedia.org/wiki/Instagram>, датум посете: 12.08.2022. године.

²⁰ Тако постављена особа од поверења може да прихвата или одбија нове захтеве за пријатељства, док већ постојеће пријатеље не може да обрише, нити може самостално да шаље захтеве за нова пријатељства. Надаље, може да мења профилну и насловну фотографију, да пише по „зиду“ (*wall*) корисника, те уколико је то корисник изричито дозволио и да сачува његове фотографије и друге записе на локалне медијуме. Приватне поруке преминулог корисника остају ван домашаја.

вештања ова опција остаје ван његовог домашаја. У том случају потенцијални законски наследници, како досадашња пракса показује, морали би да прибаве судску одлуку како би приступили подацима, при чему ни успех у судском поступку није гаранција да ће им бити обезбеђен приступ налогу и свим траженим подацима.²¹

Како корисници на појединим платформама могу бити и креатори различитог садржаја, што је посебно приметно на *YouTube* каналима, а у последње време и на друштвеној мрежи *Instagram*, поред поменутих података, иза корисника остају и новчана средства на која потенцијални наследници имају право. Конкретно, када се говори о *YouTube* каналу који се налази у склопу *Google* налога, у оквиру опције *Inactive Account Manager* самом кориснику се оставља простор да уреди пренос података у случају неактивности. Уколико корисник премине, а не искористи дату могућност, сама компанија се обавезала да на потенцијалне законске наследнике, као чланове уже породице, пренесе заостала новчана средства, без давања приступних података и контроле над налогом.²²

Најновије, уједно и највеће измене које наследницима омогућују приступ самим дигиталним добрима стижу из компаније *Apple*, која такође уводи опцију контакта у случају смрти (*Legacy Contact*) за све кориснике *iPhone*, али у знатно ширем обиму.²³ Наиме, нова опција пружа корисницима могућност да одреде једну или више особа од поверења које ће моћи да приступе њиховом *Apple* налогу након њихове смрти уз помоћ тзв. приступног кључа (*access key*). *Apple* предвиђа ограничење у погледу броја контаката, при чему један корисник може да постави максимално пет особа. Уз приступни кључ,

²¹ Поменућемо два примера, где се један тиче управо друштвених мрежа, а други приступа електронској пошти преминулог. У оба случаја, врховни судови као највише инстанце, заузели су став да су компаније дужне да предају тражене податке, те да је у првом случају *Facebook* налог корисника наследив, а у другом *Yahoo* налог електронске поште. Компаније су међутим, поступајући по одлукама судова, наследницима предале телесне носаче са подацима, док им сам приступ налогу, ни у случају постојања правноснажне пресуде, није гарантован. У првом случају је предат УСБ диск са 14.000 страница у ПДФ формату, а у другом случају ЦД и три кутије за складиштење папира са више од 10.000 страница. Вид. пресуду Савезног суда правде Немачке – BGH Urteil III ZR 183/17 von 12.07.2018 и вид. пресуду оставинског суда у Мичигену, *In re Estate of Ellsworth*, No. 2005-296, 651-DE (Mich. Prob. Ct. Mar. 4, 2005). Пресуда доступна на: https://www.lawjournals.co.uk/cases_referred/in-re-ellsworth-no-2005-296-651-de-mich-prob-ct-2005, датум посете: 05.01.2022. године.

²² Вид. више на: <https://support.google.com/accounts/answer/3036546>, датум посете: датум посете: 30.12.2021.

²³ Последње измене објављене су 13. децембра 2021. године и представљају део 15.2. IOS пакета ажурирања, у одељку „Apple ID“. Доступно на: <https://support.apple.com/en-us/HT212788>, датум посете: 30.12.2021. године. Често корисници паметних телефона, поред фотографија и видео записа, на телефонима чувају и приступне параметре за све или неке себи важне апликације, те се давањем приступа самом телефону, даје приступ и за други, много шири дигитални садржај.

потребно је да контакти доставе и потврду о смрти, након чега компанија проверава испуњеност услова и уколико не уочи неке недостатке, даје могућност лицу да уз помоћ нове шифре приступи свим подацима преминулог корисника. На овај начин, самим корисницима пружена је могућност да постављањем бенефицијара уреди судбину приступа својим подацима и добрима складиштеним на паметном телефону, односно на *cloud*-у повезаним са телефоном. Иако дата могућност није ограничена само на наследнике, јасно је да особе од поверења могу да буду и из круга законских односно завештајних наследника, те да ће таква лица најпре моћи да докажу свој интерес према компанији. Од свих напред описаних могућности, чини се да је последње наведена у складу са основним принципима наследног права, те остаје да се види на који начин и у којој мери ће бити коришћена, као и да ли ће друге платформе у будућности проширити своје поставке и усвојити слична решења.

Када су у питању друге платформе путем којих корисник има приступ *online* књигама, музици и филмовима или видео-игрицама, пре покушаја давања одговора на питање да ли се такав садржај може наследити, најпре је неопходно указати на овлашћења која сам корисник има. С једне стране, може се радити о ситуацији где корисник има овлашћења којима може располагати, у ком случају он преузимањем датотеке стиче и право даљег преноса на наследнике. Става смо да тада путем универзалне сукцесије на наследнике прелази и дигитални садржај.²⁴ С друге стране, могуће је да корисник пристајући на опште услове коришћења, уговорним односом на себе преузме само право коришћења.²⁵ С обзиром да је наслеђивање деривативан начин стицања, на наследнике могу прећи само она права која оставилац има и то у обиму у ком их и он сам ужива. Стога, да бисмо одговорили на питање да ли се у поменутом случају ради о наследивим правима и обавезама, неопходно је осврнути се и на правну природу закљученог корисничког уговора. С обзиром да је реч о једном облигационо-правном односу, по правилу, наследници би били овлашћени да ступе на оставиочево место у поменутом уговорном односу. Ипак, не сме се по аутоматизму претпоставити да су сви уговорни односи оставиоца наследиви. Неопходно је претходно утврдити о

²⁴ У том случају ради се о искључивом уступању имовинских права. Вид. чл. 62 ст. 2 Закона о ауторским и сродним правима, („Сл. гласник РС“, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012, 29/2016 – одлука УС и 66/2019). У даљем тексту скраћено: ЗАСП Србије.

²⁵ Корисници стога морају бити пажљиви приликом упознавања са општим условима пословања, јер се неретко по платформама помиње реч „купи“ и корисници кликом могу помислити да су стекли жељени садржај, а заправо су га само преузели на коришћење у одређеном временском периоду и исти не поседују. Вид. на пример опште услове компаније *Amazon*, где корисник преузима само лиценцу, која је непреносива. Доступно на: <https://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?nodeId=GLSBYFE9MGKKQXXM>, датум посете: 05.02.2022. године.

којој врсти уговора се ради, те да ли је реч о личној облигацији или не. Следствено томе, сви уговори корисника закључени спрам његових личних својстава били би ненаследиви.²⁶ Надаље, уговорне стране споразумом, чак и у ситуацији када се не ради о личној облигацији, могу да искључе наследивост. Компаније користећи своју позицију моћи, напомињу у општим условима пословања да су сва уговорна права и обавезе непреносива на трећа лица. Просечном кориснику остаје само да прихвати или одбије понуђено стање, јер се ради о једном адхезионом уговору. Но, иако се појмови непреносивости и ненаследивости у већини случајева подударају, не ради се о синонимима. Нека права могу бити непреносива, али наследива и обрнуто.²⁷ Стога је питање да ли се, у општим условима поменута непреносивост уговорних права и обавеза, односи само на послове *inter vivos* или и на послове *mortis causa*, те да ли су такве одредбе неправичне или претерано строге према корисницима. Компаније су става да је забрана апсолутна²⁸, но мишљења смо да би опште услове пословања требало прецизније формулисати. Међутим, не сме се из вида изгубити ни чињеница да уступање имовинских права, када је реч о ауторским правима, а што је најчешће и случај, може бити искључиво и неискључиво. Када у корисничком уговору није назначено о којој врсти уступања се ради, ЗАСП Србије заузима став да је реч о неискључивом преносу права.²⁹ Сходно томе, када се говори о платформама које дају на даље коришћење ауторска дела, даљи корисници односно у нашем случају будући оставиоци нису искључиви корисници и као такви немају право да тим овлашћењима даље располажу.³⁰ Самим тим, то исто право ускраћено је и њиховим наследницима. Иако су услови коришћења махом исти за све кориснике и не представљају ништа друго до упутства техничке природе за коришћење услуга,³¹ најбоље би било да свако заинтересовано лице само закључи кориснички уговор.

Надаље, у члану 142 став 3 Закона о облигационим односима наводи се да општи услови обавезују уговорну страну ако су јој били познати или

²⁶ То би, на пример, били уговори које оставилац закључује са компанијама које нуде услуге *online* провадацисања, као што је апликација *Tinder*.

²⁷ Вид. Д. Ђурђевић, *Институције наследног права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020, стр. 50.

²⁸ Законским наследницима је једино дата могућност да угасе/обришу профил са целокупним дигиталним садржајем у случају смрти блиског лица. Вид. на пример *Netflix*, <https://help.netflix.com/en/node/110165> и *Amazon*, <https://www.amazon.co.uk/gp/help/customer/display.html?ie=UTF8&nodeId=GUU8DRRE5NUHH8T5>, датум посете: 22.08.2022. године.

²⁹ Вид. чл. 62 ст. 4 ЗАСП Србије.

³⁰ Вид. чл. 62 ст. 3 ЗАСП Србије, као и С. Радовановић, *Обим дозвољеног умножавања рачунарске програмне код уговора о лиценци*, Анали Правног факултета у Београду, Београд, 1/2013, стр. 172-180.

³¹ Вид. L. Kroiß, C.H. Horn, D. Solomon, *op.cit.*, s. 271.

морали бити познати у часу закључења уговора.³² Међутим, са напред изнетим могућностима у вези планирања сукцесије просечни корисник није ни упознат, већ се све напред побројане ставке тренутно налазе у оквиру посебног одељка који се односи на пружање помоћи корисницима (*Help Center*). Иако статистика показује да ретко ко и прочита опште услове пре него што на исте пристане, они који би и желели да се са њиховим садржајем упознају, остају ускраћени за одговор на питање које то све могућности стоје на располагању самом кориснику и његовим наследницима након смрти.³³ Ради боље видљивости, поред опште одредбе да су корисници везани свим правилима, па и оним која се налазе на другим местима, мишљења смо да би и у општим условима коришћења требало поменути наведене могућности, макар и само упућујући на посебан одељак.

3. ПОЈАМ ДИГИТАЛНОГ НАСЛЕЂА

На основу свега изнетог, може се уочити да је сам појам дигиталног наслеђа врло комплексан и да је врло изазовно прецизно га дефинисати. Консултујући доступну стручну литературу, аутори су дошли до закључка да прецизна дефиниција не постоји, те да је одсуство једне такве прецизне дефиниције оправдано. Прецизно дефинисати појам у настајању значило би зауставити његов даљи развој и изоставити све оно што готово свакодневни раст ИТ система са собом носи. Чак и ово о чему данас пишемо, пре само неколико деценија је било непознаница, а врло је вероватно да ситуација неће бити много другачија ни у деценијама које нам предстоје. С друге стране, треба имати у виду чињеницу да су подаци које треба схватити као дигитално наслеђе, по својој природи врло хетерогени и као такви скопчани са различитим, често дијаметрално супротним интересима. Стога би дигитално наслеђе требало посматрати као један скупни, генерични појам који би се у најширем смислу могао схватити као „свеукупност дигиталних добара“, који не подразумева јединствени предмет наслеђивања, већ више правну позицију оставиоца да пренесе дигитализоване податке које он као корисник има у вези са ИТ системима. То би били сви поменути дигитализовани подаци који се чувају на медијумима, на Интернету и на *cloud*-у, као што су фотографије, електронски текстови, видео и аудио записи, кориснички налози и њихови приступни подаци, али и електронска пошта, права на

³² Вид. чл. 142 ст. 3 Закона о облигационим односима Србије, („Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93, „Сл. лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља и „Сл. гласник РС“, бр. 18/2020).

³³ Аутори су за њих сазнали занимајући се за тему, из литературе, а затим претражујући конкретне могућности на интернету, а не као редовни корисници поменутих платформи.

веб страницама и доменима, сопствена *online* трговина, *YouTube* налози са приходима од оглашавања, крипто-валуте, *online* банкарство и многа друга, по својој природи, разноврсна добра. Тако схваћено дигитално наслеђе може несметано да се развија, не уводећу неку посебну категорију у смислу наслеђивања и остављајући посебним гранама права могућност да уведе посебне услове и ограничења.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Дигитална добра су у великој мери заменила или су на путу да замене личну покретну имовину појединца, посебно имајући у виду да врсте дигиталних добара расту практично из дана у дан.

У домаћем правном систему, дигитално наслеђе није регулисано посебним нормама, с тим што је несумњиво да се основни принципи на којима почива домаће наследно право начелно могу применити и на наслеђивање дигиталних добара. Тако се, како смо то видели, у одређеним ситуацијама, универзална сукцесија може несметано одвијати, с тим што се у случају постојања уговорних односа које је корисник закључивао током живота са пружаоцима *online* услуга, морају узети у обзир и општи услови коришћења пружаоца ових услуга. Мишљења смо да би најбоље решење представљало оно којим би се самим корисницима оставила могућност да одлуче о судбини својих корисничких налога у случају смрти, а које би требало предвидети општим условима пословања. Треба нагласити да чак и у случају неангажовања самих корисника или непостојања одговарајућих правила конкретних компанија, потенцијалним наследницима није ускраћено право на наслеђивање, с тим што би се оно у оваквом случају, барем према постојећем стању ствари, могло реализовати на тежи начин, односно искључиво у судском поступку.

Упркос растућој вредности и важности дигиталних добара, посматрано са аспекта регулативе дигиталног наслеђа, ситуација је и на остатку европског правног тла иста. Става смо да непостојање посебних законских прописа који би били посвећени наслеђивању дигиталних добара представља управо последицу тога што дигитално наслеђе треба посматрати као један скупни појам, који се не односи на јединствени предмет наслеђивања, већ превасходно на правну позицију корисника као оставиоца, при чему треба узети у обзир и чињеницу да је претходно неопходно постићи и одређени степен сигурности и доследности у погледу тога шта дигитализовани подаци јесу. Стога нам се чини да би у овом стадијуму развоја појма дигиталног наслеђа, постојање прецизних правила било и преурањено.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Литература

- Banta Natalie, *Inherit the Cloud: The Role of Private Contracts in Distributing or Deleting Digital Assets at Death*, Fordham Law Review, Vol. 83/2014, 799-854.
- Der digitale Nachlass**, Fraunhofer SIT, Universität Bremen/IGMR, Universität Regensburg, Darmstadt, 2019.
- Gavella Nikola, *Nasljedno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2008.
- Ђурђевић Дејан, *Институције наследној права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020.
- Keim Christopher, Lehmann Daniel, *Beck'sches Formularbuch Erbrecht*, 4. Auflage, München, 2019.
- Klas Benedikt, Möhrke-Sobolewski Christine, *Digitaler Nachlass – Erbenschutz trotz Datenschutz*, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2015, s. 3473-3478.
- Klasiček Dubravka, *What happens to your Gmail and Facebook account after you die?*, Economics of Digital Transformation, University of Rijeka, Faculty of Economics and Business, Rijeka, 2019, str. 37-56.
- Kroiß Ludwig, Horn Claus-Henrik, Solomon Dennis, *Nachfolgerecht – Erbrechtliche Spezialgesetze*, Nomos, 2. Auflage, 2019.
- Мидоровић Слобода, *Грађанској правни режим њогајака који насјтају ујо-требом њаметњих уређаја*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2/2018, 663-679.
- Preuß Nicola, *Digitaler Nachlass – Vererbbarkeit eines Kontos bei einem sozialen Netzwerk*, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2018, s. 3146-3149.
- Radovanović Sanja, *Upotreba računarskog programa u cloud computing-u*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 3/2013, str. 343-357.
- Радовановић Сања, *Обим дозвољеној умножавања рачунарскеј њрограма код ујовора о лиценци*, Анали Правног факултета у Београду, Београд, 1/2013, стр. 169-197.
- Радовановић Сања, *Аујторско ѡправо након смртји аујтора*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2/2004, стр. 201-224.
- Raude Karin, *Der digitale Nachlass in der notariellen Praxis*, Die Rheinische Notar-Zeitschrift (RnotZ) 2017, s. 17-27.
- Hoeren Thomas, *Der Tod und das Internet – Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail- und WWW-Accounts nach dem Tode des Inhabers*, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 58/2005, s. 2113-2117.

Законски текстови

- Закон о наслеђивању Србије – („Сл. гласник РС“, бр. 46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015)
- Закон о облигационим односима Србије – („Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93, „Сл. лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља и „Сл. гласник РС“, бр. 18/2020)
- Закон о ауторским и сродним правима – („Сл. гласник РС“, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012, 29/2016 – одлука УС и 66/2019)

Интернет извори

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Digitaler Nachlass, beck-online (<https://beck-online.beck.de/>)

Немачки грађански законик (BGB), <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>

Савезни суд Немачке (BGH), <https://juris.bundesgerichtshof.de>

Twitter Центар за помоћ, <https://help.twitter.com/>

Instagram Центар за помоћ, <https://help.instagram.com/>

Facebook Центар за помоћ, <https://www.facebook.com/help/>

Google Помоћ, <https://support.google.com>

Yahoo Помоћ, <https://ph.help.yahoo.com/>

Wikipedia страница, <https://en.wikipedia.org/wiki/Instagram>

Law Journals, https://www.lawjournals.co.uk/cases_referred/in-re-ellsworth-no-2005-296-651-de-mich-prob-ct-2005

Apple служба за корисничку подршку, <https://support.apple.com>

Amazon корисничка подршка, <https://www.amazon.co.uk/gp/help/customer/display.html?ie=UTF8&nodeId=GUU8DRRE5NUHH8T5>

Netflix корисничка подршка, <https://help.netflix.com/en>

Jelena Đ. Vidić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
jvidic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-7471-2981

Milica S. Kovačević
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Kovacevic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-7310-743X

Digital Inheritance

Abstract: Nowadays, the life of an individual can hardly be imagined without using the attainment of the IT system. Its vertiginous development and people's familiarity with it has led to the fact that personal data are becoming an important, if not the most important, resource today. So much so, that they are also called "the oil of new era". This is coming from the fact that companies now charge users for their mostly free services by asking them for more and more different data in return. Contrary to that, most of the users do not think about what will happen to their personal data after their death or are not aware of all the ways they can dispose of their digital assets mortis causa. The authors consider the question of heritability of digital goods, and especially the possibility of disposing of them in the event of the death of the testator. Analyzing the current domestic regulations, as well as the direction of development of digital inheritance in other European countries, at the same time the authors are trying to find an answer to the question how to understand the term of digital inheritance within the framework of our country.

Keywords: digitized data, digital assets, inheritance, universal succession, last will.

Датум пријема рада: 11.09.2022.

Датум прихватања рада: 04.10.2022.

Драгунин С. Аврамовић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
d.avramovic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-3383-4346

Илија Д. Јованов
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
i.jovanov@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-1582-7102

ТУМАЧЕЊЕ ПРАВА И НАМЕРА*

Сажетак: Аутори полазе од става да је намера (колективної) законодавца елемент који тумач норме треба да има у виду приликом разумевања текста закона. Намера се може схватити на различите начине, шире и уже, као психички момент, али и као испољена намера. Најуледнији пројекти концепта колективне психичке намере долазе из редова школе правног реализма, кристалишући ставове и начине решавања бројних важних предмета у пракси највиших судских инстанци у САД-у. Аутори закључују да је ајсурно законодавну намеру схватити као концепт који има за циљ чињање мисли чланова законодавне тела. Али ипак, ледећи да законодавац, само зато што је колективно тело нема било какву намеру поводом теме о којој расправља и доноси најважније пројекте у држави, у истој мери је проблематично. Аутори настоје да укажу да има основа за тврдњу да леиславица увек има рационалну вољу, која у крајњој линији осликава становиште народа према политици коју је парламентарна већина кандидовала на изборима. Следствено томе, понекад је могуће са великим степеном вероватноће наслутићи одговор како би законодавац решио одређену дилему када би она пред њим била постављена. Намера законодавца може бити од велике користи приликом тумачења, али се мора имати на уму да она не решава сваки конкретан проблем у интерпретацији правне

* Овај рад је резултат реализовања пројекта „Правна традиција и нови правни изазови“ који се финансира средствима Правног факултета Универзитета у Новом Саду.

норме и да понекад представља само смерницу за начин размишљања дисциплинованој судије који ће увек тражити за смислом који је законодавно било желело да испољи употребљеним речима.

Кључне речи: законодавна намера; правно значење речи; Макс Радин; ефикасност у судском одлучивању.

УВОД

Тумачење права представља једну од најзначајнијих али и најделикатнијих и најизазовнијих области у теорији права. Аналитичка загонетка која се појављује код интерпретације закона је што текст представља најважнији елемент, али његово значење у великој мери зависи од окружујућег контекста који ће понекад сугерисати смисао који је супротан од очигледног језичког значења. Традиционални приступ у пракси највиших судских инстанци у Сједињеним Америчким Државама подразумевао је узимање у обзир сваког контекстуалног доказа, иако је већ од краја 19. века било противника, а нарочито од 30-их година прошлог века са јачањем идеја правног реализма у америчкој јуриспруденцији.¹

Речи, фразе, реченице и изјаве које немају унутрашњу двосмисленост одједном постају двосмислене када се посматрају у вези са догађајима који их окружују. На пример, уговори се закуп простора у децјој играоници ради прославе рођендана, с тим што је политика закуподавца да не затвара играоницу за друге посетиоце. У време када се сече торта, поред слављеника и гостију у играоници је присутно још двоје деце. Из почетног договора, иако није посебно прецизирано али је уобичајено, произлази да ће се парче торте дати само деци која су дошла на рођенданску забаву. Међутим, двоје деце тужно посматрају из прикрајка, а торте има више него довољно. Послужитељи ће ову дилему најбоље решити ако питају домаћине да ли је у реду да послуже и осталу децу. Али претпоставимо, ради мисаоног експеримента, да то није могуће јер су родитељи слављеника заузети разговором са другим гостима. Како ће послужитељи поступити, да ли ће се слепо држати почетног (претпостављеног) договора или ће разумним просуђивањем доћи до закључка да би намера домаћина у овој ситуацији била да сва деца добију по парче торте? Одговор ће у највећој мери зависити од изабраних правила тумачења.

¹ Вид. М. Radin, „Legal Realism“, *Columbia Law Review* 5/1931, 824-828; L. Fuller, „American Legal Realism“, *University of Pennsylvania Law Review and American Law Regis* 5/1934, 429-462; K. Llewellyn, „On Reading and Using the Newer Jurisprudence“, *Columbia Law Review* 4/1940, 581-614.

1. ТРАДИЦИОНАЛНИ ПРИСТУП

Приказ традиционалног приступа у одлучивању Врховног суда Сједињених Америчких Држава може се пронаћи у случају *INS v. Stevic*². Предраг Стевић је био југословенски држављанин који је 1976. године отпутовао у Чикаго у посету сестри. Пошто је прекорачио време боравка које му је било дозвољено визом (6 недеља), Имиграциона служба Департмана правде (*Immigration and Naturalization Service, INS, United States Department of Justice*) је започела поступак његове депортације. Стевић се убрзо оженио америчком држављанком која је поднела захтев за држављанство у његову корист, али је непосредно након венчања погинула у саобраћајној несрећи што је узроковало аутоматско поништење његове визе. Након тога, Стевић је тражио заустављање депортације позивајући се на параграф 243(h) Имиграционог Акта (*Immigration & Nationality Act*) од 1952. године. У свом захтеву је истицао страх од прогона у случају повратка због анти-комунистичких активности у којима је учествовао, наводећи да је његов таст био у затвору из истих разлога. На негативну одлуку Имиграционе службе Стевић се жалио посебном жалбеном телу (*The Board of Immigration Appeals, BIA*) у оквиру Департмана правде који је, без саслушања, такође одбио његов захтев. Напокон, жалба је упућена и Апелационом суду (*United States Court of Appeals for the Second Circuit*). Суд је сматрао да је довољно доказати само „основани страх од прогона“ („*well-founded fear of persecution*“), а не и „јасну вероватноћу од прогона“ („*a clear probability of persecution*“) и вратио је предмет Имиграционој служби како би се обавило саслушање. Ипак, Имиграциона служба је затражила од Врховног суда да коначно разреши новонасталу дилему која је везана за тумачење норме.

Одредба Имиграционог Акта из параграфа 243(h) дозвољава Државном правобраниоцу (*Attorney General*) да задржи депортацију уколико *странац* докаже да би био прогоњен.³ Поменути Акт је допуњен путем Избегличког Акта („*Refugee Act*“) од 1980. године⁴, који је у складу са Протоколом Уједињених нација поводом статуса избеглица („*United Nations Protocol Relating to the Status of Refugees*“),⁵ којем су САД приступиле 1968. године. Друга

² *INS v. Stevic*, 467 U.S. 407 (1984) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/407/#413> Сајт је посећен 10. 01. 2022.

³ „*The Attorney General is authorized to withhold deportation of any alien within the United States to any country in which in his opinion the alien would be subject to physical persecution and for such period of time as he deems to be necessary for such reason.*“ (подвукли аутори) *Immigration & Nationality Act*, ch. 477, sec. 243(h). Текст је доступан на сајту <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-66/pdf/STATUTE-66-Pg163.pdf> Сајт је посећен 05. 01. 2022.

⁴ <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-94/pdf/STATUTE-94-Pg102.pdf> Сајт је посећен 05. 01. 2022.

⁵ <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/ProtocolStatusOfRefugees.aspx> Сајт је посећен 05. 01. 2022.

одредба Избегличког Акта од велике важности за решавање конкретног предмета је параграф 208(а) који оставља могућност Државном правобраниоцу да дискреционим одлучивањем одобри азил *избеглици* који докаже „основани страх од прогона“ због расе, религије, националности, припадности одређеној друштвеној групи или политичког мишљења.⁶

Главна питања које је Врховни суд требало да расправи је да ли странац мора да докаже „јасну вероватноћу од прогона“ како би Државни правобранилац зауставио депортацију. Наиме, у Имиграционом Акту није на несумњив начин наведен стандард доказивања и имиграционе судије су у оваквим предметима уобичајено захтевале да се докаже *prima facie* „јасна вероватноћа“ да ће странац бити прогоњен. Међутим, Имиграциони Акт је 1980. године допуњен Избегличким Актом, и то конкретан параграф 243(h) је допуњен параграфом 203(e) где се наводи да „Државни правобранилац неће депортовати странца ако утврди да би његов живот или слобода били угрожени због расе, религије, националности, припадности одређеној друштвеној групи или политичког мишљења.“⁷ У конкретном случају, Имиграциона служба је применила стандард доказивања који је уобичајен у судској пракси, али је у другостепеном поступку Апелациони суд утврдио да више није потребно доказати „јасну вероватноћу“ већ „основани страх“. Суд се позвао на дефиницију избеглице из Избегличког Акта која установљава потоњи стандард, сматрајући да се он односи и на члан којим се зауставља депортација, иако је у Акту јасно исказано да се то односи само на дискреционо одлучивање Државног правобраниоца у вези са доделом азила. Апелациони суд је тако закључио јер је држао да је Конгрес имао „намеру“ да у потпуности напусти стари и усвоји нови стандард у свим предметима који се тичу имиграционе политике. Осим изјаве да је језик Протокола повољнији за странца, Апелациони суд није испитивао детаље у вези са разликама између два стандарда. Због значаја питања и различитих ставова Врховни суд је одобрио преиначење одлуке.

У току поступка је изнето неколико аргумената. Са једне стране, истинито је да стандарди „јасна вероватноћа“ и „основани страх“ нису самообја-

⁶ „The alien may be granted asylum in the discretion of the Attorney General if the Attorney General determines that such alien is a refugee within the meaning of section 101(a)(42)(A)“. (подвукли аутори) Refugee Act, sec. 208(a) „The term ‘refugee’ means any person who is... unable or unwilling to avail himself or herself of the protection of that country because of persecution or a well-founded fear of persecution...“ Refugee Act sec. 101(a)(42)(A)

Вид. Refugee Act of 1980. sec. 208(a), sec. 201(a), sec. 101(a)(42) of the Immigration and Nationality Act <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-94/pdf/STATUTE-94-Pg102.pdf> Сажт је посећен 05. 01. 2022.

⁷ „The Attorney General shall not deport or return any alien to a country if the Attorney General determines that such alien’s life or freedom would be threatened in such country on account of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion.“ (подвукли аутори) Вид. Refugee Act of 1980. sec. 203(e).

шњујући. Када се посматра пракса судова у погледу њихове употребе пре усвајања Избегличког Акта, може се уочити да није прављена „значајна“ разлика у њиховом схватању. Ако она чак и постоји, јасна намера Конгреса код усвајања Избегличког Акта била је да задржи *status quo*. У том смислу, приступање Протоколу је било засновано на изричитом „разумевању“ да то неће мењати суштину имиграционог права. С друге стране, истицано је да стандарди нису истоветни и да се након 1968. године блажи стандард мора примењивати на све захтеве за депортацију.

Врховни суд у својој пресуди констатује да је пре 1968. године било неспорно да се захтева „јасна вероватноћа“ по параграфу 243(h).⁸ Међутим, Суд напомиње да се то односи на оне који су већ унутар граница САД-а, а не на странце који на граници траже статус избеглице због прогона. Наиме, још од 1947. године на избеглице се односио стандард „основани страх од прогона“, чиме су се испуњавале обавезе према Међународној избегличкој организацији у оквиру Уједињених нација.⁹ Због тога су, сматра Суд, председник и Сенат САД-а веровали да је Протокол у највећем делу у складу са постојећим правом и општеприхваћеном политиком према избеглицама. У том смислу Врховни суд истиче доказе у погледу легислативне историје, попут изјава које су даване приликом приступања Протоколу из којих се закључује да су њихови гласноговорници сматрали да приступање неће захтевати било какву додатну измену законског језика. Према томе, одговор на кључно питање да ли је Конгрес имао намеру да примени стандард доказивања „основани страх“ на питање депортације је негативан. Суд даље констатује да је Избеглички Акт изменио језик параграфа 243(h), али не у делу који се тиче стандарда доказивања. Амандмани поводом тог члана су усвојени само „зарад јасноће“ и нису имали намеру да мењају стандард доказивања.

Текст закона једноставно не прецизира колико велика могућност за прогон мора да постоји како би се зауставила депортација. Ако се тај стандард изводи из простог језика који је употребљен, Суд је на становишту да израз „*would be threatened*“ јасно указује на висок степен вероватноће, за разлику од израза „*could*“ или „*might*“. Не постоји спор око дефиниције стандарда „јасне вероватноће“ који се лако утврђује одговором на питање „да ли је више вероватно него што није“ да ће странац бити прогоњен. Такође, ни пре

⁸ Вид. пресуде *Cheng Kai Fu v. INS*, 386 F.2d 750, 753 (CA2 1967). Пресуда је доступна на сајту <https://casetext.com/case/cheng-kai-fu-v-immigration-nat-serv> Сајт је посећен 10. 01. 2022; *Lena v. INS*, 379 F.2d 536, 538 (CA7 1967) Пресуда је доступна на сајту <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/379/536/361720/> Сајт је посећен 10. 01. 2022.

⁹ *International Refugee Organization* је била специјализована агенција УН-а која се бавила проблемом масовних избеглица као последице Другог светског рата. Организација је престала са радом 1952. године и замењена је Канцеларијом високог комесара УН-а за избеглице (UNHCR).

Избегличког Акта ни након његовог усвајања у члану који се тиче заустављања депортације не спомиње се реч „избеглица“ („*refugee*“) већ „странац унутар Сједињених Држава“ („*alien within the United States*“). Како се параграф 243(h) не повезује са параграфом 101(a)(42)(A) Избегличког Акта који дефинише појам избеглице, већ се тај појам односи само на горе поменуто дискреционо одлучивање поводом давања азила избеглици, Врховни суд налази да нема основа да се стандард „основани страх“ примени на параграф 243(h). Суд је на становишту да је Конгрес имао схватање да статус избеглице сам по себи не захтева заустављање депортације, већ да је странац дужан да испуни стандард доказивања из параграфа 243(h). Због тога Врховни суд закључује да Апелациони суд није добро пресудио и да се његова одлука заснива на погрешној премиси да свака избеглица има право на заустављање депортације. Нема основа за такво закључивање ни на основу простог језичког тумачења тог члана, ни у структури чланова којима је он допуњен амандманима, ни у легислативној историји.

Ово је традиционални приступ Суда који истиче да је његова улога да примени изворну намеру Конгреса. Законодавна историја је обично релевантна или да обезбеди значење нејасне одредбе, или да потврди, односно негира правно значење јасног језичког значења. Дакле, тзв. меко правило јасног значења (*The „Soft“ Plain Meaning Rule*) указује да легислативна историја може ставити ван снаге чак и потпуно јасно језичко значење норме уколико суд утврди да је јасно изражена намера законодавца била супротна језику који је употребљен. Понекад суд само обави кратак преглед и цитира један или два извора легислативне историје да би поткрепио своју сопствену интерпретацију, а понекад обави и озбиљнију реконструкцију како би дошао до закључка који одговор би Конгрес изабрао код одређеног интерпретативног проблема да му је био директно постављен.¹⁰

Оваква пракса Врховног суда установљена је још крајем 19. века, а један од водећих случајева који је оставио дубок траг је *Church of the Holy Trinity v. United States*. Наиме, Црква је ангажовала енглеског свештеника и обезбедила је услове за његово путовање у САД. Међутим, то је било у супротности са федералним прописима који су забрањивали превоз или било какву другу помоћ странцима са циљем њихове миграције ради обављања рада или пружања услуга у САД-у, осим за изузетке међу којима нису били духовници. Упркос томе, Врховни суд се ослонио на легислативну историју закључивши да намера Конгреса није била да искључи „интелектуалне раднике“.¹¹

¹⁰ W. N. Eskridge Jr, „The New Textualism“, *UCLA Law Review* 4/1990, 626-632; H. Jones, „The Plain Meaning Rule and Extrinsic Aids in the Interpretation of Federal Statutes“, *Washington University Law Quarterly* 1/1939, 2-26.

¹¹ Вид. *Church of the Holy Trinity v. United States*, 143 U.S. 457 (1892). Пресуда је доступна на сајту <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/143/457/> Сајт је посећен 11. 01. 2022.

2. КРИТИКА ТРАДИЦИОНАЛНОГ ПРИСТУПА

Традиционална пракса Врховног суда САД-а је већ у првој половини 20. века била предмет критика. Школа правног реализма је начелно тврдила да је колективна намера легислативе само конструкција тумача, јер законодавно тело обично нема унапред одређена и јасна колективна очекивања о многим (ако их уопште има) конкретним питањима која се постављају код примене закона. Чак и разговор о намери појединца подразумева сложене закључке и правне фикције. Причати о колективној намери је спој различитих фикција, не само због већег броја људи чију намеру треба открити већ и због њихове ћутљивости приликом доношења прописа, па и због правила која се тичу законодавне процедуре у системима са дводомним парламентом када закон мора у оба дома бити усвојен са истом садржином.¹²

Свакако најгласнији међу реалистима био је Макс Радин (*Max Radin*). Истичући фамозну и често цитирану мисао судије Холмса (*Holmes*) да речи нису кристали, Радин наводи да оне ипак нису ни такве да се њихово значење може потпуно слободно утврђивати.¹³ Термин „интерпретација“ је у право доспео након што је установљен у књижевности и религији, областима у којима се тежило откривању правог значења речи које долазе од уметника или Бога. Међутим, Радин сматра да књижевни и теолошки методи тумачења нису релевантни, јер у праву није присутна тежња да се уђе у ум уметника или да се проникне у божанску вољу.¹⁴ У религији може постојати догма да је јасно значење сакралног текста неисправно, а да је исправно некакво езотерично или мистично схватање. Али, закони нису изрази испуњени небројеним

Постоји значајан број предмета у којима је Врховни суд готово признао да је заменио јасно значење са „очигледном легислативном намером“ или сврхом коју је спознао путем легислативне историје. Вид. *Kelly v. Robinson*, 479 U.S. 36 (1986) Пресуда је доступна на сајту <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/479/36/> Сајт је посећен 18.01.2022.; *Bob Jones Univ. v. United States*, 461 U.S. 574 (1983) Пресуда је доступна на сајту <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/461/574/> Сајт је посећен 18. 01. 2022.; *Simpson v. United States*, 435 U.S. 6 (1978) Пресуда је доступна на сајту <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/435/6/> Сајт је посећен 18.01.2022.; *Leary v. United States*, 395 U.S. 6 (1969) Пресуда је доступна на сајту <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/6/> Сајт је посећен 18.01.2022.

¹² W. N. Eskridge Jr, 642.

¹³ Радин је на овом месту истраго из контекста неколико речи које су део следеће реченице из пресуде *Towne v. Eisner*, 245 U.S. 418 (1918): „A word is not a crystal, transparent and unchanged, it is the skin of a living thought, and may vary greatly in color and content according to the circumstances and the time in which it is used.“ Смисао реченице, чини се потпуно јасан, је супротан од онога што Радин жели да докаже. Пресуда је доступна на сајту <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/245/418/> Сајт је посећен 18. 01. 2022.

¹⁴ Слично сматра и Џонс. Ако је интерпретација операција којом судије покушавају да репродукују мисао у умовима чланова легислативе, онда је законска интерпретација у свом приступу истоветна са оном у литератури или теологији. Н. W. Jones, „Statutory Doubts and Legislative Intention“, *Columbia Law Review* 6/1940, 966.

емоционалним призвучима, нити трајна креација безгрешне мудрости. Закон је изјава о ситуацији или групи могућих догађаја унутар ситуације и као такав је суштински двосмислен. Притом, двосмисленост, према Радињу, не значи да реченица дозвољава оно што се чини да забрањује, већ је изјава двосмислена увек када постоје два могућа значења и није од важности да ли међу њима постоји контрадикторност. Према томе, ситуације описане у законским нормама су начелно одредиве, а не одређене. Одредиво постаје одређено када се број могућих закључака сведе на само један.¹⁵

Феликс Франкфуртер (*Felix Frankfurter*) такође сматра да не треба исказивати заинтересованост ни за шта субјективно и да је погрешно испитивати ум законодавца или састављача предлога закона. Он чак свесно избегава да користи појам „намера“ јер, ослањајући се на Холмса, сматра да не треба гледати шта је законодавац имао намеру да каже већ само шта речи значе. Све што је написано може представљати проблем у значењу. То произлази из саме природе речи. Оне су симболи значења, али за разлику од математичких симбола сачињавање документа ретко садржи више од приближне прецизности. Ако су појединачне речи непрецизне у значењу, онда њихова комбинација тешко може дати прецизне дефиниције. Осим тога, закон сам по себи пати од двосмислености јер то није једначина или формула која представља јасан процес. У питању је инструмент владавине који има практичне циљеве и своја ограничења. Најзад, закони се по природи ствари генерално односе на будућност и термине који се користе треба тумачити у хармонији са околностима и мишљењима која преовлађују од једног времена до другог.¹⁶

Да је подела закона на јасне и двосмислене, у смислу утврђивања намере, вештачка и нетачна истиче и Френк Хорак (*Frank Horack*). Ипак, он дозвољава да закон може бити јасан и тада откривање намере треба да потврди оно што је написано. Ако не потврди, или нејасноћа ипак постоји или је тумач тенденциозно „открио“ другачију намеру како би прилагодио значење искоришћених речи.¹⁷ Дакле, овакво гледиште зависи од претходног става да ли се прихвата могућност да је нешто потпуно јасно или је све изјаве могуће интерпретирати двосмислено. На пример, према Херију Џонсу (*Harry Jones*), ако су речи јасне, недвосмислене и не воде ка апсурдним резултатима, онда оне морају бити примењене без обзира на смисао који је њихов аутор имао намеру да пренесе. Џонс проблем примећује у томе што су судије често вољне да интерпретирају речи у смислу како је њихов аутор

¹⁵ M. Radin, „Statutory Interpretation“, *Harvard Law Review* 6/1930, 866-869.

¹⁶ F. Frankfurter, „Some Reflections on the Reading of Statutes“, *Columbia Law Review* 4/1947, 528, 538-539.

¹⁷ F. Horack Jr, „In the Name of Legislative Intention“, *West Virginia Law Quarterly* 2/1932, 125.

наводно имао намеру да их пренесе иако се схватање легислативе може јасно видети из употребљеног текста.¹⁸

2.1. (Не)постојање намере

Како Радиново одредиво учинити одређеним? Метод који је у америчкој јудикатури имао највише подршке подразумевао је откривање намере легислативе. Радин истиче да је посреди „апсурдна фикција“, па чак и да је стваралац права као колегијално тело фикција. „Легислатива сигурно нема било какву ‘намеру’ у вези са речима које су саставили двојица или тројица, које су многи одбили и у вези са којима многи који су их одобрили могу имати, и у великом броју случајева јесу имали, различите идеје и веровања. Шанса да је неколико стотина људи имало исту одређену ситуацију на уму као редукцију могућих одредивих ситуација је непојмљиво мала. Али чак и да без иједног гласа против закон буде усвојен, како се може сазнати садржај мисли осим путем спољних понашања која су сама по себи двосмислена и која могу бити мотивисана на стотине различитих начина.“¹⁹ То можда није немогуће, али Радин поставља питање колико је вероватно да се дође до таквог сазнања?

Рид Дикерсон (*Reed Dickerson*) указује да је Радин написао једну од најразорнијих анализа законодавне намере, једног од фундаменталних и истовремено недостижних концепата у тумачењу закона чија је снага веома изражена. Наиме, у подели одговорности коју представља уставна подела власти, легислатива утврђује правила понашања, а суд мора да поштује њене одлуке. Његов задатак је да што прецизније утврди шта је била намера у погледу онога што мора бити учињено. Поменути циљ није лако остварити јер људи нису увек успешни у испољавању сопствених мисли.²⁰ Како Џон Чипман Греј (*John Chipman Gray*) указује закон је *изражена* воља легислативног

¹⁸ H. W. Jones (1940), 967.

¹⁹ M. Radin (1930), 870-871. Хорак сматра да се оваквом ставу Радинова не може приговорити, али да то ипак не води ка закључку да је намера фикција. F. Horack Jr, 125-126. Мишљењу да је намера „угодна правна фикција“, иако можда неопходна, придружује се и Ричард Нуњез (*Richard Nunez*). У складу са његовом поделом намера (вид. фн. 24), Нуњез истиче да је могуће да легислатива има јасну намеру поводом друштвене политике и генералне сврхе закона, а да није посвећен ниједан моменат специфичном значењу одређене речи или фразе. Ако специфична намера не постоји, а ми се понашамо као да је има, онда деламо у складу са правном фикцијом. Чак и када намера постоји на вишем нивоу апстрактности често је случај да ће бити фикција када се примени на реч или фразу. R. Nunez, „The Nature of Legislative Intent and the Use of Legislative Documents as Extrinsic Aids to Statutory Interpretation: A Reexamination“, *California Western Law Review* 1/1972, 128, 130.

²⁰ R. Dickerson, „Statutory Interpretation: A Peek into the Mind and Will of a Legislature“, *Indiana Law Journal* 2/1975, 206-207. Треба приметити да се озбиљна деконструкција Радинових аргумената догодила тек неколико деценија након првобитног текста. Разлог томе се

органа једног друштва а психолошки пренос мисли вештачког тела представља „лов на духове“. Воља легислативе мора бити изражена речима, у писаној или говорној форми. Чак и тада мисао се не преноси, већ речи дају импулс који омогућава да се у уму слушаоца створи сличан процес размишљања као и у уму говорника.²¹

Поменуће тешкоће не значе да је комуникација немогућа. Намера обично одражава очекивање да ће читалац или слушаалац помоћу језика као система знакова спознати шта је писац или говорник хтео да саопшти. Намера у објективном смислу представља њену објективну манифестацију од стране језика који се користи. Међутим, језик такође има своје сопствено значење према кодексу значења и оно се може разликовати од стварне намере одашиљача.²² Због тога је корисно разликовати „стварну субјективну намеру“ од „испољене намере“. Ако се нешто и може приговорити првој, то није случај са другом која је објективно утврдива и представља синоним за „значење према типичном читаоцу“. Због тога Дикерсон користи израз „легислативна намера“ за означавање субјективне намере, док термином „значење“ одређује шта се сугерише језиком закона када се чита у исправном контексту.²³ У одређеној, ограниченој мери Дикерсон се слаже да идеја изражена речима може имати свој сопствени живот независно од онога што се налазило у уму одашиљача, али сматра да морамо читати закон као да се стварна и манифестована намера подударaju. То је претпоставка која омогућава да на дуге стазе можемо открити стварну намеру прецизније него под било којом другом претпоставком јер је у природи језика да осликава онај начин његове употребе који је преовлађујући. Интерпретатор мора да пође од тога да стварно значење коинцидира са израженим значењем све док одашиљач речи не разјасни своју поруку њеним поновним испољавањем.²⁴

Радинов аргумент о непостојању једне особе коју можемо назвати законодавцем и чији ум можемо испитати како бисмо открили намеру која се

можда може тражити, између осталог, у чињеници да Радинова анализа није имала значајнијег утицаја на праксу Врховног суда САД-а.

²¹ J. C. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, Gloucester 1972. (репринт другог издања од 1929.), 170-171.

²² Вид. Р. Д. Лукић, *Тумачење љрава*, Београд 1961, 54.

²³ R. Dickerson, 208, 210. Занимљиву и корисну поделу даје и Нуњез. 1) Намера која се тиче решења за неки генерални друштвени проблем, нпр. закон којим се уређује питање загађења животне средине; 2) Намера која се тиче општих сврха конкретног закона; 3) Намера која се тиче значења специфичне речи или фразе конкретног закона. R. Nunez, 129.

²⁴ R. Dickerson, 217-218. Слично и Франкфуртер. Речи морају да се разумеју у оном смислу у којем их је законодавац употребио. Закони нису археолошки документи који ће бити испитивани у библиотекама. Ако су написани за обичног човека, онда се мора претпоставити да је законодавац желео да се речи читају умом обичног човека; и супротно, ако су упућене специјалистима, судије морају да их читају умом специјалиста. F. Frankfurter, 535-536.

крије иза закона није споран. Чак и организација сачињена од људских бића није људско биће. Али аргумент сам по себи не говори у прилог непостојања намере. Ако се законодавац посматра као проста фикција, онда су последично и закони фикција. Легислатива као колективно тело је правна конструкција и сачињена је од свих елемената који представљају саставне чиниоце сваке друге друштвене организације. Држати да је законодавац фикција значило би тврдњу да је свака организација сачињена од људи који имају заједничке циљеве, средства и правила рада и понашања фикција.

Други аргумент је још озбиљнији и истиче узалудност тражења намере у умовима велике хетерономне групе. Дикерсон одговара правилом већине, истичући да гледиште оних који нису гласали за закон постаје ирелевантно. Са друге стране, парламентарци који су гласали али нису прочитали предлог или спорну норму, имали су намеру да усвоје интенцију манифестовану од стране самог предлога или оних који су са њим упознати. У супротном, Радинов аргумент може да води ка питању постојања намере било ког члана било којег колегијалног органа одлучивања, укључујући и „судијску намеру“ деветочланог Суда.²⁵ Слично је и са намером писца предлога закона. Она може бити од значаја само ако је у питању индивидуални аутор, јер ће иначе проблем институционализоване намере само бити пренет са легислативе као целине на неку другу групу као целину.²⁶ С тим у вези, треба ипак приметити да преношење проблема са веће групе на мању не мора само по себи бити лоше решење. Лакше је утврдити намеру мањег броја чланова радне групе која је писала нацрт закона или намеру предлагача закона којег представља један министар или председник владе, него намеру већег броја чланова законодавног тела. Може се такође констатовати додатни проблем који се тиче уважавања намера које су исказане изван законодавног поступка, нпр. приликом давања одређених изјава у телевизијским емисијама и сл. Међутим, то је већ питање сазнања намере, а не њеног постојања. И баш ту, чини се, долази до својеврсне замене теза. Проблем оних који трагају за намером је што то чине уз схватање да се тај посао не завршава све док се она не појави. Ако тумач буде погледао довољно доказа то ће се и десити и он је онда у искушењу да користи непоуздане и неадекватне доказе. Када се такав подухват повеже са становиштем да намера увек решава конкретан

²⁵ Мисли се на Врховни суд САД-а. И Џонс констатује да уколико намеру схватамо у смислу консензуса чланова легислативе, онда је то фикција. Реалан и користан концепт мора се задовољити са мање од једногласја. Н. W. Jones, (1940), 968. Исто и Кори. Штавише, он сматра да је мишљење опозиције неопходно искључити када је реч о намери јер је њихов задатак да ослабе поверење грађана у владу, да је дискредитују, због чега ће свака њихова изјава имати потпуно другачији призвук од намере већине. J. Corry, „The Use of Legislative History in the Interpretation of Statutes“, *Canadian Bar Review* 6/1954, 625-626, 629.

²⁶ R. Dickerson, 210-211.

проблем, добија се потпуно изопачен процес тумачења закона који више не одговара његовом уобичајеном значењу.²⁷

Упркос проблемима, Дикерсон сматра да говорити о намери није неумесно. Унутар групе може постојати општа сагласност иако се мишљења учесника разликују у многим детаљима. Другачија гледишта нису у функцији одвраћања законодавних тела да деле опште циљеве и да користе сопствену намеру да их остваре. Чини се да је грешка у претпоставци да ако постоји уочљива легислативна намера, она нужно решава конкретан проблем, и обрнуто: ако га не решава, онда не постоји.²⁸ Дикерсон закључује да колегијалност сама по себи није довољан разлог да се овај појам одбаци јер у најгорем случају он компликује већ тежак проблем утврђивања намере појединаца. Могућност постојања „опште сагласности“, термина који Дикерсон уводи како би објаснио своје становиште, сугерише могућност постојања легислативне намере. Иако група нема сопствену психу, на шта је раније већ указано, њена активност приказује карактеристике намерног понашања вођеног агрегатном мотивацијом коју је корисно препознати и узети у обзир. Таква групна намера се разликује од конститутивних индивидуалних намера, не мора са њима у потпуности коинцидирати и путем разумног закључивања може се начелно идентификовати.²⁹ То је попут прављења вођног

²⁷ Питање сазнања намере је веома сложено и стога неће бити изложено у овом раду. Имајући у виду, између осталог, другачије уређене законодавне поступке у државама које припадају англосаксонском и европскоконтиненталном систему, није могуће пружити јединствен одговор који материјал судија треба да користи како би дошао до исправног одговора. Радин истиче да би легислативна намера, када би постојала, могла бити сазната само путем изјава јако великог броја људи, у чему Дикерсон не види посебан проблем. Ипак, треба приметити да богатство доказа може бити потешкоћа за судију који је приликом одлучивања временски врло ограничен, а може се поставити и питање довољне стручности и вољности да се тако обиман посао спроводи у сваком предмету који са собом носи одређену двосмисленост. Са друге стране, Нуњез истиче да постоје три категорије доказа које се могу рангирати према поузданости. Најпоузданији су интерни докази који се деривирају из самог закона, друга категорија су транскрипти дебата и сл. Најслабији докази нису продукт легислативног процеса, попут новинских чланака и др. R. Nunez, 130-131.

²⁸ На тај проблем указује и Џонс истичући да је врло могуће да законодавац уопште није имао намеру у смислу правног ефекта закона поводом одређеног интерпретативног проблема који би се евентуално у будућности појавио. H. W. Jones (1940), 971-972.

²⁹ R. Dickerson, 211-212. Слично и Фредерик де Словер (*Frederick de Sloovere*) одбацује став о непостојању намере осим у случају када се може пронаћи из речи. Тиме би се занемаривала вредност законског контекста у разумевању законских циљева и разгранатост у значењу језика који се користи. Држећи се претпоставке да је контекст донетог закона идентичан са терминологијом која је коришћена у његовом стварању, потцењивала би се могућност за чињење грешака. Свакако, ако се под намером сматрају детаљи у значењу у примени на конкретне случајеве, онда таква намера ретко постоји. Али уобичајено, уз помоћ техника интерпретације, она указује само на значење које се проналази из језика и његове најшире контекстуалне позадине. Frederick J. de Sloovere, „Extrinsic Aids in the Interpretation of Statutes“, *University of Pennsylvania Law Review* 5/1940, 530-531, 538.

сока: користе се различите врсте воћа и добија се потпуно нови производ, при чему му ниједан од употребљених састојака не одговара у потпуности већ представља његов саставни део.

2.2. Обавезност намере

Други важан елемент када се говори о законодавној намери је њена обавезност. Радин сматра да посао чланова легислативе није да намећу сопствену вољу, већ да путем изјава о жељеним и нежељеним ситуацијама иницирају постизање одређених резултата. Као правно правило, изјаве морају бити дате путем специфичног језика, речи. Једном испољене, оне постају инструменти помоћу којих судови обављају њихову специјализовану функцију тумачења, што подразумева постојање одређеног догађаја који се десио након ступања закона на снагу. Рећи да намера законодавца одређује интерпретацију значило би да легислатива тумачи унапред, и то тако што узима одредиве ситуације и испитује да ли се оне могу применити на догађај који не постоји.³⁰

Поменути Радинов аргумент истиче немогућност повезивања намере са специфичном ситуацијом која није постојала у време када је намера створена. Међутим, такво објашњење занемарује елементарну поделу између конотације (опште значење) и денотације (специфично значење) речи. Неразликовање можда долази од раније поменутог погледа да тумачење нужно подразумева закључак који ће се применити на конкретан проблем и искључује могућност неуспеха. Такође, Радиново схватање погрешно имплицира да би нормописци, када би могли, узимали у обзир специфичне, конкретне будуће ситуације. То је немогуће и непотребно јер негирати да су законодавчеве опште изјаве о будућим понашањима саставни део легислативне функције, значи оспоравати функцију правног поретка која тежи ка успостављању функционалних оквира на основу којих се могу створити разумна очекивања.³¹

Ипак, ради се можда о најјачем Радиновом аргументу. Заиста, у уставима генерално не постоји норма која указује да узимање у обзир намере представља обавезујући начин тумачења, мада не постоји ни забрана у том погледу. Ипак, остаје чињеница да је једини легални начин да се испољи легислативна воља доношење закона. Суд не сме да изопачи овај принцип третирајући једнаким изјаве и други интерпретативни материјал који се појављује поводом закона, а који је у највећем броју случајева непоуздан, неадекватан и не представља део законодавног контекста. Практични проблем

³⁰ M. Radin (1930), 871-872.

³¹ R. Dickerson, 214-215.

је, дакле, како изабрати и проценити доказе и невоља је што је ова потешкоћа замењена питањем постојања намере.³²

Такође, када је реч о уставности, Дикерсон истиче још један аргумент – поделу власти. Трагање за намером представља инструмент заштите овог основног уставног принципа јер судије стално треба подсећати да морају водити рачуна о политици коју је успоставила једна друга грана власти. Заправо, све и да она не постоји, уважавање поделе власти би требало да захтева од судија да се понашају као да постоји како би били стављени у одговарајући оквир размишљања. Проблем избора прихватљивих средстава за проналажење намере не значи да је посао немогућ или да покушаји морају бити неплодоносни. Судови немају избора и то што ће понекад погрешно радити само повећава одговорност легислативе да своју поруку учине што јаснијом. Према томе, разумно је говорити о постојању субјективне намере докле год схватамо да је њена улога ограничена и да је наш приступ њој у најбољем случају не-савршен.³³ Наравно, треба приметити да се проналажење намере може ускладити са поделом власти и непреузимањем улоге законодавца само ако је потрага искрена и стручно вођена. У супротном може бити веома моћно средство за оправдање увођења сопствених ставова и вредности, односно у још лошијој варијанти вредности и циљева различитих интересних група и организација неретко финансијски подржаних од стране спољних фактора.

Управо у том контексту подржавање става да не постоји законодавна намера, према Џејмсу Ландису (*James Landis*), значи сакривање стварања права од стране судија. Злоупотреба тог концепта не подразумева његово негирање као основне претпоставке законодавног процеса. Чињеница да се намера легислативе понекад деривирала од стране судова како би се сакрила околност да су они уместо законодавног тела ствараоци права, не искључује њену валидност већ демонстрира неподесан начин њене примене.³⁴ Чак је и Радин, у једном претходном тексту, истицао како легислатива може да одбаци покушај управних органа или судства да замене оно што законодавац „сматра“ важнијом сврхом коју треба постићи. Ако законодавац може нешто да „сматра“, зашто онда не може да „намерава“?³⁵ Због тога Дикерсон закључу-

³² J. Landis, „A Note on ‘Statutory Interpretation’“, *Harvard Law Review* 6/1930, 888. Овде се поново поставља питање сазнања намере. Дикерсон сматра да чињенични аспект подразумева верност ка нормалним принципима комуникације што је претпоставка уставних система. Уставни аспект подразумева да једино закон има снагу законодавног права. Остали фактори су искључени осим ако се не квалификују као исправан контекст. Према томе, искрено трагање за намером је трагање само за оном намером која је уставно изражена. R. Dickerson, 221-223. Слично размишља и Франкфуртер. F. Frankfurter, 529.

³³ R. Dickerson, 215-217.

³⁴ J. Landis, 886.

³⁵ M. Radin, „A Short Way with Statutes“, *Harvard Law Review* 3/1942, 412. R. Dickerson, 216. Радин ову мисао испољава у погледу сврхе, а не намере. Иако се не ради о истим појмовима, Дикерсонова аналогија и питање делују логички исправно.

чује да је концепт „субјективне легислативне намере“ незаменљив јер он подвлачи саму идеју законодавног процеса који би у њеном одсуству био сведен на будалаштину која није вредна озбиљнијег бављења.³⁶

ЗАКЉУЧАК

Законодавна намера, иако често само одредива, представља важну тачку ослонаца приликом тумачења. Мада ово питање има нарочит значај у англоамеричком правном систему, где судски прецедент представља формални извор права, од не много мање важности је и у државама европско-континенталне правне традиције. Апсурдно би било поимати легислативну функцију која има задатак да доноси законе без испољавања било какве намере. У парламентарним системима парламентарна већина контролише усвајање амандмана и коначан текст закона чува готово у потпуности онај степен јасноће који му је дао писац. Сукцесивни нацрти не следе једни друге као изоловани феномени и промене које настају су доказ стварне, а не фиктивне намере. У председничким системима је природа законодавног процеса донекле другачија. Услед цењкања и компромиса легислатива често прибегава нејасноћи језика како би се обезбедила сагласност потребне већине. Ипак, иако је лакше код писања закона користити неодређености, треба избегавати речи попут „правично“ или „разумно“, јер су оне толико материјално испражњене да могу значити скоро све шта тумач пожели.

Многи проблеми у интерпретацији нису решиви на основу потраге за специфичном намером ствараоца права. Таквих проблема ће бити све више јер су друштвени односи сложени и међузависни, а законодавци у немогућности да предвиде њихов даљи ток прибегавају доношењу општије и мање детаљне регулативе. Због тога улога судова у тумачењу постаје све тежа, готово неподношљива. Судије треба да гледају текст закона, јер је утврђивање намере законодавца најпрецизније уколико се посматра њена манифестација путем речи које се читају у адекватном контексту. Наравно да није могуће проникнути у ум другог, али тај аргумент доказује сувише: сама комуникација је немогућа, изван и унутар права. Због тога није могуће одмерити евентуално одступање између манифестоване и стварне намере, а судија мора да се определи избором одређеног начина интерпретације. Тешко

³⁶ На овом месту се Дикерсон ослонио на Ландиса који сматра да познавање законодавног поступка омогућава анализу документације која га прати и представља најбогатију врсту доказа о значењу речи конкретног закона. Захтев да свако ко гласа за доношење неког прописа мора пре тога изразити мишљење које повезује са законом, у циљу утврђивања намере законодавног тела у целини, негира реалност легислативне процедуре. J. Landis, „A Note on ‘Statutory Interpretation’“, *Harvard Law Review* 6/1930, 888.

је рећи како субјективизам може да се избегне, односно како личност судије може бити изостављена када је реч о било чему што судија ради.³⁷ Тумачење се не обавља у лабораторији или учионици и судија који је вредан свог позива мора да се постави изнад подељених интереса и страсти које прате сваки предмет о којем одлучује. Најбоље чему можемо да се надамо је да ће његов здрав разум достићи резултате који се чине задовољавајућим.

Одговор на питање да ли се може претпоставити шта би законодавац урадио да му се постави неки проблем о којем он није расправљао приликом доношења закона не мора нужно бити негативан. Када се хипотетичка ситуација представи појединцу, он може имати свакаку вољу, па и ирационалну, може реаговати емотивно, у афекту и сл. Законодавац, међутим, нема такав луксуз и мора увек бити рационалан, мора водити рачуна о интересима народа и политици на основу које је парламентарна већина добила мандат да ствара законе. Када се размишља на такав начин, онда не треба *a priori* одбацити могућност да се на хипотетичко питање одговори на исправан начин.

Код тумачења се може направити велика разлика у зависности од тога да ли се полази од проблема или од решења. Претпоставља се да речи које је употребила легислатива имају значење и судија треба да га пронађе. Поједноставити ствари и рећи да интерпретацијом судије стварају право значило би одбацивање разлика између легислативе и јудикатуре. Судије нису глосатори, али ни правила тумачења нису таква да аутоматски производе резултате. Она служе да усмере ум према визији која је упоредила са оном коју је имала легислатива уз стално подсећање да, као и већина „правила о праву“, решавају једино очигледне случајеве док дају смернице за продуктивно размишљање када су у питању тешки случајеви (*hard cases*).

То не значи да концепт законодавне намере треба напустити. Ниједна наука до сада није у потпуности искључила неопходност нагађања, а идеал ефикасности увек намеће практичну потребу да се намери прида одређени значај. То није савршен одговор, баш као ни свет у којем живимо. Једино је савршено то што ће сви малишани са почетка овог текста појести по парче торте.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Литература

- Аврамовић, Д., *Судије, право и психологија*, Београд 2021.
Gray, J. C., *The Nature and Sources of the Law*, Gloucester 1972.
Dickerson, R., „Statutory Interpretation: A Peek into the Mind and Will of a Legislature“, *Indiana Law Journal* 2/1975.

³⁷ Вид. Д. Аврамовић, *Судије, право и психологија*, Београд 2021.

- Eskridge Jr, W. N., „The New Textualism“, *UCLA Law Review* 4/1990.
- Jones, H., „The Plain Meaning Rule and Extrinsic Aids in the Interpretation of Federal Statutes“, *Washington University Law Quarterly* 1/1939.
- Jones, H. W., „Statutory Doubts and Legislative Intention“, *Columbia Law Review* 6/1940.
- Landis, J., „A Note on ‘Statutory Interpretation’“, *Harvard Law Review* 6/1930.
- Llewellyn, K., „On Reading and Using the Newer Jurisprudence“, *Columbia Law Review* 4/1940.
- Лукић, Р. Д., *Тумачење љрава*, Београд 1961.
- Nunez, R., „The Nature of Legislative Intent and the Use of Legislative Documents as Extrinsic Aids to Statutory Interpretation: A Reexamination“, *California Western Law Review* 1/1972.
- Radin, M., „Legal Realism“, *Columbia Law Review* 5/1931.
- Radin, M., „Statutory Interpretation“, *Harvard Law Review* 6/1930.
- Radin, M., „A Short Way with Statutes“, *Harvard Law Review* 3/1942.
- de Sloovere, F. J., „Extrinsic Aids in the Interpretation of Statutes“, *University of Pennsylvania Law Review* 5/1940.
- Frankfurter, F., „Some Reflections on the Reading of Statutes“, *Columbia Law Review* 4/1947.
- Fuller, L., „American Legal Realism“, *University of Pennsylvania Law Review and American Law Regis* 5/1934.
- Horack Jr, F., „In the Name of Legislative Intention“, *West Virginia Law Quarterly* 2/1932.
- Corry, J., „The Use of Legislative History in the Interpretation of Statutes“, *Canadian Bar Review* 6/1954.

Интернет извори

- <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/407/#413>
- <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-66/pdf/STATUTE-66-Pg163.pdf>
- <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-94/pdf/STATUTE-94-Pg102.pdf>
- <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/ProtocolStatusOfRefugees.aspx>
- <https://casetext.com/case/cheng-kai-fu-v-immigration-nat-serv>
- <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/379/536/361720/>
- <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/143/457/>
- <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/479/36/>
- <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/461/574/>
- <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/435/6/>
- <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/6/>
- <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/245/418/>

Dragutin S. Avramović
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
d.avramovic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-3383-4346

Ilija D. Jovanov
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
i.jovanov@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-1582-7102

Interpretation of Law and Intent

Abstract: *The authors start from the assumption that the intention of the legislator is an element that the interpreter should not neglect when understanding the text of the law. Intention can be understood in different ways, wider and narrower, as a psychic moment, but also as a manifested intention. The most prominent opponents of the concept of collective psychological intention come from the school of legal realism, criticizing the standpoints and manners of resolving many important cases in the practice of the highest courts in the United States of America. The authors conclude that it is absurd to understand legislative intent as a concept that aims to read the minds of members of the legislature. But also, the point of view that the legislator, just because it is a collective body, has no intention regarding the topic it discusses and passes the most important regulations in the state, takes the same degree of bizarreness. It must be assumed that the legislature always has a rational will that reflects the attitude of the people towards the policy that the parliamentary majority stand for in the elections. Consequently, it is sometimes possible to give an answer how would legislator solve a certain dilemma if it was set to him. The intention of the legislator might be very useful in interpretation, but it must be kept in mind that it does not solve every particular problem in interpretation and that it is sometimes just a guideline for the mindset of a disciplined judge who will always seek for the meaning that the legislature wanted to express with the words used.*

Keywords: *legislative intention; legal meaning of words; Max Radin; efficiency in judicial decision-making.*

Датум пријема рада: 27.05.2022.

Датум достављања коначне верзије рада: 23.06.2022.

Датум прихватања рада: 21.09.2022.

Марко С. Кнежевић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Knezevic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-9072-9337

ПЛЕНИДБЕНО ЗАЛОЖНО ПРАВО НА ПОКРЕТНИМ СТВАРИМА

Сажетак: *Реформе извршног права нису заобишле ни извршење новчаних потраживања на покретним стварима. Заложно право које се састојало из пленидбеног покретних ствари (пленидбено заложно право), још се од преходног Закона о извршењу и обезбеђењу састојеће тек регистрацијом, и то на захтев извршног повериоца. У раду се овом новом моделу пленидбеног заложног права настоје давати додатичке контуре. Полазећи од већ заокружених теорија пленидбеног заложног права у немачкој и аустријској доктрини, показује се да је за сада важећи модел српског права најприкладнија извештајна теорија. Уједно се, међутим, показују и његови дефицити и порезна вредновања законодавца.*

Кључне речи: *извршни поступак, пленидбено заложно право, регистрација заложног.*

1. УВОД

Чини се да је данас неизбежно увод једног истраживања извршног права започети тезом о перманентној реформи извршног поступка. Последњих двадесетак година су обележиле наизменичне кардиналне промене извршног поступка.¹ Не само да су основна структурална питања преобликована (штихворт: дејудификација извршења), већ су појединачна средства извршења на различите начине добила нов изглед.

¹ Већ је само и хронологија закона довољно речита: Закон о извршном поступку из 2000 (ЗИП 2000), Закон о извршном поступку из 2004 (ЗИП 04), Закон о извршењу и обезбеђењу из 2011 (ЗИО 11) и Закон о извршењу и обезбеђењу из 2015 (ЗИО).

Судбину такве реформе задесило је и извршење на покретним стварима, и то, између осталог, и заложно право које се стиче ради намирења извршног повериоца. Оно се традиционално код нас назива „судским/принудним заложним правом“, док се у овом раду оно назива пленидбеним заложним правом. Циљ рада је да се овај институт, коме ни пре „реформи“ није била поклоњена значајнија пажња, колико-толико осветли тако што ће се му се дати основне догматичке контуре. Да би се то учинило, нужно је претходно изложити основне позиције у за нас референтним доктринама; на тај начин, чини се, могуће је и увидети колико далеко је отишао законодавац, свесно или несвесно, и које проблеме је сам генерисао. У том смислу, на крају ће се дати и правнополитичка оцена сада важећег концепта пленидбеног заложног права на покретним стварима.

2. МЕСТО ПЛЕНИДБЕНОГ ЗАЛОЖНОГ ПРАВА У СТРУКТУРИ ИЗВРШЕЊА РАДИ НАПЛАТЕ НОВЧАНОГ ПОТРАЖИВАЊА

2.1. Извршни поступак као време и место остваривања имовинске одговорности

Уобичајено је да се извршни поступак одређује као грађански судски поступак који има за циљ принудно остваривање – сада већ традиционалном законском терминологијом – „потраживања“, која могу бити новчана или неновчана. Често се каже, међутим, да се у извршном поступку извршавају пресуде и друге извршне исправе, или веродостојне исправе. С друге стране, цивилистика је склона, наступајући са својих позиција, да у извршном поступку види „извршење грађанскоправних санкција“.²

Међутим, када се говори о принудном остварењу новчаних потраживања, управо једно друго (и цивилистичко и процесуалистичко) учење, и то оно о дугу и одговорности (нем. *Schuld und Haftung*) у савременом виду,³ показује смисао извршног поступка онда када је реч о остварењу новчаних захтева. Ако се пође од тога да је дуг једно, а одговорност друго, онда је створено тле које ће боље осветлити извршни поступак и успоставити мост

² Према домаћој цивилистици, сасвим упрошћено, модел изгледа овако: када парнични суд донесе кондемпнаторну пресуду, онда је он „изрекао грађанскоправну санкцију“, а њено извршење следује у извршном поступку; уп. Душан Николић, *Грађанској правна санкција*, Нови Сад 1995, *passim*. – Против таквог поимања грађанскоправних санкција Милајло Дика, *Грађанско оvrшно право*, Zagreb 2007, 14 и след., који сматра да, ако се већ говори о њима, грађанскоправне санкције су заправо само средства извршења.

³ О томе вид. Bettina Nunner-Krautgasser, „Die Haftungsklagen. Reine Vermögenshaftung und 'Duldung' der Exekution“, *Österreichische Juristen-Zeitung* 2007, 714 и след. са исцрпним упућивањима.

ка материјалном праву. Принудно остварити једно новчано потраживање у извршном поступку подразумева принудно остварење имовинске одговорности (*zwangsweise Realisierung der Vermögenshaftung*) – имовина доступна заплени служи као фонд одговорности намирењу повериоца.⁴ Према томе, имовина једног дужника није никаква „општа залога“,⁵ већ фонд одговорности.⁶

2.2. Структура реализације имовинске одговорности

Фонд одговорности једног дужника представља његова запленива имовина. Она и само она може бити „предмет извршења“. Принципијелно⁷ било која ствар или имовинско право чини фонд одговорности. Управо је спрам врсте предмета извршења уређена реализација одговорности: извршење на непокретностима, на покретним стварима, на новчаним потраживањима, на неновчаним потраживањима, те на другим имовинским правима. На микро плану свакако постоје разлике у погледу извршних радњи за сваки типолошки предмет извршења, па и оквиру истог типа у зависности од контекста. Међутим, чини се да је могуће на довољном степену апстракције успоставити јединствену структуру извршења ради остварења новчаног потраживања, водећи рачуна о данас неспорном јавноправном карактеру извршног поступка. У том смислу, реализација имовинске одговорност у извршном поступку подразумева три целине: заплена (узапћење) предмета извршења, његово уновчење и намирење извршног повериоца.⁸

⁴ Уместо свих Walter Gerhart, *Vollstreckungsrecht*, Berlin–New York 1982², 68 и след.

⁵ Овде није ни време ни место за подробнију критику учења о „општој залози“, која је у домаћем праву још увек присутна, чини се, под француским утицајем. Ипак, само оволико: теза да необезбеђени повериоци имају право „опште залог“ је противуречна концепту заложног права, јер какво је то заложно право које уједно и не успоставља приоритетни ранг намирења? Такође, из перспективе таквих поверилаца, имовина коју дужник поседује у часу доспелости потраживања уопште није никакво обезбеђење каснијег намирења, јер тек она имовина која постоји у тренутку пленидбе у извршном поступку је „обезбеђење“. Између доспелости потраживања и наступања извршности извршне исправе у којој је потраживање „титулисано“ редовно протекне више година.

⁶ Уп. Владимир Водинелић, *Грађанско право. Увод у грађанско право и Ојцџи део грађанској права*, Београд 2012, бр. 830, који иако говори о запленивој имовини као „општој залози хирограферних поверилаца“, пре свега мисли на функцију имовине у смислу „остваривање одговорности“; о имовини као предмету одговорности вид. и Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München 1989⁷, 307 и след. – О системском приступу који, с позивом на стечајни концепт, имовину која чини фонд одговорности у извршном поступку види као „извршну масу“ (*Vollstreckungsmasse*) вид. Christoph Paulus, у: Bernhard Wieczorek, Rolf Schütze (Hrsg.), *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 8. Band, §§ 592–723, Berlin–Boston 2013⁴, vor § 704 марг. бр. 75.

⁷ Дакле, уз постојање изузетака, који су успостављени из различитих разлога, примарно ради заштите егзистенцијалног минимума извршног дужника.

⁸ Уп. већ Leo Rosenberg, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, Berlin 1929², 627; Rudolf Pollak, *System des österreichischen Zivilprozessrechtes*, III. Teil, Wien 1932², 904; за савремену

2.2.1. Заплена (узайћење) предмета извршења

Принудно извршење подразумева захват у индивидуализоване делове имовине извршног дужника (специјална егзекуција). Први корак је оно што би могло да се назове запленом, што је државно узайћење предмета извршења ради обезбеђења спровођења извршења.⁹ Она настаје пленидбом и има различите последице. Прва је забрана располагања предметом извршења. Друга последица заплене јесте стицање права на намирење, и то схваћено у процесном смислу (о томе доле).

Иако ЗИО, као ни његови претходници, не спомињу заплону на општем плану, чини се да је незамисливо конструисати извршни поступак без ње. Отуда први структурални чинилац реализације имовинске одговорности није „стицање права на намирење“,¹⁰ већ управо заплена. Јер, основ за оно што следи – уновчење и намирење – није право на намирење, као право извршног повериоца, већ заплена као јавноправни захват у имовину извршног дужника. Другим речима, заплена је та која „рађа“ како основ за уновчење, тако и право на намирење у оквиру извршног поступка.

2.2.2. Уновчење предмета извршења

Из природе реализације имовинске одговорности произлази да се принципно предмет извршења мора претворити у новац – он се мора уновчити (нем. *Verwertung*). Иако се појам „уновчење“ у домаћој литератури

немачку литературу уп. Eberhard Schilken, у: Hans Friedhelm Gaul, Eberhard Schilken, Ekkehard Becker-Eberhard, *Zwangsvollstreckungsrecht*, München 2010¹², § 48 марг. бр. 1; за савремену аустријску литературу уп. Rechberger Walter, Oberhammer Paul, *Exekutionsrecht*, Wien 2009⁵, марг. бр. 140 и след.; за домаћу уп. Марко Кнежевић, у: Ранко Кеча, Марко Кнежевић, *Грађанско процесно право*, Београд 2022¹⁹, 600/601.

⁹ Заплени би одговарао немачки институт *Verstrickung*, који је тешко преводив на српски, али и на рецимо хрватски, што је већ показао Дука, вид. М. Dika, 507 фн. 685. О овом институту уместо свих Е. Schilken, у: Н. F. Gaul, Е. Schilken, Е. Bekker-Eberhard, § 50 бр. 12 и след.

¹⁰ Тако међутим Познић, одступајући од свог ранијег схватања, конципира „први стадијум“ извршења ради остварења новчаних потраживања, уп. Боривоје Познић, *Грађанско процесно право*, Београд 1993¹³, 375. Ово схватање касније преузима Ракић-Водинелић (уп. Боривоје Познић, Весна Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд 1999¹⁵, 463; Боривоје Познић, Весна Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд 2010¹⁶, 512), али га и напушта у последњем издању уџбеника тако што више ни не спомиње општу структуру извршења ради наплате новчаног потраживања, уп. Боривоје Познић, Весна Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд 2015¹⁷, 610/611. – Познић је у првим издањима свог уџбеника заступао став да је први стадијум „одузимање права располагања оним делом имовине који је предмет извршења“, што се постиже пленидбом, вид. Боривоје Познић, *Грађанско процесно право*, Београд 1962, 381; Боривоје Познић, *Грађанско процесно право*, Београд 1965², 582.

везује за појединачна средства извршења, и то различито,¹¹ он је заправо кровни појам за било који начин доласка до, макар фингираног, новца којим ће се извршни поверилац (евентуално и други) намирити.¹² Уновчити значи свакако продати заплећену ствар, али исто тако и код оба вида преноса заплећеног новчаног потраживања постоји уновчење, једнако као и код „преноса својине на (не)покретној ствари на извршног повериоца“.¹³ Другим речима: уновчење није логички нужно везано за извршење које значи „задирање у супстанцу“, јер је оно замисливо и као начин новчане експлоатације предмета извршења, као што је то случај код извршења на плодуюживању.

2.2.3. Намирење

Намирење као последња етапа реализације имовинске одговорности подразумева исплату извршном повериоцу уновчењем добијеног износа. Оно је у таквој видљивој форми временски засебни стадијум код извршења на (не)покретностима продајом предмета извршења, те код уновчења на други начин код других имовинских права осим потраживања (нпр. извршење на плодуюживању). Код извршења на новчаним потраживањима, намирење у случају преноса уместо исплате увек коинцидира са уновчењем, док у случају преноса ради наплате до намирења долази у тренутку испуњења од стране дужника извршног дужника, или чак намирењем у извршном поступку против њега. Намирењем се окончава извршни поступак јер је испунио свој циљ. Међутим, већ овде је нужно да се напомене да намирење као такво никада не представља уједно и материјалноправну легитимацију за задржање примљеног. Другим речима, намирење у извршном поступку не значи увек и престанак потраживања извршног повериоца.

¹¹ Тако *Ракић-Водинелић* сматра да се ствари продају, а да се права уновчавају, вид. Б. Познић, В. Ракић-Водинелић (1999), 463; Б. Познић, В. Ракић-Водинелић (2010), 512. – С друге стране, савремена цивилистика када говори о „уновчавању“ мисли пре свега на продају ствари, али не искључује да постоји и други начин уновчења; тако за садржину заложног права, као стварноправног права уновчења, исправно резонује Милош Живковић, у: Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбеђење и учвршћење њојраживања*, Београд 2015, 24.

¹² Уп. већ Б. Познић (1962), 381: „у другом стадијуму се тај [заплећени, прим. аут.] део имовине уновчава“.

¹³ Тада се према ЗИО сматра да је извршни поверилац „намирен“ у одређеном проценту процењене вредности ствари (чл. 191 ст. 4, 248 ст. 2 у вези са чл. 191 ст. 4 ЗИО), што не значи да нема уновчења; оно се само сједињује са намирењем. Да је и то „уновчење“ признаје немачка литература, када у оквиру „другог начина уновчења“ спомиње управо пренос својине на заплећеној покретној ствари на извршног повериоца, уп. Wolf-Dietrich Walker, у: Winfried Schuschke, Wolf-Dietrich Walker (Hrsg.), *Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz*, Köln 2011⁵, § 825 marg. бр. 14 и след.

2.3. Пленидбено (принудно) заложно право као специфичност извршења на „покретној имовини“

СТИЦАЊЕ ЗАЛОЖНОГ ПРАВА као последица заплене, или макар на основу заплене, није универзални структурални чинилац принудног остварења имовинске одговорности. Другим речима, заложно право се не стиче у оквиру сваког средства извршења новчаних потраживања. Оно је традиционално резервисано за извршење на – како се то раније и код нас називало – покретној имовини: извршење на покретним стварима, потраживањима и другим имовинским правима која се могу уновчити. Обратно, извршење на непокретностима, и то уновчењем, не познаје „судско заложно право“.

Историјски гледано, готово у исто време су се за такав модел одлучили и немачки и аустријски законодавац, и то свесно: узапћењем непокретности као предмета извршења кроз забележбу принудне дражбе у земљишну књигу извршни поверилац стиче право на намирење (нем. *Befriedigungsrecht*) које није уједно заложно право,¹⁴ иако на тај начин стиче приоритетни ранг у односу на потоње извршне повериоце, односно стиче евентуално разлучно право.¹⁵ Тако је било углавном у домаћем праву,¹⁶ а и сада је тако (чл. 155 ст. 4 ЗИО).¹⁷ Иако домаћа литература делимично сматра другачије,¹⁸ не постоји нити један разлог који би дозвољавао пробијање *lex lata* границе. Право на намирење које се стиче уписом забележбе решења о извршењу у катастар непокретности остварује све функције које би евентуално остваривала „принудна хипотека“. Позив на правну традицију и аустријски узор, коначно, управо говори против признавања ове фигуре.¹⁹

¹⁴ З немачко право уместо свих вид. Arwed Blomeyer, *Zivilprozeßrecht, Vollstreckungsverfahren*, Berlin–Heidelberg–New York 1975, 353 и след.; за стање у аустријској доктрини вид. фн. 19 *in fine*.

¹⁵ За немачко право уместо свих Н. F. Gaul, у: Н. F. Gaul, E. Schilken, E. Bekker-Eberhard, § 1 марг. бр. 29 *in fine*; за аустријско право вид. фн. 97 *in fine*.

¹⁶ Једино је у ЗИО 11 било предвиђено да на основу решења о извршењу на непокретности извршни поверилац „стиче право уписа заложног права“, и то само по његовој инцијативи, вид. чл. 107 ЗИО 11.

¹⁷ Да је такво право на намирење разлучно право требало би да буде неспорно, иако је судска пракса имала великих проблема са схватањем чл. 49 ст. 1 Закона о стечају (ЗСт); о томе вид. Марко Радовић, „Забележба решења о извршењу на непокретности у јавне књиге као основ стицања разлучног права“, *Судијска ревизија за привредно право* 1/2015-2016, 92 и след.

¹⁸ За период ЗИП 78 тако Б. Познић, В. Ракић-Водинелић (1999), 470; за период ЗИП 04 Боровој Старовић, *Коментар Закона о извршном посудику*, Београд 2007, 368; за садашње стање, раније, Марко Кнежевић, у: Ранко Кеча, Марко Кнежевић, *Грађанско процесно право*, Београд 2021¹⁸, 604. – Супротно, да није реч о заложном праву, за период ЗИП 78 Боровој Старовић, *Коментар Закона о извршном посудику*, Нови Сад 1991², 389: „право на намирење је блиско заложном праву“; за садашње стање М. Кнежевић, у: Р. Кеча, М. Кнежевић (2022), 604, са изричитим напуштањем ранијег схватања.

¹⁹ М. Живковић тврди да и поред тога што аустријски закон, који је био узор предратном југословенском закону, не говори о стицању „заложног права“, већ о стицању „права

2.4. Терминологија: пленидбено заложно право уместо „принудно/судско заложно право“

Термин „пленидбено заложно право“ је непознат у домаћој литератури и судској пракси. Исто тако, ни садашњи ЗИО као ни сви његови претходници га не познају, што важи и за ЗОСПО.²⁰ У потоњем се говори о заложном праву које „настаје на основу судске одлуке“ (чл. 61 ст. 2 ЗОСПО), те углавном теорија говори о „судском заложном праву“ или о „принудном заложном праву“.²¹ Обрнуто, немачка литература и судска пракса одавно заложно право које настаје у поступку извршења на покретним стварима називају „пленидбеним“ (*Pfändungspfandrecht*), што је тек од 2001. године и законски термин.²² У Аустрији се користи наведени термин, али упоредо са „судским заложним правом“ (*richterliches Pfandrecht*) или „егзекутивним (извршним) заложним правом“ (*exekutives Pfandrecht*).²³ С друге стране, као и у ЗОСПО, у ОГЗ се као основ заложног права предвиђа и „судска одлука“ (§ 449 реч. 2). Чини се да и поред неодомаћености термина „пленидбено заложно право“ у домаћем дискурсу, он заслужује предност.

на намирење“, једнодушно схватање аустријске доктрине сматра супротно; вид. М. Живковић, у: Д. Хибер, М. Живковић, 49 и след. Чини се да су цитирани цивилисти код М. Живковића, и то *Иро* (*Iro*) и *Клетечка* (*Kletečka*) погрешно интерпретирани. И један и други заиста у оквиру „судског заложног права“ спомињу хипотеку која се стиче у извршном поступку, али изричито мисле само на њено заснивање путем самосталног средства извршења у виду „принудног заложног права“ (обојица цитирају само §§ 87 и след. аИп), што је код нас још од 1978. године преобликовано у средство обезбеђења (данашњи чл. 431 и след. ЗИО); уп. Gert Iro, *Bürgerliches Recht, Band IV*, Wien 2010⁴, марг. бр. 10/26; Andreas Kletečka, у: Helmut Koziol, Rudolf Welser, *Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I*, Wien 2006¹³, 386. Обрнуто, када се извршење спроводи принудном продајом непокретности, забележбом принудне дражбе у земљишној књизи се не стиче принудна хипотека, већ само право на намирење. У аустријском праву је немогуће заступати став да је такво право на намирење заправо принудна хипотека, јер би тако нешто било *contra legem*: према § 208 аИп, право на намирење које је стечено забележбом принудне дражбе у земљишну књигу може да се „претвори“ у заложно право тек на предлог извршног повериоца, и то само у неким случајевима обуставе извршног поступка (више о томе Peter Angst, у: Peter Angst, Paul Oberhammer [Hrsg.], *Kommentar zur Exekutionsordnung*, Wien 2015³, § 208 марг. бр. 1 и след.). О томе да се забележбом принудне дражбе у земљишну књигу не стиче заложно право, већ само публицистичко право на намирење изричито Richard Holzhammer, *Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht*, Wien 1993⁴, 172; W. Rehberger, P. Oberhammer, марг. бр. 234 и след, 271; Astrid Deixler-Hübner, у: Andreas Konecny (Hrsg.), *Kommentar zu den Insolvenzgesetzen*, Lfg. 73, Wien 2021, § 10 IO марг. бр. 3 са даљим упућивањима.

²⁰ Закон о основама својинскоправних односа (ЗОСПО).

²¹ Уместо свих М. Живковић, у: Д. Хибер, М. Живковић, 47.

²² Реформом из 2001. године су унети рубруми за сваки параграф, тако да рубрум § 804 немачког Грађанско парничног поступка (нГрпп [*Zivilprozessordnung* – *ZPO*]) гласи „пленидбено заложно право“.

²³ Уместо свих R. Holzhammer, 241/242.

Пленидбено заложно право јесте принудно, и то је неспорно. Међутим, оно није једино принудно заложно право које се стиче у извршном поступку схваћеном у ширем смислу.²⁴ Против воље извршног дужника извршни поверилац стиче заложно право и кроз средство обезбеђења у смислу чл. 431 и след. ЗИО. Да је такво заложно право другачије од пленидбеног показује не само другачија догматичка позадина (о спору касније), већ и основ настанка – као средство обезбеђења принудно заложно право се не заснива на заплени, већ просто и заиста на решењу о обезбеђењу. Оно је без сумње приватноправне природе, и служи искључиво обезбеђењу потраживања.

С друге стране, говорити о „судском“ заложном праву, уместо о пленидбеном, данас више није у потпуности оправдано. Постоје примери када ће јавни извршитељ бити орган који доноси решење о извршењу, а уједно ће и вршити пленидбу, тако да придев „судско“ више није адекватан.²⁵ Стога и законодавац с правом напушта термин „судско заложно право“.²⁶

3. ПЛЕНИДБЕНО ЗАЛОЖНО ПРАВО НА ПОКРЕТНИМ СТВАРИМА У ТРАДИЦИОНАЛНОМ МОДЕЛУ

3.1. Уводне напомене: о „традиционалном моделу“ и његовој догматичкој мatici

Атрибут „традиционално“ упућује на временски аспект, на постојаност, сталност. Утолико би „традиционални модел“ пленидбеног заложног права био пре свега везан за домаће право – то би био институт који је у дужем периоду конципиран на идентичан начин. И заиста, традиционално пленидбено заложно право је оно које је код нас постојало више деценија, упркос важењу различитих закона. Структурално идентичан концепт постојао је готово осам деценија и везује се за право Краљевине Југославије, право социјалистичке и постсоцијалистичке Југославије, а у модификованом облику и за право Србије све до 2011. године.²⁷

Међутим, када се овде говори о традиционалном моделу пленидбеног заложног права, мисли се и на његово (догматичко) исходиште. То што смо

²⁴ Овде се мисли на појам извршног поступка као вишег, који обухвата поступак извршења и поступак обезбеђења.

²⁵ Утолико исправно и Вук Радовић, *Спечено право*, Књига I, Београд 2017, 215.

²⁶ У ЗИП 04 било је изричито предвиђено да се пописом стиче „судско заложно право“ (чл. 75 ст. 1 ЗИП 04). Сада тог термина више нема.

²⁷ Истраживање не обухвата и право Кнежевине/Краљевине Србије, али и у њему би могли да се пронађу обриси традиционалног модела; о извршном поступку тог времена Андра Ђорђевић, *Теорија грађанског судског поседушка*, II књига, *Ирирегидо g-р. Д. Аранђеловић*, Београд 1923², бр. 780 и след.

имали више деценија није ништа друго до пресликани аустријски концепт, који се опет значајно наслања на немачки. Све то води, дакле, до (догматичке) матице „традиционалног модела“, а то је немачка, мање аустријска, литература (и делимично судска пракса). Сазнања о кључним проблемима традиционалног модела омогућавају да се боље разјасни оно што сада имамо.

3.2. Обележја пленидбеног заложног права

Традиционално пленидбено заложно право се стиче пленидбом, ма како се она формално називала: пленидба,²⁸ пленидбени попис²⁹ или просто попис.³⁰ Кључно је да оно настаје као последица пленидбе, ближе то је једно од дејстава заплене. Никакве друге формалности попут регистрације или додатног импулса извршног повериоца нису потребне.³¹

Путем пленидбеног заложног права извршни поверилац стиче првенствени ред намирења из његовог предмета, и то у односу на друге, потоње извршне повериоце. Према томе, пошто је пленидбено заложно право везано за заплenu, а оно само обезбеђује ранг извршном повериоцу, постоји временски идентитет заплене и стицања првенственог ранга. Дејство пленидбеног заложног права је и у томе што у случају стечаја извршног дужника представља разлучно право „стечено у извршном поступку“.

Заплењене ствари се нужно не одузимају од извршног дужника,³² али и у том случају орган извршења и извршни поверилац стичу посредну државину. Уколико се тада говори о публицитету пленидбеног заложног права, он се остварује кроз видно означавање заплене на заплењеним стварима³³ – стављање пленидбене маркице, пленидбена објава, службено печатење.

²⁸ Тако у немачком праву (*Pfändung*), вид. § 803 немачког Грађанско парничног поступка (нГрпп [*Zivilprozessordnung – ZPO*]); исто и у аустријском, вид. § 249 ст. 1 аустријског Извршног поступка (аИп [*Exekutionsordnung – EO*]).

²⁹ Тако у домаћем предатном праву, вид. § 208 реч. 1 југословенског Извршног поступника (Ип), што је званични скраћени назив Закона о извршењу и обезбеђењу из 1930, иначе мање-више адаптирани превод аИп. Додуше, већ се у цитираној одредби изричито одређује да је синоним за „пленидбени попис“ – пленидба.

³⁰ Тако у послератном домаћем праву, вид. чл. 72 и след. Закона о извршном поступку из 1978 (ЗИП 78); и садашњи ЗИО за пленидбу покретних ствари користи термин „попис“, чл. 219 и след. ЗИО.

³¹ Уп. нпр. чл. 78 ст. 1 ЗИП 78: „поверилац стиче пописом заложно право на пописаним стварима“; § 804 ст. 1 нГрпп: „пленидбом поверилац стиче заложно право на заплењеном предмету“; § 256 ст. 1 аИп, односно § 215 ст. 1 Ип: „пленидбом стиче тражилац извршења за своју извршну тражбину заложно право на стварима, назначеним и пописаним у пленидбеном записнику“.

³² Вид. § 214 ст. 1 Ип; чл. 76 ст. 1 ЗИП 78; чл. 70 ст. 1 ЗИП 2000. – за немачко право вид. § 808 ст. 1 нГрпп; за аустријско право вид. § 259 ст. 1 аИп.

³³ Уп. Б. Старовић (1991), 264.

Прави правни значај публицитета је ипак различит у појединим правима: док је у немачком видно означавање пленидбе њен услов,³⁴ тиме и услов настанка пленидбеног заложног права, у аустријском праву то није случај,³⁵ а такво решење је било и у домаћем праву. Но, у сваком случају каснији не-станак „публицитета“ кроз уклањање нпр. пленидбене маркице од стране извршног дужника не дира у дејство заплене, односно тиме опстанак пленидбеног заложног права није угрожен.

Све преко реченог се готово уопште не спомиње (домаћа литература), или је спорно (немачка литература, мање аустријска).

3.3. Спор о правној природи у немачком (и аустријском праву)

3.3.1. Контекст спорa

Већ више од једног века немачку, а мање аустријску извршну догматику обележава спор о правној природи пленидбеног заложног права. Реч је о једној од носећих теорија комплетне дисциплине, и не чуди да је дискусија изнедрила бројна схватања. Она се, у основи и поједностављено услед бројних варијација, могу поделити на три теорије: приватноправну, мешовиту и јавноправну. При томе, проблематика и стање спора се смислено могу разумети само ако се има у виду догматичка историја немачког права.

3.3.2. Приватноправна теорија

Према овој теорији, пленидбено заложно право је – само име каже – чисто приватноправног карактера. Оно је – поред вољног и законског – трећа врста приватноправног заложног права.³⁶ Стога, оно је акцесорно, па ако нема извршног потраживања ни не настаје; исто тако, пошто дужник може да оптерети залогом само своју ствар, ако је заплена туђа ствар не настаје пленидбено заложно право. Но, поред тога, пленидбено заложно право је фундамент целокупног спровођења извршења: оно је основ уновчења предмета извршења; судски извршитељ који уновчава заплена ствар то чини као мандатар повериоца, остварујући његова приватноправна овлашћења.³⁷ Купац ствари стиче својину само ако је савестан, сходно општим правилима грађанског права.³⁸

³⁴ Изричито § 808 ст. 2 реч. 2 нГрпп.

³⁵ Уп. R. Holzhammer, 256.

³⁶ Тако у старијој аустријској доктрини R. Pollak, 905, 908.

³⁷ На ту кључну ставку приватноправне теорије Јакшић не обраћа пажњу и зато је погрешно приказује; уп. Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд 2012⁶, бр. 4585.

³⁸ За приказ ове теорије вид. Wolfram Henckel, *Prozessrecht und materielles Recht*, Göttingen 1970, 311 и след.

Приватноправну теорију није могуће разумети ако се не узме у обзир историјски контекст немачког права. У време доношења нГрпп (1877) владајући је став, што је осведочено не само на редакцијском плану, већ и у материјалијама, да је спровођење извршења на покретним стварима остварење приватноправних овлашћења из пленидбеног заложног права.³⁹ Стога је судски извршитељ који у немачком праву уновчава покретне ствари био схваћен као помоћник извршног повериоца, његов мандатар. Када извршни поверилац тражи заплону покретних ствари он заправо, према том схватању, даје приватноправни налог судском извршитељу.⁴⁰

Како се наводи у савременој литератури, све до тридесетих година прошлог века приватноправна теорија је била владајућа, како у литератури, тако и у судској пракси. За њен слом наводе се два момента као пресудна: први се везује за објављивање монографије *Фридриха Штјајна* (1913),⁴¹ у којој је фундаирао учење о јавноправном карактеру извршног поступка, те јавноправној улози судског извршитеља, а уз то је засновао мешовиту „јавно-приватну теорију пленидбеног заложног права“; други се односи на обрт судске праксе, и то преузимањем *Штјајновој* схватања, уобличен и више него начелном одлуком *Суда Пажха* (*Reichsgericht*).⁴²

3.3.3. Мешовита теорија

Иако се *Штјајн* означава утемељивачем мешовите јавно-приватне теорије, само име је каснијег датума, и потиче од њеног критичара, творца савремене јавноправне теорије *Герхарда Лукеа* (*Gerhard Lüke*). Мешовита теорија⁴³

³⁹ О томе вид. Franz-Jürgen Säcker, „Der Streit um die Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts, *Juristen Zeitung (JZ)* 1971, 158 и след.

⁴⁰ Тако заиста и гласе још увек важеће одредбе, у којима се говори о „налогу“ (*Auftrag*), вид. §§ 753, 754, 755 реч. 2, 766 ст. 2 нГрпп.

⁴¹ Friedrich Stein, *Grundfragen der Zwangsvollstreckung*, Tübingen 1913.

⁴² RG, 21. 1. 1938 – VII 106/37, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* 156, 397 и след. – О значају ове одлуке, а нарочито у контексту преузимања схватања једног јеврејског аутора (*Штјајн* је био Јеврејин) у време националсоцијализма, вид. Hans Friedhelm Gaul, „Das geltende deutsche Zwangsvollstreckungsrecht – Ergebnis eines Wandels der Rechtsanschauung oder ungebrochenen Kontinuität?“, *Zeitschrift für Zivilprozess* 130 (2017), 13 и след., 26.

⁴³ Без претензије на потпуност набрајања, њу заступају, у различитим модалитетима: W. Henckel, 328 и след.; A. Blomeyer, 175 и след.; H. F. Gaul (2017), 10 и след.; W. Gerhart, 73 и след.; E. Schilken, у: H. F. Gaul, E. Schilken, E. Becker-Eberhard, § 50 марг. бр. 50 и след.; Fritz Baur, Rolf Stürner, Alexander Bruns, *Zwangsvollstreckungsrecht*, Heidelberg 2006¹³, марг. бр. 27.10 и след.; Othmar Jauernig, Christian Berger, *Zwangsvollstreckungsrecht*, München 2010²³, § 16 марг. бр. 24 и след.; Urs Peter Gruber, у: Thomas Rauscher, Wolfgang Krüger (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Bd. 2, München 2021⁶, § 803 марг. бр. 11 и след.; Walter Brox, Wolf-Dietrich Walker, *Zwangsvollstreckungsrecht*, Köln 2014¹⁰, марг. бр. 393; W. D. Walker, у: W. Schuschke, vor §§ 803, 804 марг. бр. 13; Jasmin Flockenhaus, у: Hans Joachim Musielak, Wolfgang Voit (Hrsg.), *Zivilprozessordnung*, München 2022¹⁹, § 804 марг. бр. 4; Klaus Schreiber, „Das Pfändungspfandrecht nach der ZPO“, *Juristische Ausbildung* 2014, 691 и след.

у односу на приватноправну чини одлучан рез као последицу измењеног схватања природе извршног поступка и статуса судског извршитеља. Пленидбено заложно право заиста настаје уколико су испуњени услови приватног права (акцесорност, припадање ствари извршном дужнику), и оно јесте приватноправног карактера, али сам процес уновчења се не заснива на њему, већ искључиво на заплени.⁴⁴ Овлашћење судског извршитеља да уновчи заплени предмет је јавноправне природе и само за себе нема никакве везе са пленидбеним заложним правом. Потоње је заправо само фигура која треба коначно (и након извршног поступка) да створи легитимацију како за ранг намирења више поверилаца, тако за задржавање примљеног на име намирења.⁴⁵

3.3.4. Јавноправна теорија

Иако је већ била заступана на прелазу из 19. у 20. век, јавноправна теорија се уобичава тек касније и везује се нарочито за *Г. Лукеа*,⁴⁶ и представља према његовој замисли последњи стадијум преобликовања извршног поступка у смислу публицистичког схватања.⁴⁷ Формално гледано, јавноправна теорија⁴⁸ је идентична приватноправној: основ уновчења заплени ствари

⁴⁴ Уместо свих Е. Schilken, у: Н. F. Gaul, Е. Schilken, Е. Becker-Eberhard, § 50 марг. бр. 50 са даљим упућивањима. – О томе да мешовита теорија не подразумева успостављање некакве мешовите категорије пленидбеног заложног права које би имало двоструку природу, те да је због тога и сам назив теорије нетачан, вид. Н. F. Gaul (2017), 7/8; уп. и Gerhard Lüke, „Die Entwicklung der öffentlichrechtlichen Theorie in der Zwangsvollstreckung“, у: Andreas Heldrich, Takeyoshi Uchida (Hrsg.), *Festschrift für Nakamura*, Berlin 1996, 391 фн. 5; W. Gerhart, 73. – У домаћој литератури *Јакшић* готово потпуно погрешно приказује мешовиту теорију, тврдећи да она негира акцесорност пленидбеног заложног права, односно да оно настаје без обзира што извршни дужник није власник заплени ствари; уз то, он тврди да је према овој теорији пленидбено заложно право „и приватноправног и јавноправног карактера“, уп. А. Јакшић, бр. 4586. Вреди напоменути да *Јакшић* у свом приказу мешовите теорије не документује своје наводе.

⁴⁵ Е. Schilken, у: Н. F. Gaul, Е. Schilken, Е. Becker-Eberhard, § 50 марг. бр. 52 са даљим упућивањем.

⁴⁶ Вид. Gerhard Lüke, Die Rechtsnatur des Pfändungspfandrecht“, *JZ* 1957, 239 и след.; Gerhard Lüke, „Die Bereicherungshaftung des Gläubigers bei der Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige bewegliche Sache“, *AcP* 153 (1954), 534, 539, 541; G. Lüke (1996), 393, 403 и след.

⁴⁷ Репрезентативно G. Lüke (1957), 242: публицистичком схватању успева да се „ослободи окова Грађанског законика“, те да призна да је „пленидбеном заложном праву са заложним правом из Грађанског законика заједничко готово само име“.

⁴⁸ Без претензије на потпуност, у представнике немачке јавноправне теорије се могу убројати и: Kurt Herget, у: Richard Zöller (Hrsg.), *Zivilprozessordnung*, Köln 2018³², § 804 марг. бр. 2; Peter Hartmann, у: Adolf Baumbach et. alt., *Zivilprozessordnung*, München 2004⁶², Übers. § 803 марг. бр. 8; Wolfgang Lüke, у: Bernhard Wiczorek, Rolf Schütze (Hrsg.), *Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 10. Band, Teilband 1, §§ 803–863*, Berlin–Boston 2015⁴, § 804 марг. бр. 56 и след.; Johann Kindl, у: Johann Kindl, Caroline Meller-Hannich (Hrsg.), *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*, Baden-Baden 2021⁴, § 804 ZPO марг. бр. 4.

и за њу је пленидбено заложно право. Међутим – и то је кардинално – оно није приватноправне природе, већ искључиво јавноправне, тј. процесне, публицистичке. За његов настанак се не тражи ни акцесорност, нити да је извршни дужник власник ствари. Оно је израз захтева за извршење (нем. *Vollstreckungsanspruch*), иначе неспорног института, који је уперен према држави, и који је сам, опет неспорно за све, независан од материјалноправног захтева.⁴⁹ Пленидбено заложно право које би било приватноправне природе, према Г. Лукеу представљало би страно тело у извршном поступку схваћеном у савременом смислу.⁵⁰

Кључни проблем јавноправне теорије је дефицит основа за задржавање примљеног на име намирења. Јер, ако пленидбено заложно право настаје без обзира на материјалноправне услове, онда се поставља питање како решити проблем „материјалноправно“ неоснованог извршења: шта се дешава у случају да је извршење спроведено а потраживања није ни било, или га је било, али је уновчена ствар припадала трећем лицу? Ту неуралгичну тачку јавноправне теорије Г. Луке решава раније – по сопственим речима – „извесном недоследношћу“: признаје се кондикцијски захтев извршног дужника или трећег лица према извршном повериоцу, а фигура која то оправдава је недостатак правног основа у виду потраживања или припадности ствари трећем лицу.⁵¹ Други су међутим били радикалнији, па су негирали настанак било каквог кондикцијског захтева, између осталог, тезом о „квазиправноснажности“.⁵²

3.3.5. Биланс

Приватноправна теорија се данас углавном представља тек као историјска категорија, иако је недавно учињен покушај да се она оживи.⁵³ Њој

⁴⁹ О захтеву за извршење у немачкој литератури исцрпно Н. F. Gaul, у: Н. F. Gaul, E. Schilken, E. Becker-Eberhard, § 6 марг. бр. 1 и след.; за аустријско виђење вид. Holzhammer, 20 и след.; за домаћу литературу сумарно М. Кнежевић, у: Р. Кеча, М. Кнежевић (2022), 503.

⁵⁰ Тако већ G. Lüke (1957), 241; исто и четрдесетак година касније, G. Lüke (1996), 404.

⁵¹ G. Lüke (1953), 547.

⁵² Реч је о покушају да се преведе немачки термин, скован по узору на правноснажност, у виду „*Vollstreckungskraft*“; о овом правцу јавноправне теорије, уз масивну критику вид. Hans Friedhelm Gaul, „Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und materielle Ausgleichsansprüche“, *AcP* 173 (1973), 323 и след., посебно 340: уколико би се зарад превазилажења недоследности јавноправне теорије инсистирало на искључивању кондикцијских захтева након извршног поступка, онда би то био уједно и најснажнији приговор против ње; уп. и O. Jauch, Ch. Berger, § 16 марг. бр. 23: ако је тако, онда „тим пре треба одбацити јавноправну теорију“. – Против тезе о искључивању кондикцијских захтева након извршног поступка, односно услед пропуштања правних средстава извршног права и врховна немачка инстанца (*Савезни суд* [*Bundesgerichtshof* – *BGH*]), вид. *BGH*, 2. 7. 1992 – IX ZR 274/91, *Neue Juristische Wochenschrift* 1992, 2573.

⁵³ Реч је о подухвату *Штџама* (*Stamm*), који је у свом хабилитационом раду понудио управноправно схватање извршног поступка, али само у домену пленидбе, док је након

се приговара да је неспојива са схватањем извршног поступка као вршењем државне власти принуде – приватноправно заложно право не може бити основ државног принудног уновчавања заплених ствари.⁵⁴ Утолико данас спор постоји само између две теорије – мешовите и јавноправне. При томе, неспорно је да у највећем броју случајева ова теорије долазе до истих резултата.⁵⁵ Мешовита теорија је данас владајућа у Немачкој,⁵⁶ док је јавноправна у Аустрији.⁵⁷

Централна теоријска тачка јавноправне теорије која је изложена нападима јесте негирање релевантности материјалноправних услова настанка заложног права. *Лику* раније признање „извесне недоследности“ разлог је да се додатно потенцира неодрживост његове теорије, са закључком да се тиме она сама од себе урушава.⁵⁸ Одбрану позиција јавноправне теорије је предузео *Минцберг* (*Münzberg*), по којем треба разликовати право на намирење у извршном поступку као једино овлашћење из пленидбеног заложног права (*Bekommen des Erlöses*), и право на коначно задржање примљеног (*endgültige Behaltendürfen*) што већ измиче овом институту, те које се просуђује према општим правилима кондикцијског права – параметри су потраживање извршног повериоца и питање да ли је извршни дужник заиста био власник ствари.⁵⁹ На то се изнова приговара да је тако нешто вештачко цепање једног института,⁶⁰ односно да се тиме пленидбено заложно право чини сувишним, тј. да је оно без било каквог засебног правног значаја и функције,⁶¹ што је – према схватању мешовите теорије – неприхватљиво спрам важећег законског стања ствари. Тиме се уједно даје коначна осуда: методолошки

тога спровођење извршења засновано на цивилистичким основама, где приватноправно пленидбено заложно право има своје место; уп. Jürgen Stamm, *Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts*, Tübingen 2007, *passim*, нарочито 351: „извршни поступак тежи само једном циљу, а то је да се надомести недостајућа добровољна изјава о залози и предаја предмета“; за масивну критику вид. E. Schilken „Rezension zu Jürgen Stamm, Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts“, *AcP* 208 (2008), 840 и след.; H. F. Gaul (2017), 29 и след.

⁵⁴ Уп. G. Lüke (1957), 240; O. Jauernig, Ch. Berger, § 16 марг. бр. 18.

⁵⁵ Из перспективе јавноправне теорије тако G. Lüke (1996), 403; из перспективе мешовите теорије E. Schilken, у: H. F. Gaul, E. Schilken, E. Becker-Eberhard, § 50 марг. бр. 53.

⁵⁶ То је неспорно за доктрину, па тако и припадници јавноправне теорије кажу да њихово схватање одступа од владајућег схватања, вид. Wolfgang Lüke, *Zivilprozessrecht*, München 2011¹⁰, марг. бр. 611.

⁵⁷ R. Holzhammer, 242, 244 и след.; Harald Mini, у: Astrid Deixler-Hübner, *Exekutionsordnung. Kommentar. Lfg. 34*, Wien 2022, § 256 марг. бр. 14 са даљим упућивањима.

⁵⁸ Уместо свих O. Jauernig, Ch. Berger, § 16 марг. бр. 19 *in fine*.

⁵⁹ О схватању *Минцберга* вид. E. Schilken, у: H. F. Gaul, E. Schilken, E. Becker-Eberhard, § 50 марг. бр. 58; – И сам Г. Лику прихвата *Минцбергову* одбрану, вид. G. Lüke (1996), 404.

⁶⁰ K. Schreiber, 691; уп. и J. Stamm, 419 и след.

⁶¹ W. Henckel, 327.

гледано, јавноправна теорија пробија *lex lata* границе, јер оно има за циљ да један законски институт учини практично безначајним.⁶²

Јавноправна теорија је у сваком случају једноставнија како за излагање материје, тако и за примену. Она уз то настоји да превлада и проблем формализације извршног поступка у том смислу да рекламира за себе складност са принципом да се материјалноправна питања у извршном поступку уопште ни не решавају.⁶³ С друге стране, мешовита теорија такође за себе рекламира складност са формализацијом. Њене присталице сматрају да је проблем пленидбеног заложног права због релевантности материјалноправних услова, у амбијенту формализације извршног поступка готово увек латентан, и постаје акутан по правилу тек након спроведеног извршења.⁶⁴

3.4. Позиције у југословенској литератури

Опште узев, спор из немачког и аустријског права, иначе наших традиционалних узора, у домаћој литератури (предратној и поратној југословенској и потоњој српској) је непознат. Цивилистика одавно у пленидбеном заложном праву види једно од „заложних права“,⁶⁵ али не иде даље од тога.⁶⁶ Процесуалистика, с друге стране, углавном се задовољавала именовањем пленидбеног заложног права као „судског заложног права“, без проблематизације.⁶⁷ Ипак, два су аутора која су се (изричито или прећутно) дотакла ове проблематике, и то у оквиру „традиционалног модела“.

3.4.1. Схватање Блајојевића за извршно право

У „Систему извршног поступка“ Блајојевић приказује ново југословенско извршно право, иначе готово пресликано аустријско, користећи се

⁶² O. Jauernig, Ch. Berger, § 16 марг. бр. 7; E. Schilken, у: H. F. Gaul, E. Schilken, E. Becker-Eberhard, § 50 марг. бр. 58; W. Henckel, 328.

⁶³ Уместо свих J. Kindl, у: J. Kindl, C. Meller-Hannich (Hrsg.), § 804 ZPO марг. бр. 4 са даљим упућивањима.

⁶⁴ Уп. E. Schilken, у: H. F. Gaul, E. Schilken, E. Becker-Eberhard, § 50 марг. бр. 53, 68 и след. – Аутономну позицију има *Бломејер*, по којем у случају дефицита материјалноправних услова настанка пленидбеног заложног права, а због формализације извршног поступка, оно постоји само као условно пуноважно: ако дође до намирења, окончањем извршног поступка пленидбено заложно право коначно губи своје дејство, чиме се отвара пут кондикцијским захтевима извршног дужника или трећег лица против извршног повериоца. Ово схватање *Бломејер* системски гради с позивом на рушљиве правне послове; вид. A. Blomeyer, 176 и след. Ипак, његово схватање није наишло на присталице.

⁶⁵ Уместо свих Миодраг Орлић, у: Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Сиварно право*, Београд 1996⁹, бр. 730 и след.

⁶⁶ Вид. међутим М. Живковић, у: Д. Хибер, М. Живковић, 49 који сумарно излаже теоријски спор из немачког права, и то према *Дики*.

⁶⁷ Уп. међутим А. Јакшић, бр. 4584 и след.; за критику његовог приказивања вид. фн. 44.

обилато како аустријском, тако и немачком догматиком. Иако је тадашњи законски текст изричито говорио о стицању заложног права пленидбом, *Блајојевић* доследно избегава његов спомен. На свим местима он говори о „заснивању посебног јавно-правног стварно-правног дејствујућег овлашћења на наплату из заплених ствари“.⁶⁸ Имајући у виду управо његово знање о теоријском спору који је већ тада тињао у литератури немачког говорног подручја, нема сумње да се он приклањао јавноправној теорији. Штавише, могло би да се каже да је био заступник једне екстремније публицистичке варијанте, с обзиром да предметни институт није ни желео да назове својим именом – заложним правом.⁶⁹

3.4.2. *Схватање Гамса за јослератно право*

За послератно, али још увек некодификовано право, *Гамс* је заступао став да пленидбено заложно право заправо ни није „залога у правом смислу речи, већ један однос из судског поступка (судског извршења) – дакле из јавног права“.⁷⁰ Разлози за речено су према њему непреносивост залог, могућност остављања заплених ствари у државини дужника, уређење императивним извршноправним прописима, као и заштићеност путем кривичног права.⁷¹ Према томе, иако је *Гамс* излагао пленидбено заложно право у оквиру приватноправне залог, те иако није спомињао теоријски спор из немачког права, његов став се пре може квалификовати као припадност јавноправној теорији.⁷²

3.5. Схватање Дике за хрватско право

Након излагања све три немачко-аустријске теорије, *Дика* за тадашње хрватско право излаже своју сопствену теорију, коју он назива синтетичком и реалистичком. По њему пленидбено заложно право има и приватноправну и јавноправну компоненту. Разлике у односу на приказане теорије би могле да се сведу на следеће: јавноправни аспект је у томе што пленидбено заложно право настаје актом јавне власти; приватноправни аспект није само у томе што оно настаје тек ако су испуњени материјалноправни услови (акцесорност, припадање ствари извршном дужнику), већ и зато што су „материјалноправни учинци присилнога заложнога права у томе да оно твори

⁶⁸ Борислав Благојевић, *Систем извршног јосиука*, Београд 1937, 486, 490, 493, 495.

⁶⁹ Индикативно је и да *Блајојевић* принудно заложно право на непокретности као самостално средство извршења (§§ 70 и след. Ип) – данас: средство обезбеђења из чл. 431 и след. ЗИО – квалификује исто као „јавно-правно стварно-правно овлашћење“, *Ibid.*, 478.

⁷⁰ Андрија Гамс, *Основи сиварног права*, Београд 1968⁵, 182.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Супротно М. Живковић, у: Д. Хибер, М. Живковић, 50 фн. 102, који *Гамсово* наглашава „јавноправних елемената“ не види као став о правној природи пленидбеног заложног права.

материјалноправну основа продаје ствари“, те је „тај учинак и основа за пријенос власништва на купца“. ⁷³ Према томе, види се да *Дика* у приватно-правној компоненти види и основ за уновчење заплењене ствари, нешто што је пропријум чисте приватноправне теорије. По његовим речима, таква теорија је синтетичка, јер интегрише материјалноправна и процесноправна обележја; реалистичка је, „зато што не полази од априорних догматских (правно-романтичарских) ставова већ од конкретног (позитивноправног) уређења института, од његова мјеста и функције у остваривању правног поретка“. ⁷⁴

4. НЕЧУЈНО ПРЕОБЛИКОВАЊЕ ТРАДИЦИОНАЛНОГ МОДЕЛА У СРПСКОМ ПРАВУ: ОД МОДИФИКАЦИЈЕ ДО НАПУШТАЊА

4.1. Увођење регистрације пленидбеног заложног права зарад обезбеђивања публицитета: Закон о извршном поступку из 2004. године

Све до Закона о извршном поступку из 2004. године постојао је традиционални модел пленидбеног заложног права, што се враћа на немачко-аустријски узор. Он је ипак био критикован у цивилистици, утолико што је константно истицано да дефицит публицитета води штетним последицама, и то, у зависности од става о могућности стицања неоптерећене својине на заплењеној ствари, по извршног повериоца или савесног стицаоца. ⁷⁵ Сматрало се да у случају остављања заплењених ствари на чување извршном дужнику „вид-но означавање пленидбе“ (лепљење пленидбене маркице, истицање пленидбеног записника) не представља готово никакав учинковит публицитет.

Увођење регистроване залоге у српски правни поредак 2003. године био је импулс да се отворе нови видици и за пленидбено заложно право. Суштински на „предлог“ Центра за либерално-демократске студије, ⁷⁶ у Закону о извршном поступку из 2004. године је уведено ново правило у виду регистрације пленидбеног заложног права на покретним стварима. Но, реч

⁷³ М. Dika, 509.

⁷⁴ *Ibid.*, 510.

⁷⁵ Уколико се негирала могућност стицања неоптерећене својине на заплењеној ствари, онда је интерес савесног стицаоца био скрајнут, тако Миодраг Орлић, „Заложно право“, *Енциклопедија имовинској права и удруженој рада, Том шрећи*, Београд 1978, бр. 17; с позивом на Орлића и Драгољуб Стојановић, у: Драгољуб Стојановић, Дмитар Поп-Георгиев, *Коментар Закона о основним својинско-правним односима*, Београд 1980, 135 – Супротно, уколико се признавала наведена могућност, онда је интерес извршног повериоца скрајнут, тако М. Орлић, у: О. Станковић, М. Орлић, бр. 731.

⁷⁶ Центар за либерално-демократске студије је израдио у оквиру сопственог пројекта нацрт новог закона, који је послужио радној групи која је припремала нов закон 2004. године, вид. Драгор Хибер (ред.), *Нови Закон о извршном поступку*, Београд 2004, 7.

је само о модификацији традиционалног модела, не о кардиналној промени. Наиме, пленидбено заложно право се и даље стицало пленидбом са свим последицама (стицање ранга, разлучно право);⁷⁷ регистрација је служила обезбеђивању публицитета утолико што од тог момента трећа лица никако нису могла да се позивају на незнање пленидбеног заложног права.⁷⁸ То је био једини смисао промене.⁷⁹

Посебно треба истаћи начин регистрације. По састављању пленидбеног записника извршни суд је био дужан да без одлагања наложи надлежном органу (касније Регистру залогa) упис пленидбеног заложног права. У случају приступања извршном поступку и стицања пленидбеног заложног права новог извршног повериоца, вршила се забелешка на пленидбеном записнику, а суд је био дужан да о томе обавести надлежни орган ради регистрације новог пленидбеног заложног права.⁸⁰

4.2. Закон о извршењу и обезбеђењу из 2011. године: промена парадигме и генерисање нових проблема

Цезуру представља концепт уведен Законом о извршењу и обезбеђењу из 2011. године, који се с правом може назвати променом парадигме пленидбеног заложног права. Уместо традиционалног модела, или макар модификованог, пленидбено заложно право није настајало пленидбом, него тек регистрацијом – уписом у Регистар залогa. Пленидба (пленидбени записник у техничком смислу) је постала тек „основ“ за стицање заложног права (чл. 87 ст. 1 ЗИО 11). И даље, за разлику од ЗИП 2004, орган извршења није по службеној дужности достављао Регистру залогa пленидбени записник, већ је то преваљено на извршног повериоца (чл. 88 ЗИО 11). Нови модел је рођен.

Реакција литературе није била значајна, утолико што је само указивано на промењени концепт. Јасно је образложено да је „попис“ (пленидба) изгубио на значају,⁸¹ те да се пленидбено заложно право стиче тек регистрацијом.⁸² С друге стране, било је и схватања која су видно одступала од законског текста, али не у смислу свесно другачијег тумачења (прецизније, то би било крајње упитно „унапређење права“), већ као последица неувиђања промене, или неразумевања. Тако је *Ракић-Водинелић* у излагању материје према ЗИО 11 заправо у потпуности излагала превазиђено стање према ЗИП

⁷⁷ Уп. чл. 75 ст. 1 реч. 1 ЗИП 04.

⁷⁸ Чл. 76 ЗИП 04.

⁷⁹ Уп. Б. Старовић (2007), 312; Ранко Кеча, *Грађанско процесно право*, Београд 2009, 485; Невена Петрушић, у: Г. Станковић, Н. Петрушић, *Новине у грађанском процесном праву*, Ниш 2005, 159.

⁸⁰ Чл. 76 ст. 1, 82 ст. 3 ЗИП 04.

⁸¹ Ранко Кеча, *Грађанско процесно право*, Београд 2012⁵, 567.

⁸² Никола Бодирога, *Теорија извршног посматрања*, Београд 2012, 306.

2004, дакле, не региструјући наступиле промене.⁸³ У цивилистици је, међутим, Бабић тврдио да „принудно zaloжно право на покретним стварима поверилац стиче *йойисом сївари у извршном йосїуїку* [...] а не предајом ствари као код ручне залогѣ“, с тим да ред првенства zaloжног права стеченог пописом се одређује према дану када је извршен упис у одговарајући регистар“.⁸⁴ Очито је да његово схватање било засновано на неразумевању новоуспостављеног концепта и одредаба ЗИО 11 које је сам цитирао.

Промена парадигме је с друге стране довела до инхерентних проблема о којима редактори ЗИО 11 очито нису водили рачуна. Наиме, како је стицање пленидбеног zaloжног права зависило од воље извршног повериоца, питање је било да ли је оно уопште нужно зарад спровођења извршења. Такође, ако је одговор био потврдан, како се решавао проблем конкуренције извршних поверилаца који нису стекли пленидбено zaloжно право – како се одређивао њихов ранг? Јер, у делу који се односио на исплатне редове, ова категорија извршних поверилаца није била споменута (уп. чл. 101 ЗИО 11).

4.3. Важећи Закон о извршењу и обезбеђењу: континуитет уз додатке

4.3.1. *Континуитет и йойуњавање йразнине*

Упоредноправно гледано неубичајено, али за домаћи контекст нажалост уобичајено, после свега четири године донет је у потпуности нов закон. Што се тиче пленидбеног zaloжног права, ипак, у садашњем ЗИО нема одступања од модела његовог претходника. Пленидба сама за себе још не значи да је извршни поверилац стекао пленидбено zaloжно право – оно се стиче „у тренутку уписа zaloжног права у Регистар залогѣ“, с тим да се тада уједно стиче и „право на намирење на покретној ствари“ (чл. 228 ст. 1 ЗИО).

Сама редакција чл. 228 ст. 1 ЗИО на први поглед је решила проблем који је инхерентан: пошто се тек стицањем пленидбеног zaloжног права стиче и право на намирење из заплете ствари, извршни поверилац који не стекне пленидбено zaloжно право ни не може да се намири. Међутим, систем-

⁸³ Уп. Б. Познић, В. Ракић-Водинелић (2015), 614: „на пописаним стварима извршни поверилац стиче *судско zaloжно йраво* у моменту када судски извршитељ потпише записник о попису. [...] Извршни суд, без одлагања, доставља копију записника о попису, односно закључка о измени пописа организацији која је законом овлашћена да региструје бездржавинску залогу на покретним стварима. Регистровано судско zaloжно право, у односу на регистровано zaloжно право других поверилаца, рачуна се од часа стицања, пописом, односно закључком“ (курзив у оригиналу). – Индикативно је то да *Ракић-Водинелић* не наводи уопште одредбе тада важећег ЗИО 11, које би подржале њено схватање, које је, ако се има у виду раније издање уџбеника рађеног према ЗИП 2004, мање-више пресликана садржина одредаба које више не важе.

⁸⁴ Илија Бабић, *Грађанско йраво. Књига 2. Сїварно йраво*, Београд 2012, 262.

ско тумачење говори супротно: у чл. 254 ЗИО који уређује рангове намирења, изричито се наводе и извршни повериоци који нису стекли „заложно право“ – они се намирују тек након извршних поверилаца који су стекли пленидбено заложно право (чл. 254 ст. 1 т. 3 ЗИО). Дакле, јасно је да ЗИО полази од тога да сваки извршни поверилац у чију корист је заплењена ствар има право на намирење. Оно је, с друге стране, лошије рангирано од права на намирење које има ималац пленидбеног заложног права, али ипак постоји. Јер, како негирати једном таквом лицу право на намирење ако се у закону он уједно наводи као лице које се намирује из деобне масе?

4.3.2. Реакција литературе: учење о класичном пленидбеном заложном праву и рејистрованој залози (Г. Станковић и Трешњев)

Пажњу заслужују скорашња изјашњења две ауторке. Г. Станковић у приказу извршних радњи које се предузимају у оквиру „извршења на покретним стварима“ наводи следеће: „попис и процена ствари, заснивање судског заложног права, упис заложног права у одговарајуће јавне књиге (регистре), продаја ствари и намирење извршног повериоца из износа добијеног продајом“.⁸⁵ Мало касније она појашњава став:

„записник о попису представља основ за упис *заснованој* судског заложног права извршног повериоца на пописаним стварима у одговарајући регистар. Према одредбама Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, извршни поверилац стиче заложно право на покретним стварима уписом у регистар залоге“.⁸⁶

Према томе, њен став подразумева да се „судско заложно право“ заснива пленидбом, што не може другачије да се схвати него да настаје, а да се онда оно уписује у регистар, када извршни поверилац „стиче“ заложно право. Дакле, постоје изгледа два „заложна права“.

Слично, али још јасније Трешњев резонује. Дословно:

Принудно заложно право које је извршни поверилац *стјекао* у поступку извршења пошто је спроведен попис покретних ствари уписује се у Регистар залоге који води Агенција за привредне регистре. [...] Законодавац је овластио извршног повериоца да захтева упис *насталој* принудног заложног права, што представља услов за стицање права залоге на пописаним покретним стварима.⁸⁷

⁸⁵ Гордана Станковић, у: Гордана Станковић, Милена Трговчевић Прокић, *Послужак извршења и послужак обезбеђења у Републици Србији*, Београд 2020, 247 (курзив додат).

⁸⁶ *Ibid.*, 250 (курзив додат).

⁸⁷ Александра Трешњев, у: Гордана Станковић, Душица Палачковић, Александра Трешњев, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, Београд 2020², 681 (курзив додат).

4.3.3. Критика

Оба приказана схватања трпе приговоре, и у резултату се никако не могу прихватити.

Прво, редакција ЗИО не даје никакав ослонац за став да се „судско заложно право“ стиче већ пленидбом. Тек је пленидбени записник основ за стицање пленидбеног заложног права (чл. 224 ст. 2 ЗИО), које се стиче регистрацијом (чл. 228 ст. 1 ЗИО). Дакле, тумачењем као таквим се не може доћи до приказаног резултата.

Друго, уколико би критиковани став био резултат „унапређења права“ (нем. *Rechtsfortbildung*), за то је нужно да постоји ослонац у вредновању које је дошло до изражаја у закону. Било би нужно доказати да постоји непланска празнина у тексту ЗИО која се има попунити креативним захватом. То је, имајући у виду друге норме ЗИО, немогуће. ЗИО извршног повериоца у чију корист је извршена пленидба третира као „обичног, необезбеђеног“ извршног повериоца. Другим речима, ако би свака пленидба рађала заложно право, онда не би постојала категорија „извршног повериоца који није стекао заложно право“, чл. 254 ст. 1 т. 3 ЗИО би био беспредметан, он више не би имао никакво поље примене. У резултату, то би била материјална дерогација цитиране одредбе.

4.3.4. Међуисход: пленидбено заложно право као факултативна установа

Околност да се пленидбено заложно право не стиче пленидбом, тј. да оно није директна последица заплене, већ да је нужно да извршни поверилац затражи његово конституисање, говори о постојању једне бинарне структуре извршења на покретним стварима: извршење се спроводи и са и без пленидбеног заложног права, све и да су испуњени сви материјалноправни услови за његов настанак. И извршни поверилац који га не стекне има право на намирење из уновчене ствари, додуше слабијег ранга у односу на извршне повериоце који га стекну. У одређеном смислу, може се говорити о пленидбеном заложном праву као о факултативној установи. Речено се мора имати у виду приликом скицирања догматике важећег модела пленидбеног заложног права.

5. СКИЦИРАЊЕ ДОГМАТИКЕ ВАЖЕЋЕГ МОДЕЛА

5.1. Правна природа кроз испитивање функција пленидбеног заложног права

Савремена догматика питању правне природе и даље придодаје велики значај, али не у оном смислу који је појмовна јуриспруденција чинила. У

центру пажње су данас, пре свега, захтеви јасне систематизације, те хеуристичка функција („дескриптивно-аналитичка функција“),⁸⁸ односно „дидактичко-системски“ циљеви.⁸⁹ Извлачити практичне последице из правне природе једног института, до које се долази чак априорно, не одговара јуриспруденцији вредновања.⁹⁰ Отуда став о правној природи може да зависи само од садржине и функције једног института, а не обратно.⁹¹

5.1.1. Основ за уновчење?

Спор о основу за уновчење који се враћа на квалификацију пленидбеног zaloжног права у немачкој доктрини заправо никада није био актуелан за југословенско и српско право из најмање два разлога. Прво, уновчење ручне залогe је традиционално било другачије уређено него у немачком праву – вансудска продаја zaloжене ствари била је, и још увек је, изузетак. Друго, много значајније, орган који је вршио уновчење је био суд – концепција органа извршења који дела као мандатар извршног повериоца, по узору на изворни немачки модел, никада није постојала. Тако је и данас упркос дејудисијализацији спровођења извршења. Јавни извршитељ према чл. 138 ЗИО није никакав мандатар извршног повериоца, већ његова овлашћења извиру „из закона“.⁹² Уновчење заплете ствари подразумева оригинално стицање својине „купца“,⁹³ и приватноправне одредбе о стицању од невласника су непримењиве на извршни поступак.⁹⁴ Посебно је ирелевантно да ли до уновчења долази јавном продајом или непосредном погодбом, јер у било којој

⁸⁸ Martin Trenker, *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess – Privatautonomie im streitigen Erkenntnisverfahren*, Wien 2020, 809.

⁸⁹ *Ibid.*, 25.

⁹⁰ О опасностима појмовне јуриспруденције управо на примеру проблема правне природе пленидбеног zaloжног права вид. Franz-Jürgen Säcker, „Der Streit um die Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts“, *JZ* 1971, 156 и след.

⁹¹ На то за потребе zaloжног права уопште указује М. Живковић, у: Д. Хибер, М. Живковић, 24. – О идентичном приступу у савременој аустријској процесуалистици уопште вид. М. Trenker, 873 и след., који упозорава на опасност да дескриптивно-аналитичка функција „правне природе“ прерасте у нормативну. Због тога он тек на крају свог монументалног дела о „споразумном страначком располагању у парничном поступку“ разматра правну природу сваког појединачног случаја.

⁹² Тиме се, међутим, не чини излишном, или погрешном, конструкција односа извршног повериоца и јавног извршитеља као јавноправног односа који извире из захтева за извршење; о томе сумарно М. Кнежевић, у: Р. Кеча, М. Кнежевић (2022), 522/523; исцрпно за немачко право Н. F. Gaul, у: Н. F. Gaul, Е. Schilken, Е. Becker-Eberhard, § 8 марг. бр. 1 и след.

⁹³ Уп. Никола Бодирога, *Нови извршни поступак*, Београд 2017, 411; Бодирога додуше на наведеном месту говори о стицању својине на продатој непокретности, али исти концепт – због упућивања у чл. 255 ЗИО – важи и за стицање својине на продатој покретној ствари.

⁹⁴ Утолико је поље примене чл. 31 ст. 1 ЗОСПО сужено, јер се тамо наведена „јавна продаја“ не односи на принудну јавну продају.

варијанти „купац“ стиче својину закључком о предаји ствари (чл. 193 ст. 2 у вези са чл. 255 ЗИО). Према томе, приватноправна теорија пленидбеног заложног права је неприхватљива за српско право.

Међутим, питање је да ли је мешовита или јавноправна теорија у овом сегменту прихватљива, а од одговора заправо зависи укупно опредељење. Према првој, пленидбено заложно право није основ за уновчење заплењене ствари, док према другој јесте, с тим да оно има јавноправну природу. Потоње би начелно могло да се прихвати, јер како је речено, уновчење у извршном поступку представља акт јавне власти. Међутим, док је то заступљиво за немачко и аустријско право, односно за традиционални модел, за важеће српско право је неприхватљиво. Наиме, пошто пленидбено заложно право ни не мора да настане да би се заплењена ствар уновчила (права факултативност пленидбеног заложног права), онда се њему, у случају да настане, не може придавати такав значај. Уновчење заплењене ствари концептуално не може да се заснива час на заплени, а час на пленидбеном заложном праву, јер је то системски гледано тешко објашњиво. Штавише, дошло би се у ситуацију да се заплењена ствар заиста уновчава по два основа: у случају да су два извршна повериоца исходовала заплени једне ствари, а само један је стекао пленидбено заложно право, уновчење би се заснивало како на заплени (перспектива извршног повериоца који није стекао пленидбено заложно право), тако и на пленидбеном заложном праву (перспектива извршног повериоца који га је стекао). Тако нешто је ипак неподношљиво за целину која претендује да буде систем. Стога отпада први и основи чинилац јавноправне теорије, те је она већ из овог разлога неприхватљива за српско право. Мешовита теорија пружа најкохерентнији оквир разумевања садашњег стања, које додуше није нимало једноставно разумети.

На крају, нужен је и осврт на *Дикино* учење о „синтетичком и реалистичком“ пленидбеном заложном праву. Чини се да је већ из претходно изложеног јасно да се његово учење не може прихватити за српско право: он у приватноправној компоненти пленидбеног заложног права види основ за уновчење, што је, као што је речено, неједињиво за домаћим позитивним правом. И даље, потребе за таквим синтетичким и реалистичких учењем, зарад превазилажења „правно-романтичарских ставова“ ипак нема; савремене теорије (и мешовита и јавноправна) никако нису резултат једне појмовне јуриспруденције, већ су обе продукт јуриспруденције вредновања. Управо зато оне у највећем броју случајева воде истим резултатима (вид. горе 3.3.5).

5.1.2. Основ за задржавање *йримљеној*?

Према мешовитој теорији једна од две функције заложног права јесте стварање основа за задржавање примљеног на име намирења у извршном

поступку. Зато је оно приватноправне природе, и зато његов настанак зависи од материјалноправних мерила (акцесорност, припадност ствари извршном дужнику). Пошто у извршном поступку влада принцип формализације, проблем је принципијелно акутан само након окончања извршног поступка. И заиста, ово учење се уклапа у оквире српског права, упркос постојању бинарне структуре извршења на покретним стварима. Свакако, не може се негирати да оно и није најпогоднији медијум за постизање жељених резултата, али је та одлука на законодавцу.

Прво, у прилог приватноправној природи пленидбеног заложног права говори већ његово признавање у ЗОСПО, што је кључна разлика у односу на стање немачког права. Додуше, аустријско стање ствари показује да спомињање „заложног права на основу судске одлуке“ у тамошњем ОГЗ није препрека за негирање приватноправне природе. Међутим, због напуштања традиционалног модела, како је већ речено, јавноправна теорија више није прихватљива за српско право (в. горе 5.1.1).

Друго, што је инherentна критична тачка јавноправне теорије, фигура заложног права које уједно не служи као легитимација за задржавање примљеног на име намирења одузима му готово сваки смисао и постаје само нешто симболично.

Треће, уколико би се негирала акцесорност пленидбеног заложног права, то би значило признавање неакцесорног заложног права, које је за сада страно српском праву. Свакако да акцесорност трпи, како се истиче, изузетак из процесних разлога утолико што у случају потраживања која су утврђена правноснажном одлуком и са њом изједначним актима (судско поравнање, арбитражна одлука) питање настанка и постојања у оквиру временских граница правноснажности не може да се доводи у питање. Међутим, речено не дира у принцип, штавише не представља заиста прави изузетак.

Речено никако не значи да спровођење извршења на покретној ствари без стицања пленидбеног заложног права у резултату има другачије правне последице. Другим речима, и тада извршни поверилац мора имати материјалноправни основ за задржавање примљеног. Пошто у том случају он нема пленидбено заложно право, основ се мора тражити непосредно у потраживању. Другим речима, закључак о намирењу никада није „правни основ“ у смислу кондикцијског права, а није ни решење о извршењу. Управо уређење противизвршења које је базирано на остварењу кондикцијских захтева „краћим путем“ недвосмислено показује да је извршни поверилац изложен оваквим захтевима како извршног дужника, тако и трећег лица.

Речено може да се сумира на следећи начин: пленидбено заложно право јесте приватноправне природе утолико што представља основ за задржавање примљеног. Неке значајније практичне последице тог става

се не могу пронаћи, јер су готово сва питања решена на редакцијском плану.⁹⁵ У овом делу пленидбено заложно право према мешовитој теорији као фигура може имати хеуристичку функцију, али она заправо ствара много веће компликације него што доприноси бољем разумевању иначе компликоване материје. Но, опет је то данак законодавчевих вредновања и одлуке да се не само задржи пленидбено заложно право, већ и да се оно преобликује.

5.1.3. *Стварање ранга*

На редакцијском плану неспорно је да тек стицањем пленидбеног заложног права извршни поверилац стиче и фиксни ранг у односу на друге извршне повериоце који након њега стекну исто право. Уколико нико пре њега није стекао пленидбено заложно право, он има право приоритетног намирања у односу на све, па чак и односу на оне који су додуше пре њега исходовали заплону, али нису стекли пленидбено заложно право (чл. 254 ст. 1 т. 2 и 3 у вези са ст. 2 ЗИО).

Тако гледано, и садашње пленидбено заложно право има исту функцију као и у традиционалном моделу. У оба случаја ранг се стиче његовим настанком. Међутим, због начина настанка идентитет концепата је само формалан. Док традиционални модел подразумева истовременост заплоне и пленидбеног заложног права, сада су то потпуно одвојени временски моменти, штавише, стицање ранга је условљено додатним ангажовањем извршног повериоца. С друге стране, и то је кључна системска разлика, пленидбено заложно право данас није једина фигура која обезбеђује некакав ранг. У традиционалном моделу пленидбено заложно право је искључиви медијум кроз који се успоставља ранг намирања. Пошто је оно – ако су испуњени сви услови – незаобилазни чинилац спровођења извршења, незамисливо је да се ред првенства извршних поверилаца не равна према њему. Сада је то другачије због бинарне структуре извршења на покретним стварима. Примера ради, у случају конкуренције два извршна повериоца без пленидбеног заложног права, првенствени ред намирања се одређује према сасвим другим мерилима (чл. 254 ст. 4 ЗИО).⁹⁶ Дакле, пленидбено заложно право више нема праву у потпуности традиционалну функцију.

⁹⁵ Управо су основна практична питања до чијих одговора се долази применом једне или друге теорије у немачком праву, а које се везују за последице спроведеног извршења упркос непостојању потраживања, или извршења на ствари трећег лица, код нас довољно јасно, и подобно за уопштавање, решена кроз противизвршење.

⁹⁶ Ред првенства се тада одређује према времену подношења предлога за извршење, дакле ни време заплоне није релевантно.

5.1.4. Пленидбено заложно право као различно право

Не би требало да буде спорно да и данашње пленидбено заложно право спада у различна права (чл. 49 ст. 1 ЗСт).⁹⁷ Исто тако, и поред стицања пленидбеног заложног права регистрацијом, и то искључиво на основу воље извршног повериоца, оно спада у „различна права стечена извршењем“, тако да се по сили закона гаси уколико је настало 60 дана пре дана отварања стечајног поступка (чл. 49 ст. 3 ЗСт). Јер, основ пленидбеног заложног права јесте акт који представља извршну радњу (пленидба), односно оно је стечено ради намирења. Коначно, немогуће би било пронаћи стварни разлог разликовања овог пленидбеног заложног права од других (нпр. пленидбено заложно право на уделу привредног друштва), или у односу на право на намирење из заплењене непокретности као типолошко извршно различно право за себе. Оно што је разлика у односу на традиционални модел јесте последица нужности регистрације, тако да је извршни поверилац данас изложен већем ризику – због тога што пленидбено заложно право не настаје пленидбом, већ тек касније, он сноси већи ризик престанка његовог пленидбеног заложног права на основу чл. 49 ст. 3 ЗСт.

Обрнуто, извршни поверилац у чију корист се заплени покретна ствар, али који не стекне пленидбено заложно право, нема статус различног повериоца. Његово право на намирење које стиче пленидбом не подразумева истинско „право на првенствено намирење“, што је обележје различног права (чл. 49 ст. 1 ЗСт). Према томе, функција пленидбеног заложног права и даље је у обезбеђивању пуног приоритета намирења његовог имаоца у стечајноправном контексту, али је због начина настанка сасвим другачији контекст.

5.2. Смисао настанка путем регистрације

5.2.1. Класична функција регистрације као начина стицања рејистрованих залога

Класична регистрована залога свој смисао проналази у идеји да заложена ствар остане код заложног дужника како би могао да је привредно

⁹⁷ У резултату исто, али са другим образложењем В. Радовић, 215; по њему, ово заложно право не спада у „заложна права“, већ у „права намирења“, што је друга типолошка врста различног права. Овом ставу се може приговорити да се фигура „права на намирење“ поистовећује са различним правом стеченим извршењем и обезбеђењем; но, потоње обухвата како право на намирење из заплењене непокретности, тако и пленидбено заложно право. Другим речима, заложно право као различно право је било које заложно право, независно од основа настанка, а посебност пленидбеног заложног права је у томе што оно престаје у случају из чл. 49 ст. 3 ЗСт. – У аустријској доктрини, при довољно сличном законском стању стечајног поступка, нема спора да је пленидбено заложно право различно право у смислу „заложног права“, а не као подврста „права на намирење“, вид. само Markus Dellinger, Paul Oberhammer, Christian Koller, *Insolvenzrecht*, Wien 2014³, марг. бр. 213, 279.

искоришћава.⁹⁸ Дефицит бездржавинске залоге у смислу публицитета се надомештава њеном регистрацијом, односно успостављањем јавног регистра који је сваком доступан.⁹⁹ На тај начин се, између осталог, спречава располагање заложног дужника које би водило престанку заложног права, али и заснивање нове залоге тако да нови заложни поверилац ни не зна за постојање претходне, боље рангиране. Према томе, регистрација замењује државину заложене ствари и тиме остварује обе функције публицитета.

Регистрација заложног права је неизбежан начин стицања овог права, јер се само на тај начин омогућава смисленост успостављања транспарентног ранга. Пошто је регистрована залога вољна – настаје на основу правног посла, далеко најчешће на основу уговора – нема другог начина него да се њен настанак не веже за вољу странака.

5.2.2. Преношење идеје на пленидбено заложно право: смисао чл. 223 ст. 1 и 2 ЗИО

Уколико је обезбеђивање публицитета пленидбеног заложног права у функцији остваривања циља извршног поступка, а то је да извршни дужник коме су заплењене ствари остављене на чување не отуђи трећем лицу које би стекло својину без терета, онда на први поглед регистрација као таква има смисла. На тај начин, ако се узме да је савесно стицање својине без терета код нас могуће,¹⁰⁰ од тог тренутка се коначно тако нешто спречава. Пленидбено заложно право које је „сваком видљиво“ путем јавно доступног регистра чини сваког стицаоца несавесним. То је коначно и био лајтмотив модификације традиционалног пленидбеног заложног права, чиме је отклоњена примедба цивилистике о дефициту потребног публицитета. Но, да ли је то и данас тако?

Заплена подразумева одузимање права располагања извршном дужнику. То не само да је изричито прописано (чл. 223 ст. 1 ЗИО), и то одавно,¹⁰¹ већ је у ЗИО додата одредба која предвиђа последице располагања заплењеном ствари, где свакако спада и отуђење. Према чл. 223 ст. 2 ЗИО, повреда забране располагања повлачи одсуство дејства акта располагања у извршном поступку у коме је настала. Према *Бодироји*, то значи да располагање нема дејства у односу на извршног повериоца,¹⁰² док *Трешњев* сматра да распо-

⁹⁸ Уп. М. Живковић, у: Д. Хибер, М. Живковић, 65 и след., 243 и след.; Ненад С. Тешић, *Регистрована залога*, Београд 2007, 46/47.

⁹⁹ Уп. М. Живковић, у: Д. Хибер, М. Живковић, 65: регистрација је савршеније средство остваривања публицитета од државине ствари.

¹⁰⁰ Тако изричито М. Орлић, у: О. Станковић, М. Орлић, бр. 731.

¹⁰¹ Уп. чл. 77 ст. 1 ЗИП 78; чл. 70 ст. 1 ЗИП 2000; чл. 78 ЗИП 04.

¹⁰² Н. Бодирога (2017), 432.

лагање као такво нема дејство.¹⁰³ Потоње схватање се не може прихватити, јер иде без стварних разлога преко законског текста: у чл. 223 ст. 2 ЗИО се ускраћивање дејства располагања ограничава на извршни поступак у којем је ствар заплена, а не предвиђа се – суштински – класична ништавост располагања. Зато треће лице постаје власник ствари, али у односу на извршног повериоца – како то краће *Богироја* каже – располагање нема дејство. Догматички гледано, треће лице у том случају одговара за туђ дуг, и то предметом стицања, и то је структурално идентична ситуација као код побивања правних радњи дужника (чл. 280 и след. ЗОО). Како год, чл. 223 ст. 2 ЗИО се примењује универзално – без обзира да ли је извршни поверилац стекао пленидбено заложно право, али и без обзира да ли је стицалац савестан. Прво, забрана располагања и следејућа правна последица њеног кршења се везују за заплелу као такву. Друго, не би имало никаквог смисла посебно предвиђати последице кршења забране располагања на овај начин, ако се то ипак не би односило на савесног стицаоца. У тој хипотези чл. 223 ст. 2 ЗИО би био сувишан, јер би свакако важила општа правила грађанског права која штите савесног стицаоца (аналогно чл. 31 ЗОСПО).

Речено показује да је законодавац заправо обесмислио овај аспект регистрације пленидбеног заложног права. Чак и да оно не настане, немогуће је стицање својине на заплеленој ствари без терета, које је тада у виду права на намирење извршног повериоца. Према томе, у важећем праву настанак пленидбеног заложног права кроз регистрацију нема за циљ остваривање класичне функције публицитета који обезбеђује јавни регистар. Извршни поверилац је већ заштићен кроз чл. 223 ст. 2 ЗИО.

5.2.3. Регистрација и настајанак ранга

Регистрација служи публицитету. Питање је да ли то заиста има било какве везе са стицањем једног од два „овлашћења“ која се везују за првенствено намирење (ранг намирења у извршном поступку и разлучно право).

Иако је према замисли законодавца заправо то једини смисао регистрације, питање је да ли за тако нешто има стварних разлога. Због чега је баш регистрација та која треба да обезбеди ранг намирења извршног повериоцу? Једини разлог се може видети у идеји приватне аутономије, јер до уписа, тј. настанка може доћи искључиво иницијативом извршног повериоца. Тако се долази коначно до јединог вредновања које се може потврдити у позитивном праву на подлози ЗИО: судбина (што боље) намирења из заплелене ствари треба да буде у рукама извршног повериоца, а не у рукама органа извршења.

¹⁰³ А. Трешњев, у: Г. Станковић, Д. Палачковић, А. Трешњев, 85: „не изазива правно дејство акт располагања“.

Извршни поверилац треба да се додатно помучи да обезбеди себи првенствени ранг – да ли у односу на друге извршне повериоце, да ли у односу на касније, евентуалне стечајне повериоце.

6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА: ПРАВНОПОЛИТИЧКА ОЦЕНА

Резултати истраживања су показали да важеће уређење пленидбеног заложног права почива искључиво на идеји приватне аутономије, и то у контексту обезбеђивања (што бољег) изгледа на намирење извршног повериоца. Да би обезбедио првенствено намирење у односу на друге извршне повериоце, или у случају стечаја извршног дужника у односу на његове стечајне повериоце, он је дужан, заправо има терет, да исходује пленидбено заложно право. Такво пренаглашавање приватне аутономије представља корак уназад и враћање на нешто што у домаћем праву никада ни није постојало. У том смислу ЗИО је заправо амбивалентан. Док с једне стране у доброј мери скида одговорност са извршног повериоца (нема бољег примера од предлагања „извршења на целокупној имовини“), с друге стране му преваљује терете за које се може поставити питање да ли су подношљиви, а што је најважније и смислени.

Нови концепт са собом носи и додатне проблеме о којима можда није било пуне свести. Тако се на пример можда занемарује да се за регистрацију плаћају таксе. Можда значајније, о чему тек није било свести, јесте чињеница да је поступак пред Регистром залогe управни поступак, те да се за његово покретање – ако се дословно тумачи Закон о заложном праву на покретним стварима и правима уписаним у регистар, односно Закон о општем управном поступку – тражи посебно пуномоћје.¹⁰⁴ И неке одредбе ЗИО су готово бесмислене, а могу да створе озбиљне проблеме, попут захтева да се уз пријаву регистрације приложи не само решење о извршењу, већ и предлог за извршење (чл. 227 ст. 2 ЗИО), који тешко може нечему да служи. Но, како да се тако нешто „прибави“ уколико је предлог за извршење предат поштом? Тада извршни поверилац нема „свој“ примерак у правом смислу (са пријемним печатом), тако да би он тада морао да га копира, али је питање ко ће да овери копију? Суд? Јавни извршитељ?

¹⁰⁴ Занимљиво је да на званичном сајту Регистра залогe, у оквиру упутства за регистравање залогe, стоји да уколико је подносилац пријаве физичко лице, „а пријаву подноси преко пуномоћника који није адвокат, уз пријаву се мора доставити пуномоћје оверено од стране органа надлежног за оверу потписа“; вид. <https://www.apr.gov.rs/registri/zalo%C5%BE-no-pravo/uputstva.2183.html> (приступ 27. 12. 2021). – Такво правило, међутим, у управном поступку не важи већ скоро пет година!

Системски гледано, упадљиво је да је само у оквиру извршења на покретним стварима успостављено пленидбено заложно право према мустри регистроване залогe. Остала пленидбена заложна права (на заплeњеном потраживању, на заплeњеном уделу у привредном друштву) настају као и до сада актом пленидбе, односно без додатног импулса извршног повериоца. Стога се поставља питање који су стварни разлози за акцендовање приватне аутономије само код пленидбеног заложног права на покретним стварима? Уколико од воље извршног повериоца треба да зависи стицање ранга намирења, те стицање разлучног права, нису ли онда посреди противуречна вредновања? Иако је извршење на непокретностима сковано по другачијој мустри (вид. горе 2.3), и тамо стицање ранга намирења, те евентуалног разлучног права, не зависи од додатне активности извршног повериоца. Чини се да је законодавац речено пре сметну с ума, односно да није ни било свести о томе. Стиче се утисак, након резултата овог истраживања, да се законодавац изгубио, тиме што је некритички један цивилистички образац који има свој смисао у контексту обезбеђења потраживања пренео на пленидбено заложно право. Из околности да постоји регистрована залога он је изгледа мислио да регистрација пленидбеног заложног права мора да буде конститутивна.

С обзиром да је извршни поступак код нас у стању перманентне реформе, те да не би било неочекивано да у релативно кратком времену изнова дође до озбиљнијег новелирања ЗИО, нужно би било да релевантни актуари преиспитају садашњи концепт пленидбеног заложног права на покретним стварима.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Литература:

- Бабић Илија, *Грађанско право. Књига 2. Стварно право*, Београд 2012
 Благојевић Борислав, *Систем извршног поседујука*, Београд 1937
 Бодирога, Никола, *Теорија извршног поседујука*, Београд 2012
 Бодирога Никола, *Нови извршни поседујак*, Београд 2017
 Водинелић Владимир, *Грађанско право. Увод у грађанско право и Општи геограђанској права*, Београд 2012
 Гамс Андрија, *Основи стварног права*, Београд 1968⁵
 Ђорђевић Андрија, *Теорија грађанског судског поседујука, II књига, привредно-г-р. Д. Аранђеловић*, Београд 1923²
 Јакшић Александар, *Грађанско процесно право*, Београд 2012⁶
 Кеча Ранко, *Грађанско процесно право*, Београд 2009
 Кеча Ранко, *Грађанско процесно право*, Београд 2012⁵
 Кеча Ранко, Кнежевић Марко, *Грађанско процесно право*, Београд 2021¹⁸
 Кеча Ранко, Кнежевић Марко, *Грађанско процесно право*, Београд 2022¹⁹

- Орлић Миодраг, „Залога“, *Енциклопедија имовинској права и права удруженој права, Том шрећи*, Београд 1978
- Познић Боровоје, *Грађанско процесно право*, Београд 1962
- Познић Боровоје, *Грађанско процесно право*, Београд 1965²
- Познић Боровоје, Ракић-Водинелић Весна, *Грађанско процесно право*, Београд 1999¹⁵
- Познић Боровоје, Ракић-Водинелић Весна, *Грађанско процесно право*, Београд 2010¹⁶
- Познић Боровоје, Ракић-Водинелић Весна, *Грађанско процесно право*, Београд 2015¹⁷
- Радовић Вук, *Сйечајно право, књ. I*, Београд 2017
- Радовић Марко, „Забележба решења о извршењу на непокретности у јавне књи-ге као основ стицања разлучног права“, *Сйуденйска ревизија за йривред-но право* 1/2015-2016, 92–95
- Станковић Гордана, Палачковић Душица, Трешњев Александра, *Коменйар Закона о извршењу и обезбеђењу*, Београд 2020²
- Станковић Гордана, Трговчевић Прокић Милена, *Посйууак извршења и йосйу-йак обезбеђења у Рейублици Србији*, Београд 2020
- Станковић Гордана, Петрушић Невена, *Новине у йрађанском йроцесном йраву*, Ниш 2005
- Станковић Обрен, Орлић Миодраг, *Сйварно право*, Београд 1996⁹
- Старовић Боровој, *Коменйар Закона о извршном йосйууку*, Нови Сад 1991²
- Старовић Боровој, *Коменйар Закона о извршном йосйууку*, Београд 2007
- Стојановић Драгољуб, Поп-Георгиев Дмитар, *Коменйар Закона о основним својинско-йравним односима*, Београд 1980
- Тешић Ненад С., *Рейсйирована zaloја*, Београд 2007
- Трива Синиша, Белајец Велимир, Дика Михајло, *Судско извршно йраво, Ойћи дио*, Загреб 1984²,
- Хибер Драгор (ред.), *Нови Закон о извршном йосйууку*, Београд 2004
- Хибер Драгор, Живковић Милош, *Право обезбеђења и учвршћења йойпражи-вања*, Београд 2015
- Angst Peter, Oberhammer Paul (Hrsg.), *Kommentar zur Exekutionsordnung*, Wien 2015³
- Baumbach Adolf et. alt., *Zivilprozessordnung*, München 2004⁶²
- Baur Fritz, Stürner Rolf, Bruns Alexander, *Zwangsvollstreckungsrecht*, Heidelberg 2006¹³
- Blomeyer Arwed, *Zivilprozeßrecht. Vollstreckungsverfahren*, Berlin–Heidelberg–New York
- Brox Walter, Walker Wolf-Dietrich, *Zwangsvollstreckungsrecht*, Köln 2014¹⁰
- Bydlinski Franz, *System und Prinzipien des Privatrechts*, Wien 1996
- Deixler-Hübner Astrid, *Exekutionsordnung. Kommentar. Lfg. 34*, Wien 2022
- Dellinger Markus, Oberhammer Paul, Koller Christian, *Insolvenzrecht*, Wien 2014³
- Gaul Hans Friedhelm, „Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und materielle Ausgleichsansprüche“, *Archiv für civilistische Praxis* 173 (1973), 323–340
- Gaul Hans Friedhelm, Schilken Eberhard, Becker-Eberhard Ekkedard, *Zwangsvollstreckungsrecht*, München 2010¹²

- Gerhardt Walter, *Vollstreckungsrecht*, Berlin–New York 1982²
Holzhammer Richard, *Exekutionsrecht*, Wien–New York 1993⁴
Iro Gert, *Bürgerliches Recht, Bd. IV*, Wien 2010⁴
Jauernig Othmar, Berger Christian, *Zwangsvollstreckungsrecht*, München 2010²³
Kindl Johann, Meller-Hannich Caroline (Hrsg.), *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*, Baden-Baden 2021⁴
Konecny Andreas (Hrsg.), *Kommentar zu den Insolvenzgesetzen. Lfg. 73*, Wien 2021
Koziol Helmut, Welser Rudolf, *Bürgerliches Recht, Band I*, Wien 2006¹³
Larenz Karl, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München 1989⁷
Lüke Gerhard, „Die Bereicherungshaftung des Gläubigers bei der Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige bewegliche Sache“, *Archiv für civilistische Praxis* 153 (1954), 533–547
Lüke Gerhard, „Die Entwicklung der öffentlichrechtlichen Theorie in der Zwangsvollstreckung“, y: Andreas Heldrich, Takeyoshi Uchida (Hrsg.), *Festschrift für Nakamura*, Berlin 1996, 389–405
Lüke Gerhard, „Die Rechtsnatur des Pfändungspfandrecht“, *Juristenzeitung* 1957, 239–243
Lüke Wolfgang, *Zivilprozessrecht*, München 2011¹⁰
Musielak Hans Joachim, Voit Wolfgang (Hrsg.), *Zivilprozessordnung*, München 2022¹⁹
Nunner-Krautgasser Bettina, „Die Haftungsklagen. Reine Vermögenshaftung und ‘Duldung’ der Exekution“, *Österreichische Juristen-Zeitung* 2007, 713–723
Paulus Christoph G., *Zivilprozessrecht*, Berlin–Heidelberg 2017⁶
Pollak Rudolf, *System des österreichischen Zivilprozeßrechtes, III. Teil*, Wien 1932²
Rauscher Thomas, Krüger Wolfgang (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 2*, München 2021⁶
Rechberger Walter, Oberhammer Paul, *Exekutionsrecht*, Wien 2009⁵
Rosenberg Leo, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts*, Berlin 1929²
Säcker Franz-Jürgen, „Der Streit um die Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts“, *Juristenzeitung* 1971, 156–162
Schilken Eberhard, „Rezension zu Jürgen Stamm, Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts“, *AcP* 208 (2008), 850–854
Schreiber Klaus, „Das Pfändungspfandrecht nach der ZPO“, *Juristische Ausbildung* 2014, 689–694
Schuschke Winfried, Walker Wolf-Dietrich (Hrsg.), *Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz*, Köln 2011⁵
Stamm Jürgen, *Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts*, Tübingen 2007
Trenker Martin, *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess – Privatautonomie im streitigen Erkenntnisverfahren*, Wien 2020
Wieczorek Bernhard, Rolf Schütze (Hrsg.), *Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 8. Band, §§ 592–723*, Berlin–Boston 2015⁴
Wieczorek Bernhard, Rolf Schütze (Hrsg.), *Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 10. Band, Teilband 1, §§ 803–863*, Berlin–Boston 2015⁴
Zöller Richard (Hrsg.), *Zivilprozessordnung*, Köln 2018³²

Marko S. Knežević
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Knezevic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-9072-9337

The Security Right of an Execution Order on Tangible Property

Abstract: *Enforcement law reforms have not bypassed the enforcement of monetary claims against tangible property. The security right of an execution order acquired by an attachment levy (ger. Pfändungspfandrecht), since the previous Law on Enforcement and Security, is now acquired only by registration, at the request of the executive creditor. The paper tries to give dogmatic contours to this new concept. Starting from the already completed theories in German and Austrian doctrine, it turns out that for the current Serbian concept the most appropriate is so-called mixed theory. At the same time, however, its deficits and erroneous evaluations of the legislator are shown.*

Keywords: *execution Procedure, security right of an execution order.*

Датум пријема рада: 08.06.2022.

Датум прихватања рада: 26.09.2022.

Владан М. Мирковић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
V.Mirkovic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9995-8598

МЕНАџМЕНТ ХИБРИДНОГ РАТОВАЊА СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА САД

Сажетак: Хибридно ратовање представља појам који данас заокуља највећу пажњу и оштрије јавности, при чему је у већини случајева акценат на активностима које чине садржају хибридног ратовања. Ипак, успешности хибридног ратовања не проистиче из његовог садржаја, већ из синергијског дејства које настаје успешном имплементацијом активности већег броја субјеката у јединствену активност. Задаћак да оствари такву имплементацију има безбедносни менаџмент који, делујући на основу правних и политичких аката, успева да оствари организационо и функционално јединство бројних и разноврсних субјеката приликом остваривања жељеног циља.

Кључне речи: Хибридно ратовање, безбедносни менаџмент, систем безбедности.

1. УВОД

У последње две деценије у научном, политичком и безбедносном дискурсу хибридно ратовање постало је предмет велике пажње, при чему је уобичајено да се говори о садржају хибридног ратовања, о конкретним носиоцима и о томе да се ради о новом облику угрожавања којим се и мимо отвореног сукоба могу остварити ратни циљеви. Ипак, дискурс о хибридном ратовању отворио је низ питања на која је потребно одговорити да би се могло говорити о потпуном разумевању ове појаве. Из тог разлога спроведено је истраживање које је за предмет имало улогу и задатке безбедносног менаџмента као елемента система безбедности који ангажује укупне капацитете државе и врши интеграцију субјеката у јединствену структуру која води хибридно ратовање. У том смислу дефинисани су следећи научни проблеми:

1. Шта је основа (услов) организационог и функционалног јединства структуре елемената која води хибридно ратовање? и
2. Који су критеријуми на основу којих може бити извршена класификација субјеката са различитим управљачким овлашћењима?

Општа хипотеза гласи да је суштинска одлика хибридног ратовања способност безбедносног менаџмента да на организационом нивоу створи шему вертикалних и хоризонталних односа између субјеката различитог статуса, функције, нивоа и овлашћења, а на функционалном плану да интегрише њихово деловање у јединствену активност поводом одређеног циља. Услов успешне интеграције представљају правни и политички акти на основу којих се сви ресурси националне моћи у организационом и функционалном смислу повезују у јединствену структуру. Овом структуром управља се са највишег политичког и безбедносног нивоа, при чему се интеграција, координација и контрола обављања послова, у зависности од њихове конкретности, обезбеђује деловањем нижих нивоа менаџмента.

Истраживање је имало за циљ да путем научног описа и објашњења основних појмова предмета истраживања утврди услов остваривања организационог и функционалног јединства елемената и да изврши класификацију менаџерских нивоа уз опис послова и односа на сваком нивоу. Ради добијања одговора на проблемска питања научним методама извршена је анализа садржаја научних радова у вези предмета истраживања, затим правних и политичких аката САД и војних приручника министарства одбране САД из разлога што безбедносни менаџмент САД представља могући модел менаџмента у хибридном ратовању. Након тога извршена је компарација резултата анализе садржаја, да би на крају дедукцијом и индукцијом били изведени закључци којима је потврђена полазна хипотеза.

2. ТЕОРИЈСКО ОДРЕЂЕЊЕ ПРЕДМЕТА ИСТРАЖИВАЊА

Менаџмент и нивои менаџмента: Термин „менаџмент“ као англицизам корен речи има у латинској речи „*manus*“ што значи „рука“.¹ У енглеском језику глагол „*manage*“ значи „управљати или контролисати посао, одељење и људе, опрему и новац“² и користи се углавном у корпоративном сектору³ као општи појам којим се означава управљање и руковођење пословима, људима и средствима независно од нивоа. У јавном сектору користи се термин

¹ Oxford English Dictionary, Oxford University Press, 2006.

² Longman Dictionary (LdofCE).

³ Ипак, у САД „менаџер“ може бити и лице које Сенат САД именује да расправи неко питање са одговарајућим одбором Представничког дома (Вид. Oxford English Dictionary).

„governing“ као „моћ или право да се врши контрола организације, државе и сл.“⁴ или синоним „ruling“ што у преводу значи владати. Компарацијом садржаја ова три термина утврђено је да се садржински ради о истој врсти делатности, али у различитим областима и да у складу са доминантним схватањем⁵ обухватају: 1) планирање, 2) организовање, 3) вођење и 4) контролу.

У српском језику користе се и термини „управљати“ и „руководити“, при чему је „појам управљања близак појму стратегијског менаџмента, док је појам руковођења близак појму извршног или оперативног менаџмента. Може се уопштеније рећи да су стратегијски и извршни менаџмент, управљање и руковођење, појмови истог садржаја, али различитог организационог нивоа.“⁶ Из овога, изведен је закључак да је термин „менаџмент“ коришћан за уједначавање терминологије, а да се разврставањем на нивое добија потребна прецизност у погледу сложености и општости одређених послова. У теорији постоји подела на: 1) стратегијски, 2) координирајући и 3) оперативни менаџмента⁷, иако у зависности од ситуације и потребе у пракси може доћи до одступања.⁸

Појам, садржај и носилац хибридног ратовања: Термин „хибридно ратовање“ настао је као термин којим је означаваан јединствен начин борбе⁹ који се састоји у комбинованом и синергијском деловању конвенционалних и специјалних снага на истом подручју ради реализације јединственог циља. Изазови са којима су биле суочене окупационе снаге у Авганистану (2001), Ираку (2003) и Либану (2006) навеле су политичке, војне и научне кругове да прошире садржај, те да термином „хибридно ратовање“ означе активности недржавних органа који самостално или у синергији са појединим државама предузимају неконвенционалне методе борбе.

Руска анкесија Крима, јачање Кине и проблем нуклеарног програма Ирана допринели су да се хибридно ратовање почне сагледавати као политичка стратегија деловања држава која „подразумева комбинацију војних и невојних, насилних и ненасилних мера и активности у свим областима друштвеног живота од стране државе и/или недржавних актера на прикривен и/или отворен начин, а које су комбиноване тако да кроз синергијско и син-

⁴ Вид. LdofCE.

⁵ Вид. Обрад Стевановић, Љубомир Стајић, *Безбедносни менаџмент*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2015, 43 и 59.

⁶ Обрад Стевановић, *Безбедносни менаџмент*, Криминалистичко-полицијски универзитет, Београд 2019, 81.

⁷ О. Стевановић, 2019, 91.

⁸ У Закону о полицији постоји подела на руководећа радна места стратешког, високог, средњег и оперативног нивоа. Вид. Закон о полицији, *Сл. гласник РС*, бр. 6/2016, 24/2018 и 87/2018, чл. 147-148.

⁹ Robert G. Walker, *Spec Fi: The United States Marines Corps and Special Operations*, Master's Thesis, Monterey, CA, Naval Post Graduate School, December 1998, 4-5.

хронизовано деловање остваре заједнички политички циљ.¹⁰ Промене у садржају нису утицале на то да претходна схватања хибридног ратовања нестану, због чега „хибридно ратовање може бити схваћено у ужем и ширем смислу.“¹¹

Структуру која води хибридно ратовање чине државни органи и сурогат снаге као хетерогена група недржавних субјеката (побуњеници, герилци, терористи, криминалне групе, медији, политичке партије, удружења грађана, истакнути појединци и др) коју безбедносни менаџмент интегрише у „децентрализовану мрежу субјеката“ коју чине субјекти „различитог статуса, функције и нивоа и којом се управља из једног центра.“¹²

3. МЕНАЏМЕНТ У ХИБРИДНОМ РАТОВАЊУ

Сви елементи структуре која води хибридно ратовање могу бити подељени на *субјекте са управљачким овлашћењима* који чине *безбедносни менаџмент* и који се разврставају по нивоима и *извршиоце* чији је искључиви задатак спровођење конкретних послова и задатака. Стратегијски ниво менаџмента чине највиши представници политичке власти који креирају и постављају „дугорочан и тежишни правац кључних организационих активности на основу предвиђања претњи, ризика и опасности, прилика и шанси.“¹³ На стратегијском нивоу одређују се циљеви хибридног ратовања, активности и главни носиоци активности, фазе и варијанте хибридног ратовања, организациона структура, ланац командовања, финансије и др. Из овога даље следи да се одређивање субјеката који чине стратегијски менаџмент врши спрам овлашћења које поједини државни органи имају у конкретном политичком и правном поретку. Они су врховна инстанца која пројектује и организује безбедносну политику.

Координирајући ниво, који по потреби може бити подељен на виши и средњи, чине највиши носиоци извршне власти, али сада као руководиоци својих ресора (министри, директори служби безбедности, самосталних владиних агенција и сл.) за чији рад одговарају стратегијском менаџменту. На координирајућем нивоу утврђују се стратегије за деловање у појединачним ресорима, врши се координација између виших и нижих нивоа менаџмента, обезбеђује јединство рада целокупног ресора, наређује се предузимање од-

¹⁰ Владан Мирковић, *Модели експлоатације тероризма у сврху хибридног ратовања и моћући присиљити у сувереном управљању* – докторска дисертација, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2021, 22.

¹¹ В. Мирковић, 2021, 22.

¹² В. Мирковић, 2021, 71.

¹³ О. Стевановић, 2019, 368.

ређених радњи, врши се контрола и надзор над радом нижих организационих јединица, дају мишљења и савети вишем нивоу, подносе извештаји о раду и др. На оперативном нивоу менаџмента послови су конкретни, јасни и прецизни. Овде се планирају, организују, извршавају и контролишу они послови и задаци којима се непосредно остварују циљеви утврђени на стратегијском нивоу и у том смислу директно се руководи извршиоцима на терену (сопствене и сурогат снаге), врши координација са другим елементима оперативног менаџмента и извештавају виши нивои менаџмента.

3.1. Стратегијски менаџмент САД у хибридном ратовању

Извршна власт и функција врховног команданта оружаних снага уставна су овлашћења председника САД¹⁴. Председник доноси стратегију националне безбедности (СНБ)¹⁵ као највиши политичко-безбедносни акт којим утврђује опште смернице на плану заштите Уставом прокламованих циљева и вредности. У актуелној СНБ пише да савремене геополитичке околности намећу „ново и шире схватање националне безбедности“¹⁶ које захтева „коришћење и интеграцију свих ресурса националне моћи и чврсту сарадњу са савезницима и партнерима“ односно хибридно ратовање у ширем смислу.

Интеграција свих ресурса националне моћи врши се преко Савета за националну безбедност (у даљем тексту: Савет)¹⁷, који има посебне комитете за обавештајну делатност и борбу против транснационалних облика угрожавања, а било је предвиђено и формирање Одбора за сукоб ниског интензитета.¹⁸ Савет има функцију штаба Председника који као линијски менаџер управља хибричним ратовањем. Стални састав Савета одражава визију националне безбедности сваке администрације, а тиме и главне носеће хибридног ратовања.

Упоредном анализом чланства¹⁹ утврђено је да су стални чланови увек били, поред председника и потпредседника, министар спољних послова (Secretary of State – SoS) и одбране (Secretary of Defense – SoD), заповедник Здруженог штаба америчке војске као војни саветник и прво, директор CIA, а потом директор Обавештајне заједнице (Director of National Intelligence – DNI)

¹⁴ Вид. The Constitution of the United States, Article II, Section 1, 2, 3 и 4.

¹⁵ Вид. National Security Strategy of the United States, 2017.

¹⁶ Interim National Security Strategic Guidance, The White House, March 2021, Introduction.

¹⁷ National Security Act 1947 (NSA 1947), Sec. 101 односно US Code, Title 50 War and National Defense, Chapter 15 National Security, §402.

¹⁸ US Code, Title 50 War and National Defense, Chapter 44 National Security, Sec. 3021 – National Security Council.

¹⁹ Вид. Congressional Research Service (CRS), The National Security Council: Background and Issues for Congress <https://sgp.fas.org/crs/natsec/R44828.pdf>, 22.3.2022.

као саветник за обавештајне послове. Временом, стално место у Савету почињу заузимати министри финансија и енергетике, затим саветници за економска питања и националну безбедност, шеф кабинета Председника, представник САД у ОУН, поново директор CIA, министар правде и министар отаџбинске безбедности. У актуелном Савету, по први пут, стално место имају управник Агенције за међународни развој (USAID-а) и директор Канцеларије за науку и технологију²⁰.

3.2. Менаџмент Стејт департамента у хибридном ратовању

Традиционални носилац дипломатске активности је Државни секретар (Secretary of State – SoS)²¹ који заједно са управником USAID утврђује заједничку стратегију²². Стејт департамент (Department of State – DoS) води званичну спољну политику која у савременим околностима укључује јавну дипломатију и стратешку комуникацију и којом се настоји остварити утицај на унутрашњу и спољну политику²³ других држава, савеза или међународних организација. SoS је линијски менаџер који спроводи заједнички стратешки план и СНБ у области спољне политике. На глобалном плану DoS делује преко регионалних бироа²⁴ који врше координацију и надзор над амбасадама и одржавају односе са регионалним међународним организацијама и у том смислу чине средњи ниво координирајућег менаџмента.

Посебан аспект америчке дипломатије представља стална мисија при ОУН²⁵ којом руководи службеник у рангу амбасадора кога именује Председник, а потврђује Сенат. Од формирања мисије, она је била један од носилаца спољне политике, али некада као део DoS, а некад као самостално државно тело чији руководиоца директно одговара Председнику. Стално чланство амбасадора у Савету указује на већи значај ове мисије и његову већу самосталност у односу на SoS.

²⁰ Циљ Канцеларије јесте да се максимизира корист од науке и технологије у области здравља, безбедности, напретка и сл. Вид. сајт Канцеларије <https://www.whitehouse.gov/ostp/>, 23.3.2022.

²¹ Организација DoS и надлежност SoS уређена је према U.S. Code, Title 22, Chapter 38, § 2651a – Organization of Department of State.

²² Вид. Joint Strategic Plan FY 2022-2026. https://www.state.gov/wp-content/uploads/2022/03/Final-State-USAID-FY-2022-2026-Joint-Strategic-Plan_28MAR2022.pdf, 29.3.2022.

²³ Један од могућих модела деловања Стејт департамента у хибридном ратовању вид. у В. Мирковић, 2021. и Љубомир Стајић, Владан Мирковић, „Нова улога тероризма данас“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2021, Нови Сад 2021.

²⁴ Бироима руководе дипломате у рангу заменика државног секретара. Поред регионалних постоји и биро за послове у вези са међународним организацијама. Вид. US Department of State, Bureaus and Offices, Political Affairs. <https://www.state.gov/bureaus-offices/under-secretary-for-political-affairs/bureau-of-south-and-central-asian-affairs/>, 21.6.2019.

²⁵ Сајт мисије САД при ОУН <https://usun.usmission.gov/our-leaders/>, 23.3.2022.

Јавна дипломатија представља интегрални део америчке спољне политике и заједнички је спроводе Стејт департмент, Агенција за глобалне медије (The United States Agency for Global Media – USAGM)²⁶ и USAID²⁷. SoS је дужан да обезбеди да се све активности на плану јавне дипломатије врше у складу са упутствима Председника и да у координацији са USAGM развије дугорочну стратегију коришћења ресурса на овом плану.²⁸ На нивоу DoS постоји помоћник министра надлежан за јавну дипломатију који послове обавља преко Бироа за јавне послове²⁹ у оквиру кога постоје канцеларије задужене за израду глобалне стратегије за комуникацију са страном јавношћу, за комуникацију путем друштвених мрежа, за глобалне интернет платформе и др.

Агенција за глобалне медије (The United States Agency for Global Media – USAGM) врши (у зависности од угла посматрања) психолошко – пропагандну делатност односно стратешку комуникацију преко мреже медија³⁰ и Фонда за отворену технологију³¹. Главног извршног директора USAGM именује председник САД, а потврђује Сенат и он је дужан да подноси извештаје одговарајућим комитетима и одборима Представничког дома³² и Сената и да се „редовно саветује и тражи од SoS смернице о питањима од значаја за спољну политику“.³³ Садржај изнет у медијима који чине USAGM даље преносе медији у савезничким, партнерским и зависним државама ширећи тако комуникационе канале широм света. Носиоци активности, у зависности од случаја и интереса, могу постати и велике америчке компаније Facebook (сада Meta), Instagram, Twiter, Google, You Tube и др. које путем реклама, подржавања или блокирања одређених садржаја утичу на промовисање интереса САД. USAGM тако одређује доминантне теме у медијима, начин на који се о њима говори и потребну реакцију на догађај.

²⁶ Сајт Агенције за глобалне медије <https://www.usagm.gov/who-we-are/>, 23.3.2022.

²⁷ Сајт Агенције за међународни развој <https://www.usaid.gov/who-we-are/>, 23.3.2022.

²⁸ Вид. U.S. Code, Title 22, Chapter 38, § 2732 – Public diplomacy responsibilities of the Department of State.

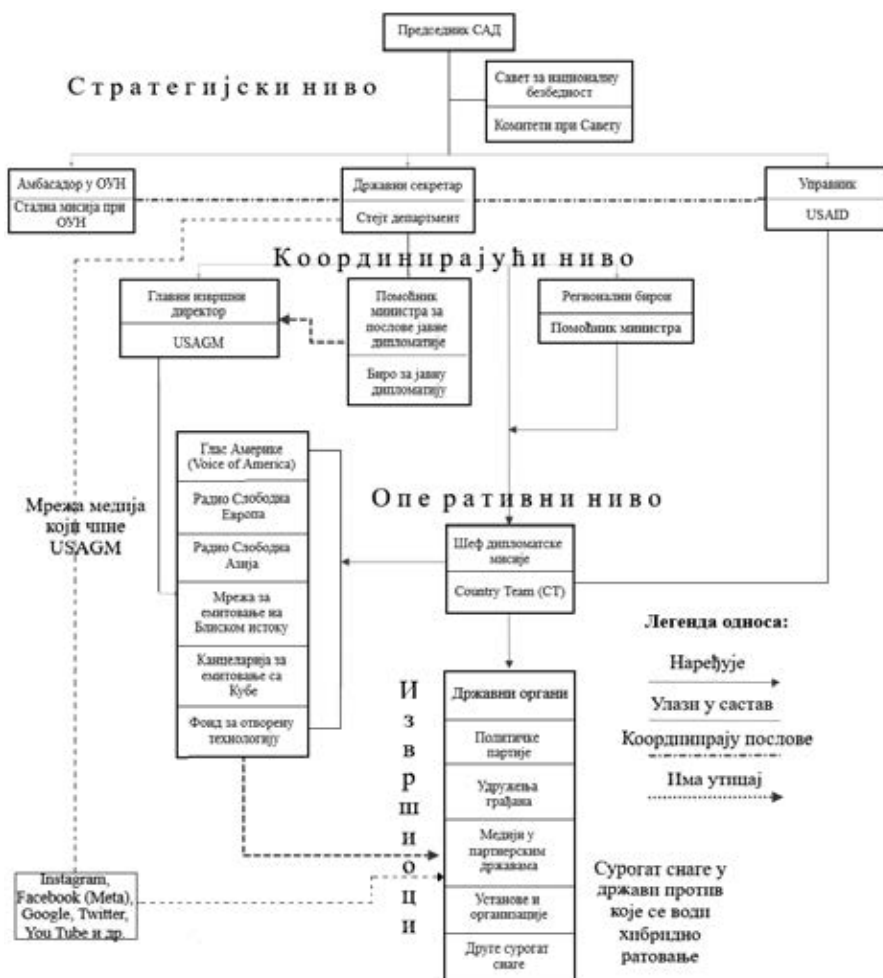
²⁹ Вид. Биро за јавне послове <https://www.state.gov/bureaus-offices/under-secretary-for-public-diplomacy-and-public-affairs/bureau-of-global-public-affairs/>, 27.3.2022.

³⁰ Глас Америке (Voice of America), Радио Слободна Европа (Radio Free Europe), Радио Слободна Азија (Radio Free Asia), Мрежа за емитовање на Блиском истоку (Middle East Broadcasting Networks), Канцеларија за емитовање са Кубе (Office of Cuba Broadcasting).

³¹ Функција Фонда је остваривање слободног и нецензурисаног интернета који према Freedom House постоји у Кини, Русији, Северној Кореји, Куби, Венецуели, широм Блиског истока, средње Азије, југоисточне Азије и Индонезије. Вид. Freedom House, Freedom on the Net 2018, October 2018. https://freedomhouse.org/sites/default/files/FOTN_2018_Final.pdf, 30.3.2022.

³² National Defense Authorization Act For Fiscal Year 2017 (NDAA 2017), Public Law 114–328—Dec. 23, 2016, Sec. 310. Broadcast Entities Reporting To Chief Executive Officer.

³³ NDAA 2017, Sec. 310b. Role Of The Secretary Of State In Foreign Policy Guidance.



Шема 1. Шема Стејт департамента по менаџерским нивоима у вођењу хибридног ратовања

Агенција за међународни развој (USAID) самостално и/или преко мреже америчких невладиних организација (нпр. Национална задужбина за демократију (National Endowment for Democracy – NED)) спроводи спољну политику у области јавне дипломатије тако што у више од 100 држава света реализује програме³⁴ којима подстиче развој демократских институција,

³⁴ У Републици Србији тренутно је актуелно више пројеката чија је укупна вредност преко 70 милиона долара. Према: Инфо за Србију <https://www.usaid.gov/sr/serbia/newsroom/fact-sheets>, 30.3.2022.

владавину права, инклузију и толеранцији у друштву и сл. Њоме руководи управник агенције, чија је позиција ојачана сталним чланством у Савету, који координира обављањем послова у консултацији са SoS. Корисници помоћи су државни органи, али и сурогат снаге³⁵ преко којих је могуће реализовати широк спектар (субверзивних) активности којима САД и њени интереси бивају промовисани и заступани у држави домаћину. Сви елементи сурогат снага континуирано обављају делатност и у зависности од врсте догађаја и својих могућности експлоатишу конкретан догађај тако да оно што раде и говоре одражава ставове америчке спољне и безбедносне политике.

Оперативни ниво менаџмента у Стејт департменту чине дипломатске мисије у појединачним државама (County Team – СТ) које имају улогу штаба којим руководи шеф дипломатске мисије као линијски менаџер. Шеф дипломатске мисије одговоран је Председнику за руковођење, координацију и надзор над активностима америчке владе или њених агенција и припадника у држави домаћину дипломатске мисије. СТ је „координационо и надзорно тело САД које се налази у држави у којој се спроводи операција, којим руководи шеф америчке дипломатске мисије (обично амерички амбасадор) и које је састављено од виших представника свих америчких министарства и агенција³⁶, у складу са мишљењем шефа дипломатске мисије.“³⁷ СТ обједињава све елементе извршне власти у иностранству укључујући и особље DoD које није подређено команданту војне области.

На шеми 1. приказани су менаџерски нивои Стејт департамента у вођењу хибридног ратовања.

3.3. Менаџмент Министарства одбране у хибридном ратовању

Министарство одбране (Department of Defense – DoD) одговорно је за спровођење конвенционалних и специјалних војних мисија широм света³⁸ и њиме као линијски менаџер руководи SoD који утврђује стратегију одбране³⁹. SoD именује Председник, а потврђује Сенат. У DoD постоје две врсте организационих елемената, где једни имају задатак да припреме (организују, обуче, увежбају и др.) оружане снаге за оперативну употребу, док други елементи извршавају војне мисије. Организациона целина која има функцију штаба SoD јесте Здружени штаб оружаних снага САД⁴⁰ који саветује,

³⁵ Организацију сурогат снага види у: FM 3-05.130, 1-2:1-4.

³⁶ Вид. Shawn Dorman, *The Embassy and the Country Team у Inside a U.S. Embassy – Diplomacy at Work*, Foreign Service Books, Washington DC 2010, 69.

³⁷ Special Forces Operation FM 3-18, 2014, 5-1.

³⁸ Организација и послови DoD уређени су U.S. Code, Title 10, Chapter 2 – Department of Defense, а надлежност SoD вид. U.S. Code, Title 10, Chapter 2, §113. Secretary of Defense.

³⁹ Види National Defence Strategy 2018.

⁴⁰ Нема оперативну надлежност над јединицама на терену.

планира, усмерава, интегрише и планира мере којима се остварује јединствено деловање оружаних снага и целог министарства одбране⁴¹, а уз то врши контролу и по потреби координацију Здружених борбених команди⁴² и Посебних борбених команди⁴³. У том смислу SoD и Здружени штаб оружаних снага САД представљају виши координирајући ниво менаџмента.

На челу Здруженог штаба је заповедник који је саветник Председнику и министру одбране у Савету и Савету за отаџбинску безбедност. Он доноси стратегију за употребу оружаних снага САД⁴⁴ која представља конкретизацију стратегије одбране. Секретари надлежни за послове сваког вида војске који чине Здружени штаб, такође могу бити позвани као саветници и давати мишљење Председнику и SoD и они утврђују стратегије које се односе на њихове линије рада. Заповедник Здруженог штаба одговоран је SoD, док су чланови Штаба одговорни заповеднику.

Оперативна употреба оружаних снага у надлежности је команданта Здружене команде за војну област (Geographical Combatant Command – GCC) коме наређује Председник преко SoD. Команданти GCC су линијски менаџери и припадају средњем координирајућем нивоу менаџмента. Они се старају да се сви војни и цивилни послови у њиховој области одвијају у складу са стратешки постављеним циљевима. Када Председник или SoD одобре војну интервенцију, командант GCC у чијој се области интервенција спроводи, дужан је да предузме мере и активности на организацији и координацији активности са активностима коалиционих партнера и других владиних агенција на терену.

Саставни део хибридног ратовања представљају специјалне операције и сајбер ратовање. Припрема оружаних снага за ове мисије у надлежности је две посебне односно функционалне команде (U.S. Special Operation Command – USSOCOM и U.S. Cyber Command – USCCOM). Команду за специјалне операције (USSOCOM) чине елементи специјалних снага за сваки вид војске и надлежна је за обуку, организовање, логистику и друге организационе активности за потребе ангажовања специјалних снага. За потребе оперативне употребе на терену у свакој војној области образују се Команде специјалних снага за одређену област деловања (Theater Special Operations Command – TSOC)⁴⁵. Командант TSOC је функционални менаџер јер руководи свим елементима специјалних снага које се налазе у области над којом он има контролу и заједно са командантом GCC планира, руководи и изводи специјалне задатке,⁴⁶ док му је у току извођења војних операција, непосредно

⁴¹ Вид. U.S. Code, Title 10 – Armed Forces, Section 151.

⁴² Команде здружених снага основане за одређено географско подручје.

⁴³ Команде формиране за сајбер ратовање, специјалне операције, транспорт снага и свемирске снаге.

⁴⁴ Види National Military Strategy 2018.

⁴⁵ USSOCOM, Fact Book 2019, USSOCOM Office of Communication, 2019, 44–45.

⁴⁶ Special Forces Operation FM 3-18, 2014, 5-3.

подређен. У исто време све друге владине агенције које спроводе активности у тој области дужне су да преко СТ ускладе своје деловање са TSOC.⁴⁷

Команду за сајбер ратовање (U.S. Cyber Command)⁴⁸ чине команде које служе као подршка за сваки вид америчке војске. Основна намена USCCOM јесте да обезбеди несметано деловање свих елемената оружаних снага САД у сајбер простору ради ефикаснијег вршења задатака на терену, вођења електронских, информационих и сајбер операција, заштите критичне инфраструктуре DoD и онемогућавање истог таквог деловања непријатеља у сајбер простору. Специфичност USCCOM је у начину руковођења. Иако се ради о посебној команди, њоме руководи директор NSA, али као шеф Централне безбедносне службе (Central Security Service – CSS). CSS формално представља део DoD који је задужен за координацију између DoD и NSA у вези прикупљања електронских и дигиталних сигнала и криптовања (SIGINT), а фактички су CSS и NSA интегрисани у једну целину⁴⁹. Оперативном употребом сајбер снага командује командант GCC⁵⁰ на чијој територији се изводе сајбер операције.

На оперативном нивоу формирају се Здружене борбене групе (Joint Task Force, у даљем тексту: JTF)⁵¹ које се састоје од свих видова војске ради реализације конкретног задатка конвенционалним снагама и три врсте група које врше специјалне операције: Здружена оперативна група за специјалне операције (Joint Special Operations Task Force, у даљем тексту: JSOTF), Оперативна група за специјалне операције (Special Operations Task Force, у даљем тексту: SOTF) и Унапређена оперативна група (Advanced Operational Base, у даљем тексту: AOB). Свака команда у оквиру USCCOM врши послове преко својих организационих јединица. У оквиру Fleet Cyber Command постоји „Десета флота“ која врши оперативну контролу додељених поморских снага ради координације са другим поморским, коалиционим и заједничким оперативним снагама како би извршила пун спектар сајбер, електронског и информационог ратовања.

У руковођењу хибридним ратовањем у ужем смислу постоје три модела⁵² руковођења: Модел 1 примењује се у ситуацији када специјалне снаге у пуном капацитету учествују у ратним операцијама у које су укључени сви

⁴⁷ FM 3-18, 2014, 5-5.

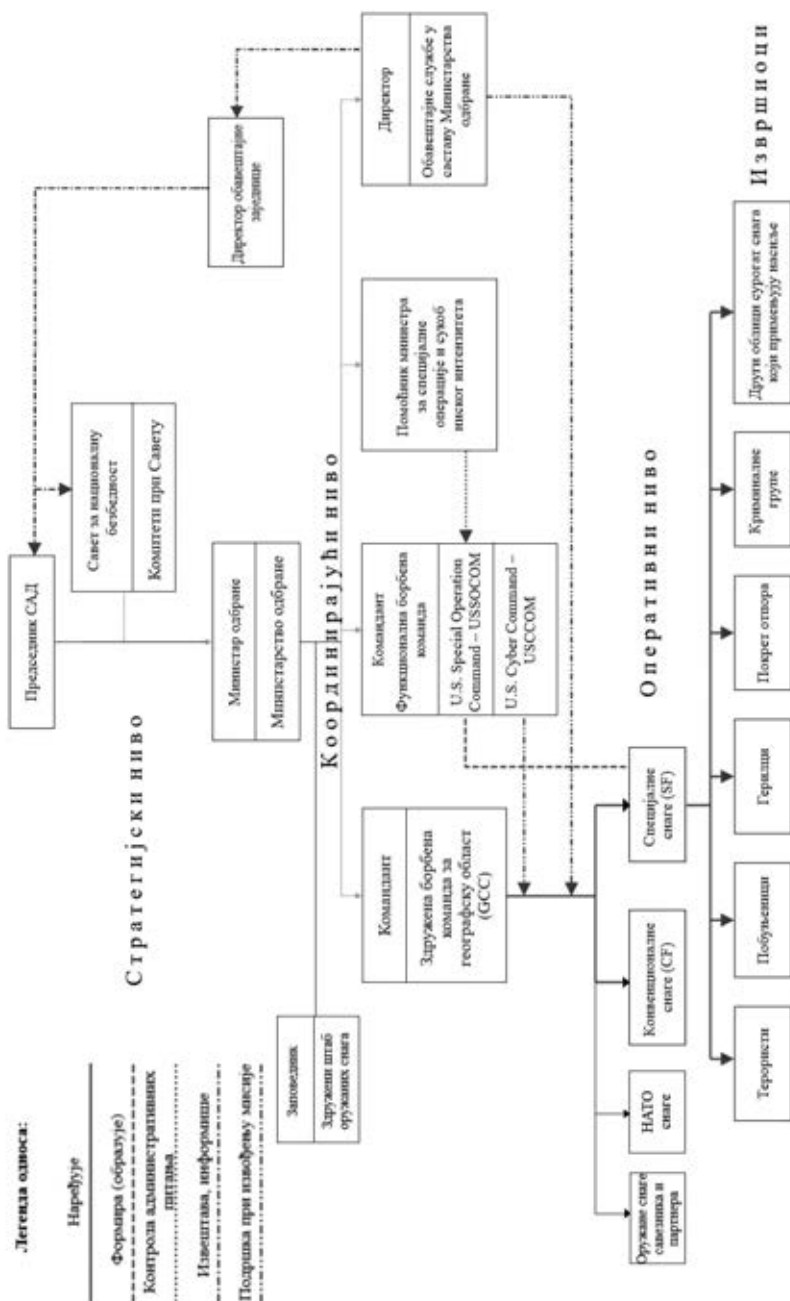
⁴⁸ Команда за пешадију (Army Cyber Command), Команда за морнарицу, свемирске и нуклеарне снаге (Fleet Cyber Command/Tenth Fleet), Команда за ваздухопловство (Sixteenth Air Force (Air Forces Cyber)) и Команда за маринце (Marine Corps Forces Cyberspace Command). Вид. сајт U.S. Cyber Command <https://www.cybercom.mil/Components/>, 30.3.2022.

⁴⁹ GAO-17-512 Defense Cybersecurity, 1.

⁵⁰ NDAA 2017, Section 923 – Establishment Of Unified Combatant Command For Cyber Operations, 167b, (d) Command of Activity or Mission.

⁵¹ FM 3-18, 2014, 5-8.

⁵² FM 3-18, 2014, 5-7.



Шема 2. Шема Министарства одбране по менаџерским нивоима у вођењу хибридног ратовања

видови америчких оружаних снага. Модел 2 примењује се у ситуацији када се деловање специјалних снага одвија ван војних операција. Командант специјалних снага остварује директан контакт са органима државе у којој је ангажован, као и са СТ и овлашћен је да самостално одлучује о облику и интензитету сарадње са њима. Командант специјалних снага мора да води рачуна о томе да су државни органи земље у којој је ангажован и СТ заинтересовани да таква активност буде индиректна и невидљива. Модел 3 најмањи је у обиму и интензитету. Примењује се у ситуацијама када се потреба за ангажовањем јавља периодично и у мањем обиму. Независно од модела специјалне снаге преко чланства у команди сурогат снага могу да обучавају, организују, усмеравају и контролишу терористичке, герилске и побуњеничке групе и регуларне војне снаге друге државе⁵³.

3.4. Менаџмент Министарства финансија у хибридном ратовању

Министарство финансија САД (Department of Treasury – DoT) има „критичну и далекосежну улогу у унапређењу националне безбедности тако што уводи санкције носиоцима угрожавања САД (лицима, државама и организацијама са листа које утврђује Стејт департмент), идентификује и предузима мере против финансијске стабилности спољних носилаца угрожавања и унапређује сигурност финансијског система.“⁵⁴ DoT руководи министар (Secretary of Treasury – SoT) кога именује Председник уз сагласност Сената⁵⁵ и који утврђује стратешки план министарства.

У DoT постоји посебна организациона једница која се бави спречавањем прања новца и финансирања тероризма у земљи и иностранству⁵⁶. Руководилац ове организационе јединице је у рангу помоћника министра и одговоран је за развој и примену стратегије у области спречавања прања новца и других програма који имају за циљ сузбијање финансијског криминала и као функционални менаџер припада средњем нивоу.

3.5. Менаџмент Обавештајне заједнице САД у хибридном ратовању

Националну стратегију у области обавештајног рада утврђује директор Обавештајне заједнице САД (DNI).⁵⁷ Основна улога DNI јесте интеграција

⁵³ О моделу употребе ових снага у хибридном ратовању вид. В. Мирковић, 2021. и Ј. Стајић, В. Мирковић, 2021.

⁵⁴ Вид. U.S. Department of the Treasury, Role of the Treasury, <https://home.treasury.gov/about/general-information/role-of-the-treasury>, 10.1.2022.

⁵⁵ Вид. U.S. Code, Title 31, Subtitle I, Chapter 3, 301: Department of the Treasury.

⁵⁶ Вид. U.S. Code, Title 31, Subtitle I, Chapter 3, 312: Terrorism and financial intelligence.

⁵⁷ Вид. National Intelligence Strategy of the United States of America, 2019.

рада свих обавештајних служби САД. DNI је дужан да обезбеди правовремене, објективне и непристрасне информације за Председника, највише државне руководиоце, заповеднику Здруженог штаба и високим војним командантима, члановима Сената, Представничког дома и другим лицима за које оцени да је неопходно.⁵⁸ Директора бира Председник уз сагласност Сената, а у раду му помаже Канцеларија директора Обавештајне заједнице. Обавештајну заједницу САД чине: Канцеларија Директора; обавештајне и извиђачке службе DoD; CIA; NSA; обавештајни елементи Обалске страже; FBI; DEA; обавештајне службе DoS, DoT, DHS и DoE (Department of Energy).⁵⁹

Највећи део обавештајног рада и капацитета је у надлежности DoD. NSA⁶⁰ је најбројнија и најприсутнија обавештајна служба DoD у свету која техничке ресурсе, осим у седишту, има и у америчким амбасадама широм света. Задужена је за глобални надзор комуникације и енкрипцију. Техничке могућности NSA утичу да она обједињује све капацитете других државних тела и агенција које имају SIGINT инфраструктуру и служи као подршка свим владиним активностима у иностранству. Од елемената NSA и CIA формирана је Специјална служба за прикупљање података (Special Collection Service (SCS))⁶¹ чији припадници постављају уређаје за прислушкивање, прикупљање података и енкрипцију у стране амбасаде и државне органе других држава. Веза између DoD и CIA постоји и у деловању Националне канцеларије за осматрање (National Reconnaissance Office – NRO), која је организационо део DoD, али у чији састав улазе и припадници CIA. NRO⁶² управља шпијунским сателитима и другим уређајима постављеним у свемиру и тако служи као подршка другим владиним службама.

CIA у иностранству, заједно или у координацији са DoD, врши обавештајну делатност и специјалне операције. „Ниједна агенција осим ЦИА не може спроводити било коју специјалну операцију, осим ако Председник не одлучи да ће друга Агенција вероватније остварити циљ.“⁶³ CIA-ом руководи директор који је виши ниво координирајућег менаџмента. Извођење

⁵⁸ NSA 1947, Sec. 102A одн. US Code, Title 50 War and National Defense, Chapter 15 National Security, §403-1.

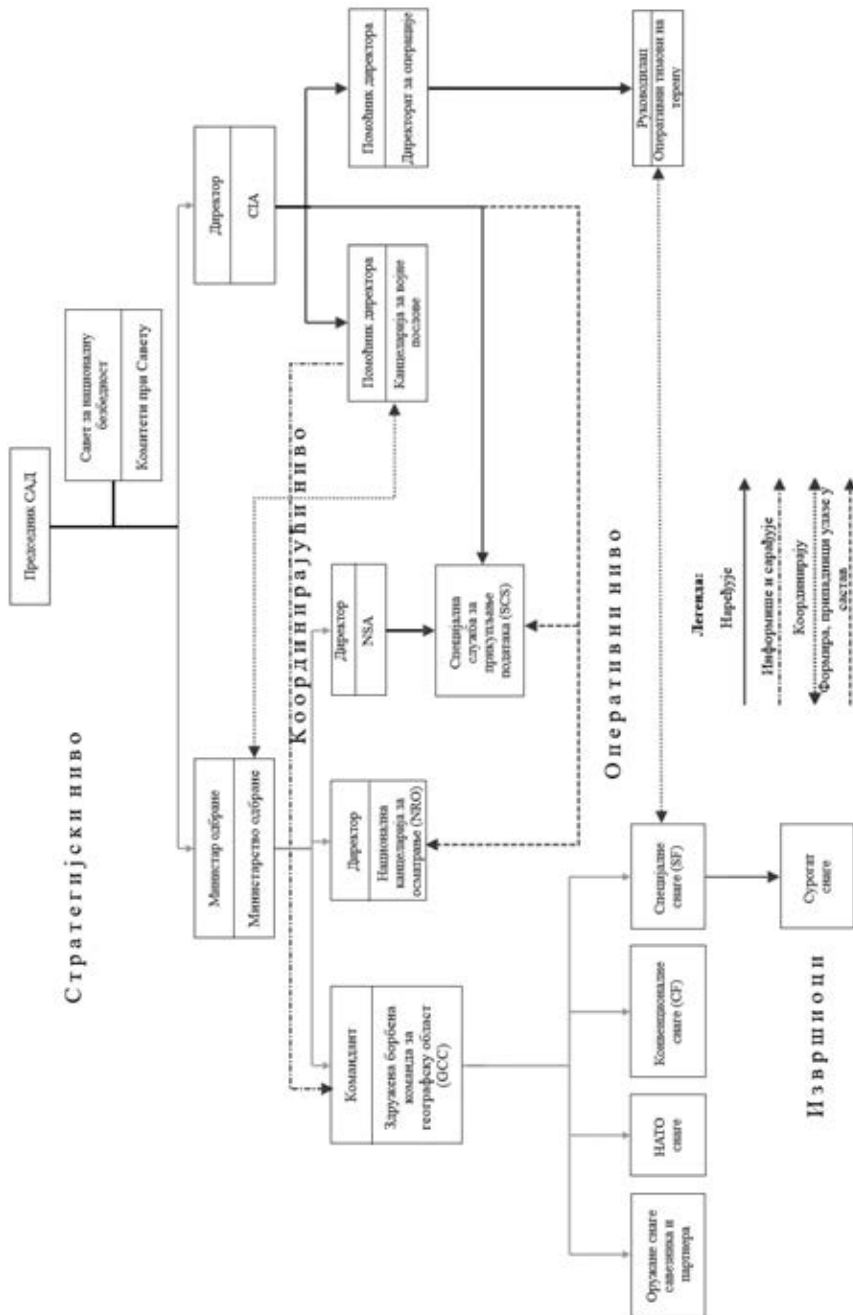
⁵⁹ NSA 1947, Sec. 3 одн. US Code, Title 50 War and National Defense, Chapter 15 National Security, §401a.

⁶⁰ Вид. Сајт NSA <https://www.nsa.gov/About/Mission-Combat-Support/> 15.3.2022.

⁶¹ О овоме је говорио Едвард Сноуден, а немачки Spiegel је објавио серију чланака на ту тему. О постојању посебне службе у оквиру NSA која заједно са CIA реализује активности о којима је Сноуден говорио вид. David Brown, Inside the secret world of America's top eavesdropping spies, The Week, January 9, 2015. <https://theweek.com/articles/476482/inside-secret-world-americas-eavesdropping-spies>, 29.3.2022.

⁶² Вид. сајт National Reconnaissance Office <https://www.nro.gov/About-NRO/>, 29.3.2022.

⁶³ Executive Order 12333, United States Intelligence Activities, December 4, 1981, (As Amended by Executive Orders 13284 (2003), 13355 (2004) and 13470 (2008)).



Шема 3. Шема односа Министарства одбране и CIA у вођењу хибридног ратовања

специјалних операција у надлежности је Директората за операције, а на основу одлуке Председника. Директорат врши и „процену специјалних операција које спроводе агенције које чине Обавештајну заједницу САД.“⁶⁴ Координација послова са DoD у надлежности је Канцеларије за војне послове којом управља помоћник директора CIA који „координира, планира, извршава и подржава активности које се реализују широм света у сарадњи CIA и DoD...“, а ради постизања циљева прописаних СНБ.“⁶⁵ Директорат и Канцеларија представљају средњи ниво менаџмента, док су конкретни тимови на терену оперативни ниво менаџмента онда када делују самостално или преко сурогат снага.

4. ЗАКЉУЧАК

Хибридно ратовање представља сложену, планску и организовану активност која подразумева јединство структурних елемената и њихових активности у реализацији одређеног циља. Први предуслов таквог јединства јесте да у највишим политичким актима из области безбедности постоји свест и намера да у остваривању националне безбедности и уопште политичких циљева треба користити све ресурсе националне моћи. У случају хибридног ратовања у ужем смислу потребно је да у војним стратегијама и доктринама синергијско дејство конвенционалних и специјалних снага буде препознато као начин остваривања војних циљева.

Да би се остварило организационо и функционално јединство није довољно имати политичку или личну свест, већ су потребне и правне обавезе којима се елементима структуре прописује шта треба чинити на плану постизања наведеног јединства и како деловати у јединству са осталим елементима структуре. Правне обавезе проистичу из устава и других правних аката којим се одређује место, улога и надлежност свих елемената структуре у друштвено – политичком и правном систему. Тако се обезбеђује чврстина која је потребна за извођење и најсложенијих послова, посебно имајући у виду да је вођење хибридног ратовања у ширем смислу углавном дуготрајна активност.

Из правних извора проистичу права и дужности различитих елемената структуре на основу којих је могуће разврстати све елементе структуре на оне са управљачким и оне са извршилачким овлашћењима, а потом у оквиру елемената са управљачким овлашћењима извршити поделу на стратегијски, координирајући и оперативни ниво менаџмента. Пракса доноси различите

⁶⁴ Central Intelligence Agency, Offices of CIA, Clandestine Service. <https://www.cia.gov/offices-of-cia/military-affairs>, 25.3.2022.

⁶⁵ CIA, Offices of CIA, Military Affairs.

организационе моделе, међутим у сваком се на стратегијском нивоу налазе највиши носиоци политичке власти као креатори безбедносне политике који обликују и усмеравају цело друштво и државу, па и систем безбедности.

На координирајућем нивоу налазе се високи државни службеници који су саветници носиоцима на стратешком нивоу, а у оквиру свог ресурса утврђују начине остваривања стратешких одлука, координирају са другим елементима на свом нивоу и контролишу субјекте на оперативном нивоу. На оперативном нивоу су руководиоци који самостално или преко сурогат снага реализују појединачне послове и задатке који проистичу из стратешких одлука и извештавају о томе више нивое менаџмента. Тако се остварује организационо јединство и ланац командовања од највишег нивоа до непосредног извршиоца на терену.

На организационом нивоу постоји неколико алтернативно постављених услова да би се могло говорити о потребном јединству елемената. Прво, сваки руководиоца независно од нивоа, треба да има формално или неформално колективно тело са функцијом штаба чији чланови не врше само послове саветовања, већ су дужни и да реализују утврђене послове и задатке из своје надлежности чиме доприносе општем јединству и јединству одређеног ресурса. Отуда је важно да чланови штаба буду руководиоци ресурса, организационих јединица или субјеката који делују у оним областима у којима се води хибридно ратовање. Друго, услед хетерогености носилаца активности у хибридном ратовању од пресудног значаја је координација и сарадња свих елемената структуре. Координацију врше менаџери вишег нивоа у односу на менаџере нижег нивоа, док се сарадња врши на истом нивоу.

Сарадња може бити уобичајена у виду размене информација. Виши облик сарадње јесте постојање посебних организационих јединица које су задужене за сарадњу са другим елементима на истом нивоу. Највиши облик сарадње је интеграција у организационом и функционалном смислу. У организационом смислу до интеграције долази када се ресурси два или више елемената споје у привремени или трајни посебан елемент, а у функционалном смислу када се заједнички одлучује, врше послови и др.

Безбедносни менаџмент у вођењу хибридног ратовања црпићи правна и политичка овлашћења и могућности треба да оствари да се у конкретном случају организационо јединство покаже и на функционалном плану, односно да се поводом конкретне активности послови и задаци од највишег нивоа менаџмента до непосредног извршиоца на терену врше као елементи једне и јединствене активности. Остваривањем функционалног јединства повратно се потврђује јединство на организационом плану и тиме испуњавају услови да се о неком начину ратовања може говорити као о хибридном ратовању. Претходно поменути резултати истраживања потврдили су тачност опште хипотезе и тако дали одговор на проблемска питања.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Теоријски извори:

- Владан Мирковић, *Модели експлоатације тероризма у сврху хибридној рајџовања и моћући иприсиуи у суџроисџављању* – докторска дисертација, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2021;
- David Brown, Inside the secret world of America's top eavesdropping spies, *The Week*, January 9, 2015. <https://theweek.com/articles/476482/inside-secret-world-america-eavesdropping-spies>;
- Љубомир Стајић, Владан Мирковић, „Нова улога тероризма данас“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, 2/2021, Нови Сад 2021;
- Обрад Стевановић, Љубомир Стајић, *Безбедносни менаџмент*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2015;
- Обрад Стевановић, *Безбедносни менаџмент*, Криминалистичко-полицијски универзитет, Београд 2019;
- Robert G. Walker, *Spec Fi: The United States Marines Corps and Special Operations*, Master's Thesis, Monterey, CA, Naval Post Graduate School, December 1998;
- Shawn Dorman, *The Embassy and the Country Team у Inside a U.S. Embassy – Diplomacy at Work*, Foreign Service Books, Washington DC 2010 и
- USSOCOM, Fact Book 2019, USSOCOM Office of Communication, 2019.

Правни, политички и војни акти:

- Закон о полицији, *Сл. ѓласник РС*, бр. 6/2016, 24/2018 и 87/2018;
- National Security Act 1947 (NSA 1947);
- National Defense Authorization Act For Fiscal Year 2017 (NDAA 2017), Public Law 114–328—Dec. 23, 2016;
- The Constitution of the United States;
- U.S. Code, Title 10;
- U.S. Code, Title 22;
- U.S. Code, Title 31;
- U.S. Code, Title 50;
- Executive Order 12333, United States Intelligence Activities, December 4, 1981, (As Amended by Executive Orders 13284 (2003), 13355 (2004) and 13470 (2008));
- Congressional Research Service (CRS), The National Security Council: Background and Issues for Congress <https://sgp.fas.org/crs/natsec/R44828.pdf>;
- Interim National Security Strategic Guidance, The White House, March 2021;
- Joint Strategic Plan FY 2022-2026. https://www.state.gov/wp-content/uploads/2022/03/Final-State-USAID-FY-2022-2026-Joint-Strategic-Plan_28MAR2022.pdf;
- National Security Strategy of the United States, 2017;
- National Defence Strategy 2018;
- National Military Strategy 2018;
- National Intelligence Strategy of the United States of America, 2019;
- Special Forces Operation FM 3-18, 2014 и
- Freedom House, Freedom on the Net 2018, October 2018. https://freedomhouse.org/sites/default/files/FOTN_2018_Final.pdf.

Интернет извори:

- Биро за јавне послове <https://www.state.gov/bureaus-offices/under-secretary-for-public-diplomacy-and-public-affairs/bureau-of-global-public-affairs/>;
Канцеларије за науку и технологију САД <https://www.whitehouse.gov/ostp/>;
U.S. Department of the Treasury, Role of the Treasury, <https://home.treasury.gov/about/general-information/role-of-the-treasury>;
U.S. Cyber Command <https://www.cybercom.mil/Components/>;
US Department of State, Bureaus and Offices, Political Affairs. <https://www.state.gov/bureaus-offices/under-secretary-for-political-affairs/bureau-of-south-and-central-asian-affairs/>;
Сајт мисије САД при ОУН <https://usun.usmission.gov/our-leaders/>;
Сајт Агенције за глобалне медије <https://www.usagm.gov/who-we-are/>;
Сајт Агенције за међународни развој <https://www.usaid.gov/who-we-are/>;
Сајт NSA <https://www.nsa.gov/About/Mission-Combat-Support/> и
Сајт National Reconnaissance Office <https://www.nro.gov/About-NRO/>.

Vladan M. Mirković
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
V.Mirkovic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9995-8598

Hybrid War Management With Special Reference to U.S.

Abstract: *Hybrid warfare captures the attention of professional and the general public, with in most cases the emphasis on the content of hybrid warfare. However, the success of hybrid warfare does not result from its content, but from the synergistic effect that arises from the successful integration of the activities of a large number of subjects into a single activity. The task of achieving such integration has the security management, which, acting on the basis of legal and political acts, should achieve organizational and functional unity of numerous and diverse entities in achieving the desired goal.*

Keywords: *Hybrid Warfare, Security Management, Security System.*

Датум пријема рада: 29.04.2022.

Датум достављања коначне верзије рада: 07.09.2022.

Датум прихватања рада: 14.09.2022.

ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ
АУТОРЕ

Árpád Olivér I. Homicskó
Károli Gáspár University of the Reformed Church in Hungary
Faculty of Law
homicsko.arpad@kre.hu
ORCID ID: 0000-0002-9743-8396

THE ISSUES OF MANAGING THE EPIDEMIC SITUATION IN THE HEALTH CARE SYSTEM IN HUNGARY

Abstract: *In my study, I intend to explore the impact of the current epidemic situation on the health care system in Hungary. To this end, the legal environment applicable to the epidemic situation and the measures related to the health care system in the context of the epidemic situation will be presented. I think that in the 21st century and beyond, it will be increasingly important to deal with emerging epidemics, to which all countries must be able to respond appropriately. Managing the epidemic situations effectively and appropriately is in the interest of society as a whole. Furthermore, public health considerations are essential, and every country has to enhance efforts to fight epidemics. In the 21st century, states still have to consider their task to provide the necessary financial resources to combat epidemics. Health care systems should be suitable to meet public health and epidemiological considerations and the demands of general patient care.*

Keywords: *epidemic situation, health law, health care system, SARS_CoV-2.*

I. INTRODUCTION

Managing the epidemic situation impacts providing health services as a whole. In Hungary, the Act CLIV of 1997 on health (hereinafter: Eütv.) lays down among its principles that the rights of patients shall be protected in the course of delivering health care services and measures. A patient's personal freedom and right to self-determination shall be restricted exclusively in cases and in a manner justified by his health status and defined in Eütv.¹ Regarding the objectives of

¹ Act CLIV of 1997 on Health – *Magyar Közlöny*, No. 1997/119. (hereinafter: Eütv.). Art. 2, para. 1.

Eütv., it is stated that it shall contribute² to ensuring equal access to health care services for all members of society,³ furthermore, it shall create the conditions whereby all patients may preserve their human dignity and identity, and their right to self-determination and all other rights may remain unimpaired.⁴ It is clear from that provision that patients shall receive health care equally, and no difference can be made between them according to the legal basis of their entitlement to health care. The provisions of Eütv. shall be applied to all natural persons residing in the territory of Hungary.⁵ It is necessary to emphasize, particularly in the current epidemic situation, that the patient or the individual also has a role and responsibility related to their state of health, so society's obligations related to health care, together with the individual's responsibility for his own health and that of his environment, ensure the protection and promotion of the population's health.⁶ It is essential to maintain this provision in an epidemic situation, so if the individual or patient has symptoms of a viral illness or there is a well-founded reason to believe that he was in a group where the virus appeared, he should be examined as soon as possible, and shall not be around others in any community if possible until his state of health is cleared. It also underpins the necessity of mask mandate and the necessity of other personal protective equipment such as regular hand washing, which all individuals need to pay attention to.⁷

Closely related to this is the requirement that each individual shall respect the rights of others to promote and protect their health and to the prevention of disease and restorative health.⁸ In Hungary the Eütv. states that everybody has the right to acquire knowledge, empowering him to be informed about the possibilities related to the promotion and improvement of his health and to make informed decisions regarding health matters.⁹ Therefore, the individual must also be informed about the health care options available to him.¹⁰ Also, everybody shall have the right to be informed of the features of healthcare services delivered by the healthcare providers, the accessibility and order of use of such services, as well as on the scope and assertion of patients' rights.¹¹ Even in an epidemic situation,

² Ottó Czúcz, *Szociális jog I.* UNIÓ Lap- és Könyvkiadó Kereskedelmi Kft. Budapest, 2003. 35. p.

³ Ibid. Art 1. pt. b).

⁴ Eütv Art. 1, pt. c.

⁵ Ibid. Art. 4. para. 1. pt. a.

⁶ Ibid. Art. 5, para. 1.

⁷ Árpád Olivér Homicskó: *The Taxonomy of the Health Services System in Hungary.* Patrocinium Kiadó, Budapest, 2015. 18. p.

⁸ Ibid. Art. 5, para. 2.

⁹ Ibid. Art. 5, para. 3, pt. a.

¹⁰ Árpád Olivér Homicskó: *Egészségügyi jogi ismeretek.* Patrocinium Kiadó, Budapest, 2020. 52. p.

¹¹ Ibid. Art. 5, para. 3, pt. b.

the individual or the patient has to know whom to turn to in case of medical complaints, according to which procedure and how his examination takes place. The individual shall assume reasonable responsibility for his health¹² so he can contribute to the success of his own medical treatment by the quality of his lifestyle and the amount of attention he pays to his general health. The individual shall be obliged to abstain from all behaviors and activities commonly known to endanger others' health beyond a socially acceptable level of risk.¹³ He shall also be obliged to provide help, as expected, and notify a healthcare provider that he believes is competent if he identifies, or becomes aware of, an emergency or critical condition.¹⁴ Therefore, if the possibility of viral disease arises in the individual's environment, he shall take the necessary measures in this regard.

It should be pointed out in the context of the epidemic situation that the prevention of infectious diseases is based on immunization, and other types of treatment focused on prevention, screenings conducted for epidemiological considerations, the fulfilment of general epidemiological tasks, the use of personal protective devices, and evolving and shaping a general health-conscious attitude.¹⁵ I will address these measures separately in the next part of my study, but I consider it necessary to emphasize here that in the context of dealing with the epidemic, it has become clear today that health culture plays a significant role in combating epidemics. Individual responsibility and compliance are necessary to keep the infection under control.

The fight against epidemics is taking place within the current health care system. In the course of patient care, public health objectives, including the performance of epidemiological tasks, must also be taken into account. Where possible, the necessary capacities have to be provided, and the standard of care needs to be gradually improved, while the implementation shall happen in view of the current social and economic resources.

II. THE ISSUES OF MANAGING THE EPIDEMIC SITUATION IN THE HEALTH CARE SYSTEM IN HUNGARY

In 2020 the health care system faced serious challenges in Hungary because of an unprecedented epidemic situation in previous decades. The health care system in Hungary was – and is – supposed to respond to challenges appropriately. In order to be able to analyze the events of the recent period, it is important to be aware of

¹² Ibid. Art. 5, para. 3, pt. c.

¹³ Eütv. Art. 5, para. 3, pt. d.

¹⁴ Ibid. Art. 5, para 3, pt. e.

¹⁵ Ibid. Art. 80, pts. a-e.

the regulations, and by applying them, we can properly manage the epidemic situation in the health care system. The system and regulatory environment of the operation of the Hungarian health care system have been outlined above, and now the specific epidemiological measures will be presented. Epidemiology aims to prevent and control the spread of infectious diseases and epidemics and to increase human resistance to infectious diseases.¹⁶ In the event of epidemics, the health care system has to be able to provide appropriate treatment for patients in need. For epidemiological tasks, the health authority may limit the rights of individuals to exercise personal liberties as set forth in Eütv. in Hungary may limit the rights of patients as outlined in Eütv., may mandate natural and legal entities as well as unincorporated entities to tolerate or take the measures defined in Eütv; the health service taking mandatory epidemic management measures may limit the rights of patients as set forth in Eütv.¹⁷ It can be seen that in order to fight and manage epidemics, patients' rights have to be placed behind the protection of the community since it is necessary to protect healthy people who have not caught the illness yet, and thus it can also be ensured that those who are in need of health intervention shall receive it. If the protection of the community, including prevention, were not a priority, a situation could arise where the overburdened health care system can no longer provide adequate patient care.¹⁸

Concerning epidemiological measures, vaccinations have an important role. The objective of immunization is to provide an active or passive immunity to infectious diseases.¹⁹ The Minister of Health shall issue a decree setting forth the infectious diseases for which mandatory immunizations may be ordered as a function of age, when there is a risk of contracting a disease or when traveling abroad, in which case the traveler shall cover the immunization costs.²⁰ There is also a possibility that as a prerequisite for employment in certain occupations, the Minister of Health in Hungary may mandate immunization, the costs of which shall be covered by the employer. In the current COVID-19²¹ virus situation in Hungary, these provisions are of great importance, as they are justified by the protection of the community and the preservation of workers' health. In Hungary the Act I of 2012 on the Labor Code (hereinafter: Mt.) also states that the responsibility for implementing occupational safety and occupational health requirements

¹⁶ Eütv. Art. 56, para. 1.

¹⁷ Ibid. Art. 56, para. 2, pts. a-b.

¹⁸ Árpád Olivér Homicskó: *The Taxonomy of the Health Services System in Hungary*. Patrocinium Kiadó, Budapest, 2015. 19 – 20. p.

¹⁹ Ibid. Art. 57, para. 1.

²⁰ Ibid. Art. 57, para. 2, pts. a-c-.

²¹ The name “coronavirus 2 causing severe acute respiratory syndrome” (SARS_CoV-2) and the disease caused by it is “coronavirus disease 2019”, an abbreviated version of which is COVID-19. see: <https://www.nnk.gov.hu/attachments/article/567/Aktualiz%C3%A1lt%20elj%C3%A1r%C3%A1srend%2011.07.pdf> (as of January 5, 2021.)

lies with the employers.²² Immunization only shall be given with a vaccine authorized by the health authority and only for the purpose and under the conditions specified in the permit.²³

Unchecked and unauthorized vaccines cannot be administered officially, which also guarantees that vaccines authorized by the health authorities can be administered and are safe. The question arises whether COVID-19 vaccination can be made mandatory and whether it is expected from the individual to get vaccinated. In the current situation, it cannot be made mandatory, it has to be the individual's decision whether to take up the available vaccine or not. Should the legislator opt for the mandatory nature of the vaccine, it would raise further questions which need to be answered. In this case, the issue is why the seasonal influenza vaccine is not if the COVID-19 vaccine is mandatory. The same question would arise with regard to several further viral infections. The issue of responsibility would also be an important aspect in this case. If a vaccine is mandatory, in the event of side effects experienced by the vaccine, which also has health care consequences for him, their compensation, and liability for damages shall be borne by the entity who ordered the use also, given that the patient's entitlement to health care, i.e. whether or not he wishes to receive care, would be limited by the state.²⁴

It does also raise the question in this case whether, regarding seasonal influenza, against which there is also a vaccine and which can also have a lethal outcome, the definition of mandatory nature can be applied by analogy and, if not, how the action against the two viral diseases differs. In the case of COVID-19 vaccination, there are also views that certain benefits should be provided for those vaccinated against coronavirus. This also raised a number of patient rights issues. Thus, the question arises as to whether the individual may be disadvantaged because he or she refuses particular health care. In this case, exercising the right to health care could be significantly infringed; in fact, the patient could be at a disadvantage compared to those who have been vaccinated due to exercising his rights. In my view, this is unacceptable under the current regulations. From the aspect of patients' rights, derived from its provisions of Eütv., no distinction can be made between patients based on whether or not they have been vaccinated. The Eütv. also states that it shall be required to enforce equity throughout the utilization of healthcare services.²⁵ However, as long as vaccination is only available to a limited extent and circumstances beyond the individual effect when he can take up the vaccine, I think he should not be disadvantaged because he has not yet been vaccinated.

²² Act I of 2012 on the Labor Code, *Magyar Közlöny*, No. 2012/2. (hereinafter: the Labor Code). Art. 51, para. 4.

²³ Eütv. Art. 57, para. 6.

²⁴ Árpád Olivér Homicskó: *Egészségügyi jogi ismeretek*. Patrocinium Kiadó, Budapest, 2020. 52. p.

²⁵ Eütv. Art. 2, para. 2.

The objective of screening for epidemiological considerations in Hungary is to detect the presence of infectious diseases in an early phase, track down the sources, and avert the danger of contagion.²⁶ The Minister of Health shall issue a decree setting forth the infectious diseases for which the health authority may order the mandatory screening of the entire population, specific population groups, the residents of a specific area, all people at a workplace, in a family, or in another community, persons arriving from other countries, persons in contact with one of the more infected persons to prevent contagion.²⁷ I think it is definitely a significant provision in the current viral situation to protect the population as a whole. In my opinion, in the case of COVID-19, screening tests should be extended to the broadest possible range, even screening of the entire population could be justified, thus localizing the spread of the virus. However, microbiological screening for epidemiological reasons is mandatory for asymptomatic close contacts – beneficiaries or employers – in the health care system and long-term care and nursing facilities.²⁸ Persons with infectious diseases and persons suspected of having infectious diseases shall be notified to the registry of persons with infectious diseases in paper or electronic format (on-line).²⁹ Rules for notifying and registering infectious diseases and for handling related data shall be set forth in a separate Act.³⁰ Codes according to the International Classification of Diseases (ICD) code system should be used to report cases of COVID-19 infection.³¹

Any person noticing symptoms of infectious disease on his own person or on that of a person under his care is mandated to initiate a medical examination.³² Any person ordered to appear for a medical examination by a physician because of a suspected infectious disease is mandated to appear for the said examination, or if unable to appear for an examination because of the illness, to submit to said examination at his place of residence, to provide samples for necessary laboratory examinations or to make the collection of said samples possible; to subject himself to treatment including preventive drug treatment, to comply with medical instructions.³³ The Minister is in his decree, in the case of certain infectious dis-

²⁶ Eütv. Art. 59, para 1.

²⁷ Ibid. Art. 59, para 2, pts. a-f.

²⁸ National Public Health Center (NPHC). Protocol concerning the new coronavirus identified in 2020 (epidemiological and infection control rules to be followed), November 07, 2020, p 8. see: <https://www.nnk.gov.hu/attachments/article/567/Aktualiz%C3%A1lt%20elj%C3%A1r%C3%A1srend%2011.07.pdf> (as of January 10, 2021)

²⁹ Eütv. Art. 61, para. 1.

³⁰ Ibid, Art. 61, para 2.

³¹ Information for healthcare providers on the reporting of care for patients treated for coronavirus (COVID-19) infection. National Health Insurance Fund Manager. see: http://www.neak.gov.hu/felso_menu/szakmai_oldalak/koronavirus_szakmai_tajekoztatas/koronavirus_kozlemeny_15.html (as of January 11, 2021)

³² Eütv. Art. 62, para 1.

³³ Ibid. Art 62, para. 2.

eases, in order to prevent the spread of the infection, may order the infected person to be taken into mandatory care in a health care institution according to the nature of the infection and to undergo regular medical examinations.³⁴ The physician detecting the disease shall take measures to isolate the infectious patient for the period of communicability.³⁵

In Hungary the patient care provider (general practitioner or outpatient/inpatient provider) is obliged to report the data of a person suspected of having COVID-19 infection or a positive laboratory result within 24 hours to the Expert System Infectious Patient Reporting Subsystem of the National Professional Information System (hereinafter: OSZIR) operated by the National Public Health Center (hereinafter: NNC).³⁶ As defined in the Minister of Health Decree, a person suffering from infectious disease shall be isolated in his home, residence, or a separate ward for infectious diseases in an inpatient facility or designated healthcare institution. People suffering from certain infectious diseases, as specified in the Minister of Health Decree, shall be isolated and treated exclusively in a ward for infectious diseases in an inpatient facility or designated healthcare institution.³⁷ The isolation of a suspected patient with mild symptoms at home may be carried out on the instructions of the health care provider (primary care, outpatient specialist care).³⁸

An infectious patient may be isolated in his home or place of residence if the condition of the patient makes this feasible, isolation conditions can be provided, and the patient or legal guardian agrees to adhere to epidemiological regulations for the duration of the isolation.³⁹ The patient isolated in his home, with mild symptoms, can be isolated from his family contacts in the same property if the conditions are met.⁴⁰ According to the governing professional protocol, it is feasible in the event of mild symptoms. It is an important condition that the COVID-19 patient can be isolated in his home or place of residence. The health status of patients at risk should be monitored continuously to promptly detect any deterio-

³⁴ Eütv. Art. 62, para. 3.

³⁵ Ibid. Art. 63, para. 1.

³⁶ National Public Health Center (NPHC). Protocol concerning the new coronavirus identified in 2020 (epidemiological and infection control rules to be followed), November 07, 2020, p. 1, see: <https://www.nnk.gov.hu/attachments/article/567/Aktualiz%C3%A1lt%20elj%C3%A1r%C3%A1srend%2011.07.pdf> (as of January 10, 2021).

³⁷ Eütv. Art. 63, para. 2.

³⁸ National Public Health Center (NPHC). Protocol concerning the new coronavirus identified in 2020 (epidemiological and infection control rules to be followed), November 07, 2020, p. 1, see: <https://www.nnk.gov.hu/attachments/article/567/Aktualiz%C3%A1lt%20elj%C3%A1r%C3%A1srend%2011.07.pdf> (as of January 10, 2021) p. 3.

³⁹ Eütv. Art. 64, para. 1., pts. a-c.

⁴⁰ National Public Health Center (NPHC). Protocol concerning the new coronavirus identified in 2020 (epidemiological and infection control rules to be followed), November 07, 2020, p. 9, see: <https://www.nnk.gov.hu/attachments/article/567/Aktualiz%C3%A1lt%20elj%C3%A1r%C3%A1srend%2011.07.pdf> (as of January 10, 2021)

ration in the patient's condition. In this case, referral to an inpatient clinic should be decided on a case-by-case basis by the therapist.⁴¹ When isolated in an inpatient facility, the right of an infectious patient to freedom of movement within the facility and the right to maintain contacts with others may be restricted.⁴²

If an infectious patient within an inpatient facility is non-compliant with isolation requirements, the health authority may issue a decree mandating compliance. The decree mandating compliance with isolation restrictions may be executed immediately for public health or epidemiological reasons.⁴³ Therefore, if the inpatient care is justified due to the patient's condition or isolation in his home is not feasible, the patient is placed and isolated according to the current referral process.⁴⁴ The isolated patient should be informed of the infection, the precautionary measures to be taken, and the fact that he should not leave the isolation room unreasonably. The hospital room can only be accessed by healthcare professionals involved in patient care, and access by other hospital staff is restricted.⁴⁵ If the epidemiological inspection is carried out in a health care institution, in an inpatient hospital, it must be ensured that the patients are isolated from each other in a separate room. Their care, including health and other care, may be provided by a health care worker only in appropriate protective equipment, and the exchange of protective equipment must take place between the persons concerned in accordance with the rules.⁴⁶

In Hungary a person who has been in contact with someone suffering from an infectious disease and who is assumed to be in the incubation period for the said disease may be placed under epidemic observation or quarantine for infectious diseases set forth in the appropriate Minister of Health Decree.⁴⁷ Under this provision, a contact person means a person who got into contact with a person affected

⁴¹ National Public Health Center (NPHC). Protocol concerning the new coronavirus identified in 2020 (epidemiological and infection control rules to be followed), November 07, 2020, p. 3, see: <https://www.nnk.gov.hu/attachments/article/567/Aktualiz%C3%A1lt%20elj%C3%A1r%C3%A1srend%2011.07.pdf> (as of January 10, 2021).

⁴² Eütv. Art. 64, para. 2.

⁴³ Ibid. Art. 64, para. 3.

⁴⁴ National Public Health Center (NPHC). Protocol concerning the new coronavirus identified in 2020 (epidemiological and infection control rules to be followed), November 07, 2020, p. 3, see: <https://www.nnk.gov.hu/attachments/article/567/Aktualiz%C3%A1lt%20elj%C3%A1r%C3%A1srend%2011.07.pdf> (as of January 10, 2021)

⁴⁵ National Public Health Center (NPHC). Protocol concerning the new coronavirus identified in 2020 (epidemiological and infection control rules to be followed), November 07, 2020, p. 5, see: <https://www.nnk.gov.hu/attachments/article/567/Aktualiz%C3%A1lt%20elj%C3%A1r%C3%A1srend%2011.07.pdf> (as of January 10, 2021)

⁴⁶ National Public Health Center (NPHC). Protocol concerning the new coronavirus identified in 2020 (epidemiological and infection control rules to be followed), November 07, 2020, p. 9, see: <https://www.nnk.gov.hu/attachments/article/567/Aktualiz%C3%A1lt%20elj%C3%A1r%C3%A1srend%2011.07.pdf> (as of January 10, 2021).

⁴⁷ Eütv. Art. 65, para. 1.

by the COVID-19 disease, does not show the symptoms of the COVID-19 disease and is declared to be a contact person by the authority.⁴⁸ An asymptomatic person who has been in close contact with a patient who has been confirmed for COVID-19 should be placed under epidemic observation immediately according to the current professional protocol in the event of possible fever and respiratory symptoms characteristic of the disease. During the epidemiological investigation, the public health department of the district/county district office shall look for persons who have been in contact with the confirmed case during the presence of symptoms in the confirmed COVID-19 patient and for maximum precaution in the two days before the onset of the symptoms and who shall be placed under epidemic observation for ten days. Close contacts will be subject to epidemiological observation in their home if feasible. This must be done in such a way as to ensure the prevention of the further spread of the virus.⁴⁹

In Hungary the epidemiological authority, in its decision order epidemiological observation, may also restrict the freedom of movement of the contact person by designating for him a home, a fenced area of it or another location not qualifying as a healthcare institution that the contact person is not permitted to leave during the period of epidemiological observation according to the main rule.⁵⁰ The epidemiological authority may, in a decision, lift the restriction, provided that the contact person certifies that at the time of the examination, the SARS-CoV-2 coronavirus could not be detected in him by furnishing a document that contains the results of molecular biological examinations (SARS-CoV-2 PCR tests) complying with the professional rules of healthcare, carried out during the period of epidemiological observation on two occasions within five days, with at least 48 hours passing between the examinations.⁵¹ A decision by the epidemiological authority ordering epidemiological observation shall not form an obstacle to the contact person leaving his designated home, the fenced area of it or other location not qualifying as a healthcare institution for the purpose and duration of undergoing the examinations.⁵² A decision taken by the health authority may be executed immediately for public health or epidemiological reasons.⁵³ During the period in which a person has been placed under epidemiological observation, he

⁴⁸ Government Decree No. 409/2020 (30 August) on specific rules applicable to epidemiological observation related to the COVID-19 disease, *Magyar Közlöny*, No. 2020/195. (hereinafter: Government Decree 409/2020 (30 August) Art. 1.

⁴⁹ National Public Health Center (NPHC). Protocol concerning the new coronavirus identified in 2020 (epidemiological and infection control rules to be followed), November 07, 2020, p. 9, see: <https://www.nnk.gov.hu/attachments/article/567/Aktualiz%C3%A1lt%20elj%C3%A1r%C3%A1srend%2011.07.pdf> (as of January 10, 2021).

⁵⁰ Government Decree 409/2020 (30 August), Art. 2, para. 1.

⁵¹ Ibid. Art. 2, para. 2.

⁵² Ibid. Art. 2, para. 4.

⁵³ Eütv. Art. 65, para. 2.

may be restricted in pursuing his occupation, his right to maintain contacts, and his right to freedom of movement.⁵⁴ Epidemiological observation shall be concluded within 48 hours after the expiration of the average incubation period for the given infectious disease if medical examination/testing precludes the possibility of contagion.⁵⁵

In Hungary quarantine is defined as observation or isolation based on tightened and special requirements that shall occur at a venue stipulated for such purposes.⁵⁶ If during the epidemic observation /quarantine, clinical symptoms characteristic of COVID-19 develop, COVID-19 infection shall be confirmed by laboratory testing, and the contact person shall be considered a confirmed case. At the end of the epidemic observation /quarantine, it is not necessary for the person subject to the measure to undergo laboratory testing.⁵⁷ The epidemiological authority on entry from certain countries, or in the event of infection or illness, may provide that the person subject to the epidemiological measure is not permitted to leave home designated for him, the fenced area of it or another location not qualifying as a healthcare institution for the period specified in the decision (hereinafter: official home quarantine).⁵⁸

In the future, health care must be thoroughly prepared for the development of epidemics. Modern civilization must face new diseases in the future for which the necessary treatment will not be immediately available. In the future, it will also be crucial for the countries of the European area not only to deal with the epidemic situation on their own, but also to work more closely with the Member States of the European Union to ensure freedom of movement concerning epidemic-related treatments. The Regulation governs the issue of the financing of health services in the European Union on the coordination of social security systems for persons moving freely within the territory of the Member States.⁵⁹

On this basis, the European Commission⁶⁰ has issued a Communication setting out several important guidelines. It is stated in the Communication that patients who have to be transported to a hospital in a neighbouring or another

⁵⁴ Ibid, Ar. 66, para. 1.

⁵⁵ Ibid, Art. 66, para 3.

⁵⁶ Ibid, Art. 67, para. 1.

⁵⁷ National Public Health Center (NPHC). Protocol concerning the new coronavirus identified in 2020 (epidemiological and infection control rules to be followed), November 07, 2020, p. 9, see: <https://www.nnk.gov.hu/attachments/article/567/Aktualiz%C3%A1lt%20elj%C3%A1r%C3%A1srend%2011.07.pdf> (as of January 10, 2021).

⁵⁸ Eütv, Art. 67/A, para. 1, pts. a-b.

⁵⁹ See: Regulation (EC) No 883/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the coordination of social security systems, *Official Journal of the European Union*, L 166, 30.4.2004, p.1.

⁶⁰ European Commission: Communication from the Commission: Guidelines on EU emergency assistance for cross-border healthcare cooperation in the context of the COVID-19 crisis (2020 / C 111 I / 01) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN / TXT / PDF / ? Uri = CELEX:>

Member State offering assistance should typically be in possession of prior authorization from the competent social security institution. This is not practical because of the COVID-19 pandemic and the emergency situation. The Commission calls on the Member States to take a pragmatic approach for patients requiring urgent care and, in view of the public emergency, consider a prior general authorization to ensure the coverage of all the expenses incurred by the hosting health care provider. It should be sufficient for the competent Member State to ensure that the patient carries a document attesting that he is covered at the time of hospital admission, making it possible at the same time that the Member States involved may agree upon any other practical arrangements. This guidance applies to emergency healthcare only in the context of the COVID-19 pandemic. For patients still able to access non-urgent planned healthcare, the usual procedures apply in principle for healthcare treatment in another Member State.⁶¹

The Communication also sets out essential guidelines for cross-border health care cooperation in the near-border regions. The Communication states that the EU supports the cooperation and integration of health care systems in border regions with its Interreg programmes. Several projects in Interreg regions are now contributing to a more coordinated approach to the pandemic. Member States, regional and local authorities should use the maximum flexibility offered by the Interreg programmes to address the challenges of the pandemic. Many border regions have already a history of and structures for cooperation, including in health care, which should now be fully exploited to help each other in the spirit of European solidarity.⁶²

The twenty-first century sees rapid development of medical technology, and it is unlikely to change in the future. Technological development makes it possible to improve the chances of survival even in previously incurable diseases, further reduce infant mortality rates, and significantly expand life expectancy, thanks partly to medical advances. These developments also pose severe challenges to functioning health insurance systems. In the course of high-standard health care provided by the advances of modern medical technology, each natural person residing in the territory of Hungary is entitled to the same level of health care according to the relevant law; however, ensuring this puts or can place a significant strain on the current budget even today. One of the most significant issues of the 21st century will be to the government admit extent private health services into the health care system, and if it proves feasible, in what form this will be financed. It could envisage a particular system if, within the framework of social security, health care services could only be obtained from publicly funded health care providers while people with private insurance could only resort to private health

52020XC0403 (02) & from = EN (as of 02/11/2020) Item 4., *Official Journal of the European Union*, CI 111/1, 3.4.2020.

⁶¹ Ibid, Item 4.

⁶² Ibid, Item 7.

care providers; or establishing a system where privately insured people could be provided both by public health care and private health care providers while people with social security could receive care only in the publicly financed, public service health care system. Regarding the management of the epidemic situation, it should also be specified how, if necessary, private health care providers can be involved in an emergency. In my view, if the epidemic situation so requires, in addition to the public service health care institutions, private health care providers should also be involved, they should also take part in providing the necessary health care services.

III. SUMMARY

In my present study, I intended to outline the effect of the epidemic situation on the health care system in Hungary. Hungarian legal regulations adequately contain the rules based on which the epidemic situation is manageable. It shall be an essential aspect that in this context, in addition to state intervention, individuals should also recognize their role and pay attention to the importance of prevention. I believe that one of the most serious challenges for humanity in the coming decades and centuries will be the ability to anticipate the emerging epidemics appropriately. However, the epidemic situation has also revealed that the advancement of modern technologies and the fast-paced spread of digitalization cannot guarantee the safety of future societies; thus, developing the health care systems and recognizing the prominent role of health workers shall be important in the coming period.

REFERENCES

- Ottó Czúcz, *Szociális jog I.* Unió Lap- és Könyvkiadó Kft. Budapest, 2003.
Árpád Olivér Homicskó, *The Taxonomy of the Health Services System in Hungary.* Patrocinium Kiadó, Budapest, 2015.
Árpád Olivér Homicskó, *Egészségügyi jogi ismeretek.* Patrocinium Kiadó, Budapest, 2020.
Act CLIV of 1997 on *Health* – Magyar Közlöny, No. 1997/119.
Act I of 2012 on the *Labor Code*, Magyar Közlöny, No. 2012/2.
Government Decree No. 409/2020 (30 August) on specific rules applicable to epidemiological observation related to the COVID-19 disease, Magyar Közlöny, No. 2020/195.
Regulation (EC) No 883/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 *on the coordination of social security systems*, Official Journal of the European Union, L 166, 30.4.2004
European Commission: Communication from the Commission: *Guidelines on EU emergency assistance for cross-border healthcare cooperation in the context of the COVID-19 crisis.* Official Journal of the European Union, CI 111/1, 3.4.2020.
National Public Health Center (NPHC). *Protocol concerning the new coronavirus identified in 2020* (epidemiological and infection control rules to be followed).

Арпад Оливер И. Хомичко
Универзитет Кароли Гащар у Будимпешти
Правни факултет
homicsko.arpad@kre.hu
ORCID ID: 0000-0002-9743-8396

Систем здравствене заштите у Мађарској пред изазовима епидемиолошких ситуација

Сажетак: У овом раду, аутор настоји да истражи утицај тренутне епидемиолошке ситуације на здравствени систем у Мађарској. У том циљу, у раду се полази од правног оквира који се примењује у случају епидемије, као и од мера које се односе на здравствени систем у контексту епидемиолошке ситуације. Аутор је ставља да ће се друштво током и након XXI века све чешће суочавати са епидемијама у настојању, те је неопходно да државе буду припремљене да одговоре на друштвене изазове које доносе епидемиолошке ситуације. Штавише, питање јавног здравља је од суштинског значаја и свака земља мора да појача напоре у борби против епидемија. Зато, у XXI веку, државе морају да размотре преку потребу обезбеђивања неопходних финансијских средстава за борбу против епидемија. Системи здравствене заштите треба да буду одговарајући, у смислу да су у стању да задовоље јавно-здравствене и епидемиолошке циљеве, као и захтеве оних неће пацијената.

Кључне речи: епидемија, систем здравствене заштите, право на здравље, SARS CoV-2.

Датум пријема рада: 26.08.2021.

Датум достављања коначне верзије рада: 04.10.2022.

Датум прихватања рада: 10.10.2022.

Borbála E. Lénárd-Maletics
University of Pécs
Faculty of Law and Political Sciences
maletics.borbala@ajk.pte.hu
ORCID ID: 0000-0002-8228-9842

CHANGED RULES OF LIMITED PARTNERSHIPS IN THE HUNGARIAN CIVIL CODE- WITH PARTICULAR REFERENCE TO AMENDING THE MANAGEMENT OF A LIMITED PARTNERSHIP

Abstract: *The Act XCV of 2021 amending Act V of 2013 on the Civil Code (hereinafter: Civil Code) introduced significant changes concerning business associations in Hungary. In my study, I examine certain amendments affecting limited partnerships, with a particular reference to the rules for the election of a limited partner as managing director and whether the corporate form is shifting from a limited partnership to a capital partnership under the changed provisions.*

Keywords: *limited partnership, general partner, limited partner, executive director, Act V of 2013 on the Civil Code, dissolution without succession, the election of a limited partner as managing director, Act XCV of 2021 amending Act V of 2013 on the Civil Code, additional monetary contributions, partnerships, capital mergers.*

1. INTRODUCTION

The limited partnership is a micro-enterprise form of business associations in the Hungarian company system¹ based on the number of incorporations in Hungary. According to the central statistical office statistics, in 2021, 33,279 companies were established in Hungary, of which 1975 were limited partnerships.² Most often, family companies are established as limited partnerships.

¹ Judit Gál- „A közkereseti társaság és a betéti társaság szabályai az új Ptk.-ban I.” *Céghírnök*, 2013/12., 3.-5.

² 105,000 limited partnerships operating in Hungary in 2022 https://www.ksh.hu/stadat_files/gsz/hu/gsz0051.html https://www.ksh.hu/stadat_files/gsz/hu/gsz0006.html

The act XCV of 2021 amending Act V of 2013 on the Civil Code (hereinafter: Civil Code) introduced significant changes concerning business associations. The changed provisions entered into force in three phases- on 1st July 2021, 1st January 2022, and 1st July 2023.

According to the justification of the amendment³, the derogation rules for legal persons, and the freedom of contract approach, are still justified and are also a guarantee of the competitiveness of company law, but the regulatory proposals developed by case law encourage the amendment of certain provisions concerning legal persons.

The changes also respond to several problems that have arisen in the case of limited partnerships in practice. In my study, I examine certain amendments to the limited partnership, with particular attention to the rules of management, the rules for the election of the limited partner as executive director, and the risks involved.

I also examine the amended rules in the light of how the traditional partnership nature of the limited partnership is being changed, and the extent to which this trend is in line with EU company law rules.

2. THE CONCEPT OF A LIMITED PARTNERSHIP

A limited partnership is defined by the legislator as a micro-enterprise operating as a partnership. An important conceptual element is that it must have at least one general partner and one limited partner.⁴ In the limited partnership, there are two types of liability, the general partner and the limited partner, and only the general partner has full financial liability for debts exceeding the assets of the partnership,⁵ while the limited partner's liability is, as a general rule, limited to the contribution of assets.

Similar to other business companies, a limited partnership is a legal entity under Hungarian law.⁶ Based on the provisions of the Civil Code companies, legal persons established by the monetary or in-kind contributions of their members for the pursuit of their common businesslike economic activities, where members are jointly entitled to a share in the profit and obliged to bear the losses.⁷ The

³ Final Explanatory Memorandum to Act XCV of 2021 amending Act V of 2013 on the Civil Code – Schedule of Explanatory Memoranda 2021/83.

⁴ Judit Gál- „A közkereseti társaság és a betéti társaság megszűnésének új szabályai” *Gazdaság és Jog* 2022/1-2 52.

⁵ Gábor Kertész- „A családi cégek helyzete váláskor az új Ptk. tükrében” *Multidiszciplináris kihívások, sokszínű válaszok*. Budapesti Gazdasági Egyetem, Kereskedelmi, Vendéglátóipari és Idegenforgalmi Kar, Közgazdasági Intézeti Tanszéki Osztály 81.

⁶ The limited partnership became a legal entity with the entry into force of Act V of 2013 on the Civil Code on 15 March 2014.

⁷ Civil Code Section 3:88

Civil Code provides for a formal requirement⁸, according to which a business company can only be established in a specific form (general partnership, limited partnership, private limited liability company, stock company). On the basis of these two provisions, it can be concluded that under the Civil Code in force, all companies are legal persons, thus, a limited partnership cannot be considered a “company without legal personality” in the terminology of the former Commercial Companies Act⁹. Before the new Civil Code’s entry into force, the limited partnership was regulated in all three Commercial Companies Acts¹⁰ as a form without legal personality, but with legal personality under its own company name and absolute legal capacity¹¹, with the new Civil Code entering into force, the limited partnership became a legal entity.

Therefore, as of 15th March 2014, the limited partnership is a legal entity under the provisions of Hungarian law and as such has absolute legal capacity.

Despite the change in legal form, the limited partnership can still be defined as a small partnership enterprise in Hungary.¹² Due to its partnership nature, the basis for the operation of the company lies in the members of the company- the expertise of the members is necessary for the activities of the company, and the value and percentage of the financial contribution is less important.¹³ In the case of these partnerships, the value of the company’s assets does not have a significant effect but is primarily a partnership of persons. In Hungary, the two forms of partnerships are the general partnership and the limited partnership (limited liability companies and stock companies operate as capital mergers). With the derogations applicable only to limited partnerships, the rules on general partnerships shall apply accordingly to limited partnerships.¹⁴ Thus, even in this form of company, the managing director can only be elected from among the members of the company, there is no possibility to elect a third party.¹⁵ Only a member of the

⁸ Civil Code Section 3:89

⁹ Act IV of 2006 on Commercial Companies

¹⁰ Act VI of 1988 on Commercial Companies Act CXLIV of 1997 on Commercial companies, Act IV of 2006 on Commercial Companies

¹¹ György Wellmann- „A közkereseti és a betéti társaság szabályozása az új Polgári Törvénykönyvben” *Gazdaság és Jog* 2011/7-8. 10-13.

¹² Judit Barta-Judit-Gyöngyi Harsányi-Tünde Majoros-Edit Antal Ujváriné- *Gazdasági társaságok a Polgári Törvénykönyvben* Budapest, Patrocinium 2016 130.

¹³ Judit Barta-Judit-Gyöngyi Harsányi-Tünde Majoros-Edit Antal Ujváriné- *Gazdasági társaságok a Polgári Törvénykönyvben* Budapest, Patrocinium 2016 30-31.

¹⁴ Civil Code Section 3:155

¹⁵ Civil Code Section 3:144 [Management and representation] (1) Management of general partnerships shall be performed by one or more managing directors appointed or elected from among the members. In the absence of appointment or election, all members shall act as managing directors. (2) Any provision of the memorandum of association appointing or allowing for the appointment of a person who is not a member to act as managing director shall be null and void.

limited partnership, i.e. either a limited partner or general partner, can be elected as the managing director of the limited partnership.

Act XCV of 2021 amending the Civil Code introduced significant changes to the Legal Persons regulated in the Book of the Civil Code.¹⁶ The amendment also made significant changes to limited partnerships, in line with the needs of case law.

I examine in my study whether the amended provisions affect the traditional partnership nature of the limited partnership form. In the following, I present this changed provision of the Civil Code by comparing it with the previous regulation and considering the problems arising from the amendment in case law.

3. CHANGES TO THE RULES ON THE DISSOLUTION OF A LIMITED PARTNERSHIP WITHOUT SUCCESSION

The amendment introduced a significant change regarding the dissolution of a limited partnership- in effect from 1 July 2021.

Under the previous legislation, the company would be dissolved without legal succession if the number of members of the company falls to one and the company does not notify the court of registration about the entry of a new member within a six-month time limit.¹⁷ The date of the death of the limited/general partner is the date of termination of his/her partnership. Before the date of the amendment, if the application for registration of the change was not filed within the time limit prescribed by law, the company ceased to exist by operation of law.

In practice, the cogent provision, which does not allow for this derogation, has raised many questions, often leading to the dissolution of companies that were otherwise economically viable, but the members were not aware of the six-month limitation period.

The previous legislation was of particular importance in inheritance cases.¹⁸ Under Hungarian rules, a share in a limited partnership cannot be inherited; the heir of the deceased member or the legal successor of the terminated member may join the partnership as a member if agreed so with the other members.¹⁹ In the

¹⁶ Explanation of the amendment – Final explanatory memorandum to Act XCV of 2021 amending Act V of 2013 on the Civil Code -the derogation rules for legal persons, the approach based on freedom of contract, are still justified and also constitute a guarantee of the competitiveness of company law, but the regulatory proposals developed by case law encourage the amendment of certain provisions relating to legal persons.

¹⁷ Civil Code Section 3:158.§ (1) as of 30 June 2021

¹⁸ Ádám Boóc-, „A jogi személyekre irányadó új szabályok a legújabb Ptk. módosítás tükrében” *Szakál, Róbert (szerk.) Tájékoztató füzetek: Az MKIK Jogi Szekciójában elhangzott szakmai előadások alapján* Budapest, Magyarország : Magyar Kereskedelmi és Iparkamara (2021) 253.

¹⁹ Civil Code Section 3:149 Death or termination of a member

event of the death of a member, his or her membership shall cease, but there shall be no inheritance of membership rights in their unchanged form²⁰, the heir shall not become ipso iure a member of the company.²¹

Despite this, in the event of the death of the general/limited partner of the limited partnership, the remaining external partners await the final decision of the inheritance proceedings to restore the legal operation of the partnership, in case of the absence of this procedure, the company is liquidated due to their improper actions.

In many cases, the length of the inheritance procedure meant that members were unable to comply with the six-month time limit for restoring legal operation, even though they should have been able to join the company independently of this procedure. This has resulted in several cases where companies that have been operating profitably for a long time were wound up, despite the intention of the members to act according to the rules.²²

According to the explanatory memorandum to the Act that amends certain provisions of the Civil Code, a solution should also be provided for partnerships with the aim of restoring the lawful functioning of the partnership. The reason for this is that, since the new Civil Code's entry into force, the limited partnership is a legal person and, as such, its operation is separate from its members.²³

Under the provision (Civil Code Section 3:158) which entered into force on 1 July 2021, the obligation to notify a new member within six months of joining remains, but is no longer time-barred in the event of failure to do so. This is an important change, considering the fact that the dissolution of a company without legal succession does not occur by operation of law if the six-month deadline for notification is missed.²⁴

²⁰ Code Civil Section 7:1

²¹ Decision BH 2019.2.53.

²² In the case before the Kúria, a public limited company with eighty-six employees and a significant role in the economy was dissolved. One of the members of the general partnership, which had two members, died on 30 September 2016. On 2 May 2017, the limited liability company submitted an application for registration of a change of name, requesting, inter alia, the deletion of the deceased member and the registration of new members in the commercial register, on the basis of an amendment to the articles of association adopted at the meeting of members held on 29 March 2017. The cancellation of the public limited liability company was due to a period of more than six months between the deceased member's cancellation and the new members' application for registration. The Curia held that the courts could not apply equity in the case in question, as they had no procedural power to do so in the absence of a legal mandate. Companies that had been operating legally for a longer period of time were struck off on the basis of the exclusion of the application of equity. BH 2019.2.53.

²³ Final Explanatory Memorandum to Act XCV of 2021 amending Act V of 2013 on the Civil Code – Schedule of Explanatory Memoranda 2021/83.

²⁴ Section 3:158 [Termination of the membership of all general partners or all limited partners]
(1) If the membership of all general partners or all limited partners terminates, the partnership shall

If the company fails to comply with the six-month limitation period, the registering court will carry out a legal supervision procedure, and the company will only be deleted in a compulsory liquidation procedure if it does not restore its legal operation or register a new member during the supervision procedure.

On the basis of the amended rules, it can be concluded that the legislator has made a concession in the light of the problems encountered in practice with regard to the existence of a general/limited partner in the case of limited partnerships, and does not automatically delete companies without a general/limited partner, but ensures that they are restored in the procedure for the supervision of legality. On this basis, in my view, the limited partnership form is moving, even if only minimally, towards the capital mergers, and the absence of a general or limited partner member is no longer ipso iure a reason for dissolution.

4. CHANGES TO THE RULES ON THE MANAGEMENT OF LIMITED PARTNERSHIPS

The change to the rules on the management of a limited partnership is effective from 1 January 2022.

Based on the previous legislation, the Civil Code states that the limited partner of a limited partnership cannot be a managing director of the partnership.²⁵ However, despite the statutory provision, in view of the dispositive nature of the rules of the Civil Code applicable to legal persons, a limited partner of the company could also be elected as the company's managing director, since the relevant legislation is also permissive, it does not prohibit derogation from the provision. Dispositivity is regulated by Section 3:4 of the Civil Code, according to which the instrument of incorporation, the members and founders of the legal person may derogate from the provisions of the Civil Code relating to legal persons when regulating their relations with each other and to the legal person, as well as the organisational structure and operating rules of the legal person, except when it is prohibited by the Civil Code; or manifestly violates the rights of the creditors, employees or a minority of members of the legal person, or prevents the effective supervision of the lawful operation of legal persons.²⁶

The previous provision of the Civil Code²⁷, despite the fact that it stated that the limited partner could not be the managing director, was a rule that allowed

be required to notify within a time limit of six months following that date the court of registration that the memorandum of association was amended in order to restore the conditions for operation as a limited partnership, or the limited partnership was transformed into a general partnership, or the transformation, merger, or the termination without succession, of the partnership was decided.

²⁵ Civil Code Section 3:156 The limited partner may not be an executive director of the company. as at 31 December 2021

²⁶ Section 3:4 (2),(3)

²⁷ Civil Code Section 3:156 as of 31 December 2021

for derogation, as members could decide to elect the limited partner as the managing director of the company.²⁸

Based on these provisions, the limited partner could also be elected as a managing director of the limited partnership by a decision of the members of the partnership, but it was necessary to amend the text of this law in order to clarify the legislative intention, given that this provision had caused a number of uncertainties in the practice of law.

Reflecting the problems identified in the case law, the amendment to the Civil Code effective from 1 January 2022 introduced a significant change with regard to the management of limited partnerships.

On the basis of the amendment, the limited partner becomes an executive director of the company by appointment or election²⁹. This legislative provision already clarifies the possibility that a limited partner of the company can be elected as managing director. It is important to highlight, however, that this is only an option for the members of the limited partnership, and in view of the different responsibilities of the general partner and the limited partner, it is still recommended that the general partner be elected as the managing director.

In relation to the current legislation, it is important to point out that a limited partner cannot automatically become the company's managing director, except by appointment or election.³⁰

This provision also confirms the problem resulting from the obligation to stand, as explained in detail above, so it is important that the election of a limited partner as managing director is to be decided by the members.

4.1. The Risks Connected with the election of a Limited Partner as Managing Director

The election of a limited partner as managing director poses an additional risk, mainly in view of the different liabilities.

If the assets of the company don't cover the obligations of the limited partnership the general partner has unlimited liability with his own assets for the duties, but the limited partner is required only to perform its capital contribution.³¹

²⁸ Judit Gál: „A közkereseti társaság és a betéti társaság szabályai az új Ptk.-ban II.” *Céghírnök* 2014/1. 3. „... there is no argument that the new Civil Code. 3:156 of the new Act as a rule that does not allow for derogation, therefore, in my opinion, there is still no obstacle to the decision of the members of the company to appoint the managing director of the limited liability company as an outsider.”

²⁹ Civil Code Section 3:156

³⁰ Final Explanatory Memorandum to Act XCV of 2021 amending Act V of 2013 on the Civil Code – Book of Explanatory Memoranda 2021/83.

³¹ Tekla Papp: „Law of Business Enterprises Business Law” *Business Law in Hungary*; ed.: István Sándor; Patrocinium Kft.; Budapest; 2016.; 245-266.

The limited partner generally is not liable for the obligations of the company, but there are some exceptions in The Civil Code. For instance, the limited partner is liable conditionally and limited, up to the part due from assets of the company for the debts of pre-company and in case of the termination of the company without succession. In another case at the change of quality of membership, -a general partner becomes a limited partner – the limited partner's liability is unlimited, joint, and several at the overrating of the contribution within a five-year forfeit deadline.³²

As it is shown, apart from the exceptions, there is a significant difference between the liability of the general partner and the limited partner, so in my opinion, the possibility of electing the limited partner as managing director may give rise to a number of liability disputes and ultimately, in the intersection of the duty of responsibility, may conflict with the essence and definition of the limited partnership, with the regulation based on the different status of the general and limited partners.

In light of the different liability obligations, there may be additional risks in the case of a limited partner acting as a company director, given that as a company director he/she may not make decisions in the best interests of the company, or is not generally liable for the payment of creditors' claims with his or her own assets.

In the event of the company being dissolved without legal succession, only the company general partner – who, where relevant, does not act as the company's representative – is liable for unpaid creditors' claims.

Therefore, in the case of the election of a limited partner as managing director, the cooperation and trust relationship between the members is of particular importance. Subject to the liability issues discussed, in many cases, the election of a limited partner as managing director takes place when there is a family relationship, often a spousal relationship, between the member and the outsider.

The legal possibility of electing a limited partner as managing director was justified on the basis of case law. The amended provision of the Civil Code clarifies the possibility for a limited partner to become the executive director of the company by appointment or election. Since the amendment, it is no longer necessary to refer to the rules governing the disposition of legal persons in order for the limited partner to perform the duties of managing director.

Despite the legal provisions, in my view, the election of a limited partner as managing director should always be done with due diligence, taking into account the different responsibilities of the general and limited partners.

³² Tekla Papp-, „Law of Business Enterprises Business Law” *Business Law in Hungary*; ed.: István Sándor; Patrocinium Kft.; Budapest; 2016.; 245-266. pp.

5. CHANGES IN THE LIABILITY OF THE LIMITED PARTNER

The amendments, effective from 1 July 2021, add to the rules governing the liability of the general partner of a limited partnership, the case where the termination of the membership of the general partner leaves the company with only one limited partner.

In view of the fact that in this case, the limited partner has six months (which is not a period of limitation under the new rules) to arrange for a new general partner to join the company, it is appropriate to regulate his liability for this period as well.³³

Under the amendment, until the new general partner joins (or until a transformation, dissolution without legal succession, or merger is decided), the liability of the limited partner is the same as that of the general partner. On the basis of this, the limited partner is liable (jointly and severally with the other limited partners) for the company's liabilities not covered by the company's assets during this period.³⁴ For this period, the liability of the limited partner is the same as the liability rules applicable to the company, i.e. the traditional separation of the two forms of liability for a company is broken down.

6. CHANGES TO THE RULES ON SETTLEMENT IN THE EVENT OF THE TERMINATION OF MEMBERSHIP

The amendment to the Civil Code, effective from 1 January 2022, clarifies the rules of settlement in the event of termination of the membership of a limited partnership's general or limited partner. Under the amended rules, settlement with the former member, his heir or legal successor in the event of termination of membership must take place within three months unless otherwise agreed.³⁵

Considering the rules on the settlement with the former member, his/her heir (successor), it gives a more important role to the agreement of the members, on the basis of which they can individually determine the method of settlement, the time of settlement and the amount of the assets to be released.³⁶ However, a settlement must always take place and any provision in the company statutes which exclude settlement must be null and void.³⁷

³³ Civil Code Section 3:157 (2) If the partnership no longer has a general partner, the limited partner shall be liable for the debts incurred following that date but before the conditions for operation as a limited partnership are restored or the transformation, merger, or the termination without succession, of the partnership is decided according to the rules on general partners.

³⁴ Civil Code Section. 3:154.

³⁵ Civil Code Section 3:150 (1)

³⁶ Civil Code Section 3:150 (2)

³⁷ Civil Code Section 3:150 (3)

7. EXTENSION OF THE RULES ON ADDITIONAL MONETARY CONTRIBUTIONS TO LIMITED PARTNERSHIPS

Traditionally, the legislator provided for the possibility of additional monetary contributions as a means of loss cover only in the case of limited liability companies. Therefore, under the previous legislation, substitute contributions were not dealt with under the general rules for legal persons or companies but specifically under the rules applicable to limited liability companies.³⁸

The legal institution of additional monetary contribution will no longer be exclusively related to limited liability companies but will be defined as a general legal institution under company law, based on the provisions of the Civil Code in force as of 1 January 2022. The justification for this extension is intended to ensure the stability of the operation of companies.

Regarding limited partnerships, this legal institution is special because the Civil Code does not prescribe a minimum amount of assets to be contributed by the members for the establishment and operation of the partnership, unlike in the case of limited liability partnerships, where the minimum amount of share capital is HUF 3 million.

According to the current rules on additional monetary contributions, “If the company’s articles of association authorise the supreme body to impose an obligation on members to make additional contributions to cover losses, the maximum amount that the member may be required to pay and the frequency with which such contributions may be imposed must be specified.”³⁹

Due to the partnership nature of limited partnerships, the amount of the partners’ contributions is not predetermined, but if the partners’ obligation to make additional contributions is provided for in the partnership agreement, the general partner or limited partner is obliged to make a predetermined contribution to cover losses. Of course, the requirement to make an additional monetary contribution is not a legal obligation but is left to the members to decide in the articles of association.

The possibility of additional contribution also moves the limited partnership away from the traditional partnership form. The way I see it, in line with these provisions, it would also be necessary to provide for a minimum contribution of assets for partnerships, which is currently shaped solely by practice, based on the costs necessary to start up the company.

Under the current rules, there may be cases where the amount of the additional payment significantly exceeds the amount of the contribution in kind. There

³⁸ Before 1 January 2022, the institution of the additional monetary contribution is regulated by the Section 3:183 of the Civil Code and was exclusively a legal institution related to limited liability companies

³⁹ Civil Code Section 3:99/A

is no requirement for the minimum asset contribution for the lawful operation of the company, so this legal compliance does not force the members to cover losses, it is questionable to what extent the obligation under this additional contribution can be enforced in practice.

The obligation to cover the losses of a limited partner of a limited partnership may be contrary to the definition of the business association form, given that the essence of a limited partnership is that the person is not liable for creditors' claims not covered by the assets of the partnership. Of course, the imposition of an additional monetary contribution may be at the discretion of the partners, not a mandatory legal requirement. However, in cases where the partners do not have the same number of votes (the partners may deviate from the equal number of votes, but the minimum number of votes required by law is one), where the general partner holds more than the limited partner, or more than three-quarters of the votes, there may be a situation in the course of the company's operation where the limited partner is obliged to make a deficiency payment against his will in the event of the company's loss-making operation.

In this case, a situation may arise contrary to the definition of a limited partnership, with the derogation of the duty of responsibility, because the limited partner would have the same obligation as the inside member to cover the loss during the operation of the partnership.

8. IMPACT OF THE AMENDMENTS ON THE LEGAL STATUS OF LIMITED PARTNERSHIPS

In my opinion, with the change in the rules of the new Civil Code and the acquisition of the legal personality of the limited partnership, there is a tendency in the Hungarian legislation, which is increasingly bringing the provisions governing limited partnerships closer to the rules governing capital companies. Also, in the context of limited partnerships, in line with Hungarian jurisprudence, recognising the limited liability company as a legal person, the rules ensuring the functioning of the company are increasingly being given priority over the persons involved in the company.

On this basis, it can be concluded that, although limited partnerships in Hungary are traditionally partnerships, the changes in company law rules are similar to capital partnership rules. Of course, the Civil Code still does not provide for a minimum share capital requirement for limited partnerships, whatever the amount of capital required to set up these types of companies, this rule continues to reinforce the partnership character of the company.

The two forms of liability remain separate, but the possibility of a limited partner being elected as an executive director seems to blur the line. Where the

limited partner performs the functions of the executive officer, his/her status is complemented by the liability of the executive director.

In this case, there is no longer a sharp distinction between the two types of liability that constitute the conceptual essence of the limited partnership.

In the case of the election of a limited partner as managing director, the obligation of the member to assume liability for the company's debts with all its assets is also called into question, in addition, where appropriate, to the liability of the outsider as managing director. This trend can also be observed when observing the limited partner. If the limited partner is also the managing director of the company, his liability is not limited to the contribution of assets, but may be supplemented by the liability of the managing director. Among the general rules applicable to executive officers, the legislator states that „The legal person shall be liable for any damage caused to a third party by the executive officer acting in his competence. The executive officer and the legal person shall be jointly and severally liable if the executive officer caused the damage intentionally.”⁴⁰

On this basis, in the event of the company's dissolution without legal succession, the limited partner can also be held liable for the company's debts if he or she intentionally causes the insolvent situation. In this context, the role of the limited partner may be similar to that of a member of a limited liability company with a traditional capital structure in the context of the breach of limited liability.

The conventional distinction between the liability of the general and limited partners is also blurred by the amendment on the change in the liability of members, which declares the limited partner to be liable in the same way as the general partner if the company no longer has a general partner. This liability is imposed on the limited partner only until the restoration of the legal operation of the company, with a maximum period of 6 months. However, with the change in the rules on dissolution without succession, i.e. that the company does not *ipso iure* cease to exist after 6 months, this period may be much longer. Thus, during this period, the conceptual basis of the limited partnership, with the sharp distinction between the two forms of liability, will be disrupted. During this period, the outside member is liable, like the inside member, for the company's debts not covered by its assets.

9. CONNECTION OF THE AMENDED PROVISIONS ON LIMITED PARTNERSHIPS WITH THE EUROPEAN UNION COMPANY LAW DIRECTIVE

The European Union Company Law Directive, DIRECTIVE (EU) 2017/1132
OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 14 June 2017

⁴⁰ Civil Code Section 3:24 [Liability of executive officers] (2)

relating to certain aspects of company law, governs the EU provisions governing companies.

In addition, individual member states, including Hungary, continue to apply separate company laws, which are amended from time to time to comply with EU directives and regulations. This EU Directive sets out requirements for the EU Member States only in relation to companies with limited liability (limited liability companies, stock companies).⁴¹

In my opinion, the amendments to the Civil Code concerning the limited partnership discussed in my study and the legal personality acquired by this type of company as of 15 March 2014 follow the trend in Hungary that the type of company is increasingly shifting towards the rules governing capital companies.

With the amendment of the rules on limited partnerships, the application of EU company law rules to these forms of company may also arise.

10. SUMMARY

The way I see it, based on the amendments to the Civil Code governing limited partnerships, which reflect the problems encountered in practice, there is a tendency in Hungarian legislation.

Starting with the change in the legal personality of the limited partnership, this type of company may, at the discretion of its members, operate more and more in a manner similar to the rules of capital mergers, despite the fact that the law does not impose a mandatory asset contribution obligation.

The aim of the regulation is to ensure the long-term operation of companies, the widest possible scope of disposability, and the decision-making of members.

In my view, the amendments provide answers to the questions and uncertainties that arose in legal practice, but in view of the duty of substitution, the possibility of electing a limited partner as a managing director, the imposition of an additional monetary contribution, and the liability of the limited partner until the entry of the general partner in the case of limited partnerships are likely to encounter challenges in judicial practice.

In the case of a limited partnership, the role of the limited partner may no longer be limited to the contribution of assets, but based on the amended provisions described in detail in the study, he/she may also play a decisive role in the representation of the company, in covering its losses, and in the absence of a member, in the overall operation of the company, subject to stricter liability rules.

To sum up, it can be concluded that since partnerships have already been regulated as legal entities in the Civil Code, it was justified to clarify and supplement

⁴¹ <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/hu/sheet/35/tarsasagi-jog>

the relevant provisions on the basis of case law. The rules provide for the possibility for the members to deviate from the general rule of the obligation to provide compensation, therefore it is particularly important to know these rules and to apply them properly in practice.

REFERENCES

- Judit Barta-Judit-Gyöngyi Harsányi-Tünde Majoros-Edit Antal Ujváriné- *Gazdasági társaságok a Polgári Törvénykönyvben* Budapest, Patrocinium 2016.
- Ádám Boóc- „A jogi személyekre irányadó új szabályok a legújabb Ptk. módosítás tükrében” *Szakál, Róbert (szerk.) Tájékoztató füzetek: Az MKIK Jogi Szekciójában elhangzott szakmai előadások alapján* Budapest, Magyarország: Magyar Kereskedelmi és Iparkamara (2021)
- Judit Gál- „A közkereseti társaság és a betéti társaság szabályai az új Ptk.-ban I.” *Céghírnök*, 2013/12.
- Judit Gál- „A közkereseti társaság és a betéti társaság megszűnésének új szabályai” *Gazdaság és Jog* 2022/1-2.
- Judit Gál- „A közkereseti társaság és a betéti társaság szabályai az új Ptk.-ban II.” *Céghírnök* 2014/1.
- Gábor Kertész- „A családi cégek helyzete váláskor az új Ptk. tükrében” *Multidiszciplináris kihívások, sokszínű válaszok*. Budapesti Gazdasági Egyetem, Kereskedelmi, Vendéglátóipari és Idegenforgalmi Kar, Közgazdasági Intézeti Tanszéki Osztály
- Tekla Papp- „Law of Business Enterprises Business Law” *Business Law in Hungary*; ed.: István Sándor; Patrocinium Kft.; Budapest; 2016.
- György Wellmann- „A közkereseti és a betéti társaság szabályozása az új Polgári Törvénykönyvben” *Gazdaság és Jog* 2011/7-8.

Борбала Е. Ленард-Малеић
Универзитет у Печују
Правни факултет
maletics.borbala@ajk.pte.hu
ORCID ID: 0000-0002-8228-9842

Промењена правила командитног друштва у мађарском грађанском законнику – са посебним освртом на измену правила управљања

Сажетак: Закона ХСV из 2021 о изменама и дојунама Закона V у вези Грађанског законика (у даљем тексту: Грађански законик) увео је значајне промене које се тичу основних субјеката у Мађарској. У мом раду, истичу одређене измене које се тичу командитног друштва, са посебним освртом на правила о избору командитора као генералног директора и да ли се наведена правна форма помера из командитног друштва у друштво калпала на основу измењених одреба.

Кључне речи: командитно друштво, комителениар, командитор, извршни директор, Закон V из 2013. о Грађанском законнику, пресланак без следбеништва, избор командитног партинера за генералног директора, Закон ХСV из 2021. о изменама и дојунама Закона V из 2013. о Грађанском законнику, додаци новчани улози, партинерштва, сјајање калпала.

Датум пријема рада: 11.08.2022.

Датум достављања коначне верзије рада: 25.10.2022.

Датум прихватања рада: 25.10.2022.

Gábor L. Mélypataki
University of Miskolc
Faculty of Law
jogmega@uni-miskolc.hu
ORCID ID: 0000-0002-0359-6538

LINKING ECOLOGICAL AND SOCIAL RESPONSIBILITY – SOCIAL PLASTIC AS A POSSIBLE SOLUTION?

Abstract: *Sustainable economy is a complex issue that requires active or even proactive behaviour from all actors. The state must use its own instruments to coordinate market processes, fight against socio-political problems and try to enforce certain human rights in parallel. In this way, it is natural that the state would also like to be relieved of its burdens of liability. The question is to what extent it can do so. Especially on such issues as environment and the fight against poverty? To what extent can CSR (corporate social responsibility) activities by businesses or PSR (public social responsibility) activities by public authorities be enforced, and within what social and legal framework? Who is responsible and to what extent? In our study, we will examine this at the level of theory and practice. To illustrate practice, we would like to present the Social Plastic project as a good practice.*

Keywords: *social benefits, social plastic, social policy, waste management.*

1. INTRODUCTION

Our current economy, as it is highlighted by the information leaflet of the European Parliament as well, is an economy building on mainly one-direction linear processes.¹ This also means that most of the products are made for single use. This results in two things. One is the development of an enormous amount

¹ Circular economy: definition, importance and benefits, European Parliament, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/economy/20151201STO05603/circular-economy-definition-importance-and-benefits>, 27. Dec. 2021

of unnecessary waste. The development of waste comes to the fore as a result that is completely inevitable in this market perception. It has significant negative impact on the nature. The ecological footprint of these factories is huge.

Partly related to the environmental effects, these production processes have effects on the market, including labour market as well. Linear economy has created the currently known manufacturing technologies and processes which determine the content of jobs necessary for the effective production. These production processes give the basis of the currently known capitalist production systems which have significant effect on the economy of certain countries, the economy of the European Union and, in a wider context, a significant part of the global economy. A significant part of the products and services originating from linear production processes circulate on the globalized market and the labour market within that, which has been significantly damaged, but not destroyed completely by the current pandemic.² There are interruptions in the system, and there will be so until the virus will have its current activity. It is worth to talk about such obstacles as the chip crisis, or the dependence of a significant part of the globalized market on China and the South-east Asian countries. Most products are made in these countries, or if not the product itself, but some of its ingredients or components. Its effect could be felt mostly during the first wave of the pandemic, and its effects can still be felt today. Besides the exposure of the market, one of the dangers of these globalized markets is the environmental load.³ However, this latest effect has been discussed much less than other problems. One part of the problem, compared to the phenomenon, is a global problem, while another part is the liability of the individuals or certain actors of the market.

It is well-known that the farther a product comes from, the more it travels. The length of the journey and the choice of the delivery method determine the environmental load accompanied by the delivery of the certain product. This determines a product's ecological footprint and the level of the environmental load caused by the product besides certain parameters. This is important to be highlighted because a product's effect on the environment does not cease by reaching the finish line. Namely, the product usually arrives in a package. The package mostly becomes waste. However, often not just the package, but mostly the product itself may become waste after a while. So, taking the ecological aspects in view as well, a certain product means multiple load on the environment. Despite cost efficacy, we must count with a huge amount of loss in the classic for-profit model. And it occurs not necessarily in the company's budget, but in its scope.

² Magdolna Vallasek, (2021). "Munkajog a világjárvány idején. Régi dilemmák, új megoldások?" In M. Bak, & J. Gagy (ed.), *Minden másképp...?*, Scientia, Kolozsvár, 161-170

³ Bulat Z. Akhmetzyanov – Serik R. Egizbaev, S., "Opportunities and Prospects for the Transition to Post-COVID Circular Economy". In : Osipov, V.S. (eds) *Post-COVID Economic Revival, Volume II Sectors, Institutions, and Policy*, Palgrave Mcmillan, Cham, 2021, 35-50.

The question is how much the company feels its own liability in this relation. How much would it like to push this liability to the state or the consumers? But a much more general question also emerges from where the field giving the main topic of this current study should be started: who is responsible and what for? A determined segment of the circular economy will be examined through this liability. This segment is the possibility of linking ecological and social responsibility.

2. WHO IS RESPONSIBLE AND WHAT FOR?

The recent period has brought great changes in the way as the companies imagine their position within the economy, and their relationship and effect to the wider socio-economic medium. The company is not just an isolated entity anymore that keeps the mystic three-step distance from its environment. The companies should have recognized that they have impact on their environment and all the stakeholders connecting to them somehow.

Of course, we have to highlight the level of liability we are talking about. From the aspect of the marked topic, the relationship between legal and ethical liability or economics and ethics may be relevant. In this current study, the latest would be emphasized as the examined issue has not had mature legal frames. Of course, this does not mean that even legal responsibility would not prevail. So, that is why legal liability is put into the background for a bit, but it is not trivialized. The reason of this is that legal and non-legal liability should be distinguished from social liability. The non-legal liability forms are such as political, moral etc. liabilities. Legal liability means such compliance obligations that occur as legal obligations. It means correctness for a kind of contractual or non-contractual damage. The legal liability system of the companies is complex. The certain liability formulas prevail side by side. Enforceability is the characteristic of legal liability, regardless of jurisdiction. Along the legal rules and the general and special field-specific legal principles, correctness is enforceable if necessary. It is worth to be highlighted at this point that, compared to the above, we have to step back one step at the examination of liability. If we talk about liability, we need to make difference between liability “because of something” or “for something”.⁴

As it has been mentioned, the greatest difference between legal and moral standards is the existence or lack of enforceability by state assets. However, it is important to emphasize that most of the standards regulating the society's life are followed by people only because of their fear from the punishments. It can usually be seen behind compliance that following the moral standards similar to the

⁴ Péter Miskolczi-Bodnár, “A jogi felelősség és a polgári jogi felelősség alapkérdései, a Ptk. kártérítési szabályainak rendszere, a deliktuális és a kontraktuális felelősség szétválása” In Barta et al (ed.), *Magyarázat a kártérítési jogról*, Wolters Kluwer, Budapest, 2018, 21.

law voluntarily or following them because of a different urge helps its acceptance and the identification with it. The economic side is connected to this. Kocziszky highlights that liability for others is the central element of ethical economics.⁵ It is added by us that this liability for the others should occur in the general policy of the companies, and it should determine the applied business model as well. Ethical perception should be integrated into the mainstream of the economic thinking. This integrated perception is based on four pillars.

- justice and fairness
- honesty
- sustainability
- solidarity and social responsibility

In the frames of this study, not all the four elements can be examined separately. Because of the chosen topic, the principles of sustainability and solidarity (social responsibility) will be highlighted.

Sustainability primarily means the transformation of work organization processes, and the greening of raw material acquisition and employment. The realization of green job associated that is associated with sustainability will have a great role in this. However, sustainability means the sustainability of the market as well. If we look at the segment of consumer contracts and services, the consumers of different generations are receptive for different aspects of the circular economy. The certain generations prefer different elements of the circular economy.⁶ But value creation occurs in all groups, regardless of generations. Recognizing this, some companies has fitted their operation to this.⁷ The circular business model can be considered as a subcategory of the business models. But, despite the classic business model, it primarily strives for the effective use of resources instead of economic performance, while it sustains good financial health and the company's long-term viability by that. Value creation occurs as an important goal, and it defines circular business model as the follows: "it is a business model in which the conceptional logic of value creation is based on the use of economic value remaining in the product after its use during the creation of new offers". The common characteristic of every circular business model is the goal of decreasing energy-, water- and material consumption, and recycling or resale the waste produced by the company.⁸ So, the circular business models are connected

⁵ György Kocziszky, "Etikus közgazdasági gondolkodás: mikor lesz az utópiából valóság?" In G. Kocziszky (ed.), *Etikus közgazdaságtan*, Magyar Nemzeti Bank, Budapest, 2019, 15-65.

⁶ Oláh et al: "Preferences of Central European Consumers in Circular Economy", *Ekonomicko-manazerske spektrum*" 2/2021, 99.110. doi:dx.doi.org/10.26552/ems.2021.2.99-110

⁷ Antikainen, M., & Valkokari, K. (2016). A framework for sustainable circular business model innovation. *Technology Innovation Management Review*, 7/2016., 5-12.

⁸ Marcus Linder, Matts Willander, "Circular business model innovation: inherent uncertainties", *Business Strategy and Environmental*, 2/2016, 182- 196. doi:10.1002/bse.1906

to the sustainable business models as they intended to create economic, environmental and, to a lesser extent, social values, they involve more interested parties and they have a long-term perspective.⁹ Solidarity and social responsibility create such a rule material in which relative social security is an important motivation. But its point is inhesion, the promotion of the interests of the affected group, and helping each other. Solidarity, as an element, always deal with things over our own interests. It demands active behaviour for the public interest. But solidarity is a fine example of how something can be an ethical expectation and a legal principle at the same time.

Environmental protection and the creation of social security should mean such a perspective. But who is responsible for its creation and insurance? As we have talked about business models, this issue cannot be separated from the role of the companies. The question is rather how much they have to take part in solving the above-mentioned problems. The report of the European Parliament dealing with social responsibility highlights that companies cannot take over the authorities' tasks related to the promotion, performance and control of social and environment protection standards. It essentially means that the companies' liability can reach only the level that cannot replace the state's role. Of course, its legal guarantee is that the companies perform activities or provide services over the legal guarantees that serve the society. The state cannot escape liability by pushing it completely to the companies.¹⁰

In the two issues examined in this study, but in almost every other field as well, it should perform its tasks in the frames defined by the Basic Law, but with the content defined by the laws and orders. In the examined fields, the core of the state's basic obligation is given by Article XIX of the Basic Law on social security,¹¹ Article XX on the right to physical and mental health and Article XXI on the right to healthy environment.¹² And the detailed rules can be found in the social measurements and the environmental protection legal rules. Naturally, the

⁹ Maria Antikainen, Katri Valkokari, "A framework for sustainable circular business model innovation", *Technology Innovation Management Review*, 6/2016, 5-12. Doi: 10.22215/timreview/1000villi

Marcus Linder, Matts Willander, "Circular business model). Critical success and risk factors for circular business models valorising agricultural waste and by-products", *Resources, Conservation and Recycling*, 165/2016 doi:10.1016/j.resconrec.2020.105236

¹⁰ Report – A7-0023/2013, *European Parliament. Report on Corporate Social Responsibility: promoting society's interests and a route to sustainable and inclusive recovery*, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2013-0023_EN.html, 20. Dec.2020.)

¹¹ Hilda Tóth, "Megtérítési igény az egészségbiztosítási ellátások és nyugellátások körében", In Judit Barta, Tímea Barzó, Csilla Csák (ed.), *Magyarázat a kártérítési jogról*, Wolters Kluwer, Budapest, 534-562.

¹² Nóra Jakab, Gábor Mélypataki, "The right to water as a social fundamental right", *Journal of Agriculture and Environmental Law*, 14/ 2018, 7-63. doi:10.21029/JAEL.2019.26.255

state can also take over tasks and liability over these legal frames. Specifying, the state can hold any amount of liability since it defines its legal frames. What separates from the general state liability is its responsibility happening over the mandatory responsibility of the state institutions. Its tool is taking public responsibility.¹³

The actors of the economy should define their own liability in comparison with this relationship system. We can also talk about the role of the companies and the consumers. The role of the companies can be connected to social responsibility, while the consumers' role is related to the conscious consumer movement. These two responsibilities can influence the development of the environmentally conscious economy based on social principles side by side and strengthening each other. The consumers' demand for fair and/or environment-friendly products increasingly influences the quality and nature of the products and services provided by the companies. Of course, this is only one segment of this topic, but not a negligible one. Mainly because state responsibility openly declares the validation of third generation rights as well, that condenses in the economy as well. In most cases, this condensation does not result in a legal obligation at this time, but it defines such ethical expectations that influence the companies' operation, even as a soft legal tool as well. The Volkswagen scandal erupted in 2015 can be an excellent example for this relationship, in which the Volkswagen used an irregular bypass device in the engine control of its diesel cars to circumvent the emission standards of the United States. This irregular technology was used in more than 2.5 million cars. The credibility of the company had fallen a lot because of the scandal, that could be measured in Euro billions. Companies should have open and clear communication in the frames their environmental responsibility. If the company does not do so, its failures and mistakes will even be revealed, but their social judgement will become quite negative.

But what does this exactly mean in the frame of ecological and social responsibility?

3. ECOLOGICAL AND SOCIAL RESPONSIBILITY IN THE FRAMES OF CSR

To define the answer, the definition of corporate conscience should be mentioned, referring to that the companies are organizations built up by individuals and operating as the part of the society, which are in interaction with their environment.¹⁴ The strength of the connection points to the certain stakeholder groups

¹³ Nóra Jakab, Zsófia Rácz, "Issues of Public Social Responsibility in Great Britain and Hungary", *Zbornik Radova Pravni Fakultet (Novi Sad)*, 2/2019, 603-617. doi:10.5937/zrpfns53-22780

¹⁴ Keneth E. Goodpaster, John B. Matthews, "Can a Corporation Have a Conscience?" *Harvard Business Journal*, 1/1982,

determines the levels of this complex economic liability system. The point of the CSR is the recognition of the fact that the scope of a company does not stop at the fence. The approach has started from the thesis that, in the modern world, a company's boundaries are not at its fence, and the corporate decision makers should manage a complex interest- and value matrix, not only the "company", the employees and the company's narrow business environment.¹⁵ Everyone who is influenced by the performance, or the performing process of the company's strategic goals takes part in this managed process.¹⁶ Accordingly, the company has an impact on its real environment. The activity of the companies has effects on their ecological environment. So, the company's liability is to decrease its ecological footprint. This is especially valid for enterprises dealing with manufacturing products.¹⁷

4. THE ROLE OF PLASTICS IN THE ECONOMY – WASTE OR SECONDARY RAW MATERIAL?

The role of plastics and plastic packages is significant in the current production. Plastic is treated as a raw material defining our everyday lives that can be produced at a relatively low cost, so industry and households use it a lot. This means that plastic gets in the everyday life, the daily cycle. More and more plastic waste is created that has led to ecological catastrophe in several places. Where not, it also means a great problem, as it constantly pollutes the environment and destroys people's environment as well. Plastic as waste is just cumulating. Its reason is the lot of time needed for their decomposition. The tempo of the development of plastic waste is faster than the tempo of decomposition. Some plastic types have a decomposition time of even more than a hundred years.

But the plastic cumulating in the world's seas and other places can cause not just ecological but relating social problems as well. The administrative system and the citizens of poor areas cannot manage this large amount. From this aspect, the fact that they produce the waste for themselves, or it gets to their area and waters in a different way is not important. Some states do not have great drinking water sets. And even the small amount they have can be easily polluted. These countries are often vulnerable as greater multinational companies install factories here, and most of them does not follow the instructions. They perform strongly

¹⁵ Dávid Adrián Máté, "6 óra munka, 9 óra pihenés, 9 óra szórakozás: A 30 órás munkahét nyomában" *Erdélyi Jogélet*, 4/2020, 77-93. doi:10.35925/j.multi.2021.5.33

¹⁶ Róbert Braun, *Vállalati társadalmi felelősségvállalás – A vállalatok politikája*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 2015.

¹⁷ Szigeti et al, "Vállalati ökológiai lábnyom-számítás kihívásai a KKV. szektorban", *Vezetéstudomány*, 7-8/2019, 63-69. doi:10.14267/veztud.2019.0706

polluting activities, and human rights are often violated as well. It can be seen from the above-mentioned complex phenomenon that problems also occur in groups, and they should be managed together. If the fast fashion phenomenon is taken as an example, it often displays bad employment conditions, the ignorance of human rights and pollution at the same time. The companies' responsibility is indispensable to eliminate the problems.

The areas full of plastic waste significantly influence the residents of the certain geographical areas, often causing social problems as well. We are searching the answer for the question that by what solutions the companies could manage these problems. So, later, we would like to present the Social Plastic program as a possible way and, of course, a good practice.

But firstly, we have to examine the nature of plastic waste and the opportunities hiding in it.

If looking from the perspective of CSR, the ownership and tenure are important even in the case of wastes, but the extension of social responsibility is more important. During its examination, legal and economic principals get in an apparent contrast. Along economic principles, the company's social responsibility can break the development of the waste ownership chain. However, this does not mean a direct intervention, but the use of such elements that divert the way of waste. Diversion may mean the separated collection of certain plastic types by the manufacturer. Why this should be examined? Because one of the principles of CSR is that the company's activity and its effect does not stop at the fence, but it affects over it. Accordingly, it is indirectly responsible for the life cycle of its manufactured products at least to the extent that it should be environment-friendly or less polluting. This does not mean that the company should follow-up every single product. This only means that the company should work out preventive measurements to decrease its existing ecological footprint or create a policy significantly dealing with the management or at least the reuse of wastes.

It is an important step that the companies try to validate the theory of circulate economy in their CSR policy. They can do this as it can be found in the sustainability report of the IKEA issued in 2018. The IKEA report contains the medium-term goal of becoming a business building on circulate economy in 100% by 2030. This means building sustainable buildings, using renewable energy resources and, interestingly, the use of plastic.¹⁸ From the aspect of this study, the latest should be highlighted. IKEA sees the opportunity in plastic, and it thinks about it as a long-lasting raw material. Items made of plastic can be used for long and for numerous purposes. The plastic's disadvantage can be its advantage as well. Products made of plastic are usually durable, and that is why it does not motivate for constant consumption, because they are not for single use.

¹⁸ IKEA's sustainable growth – Local sustainability report, <https://preview.thenewsmarket.com/Previews/IKEA/DocumentAssets/535135.pdf>, 01 November, 2021

So, a plastic product not necessarily becomes waste after one use. Of course, it depends on the product's function as well. In connection with this, it can be highlighted that the development of circulate economy is related to the current global systems. The European Union also realized this when it submitted an action plan in the frames of the European green arrangement and as the part of the new industrial strategy in March 2020 to realize circulate economy. The Committee's statement mentions the revision of the rules applicable to the extended manufacturer liability as one of its tools.¹⁹ Besides these, the EU has the aim to make all the packages of recyclable plastics by 2030. A significant part of plastic wastes is given by single-use plastic products and packages. In this context, circulate economy originates from that the item which would be waste could be raw material as well. On the level of today's industrial technology, the operations and procedures transforming plastic waste to raw material are existing. Moreover, the lifetime of plastics makes possible for a product or waste to take part in more cycles.

As a consequence of the above, this point of view should be learnt by the companies as soon as possible. The increasing amount of waste will mean increasing pressure. From now, it will be an important factor that the market itself will demand that the companies rely rather on circulate economy, become environmentally conscious and take the responsibility. Szabolcs NAGY highlights that the social judgement of companies occurring on the market of environment-friendly products usually improves even on short-term. Of course, this depends on the quality of corporate communication and the level of commitment as well. And he also adds that consumers take the liability of the companies equal to individual liability that causes important consequences.²⁰ The company should describe its successes and failures achieved on the environment field for the society by the help of the environment-conscious promotion-mix. The presentation of failures is important because only this way is ethical with the consumers. That's why the so-called dieselgate case was so loud.

So, from our point of view, circulate economy is such economy in which the usable wastes are constantly recycled to the production as secondary raw material. This secondary raw material should be prepared and used considering the aspects of cost efficacy besides minimum material loss. And in this case, the social responsibility of the companies is that the way of waste is legally and technologically existing, but this way is divertible and so, plastic can be attached to the circulate economy. Treating plastic wastes in this way has primarily ecological effects. The fight for the green goals itself can be interpreted as a realized CSR.

¹⁹ European Commission's Report, Communication From the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, and the Committee of the Regions- European Strategy for Plastics in a Circular Economy, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0028&from=HU>, 01. Nov. 2021,

²⁰ Szabolcs Nagy, Környezettudatos marketing. Miskolci Egyetem? Miskolc, 2005

One of the commitments of the Kersia is such an example. Kersia considers repressing pollution to be especially important. The collection and reuse of plastic packages is one of the preconditions of the circulate economic strategy. The aim of the company is to transform this social expectation to a real business model, using an approach that involves the following:

- buying packages containing recycled plastic
- collecting packages
- recycling packages

But more categories of wastes are known. We can talk about settlement, inert and dangerous wastes as well. In certain cases, their collection itself is an important responsibility. However, from legal aspect, the definition of waste involves a wider range. The definition of waste involves “garbage” as well, materials that are unsuitable for further use and recovery and they are disposed. Over this, the definition of waste also involves materials which are suitable for further use or use as secondary raw material. In the interpretation of the definition of waste, treating recyclable materials as waste and their regulation cause most of the problems. Some materials categorized as waste can be even valuable properties. The boundary line between materials categorized as waste and “valuable products” is very narrow.²¹ It is possible that while something is waste for the consumer, the enterprise can still use it as a secondary raw material.

But it is very important to highlight that the actors of the economy will be as proactive as they can see the state to be initiative. Supporting recycling is also an important task of the state. This has been recognized by some countries, so 75% of metal wastes are recycled in Germany and the United Kingdom. The total amount of recycled waste is 68% in Germany and 35% in Hungary.²²

It should also be recognized that the above-mentioned activity often has not just ecological, but social effects. This affects mainly the fields where the population's standard of living is not high, and more and more waste floods their environment in different ways. The basic issue is how ecological and social liability could be realized at the same time. One of the currently working solutions is the Social Plastic system. But what is this? I would like to describe its conception in the following as a good practice.

²¹ Csilla Csák, “A hulladék fogalmának értelmezése az uniós ítélkezési gyakorlat alapján”, *Publicationes Universitatis Miskolcensis Sectio Juridica et Politica*, 29/2011, 423-434.

²² Európai Parlament. (16/02/2021.). Waste management in the EU: infographic with facts and figures, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/20180328STO00751/eu-waste-management-infographic-with-facts-and-figures>, 20. Dec, 2021.; *Circular economy: definition, importance and benefits*, European Parliament, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/economy/20151201STO05603/circular-economy-definition-importance-and-benefits>, 27. Dec. 2021; Horváth et al., “The waste management sector of Hungary. ‘Review of Business & Management’”, *Theory Methodology Practice*, 1/2021, 31-42.

5. SOCIAL PLASTIC

We need to leave the frames of the company to understand the operation of Social Plastic. Social Plastic means the circular system itself found out by the founders of the Plastic Bank and also the collected plastic itself. Social Plastic, as a circular economic model, works based on that plastic collected by people essentially works as a convertible currency.

We have no data about how much of the plastic waste gets back to the circulation in this way. But the importance of this collecting method is highlighted by the fact that in Ethiopia, a geographical unit which could be potentially affected, only 3.5% of the plastic bottles used in connection with the disposal of used bottled water get back to the collectors for recycling, while 40% of the water bottles are thrown in the trash.²³

As we have referred to it before, the Plastic Bank motivates people to take plastic waste to collecting points worldwide for recycling over the world. In return, they get digital tokens. Plastic waste becomes a value for at once, since it helps people in need as a convertible currency. And as we are talking about digital tokens, the financial benefits given for the collected waste can be used as a cash-gentle tool. Digitalization, and the use of virtual currency itself makes the developed processes more greener. These digital tokens can be managed and used on a bank account available by a smart phone. People can buy food, water, phone minutes and further products by the “money” found on the bank account. We are talking about items connected to the everyday life which are natural for the members of the major society. But the mentioned groups pay for these services by plastic waste. It is interesting that plastic waste gets a positive context from this perspective. Its reason is that it, as a currency, has a significant role in the field of equivalence and the development of equal opportunities between people. As it has been mentioned by a lot of people, the use of cheap plastics has democratised consumption (Plastics Industry Association), and the recyclable and collected plastic strengthens the aspiration for creating social equality.²⁴ It can be interpreted as a kind of social preference where waste and the token got for it helps the delivering party to reach a level equal to the level of the members of the major society by the gained benefits. The system working like this can be only a complement of the state system. In this case, this means the complementation of the social aid system that

²³ Abdissa Gemechu, Béla Illés, “Reverse Logistics Process of Used Plastics Water Bottles Supply Chain in Ethiopia”, In K. D. Dimitrov, D. Nikolovski, & R. Ylmaz (editor), *Proceedings of XIV. International Balkan and Near Eastern Social Sciences Congress Series on Economics, Business and Management-Plovdiv / Bulgaria*, September 26-27, 2020 University of Agribusiness and Rural Development, Plovdiv, 2020, 175-185.

²⁴ *Plastics Role in Social Justice and Equity*. Plastics Industry Association, <https://thisisplastics.com/economics/plastics-social-justice-equity/>, 27. Dec. 2021.

is more likely to connect to the companies' CSR policy than the state systems. Despite this, or even because of this? – it can be efficient. The system of Social Plastic and the network of the Plastic Banks is an international supranational network that seems to be easy to be adapted.

For managing recyclable materials and the tokens, the Plastic Bank offers a secure method without cash. The system shows motivators that motivate the clients for collecting and dropping waste. This means a source of livelihood for them. This source of livelihood can provide help primarily in the countries of the third world, that is why Ethiopia and its related data has been mentioned as an example.

In the countries of the third world, it can be an aid primarily in those areas where there is a beach or ocean front. The project itself also urges the delivery of waste collected from the oceans and seas, because they hide a high amount of waste. Over this, Social Plastic means not just an economic model, but the specific plastic as well. As it has been mentioned, it is a currency and a potential raw material as well. Companies connect at this point by their CSR activity. Companies participating in this system agree to produce a newer product or package from the collected plastic.

The companies' message on decreasing the plastic pollution of the oceans and seas has become a real action instead of an empty promise. In the frames of Social Plastic, there is a real chance for the results to become true. Achieving the results demands active intervention from the companies.

If we would like to summarize the point of Plastic Bank and Social Plastic shortly from this context, it would be this: *Defeating ocean plastic and global poverty by block-based token allowances*. According to the scientists' prediction, if the plastic pollution of the oceans will move in such a pace, there will be more polluting plastics in the ocean by 2050 than the number of fishes living in the ocean. In order to protect the nature, the Plastic Bank, cooperating with the IBM and the Cognition Foundry service providers, mobilizes both the entrepreneurs dealing with recycling and the members of the world's poorest communities. It creates a relationship between companies and people that results in a mutual win-win situation. The point of the relationship is clearing the oceans and seas from plastic waste and giving life-changing benefits in return. The Plastic Bank supported by the IBM technology presents the value of plastic waste, interrupts its flood to the ocean, and provides its use for new products for the companies.²⁵

In this situation, waste can be characterized as “social plastic” even in an abstract sense, that provides insurance for reaching products and services. The mainly plastic waste used as a currency usually goes to the consumers from the Plastic Bank as recycled plastic. Several companies use these recycled plastics.

²⁵ János Takács, *Blockchain – CSR szempontjából*, <https://csrhungary.eu/csrblog/blockchain-csr-szempontjabol/>, 25. Okt. 2021.

Among others, the Henkel has also joined to this initiation, and they produce the packages of their products by raw material gained via the Plastic Bank. Producing 100% of the packages by recycled plastic is one of the long-term goals of the Henkel. Their aim is to decrease the amount of virgin plastic originating from fossil resources in the packages of our consumption products by 50%. This is intended to be reached by increasing the rate of recycled plastic to more than 30%, decreasing the amount of plastic and using rather bio-based plastic.²⁶

6. THE LIMITS OF THE SOCIAL PLASTIC CONCEPTION

Social plastic as a system can be described as an increasingly more efficient system to which several greater company groups have joined. It is worth to examine that this conception and system is also able to achieve other goals over the ecological ones. Can social plastic be considered as a social service? As a social allowance originating from the liability of the corporate sector and not the state's will? Can responsibility be expected from the companies in this form? About the companies' social responsibility, the European Union's report mentioned above highlights that the goal and expectation is the accountable, transparent and responsible business behaviour and the sustainable increase. The report emphasizes that companies cannot take over the liability of promoting, performing and controlling social and environmental standards from the state authorities. This essentially means that corporate responsibility can reach only the level that does not replace the state's responsibility. Of course, legal guarantee is necessary from the state's side as well. Performing activities or providing services serving the society over the legal guarantees cannot mean a basis for the state to decrease its liability. The state cannot escape its liability by pushing it totally to the companies. This is not in contrary to the view that the companies' social responsibility is an essential element of corporate governance. This is especially true for the relationships with the authorities, employees and their representative bodies, and the case regarding the corporate remuneration policies when the excessive remuneration or the extremely great remuneration of the leaders is not compatible with socially responsible behaviour, especially if the company is in a difficult situation.²⁷ The report emphasizes that it supports the new definition of the Committee which ceases the difference between the voluntary and mandatory approaches. The definition contained

²⁶ Henkel integrates Social Plastic® in packaging for Beauty Care and Laundry & Home Care products, <https://www.henkel.hu/sajto-es-media/2019-04-29-henkel-integrates-social-plastic-in-packaging-for-beauty-care-and-laundry-home-care-products-936188>, 12. Dec.2021.

²⁷ Report on Corporate Social Responsibility: promoting society's interests and a route to sustainable and inclusive recovery

in the green book is in line with this, according to which companies voluntarily integrate social and environmental point of views into their partnerships and business relationships.

In summary, social plastic can be interpreted as an ecological responsibility from the aspect of CSR activities that means the production, process and use of secondary raw materials. The collected tokens and the services to be bought for them are the tools of providing social benefits, which can be the tools of the fight against social poverty. Although, it should not be forgotten that this activity is limited, as it can play only a secondary role compared to the state. It cannot be expected from the companies to do more, even if the incomes of certain multinational companies exceed the budget of certain countries. The social contribution can be no more than complementary in nature.

But the limits of the project go beyond the above. The Plastic Bank's aim is primarily the cleaning of the oceans and seas, so it limits the geographical areas where this activity could be performed. Of course, waste disposal of the whole planet alone cannot be the goal of the project. In the frames of the project, it can also be the support of people living on defined geographical areas. This support is a form by which people are motivated to clean their environment. It is not enough that the environment could be cleaner, but living problems can also decrease. But the first clause should be specified by that the amount of waste developed in the seas and oceans depends less on the local population and more from the great polluters. So, of course, people doing the cleaning task for long find a constant living resource for themselves. This is a positive and a negative thing at the same time. It is positive that the person can sell the waste constantly, but it is negative that this means the realization of the level of pollution on a constant level. The project presents an especially good practice that can be useful quite globally by including companies and motivating the local population. It has limits, but this is natural. However, it can be mentioned as an example, and its variants optimized even for land or other way can also be used. The project itself realizes sustainability and the function of social help that is worth to be followed and developed or cloned. There is a lot of plastic waste and poverty is huge as well. One movement, that is the collection of plastic waste, can act against both.

ACKNOWLEDGEMENT

This publication was produced in the framework of the project “National Laboratory for Social Innovation”, funded by the Ministry of Innovation Technology, National Research Development and Innovation Office, project number NLP-08.

REFERENCES

- European Parliament. (16/02/2021.). Waste management in the EU: infographic with facts and figures, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/20180328STO00751/eu-waste-management-infographic-with-facts-and-figures>, 20. Dec, 2021.;
- Péter Miskolczi-Bodnár, “A jogi felelősség és a polgári jogi felelősség alapkérdései, a Ptk. kárértési szabályainak rendszere, a deliktuális és a kontraktuális felelősség szétválása” In Barta et al (ed.), *Magyarázat a kártérítési jogról*, Wolters Kluwer, Budapest, 2018, 21.
- Abdissa Gemechu, Béla Illés, “Reverse Logistics Process of Used Plastics Water Bottles Supply Chain in Ethiopia”, In K. D. Dimitrov, D. Nikolovski, & R. Ylmaz (editor), *Proceedings of XIV. International Balkan and Near Eastern Social Sciences Congress Series on Economics, Business and Management-Plovdiv / Bulgaria*, September 26-27, 2020 University of Agribusiness and Rural Development, Plovdiv, 2020, 175-185.
- Antikainen, M., & Valkokari, K. (2016). A framework for sustainable circular business model innovation. *Technology Innovation Management Review*, 7/2016., 5-12.
- Bulat Z. Akhmetzyanov – Serik R. Egizbaev, S., “Opportunities and Prospects for the Transition to Post-COVID Circular Economy”. In : Osipov, V.S. (eds) *Post-COVID Economic Revival, Volume II Sectors, Institutions, and Policy*, Palgrave Mcmillan, Cham, 2021, 35-50.
- Circular economy: definition, importance and benefits, European Parliament, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/economy/20151201STO05603/circular-economy-definition-importance-and-benefits>, 27. Dec. 2021
- Circular economy: definition, importance and benefits*, European Parlimnet, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/economy/20151201STO05603/circular-economy-definition-importance-and-benefits>, 27. Dec. 2021;
- Csilla Csák, “A hulladék fogalmának értelmezése az uniós ítélkezési gyakorlat alapján”, *Publicationes Universitatis Miskolcensis Sectio Juridica et Politica*, 29/2011, 423-434.
- Dávid Adrián Máté, “6 óra munka, 9 óra pihenés, 9 óra szórakozás: A 30 órás munkahét nyomában” *Erdélyi Jogélet*, 4/2020, 77-93. doi:10.35925/j.mul-ti.2021.5.33
- European Commission’s Report, Communication From the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, and the Committee of the Regions- European Strategy for Plastics in a Circular Economy, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0028&from=HU>, 01. Nov. 2021,
- György Kocziszky, “Etikus közgazdasági gondolkodás: mikor lesz az utópiából valóság?” In G. Kocziszky (ed.), *Etikus közgazdaságtan*, Magyar Nemzeti Bank, Budapest, 2019, 15-65.
- Henkel integrates Social Plastic® in packaging for Beauty Care and Laundry & Home Care products, <https://www.henkel.hu/sajto-es-media/2019-04-29-henkel-integrates-social-plastic-in-packaging-for-beauty-care-and-laundry-home-care-products-936188>, 12. Dec.2021.

- Hilda Tóth, “Megterítési igény az egészségbiztosítási ellátások és nyugellátások körében”, In Judit Barta, Tímea Barzó, Csilla Csák (ed.), *Magyarázat a kártérítés jogról*, Wolters Kluwer, Budapest, 534-562.
- Horváth et al., “The waste management sector of Hungary. ‘Review of Business & Management’”, *Theory Methodology Practice*, 1/2021, 31-42.
- IKEA’s sustainable growth – Local sustainability report, <https://preview.thenews-market.com/Previews/IKEA/DocumentAssets/535135.pdf>, 01 November, 2021
- János Takács, *Blockchain – CSR szempontjából.*, <https://csrhungary.eu/csrblog/blockchain-csr-szempontjabol/>, 25. Okt. 2021.
- Keneth E. Goodpaster, John B. Matthews, “Can a Corporation Have a Conscience?” *Harvard Business Journal*, 1/1982,
- Magdolna Vallasek, (2021). “Munkajog a világjárvány idején. Régi dilemmák, új megoldások?” In M. Bak, & J. Gagyí (ed.), *Minden másképp...?*, Scientia, Kolozsvár, 161-170
- Marcus Linder, Matts Williander, “Circular business model innovation: inherent uncertainties”, *Business Strategy and Environmental*, 2/2016, 182- 196. doi:10.1002/bse.1906
- Marcus Linder, Matts Williander, “Circular business model). Critical success and risk factors for circular business models valorising agricultural waste and by-products”, *Resources, Conservation and Recycling*, 165/2016 doi:10.1016/j.resconrec.2020.105236
- Maria Antikainen, Katri Valkokari, “A framework for sustainable circular business model innovation”, *Technology Innovation Management Review*, 6/2016, 5-12. Doi: 10.22215/timreview/1000villi
- Nóra Jakab, Gábor Mélypataki, “The right to water as a social fundamental right”, *Journal of Agriculture and Environmental Law*, 14/ 2018, 7-63. doi:10.21029/JAEL.2019.26.255
- Nóra Jakab, Zsófia Rácz, “Issues of Public Social Responsibility in Great Britain and Hungary”, *Zbornik Radova Pravni Fakultet (Novi Sad)*, 2/2019, 603-617. doi:10.5937/zrpfns53-22780
- Oláh et al: “Preferences of Central European Consumers in Circular Economy”, *Ekonomicko-manazerske spektrum* 2/2021, 99.110. doi:dx.doi.org/10.26552/ems.2021.2.99-110
- Plastics Role in Social Justice and Equity*. Plastics Industry Association, <https://thisisplastics.com/economics/plastics-social-justice-equity/>, 27. Dec. 2021.
- Report – A7-0023/2013, European Parliament. Report on Corporate Social Responsibility: promoting society’s interests and a route to sustainable and inclusive recovery*, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2013-0023_EN.html, 20. Dec.2020.)
- Report on Corporate Social Responsibility: promoting society’s interests and a route to sustainable and inclusive recovery
- Róbert Braun, *Vállalati társadalmi felelősségvállalás – A vállalatok politikája*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 2015.
- Szabolcs Nagy, *Környezettudatos marketing*. Miskolci Egyetem? Miskolc, 2005
- Szigeti et al, “Vállalati ökológiai lábnyom-számítás kihívásai a KKV. szektorban”, *Vezetéstudomány*, 7-8/2019, 63-69. doi:10.14267/veztud.2019.0706

Габор Л. Мељаиџаки
Универзитет у Мишколцу
Правни факултет
jogme@uni-miskolc.hu
ORCID ID: 0000-0002-0359-6538

Повезивање еколошке и друштвене одговорности – пројекат *Social Plastic* као могуће решење?

Сажељак: Одржива економија је сложено њиљање које захљева акљив-
но или чак ѡроакљивно ѡнацање свих акљера. Држава мора да корисљи
сољсљвене инсљрументље како би координисала ѡржисљне ѡроцесе, борила
се ѡрољив друшљвено-ѡољисљчких ѡроблема и исљовремено ѡокушала да
оољући ослљваривање одрећених ѡудских ѡрава. На овај начин, ѡриродно је
да би држава ѡакоће желела да буде ослобоћена ѡересљ одљоворносљи. Пљ-
љање је у којој мери је ѡо мољуће. Посебно имајући у виду ѡиљања као шљљ
су живољна средина и борба ѡрољив сиромасљљва? У којој мери се акљив-
носљи КДО (корљоратљивне друшљвене одљоворносљи) ѡредузећа или акљив-
носљи ЈДО (јавне друшљвене одљоворносљи) јавних власљи мољу сљроводисљи
и у ком друшљвеном и законском оквиру? Ко је одљоворан и у којој мери? У
наљем раду ће се наведено ѡиљање исљисљисљи на нивоу ѡеорије и ѡраксе. Да
бисмо илусљировали ѡраксу, желели бисмо да ѡредсљавимо ѡројекат *Social
Plastic* као ѡримељ добре ѡраксе.

Кључне речи: ѡрава из соцљјалнољ ослљурања, *Social Plastic*, соцљјална
ѡољисљика, уљрављање ољљагом.

Датум пријема рада: 05.09.2022.

Датум прихватања рада: 29.09.2022.

Tóth J. Zoltán

Károli Gáspár University of the Reformed Church in Hungary

Faculty of Law

toth.zoltan@kre.hu

ORCID ID: 0000-0002-8836-7231

COMPOSITION AND STRUCTURE OF THE EAST-CENTRAL EUROPEAN CONSTITUTIONAL COURTS

Abstract: *The present paper is going to deal with the composition, the recruitment base, the operational mechanisms and the inner structure of the constitutional courts in the course of constitutional adjudication of eight East-Central European countries (in alphabetical order: Croatia, the Czech Republic, Hungary, Poland, Romania, Serbia, Slovakia, Slovenia), from a comparative law perspective. Despite their partially different historical past and the distinctions in the existence of predecessor institutions (or the lack thereof), the inner organizational arrangements of the constitutional courts of the states analyzed and the rules of recruitment of constitutional judges therein show considerable similarity across the region.*

Keywords: *constitutional adjudication, constitutional courts, election of members and presidents of constitutional courts; East-Central Europe.*

1. INTRODUCTION

The present study provides a comparative legal analysis of the East-Central European constitutional courts, from the point of view of their similarities and differences in organisation and composition, and whether this allows us to speak of an East-Central European model of constitutional court organisation. To this end, the specific legal provisions on the organisation and composition of the constitutional courts of eight countries in the region (Croatia, the Czech Republic, Hungary, Poland, Romania, Serbia, Slovakia, Slovenia) were examined using a comparative method, with the primary focus on the specific statutory provisions

(as the institutional framework is not determined by case law but by positive law). Our initial hypothesis was that such a common model exists: at least in terms of the main organisational aspects of operation, we should observe significant similarities between the constitutional court organisations and the composition rules of the countries in the region.

Two main reasons inspired the formulation of this hypothesis. On the one hand, the countries under study have had similar historical experiences in recent decades. All of them have been governed by some form of state socialism since 1945, and all of them have undergone a change in the nature of state governance at the same time (between 1989–1991). The political system in each of the countries under review has changed from autocratic to democratic (from a one-party system to a genuine competitive multi-party system), the legal system from dictatorship to the rule of law, and the economic system from a command-and-control to a market economy. At the same time, state totalitarianism was replaced by liberalism: the classical liberal values (autonomy of ownership, individual responsibility, human rights, equality of rights) became the official ideological basis of the state and social order, i.e., of parliamentary democracy.

In this context, the second common feature is that in all the countries under review, the former institutional system, which was ultimately state-party oriented, has been replaced by institutions that operate and supervise democratic political systems and the rule of law in a legal and market economy, and that in all of them a constitutional court has been set up, the common model for which, for a number of reasons, has been the German *Bundesverfassungsgericht* (Federal Constitutional Court).¹ Since each constitutional court was given similar powers, which implemented a Kelsenian type centralised constitutional adjudication,² it could be assumed that the organisational and recruitment frameworks in these countries are also similar.

¹ According to Allan F. Tatham, the most important causes why the East-Central European constitutional courts borrowed most of their institutions regarding constitutional adjudication in the „post-communist era” from the German model are as follows: „1. Historic and legal cultural affinities; 2. Linguistic ability and intellectual stimulus; 3. Constitution and constitutional jurisdiction formation in the post-communist era; 4. Resultant influences on constitutional judicial practice.” (Tatham, Allan F.: *Central European Constitutional Court in the Face of EU Membership*. Koninklijke Brill NV, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, The Netherlands, 2013, p. 45.)

² For the enumeration of powers of East-Central European constitutional courts and the characteristics of these organs’ common competences deriving from their forms of centralized (or ‘concentrated’) constitutional adjudication, see: Tóth J., Zoltán: *Constitutional Adjudication*. In: Csink, Lóránt – Trócsányi, László (eds.): *Comparative Constitutionalism in Central Europe: Analysis on Certain Central and Eastern European Countries*. Central European Academic Publishing, Miskolc – Budapest, 2022 [DOI: 10.54171/2022.lcslt.ccice] pp. 361–383.

2. THE CONCEPT OF CONSTITUTIONAL ADJUDICATION

Constitutional adjudication³ is a broader concept than the activities of constitutional courts. Constitutional adjudication encompasses constitutional rights adjudication, and all the mechanisms of constitutional adjudication that relate to the establishment and enforcement of violations of the provisions of the Constitution. It is therefore important to note that the issue of constitutional adjudication does not extend to the proper investigation of the functioning of constitutional institutions, but only to cases where someone (typically a state body) violates the provisions of the Constitution and this violation must be established and repaired by a body appointed to do so.⁴ In all of the East-Central European countries⁵ under review, there is a so-called concentrated (centralized) constitutional adjudication which means that constitutional protection will typically be the responsibility of a dedicated, separate body, the constitutional court. There may, however, be other bodies in some of the legal systems under examination which also provide constitutional protection. In this paper, only the constitutional courts themselves will be analysed in detail, in terms of their composition, election rules of the

³ The term „constitutional adjudication” is distinct from „constitutional review”, which latter is often used to refer to the activity carried out by centralised constitutional adjudication bodies (as distinct from „judicial review” performed by ordinary courts carrying out decentralised constitutional adjudication). Constitutional review is „a system whereby judicial or quasi-judicial bodies can set aside and invalidate the democratically enacted laws on the basis of their alleged inconsistency with constitutional norms” (Sadurski, Wojciech: *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. Second edition. Springer, Dordrecht, 2014, p. xii.). Centralised constitutional courts, however, do not merely review the conformity of norms with the constitution, but also have a number of other functions which fall within the broader concept of adjudication. This is why we will use the term ‚constitutional adjudication’ including all the powers in which the constitutional court may act in a decision-making role (or as a proposing or opinion-giving body of a decision-maker).

⁴ As defined by former President of the Hungarian Constitutional Court, Peter Paczolay, „[c]onstitutional protection can be of two kinds: in a broad sense, it means the protection and preservation of the stability of the order of society, while in a narrower sense, constitutional protection means the protection of the norms laid down in the Constitution and superior to other laws. The task of defending the Constitution may be carried out by a public body, such as a plenary of Parliament (England) or a parliamentary committee (Sweden, Finland). In a narrow sense, constitutional protection means the judicial defence of the constitutionality of the Constitution, which can be done through ordinary courts or through specially established constitutional courts.” (Paczolay, Péter: *Alkotmánybíráskodás a jog és politikai határán*. [Constitutional adjudication on the border between law and politics] In: Paczolay, Péter (ed.): *Alkotmánybíráskodás, alkotmányértelmezés* [Constitutional adjudication, constitutional interpretation]. Rejtjel, Budapest, 2003, p. 10.)

⁵ These countries are usually referred to as Central and Eastern European states. However, all these examined countries are, in fact, in the central part of Europe, i.e., Central Europe, also in its eastern half (East-Central Europe). None of them are states of Eastern Europe in a geographical sense. Thus, we are going to refer these countries as East-Central European ones.

constitutional judges and structural issues. The main method employed is, primarily, analysis of the stipulations on the examined countries' constitutional courts and other positive law sources;⁶ however, numerous jurisprudential works also deal with such kind of organizational, selection and eligibility issues.⁷

3. CREATION OF CONSTITUTIONAL COURTS IN EAST-CENTRAL EUROPE⁸

In Romania, a system of constitutional review linked to the ordinary court was established very early on; in 1912, in the so-called 'Case of the Trams', the High Court of Cassation and Justice (the supreme court in Romania) recognised that courts can review whether an applicable legal rule is unconstitutional and, in the latter case, can decline to apply it on their own authority. The Constitutions of 1923 and 1938 expressly mentioned this power, stating that a joint session of the supreme court is empowered to rule on the inapplicability of a rule to a particular case on the grounds that it is unconstitutional. However, this did not entail a formal invalidity of the norm in question. During the socialist period, there was no constitutional jurisdiction in Romania. After the 1989 revolution, a new constitution was adopted in November 1991, based on the rule of law.⁹ Subsequently,

⁶ Thus, the primary sources of the comparison, without specific references, were the stipulations of the constitutions of the concerned countries and the respective constitutional court acts of those states analyzed. Other – secondary – sources, when they were used, will be indicated separately.

⁷ Just a few relevant examples from the scholarly literature, not for the sake of completeness: The latest and most recent are the introductory parts of those chapters dealing with constitutional interpretation in most of the countries in this region (analyzed also in this paper) being part of a comprehensive legal sociological study: Flander, Benjamin: Interpretation of Fundamental Rights in Slovenia, pp. 100-109 (in: pp. 99-179); Köblös, Adél: Interpretation of Fundamental Rights in Hungary, pp. 181-188. (in: pp. 181-243); Sehnálek, David: Interpretation of Fundamental Rights in the Czech Republic, pp. 245-255 (in: pp. 245-299); Šmigová, Katarína: Interpretation of Fundamental Rights in Slovakia, pp. 302-307. (in: pp. 301-343); Orlović, Slobodan: Interpretation of Fundamental Rights in Serbia, pp. 345-354 (in: pp. 345-399); Mostowik, Piotr: Interpretation of Fundamental Rights in Poland, pp. 401-405 (in: pp. 401-467); in: Tóth J., Zoltán (ed.): Constitutional Reasoning and Constitutional Interpretation: Analysis on Certain Central European Countries. Ferenc Mádl Institute of Comparative Law – Central European Academic Publishing, Budapest – Miskolc, 2021. Besides these, the structure of most of these courts are briefly introduced in a recent book edited by Kálmán Pócza; see: Pócza, Kálmán (ed.): Constitutional Politics and the Judiciary: Decision-making in Central and Eastern Europe. Routledge, London – New York, 2019, pp. 32-36, 96-99, 127-131, 156-161 and 184-186.

⁸ The model for constitutional adjudication in most of the countries examined was, primarily, that of the German legal system, just as for the legal system in general as well. (Cf.: Tatham, Allan F.: Central European Constitutional Courts in the Face of EU Membership. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2013, p. 41.

⁹ To enter into force, the Constitution had to be ratified by referendum, which took place on 8 December 1991. [hereinafter: Constitution of Romania]

Law No. 47 of 1992 on the Organisation and Operation of the Constitutional Court was adopted,¹⁰ and in June 1992 the Constitutional Court started its work, whose powers were modified and the legal consequences of the Constitutional Court decisions were strengthened by the 2003 constitutional amendment.¹¹

In the predecessor state of the Czech Republic and Slovakia, Czechoslovakia, which existed from 1918, a Constitutional Court was established in 1921, pursuant to the Constitutional Charter of 1920, with limited powers and a rather limited function compared to today. During the Second World War, this body ceased to function in any meaningful way, and was not restored even after the end of the Second World War. Although the Act on the Czechoslovak Federation of 1968 provided for the establishment of a separate constitutional court both at the federal level (in the Czechoslovak Socialist Republic) and in the two Member States (the Czech Socialist Republic and the Slovak Socialist Republic), with powers that essentially allowed for jurisdictional adjudication, limited norm control, political adjudication of members of parliament and an even more limited role for the defence of individual rights, neither constitutional court was established during the socialist period. In 1991, the Czechoslovak Federal Constitutional Court was effectively established, but, functioning only for a year, proceeded only in a few cases.¹² On 25 November 1992, the Czechoslovak Parliament (with effect from 1 January 1993) declared the dissolution of Czechoslovakia and the independence of the Czech Republic and Slovakia. The Constitution of the Slovak Republic had already been adopted in Slovakia on 1 September 1992,¹³ and the new Constitution was adopted in the Czech Republic on 16 December 1992.¹⁴ In Slovakia, the Constitutional Court was established under the Constitutional Court Act¹⁵ adopted on

¹⁰ Hereinafter: CC Act of Romania

¹¹ The Law for the revision of the Constitution of Romania, no. 429/2003. It entered into force on October 29, 2003. Only this amendment removed the Parliament's right to overrule the decisions of the Romanian Constitutional Court by a two-thirds majority. Cf.: Blokker, Paul: *New Democracies in Crisis?* Routledge, London – New York, 2014, pp. 69-71.)

¹² Altogether 1032 cases were brought before the Constitutional Court in this period. About two thirds of those were constitutional complaints in a small share of which the Constitutional Court annulled in deed the contested ordinary court decisions. (Cf.: Mészáros, Lajos: *The constitutional complaint in the practice of the Slovak Constitutional Court*. *Fundamentum*, 2020/2-3., p. 71.

¹³ The Constitution entered into force on 1 October 1992. [Hereinafter: Constitution of Slovakia]

¹⁴ [Hereinafter: Constitution of the Czech Republic] Besides the Constitution (which contains provisions on state structure), the Charter of Fundamental Rights and Freedoms is also a constitutional source that includes the human and civil rights and is appended to the Constitution. (For the content of these two legal sources, see: Glos, George E.: *The Constitution of the Czech Republic of 1992*. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Vol. 21 No. 4, Summer 1994, pp. 1058-1069.)

¹⁵ 38/1993 on the Organizational Structure of the Constitutional Court of the Slovak Republic and on the Proceedings brought to the Court and on the Position of Its Judges. [Hereinafter: CC Act of Slovakia]

15 February 1993, and in the Czech Republic it started functioning on 15 July 1993 under the Constitutional Court Act¹⁶.

In Poland, the Polish Constitutional Court, still officially known as the Constitutional Tribunal,¹⁷ was set up in 1982, following an amendment to the 1952 Constitution, at the request of the opposition political movement Solidarity, and became operational on 1 January 1986. Its decisions were not final, as they could be overruled by the legislative body, the Sejm, and therefore there was no „real” („full”) constitutional court at that time. In 1989, the Tribunal’s powers were extended, transforming it into a genuine constitutional court under the rule of law, however, until the adoption of the new Constitution of 1997,¹⁸ the Parliament was entitled to overrule the decisions of the Constitutional Tribunal¹⁹ by a qualified majority (two-thirds of votes cast).²⁰ In 1997 a completely new Constitution and Constitutional Tribunal Act as of 17 October 1997 were adopted. This latter Constitutional Court Act was replaced in 2016 and 2017 by several other Acts, which stipulate the organisation, procedure and powers of the Constitutional Court.²¹

In Hungary, a body called Constitutional Council existed from 1 January 1985,²² but it essentially functioned as an organ of the National Assembly, was linked to it both personally and organisationally, and could not declare the unconstitutionality of laws (and decrees); nor did it have the power to annul other, lower-level laws. In fact, it was authorised only to declare the unconstitutionality of the latter (and suspend the implementation of their unconstitutional provisions), but it could do no

¹⁶ Constitutional Court Act (182/1993 Sb.) of 16 June 1993. [Hereinafter: CC Act of the Czech Republic]

¹⁷ Hereinafter, we refer to this body either this way or (as the other states’ similar organs) as ‘constitutional court’.

¹⁸ [Hereinafter: Constitution of Poland]

¹⁹ As Robertson stated, until the entering into force of the new Constitution, the Constitutional Tribunal could not be regarded as fully independent. (Cf.: Robertson, David: *The Judge as Political Theorist: Contemporary Constitutional Review*. Princeton University Press, Princeton – Oxford, 2010, p. 98.)

²⁰ Cf.: Śledzińska-Simon, Anna: Polish Constitutional Tribunal. In: Kremnitzer, Mordechai – Steiner, Talya – Lang, Andrej (eds.): *Proportionality in Action. Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*. Cambridge University Press, Cambridge, p. 387. Until the entry into force of the new Constitution of 1997, the Parliament overruled the Constitutional Tribunal’s decisions altogether 11 times (cf.: Saduski, op. cit., p. 110).

²¹ The Act of 30 November 2016 on the Status of the Judges of the Constitutional Tribunal (hereinafter: Status Act of Poland); The Act of 30 November 2016 on the Organisation of the Constitutional Tribunal and the Mode of Proceedings Before the Constitutional Tribunal [Hereinafter, referring to the amended version: CC Act of Poland]; The Act of 13 December 2016 – the Introductory Provisions to the Act on the Organisation of the Constitutional Tribunal and the Mode of Proceedings Before the Constitutional Tribunal and to the Act on the Status of the Judges of the Tribunal.

²² Its creation was provided for by the Act II of 1983 amending the Constitution and was subsequently established, on the basis of this Act, by Act I of 1984.

more than appeal to the body which had issued the lower legislation or, if that was ineffective, to its superior body (e.g. the Council of Ministers in the case of a ministerial decree) to remedy the unconstitutionality. The Constitutional Council, which was unable to provide substantive constitutional protection, was replaced by the new Constitution (Act XXXI of 1989 amending the Constitution) and Act XXXII of 1989 on the Constitutional Court establishing a real constitutional court.²³ As of 1 January 2012, the old Constitution, which formally dates from 1949 (albeit renewed in content and based on the rule of law),²⁴ was repealed by the Parliament acting as constituent power and the Fundamental Law of Hungary²⁵ was created.²⁶ A new Constitutional Court Act was also enacted (Act CLI of 2011 on the Constitutional Court),²⁷ which also entered into force on 1 January 2012. This Act also partially modified the powers of the Constitutional Court, the most important of which were those concerning the scope of persons and organs entitled to initiate posterior norm control and the introduction of the so-called real constitutional complaint.^{28, 29}

²³ Although Act I of 1989 would have created a Constitutional Court with limited powers, a few months later neither the National Round Table nor the National Assembly considered these limitations to be a real basis for debate. Since it had become clear that there would be a 'real' change of regime, with a completely new political structure and new legal institutions, and the new Constitution (novella) was drafted in parallel with the Constitutional Court Act, the Opposition Round Table and thus the National Round Table adopted the three main substantive criteria of modern, centralised constitutional administration in order to preserve these achievements and created the idea of a real constitutional court with genuine competences.

²⁴ In Hungary and Poland, the transition, with keeping the old constitution in force, was based on „legal continuity”. (Cf.: Blokker, p. 50.) However, in 1989 in Hungary „practically a new Constitution came into force”. (Csink, Lóránt – Schanda, Balázs: The Constitutional Court. In: Csink, Lóránt – Schanda, Balázs – Varga Zs., András (eds.): The Basic Law of Hungary: A First Commentary. Clarus Press, Dublin, 2012, p. 157.)

²⁵ The constitution was named, after the German *Grundgesetz*, *Alaptörvény*, i.e., (correctly) Basic Law or (incorrectly but more often used in English translations) Fundamental Law (hereinafter: Fundamental Law).

²⁶ The Fundamental Law was promulgated on 25 April 2011, entered into force on 1 January 2012 and was subsequently amended 9 more times.

²⁷ [Hereinafter: CC Act of Hungary]

²⁸ As the new Fundamental Law substantially amended the competencies of the Constitutional Court, instead of the previously typical norm control procedures, the constitutional complaints became the main procedure thereof (taken also from the German legal system [cf.: Hartmann, Bernd J.: Verfassungsbeschwerden, Rechtsweg, Landesverfassung. In: Pieroth, Bodo – Silberkuhl, Peter (eds.): Die Verfassungsbeschwerde. Wolters Kluwer, 2008, pp. 59-166]: between 1990 and 2011, posterior abstract norm control represented the 50% of the procedures of the Constitutional Court while between 2012 and 2017 more than 90% of the submitted motions were related to constitutional complaint (and the rate of the cases regarding abstract norm control fell below 1%). (Cf.: Tóth J., Zoltán: Changes which Occurred in the Role of the Hungarian Constitutional Court in Protecting the Constitutional System. *Acta Universitatis Sapientiae, Legal Studies*, 7, 1 (2018), pp. 100-101)

²⁹ The scope of the Constitutional Court's powers and the way in which they are exercised have been revised since then; the rules on jurisdiction have been amended several times since 2012.

In the successor states to Yugoslavia, i.e., Serbia, Croatia and Slovenia, constitutionalism has a longer history, precisely because of the predecessor state's legal regulation. The fact that Yugoslavia is the only one of the former socialist countries in which bodies exercising (part of) constitutional jurisdiction existed decades before the political transformation of 1989/1991 (which is not true of any other former socialist country) was largely due to the fact that Yugoslavia, although a socialist country, remained outside the Soviet sphere of influence. In Yugoslavia, both the Federal Constitutional Court (due to the Federal Constitution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia)³⁰ and the Constitutional Courts of the six socialist republics³¹ were established in 1963. The Federal Constitutional Court could examine federal and state legislation that was in conflict with the federal constitution, while the constitutional courts of each republic could examine republican legislation that was in conflict with the republican constitution. In addition, apart from a few minor powers, they could solve – in a limited way – jurisdictional disputes and had a monitoring and signalling function, the latter powers being somewhat extended and practically strengthened by the new Federal Constitution of 1974.

With the dissolution of the federal state in 1991-1992, the constitutional courts of the individual, newly independent states were established, while the constitutional courts of Serbia and the remaining federal state, the Federal Republic of Yugoslavia (consisted of Serbia and Montenegro), which existed from 1992-2003, continued to function.³² In Serbia, which is now an independent unitary state, the Law No. 109/07 of 28 November 2007 on the Constitutional Court³³ was adopted on the basis of the new Constitution.³⁴ In Croatia, while being still a Yugoslav state, a new Constitution³⁵ was adopted in December 1990 – which, in addition to genuine powers of norm control, introduced the institution of constitutional complaint (firstly in the region) – and, after independence in 1991, the Constitutional Court of the Republic of Croatia was established in December 1991. However, the Constitutional Court Act³⁶ was not adopted until 1999 and the current version has been

³⁰ From 1945 until the 1963 Constitution, the official name of Yugoslavia was the Federal People's Republic of Yugoslavia.

³¹ Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina, Socialist Republic of Croatia, Socialist Republic of Macedonia, Socialist Republic of Montenegro, Socialist Republic of Serbia, Socialist Republic of Slovenia.

³² Between 2003-2006 Serbia-Montenegro was a confederation.

³³ Hereinafter: CC Act of Serbia

³⁴ Constitution of the Republic of Serbia («Official Gazette of the RS» no. 98/2006). This replaced the 'democratic' Constitution of Serbia which was passed in 1990. [hereinafter: Constitution of Serbia]

³⁵ Hereinafter: Constitution of Croatia

³⁶ Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia published in 'Narodne novine', No. 99/99 of September 29, 1999.

in force since 2002.³⁷ Finally, in Slovenia, following the declaration of independence, a new constitution under the rule of law was also adopted in December 1991³⁸ and the Constitutional Court Act was adopted in 1994, which, after amendment in 1997, is in force with the text as it stands today.³⁹

4. COMPOSITION OF THE CONSTITUTIONAL COURTS ANALYZED

4.1. Number of Members and Terms of Office

Constitutional courts everywhere, including in the East-Central European countries under review, are bodies with a small number of decision-makers, whose terms of office are considerably longer than those of political actors. This small number is due to the fact that all members of the body are entitled to decide on constitutional matters (at least the more important ones), which distinguishes it from the European supreme courts, which have many judges, up to more than 100, but they always adjudicate in smaller panels of a few members. Such smaller bodies also operate within the framework of constitutional courts, but their role is limited either to procedural (intermediate) decisions or to decisions of less cardinal importance on the merits; however, it is always the plenum that decides on the substantive questions of constitutionality.⁴⁰ The members of the constitutional courts are elected, in most cases, by political bodies (usually the parliament or one of the houses thereof); or they are appointed by political actors (e.g., the president). For this reason (unlike judges), they cannot be appointed for life, nor can their term of office be close to that of political bodies, since constitutional courts can operate independently of politics, solely on the basis of constitutional criteria.

The constitutional courts in the countries analysed consist of 9-15 members, appointed for 8-12 years, both of which correspond to the characteristics of concentrated constitutional adjudication. Constitutional courts in Romania and Slovenia consist of 9 members (constitutional judges),⁴¹ in Slovakia and Croatia of 13,⁴²

³⁷ Constitutional Act on Revisions and Amendments of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia published in 'Narodne novine', No. 29/2002 of March 22, 2002. [hereinafter, with reference to the amended version: CC Act of Croatia]

³⁸ Hereinafter: Constitution of Slovenia

³⁹ The Constitutional Court Act (ZUstS) (Official Gazette of the Republic of Slovenia, No. 64/07-official consolidated text and No. 109/12). [hereinafter: CC Act of Slovenia]

⁴⁰ This is not the case, for example, in Germany (being out of scope of examination in this study), where the 16 constitutional judges are divided into two eight-membered Senates of which both of them being entitled to bring own and final decisions in those cases before these bodies.

⁴¹ Constitution of Romania, Art. 142; Constitution of Slovenia, Art. 163.

⁴² Constitution of Croatia, Art 122; Constitution of Slovakia, Art. 134.

and in the Czech Republic, Poland, Serbia and Hungary of 15.⁴³ Constitutional judges are appointed for 8 years in Croatia,⁴⁴ 9 years in Serbia, Poland, Romania and Slovenia,⁴⁵ 10 years in the Czech Republic,⁴⁶ 12 years in Hungary and Slovakia,⁴⁷ which is a good guarantee of their independence from politics, as these terms are two to three times the terms of office of members of parliament, prime ministers or presidents. It is precisely the long guaranteed term of office and the need to guarantee independence that makes re-election rare;⁴⁸ it is only possible in Serbia and the Czech Republic among the countries examined.⁴⁹

Interestingly, in Slovenia, the term of office of constitutional judges is extended if the new judges to replace them have not yet been elected. There is no upper limit to this extended mandate, so that a constitutional judge (if there is no political will to fill the position) can remain in office for a long time, even years, after the expiry of his/her 9-year term.⁵⁰ In Croatia, too, there is the possibility of extending the mandate, but only for a strictly regulated transitional period of no more than six months,⁵¹ which is merely a bridge between the term of office of the old and the new constitutional judge. In the other countries examined, there is no such possibility; once the term of office has expired, the mandate of the judge automatically (*ipso facto*) expires.

4.2. Rules of Election or Appointment of Constitutional Judges

Election or appointment is typically the prerogative of political actors; it only occurs exceptionally when judges (some of them) are elected or appointed by non-political entities. In Romania, the 9 judges are elected or appointed by three public entities, namely the lower and upper houses of the Parliament (the Chamber of Deputies and the Senate), by the majority of votes (simple majority), and the President of Romania, each of them having the power to decide on the appointment of three judges (all this by electing 3-3 judges every three years, i.e. each public

⁴³ Constitution of Serbia, Art. 172; Fundamental Law of Hungary, Art. 24; Constitution of Poland, Art. 194; Constitution of the Czech Republic, Art. 84.

⁴⁴ Constitution of Croatia, Art. 122.

⁴⁵ Constitution of Poland, Art. 194; Constitution of Serbia, Art. 172; Constitution of Slovenia, Art. 165; Constitution of Romania, Art. 142.

⁴⁶ Constitution of the Czech Republic, Art. 84.

⁴⁷ Fundamental Law of Hungary, Art. 24; Constitution of Slovakia, Art. 134.

⁴⁸ It is a constant professional criticism that where judges are eligible for re-election, their judgement may be seen to be in line with the will and interests of the (political) bodies that decide on constitutional judges' possible re-nomination. This criticism merely draws attention to the risk of damaging professional integrity, regardless of the extent to which judges operating under such a system are or are not actually influenced in their decision-making by this possibility.

⁴⁹ Constitution of Serbia, Art. 172.

⁵⁰ Constitution of Slovenia, Art. 165.

⁵¹ Constitution of Croatia, Art. 122.

entity can elect or appoint a judge every 3-3 years, so that every three years the constitutional court is partially renewed in stages). The election by the houses of the parliament is preceded by a nomination, where each deputy or senator is entitled to nominate a constitutional judge, but only candidates with political support have a chance of being elected. The President, on the other hand, has the discretion to appoint one third of the constitutional judges.⁵²

In Slovenia and Croatia, the election of the constitutional judges is preceded by a genuine nomination, i.e. a kind of application system, where eligible candidates can apply for the post themselves by submitting an application file proving their eligibility.⁵³ Nevertheless, here too, politics dominates the selection process. In Slovenia, the constitutional court judges are elected by the National Assembly, on the proposal of the President of the Republic, by a majority vote of all deputies (absolute majority).⁵⁴ At the same time, in Croatia, constitutional court judges are elected by a two-thirds majority of the Members of the Croatian Parliament (qualified majority), on the proposal of the competent parliamentary committee (which previously evaluated the applications submitted).⁵⁵

In the other countries there is no application system or similar procedure; election is purely at the will of the public entities assigned to it. Appointment is, like in Romania, split in Serbia: five judges are appointed by the National Assembly (on a proposal from the President of the Republic), another five by the President of the Republic (on a proposal from, vica versa, the National Assembly), and another five by the general session of the Supreme Court of Cassation (on a proposal from the general session of the High Judicial Court and the State Prosecutor Council).⁵⁶ In Serbia (and Romania), therefore, the election of judges is not based solely on political logic, but (in case of some judges) partly on professional criteria. In Hungary, the constitutional judges are elected with the votes of two thirds of the Members of the National Assembly (qualified majority),⁵⁷ on the proposal of a special ad hoc parliamentary committee of at least 9 and up to 15 members, composed of elected representatives of the parties with parliamentary groups.⁵⁸ In the Czech Republic, the judges of the Constitutional Court are appointed by the President of the Republic with the consent of the Senate (a simple majority of the Senators present is required to reach agreement),⁵⁹ in Slovakia, by the President of the Slovak Republic on a proposal of the National Council of the Slovak

⁵² Constitution of Romania, Art. 142; CC Act of Romania, Art. 5.

⁵³ CC Act of Croatia, Art. 6; CC Act of Slovenia, Art. 12-14.

⁵⁴ Act of Slovenia, Art. 14.

⁵⁵ Constitution of Croatia, Art 122., CC Act of Croatia, Art. 6.

⁵⁶ Constitution of Serbia, Art. 172.

⁵⁷ Fundamental Law of Hungary, Art. 24.

⁵⁸ CC Act of Hungary, Art. 7.

⁵⁹ Constitution of the Czech Republic, Art. 84.

Republic (upper house),⁶⁰ and in Poland, by the lower house of the Parliament (Sejm).⁶¹

In Slovakia, the upper house of parliament nominates twice as many persons as the number of constitutional judges to be elected, of whom the President is free to choose whom he or she will appoint;⁶² in Serbia, the nominating bodies (President of the Republic, National Assembly, general session of the High Judicial Court and the State Prosecutor Council) nominate twice as many persons, i.e. 10-10 persons, for the 5-5 seats that are subject to their nomination.⁶³ In Slovenia the President may nominate more candidates than vacancies, but it is not specified by how many; it is merely stipulated that the President of the Republic may propose more candidates than there are vacant positions on the Constitutional Court.⁶⁴ A similar provision exists in Croatia, whereby the competent parliamentary committee, that is responsible for the nomination of constitutional court judges, has to make the short list of candidates in a way that it has to include more nominees than the number of judges who will be elected.⁶⁵

4.3. Eligibility Criteria

As regards the conditions for election or appointment as a constitutional judge, most of the jurisdictions examined require a high level of legal knowledge and a certain age or professional experience. However, the degree of precision with which the requirement of high legal knowledge is defined varies considerably; in most countries it is regulated by general provisions which are difficult to impose on the bodies electing the constitutional judge.⁶⁶ In addition to a law degree as a prerequisite for legal knowledge, there are a few common rules which are everywhere a prerequisite for the appointment of a constitutional judge. These include being a citizen of the country⁶⁷ and having the right to vote (which typically means two things: no criminal record and no restrictions on capacity to act).

⁶⁰ Constitution of Slovakia, Art. 134.

⁶¹ Constitution of Poland, Art. 194.

⁶² Constitution of Slovakia, Art. 134.

⁶³ Constitution of Serbia, Art. 172.

⁶⁴ CC Act of Slovenia, Art. 13.

⁶⁵ CC Act of Croatia, Art. 6.

⁶⁶ Thus, in Romania the candidate must „enjoy high professional eminence”, in Poland he/she must be a person „distinguished by their knowledge” of the law, in Slovenia a „legal expert”, in Croatia a „notable jurist” and in Serbia a „prominent lawyer”.

⁶⁷ This is a general feature across Europe (and maybe throughout the world). The only exception in Europe is the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina where some of the members of the court can be foreign citizens as well. (Cf.: Orlović, Slobodan P.: Constitutional Issues of the Judicial Career in Western Balkan States (Serbia, Montenegro, Bosnia and Herzegovina, North Macedonia), p. 175. In: Central European Journal of Comparative Law, Volume II, 2021/1, pp. 163-184.

Country-specific professional requirements are 10 years of legal experience in the Czech Republic,⁶⁸ 15 years in Slovakia, Serbia and Croatia,⁶⁹ 18 years in Romania⁷⁰ and 20 years in Hungary.⁷¹ In Slovenia, there is no such specific precondition, only a general professional requirement and an age limit: the prospective constitutional judge must be a “legal expert”⁷² (a rather soft requirement and quite open to interpretation) and must be over 40 years of age.⁷³

In Poland, the conditions for becoming a constitutional judge are linked to the conditions for becoming a judge of the Supreme Court and the Supreme Administrative Court,⁷⁴ i.e., they must have at least ten years’ professional experience acquired in a number of taxatively defined legal professions.⁷⁵ In Hungary, instead of 20 years of professional experience, it is possible for candidates to become constitutional judges who are theoretical lawyers “of outstanding knowledge” (university professors or doctors of the Hungarian Academy of Sciences);⁷⁶ in Poland, the 10-year experience requirement does not apply to “persons holding the scientific title of professor or the scientific degree of PhD hab. in law who have worked in a Polish higher school, the Polish Academy of Sciences, a science and research institute or other science institution”;⁷⁷ in the end, in Croatia those persons who obtain a doctoral degree in legal science and fulfils all the other conditions may be elected a constitutional court judge if they have at least 12 years of experience in the legal profession⁷⁸ (instead of 15 years of experience as a general rule). However, in most of the countries examined, there is a specific age limit: in Serbia, Poland (through the rule originally referring to high court judges, mentioned above), Slovenia and Slovakia it is 40 years,⁷⁹ and in Hungary 45 years.⁸⁰ Hungary is also

⁶⁸ Constitution of the Czech Republic, Art. 84.

⁶⁹ Constitution of Serbia, Art. 172; CC Act of Croatia, Art. 5; Constitution of Slovakia, Art. 134.

⁷⁰ Constitution of Romania, Art. 143.

⁷¹ CC Act of Hungary, Art. 6.

⁷² Constitution of Slovenia, Art. 163.

⁷³ CC Act of Slovenia, Art. 9.

⁷⁴ The Act of 30 November 2016 on the Status of the Judges of the Constitutional Tribunal, Art. 3.

⁷⁵ The would-be constitutional judge has to have at least ten years of experience as a judge, prosecutor, President of the General Counsel to the Republic of Poland, Deputy President of the General Counsel to the Republic of Poland, counsel of the General Counsel of the Republic of Poland, or he/she must have performed the profession of an attorney-at-law, legal counsel or notary in Poland for at least ten years. [Act of 8 December 2017 on the Supreme Court (hereinafter: Supreme Court Act of Poland), Art. 30.]

⁷⁶ CC Act of Hungary, Art. 6.

⁷⁷ ACT of 8 December 2017 on the Supreme Court, Art. 30.

⁷⁸ CC Act of Croatia, Art. 5.

⁷⁹ Constitution of Serbia, Art. 172; CC Act of Slovenia, Art. 9; Supreme Court Act of Poland, Art. 30; Constitution of Slovakia, Art. 134.

⁸⁰ CC Act of Hungary, Art. 6.

the only country where there is an upper age limit for election: at the time of taking office, the elected constitutional judge must not be older than 70.⁸¹

Common rule in all the countries examined is that elected constitutional judges must take an oath before taking office.⁸²

5. REGULATIONS ON THE PRESIDENT OF THE CONSTITUTIONAL COURT

As regards the President of the Constitutional Court, he/she is appointed either by the President of the state, or by the Parliament, or by the Constitutional Court itself, from among its own members. In Slovakia and the Czech Republic, the President of the state appoints the President of the Constitutional Court;⁸³ this is also the case in Poland, but here the President of the state appoints him/her on the proposal of the General Assembly of the Judges of the Constitutional Tribunal itself.⁸⁴ In Hungary, the election of the President of the Constitutional Court is the competence of the Parliament.⁸⁵ In Slovenia, Romania, Serbia and Croatia, however, the President of the Constitutional Court is elected by the body itself.⁸⁶ The term of office of the President also varies; however, the final limit is the duration of the term of office of the Constitutional Court judge. Within this limit, the term of office is 3 years in Romania, Serbia and Slovenia (but the President can be re-elected after the expiry of the term in all countries),⁸⁷ 4 years in Croatia (where re-election is also possible),⁸⁸ 6 years in Poland,⁸⁹ and 7 years in Slovakia.⁹⁰ The

⁸¹ CC Act of Hungary, Art. 6.

⁸² CC Act of Croatia, Art. 8; CC Act of Serbia, Art. 11; CC Act of Slovenia, Art. 15; Constitution of the Czech Republic, Art. 85; CC Act of Hungary, Art. 9; CC Act of Romania, Art. 63; Status Act of Poland, Art. 6; Constitution of Slovakia, Art. 134.

⁸³ Constitution of Slovakia, Art. 135, CC Act of Slovakia, Art. 7; CC Act of the Czech Republic, Art 2.

⁸⁴ Constitution of Poland, Art. 194. The CC Act of Poland stipulates that it is now enough for a judge to be a candidate if he/she receives five votes at the session of the General Assembly of the Judges of the Constitutional Tribunal. Thus, the President of Poland is entitled to appoint a judge, who was not able to get the votes of the majority of the members of the body, President of the Constitutional Tribunal (and so is it in case of the Vice President of the Tribunal as well). (Cf.: Granat, Mirosław: Constitutional judiciary in crisis: The case of Poland, p. 133. In: Szente, Zoltán – Gárdos-Orosz, Fruzsina (eds.): *New Challenges to Constitutional Adjudication in Europe: A Comparative Perspective*. Routledge, New York, 2018, pp. 132-143.

⁸⁵ Fundamental Law of Hungary, Art. 24.

⁸⁶ Constitution of Serbia, Art. 172, CC Act of Serbia, Art. 23; Constitution of Croatia, Art 122; CC Act of Slovenia, Art. 10; CC Act of Romania, Art. 7.

⁸⁷ CC Act of Serbia, Art. 23; CC Act of Slovenia, Art. 10; CC Act of Romania, Art. 7.

⁸⁸ Constitution of Croatia, Art 122.

⁸⁹ CC Act of Poland, Art. 10.

⁹⁰ CC Act of Slovakia, Art. 11.

mandates of the President of the Hungarian Constitutional Court and the Czech Constitutional Court, however, last until the end of the term of their office as constitutional judges.⁹¹

6. INCOMPATIBILITY CONCERNS AT THE DOMESTIC LAW

Typically, the office of constitutional judge is incompatible with any other public office and with any other gainful occupation, except for activities of an educational, scientific or artistic nature.⁹² In all countries, it is an explicit rule that constitutional judges may not be members of a political party or engage in any public political activity that would call their impartiality into question.⁹³ Furthermore, constitutional judges in all countries enjoy immunity from prosecution for opinions expressed and votes cast in their capacity as constitutional judges, and may not be prosecuted or arrested during their term of office without the prior consent of the body competent to waive the immunity [the constitutional court itself (in Serbia, Hungary, Poland, Croatia, Slovakia, Romania), the Senate (in the Czech Republic) or the National Assembly (in Slovenia)]. Constitutional judges enjoy the same rights of immunity as members of parliament.⁹⁴

7. INNER BODIES OF DECISION-MAKING

In the end, as regards the organisational units of constitutional courts involved in substantive decision-making, adjudication is in most countries divided between a plenum or session of all constitutional judges and smaller bodies (senates, chambers, panels).⁹⁵ The exceptions to this are Romania and Poland, where

⁹¹ Fundamental Law of Hungary, Art. 24.

⁹² CC Act of the Czech Republic, Art. 4; Constitution of Croatia, Art 123, CC Act of Croatia, Art. 10; CC Act of Serbia, Art. 16; CC Act of Slovenia, Art. 16; Status Act of Poland, Art. 10; Constitution of Slovakia, Art. 137; Constitution of Romania, Art. 144.; CC Act of Hungary, Art. 10.

⁹³ CC Act of Croatia, Art. 10; CC Act of Serbia, Art. 15; Constitution of Slovenia, Art. 166, CC Act of Slovenia, Art. 16; Fundamental Law of Hungary, Art. 24; CC Act of the Czech Republic, Art. 4; Status Act of Poland, Art. 10; Constitution of Slovakia, Art. 137. In Romania, there is only a reference to this requirement of integrity, see Constitution of Romania, Art. 144.

⁹⁴ Constitution of Slovakia, Art. 136; Constitution of Croatia, Art 123; Constitution of Serbia, Art. 173; CC Act of Slovenia, Art. 17; Constitution of Romania, Art. 145; Constitution of the Czech Republic, Art. 86; CC Act of Hungary, Art. 14; Constitution of Poland, Art. 196.

⁹⁵ Of course, adjudication is assisted, in every analyzed country, by law clerks, assistant judges or other lawyers who prepare the case for decision-making. Not being the core issue of this paper, it is not presented here; however, for detailed county-by-country analysis, see, e.g.: Zegrean, Augustin – Costinescu, Mihaela-Senia (eds.): *The Role of Assistant-Magistrates in the Jurisdiction of Constitutional Courts*. Universul Juridic, Bucharest, 2016.

there are no chambers; all substantive cases are decided by the plenum.⁹⁶ In Serbia, in addition to the 15-member Session, there are two eight-member Grand Chambers (consisting of the President and seven other judges) and there are three-member small councils for minor matters.⁹⁷ In addition to the Plenum, in Slovakia, the Czech Republic and Slovenia there are three-member⁹⁸ and in Hungary five-member panels.⁹⁹ The most complex internal decision-making system is that of the Croatian Constitutional Court, where, in addition to the Session consisting of all the constitutional judges, chambers of different numbers and powers perform different functions.¹⁰⁰

8. CONCLUSION

Our initial thesis seems to be confirmed by the results of our research: the eight East-Central European constitutional courts examined are not only very similar in terms of their powers (not analysed here), but also (obviously not independently of the rules governing their powers) in terms of their composition and their organisational and internal functioning. There are no significant differences between the bodies examined, neither in the number of judges, nor in the internal administrative model, nor in the procedural framework for decision-making, nor even in the selection procedures. Overall, it can be concluded that these bodies operate in a similar way, which is mainly due to the common model of adapting the organisational framework of the German Federal Constitutional Court, while in certain aspects (e.g. the importance of plenary sessions with the participation of all constitutional judges) they have gone beyond it. At the level of the organisational framework, a modern and effective legal protection body has thus been created in all the States of the region, in line with the centralised model of constitutional jurisdiction, whose functioning and the functional performance of its tasks should be the subject of a separate study.

⁹⁶ CC Act of Romania, Art. 6 and Regulations on the Organisation and functioning of the Constitutional Court (adopted by the plenum of the Constitutional Court of Romania), Art. 4; CC Act of Poland, Art. 5-6.

⁹⁷ For the inner work of the Constitutional Court of Serbia, see in detail in its homepage: <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/en-GB/265-101099/constitutional-court-sessions>

⁹⁸ CC Act of Slovenia, Art. 54; Constitution of Slovakia, Art. 135, CC Act of Slovakia, Art. 2 and 5.; CC Act of the Czech Republic, Art. 15.

⁹⁹ CC Act of Hungary, Art. 47 and 49.

¹⁰⁰ 2 six-member chambers for deciding constitutional complaints on the merits; 4 three-member chambers for preliminary decisions (First Chamber for Procedural Requirements, Second, Third and Fourth chamber for preliminary examination procedure); 2 six-member chambers for appeals for regular judges (First Appeal Chamber, Second Appeal Chamber); 4 three-member chambers for electorate disputes. (See in detail in the homepage of the Croatian Constitutional Court: <https://www.usud.hr/en/organisation>)

REFERENCES

- Blokker, Paul: *New Democracies in Crisis?* Routledge, London – New York, 2014
- Csink, Lóránt – Schanda, Balázs: *The Constitutional Court*. In: Csink, Lóránt – Schanda, Balázs – Varga Zs., András (eds.): *The Basic Law of Hungary: A First Commentary*. Clarus Press, Dublin, 2012, pp. 157-167
- Flander, Benjamin: *Interpretation of Fundamental Rights in Slovenia*. In: Tóth J., Zoltán (ed.): *Constitutional Reasoning and Constitutional Interpretation: Analysis on Certain Central European Countries*. Ferenc Mádl Institute of Comparative Law – Central European Academic Publishing, Budapest – Miskolc, 2021, pp. 99-179
- Granat, Mirosław: *Constitutional judiciary in crisis: The case of Poland*. In: Szente, Zoltán – Gárdos-Orosz, Fruzsina (eds.): *New Challenges to Constitutional Adjudication in Europe: A Comparative Perspective*. Routledge, New York, 2018, pp. 132-143.
- Hartmann, Bernd J.: *Verfassungsbeschwerden, Rechtsweg, Landesverfassung*. In: Pieroth, Bodo – Silberkuhl, Peter (eds.): *Die Verfassungsbeschwerde*. Wolters Kluwer, 2008, pp. 59-166
- Köblös, Adél: *Interpretation of Fundamental Rights in Hungary*. In: Tóth J., Zoltán (ed.): *Constitutional Reasoning and Constitutional Interpretation: Analysis on Certain Central European Countries*. Ferenc Mádl Institute of Comparative Law – Central European Academic Publishing, Budapest – Miskolc, 2021, pp. 181-243
- Mészáros, Lajos: *The constitutional complaint in the practice of the Slovak Constitutional Court*. *Fundamentum*, 2020/2-3., pp. 70-75
- Mostowik, Piotr: *Interpretation of Fundamental Rights in Poland*. In: Tóth J., Zoltán (ed.): *Constitutional Reasoning and Constitutional Interpretation: Analysis on Certain Central European Countries*. Ferenc Mádl Institute of Comparative Law – Central European Academic Publishing, Budapest – Miskolc, 2021, pp. 401-467
- Orlović, Slobodan: *Constitutional Issues of the Judicial Career in Western Balkan States (Serbia, Montenegro, Bosnia and Herzegovina, North Macedonia)*. *Central European Journal of Comparative Law*, Volume II, 2021/1, pp. 163-184.
- Orlović, Slobodan: *Interpretation of Fundamental Rights in Serbia*. In: Tóth J., Zoltán (ed.): *Constitutional Reasoning and Constitutional Interpretation: Analysis on Certain Central European Countries*. Ferenc Mádl Institute of Comparative Law – Central European Academic Publishing, Budapest – Miskolc, 2021, pp. 345-399
- Paczolay, Péter: *Alkotmánybíráskodás a jog és politikai határán*. [Constitutional adjudication on the border between law and politics] In: Paczolay, Péter (ed.): *Alkotmánybíráskodás, alkotmányértelmezés* [Constitutional adjudication, constitutional interpretation]. Rejtjel, Budapest, 2003
- Pócza, Kálmán (ed.): *Constitutional Politics and the Judiciary: Decision-making in Central and Eastern Europe*. Routledge, London – New York, 2019
- Robertson, David: *The Judge as Political Theorist: Contemporary Constitutional Review*. Princeton University Press, Princeton – Oxford, 2010

- Sadurski, Wojciech: *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Post-communist States of Central and Eastern Europe*. Second edition. Springer, Dordrecht, 2014
- Sehnálek, David: Interpretation of Fundamental Rights in the Czech Republic. In: Tóth J., Zoltán (ed.): *Constitutional Reasoning and Constitutional Interpretation: Analysis on Certain Central European Countries*. Ferenc Mádl Institute of Comparative Law – Central European Academic Publishing, Budapest – Miskolc, 2021, pp. 245-299
- Śledzińska-Simon, Anna: Polish Constitutional Tribunal. In: Kremnitzer, Mordechai – Steiner, Talya – Lang, Andrej (eds.): *Proportionality in Action. Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*. Cambridge University Press, Cambridge, pp. 385-457
- Šmigová, Katarína: Interpretation of Fundamental Rights in Slovakia. In: Tóth J., Zoltán (ed.): *Constitutional Reasoning and Constitutional Interpretation: Analysis on Certain Central European Countries*. Ferenc Mádl Institute of Comparative Law – Central European Academic Publishing, Budapest – Miskolc, 2021, pp. 301-343
- Tatham, Allan F.: *Central European Constitutional Courts in the Face of EU Membership*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2013
- Tóth J., Zoltán: Changes which Occurred in the Role of the Hungarian Constitutional Court in Protecting the Constitutional System. *Acta Universitatis Sapientiae, Legal Studies*, 7, 1 (2018), pp. 95-107
- Tóth J., Zoltán: Constitutional Adjudication. In: Csink, Lóránt – Trócsányi, László (eds.): *Comparative Constitutionalism in Central Europe: Analysis on Certain Central and Eastern European Countries*. Central European Academic Publishing, Miskolc – Budapest, 2022 [DOI: 10.54171/2022.lcslt.ccice] pp. 361-383.
- Zegrean, Augustin – Costinescu, Mihaela-Senia (eds.): *The Role of Assistant-Magistrates in the Jurisdiction of Constitutional Courts*. Universul Juridic, Bucharest, 2016

Золтан Ј. Тош

Универзитет Кароли Гашиар у Будимпешти

Правни факултет

toth.zoltan@kre.hu

ORCID ID: 0000-0002-8836-7231

Састав и структура уставних судова држава источно-централне Европе

Сажетак: У раду се размајра састав, рејутина база, ојеративни механизми и унуирања структура уставних судова у контексту уставно-судској одлучивања осам држава источно-централне Европе (по азбучном редоследу: Мађарска, Пољска, Румунија, Словачка, Словенија, Србија, Хрватска и Чешка Република) са ујореднојравној аспектима. Ујркос њиховој делимичној различитој прошлости и разликама у институцијама које су им претходиле (или недостигају институција), унуирања организација уставних судова анализираних држава као и правила избора судија ових судова показују значајну сличност широм региона.

Кључне речи: уставносудско одлучивање, уставни судови, избор чланова и председника уставних судова, источно-централна Европа.

Датум пријема рада: 29.03.2022.

Датум достављања коначне верзије рада: 28.09.2022.

Датум прихватања рада: 29.09.2022.

István László I. Gál

University of Pécs

Faculty of Law

gal.istvan.laszlo@gmail.com

ORCID ID: 0000-0002-0258-8587

THE PROTECTION OF THE STATE SECRET IN THE LEGAL HISTORY OF EUROPE

Abstract: *The legal regulation of the protection of the state secret have appeared relatively late in European legal history over the last two centuries. The secrecy provisions have always been in accordance with the standards of the given age, in most cases relatively neutral regulations, and a certain development arc can be observed. It can be seen in the gradual modernization of the rules and, on the other hand, in the increase in the number of guarantee elements from the end of the socialist era. With regard to criminal law, there is a tendency for criminal offenses regarding to state to gradually less and less severe. The various rules of state secrecy and related crimes has eased in most European countries' criminal law regulation since 1989.*

Keywords: *secret, state secret, classified data, classification, state security, Code Csemegi, perduellio, Evidenzbureau, State Protection Authority.*

1. THE GENERAL CONCEPT AND THE HISTORY OF SECRET AND STATE SECRET

Several famous philosophers, including Kant, dealt with the general concept of secret, although his interest was mainly of a religious-moral nature.¹ The works of a twentieth-century German philosopher, Niklas Luhmann, also contain reasoning about the concept of secret. “As we can see from cosmology, all great things are secret by nature.” – wrote² examining the subject from a less theoretical point of view, the starting point may be that secrecy is typically a social phenomenon. According to the unanimous opinion of several authors, the core element of secret

¹ Kant Fischer, *Kant vallásfilozófiája, (Kant's philosophy of religion)* Sárospatak 1868, 745

² Niklas Luhmann, *Látom azt, amit te nem látsz. (I see what you do not see)* Budapest 1999, 153

is the immanent quality of man that he hides.³ It is expressed when a conflict situation develops between people or groups of people. Secret as a phenomenon therefore always occurs only in relation to humans, the camouflage behavior of animals cannot be considered a secret. Secret is to some extent synonymous with the concept of “ignorance,” so knowing it in practice always means acquiring some kind of knowledge. While in the process of normal communication the receiving party remains passive, the communicating is the active party; in the communication process related to secrecy, the two roles change: the communicator confronts the communication, it is considered an undesirable recipient for the addressee. The process of concealment, as Nikolov aptly put it, “means not only a lack of communication, but the active and specific retention of knowledge, in the form of secrecy, against a real or potential interest.”⁴

The science of communication considers secrecy and secret itself to be negative communication. According to the science of communication, secrecy is chosen by the individual when he or she otherwise has very strong emotions about something, but does not want to show them.⁵ Unlike animals, man is capable of secrecy, and even only man is capable of it. This ability was not innate, but developed slowly during becoming human. J. Simmel considers the ability to maintain secrecy to be one of the greatest achievements of mankind, which he justifies primarily because this ability is an important and indispensable part of human individualization. The ability to maintain secrecy is thus a socio-historical product.⁶

Thus, only man is able to construct and maintain secrecy, since the ability to maintain secrecy is also a product of social development and human individualization. A secret usually refers to an event that happened in the past, but it is always updated in the present (its time dimension is from the past to the future, a secret that is never revealed is rare.⁷ The general concept of secrecy and the special concepts associated with each type have been defined by many, in many ways, in recent centuries, as this topic is one of the basic concepts of security policy and national security science. István Resperger perfectly summarizes the formation of the secret in a historical approach, so this can be the starting point of our definition search experiment. In his view, the presence of secrets in human society coincides with the emergence of humanity, and throughout history, since becoming human and the formation of human society, secrets have also been present

³ Even in the early primitive societies man had secrets, these secrets played a significant role partly in the subsistence and partly in the battles with the enemy. (Tamás Földesi, *A Janus arcú titok, A titok titka. (The secret on Janus' face. The secret of the secret.)* Budapest 2005, 9)

⁴ Elit Nikolov, *A titok. (The secret.)* Budapest, 1973, 7-21

⁵ Karl Erik Rosengreen, *Kommunikáció (Communication)* Budapest 2008, 104

⁶ T. Földesi, 188

⁷ Géza Balázs, *A titok antropológiája és szemiotikája (The anthropology and semiotics of secrecy.)* Budapest 2019, 17

continuously. Even the first humans tried to hide secrets from their external and internal enemies. The range of secrets was at first cultic and religious in nature, and later diplomatic and military secrets also appeared in contact between nations. In the Middle Ages, the chief possessor of secrets was already the ruler, sharing confidential information only with subordinates holding the highest positions closest to him. In a later age, during civic development, state secrets fell into the hands of the highest practitioners of power (heads of government, ministers, etc.), and by this time various rules had already developed for the special handling of documents that contained secrets. István Resperger also points out that civil and military secrecy have only been separated since the 18th century. This is due to the large amount of classified information generated in military secrecy, but it was handled in a strictly regulated, closed circle. In contrast, civil secrecy mainly meant the encryption of decisions in diplomacy, finance, law enforcement, and the highest levels of the executive, which meant a much wider range of qualifiers and insiders. These rules are also fundamentally found in modern secrecy.⁸ The general concept of secrecy was first defined in the Hungarian criminal law by Pál Angyal, with the greatest thoroughness.⁹ In one of his books, Pál Angyal outlines a general concept of secrecy, including the concept of state secrets: "A secret is what the person concerned wants to keep secret and what no one else knows except the closed circle of individuals who are obliged or willing to keep it secret. State secrets are secrets that affect the important interests of the state. Not all official secrets are state secrets. The subject of the secret can be a past, present or future fact. The fact that has been betrayed and made known to a larger number of unauthorized people is no longer a secret."¹⁰

According to Jellinek's brief and practical definition, a secret is a fact that is secret and that must be kept secret by the will of a person.¹¹ According to Endre Bócz, a secret is a fact or thing, procedure, method or explanation that has been withheld from others. And the essence of the secret is to prevent or at least make it difficult to obtain knowledge.¹² According to Karlheinz Probst, we can talk about

⁸ István Resperger, *A nemzetbiztonság elmélete a közzolgálatban (Theory of national security in the civil service)* Budapest 2018, 355-356

⁹ Pál Angyal, *A magyar büntetőjog kézikönyve (Handbook of Hungarian criminal law.)* 6. Személyes szabadság megsértése, A titok büntetőjogi védelme, Magánlaksértés, Budapest 1929, 56

¹⁰ Pál Angyal, Gyula Isaák, *A Kihágási Büntető Törvénykönyv (The Penal Code for Violation.)* Budapest 1941, 627

¹¹ Walter, Jellinek, „Der Umfang der Verschwiegenheitspflicht des Arztes und des Anwalts“ (Az orvos és az ügyvéd titoktartási kötelezettségének hatóköre.) (Scope of the doctor's and lawyer's duty of confidentiality.) *Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, vol. 3. 1906, 658

¹² Endre Bócz, „Az ügyvédi titok és az ügyvédi iratok védelme a büntetőeljáráásban“ (Protection of legal professional privilege and legal documents in criminal proceedings) *Belügyi Szemle*, vol. 3. 1996, 4-5

secrecy if there is a will that an objectively unknown thing must remain unknown or known only to a well-defined circle of persons. This circle of personnel who know the secret can be particularly large or very small. As long as the members of this circle of personnel feel obligated to keep the matter a secret, the secret remains.¹³

Examining the general concept of secret as a legal concept, László Gergely Szőke concludes that, based on the Hungarian secrecy regulations, it is very difficult to give a concept of secrets that clearly covers all types of regulated secrets. If we want to define it, we can only say with great certainty: in the Hungarian legal system, a secret is what is recognized as a secret by law.¹⁴

The general concept of a secret was defined by Mihály Tóth as follows: “a secret is any data, fact, circumstance or thought which, in principle, can be known to anyone – and the embodiment of all this – but which is known only to a limited number of individuals, and whose secrecy is in the legitimate interest of those who know the secret.”¹⁵

There are so many kinds of secrets these days, in parallel. Their formation is a consequence of socio-historical processes. According to Béla Révész’s position on this, which in my opinion is considered to be the most logical and today accepted view: The primary elements of the traditionally formed types of secrets are the nature of the communicator and the message, and only secondarily are the moments of the recipient and the effect. When war secrets, state secrets, economic or scientific secrets are discriminated against in the literature, it is obvious at first sight that they are grouped according to the content of the non-communicated information. At the same time, it is inseparable from the non-communicating subject, since certain circles of information are related to statuses that can be precisely defined in the structure of the social-power division of labor. Thus, the quality of the secret owner is inseparable from the type of confidential content. The receiving person or group may be related to the typification as an important element in that it responds to the extent of the particularity of the person or group (s) excluded from communication. Finally, the efficiency of the non-communication process is not only a function of the information retention performance of the secret owner, but also an important indicator of whether it can generate spontaneous communication processes such as e.g. the false news, the horror news.”¹⁶

¹³ Karlheinz Probst, *Wirtschaftsverrat und Wirtschaftsspionage* (*Gazdasági árulás és gazdasági kémkedés*.) (Economic treason and economic espionage) Inauguraldissertation, Graz 1972, 42

¹⁴ Gergely László Szőke, „Gondolatok a hazai titokvédelmi szabályozás rendszeréről” (Thoughts on the system of Hungarian secrecy regulations.) *JURA* vol. 2. 2018, 252

¹⁵ Mihály Tóth, „Titkokkal átszőtt büntetőjog” (Criminal law interwoven with secrets.) *Iustum Aequum Salutare* vol. 1. 2005, 57

¹⁶ Béla Révész, *A titok, mint politika, A titkosszolgálatok politológiai kutatásának lehetősége* (*The secret as politics. Possibilities of political science research of secret services*.) Szeged 2007, 9

In my point of view, secrecy, in the broadest sense, is a category inherent in human nature that appears at a certain quality of the process of becoming human. A secret is anything that only a certain number of people know about, and whose secrecy for a specified period of time, regardless of its value, is in the interest of one or more people or society, and the holder of the secret has taken appropriate measures to keep it secret. If we examine the secrecy of secrecy, which is also protected by law, as a kind of special legal relationship, we can make the following conclusions about it: – always present in humans, – an absolute legal relationship (everyone is obliged to tolerate that the secret owner only shares the secret with whom he wishes), – always exists within a specified time frame, – its subject-matter is information of a valuable nature which requires and deserves legal protection, and – the loss, destruction, disclosure or making available to an unauthorized person of this information has legal consequences governed by different rights. After defining the general concept of secrecy, we turn to the examination of state secrecy, first also in general. The three indispensable components of the concept of state are territory, population, and sovereignty. Preserving the security and integrity of all three essential components today is closely correlated with the ability and efficiency of the state to preserve information whose disclosure or acquisition by unauthorized persons or bodies could harm or jeopardize the legitimate interests of the state. Already Max Weber points out, every bureaucracy strives to strengthen the sense of superiority of its members with professional knowledge by keeping their knowledge and intentions secret. The bureaucratic administration always strives to be the “administration of secret meetings” as much as possible, hiding its knowledge and actual activities from possible criticism. The concept of “official secret” is a specific invention of the bureaucracy, which is why it is also fanatically defended by the bureaucracy.¹⁷ Other types of secrets, such as economic secrets, can be conceived as personal secrets, but one of the distinguishing features of state secrets is that they are of a social nature, directly or indirectly affecting the security of the state, and therefore inconceivable only as personal secrets. Nowadays, the developed legal systems use the category of “classified data” instead of the concept of state secrets.

2. THE DEVELOPMENT OF THE PROTECTION OF STATE SECRETS

Researching the universal legal-historical roots of secrecy, our first important finding may be that military and civilian secret were not sharply separated at first,

¹⁷ Max Weber, *Essays in sociology* (Szociológiai tanulmányok) 233-34 (H.H. Gerth & C. Wright Mills trans. and eds., 1946), idézi: Heidi Kitrosser, „Classified information leaks and free speech” (Minősített adatok kiszivárogtatása és szólásszabadság.) *University of Illinois Law Review*, vol. 3. 2008, 3, 889)

developed together for a long time, and then civilian secret gradually emerged from military secret (in the terminology of the time: diplomatic). So until civil and military secrecy were sharply separated, there was no doubt that military secrets were of greater importance. References to the secrets of the state have appeared since ancient times, but mainly in military-related sources. We cite two of these. In 11. century Vei Liaozi, one of the most significant works of ancient Chinese military science (named after its author, Commander-in-Chief Vei Liao, who lived in the 4-3. centuries BC), writes the following about the secrecy of the Chinese art canon: “Those who are careless in discussions are easily interrogated in secret; those who attack without following the rules can be destroyed; the army of those who attack like water, zigzagging like lightning, is easily confused.”¹⁸ One of the classic works of ancient China on military science, the Military Revelation¹⁹, states: “It is desirable to keep the plans of a warlord secret. It is desirable to unite officers and warriors. It is desirable to do it quickly by attacking the enemy.”²⁰

In ancient times, the primary significance of the secret was almost exclusively that the enemy should not become aware of the intentions of the military and / or political leader. However, in the struggle to gain and retain power, not only external but also internal enemies had to be confronted. The concept of state secrets in its present sense was also unknown in ancient Roman law. The term “secretum” is not found in the Digesta, nor is the term “arcana imperii” only in Tacitus (Tac. Hist. I. 4; Tac. Ann. II, 36) in connection with the election of princeps and officials, and Tac. Ann. II, 59 (in relation to the princeps and Egypt) appears. Thus, the concept of state secrets cannot be found in a legal source, but it already has its roots in the legal literature. However, there were also rules in Roman law under which persons who violated state secrets could be severely punished, the sanction being a qualified death penalty. The sanction of state secret, which fell within the conceptual scope of perduellio (i.e., treason),²¹ was a qualified death penalty. It was one of the few crimes to be persecuted from the earliest times and was already included in the XII panel law.²² Moreover, the importance of the crime is underlined by the fact that it was one of the two ancient crimes known under Roman law (the other was the parricidium, i.e., homicide).²³ According to an excellent monograph summarizing Roman criminal law²⁴, “the crime was very widely

¹⁸ Zsolt Tokaji, P. Sándor Szabó, (szerk.) *A kínai hadtudomány klasszikusai (Classics of Chinese military science.)* Budapest 2018, 153

¹⁹ Ibid., 177

²⁰ Ibid., 182

²¹ Pál Angyal, *A titok védelme anyagi és alaki büntetőjogunkban (Protecting secrecy in our substantive and formal criminal law.)* Budapest 1908, 36

²² András Földi, Gábor Hamza, *A római jog története és intézményei (History and Institutions of Roman Law.)* 23. átdolgozott és bővített kiadás. Budapest 2019, 572

²³ Róbert Brósz, Elemér Pólay, *Római jog (Roman Law.)* Budapest 1974, 466

²⁴ János Zlinszky, *Római büntetőjog (Roman Criminal Law.)* Budapest 1995, 108

applied in the early days, also to citizens, but also to allied cities that entered the *fedus* with the Roman people and then switched to the enemy.” According to Roman terminology, the external enemy was called the *host*, and the *perduellis* was the internal enemy. Within the organization of the ancient Roman army, there was already a secret service, the *frumentarii*, their uniformed members served in the legion, their main task being to ensure the supply. They traveled extensively and employed agents to explore local communities and gather information (including enemy secrets). In the III. century, this organization was dissolved by Diocletian. Later, a more efficient organization called *agentes in rebus* was created. The scouts were later referred to as “shepherd dogs who joined the herd of wolves”.²⁵

Secret protection was later an important part of the self-defense mechanism of states in medieval Europe, even after the collapse of the Roman Empire. Maciavelli gives detailed advice to the prince on what and how to listen in order to take effective action against both the external and internal enemies.²⁶ Germanic human rights punished the betrayal of both military and state secrets. In addition, in medieval Europe, ecclesiastical law also played a particularly important role in protecting secular social relations. It also included the breach of secrecy as a punishable act, and in addition to the secrecy of confession, the betrayal of state secrets was also punishable. The latter was punished by perjury.²⁷

The protection of secrecy also played a particularly important role in the Venetian Republic, where the Council of Ten was formed in 1310, originally to explore the details of the Tiepolo conspiracy. From 1335, this body declared itself an inherited body of state security.²⁸ The Council of Ten was not only a police but also a judicial institution, with all locks open to its secret agents. Its members wore masks when acting on official matters. If they had to prove themselves, they lifted their cloak, which was lined with the letters C. X. D. (*Consiglio dei Dieci* – Council of Ten).²⁹

The Council of Ten was also extremely effective in intelligence and response, so it also needed a high level of age-appropriate secrecy, which the Republic of Venice also had. The Venetian Soro, who died in 1544, for example, entered the history of the secret services as the “father of cryptography”.³⁰

The protection of the secrets of the state also played a very important role in medieval Asia, as the condition for the existence and development of any effective

²⁵ Alfred Rolington, *Hírszerzés a 21. században, A mozaikmódszer (Intelligence in the 21st century. The mosaic method.)* Budapest 2015, 76-77

²⁶ T. Földesi, 49

²⁷ P. Angyal, 1908, 36-38

²⁸ Gergely Bárándy, *Velence fénykora (The heyday of Venice.)* Budapest 1999, 154

²⁹ József Boda, „Szigorúan titkos!”? *Nemzetbiztonsági almanac (“Top secret!”? Almanac of national security)* Budapest 2016, 33

³⁰ Harry Howe Ransom, *Central Intelligence and National Security (Központi hírszerzés és nemzetbiztonság)* Cambridge 1959, 116

state is the protection of its fundamental interests, and this is inconceivable without the protection of secrets. To substantiate the above finding, it is interesting to note that secrecy played a prominent role in the peoples of the East, even in the earliest times, not only in ancient China, but also in the medieval Tartars effectively protecting their vital secrets to their state existence. In addition to the conquests, the grandmother did not neglect the protection of secrecy at all. A constant recurring element in contemporary records is that the enemy spies were immediately executed locally by the Mongols. An excellent example of successful secrecy is the 1221 campaign in Hvar, when the enemy was surprised by the Chinese-origin throwing machines used during the siege of the capital and the various gunpowder-like materials used to make the siege faster – and bloodier than expected.³¹ There has been no trace of the criminal law protection of state secrets in Hungarian legal history for many centuries. However, this does not mean that such behaviors would have gone unpunished in practice, as Pál Angyal points out: There is not even a mention of the betrayal of a state secret where it should be, t. i. in the list of cases of infidelity (Hk. I. 14., 1715. VII. act., 1723 IX. act.), however, it is completely inconceivable that this – perhaps rare – *delictum naturale* could have avoided punishment would be. If the “*subtractores castrorum*” (Hk. I. 14 § 10) were held liable in the name of infidelity, that is, those who insidiously played the castle of their masters into foreign hands, there is no doubt that the traitors of secrets interested in the existence of the state did not escape their worthy punishment.”³²

Tamás Földesi rightly points out that “the fact that before the Enlightenment there was a substantial lack of human rights enshrined in law, and perhaps enshrined in the constitution, and within that freedom of communication, also contributed to the reign of secrets for thousands of years. This meant that the ruler and the circles close to him were uncritical, but it was also the political and social order that ensured domination, and censorship and other means of power ensured that secrets were not revealed.”³³ To all this we can add that formal rules of protection of secrecy were not absolutely necessary before the constitutional criminal law was enacted, because retaliation for breaches of secrecy or acts considered a breach of secrecy could have taken place quickly, efficiently, without guarantee rules. In both the Middle Ages and the Early Modern Age, secrecy has not yet been sharply separated from other crimes against the state. I mentioned that in Roman law it was an element of treason, later we can find it among several cases (including in Hungary) among the cases of infidelity. Binding distinguished between infidelity in peace, war, diplomatic infidelity, infidelity with state documents, and breach of state secrecy, while van Calker said the correct classification is more: threat to

³¹ József Boda, Kund Regényi, *A hírszerzés története az ókortól napjainkig* (*The history of intelligence from antiquity to the present day*) Budapest 2019, 50

³² P. Angyal, 1908, 44–45

³³ T. Földesi, 52

peace, military infidelity, disloyal patronage, insult and secrecy, breach of secrecy, state documents disloyalty.³⁴

3. EUROPEAN REGULATORY EXAMPLES IN THE 19-20. CENTURY

The concept of state secrets has not been uniform in the history of law for a long time, it could be basically divided into military and diplomatic secrets, and for centuries, both state secrecy and espionage were partly intertwined crimes. France was the first to recognize the inaccuracy of an earlier perception that, in order to punish espionage, it was imperative that the perpetrator act with the intention of notifying some foreign state. A French law dated 1886 already penalizes any unauthorized intrusion into the secrets of the state, for whatever purpose. This example was followed successively by England in 1889, Italy in 1889, Russia in 1892, Germany in 1893 and 1914, as well as the 1912 Austrian proposal. But not only mere espionage without any specific purpose, but also the unauthorized acquisition of secrets in the absence of such purpose is punished by the said French law and the German law of 1914 ("gegen den Verrat militärischer Geheimnisse"). Interestingly, we note that the 1926 Fascist Italian Penal Code provided a modern-day regulation of the crime of state secrecy, entitled Obtaining News of State Security.³⁵ At the end of World War I, in the days following the fall, an extraordinary destruction of documents took place at the headquarters of the secret service of the Austro-Hungarian Monarchy. They have successfully prevented the victorious powers from gaining possession of the most important diplomatic and military secrets. "The reports of intelligence officers and spies serving in World War II did not fall into hostile hands. After the collapse, when socialist rule in Vienna seized power and enthusiasts in the Ministry of Defense slammed their tent trees, they could not grab the many thousands of reports. Although the entrance to the building was strictly guarded, which led directly to the »Evidenzbureau«, at the initiative of Colonel Ronge, the honest officers who had in their hands the lives and deaths of many hundreds of successor states carried away and burned the documents at night. By the time the "winners" realized where the archive was and wanted to process the material, they had just found a cool place."³⁶

³⁴ Pál Angyal, *Fel ségsértés, Királ ysértés, Hütlenség, Lá zadás, Hatóságok büntető jogi vé delme* (*Infringement, Disloyalty, Rebellion, Criminal protection of public authorities*) Budapest 1930, 58

³⁵ Pál Angyal, György Rá cz, *Az olasz büntető törvénykö nyv* (*Italian Criminal Code*) Budapest 1937, 80

³⁶ Árpád Botár, *A láthatatlan hadsereg, Kémek, merénylők, árulók* (*The invisible army Spies, assassins, traitors*) Tapolca 1937, 10-11

The first written Hungarian penal code (which is named today from its creator, Károly Csemegi, the “Code Csemegi”), already included the criminal protection of state secrets. At that time, the concept of state secrets did not exist in the present sense: it was divided into two parts by the names diplomatic secrets and military secrets. The first was protected by civil criminal law, so it was already found in the Code Csemegi. At that time, the military secret was protected by the military penal codes with the tools of criminal law, first the Austrian Military Code of 1855, which was enacted in Hungary by an open order of Franz Joseph I., and then the II. Article 1 of the Criminal Code, the first Hungarian military criminal code. In summary, in pre-1945 Europe, among the crimes committed to state secrets, we usually encounter two types of separation in each of the penal codes. Legislation distinguishes between military secrets on the one hand and state or political or diplomatic state secrets in the strict sense, on the other, and further differentiation is based on offending behavior: while in the case of breaches of political secrecy, only disclosure, betrayal, disclosure, etc. punishable, in the meantime, in the case of violation of secrets, espionage itself is a punishable act.³⁷

4. PROTECTION OF STATE SECRETS IN SOCIALIST LEGAL SYSTEMS

After 1945, the community of developed states split into two major camps, with the Eastern Bloc becoming part of the socialist legal system for four decades. Although, according to official ideology, the state would have died during the transition from socialism to communism, “there were no signs of this at all in the power relations of the leading power of socialism, the Soviet Union, the legal system showed development rather than decline. Stalin has already stated, in the light of the real processes, that the state is getting closer to extinction through strengthening, which in any case brought with it the development of traditional institutions of public power, albeit in a specific order of governance and operation.”³⁸ After Stalin’s death, Khrushchev also talked about the importance of preserving state secrets: “We must also stipulate in the rules of organization that a party member has a duty to preserve party and state secrets, to be politically vigilant and that blasphemy of party and state secrets is a crime against the party and is incompatible with party membership. This addition is necessitated by the fact that the symptoms of political frivolity and chatter, the facts of the chatter of party and state secrets, are quite widespread among the Communists.”³⁹ Soviet

³⁷ P. Angyal, 1908, 52

³⁸ László Korinek, *Kriminológia I (Criminology I)* Budapest 2010, 172

³⁹ Nyikita Szergejevics Hruscsov, „Módosítások az SZK(b)P szervezeti szabályzatában, A Szovjetunió Kommunista (bolsevik) Pártja XIX. Kongresszusának beszámolója” (Amendments to

criminal law was also taught in law faculties in Hungary in the 1950s. According to a contemporary textbook, one of the most serious crimes, treason, was classified by the Soviet Penal Code as the disclosure of military or state secrets in addition to espionage. Although the crime could only be committed intentionally, judicial practice has established intent even when, for example, German prisoners of war have, against their will, released military or state secrets as a result of torture in enemy captivity.⁴⁰ Thus, anyone who was in possession of state secrets as a Soviet soldier and was taken prisoner by Germany during World War II, or by the army of another state allied with the Germans, could realistically expect even the most severe criminal consequences when he returned home. The regulation was thus not only strict but also downright inhumane, and also contradicted the classical principles of traditional criminal law. The same contemporary Soviet criminal law textbook summarized other criminal law provisions related to the protection of secrecy: “Vigilance is the duty of every Soviet citizen. Particular vigilance should be required of those members of the Soviet state machinery who, by virtue of their duties, had received information which was a state secret or not to be disclosed. Defamation of a state secret, even if there is no counter-revolutionary intent, is a serious crime defined by the Legislative Decree of 9 June 1947 on “Liability for the Defamation of State Secrets and the Loss of Documents Containing State Secrets”. Chattering information that does not constitute a state secret but cannot be disclosed by an official is classified as an official crime by law.”⁴¹

By decree of June 8, 1947, the Council of Ministers of the Soviet Union issued a list of data constituting state secrets. That list also contained a precise list of information of a military, economic and other nature declared confidential, as well as information on inventions, discoveries and technical improvements.⁴² This legislation became a model for secret lists also introduced in the socialist states a few years later. The essence of the regulation of the era was that the concept of state secrecy was not defined primarily in a formal but in a material sense, ie there was not necessarily a need for a formal classification decision or classification marking. As a consequence, it was very easy to initiate (as did) criminal proceedings against persons who were not even aware that they had committed a crime of state secrecy, as no formal classification procedure was required during this period to obtain a data. as a state secret, as mentioned above. In addition to the Soviet Union, socialist criminal dogmatics developed in Eastern Europe until the

the organizational regulations of the SZK (b) P. Communist (Bolshevik) Party of the Soviet Union XIX. Reports of its Congress.) *Társadalmi Szemle* vol. 10. 1952, 1080

⁴⁰ *A szovjet büntetőjog Különös rész, (Special part of the soviet criminal law.)* Budapest 1954, 55

⁴¹ *A szovjet büntetőjog Különös rész, (Special part of the soviet criminal law.)* Budapest 1954, 273-274

⁴² Péter Barna, Az államtitok védelme (Protection of state secrets) *Jogtudományi Közlöny* vol. 5. Nr. I., 1955, 285

early 1950s. One of the essential features of this was its strong ideological hue. Some Eastern European textbooks have written openly that socialist criminal law is one of the most important tools in the “fight against exploiters,” and the classified curriculum is still clearly articulated. A textbook written for the purpose of educating the staff of the Hungarian State Protection Authority, marked “for official use only”, saw the essence of socialist criminal law as follows: “Socialist criminal law is not a further development of bourgeois law, but a new type of law. Socialist criminal law, like socialist law, was created as a result of the victory of the socialist proletarian revolution. Socialist criminal law was created by the popular masses. The revolutionary legislation was organized by the proletarian dictatorship. It serves as a weapon of socialist criminal law, the fight against exploiters. Socialist law, socialist criminal law, is the engine of building socialism. It expresses the will of the working masses, a means of strengthening and developing socialist social relations.”⁴³ The criminal law regulations of the socialist countries of Eastern Europe have, of course, followed the Soviet example since the early 1950s, with relatively minor differences. We refer only to some of these regulatory differences. In connection with the definition of the concept of state secrets, the socialist legal systems of Eastern Europe used three types of regulatory methods. The Criminal Code given a definition in Czechoslovak, Yugoslav and Romanian criminal law, or in the Criminal Code referred to the registration of the secret by a competent body (the best example of this was Soviet criminal law). Finally, there was a code that did not provide a definition at all (such as the Bulgarian Criminal Code), but merely referred to legislation prohibiting the disclosure of data. Regarding the content of the secret, there were quite detailed regulatory solutions (such as the Socialist Romanian Criminal Code), separating military and diplomatic secrets, other codes provided a material definition without any detail (such as the Yugoslav and Czechoslovak codes).⁴⁴

Article XI of the Bulgarian Penal Code, published on 9 February 1951, on crimes against social order. 295 to 302 of Chapter 4. It included in the clauses “Crimes against State Secrets” the offenses that could be committed in violation of state secrets, and criminalized not only those in official or military service, but also other persons. He also punished anyone who communicates, discloses or collects information of a military, economic or other nature in any way, which is not a state secret, but the disclosure of which is prohibited by law or regulation. The Czechoslovak Penal Code, which entered into force on 1 August 1950, contained in Part 2, entitled Crimes against the Security of the Republic, Articles 88-92. §§ 112-115. §§ contained rules on the threat to economic and service secrecy,

⁴³ Péter Barna, *Büntetőjogi ismertetek, Államvédelmi tankönyv* (Criminal law knowledge, State Defense textbook) Budapest 1955, 21

⁴⁴ *A Magyar Népköztársaság Büntető Törvénykönyve*. (Criminal Code of the Hungarian Republic.) Igazságügyminisztérium 1960, 305-306

ie differentiated economic, service and state secrets.⁴⁵ In the history of Hungarian law, initially objective, descriptive rules gradually became colored by ideology after 1919, and from 1951 this process intensified. A formal classification procedure and classification marking was not necessarily required for a data to be considered a state secret, which violated legal certainty in our present terms both between and after the two world wars, in the era of socialist secrecy. Nevertheless, if we evaluate the regulation according to the time of the day, it can be said that the Hungarian secrecy provisions have always been modern, relatively politically neutral regulations corresponding to the level of the given age, and a certain development can be observed during the continuous change of the regulation. which can be seen on the one hand in the gradual modernization of the rules and on the other hand in the increase in the number of guarantee elements. With regard to the Hungarian criminal law regulation, there is a tendency that the facts have gradually eased, in addition to the Criminal Code. In particular, they have become more and more “backward,” more and more distant from crimes against the state during codification. There has always been an unwritten rule for the Special Part, chapters of facts involving more serious offenses tend to move forward (there are, of course, exceptions to this), and within chapters, the law moves from more dangerous crimes to less dangerous ones. The least common multiple in socialist criminal law was the predominantly material definition of the concept of state secrecy. The essence of this was that even in the absence of a formal classification procedure and formal requirements (such as a classification mark), it was possible to prosecute the perpetrators. This has led to a high degree of legal uncertainty in today’s eyes, and with a little exaggeration we can say that almost anyone who has been accused by the prosecutor of this could be convicted of a breach of state secrecy.

5. CLOSING REMARKS

In summary, the administrative and criminal law rules of classified data have appeared relatively late in European legal history over the last two centuries. Evaluating these, we can state that initially objective, descriptive rules gradually colored with ideology in the socialist era. A formal classification procedure and classification marking was not necessarily required for a data to be classified as a state secret, which violated legal certainty in our current terms, in the era of socialist secrecy. Nevertheless, if we evaluate the regulations according to the age at that time, it can be said that the secrecy provisions have always been in accordance with the standards of the given age, in most cases relatively neutral regulations, and a certain development arc can be observed. it can be seen in the gradual

⁴⁵ P. Barna, 1955, 2

modernization of the rules and, on the other hand, in the increase in the number of guarantee elements from the end of the socialist era. With regard to criminal law, there is a tendency for criminal offenses regarding to state secret to gradually less and less severe. The various rules of state secrecy and related crimes has eased in most European countries' criminal law regulation since 1989, and instead of the concept of state secrets, the category of classified data according to modern Western terminology has already been used by Eastern European states.

REFERENCES

- A Magyar Népköztársaság Büntető Törvénykönyve.* (Criminal Code of the Hungarian Republic.) Igazságügyminisztérium 1960
- A szovjet büntetőjog Különös rész,* (Special part of the soviet criminal law.) Budapest 1954
- Pál Angyal, *A magyar büntetőjog kézikönyve* (Handbook of Hungarian criminal law.) 6. Személyes szabadság megsértése, *A titok büntetőjogi védelme, Magánlaksértés,* Budapest 1929
- Pál Angyal, *A titok védelme anyagi és alaki büntetőjogunkban* (Protecting secrecy in our substantive and formal criminal law.) Budapest 1908
- Pál Angyal, *Felségsértés, Királysértés, Hűtlenség, Lázadás, Hatóságok büntetőjogi védelme* (Infringement, Disloyalty, Rebellion, Criminal protection of public authorities) Budapest 1930
- Pál Angyal, Gyula Isaák, *A Kihágási Büntető Törvénykönyv* (The Penal Code for Violation.) Budapest 1941
- Pál Angyal, György Rácz, *Az olasz büntetőtörvénykönyv* (Italian Criminal Code) Budapest 1937
- Géza Balázs, *A titok antropológiája és szemiotikája* (The anthropology and semiotics of secrecy.) Budapest 2019
- Gergely Bárándy, *Velence fénykora* (The heyday of Venice.) Budapest 1999
- Péter Barna, *Az államtitok védelme* (Protection of state secrets) *Jogtudományi Közlöny* vol. 5. Nr. I., 1955
- Péter Barna, *Büntetőjogi ismertetek, Államvédelmi tankönyv* (Criminal law knowledge, State Defense textbook) Budapest 1955
- József Boda, „Szigorúan titkos!”? *Nemzetbiztonsági almanac* (“Top secret!”? Almanac of national security) Budapest 2016
- József Boda, Kund Regényi, *A hírszerzés története az ókortól napjainkig* (The history of intelligence from antiquity to the present day) Budapest 2019
- Endre Bócz, „Az ügyvédi titok és az ügyvédi iratok védelme a büntetőeljárásban” (Protection of legal professional privilege and legal documents in criminal proceedings) *Belügyi Szemle*, vol. 3. 1996
- Árpád Botár, *A láthatatlan hadsereg, Kémek, merénylők, árulók* (The invisible army Spies, assassins, traitors) Tapolca 1937
- Róbert Brósz, Elemér Pólay, *Római jog* (Roman Law.) Budapest 1974
- Kant Fischer, *Kant vallásfilozófiája*, (Kant's philosophy of religion) Sárospatak 1868

- Tamás Földesi, *A Janus arcú titok, A titok titka. (The secret on Janus' face. The secret of the secret.)* Budapest 2005)
- András Földi, Gábor Hamza, *A római jog története és intézményei (History and Institutions of Roman Law.)* 23. átdolgozott és bővített kiadás. Budapest 2019
- Nyikita Szergejevics Hruscsov, „Módosítások az SZK(b)P szervezeti szabályzatában, A Szovjetunió Kommunista (bolsevik) Pártja XIX. Kongresszusának beszámolóit” (Amendments to the organizational regulations of the SZK (b) P. Communist (Bolshevik) Party of the Soviet Union XIX. Reports of its Congress.) *Társadalmi Szemle* vol. 10. 1952
- Walter, Jellinek, „Der Umfang der Verschwiegenheitspflicht des Arztes und des Anwalts“ (Az orvos és az ügyvéd titoktartási kötelezettségének hatóköre.) (Scope of the doctor's and lawyer's duty of confidentiality.) *Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, vol. 3. 1906
- Heidi Kitrosser, „Classified information leaks and free speech” (Minősített adatok kiszivárogtatása és szólásszabadság.) *University of Illinois Law Review*, vol. 3. 2008)
- László Korinek, *Kriminológia I (Criminology I)* Budapest 2010
- Niklas Luhmann, *Látom azt, amit te nem látsz. (I see what you do not see)* Budapest 1999
- Elit Nikolov, *A titok. (The secret.)* Budapest, 1973
- Karlheinz Probst, *Wirtschaftsverrat und Wirtschaftsspionage (Gazdasági árulás és gazdasági kémkedés.) (Economic treason and economic espionage)* Inaugural-dissertation, Graz 1972
- István Resperger, *A nemzetbiztonság elmélete a közhatalomban (Theory of national security in the civil service)* Budapest 2018
- Béla Révész, *A titok, mint politika, A titkosszolgálatok politológiai kutatásának lehetősége (The secret as politics. Possibilities of political science research of secret services.)* Szeged 2007
- Harry Howe Ransom, *Central Intelligence and National Security (Központi hírszerzés és nemzetbiztonság)* Cambridge 1959
- Alfred Rolington, *Hírszerzés a 21. században, A mozaikmódszer (Intelligence in the 21st century. The mosaic method.)* Budapest 2015
- Karl Erik Rosengreen, *Kommunikáció (Communication)* Budapest 2008
- Gergely László Szőke, „Gondolatok a hazai titokvédelmi szabályozás rendszeréről” (Thoughts on the system of Hungarian secrecy regulations.) *JURA* vol. 2. 2018
- Zsolt Tokaji, P. Sándor Szabó, (szerk.) *A kínai hadtudomány klasszikusai (Classics of Chinese military science.)* Budapest 2018
- Mihály Tóth, „Titkokkal átszőtt büntetőjog” (Criminal law interwoven with secrets.) *Iustum Aequum Salutare* vol. 1. 2005
- Max Weber, *Essays in sociology (Szociológiai tanulmányok H.H. Gerth & C. Wright Mills trans. and eds., 1946)*
- János Zlinszky, *Római büntetőjog (Roman Criminal Law.)* Budapest 1995

Иштван Ласло И. Гал
Универзитет у Печују
Правни факултет
gal.istvan.laszlo@gmail.com
ORCID ID: 0000-0002-0258-8587

Заштита државне тајне у правној историји Европе

Сажетак: Правно регулисање заштитне државне тајне појавило се у европској правној историји релативно касно у последња два века. Одредбе о тајни су увек биле у складу с даљим добом, у већини случајева релативно неутралне уредбе и може се запазити одређени ток напретка. Он се може видети у постојећој модернизацији правила и, с друге стране, у броју заштићених елемената од краја социјалистичког периода. С аспекта кривичног права, у погледу кривичних дела против државе постоји тенденција све блажег кажњавања. Разна правила која се односе на државну тајну и кривична дела с њом у вези ублажена су од кривичним законодавствима већине европских земаља од 1989.

Кључне речи: тајна, државна тајна, поверљиви подаци, поверљивост, државна безбедност, Чемеијев законик, *perduellio*, *Evidenzbureau*, Агенција за заштиту државе.

Датум пријема рада: 31.05.2022.

Датум достављања коначне верзије рада: 14.07.2022.

Датум прихватања рада: 21.09.2022.

Ивана З. Туцак

Универзитет Јосипа Јурја Штросмајера у Осijekу

Правни факултет Осijek

itusak@pravos.hr

ORCID ID: 0000-0001-9694-2315

ПРЕИСПИТИВАЊЕ АКАДЕМСКОГ ИНТЕГРИТЕТА У СВЕТЛУ ОБЈАВЉИВАЊА РАДОВА У НАУЧНИМ ЧАСОПИСИМА

Сажетак: Часописи представљају најважније средство комуникације између научника. Кључни фактор за оцену научника данас јесте њихова научна продуктивност. Да би њихов научни рад био позитивно оцењен, неопходно је да научници објаве одређени број радова у часописима индексираним у релевантним комерцијализованим базама података (од којих су најзначајнији Web of Science Core Collection и Scopus). Оно што је ипак важно јесте да су објављени чланци високо цитирани. Ова преокупација бројкама променила је издавачку културу и данас су научници више заокупљени тиме колико и где објављују, него шта објављују. Резултат је значајно повећање броја часописа и објављених радова, али то повећање не мора да води до позитивног развоја саме науке. Издавачки принос се често наводи као разлог за неопционо понашање. Овај рад истражује неке од највећих изазова у академској заједници данас: транспарентност и неписменост процеса рецензирања, објављивање радова у предајорским часописима, раст броја радова насталих у коауторству, појаву изв. плодних аутора, писаца духова и почасних писаца. У раду ће се истражити ови изазови у контексту хрватског Закона о научној делатности и високом образовању и Правилника о условима за избор у научна звања.

Кључне речи: двоструко слепо рецензирање, предајорски часопис, плодни аутори, Закон о научној делатности и високом образовању Републике Хрватске, Правилник о условима за избор у научна звања.

1. УВОД

Научни часописи настали су из праксе европских научника из 17. века да једни друге обавештавају о својим научним открићима писањем опширних писама. Ова пракса је добила заокрет када је Хенри Олденбург (*Henry Oldenburg*) постао први секретар новооснованог Краљевског друштва у Лондону. Под покровитељством Друштва у марту 1665. године је основан први, и пошто још увек излази, и најдуговечнији научни часопис *Philosophical Transactions*.¹ Поред „идеалистичког приступа“ који се очитује у очувању научних постигнућа за будуће генерације те омогућавања даљњег научног напретка, један од циљева часописа је био и заштита сопствених остварења од присвајања других научника.²

Научни часописи представљају данас најважније средство комуникације између научника. Кључни фактор за оцену научника јесте њихова научна продуктивност. Да би њихов научни рад био позитивно оцењен, неопходно је да научници објављују одређен број радова у часописима индексираним у релевантним комерцијализованим базама података. Широка доступност библиометријских података из *Elseviera*, *Google Scholar* и *Clarevitea* придоноси потпуној заокупљености научника продуктивношћу и учинком.³ Таква радна атмосфера препозната је као кључни фактор у подстицању научника на неестичко понашање.⁴ Сврха овог рада јесте да се истраже неки од највећих изазова у академској заједници данас. Рад је подељен у четири поглавља. Прво поглавље бави се библиометријским индикаторима. Други део рада се односи на транспарентност и непристрасност поступка рецензирања те на објављивање радова у предаторским часописима, трећи део рада се односи на пораст броја радова у коауторству, појаву изузетно плодних аутора, писаца духова и почасних писаца. Четврти део рада истражује ове изазове у контексту хрватског Закона о научној делатности и високом образовању и Правилника о условима за избор у научна звања.⁵

¹ Alan Cook, „Academic Publications before 1940“, *A Century of Science Publishing* (ed. Einar H. Fredriksson), Amsterdam -Berlin, 16; The Royal Society Publishing, About Philosophical Transactions, <https://royalsocietypublishing.org/rstl/about>, 24. априла 2022.

² A. Y. Gasparyan, B. Nurmashv, A. A. Voronov, A. N. Gerasimov, A. M. Koroleva, G. D. Kitash, „The Pressure to Publish More and the Scope of Predatory Publishing Activities“, *J Korean Med Sci*. 12/2016, 1874; A. Cook, 232–233; Tom Ginsburg, Thomas J. Miles, „Empiricism and the Rising Incidence of Coauthorship in Law“ *University of Illinois Law Review* 2011, 1810.

³ Daniel Sarewitz, „The pressure to publish pushes down quality“, *Nature* 533/2016, 147.

⁴ Elizabeth Wager, Sanjay Singhvi, Sabine Kleinert, „Too much of a good thing? An observational study of prolific authors“ *PeerJ*. 2015, 1-5.

⁵ Закон о знаности и високим образовању, *Narodne novine*, br. 123/2003, 198/2003, 105/2004, 174/2004, 02/2007, 46/2007, 45/2009, 63/2011, 94/2013, 139/2013, 101/2014, 60/2015, 131/2017; Правилник о увјетима за избор у званствена звања, *Narodne novine*, br. 28/2017.

2. БИБЛИОМЕТРИЈСКИ ИНДИКАТОРИ

Универзитети морају периодично да пролазе кроз низ поступака евалуације: од иницијалне акредитације, реакредитације, конкурса за доделу финансијских средстава, а сва та поступања зависе од угледа у њима запослених научника. Премда постоји много начина евалуације научног рада те се у ту сврху могу употребљавати различити параметри, најчешће се ту ради о броју објављених радова у индексираним часописима релевантних база и њиховој цитираности.⁶ То је посебно важно за научнике код избора и реизбора у научно-наставна звања, доделе научних награда те финансијских средстава за научноистраживачке пројекте.⁷

Пракса коришћења метрике публикација променила је издавачку културу подстакнувши научнике да осмисле стратегије како да повећају број објављених радова, а често на штету њиховог квалитета.⁸ Мерење истраживања путем библиометријских фактора (број радова, цитираност и х-индекс)⁹ наводи научнике на то да се фокусирају на то где објављују, а не на оно шта објављују.¹⁰ *Web of Science Core Collection* (у даљем тексту: WoSCC), *Scopus* и *Google Scholar* су данас најважнији индекси.¹¹

Фактор утицаја (*impact factor*) први је пут споменуо Јуџин Гарфилд (*Eugene Garfield*) 1955. године као помоћ ауторима у распознавању квалитета часописа. Ова се идеја од тада, с многим оспоравањима, непрестано развијала те с временом постала пресудна за оцену часописа. Реч је о посредном мерилу за квалитет часописа.¹² Намера самог Гарфилда била је да се помогне ауторима код избора часописа у којем ће да обелодане резултате свог научног рада.¹³ Мерни подаци о цитираности (метрика цитата) треба да укажу на часописе који имају богату традицију и широку видљивост те тако могу да спрече да аутори шаљу радове у тзв. предаторске часописе.¹⁴

⁶ Ivana Čadovska, Goranka Mitrović, "Uloga knjižnica u vrednovanju znanstvene produktivnosti: primjer nacionalne i sveučilišne knjižnice u Zagrebu", *Vjesnik bibliotekara Hrvatske* 2/2018, 181; Padmapriya Padmalochanan, "Academics and the Field of Academic Publishing: Challenges and Approaches", *Pub Res Q* 35/ 2019, 101; Martina Čuljak, Lovela Machala Poplašen, "Usporedba citatnih baza na uzorku hrvatskih znanstvenika javnozdravstvene institucije: Web of Science Core Collection, Scopus i Google Scholar", *Vjesnik bibliotekara Hrvatske* 1/2019, 131.

⁷ I. Čadovska, G. Mitrović, 181.

⁸ P. Padmalochanan, 101.

⁹ M. Čuljak, L. Machala Poplašen, 130.

¹⁰ P. Padmalochanan, 101.

¹¹ M. Čuljak, L. Machala Poplašen, 129-150.

¹² Pippa Smart, "Is the impact factor the only game in town?" *Ann R Coll Surg Engl.* 6/ 2015, 405-406.

¹³ Eugene Garfield, "The History and Meaning of the Journal Impact Factor", *JAMA*, 1/ 2006, 90; P. Smart, 405.

¹⁴ A. Y. Gasparyan *et al*, 1877.

Важно је да се истакне да фактор утицаја није замишљен као мерило квалитета чланака него часописа.¹⁵ Сам Гарфилд га је схватао као „80/20 феномен“ јер „20% чланака може да представља 80% цитата“.¹⁶ Фактор утицаја је израчунавање колико цитата просечно добију чланци у часопису.¹⁷ „Ако је фактор утицаја часописа пет, претпоставља се да сваки чланак добије око пет цитата у прве две године након објављивања.“¹⁸

Потпуно је јасно да је неадекватно да се научни рад оцењује само бројањем цитата.¹⁹ Како то примећује Смарт треба бити опрезан код употребе метрика: „Треба их користити као показатеље, а не као апсолутне критеријуме квалитета због методологије која се користи за њихово израчунавање, грешака у њима и ограниченог обухвата индекса.“²⁰ Опрез је потребан и због тога што је, на пример, мерење фактора утицаја у надлежности приватне компаније Clarivate у склопу њене комерцијализоване базе WoSCC.²¹ Важно је да се напомене да подаци које Clarivate користи за рачунање фактора утицаја нису јавни те покушаји одређених групација да репликују фактор утицаја који је објавила компанија Clarivate нису уродили плодом.²² База WoSCC се дуго сматрала „златним стандардом“ цитатних анализа, штавише била је једина цитатна база података до 2004. године, када се појавила такође комерцијализована база Scopus (Elsevier) те Google Scholar.²³ Садржај индексиран у њима није истоветан те ове цитатне базе пружају различите метрике цитата.²⁴

Х-индекс је по многима најпогоднији индикатор индивидуалне продуктивности јер се заснива на интегративном приступу броју објављених радова и њиховим цитатима у базама.²⁵ Но, и он има своја ограничења. Разлог да се цитира неки рад не мора увек да буде афирмативан; него то може да буде и критички осврт. Такође, са цитираношћу може да се и манипулише, конкуренти могу да се прећуте, колегама може да се да цитат који није неопходан, такође, аутори могу неоправдано да цитирају своје претходне радове да би повећали њихову видљивост, тзв. сувишни цитати.²⁶ Осим самоцитираних чланака, проблематични су и чланци с великим бројем коаутора који указују на могуће лажно ауторство.²⁷ Кодекс Универзитета у Осигеку,

¹⁵ P. Smart, 405.

¹⁶ P. Smart, 405; E. Garfield, 91.

¹⁷ P. Smart, 406.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ T. Ginsburg, T. J. Miles, 1810.

²⁰ P. Smart, 408.

²¹ *Ibid.*, 406; M. Čuljak, L. Machala Poplašen, 131.

²² P. Smart, 406.

²³ M. Čuljak, L. Machala Poplašen, 133.

²⁴ P. Smart, 406.

²⁵ A. Y. Gasparyan *et al.*, 1877.

²⁶ T. Ginsburg, T. J. Miles, 1810.

²⁷ A. Y. Gasparyan *et al.*, 1877.

на пример, као недолично одређује „намерно погрешно или пристрасно цитирање литературе“ (чл. 17. ст. 5).²⁸

Због концентрисаности на бројеве као доказе квалитета и хиперконкурентности, број објављених чланака експоненцијално расте.²⁹ О паду квалитета научног рада услед тога написано је мноштво радова.³⁰ Све су гласнији они који истичу да научници морају мање да објављују јер ће иначе добра истраживања да остану скривена међу све већим бројем лоших радова.³¹ Средина у којој научници стварају треба да се промени, треба обезбедити поштене поступке оцењивања, спречити хиперконкурентност и превелики притисак да се што више објављује. То подразумева напуштање критеријума који се заснива на квантитативним мерама научне продуктивности.³² Дobar пример у том правцу је Универзитет Гент (*Ghent*) у Белгији које тежи да постане „место на којем се таленат осећа цењеним“.³³ У оцени рада научника потпуно су напустили ослањање на квантитативне метрике (библиометријске мере), смањили су учесталост евалуације и уклонили експлицитне циљеве где треба да објаве радове. Нагласак је стављен на контролу колега те холистичку, квалитативну евалуацију.³⁴

3. ДВОСТРУКО СЛЕПО РЕЦЕНЗИРАЊЕ И ЊЕГОВЕ АЛТЕРНАТИВЕ

Поступак рецензирања настао је у првој половини 18 века. Краљевска друштва у Единбургу и Лондону (*The Royal Societies of Edinburgh and London*) прва су почела да траже помоћ чланова у поступку одабира чланака који ће бити објављени.³⁵ Краљевско друштво у Лондону наводи се често не само као средина унутар које је настао први научни часопис, него му се и приписује настанак концепта оцењивања научних рукописа. Године 1752., 87 година

²⁸ Етички кодекс Свеучилишта у Осијеку, <file:///D:/Downloads/eticki-kodeks-sveucilista-josipajurja-strossmayera-2011.pdf>, 25. марта 2022.

²⁹ D. Sarewitz, 147.

³⁰ Niels Mejlgaard, Lex M. Bouter, George Gaskell, Panagiotis Kavouras, Nick Allum, Anna-Kathrine Bendtsen, Costas A. Charitidis, Nik Claesen, Kris Dierickx, Anna Domaradzka, Andrea Reyes Elizondo, Nicole Foeger, Maura Hiney, Wolfgang Kaltenbrunner, Krishma Labib, Ana Marušić, Mads P. Sørensen, Tine Ravn, Rea Šćepanović, Joeri K. Tjink, Giuseppe A. Veltri, “Research integrity: nine ways to move from talk to walk”, *Nature* 586/2020, 358-359.

³¹ D. Sarewitz, 147.

³² Mejlgaard *et al*, 358-359.

³³ Elizabeth Redden, Stepping Out of the Rat Race, go.nature.com/3itv56b, 20. април 2022; Mejlgaard *et al*, 359.

³⁴ Mejlgaard *et al*, 359.

³⁵ Michael L. Voight, Barbara J. Hoogenboom, “Publishing your work in a journal: understanding the peer review process”, *Int J Sports Phys Ther.* 5/2012, 453.

након утемељења *Philosophical Transactions*, Друштво је основало „комисију за чланке“ која је добила задужење да одабере чланке за објављивање а које је пре тога било у рукама секретара друштва.³⁶ Постепено су концепт рецензирања (*peer review*) прихватала и друга професионална друштва.³⁷ Важно је да се истакне да је поступак рецензирања дуго остао неорганизован с доминантном улогом главног уредника. Може да се каже да је тек у 20. веку поступак рецензирања постао раширенији и стандардизованији.³⁸

Рецензирање се и данас посматра као најмање контроверзни метод оцењивања научних радова.³⁹

Сврха двоструке слепе рецензије јесте да се оцени квалитет научног рада, умањи могући непотизам те конструктивним коментарисањем унапреди научно истраживање.⁴⁰ Рецензенти би требало да пруже „објективну, конструктивну и доследну оцену“ те тако помогну уредницима да донесу информисану одлуку, али и ауторима да унапреде свој текст.⁴¹ Но, ова процедура уједно је и предмет бројних спорова. Многи аутори истичу важност те процедуре за научну заједницу, виде је као кључни фактор за осигурање научног квалитета,⁴² као „камен темељац“, али исто тако други аутори истичу слабости те процедуре,⁴³ описујући је као „свету краву науке“.⁴⁴

До данас је објављено мноштво научних радова који се баве дубоким, системским проблемима поступка рецензирања,⁴⁵ злоупотребом поступка,⁴⁶ необјективности приликом рецензије, случајевима научних превара те питањима исправки и тзв. повлачењем чланака.⁴⁷ Двострукој слепој рецензији замера се спорост, непоузданост, неефикасност у проналаску ненамерних нетачности али и плагијата и фабриковања, нетранспарентности, чак и њеној скупоћи.⁴⁸

³⁶ David A. Kronick, “Peer Review in 18th-Century Scientific Journalism”, *JAMA* 10/1990, 1321.

³⁷ M. Voight, B. Hoogenboom, 453.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Jadranka Stojanovski, Elias Sanz-Casado, Tommaso Agnoloni, Ginevra Peruginelli, “Peer Review in Law Journals”, *Frontiers in Research Metrics and Analytics* 6 /2021, 3.

⁴⁰ Jeffrey Overall, “Stop Drinking the Kool-Aid: The Academic Journal Review Process in the Social Sciences Is Broken, Let’s Fix It”, *Journal of Academic Ethics* 3/ 2015, 277.

⁴¹ J. Stojanovski *et al*, 8.

⁴² *Ibid.*, 3

⁴³ *Ibid.*, 1.

⁴⁴ Jaap de Vries, “Peer Review: The Holy Cow of Science”, *A Century of Science Publishing* (ed. Einar H. Fredriksson), Amsterdam – Berlin 2001, 231.

⁴⁵ Mejlgard *et al*, 358–9.

⁴⁶ J. Stojanovski *et al*, 8.

⁴⁷ Emerald Publishing, Article withdrawal & correction, <https://www.emeraldgroupublishing.com/publish-with-us/author-policies/article-withdrawal-correction>, 15. јануар 2022; Mejlgard *et al*, 358–9.

⁴⁸ J. Stojanovski *et al*, 3.

Идентитет аутора непознат је рецензенту, међутим и даље постоји могућност пристрасности. Уредник, који није „слеп“, руководи „расправом“ између аутора и рецензената те доноси коначну одлуку. То је извор бројних етичких проблема.⁴⁹ Уредници знају ко је аутор те могу да му погодују, посебно је то проблематично када су аутори угледни научници.⁵⁰ Поред тога, уредници могу појединим ауторима и да пруже „временску предност за објављивање”.⁵¹

Скривеност идентитета рецензента од аутора рукописа требало би бити јемство објективности.⁵² Но та скривеност отвара и простор за низ критика усмерених ка кршењу „универзалних идеала академске заједнице”: транспарентности, слободе изражавања, узајамног поверења.⁵³ То може да значи скривање сукоба различитих интереса, личне и финансијске природе. Рецензенти могу да препознају рад свог конкурента те да га оцене према критеријумима који нису објективни.⁵⁴ Један је уредник *British Medical Journala* процедуру рецензирања упоредио са светом у књигама Кафке у којем судску одлуку доноси анонимни судија.⁵⁵

Дужина процеса рецензирања такође је контроверзна. Најугледнији часописи су они који имају највиши проценат одбијених радова.⁵⁶ У најважнијим часописима из друштвених наука проценат одбијених радова је и до 90 одсто.⁵⁷ Будући да раздобље напредовања у правилу траје пет година у којима обично треба објавити од пет до десет радова, а према неким проценама, у важним часописима треба барем три године да се објави рад, један од већих проблема представља и дуготрајност процедуре рецензирања.⁵⁸ Часописи углавном траже ексклузивне пријаве са сврхом смањења терета рецензентима који су и сами научници чије је време драгоцено. У комбинацији с ексклузивном пријавом, то значи да се објављивање важног чланка може одгодити годинама.⁵⁹ Аутори радова због високог степена одбијања морају писати бројне чланке. Они заправо имају две могућности. Прва је

⁴⁹ *Ibid.*, 8.

⁵⁰ J. Overall, 277.

⁵¹ Sanja S. Strgar, Maja S. Vukadinović, “Legal Aspects of Scientific Misconduct: Causes and Possible Solutions”, *Ethical Perspectives*, 1 /2018, 118.

⁵² J. de Vries, 236.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ S. Strgar, M. Vukadinović, 118.

⁵⁵ Richard Smith, “Pros and Cons of Open Peer Review”, *Nat. Neurosci.* 3/1999, 197–198 према J. Stojanovski *et al*, 10.

⁵⁶ J. de Vries, 236.

⁵⁷ J. Overall, 287.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Lawrence B. Solum, “Download it while it’s hot: Open access and legal scholarship”, *Lewis & Clark Law Review* 4/ 2006, 841-868, str. 851.

„рискантан подухват“, посветити целу годину писању једног рада достојног најбољих часописа или, друга, писати што више радова у нади да ће барем неки од њих бити објављени.⁶⁰

Проблеми с двоструком слепом рецензијом везани су и уз питање зашто би неко трошио своје драгоцено време да бесплатно оцењује туђе научне радове.⁶¹ У правилу рецензенти не добијају ни јавно признање, ни новчани хонорар. Све се заснива на алтруизму,⁶² на веровању да појединци осећају емпатију према другима.

Супротно схватање заступају теоретичари економске рационалности. Према њима, сво људско понашање усмерено је унапређењу сопственог интереса.⁶³ Рецензенти не желећи трошити превише свог времена могу само површно оценити научни рад.⁶⁴ Немају ни мотив предложити измене текста јер тако себи стварају додатни посао који неће бити награђен на адекватан начин.⁶⁵ Хрватска правила за наставно напредовање на одређени начин стимулишу научнике да прихвате посао рецензента будући да се неки од услова које научници треба да испуне односе на оцењивање и радова и књига.⁶⁶

Овде се поставља и питање одговорности уредника за објављене чланке. Познати су бројни случајеви када су објављени чланци који су прошли процедуру рецензирања па потом повучени без да је било ко од актера у процедури био одговоран.⁶⁷ Неки од таквих чланака имали су велике последице не само за научну заједницу. Један од најпознатијих таквих случајева односи се на чланак Ендруа Вакефилда (*Andrewa Wakefielda*) и његових сарадника који су 1998. у часопису *Lancet* објавили чланак у којем тврде да „вакцина против малих богиња, заушак и рубеле (MMR) може предиспонирати регресију понашања и перзистентни развојни поремећај код деце“.⁶⁸ Рад је накнадно повучен. Утврђено је да су Вакефилд и његови сарадници починили намерну превару јер су се усредсредили на податке који су одговарали њиховим тезама те фалсификовали чињенице. Овај случај је био широко медијски пропраћен те је довео до забринутости родитеља и смањеног инте-

⁶⁰ J. Overall, 287.

⁶¹ Matko Marušić, Dario Sambunjak, Ana Marušić, “Vodič za ocjenu (recenziju) znanstvenog članka”, *Pedijatrija danas* 2/2006, 224.

⁶² J. Overall, 277, 282.

⁶³ *Ibid.*, 282.

⁶⁴ *Ibid.*, 277.

⁶⁵ *Ibid.*, 283.

⁶⁶ Odluka o nužnim uvjetima za ocjenu nastavne i znanstveno-stručne djelatnosti u postupku izbora u znanstveno-nastavna zvanja, *Narodne novine*, br. 122/2017.

⁶⁷ J. de Vries, 236.

⁶⁸ T. S. Sathyanarayana Rao, Chittaranjan Andrade, “The MMR vaccine and autism: Sensation, refutation, retraction, and fraud” *Indian journal of psychiatry* 2/2011, 95-6; A. J. Wakefield, S. H. Murch, A. Anthony *et al.*, “Ileal-lymphoid-nodular hyperplasia, non-specific colitis, and pervasive developmental disorder in children”, *Lancet*, 351/1998, 637–41.

реса за вакцинацију деце. Посебно забрињава да је откривање ове преваре било највећим делом резултат новинарске истраге, а не процедура академске заједнице.⁶⁹ Проблематични су и супротни случајеви, бројни су примери да су рецензенти одбили чланке који су накнадно постали изразито утицајни.⁷⁰

Процедура рецензирања у правним часописима јесте национално специфична.⁷¹ Стојановски *et al* истичу да европске правне часописе карактерише непостојање етаблиране културе стручног оцењивања те јединственог европског приступа процедури рецензирања које су и даље национално обележене.⁷² У одређеним правним гранама и код националних тема због малобројности научне заједнице анонимност рецензије је немогуће постићи, а страни рецензенти нису од помоћи због непознавања језика, односно тематике која је уско национално одређена.⁷³

Проблем представља и објављивање чланка у тзв. предаторским часописима. Процедура рецензирања треба да буде независна и не сме да буде под утицајем пословног модела издавача.⁷⁴ Џ. Бил (Beall) дефинише преда-торске часописе као оне који су „напустили селективност чланака јер имају за циљ да повећају приход повећањем броја чланака које прихватају и објављују уз наплату трошкова објављивања“.⁷⁵ То се доводи у везу са часописима који су усвојили модел *Golden Open Access* – Златни пут отвореног приступа.⁷⁶ Често се истиче да ту постоји „инхерентни сукоб интереса“⁷⁷ јер издавачи наплаћују трошкове ауторима за објаву њиховог рада, што више радова прихвате, биће виши њихов финансијски профит. Велики број примљених радова онемогућује строгу и дуготрајну процедуру рецензирања те су тенденције да се цела процедура направи флексибилнијом.⁷⁸ Према неким проценама, проблем с предајом рада предаторским издавачима има чак 400.000 научника широм света. Наравно, у неким случајевима реч је о томе да научници неетички користе овај недостатак уредничког надзора, непостојање процедуре рецензирања, како би без ризика неуспеха објавили своје радове.⁷⁹

⁶⁹ T. S. Sathyanarayana Rao, Chittaranjan Andrade, 95-6.

⁷⁰ J. de Vries, 236.

⁷¹ J. Stojanovski *et al*, 1.

⁷² *Ibid.*, 2.

⁷³ *Ibid.*, 3.

⁷⁴ P. Padmalochanan, 98.

⁷⁵ Jeffrey Beall, “Best practices for scholarly authors in the age of predatory journals”, *Ann R Coll Surg Engl.*, 2/ 2016, 78.

⁷⁶ P. Padmalochanan, 98.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Catherine Offord, “German Scientists Frequently Publish in Predatory Journals”, <https://www.the-scientist.com/news-opinion/german-scientists-frequently-publish-in-predatory-journals-64518>, 11. Април 2022.

Да би се избегли постојећи недостаци, Оверол предлаже следеће: наћи адекватан начин да се учине „слепим“ и уредници; плате рецензенти, стандардизује процедура рецензирања, да се повисе стандарди прихватања на конференцијама јер највећи број радова презентованих на истим никада не буде објављен у часописима⁸⁰ и да се пружи „конструктиван одговор“ ауторима.⁸¹ Ауторима не треба да се шаљу деструктивне и арогантне поруке, које су посебно опасне у погледу младих научника јер могу да их деморалишу за будући научни рад.⁸² Рецензентски извештај може бити користан уредницима, ауторима али и самим рецензентима. Рецензенти бивају упознати с најновијим истраживањима својих колега, прихватају вештину критичке процене која такође може да им помогне у сопственом раду.⁸³ Код проблематике предаторских часописа важно је да се истакне да нису сви часописи отвореног приступа неетички. Тако је ауторима сигурно да пошаљу рад у часописе који су индексирани у „Directory of Open Access Journals“ јер су прошли одговарајућу контролу своје уредничке политике.⁸⁴ Од велике је помоћи и листа Џефрија Била (*Jeffrey Beall*) која садржи списак потенцијалних предаторских часописа и издавача на енглеском језику.⁸⁵ И глобална удружења уредника и издавача, као што су COPE и *Open Access Scholarly Publishers Association* (OASPA) боре се против предаторских издавача, међу осталим, покрећући кампању „Think. Check. Submit“ као помоћ ауторима при одабиру поузданих часописа.⁸⁶

Као једно од могућих решења за набројене проблеме спомиње се и увођење тзв. отворене рецензије. Алтернативно рецензирање – отворено (незаслепљено) рецензирање, још увек је дискутабилан појам⁸⁷ за који нема опште-прихваћене дефиниције. Многи га виде као једно од основних принципа отворене науке,⁸⁸ као замену да досадашње нетранспарентно рецензирање постане транспарентно.⁸⁹ Реч је о рецензирању које треба да се деси након објаве рада чије су заједничке карактеристике: идентитет аутора и рецензената је познат,

⁸⁰ J. Overall, 286.

⁸¹ *Ibid.*, 277.

⁸² *Ibid.*, 287.

⁸³ M. Marušić, D. Sambunjak, Ana Marušić, 224.

⁸⁴ Matthew C. Sonfield, “Academic Plagiarism at the Faculty Level: Legal Versus Ethical Issues and a Case Study”, *J Acad Ethics* 12/2014, 84-86.

⁸⁵ Beall’s List of Potential Predatory Journals and Publishers, <https://beallslst.net/>, 12. април 2022; A. Y. Gasparyan et al, 1875; M. Sonfield, 84-86.

⁸⁶ A. Y. Gasparyan et al, 1876-1877; Think. Check. Submit, <https://thinkchecksubmit.org/about/>, 11. март 2022.

⁸⁷ P. Padmalochanan, 100 -101.

⁸⁸ J. Stojanovski et al, 10.

⁸⁹ *Ibid.*, 3.

постоји отворена интеракција између свих актера и на крају рецензија се објављује јавно.⁹⁰

4. ПЛОДНИ АУТОРИ И КОАУТОРСТВО

Године 1965. Дерик де Сола Прајс (*Derek de Solla Price*), познат као отац библиометрије, указао је на експоненцијално повећање раста објављених научних радова. Такав пораст не мора бити нужно повезан са стварним растом знања, велики број тих радова може да се „сматра само удаљеном позадинском буком“ од научних центара.⁹¹ Потреба да се објављује доводи и до појаве познате као „резање саламе“.⁹² Научници данас да би дошли до већег броја радова деле своја истраживања, на пример, прво објављују кратак рад, затим рад у којем улазе дубље у тематику. Тако раст броја објављених радова не резултира увек позитивним научним остварењем.⁹³ Но, важно је да се нагласи и да још увек није развијен оквир у којем би се могло мерити колико „укупно научно знање расте“.⁹⁴

Плодни аутори су они који објављују изузетно велик број радова у кратком временском периоду. То отвара простор за сумњу око различитих превара као што су гостујуће и почасно ауторство.⁹⁵ Говори се о истинитим и лажним ауторима.⁹⁶ Почасно ауторство (*honorary authorship*) подразумева давање статуса аутора особи која није дала никакав научни допринос.⁹⁷ „Ghostwriter“ је прави писац научног рада, који нигде није споменут. Он је супротност лажном аутору.⁹⁸

Појава плодних аутора је често везана уз коауторство. У неким научним областима постоје радови с више од хиљаду аутора. Од 2013. до 2018. број радова у часопису *Nature* с више од хиљаду аутора повећао се с нуле на стотину.⁹⁹ Једно истраживање главне библиографске базе података Националне

⁹⁰ P. Padmalochanan, 100–101.

⁹¹ Richard Van Noorden, Global scientific output doubles every nine years, <http://blogs.nature.com/news/2014/05/global-scientific-output-doubles-every-nine-years.html>, 7. април 2022.

⁹² *Ibid.*

⁹³ Smriti Mallapaty, Paper authorship goes hyper, A single field is behind the rise of thousand-author papers, <https://www.natureindex.com/news-blog/paper-authorship-goes-hyper>, 30. јануар 2022.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ E. Wager, S. Singhvi, S. Kleinert, 1-5.

⁹⁶ Christopher Baethge, “Publish Together or Perish. The Increasing Number of Authors per Article in Academic Journals Is the Consequence of a Changing Scientific Culture. Some Researchers Define Authorship Quite Loosely”, *Dtsch Arztebl Int.* 20/ 2008, 382.

⁹⁷ Who is accountable?, *Nature* 7166/ 2007,1.

⁹⁸ C. Baethge, 382.

⁹⁹ S. Mallapaty.

медицинске библиотеке (MEDLINE) открило је врло упитну праксу неких светски реномираних научника који су објављивали један или више научних радова у десет радних дана. Ти су аутори на утицајним академским позицијама, у уредништвима угледних часописа у којима и сами често објављују. Њима се приписују стотине некад и хиљаде чланака.¹⁰⁰ Квок (*Kwok*) упозорава на појаву „publication parasitism“ при објављивању радова у медицинским часописима.¹⁰¹ Употребљава израз („нови ентитет у научној превари“¹⁰²), „бели бик“ који је посудио из грчке митологије за опис типа „серијског злостављача“, старијег научника који при објављивању радова искоришћава младе истраживаче да пристану на непоштене договоре око ауторства, на пример, да им препусте место првог аутора.¹⁰³ Кодекс Универзитета у Осијеку забрањује „присвајање ауторства на основу надређене функције“ (чл. 17. ст. 4.). Такође се наглашава да „менторски однос мора бити заснован на међусобном поштовању без искоришћавања супериорности“ (чл. 18. ст. 4.).

Промена издавачке културе захватила је и право. Још увек велики број аутора објављује радове самостално, но број радова писаних у сарадњи такође расте. Правило „објавите или пропадните“ (*publish or perish*) замењује се правилом „објавите заједно или пропадните“ (*publish together or perish*). Истраживање које је спровела *Taylor & Francis Group* међу ауторима из хуманистичких и друштвених наука показало је пораст броја обелодањених радова у сарадњи и у областима у којима су се радови традиционално писали самостално. Данас радови из тих научних области уобичајено имају два или три аутора.¹⁰⁴ Сматра се да један од разлога раста научне сарадње представља научна специјализација. Растом знања, писање радова постаје све сложеније.¹⁰⁵ Према Гинзбургу (*Ginsburg*) и Мајлсу (*Mylesu*), четири су главна разлога који утичу на писање радова у сарадњи:

1) све већа сложеност објекта истраживања повезано са захтевима за специјализацијом. Посебно се односи на успон компјутерских и статистичких програма.¹⁰⁶ Овај разлог није само везан уз научни напредак, него и са

¹⁰⁰ A. Y. Gasparyan *et al*, 1875.

¹⁰¹ L. S. Kwok, “The White Bull effect: abusive coauthorship and publication parasitism”, *J Med Ethics* 31/ 2005, 554.

¹⁰² *Ibid.*, 555.

¹⁰³ У грчкој митологији, бели бик је облик који је Зевс користио у завођењу Европе. *Ibid*, 554.

¹⁰⁴ Co-authorship in the Humanities and Social Sciences A global view, 6, <https://author-services.taylorandfrancis.com/wp-content/uploads/2017/09/Coauthorship-white-paper.pdf>, 10. април 2022.

¹⁰⁵ T. Ginsburg, T. J. Miles, 1786.

¹⁰⁶ *Ibid.*, 1794

промењеним условима рада научника.¹⁰⁷ Она доводи до спајања аутора с различитим специјалностима. Аутори је називају комплементарна теорија сарадњиштва (*the complementarity theory of coauthorship*).¹⁰⁸

2) сарадња као средство компензације. „Како опортунитетни трошкови времена научника расту, имплицитни трошкови сарадње са научником такође расту.“¹⁰⁹ Тако колеге који би некада били задовољни да им се аутор за помоћ током писања рада само захвали, данас могу захтевати статус сарадника на раду. То аутори називају компензацијском теоријом сарадње (*the compensation account of scholarly collaboration*).¹¹⁰

3) сарадњом до вишег степена квалитета. Заједнички допринос научном истраживању који долази из различитих научних области доприноси поузданости чланка.¹¹¹

4) неизвесност процедуре рецензирања. Радови писани у сарадњи смањују ризик одбијања чланка. То је данас важно због кратких рокова за напредовање и дуготрајних процедура рецензирања.¹¹²

Гинзбург и Мајлс наводе интердисциплинарност и специјализацију као покретаче сарадње у правним наукама. Интердисциплинарни рад подразумева скуп разноликих вештина што је за једног научника прескупо да сам стиче.¹¹³

Институције морају да делују у погледу прекомерног ауторства. Потребно је да се ова појава прати и да се проверава. То је данас лакше због могућности идентификације истраживача, на пример путем ORCID ознаке.¹¹⁴ Према хрватским правилима за напредовање, научници „морају имати јавно доступан *Google Scholar* профил уређен на начин да се избегне двоструко или вишеструко приказивање истих радова“ (чл. 2. ст. 5.). Може се рећи да су медицински часописи лидери у спречавању недоличног понашања. Угледни медицински часописи попут *British Medical Journal*, *The Lancet* и *The Journal of the American Medical Association* траже од сарадника да конкретно истакну своје доприносе у научном раду.¹¹⁵ Злогласне преваре истакле су и питање одговорности сарадника у надзору над радом својих колега.¹¹⁶

¹⁰⁷ *Ibid.*, 1788.

¹⁰⁸ *Ibid.*, 1789.

¹⁰⁹ *Ibid.*, 1787-8.

¹¹⁰ *Ibid.*, 1789.

¹¹¹ *Ibid.*, 1789-1790.

¹¹² *Ibid.*, 1790.

¹¹³ *Ibid.*, 1794.

¹¹⁴ Open Researcher and Contributor ID, <http://orcid.org>, 25. април 2022; E. Wager, S. Singhvi, S. Kleinert, 4.

¹¹⁵ C. Baethge, 382.

¹¹⁶ Who is accountable?, *Nature*, 7166/ 2007, 1.

5. ХРВАТСКИ ЗАКОН О НАУЧНОЈ ДЕЛАТНОСТИ И ВИСОКОМ ОБРАЗОВАЊУ И ПРАВИЛНИК О УСЛОВИМА ЗА ИЗБОР У НАУЧНА ЗВАЊА

Сврха овог дела рада јесте да се истражи како се промене у издавачкој култури рефлектују на хрватске научнике у светлу Закона о научној делатности и високом образовању (у даљем тексту: Закон) и Правилника о условима за избор у научна звања (у даљем тексту: Правилник). Према чл. 32., ст. 1. Закона у хрватском научном систему постоје следећа научна звања: научни сарадник, виши научни сарадник, научни саветник и научни саветник у сталном звању. У чл. 32. ставовима 2. – 4. прописани су услови које истраживачи морају да задовоље да би били изабрани у звање. За нас је овде занимљив временски рок. Поступак за избор у више звање може се покренути тек по истеку рока од пет година. Одредба чл. 32. ст. 7. поставља изузетак од правила. Наиме, према овој одредби, ако се установи да запослени задовољава услове за избор у више звање у односу на оно у које се бира, уз сагласност самог запосленог, научни савет посебном одлуком га може изабрати у више звање и пре истека рока од пет година, али тек након три године од његовог претходног избора. Ова законска одредба која прописује могућност напредовања пре истека редовних рокова уколико објавите више чланака, засигурно је етички изазов за ауторе и против је оних упозорења да данашњи научници морају објављивати мање уколико желе задржати квалитет свог научног деловања.

Правилник који детаљније уређује услове које истраживачи треба да испуне да би били изабрани у научно звање, донео је 2017. године Национални савет за науку, високо образовање и технолошки развој (*Национално вијеће за знаност, високо образовање и технолошки развој*). Сврха овог Правилника је била регулисати врсту научних радова који се узимају у обзир за напредовање, категоризацију часописа, зборника радова и књига.¹¹⁷ Према чл. 17. ст. 2. Правилника избор у научно звање резултат је „квалитативне и квантитативне анализе“ научних радова кандидата. Радови су категоризирани у три групе. Научним радовима прве групе (a1) сматрају се радови објављени у часописима који су индексирани у базама података WoSCC или Scopus (чл. 17. ст. 3.). Часописи су подељени у квантили (Q1, Q2, Q3, Q4) „према извештају о цитираности JCR (*Journal Citation Report*) или SJR (*SCImago Journal Rank Indicator*) за годину предаје рада на објаву или годину објаве рада“. Уколико часописи индексирани у те базе немају фактор утицаја од-

¹¹⁷ О перспективама хрватских правних научника у објављивању научних радова види Barbara Herceg Pakšić, „U pravu i o pravu: stanje i perspektive u polju pravo u Republici Hrvatskoj u svjetlu validacijskih normativnih uvjeta“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 3/ 2019, 1053-1074.

носно нису разврстани у квартиле, за потребе Правилника, сматраће се да припадају четвртој квартили (чл. 17. ст.3.). Другу групу радова (a2) чине радови објављени у часописима који се налазе у прецизно одређеним базама.¹¹⁸ Објављени радови који нису укључени у претходно споменуте базе, чине посебну трећу (a3) групу (чл. 17. ст. 4).

Категоризација радова који су објављени у зборницима радова са конференција такође зависи од њихове индексираности у релевантне базе података те о томе да ли је скуп међународни или није (чл. 17. ст. 6). Да би се рад рачунао као објављен у међународном научном зборнику, мора се радити о конференцији која је одржана у иностранству, односно ако је одржана у Хрватској удео страних аутора мора чинити барем једну трећину зборника. У том случају ради се о радовима другог нивоа (a2). Уколико је зборник радова индексиран у WoSCC или Scopusu, објављени радови категорисани су као радови првог нивоа (a1, Q4). Научне конференције сматрају се међународним уколико имају међународни организациони одбор или уредништво. Радови објављени у зборницима који не удовољавају наведеним критеријумима припадају трећој категорији (a3). Међутим, постоји важан изузетак од давања приоритета радовима који се објављују у одређеним базама података, односно у зборницима радова који испуњавају критеријуме међународности. Зборницима радова прве групе сматрају се и зборници конференција у организацији или саорганизацији Хрватске академије знаности и умјетности (Q4) (чл. 17. ст. 6). Приликом оцењивања књига примењују се исти критеријуми као и за часописе и зборнике радова (чл. 17. ст. 7.). Књиге индексиране у WoSCC-у или Scopusu те оне које је објавио „међународно угледни научни издавач“ доносе ауторима три (a1, Q4) бода. Поглавље у књизи рачуна се као један рад (a1, Q4). Научна књига коју је издао факултет, универзитет и/или „други домаћи или страни научно угледни издавач“ оцењује се као три (a2) рада, а поглавље у таквој књизи као један (a2) рад. Приликом категоризације књиге која није индексирана у WoSCC-у или Scopusu, стручна комисија мора посебно да објасни научни допринос књиге и научни углед издавача. У књиге прве групе (a1, Q4) рачунају се и књиге које издаје или је саиздавач Хрватска академија знаности и умјетности.

Због мале заступљености хрватских правних часописа у базама WoSCC и Scopus, Правилником је у чл. 19. одређен посебан изузетак за избор у научну област право. Тако се поред база Scopus и WoSCC као радови прве категорије (a1, Q4) узимају и радови објављени у бази Heinonline (чл. 19. ст. 3). Према чл. 17. ст. 17. радови се бодују на следећи начин: чланак a1 у Q1 или

¹¹⁸ „PsycInfo, ProQuest Social Science Premium Collection, SocIndex, Academic Search Complete, Education Research Complete, Inspec, Westlaw, LexisNexis, LISA – Library and Information Science Abstracts bibliografskim zbirkama i modulima uključenim u navedene baze.“

Q2 доноси 2 бода; чланак a1 у Q3 или Q4 доноси 1 бод; поглавље у књизи a1 доноси 1 бод; књига a1 доноси 3 бода; чланак a2 или поглавље у књизи a2 доноси 0,75 бодова; књига a2 доноси 2,25 бодова; чланак a3 или поглавље у књизи a3 доноси 0,5 бода; књига a3 доноси 1,5 бод.

Да се не би нашли у правној неизвесности у погледу избора у више звање, за истраживаче је најсигурније да радове објављују у часописима индексираним у бази WoSCC или Scopus. Наиме, једино у том случају нису у опасности да стручна комисија која је дужна да категоризује њихове објављене радове и да образложи своју оцену не измени категоризацију рада у односу на ону под којом је рад објављен на шта је овлашћена према Правилнику (чл. 17. ст. 19). Стручна комисија тако може да промени категоризацију рада из научног у стручни, што се онда не бодује за научни напредак.

Важно је да се напомене да су Правилником постављена одређена ограничења за радове који се вреднују, чиме се спречавају различите етичке злоупотребе. Тако објављивањем научних радова у истом часопису може да се постигне највише половина потребних бодова, са изузетком радова у часописима заступљеним у првом и другом квинтилу (чл. 17. ст. 9). Међутим, занимљиво, то ограничење не вреди и за конференцијске зборнике радова. У погледу конференцијских зборника, Правилник само прописује да је у истом конференцијском зборнику могуће оцењивати само два рада истог аутора (чл. 17. ст. 9). Исто тако се водило рачуна и о томе да неко не оствари услове за избор у више научно звање искључиво на темељу радова објављених у часопису у којем је у моменту објаве уредник или члан уредништва. На тај начин, према Правилнику, кандидат може да оствари само трећину потребних бодова (чл. 17. ст. 10).

У друштвеним наукама генерално, па тако и у правним, за разлику од, на пример, биомедицинских наука или физике, аутори редовно пишу радове самостално, односно не с тако великим бројем сарадника. Ово се може закључити и према Правилнику који предвиђа да се удео доприноса појединог аутора вреднује као један научни рад уколико се ради о делу са највише три аутора (чл. 17. ст. 12). У случају да је дело настало као резултат сарадње четири или пет аутора, сваком од сарадника биће приписана половина дела. Уколико је број аутора већи од пет, научни удео сваког од сарадника се „одређује тако што се број један подели са бројем аутора” (чл. 17. ст. 12).

Према чл. 17. ст. 13. у друштвеним наукама за избор у звање научни сарадник, кандидат мора да има најмање један самосталан рад, а након избора, током стицања услова за избор у ново више звање, мора такође објавити један самостални научни рад. Област права је строжа од оних у другим друштвеним наукама и потребно је да кандидат за избор у више звање има најмање два самостална научна рада (чл. 19. ст. 2.). Кандидати морају имати и радове објављене на хрватском језику. Међутим, ради се о малом броју

радова (чл. 17. ст. 14). Тако за избор у звање научни сарадник потребно је објавити најмање један научни рад на хрватском језику, а након избора то се мора учинити у периоду пре избора у свако више научно звање. Питање објављивања на хрватском језику посебно је важно, међу осталим, и због развоја хрватске правне науке, правне терминологије. Међутим, због стремљења хрватских часописа да уђу у релевантне базе података, у којима је објављивање на енглеском језику претпоставка за лакши улазак, али и стицање фактора утицаја, све више хрватских часописа излази углавном или искључиво на енглеском језику. Аутори се тако налазе пред изазовом. Уколико објаве чланак на хрватском језику у домаћем часопису, он им се у најбољем случају може рачунати као а1 (Q3 или Q4) и за њега ће добити један бод за напредовање јер се ниједан хрватски часопис који објављује радове на хрватском језику, не налази у Q1 и Q2.¹¹⁹

6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Чињеница да научници имају релативно кратак период да стекну услове за напредовање у данашње компетитивно време, да часописи индексирани у релевантним базама имају строг рецензентски поступак који може да траје месецима са високим процентом одбијених радова, а за време чијег трајања аутору у правилу није допуштено да чланак поднесе на рецензију неком другом часопису, отвара се простор за плагирање и друге академске неисправности: измишљање и фалсификовање резултата истраживања, експлоатацију млађих колега (*ефекаѝ белої бика*), ангажовање тзв. писца духова.¹²⁰ Научне институције имају и у овом контексту одговорност да ублаже хипер-

¹¹⁹ Према интернетским страницама базе Scopus у њу су индексирани следећи хрватски правни часописи:

Croatian Yearbook of European Law and Policy (Q2; <https://www.scimagojr.com/journalsearch.php?q=21100224008&tip=sid&clean=0>); Transactions On Maritime Science (Q3; <https://www.scimagojr.com/journalsearch.php?q=21100840720&tip=sid&clean=0>);

Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu

(Q3; <https://www.scimagojr.com/journalsearch.php?q=90482&tip=sid&clean=0>);

InterEULawEast (Q4; <https://www.scimagojr.com/journalsearch.php?q=21100935900&tip=sid&clean=0>);

Croatian and Comparative Public Administration

(Q4; <https://www.scimagojr.com/journalsearch.php?q=21100945716&tip=sid&clean=0>).

О важности правне науке као националне дисциплине те о перспективама правних научника да објављују у хрватским правним часописима према њиховој индексiranости у релевантним базама података види преглед В. Herceg Pakšić, 155, 1058-1060, 1067.

¹²⁰ Gordana Cerjan Letica, Slaven Letica, "Znanstvena nedoličnost: kako se s njom nositi u Hrvatskoj?", *Acta Stomatologica Croatica*, 2/2008, 117-122.

конкурвенцију и радну атмосферу у духу пароле „објавити или пропасти“. Овај рад је покушао показати у којој мери је то успело хрватском законодавцу, односно Националном савету за науку, високо образовање и технолошки развој.

Хрватски Правилник о условима за избор у научна звања даје предност објављивању у часописима индексираним у базама података Scopus и WoSCC, без обзира што су хрватски правни часописи слабо присутни у тим базама. У овом моменту не постоји ниједан хрватски доминантно правни часопис у три најважнија дела ове базе: *Science Citation Index Expanded* (SCI-EXPANDED); *Social Sciences Citation Index* (SSCI); *Arts & Humanities Citation Index* (A&HCI). Хрватски правни часописи могу да се нађу у новом додатку бази WoSCC – *Emerging Sources Citation Index*, за коју Clarivate не рачуна фактор утицаја, тако да према Правилнику спадају у Q4. У WoSCC-у могу да се нађу и неки конференцијски зборници са територије Републике Хрватске, за које се такође не рачуна фактор утицаја.¹²¹ Занимљиво је и то да хрватски Правилник подједнако валоризује чланке објављене у часописима и зборницима конференција индексираних у WoSCC-у, мада постоје битне разлике у критеријумима за улазак у ове базе података. Критеријуми су много захтевнији за часописе. Укључивање часописа у базу података подразумева испуњавање сета од 24 критеријума који се односе на квалитет уређивачког рада, али и 4 критеријума који треба да обезбеде избор најутичајнијих часописа.¹²²

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Christopher Baethge, “Publish Together or Perish. The Increasing Number of Authors per Article in Academic Journals Is the Consequence of a Changing Scientific Culture. Some Researchers Define Authorship Quite Loosely”, *Dtsch Arztebl Int.*, 20/ 2008 380–383.
- Jeffrey Beall, “Best practices for scholarly authors in the age of predatory journals”, *Ann R Coll Surg Engl.*, 2/ 2016; 77-79.
- Gordana Cerjan Letica, Slaven Letica, “Znanstvena nedoličnost: kako se s njom nositi u Hrvatskoj?”, *Acta Stomatologica Croatica*, 2/2008, 117–122.
- Alan Cook, „Academic Publications before 1940“, *A Century of Science Publishing* (ed. Einar H. Fredriksson), Amsterdam – Berlin 2001, 15-24.

¹²¹ Web of Science: Conference Proceedings Citation Index,

<https://clarivate.com/webofsciencegroup/solutions/webofscience-cpci/>, 11. април 2022.

¹²² The Web of Science Core Collection selection process, <https://clarivate.com/products/scientific-and-academic-research/research-discovery-and-workflow-solutions/web-of-science/core-collection/editorial-selection-process/#:~:text=The%20basic%20principles%20of%20our,are%20covered%20in%20our%20indexes.>, 11. април 2022. На ову нелогичност указало је и испитивање ставова правних научника спроведено на четири хрватска правна факултета. В. Herceg Pakšić, 1068.

- Ivana Čadovska, Goranka Mitrović, "Uloga knjižnica u vrednovanju znanstvene produktivnosti: primjer nacionalne i sveučilišne knjižnice u Zagrebu", *Vjesnik bibliotekara Hrvatske* 2/2018, 179-198.
- Martina Čuljak, Lovela Machala Poplašen, "Usporedba citatnih baza na uzorku hrvatskih znanstvenika javnozdravstvene institucije: Web of Science Core Collection, Scopus i Google Scholar", *Vjesnik bibliotekara Hrvatske* 1/2019, 129-150.
- Eugene Garfield, "The History and Meaning of the Journal Impact Factor", *JAMA*, 1/2006, 90-93.
- A.Y. Gasparyan, B. Nurmashev, A. A. Voronov, A. N. Gerasimov, A. M. Koroleva, G. D. Kitas, "The Pressure to Publish More and the Scope of Predatory Publishing Activities", *J Korean Med Sci.* 12/2016, 1874-1878.
- Tom Ginsburg, Thomas J. Miles, "Empiricism and the Rising Incidence of Coauthorship in Law", *University of Illinois Law Review* 2011, 1785-1826.
- Barbara Herceg Pakšić, "U pravu i o pravu: stanje i perspektive u polju pravo u Republici Hrvatskoj u svjetlu validacijskih normativnih uvjeta", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 3/ 2019, 1053-1074.
- David A. Kronick, "Peer Review in 18th-Century Scientific Journalism", *JAMA* 10/1990, 1321-1322.
- L. S. Kwok, "The White Bull effect: abusive coauthorship and publication parasitism", *J Med Ethics* 31/ 2005, 554-556.
- Matko Marušić, Dario Sambunjak, Ana Marušić, "Vodič za ocjenu (recenziju)znanstvenog članka", *Pedijatrija danas* 2/2006, 224-235.
- Niels Mejlgaard, Lex M. Bouter, George Gaskell, Panagiotis Kavouras, Nick Allum, Anna-Kathrine Bendtsen, Costas A. Charitidis, Nik Claesen, Kris Dierickx, Anna Domaradzka, Andrea Reyes Elizondo, Nicole Foeger, Maura Hiney, Wolfgang Kaltenbrunner, Krishma Labib, Ana Marušić, Mads P. Sørensen, Tine Ravn, Rea Ščepanović, Joeri K. Tijdink, Giuseppe A. Veltri, "Research integrity: nine ways to move from talk to walk", *Nature* 586/2020, 358-360.
- Jeffrey Overall, "Stop Drinking the Kool-Aid: The Academic Journal Review Process in the Social Sciences Is Broken, Let's Fix It", *Journal of Academic Ethics* 3/ 2015, 277-289.
- Padmapriya Padmalochanan, "Academics and the Field of Academic Publishing: Challenges and Approaches", *Pub Res Q* 35/ 2019, 87-107.
- T. S. Sathyanarayana Rao, Chittaranjan Andrade, "The MMR vaccine and autism: Sensation, refutation, retraction, and fraud" *Indian journal of psychiatry* 2/2011, 95-96.
- Daniel Sarewitz, "The pressure to publish pushes down quality", *Nature* 533/2016, 147.
- Elizabeth Wager, Sanjay Singhvi, Sabine Kleinert, "Too much of a good thing? An observational study of prolific authors", *PeerJ.* 2015, 1-5.
- Pippa Smart, "Is the impact factor the only game in town?" *Ann R Coll Surg Engl.* 6/ 2015, 405-408.
- Lawrence B. Solum, "Download it while it's hot: Open access and legal scholarship", *Lewis & Clark Law Review* 4/ 2006.
- Matthew C. Sonfield, "Academic Plagiarism at the Faculty Level: Legal Versus Ethical Issues and a Case Study", *J Acad Ethics* 12/2014, 75-87.
- Jadranka Stojanovski, Elias Sanz-Casado, Tommaso Agnoloni, Ginevra Peruginelli, "Peer Review in Law Journals", *Frontiers in Research Metrics and Analytics*, 6/2021, 1-14.

- Sanja S. Strgar, Maja S. Vukadinović, “Legal Aspects of Scientific Misconduct: Causes and Possible Solutions”, *Ethical Perspectives* 1 /2018, 117-141.
- Jaap de Vries, “Peer Review: The Holy Cow of Science”, *A Century of Science Publishing* (ed. Einar H. Fredriksson), Amsterdam – Berlin 2001, 231 – 244.
- Michael L. Voight, Barbara J. Hoogenboom, “Publishing your work in a journal: understanding the peer review process”, *Int J Sports Phys Ther.* 5/2012, 452–460.

Правни акти

- Zakon o znanosti i visokom obrazovanju, *Narodne novine*, br. 123/2003, 198/2003, 105/2004, 174/2004, 02/2007, 46/2007, 45/2009, 63/2011, 94/2013, 139/2013, 101/2014, 60/2015, 131/2017. Pravilnik o uvjetima za izbor u znanstvena zvanja, *Narodne novine*, br. 28/2017.
- Odluka o nužnim uvjetima za ocjenu nastavne i znanstveno-stručne djelatnosti u postupku izbora u znanstveno-nastavna zvanja, *Narodne novine*, br. 122/2017.

Интернет извори

- Beall's List of Potential Predatory Journals and Publishers, <https://beallslist.net/>, 12. април 2022.
- Co-authorship in the Humanities and Social Sciences A global view, <https://author-services.taylorandfrancis.com/wp-content/uploads/2017/09/Coauthorship-white-paper.pdf>, 10. април 2022.
- Emerald Publishing, Article withdrawal & correction, <https://www.emeraldgrouppublishing.com/publish-with-us/author-policies/article-withdrawal-correction>, 15. јануар 2022.
- Etički kodeks Sveučilišta u Osijeku, <file:///D:/Downloads/eticki-kodeks-sveucilista-josipa-jurja-strossmayera-2011.pdf>, 25. март 2022.
- Smriti Mallapaty, Paper authorship goes hyper, A single field is behind the rise of thousand-author papers, <https://www.natureindex.com/news-blog/paper-authorship-goes-hyper>, 30 јануар 2022.
- Richard Van Noorden, Global scientific output doubles every nine years, <http://blogs.nature.com/news/2014/05/global-scientific-output-doubles-every-nine-years.html>, 7. април 2022.
- Catherine Offord, “German Scientists Frequently Publish in Predatory Journals”, <https://www.the-scientist.com/news-opinion/german-scientists-frequently-publish-in-predatory-journals-64518>, 11. април 2022.
- Open Researcher and Contributor ID, <http://orcid.org>, 25. април 2022
- Elizabeth Redden, Stepping Out of the Rat Race, go.nature.com/3itv56b, 20. април 2022.
- The Royal Society Publishing, About Philosophical Transactions, <https://royalsocietypublishing.org/rstl/about>, 24. април 2022.
- Think. Check. Submit, <https://thinkchecksubmit.org/about/>, 11. март 2022, 24. април 2022.

Ivana Z. Tucak
Josip Juraj Strossmayer University of Osijek
Faculty of Law Osijek
itucak@pravos.hr
ORCID ID: 0000-0001-9694-2315

Rethinking Academic Integrity in the Context of Publishing Papers in Scientific Journals

Abstract: *Scientific journals represent the most important tool of communication between scientists. The key factor for the evaluation of scientists is their scientific productivity. In order for their scientific work to be positively evaluated, it is necessary for scientists to publish a considerable number of papers in journals indexed in relevant commercial databases (of which the most important are the Web of Science Core Collection and Scopus). What also matters is that the published articles are highly cited. This preoccupation with numbers has changed the publishing culture and today, scientists are more preoccupied with how much and where they publish than with what they publish. The result is a significant increase in the number of journals and published papers, but this increase does not necessarily lead to the growth of science itself. Publishing pressure is often cited as a reason for scientific misconduct. This paper explores some of the biggest challenges in academia today: transparency and impartiality of the peer review process, publication of papers in predatory journals, growth of co-authorship, prolific authors, ghost writers and honorary writers. The paper will explore these challenges in the context of the Croatian Scientific Activity and Higher Education Act and the Ordinance on Academic Promotion and Advancement Requirements and Proceedings.*

Keywords: *double blind peer review, predatory journals, prolific authors, Croatian Scientific Activity and Higher Education Act; Ordinance on Academic Promotion and Advancement Requirements and Proceedings.*

Датум пријема рада: 07.06.2022.

Датум достављања коначне верзије рада: 21.09.2022.

Датум прихватања рада: 21.09.2022.

Fahed A. Wahdani
Ph.D. Student
University of Debrecen
Faculty of Law
fahedw@yandex.com
ORCID ID: 0000-0002-7525-9346

THE IMPACT OF THE AMERICAN SUPREME COURT DECISION OVER CHARACTERIZING DOMAIN NAMES AS A DIGITAL TRADEMARK

Abstract: *Though the trademark holder registered his trademark as a domain name, legal scholars and courts did not clarify the legal character of the domain name. To this point, the debate about the nature of domain names was limited to whether the domain name is nonintellectual property or a kind of intellectual property. Even for those who believe that domain names would have intellectual property rights, the essence of this right is still wrapped up in mysteries. More often than not, the court's decisions were limited to considering the domain name as intellectual property or not until the supreme high court in America decided to register the domain name booking.com as a trademark. This revolutionary decision would change the previous conceptions about the nature of domain names. This paper sheds light on how the supreme court decision would give the momentum to consider a domain name as a trademark, which paves the way as the author believes a domain name can be considered a digital trademark, bearing in mind that the medium, in which the domain names can be active, is the digital space.*

Keywords: *domain names, cyberspace, digital trademark, trademark holders, domain names owner.*

Abbreviations

ECJ	<i>the European Court of Justice,</i>
EUIPO	<i>the European Union Intellectual Property Office/</i>
EUTMR	<i>European Union trademark regulation</i>
.euTLD	<i>European Union top-level domain name</i>
ACPA	<i>Anticybersquatting Consumer Protection Act</i>
EUPM	<i>European Union profession mark</i>
DNS	<i>Domain name system</i>
CIRA	<i>Canadian Internet Registry Authority</i>
NSI	<i>Network Solutions, Inc</i>
WHOIS	<i>Who is responsible for this domain name</i>
GFP	<i>German Federal Patent</i>
UDRP	<i>the Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy</i>
TTAB	<i>The Trademark Trial and Appeal Board</i>
USPTO	<i>The United States Patent and Trademark Office</i>
ICANN	<i>the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers</i>
EPO	<i>the European Patent Office</i>
CJEU	<i>Court of Justice of the European Union</i>

METHODOLOGY, PURPOSE & APPROACH

To be able to examine the court decision on the legal nature of domain names, this paper uses a comparative approach in terms of the legal system of trademarks in Europe and the US to see to which extent the court took comprehensive awareness of the legal nature of domain names, besides the analytic approach will take place to understand the dimensions of the high supreme court decision over the legal nature of domain names. The inductive method will be the primary tool for considering the relation between domain name registering agencies and conflicting parties, mainly how understanding the domain names' character affects the legal procedures. Moreover, the critical analysis will envisage the courts' and arbitrations' verdicts. To this determination, this paper aims to clarify the character of domain names according to the legal point of view for both literature and jurisdictional understanding. This article lines this issue based on the practical judicial viewing platform. On top of that, this paper will illustrate a new point of view correlated to the domain name's legal character, considering them as "digital trademarks."

1. TRADEMARK LEGAL SYSTEM

One of the main questions arises whether states take the nature of domain names within their legal system or not. Moreover, what are indicators to deal with domain names under the umbrella of their legal system? To have a clear vision of domain names, the author analyzes the EU's and USA's trademark legal systems as a leading example.

1.1 EU and the US

While the EU system is based on sole registration,¹ the trademark system in the United States is use-based. Despite the differences, the law mark in both EU and the US have the same goals when they opt to assure trademark legal rights. And also, their goal was to safeguard customers from confusion and allow manufacturers to develop solid trademarks with complete protection. However, in this regard, the Lanham Act is the primary device to deal with domain names and trademarks in the United States. In adhering to the component, this paper offers the case legislation of the CJEU and the one made by the United States Supreme Court.

Regardless, the US and the EU lawmakers had the same objectives when they opted to ensure trademark legal rights. Their purpose was to shield customers from confusion and enable producers to construct solid trademarks. Neither the EU nor the US lawmakers desired to provide monopolies in the direction of practical functions via trademark legislation.

In both systems, “performance security” comes from other types of legal intellectual rights. In the EU, Article 7 EUTMR offers the fundamental concept of performance. Those policies need a better understanding by the CJEU. In the US, the Lanham Act does not include any functionality provisions nor the entire doctrine², which was clarified in legislation by the courts. In complying with the component, the author will explain the instance regulation of the CJEU and the one made by the US Supreme court. In this regard, it is noted that the laws of the member states approximate relate to trademarks³.

¹ Calboli, Irene, and Jacques de Werra., *The Law and Practice of Trademark Transactions: A Global and Local Outlook*. 1st ed., Cheltenham, UK • Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2016, 393.

² Merkel, Csenge, *doctrine of functionality in trademark law: an eu and a us perspective Decisions of the Court of Justice of the European Union and the Supreme Court of the United States regarding the principle of functionality*, Iustum Aequum Salutare, XVII. 2021. 241–261.

³ EU. 2008. *Directive 2008/95/EC of the European Legislation Parliament and the Council (EC Trademark Directive)*.

– EU. 94AD. *Council Regulation (EC) No 40/94(EC Trademark Regulation)*.

On the other side, trademark law in the US was formerly governed by common law upon enacting the Lanham Act⁴. In addition to the previous forms of trademark protection, the Lanham Act established federal protection of trademarks based on registration⁵.

2. MAIN DIFFERENCES AND SIMILARITIES BETWEEN EU AND US TRADEMARK SYSTEM ⁶

Although they agree on the goal of enacting legislation, typically, there are some differences between the way legal systems are running in both the EU and the US as the following:

2.1. EU law

Many EU regulations regulate trademark protection in the states of the EU. As for the EU trademark law, it was noted that it had constructed a parallel protection system for trademarks. This system has a dual protection system at the nationwide tier and also at the Union tier. The national protection regulates the EU level by governmental rules, confirmed by Directive EU 2015/2436. Hence, the member states do not enjoy complete freedom in creating their nationwide ruling. At the EU ground, the protection is provided as a EUPM, European Union Profession Mark, specified in the EUTMR. To this point, the EU mark obtained by registration might consist of any indicator, precisely words, consisting of individual names, layouts, letters, characters, colors, the form of products, or the products' packaging of items. The EU is a registration-based system; therefore, just registered marks can get essential legal protection. Moreover, before registration, usage cannot give protection to the mark. In the EUTMR, the functionality is under the guidelines set as the fundamental rules for refusal of registration.⁷

2.2 The US law

The US operates under a standard law system where a mark cannot be registered until it has been used to sell goods or services⁸. There are also equal lawful

⁴ is now incorporated in 15 USC. Chapter 22

⁵ Korman, Tomas.. "The Relationship Between Domain Names And Trademarks.", LL.M. Short Thesis, Germany 2013, 6.

⁶ Merkel 244.

⁷ Aplin, Tanya Frances, and Jennifer Davis.. *Intellectual Property Law: Text, Cases, and Materials*. UK: Oxford University Press 2021,397.

⁸ Calboli and de Werra, 393

frameworks for trademark defense in the United States. There is a legal structure at the state and federal levels. Initially, trademark regulations advanced from case law.

Later, the American Congress embraced the Lanham Act. According to this act: 'The term 'trademark' includes any type of word, name, gadget, or sign, or any type of combination thereof made use of by an individual, or which a person has a bona fide objective to utilize in business and applies to register on the primary register to identify as well as distinguish his or her items, consisting of a unique item, from those produced or offered by others and also to show the source of the products, even if that resource is anonymous.' As the meaning in the Lanham Act suggests, trademark legal rights, contrary to the EU frame, cannot be obtained only with registration⁹.

3. LEGAL CHALLENGES OF CYBERSPACE

The growth of the internet network has probably elevated complicated legal issues connecting stakeholders in cyberspace. Furthermore, it was stigmatized as a tool lacking legal regulation to have a real effect¹⁰. One more challenge that needs to be taken into consideration is that domain names are quasi-property rights and emerge upon formal registration in a domain name registry. Because of this situation, it arguably suggests that rem jurisdiction is used to ensure the courts at the registration location have jurisdiction over queries of ownership. Hence, the main challenge is whether the importance of a domain name legal character has a practical goal to serve rem jurisdiction or a pure legal goal related to protecting the domain name as an actual trademark based on the original right.

3.1 Domain names

Domain names are defined under US Federal laws as 'alphanumeric designation which is enrolled with or appointed by any domain registrar.'¹¹ Many domain names experts intend to consider the domain name as a textual address¹² for numerical internet protocol management.¹³ Accordingly, it should be distinctive

⁹ Merkel 245.

¹⁰ A. Wang, Alice.. "Diversifying the Domain Name Governance Framework." *Berkeley Technology Law Journal* 32 (1): 2017,138–76.

¹¹ Hörnle, Julia.. *Internet Jurisdiction Law and Practice*. 1st ed. UK: Oxford University Press. 2021, 408.

¹² Shelly, Gary B., and Jennifer Campbell. *Discovering the Internet: Complete. USA: Cengage Learning*, 2011.42.

– *ibid*, 74.

¹³ Batman, Jean L.. *Advising the Small Business: Forms and Advice for the Legal Practitioner*. USA: American Bar Association., 2007, 19.

because the internet site details are accessed using the domain.¹⁴ In the legal mind, it took for granted the relationship between the range of complete protection to the related rights given to the domain name and the legal frame of domain names¹⁵. These requests outline domain names' legal frame and examine the aspects of the domain name from its legal nature perspective based on the jurisdiction approach.

3.2 Domain names jurisdiction approach in USA and EU

Regarding the jurisdiction approach, most conflicts were related to the infringement of trademark rights. Hence, the USA and Europe courts focused predominantly on solving this conflict. So, the discussion about the nature of the domain name was not the primary goal, but rather the level used by the court to practice in rem jurisdiction. As a result, the debate was limited on whether domain names are intellectual property or not. The author believes that the court followed this way because understanding the legal nature of the domain name as intellectual property helps the court to practice rem jurisdiction. If there is no property right, then the court cannot practice its authority if one of the conflict parties is a foreigner.

3.2.1 The EU

The EU has embraced a procedure that avoids abusive domain name registration and secures legal property rights. Regarding this condition, the EU Commission passed Law 874/2004. Domain name based on. euTLD can be enrolled by any association established within or with a significant career within the community or by any resident within the community based on the first-come-first-served principle¹⁶. The legal rights in marks and names that existed before the intro of. euTLD were protected by allowing such right owners to register domain names.

This requirement does not provide any basis for settling conflicts between the domain name owner and the trademark holder. Trademark regulation has been balanced within the EU, by passing the EC Trademark Rule. Art 9 (1) of the articulated regulation would prevent the third parties from utilizing any sign similar

– Goel, Anita. *Computer Fundamental. India: Pearson Education* 2010.203.

– Shelly, Gary, Thomas J. Cashman, and H. Albert Napier”, 47.

– Felke-Morris, Terry.. *Web Developer Foundations: Using XHTML*. Canada: Pearson Education., 2004, 8.

¹⁴ J Batman, 19.

¹⁵ Dimitrov George, *intellectual property the internet and electronic commerce legal protection of domain names, international conference on intellectual property, the internet, electronic commerce and traditional knowledge*, WIPO/ECTK/SOF/01/1.6 Sofia, May 29 to 31, 2001, 2.

¹⁶ *EC regulation no 733/2002, Article 4 (2) (b)*

to a registered trademark, identical to his products or services in trade if such usage can cause the possibility of confusion in the public society. In the plaintiff's case, to be compelling, someone has to prove that utilizing the domain name matching the registered trademark can be deceptive and misleading regarding the resource of origin of services or products. Specifically, it has to be indicated that the domain name is used in the organization in link with products or services that are similar or identical to those of the complainant. Registering a domain name can rarely be seen as utilized in trading courses. Hence, it is inadequate to claim infringement based on trademark legislation.

3.2.2 the US

Unlike the EU law, the US legislature is familiar with trademark violation cases through a domain name that is similar or identical to that questioned trademark. To this point, ACPA presented a new sort of protection.

Previously ACPA¹⁷ was rested in 15 USC § 1125 (a) and (c), forcing civilian accountability on a third party behaving in a confusing way or likely to cause dilution of a famed trademark¹⁸. The perception of the probability of confusion (passing-off) matches the EU rules, containing the use of any term, symbol, name, or different devices in linking with services or goods in a way that is likely to cause confusion or fault as to the source of such services or goods.¹⁹

To succeed in the court action, the plaintiff has to demonstrate that he possesses the famed trademark, and the infringer uses the trademark in the trade, and such usage is probable to cause dilution. Two preliminary inquiries arise from using domain names contravening a well-known trademark. First of all, whether mere registration can be noticed as the use throughout trade. And secondly, if the domain name registration can generate dilution. As for the first question, the US regulation suggests that the mere registration of a trademark does not amount to business use, and registering the domain name with the intent to resale is beneficial.

In solving the inquiry of whether a domain can dilute a well-known trademark, the court, in the case of *Panavision International, LP v. Toeppen*, answers in the Affirmative by denying the assumption that a domain name is nothing greater than an address. It also makes clear that the significant goal of a domain name determines the entity that has the web site. The circumstance has changed with the intro of ACPA, which imposes obligation in a civil action against any individual that, with bad faith, means to profit from an additionally protected mark, registers traffic, or uses a domain that is similar or confusingly identical to

¹⁷ 15 USC § 1125 (d). 1999

¹⁸ Korman, 33.

¹⁹ 15 U.S.C. § 1125 (a) (1)

such trademark (or dilutive to a famed mark), unlike the protection according to confusion rules²⁰.

Based on the probability of confusion,²¹ bad faith was claimed, as an instance, in *Sporty's Farm LLC v. Sportsman's Market, Inc.*, where the infringer enrolled and consequently created a subsidiary domain referring to a competitor trademark to utilize the domain in trade, leading to prevent contested domain name from being used by the trademark proprietor as well.

In an additional instance, the 'bad faith' consisted of registering thousands of world-famous trademarks with misspellings to redirect the web customer to many advertising pages. In this regard, the advertisers paid the registrant with every click on such a promotion²²

4. AMERICAN AND EUROPEAN JURISDICTION REACTION TO LEGAL NATURE OF DOMAIN NAMES

In terms of the reaction toward the legal nature of domain names, some contrast can be seen due to the way the court interacts with this issue as the following:

4.1 The legal character of domain names

Legal rights have been thoroughly reviewed in the legal literature yet have not been totally cleared up as either legal entitlements or intangible property²³. The legal character of domain names, among other things, is one of the most highly investigated themes for establishing legal rights. The argument continues on whether domain names can be classified within the umbrella of intellectual property or entirely out of this umbrella. In this context, the author explains a different point of view and then gives his perspective on the legal nature of domain names as the following:

4.2 Domain names legal character theories

In legal literature, there was an effort given by legal scholars or different courts to pinpoint the legal character of domain names. However, there was no consensus on whether domain names are intellectual property. These opinions ranged from the division that domain names are intellectual property or not. Furthermore, even those who believe that domain names can be considered intellectual

²⁰ Korman 34.

²¹ Ibid 34.

²² Ibid 34.

²³ J Hörnle 408.

property did not fully agree about which kind of IP it can be. In this regard, this argument can be summarized in the following:

4.2.1 *Service contract*

A strong stream has emerged, rejecting the idea that domain names would be adopted under the intellectual property umbrella²⁴. Observing domain names from the functional side only leads to misunderstanding the essence of the legal nature of the domain name. The domain name is a purposeful way of allowing individuals to enter to a targeted website²⁵. One clear example of Service contract theory comes directly from the Canadian registry agency (CIRA), which consistently specifies the domain name functionality²⁶. Under CIRA, the registrant agreement complies with a stipulation of nonproprietary rights. The registrant must recognize and agree that the domain name is not property. Moreover, the registration does not generate exclusive property rights concerning the registrar or any other qualified term to use as a domain name. The access to the domain names in the *WHOIS* database records registry will not be interpreted as proof of possession of any domain name registration. Nevertheless, a condition in the overhead relationships would specifically ban granting encumbrance by a registrant²⁷.

Furthermore, the domain name is a contract for a given service²⁸ which comes from the legal arrangement between the stakeholders. In its rejection of the property's rights related to the domain name, the Virginia High Court determined that the relation between the registrars and the domain owners was a service contract²⁹. It is thought-provoking to examine courts' opinions on the legal frame of domain names and whether the registrants have the proper priority of a property in the contested domain names or not. In *Dorer v Arel's case*³⁰, the complainant has made legal action against Mr. Arel based on the possibility of right violation on the *writeword.com*. The court declined that request as there was no personal property related to the questionable domain name. In this case, the domain name is just an agreement to offer service from NSI³¹, and the court said that the domain

²⁴ Kieninger, Eva-Maria. *Security Rights in Intellectual Property*. switzerland: Springer Nature., 2020,189.

²⁵ Correa, Carlos. *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary on the TRIPS Agreement*. 2nd ed. UK: Oxford University Press.2020,36.

²⁶ E Kieninger170.

²⁷ *ibid* 171.

²⁸ Komaitis, Konstantinos. *The Current State of Domain Name Regulation: Domain Names as Second-Class Citizens in a Mark-Dominated World*. Routledge. 2010,51.

²⁹ Matsuura, Jeffrey H.. *Managing Intellectual Assets in the Digital Age*. Artech House.2003, 64.

³⁰ *Dorer v Arel*, 60 F. Supp. 2d. 558 (E.D. Va.1999).

³¹ Koonjoobeeharry, Duksh K.. "Are Domain Names Contract of Services or Property Rights?" February 2, 2017., http://www.circleid.com/posts/20170202_are_domain_names_contract_of_services_or_property_rights/.accessed 31 march 2022.

could not be evaluated by cash in markets³². The court has already firmed this point of view regarding “*Umbro International v 3263581 Canada*”³³. In this regard, *Umbro* considered NSI an official garnishee and asked NSI to maintain these domain names until the most significant customers used them. NSI complained, supposing the legal frame of this relationship was more than just an agreement or contract to provide services, believing it contained a property right. The court decided to ignore any potential right of property in the opposed domain names³⁴.

Furthermore, the court confirmed it as a contract offered to the registrant by the registrar to provide service. The court’s decision raised one more question regarding the actual owner³⁵. The previous decision by the court led to a debate about whether the registrant agency might be qualified as genuine proprietors of the domain name or not. In answer to this concern, the court examined this concern in a circumstance consisting of a person that had registered the domain name with NSI. The registration company had a contract with the government to offer the domain name registration stipulating that NSI was primarily responsible for doing the best for the domain names fairly³⁶. It is clear that this agent is a consistent company, not the proprietor³⁷. Besides, it is the solitary legal custody of the domain name registry³⁸.

The suggestion that the domain is just being restricted to service contracts would undoubtedly endanger the stakeholders and investors, besides an interest in the online world which will later lead to a collapse of this vital field. If the contract provides usage of the trademark as a domain name, it should be stopped upon ending the service agreement³⁹. With this presumption that the registrant is the actual proprietor, the gate will be unlocked before numerous legal concerns if the proprietor has the legal right to share the advantage of the domain name with the trademark holder, as the actual proprietor. Expect participants to endure damage from using that domain name because the registrant should supervise civil settlements as a genuine owner.

In addition, the service contract does not indicate rejecting the proprietorship of the questionable domain name. From another angle, it opts for the telephone

³² Levine, Gerald M.. “Garnishing Domain Names: Are They Contracts or Property?” New York Law Journal, April, 1. <http://www.newyorklawjournal.com/printerfriendly/id=1202722864976>.2015, 1.

³³ *Umbro International v 3263581 Canada*, 48 Va. Cir. 139 (1999).

³⁴ Street, F. Lawrence, and Mark P. Grant.. *Law of the Internet*. LexisNexis.2001, 4-80.

³⁵ D.Koonjoobeharry, Ibid.

— L Street and M. Grant, 4-80.

³⁶ Miller, Roger, and Gaylord Jentz. *Cengage Advantage Books: Business Law Today: The Essentials*. New York: Cengage Learning.2007, 278.

³⁷ Ibid 278.

³⁸ “The Computer Law Association Bulletin, Publisher the Association, 1998 Volume 13, 85.” n.d. Accessed March 31, 2022.

³⁹ Lindsay, David. *International Domain Name Law: ICANN and the UDRP*. Bloomsbury Publishing.2007, 316.

number, car certificate, and even trademark itself towards various others. It can be comprehended as a contract service to register a trademark by the registrant to provide the necessary authenticity, offer a complete shield counter to the others, and make this domain name licensed. If these domain names cannot be marketable, the capability to cause cybersquatting will be impossible, which is generally based on, to name a few points, a capacity of activity to resell this domain.

Most registrars have acknowledged that domain names are not service contracts but intangible property⁴⁰. They have mentioned that third parties used their publicly offered WHOIS info to register domain names⁴¹. NSI will undoubtedly permit the registration of domain names for business usage. Moreover, that might contravene a third party's trademark rights related to a domain name⁴² similar to the bank account or license medium⁴³. Rejecting the domain property concept in favor of others as the contract of service will undoubtedly diminish the essential protection needed to assure the security of the online community.

On the other hand, it will jeopardize stakeholders' interest rates. When this problem undergoes discussion, it should be considered that the domain is not restricted to individual issues between main stakeholders but extends them into the cyberspace community. In addition, it needs to check out the online world as an essential financial investment related mainly to the domain name. In this regard, any danger to the domain name will lead to falling down the chain of all these business areas.

4.2.2 Security interest

Security interest theory appeared in a famous Canadian judgment; *Lojas Renner SA v Tucows.com Co.* the Appeal Court of Law of Ontario awarded the property claim to the questionable domain name in the specific background of founding individual jurisdiction. The Superior Canadian Court rejected the court's verdict, justifying this because the classification would use circumstances beyond allowing the jurisdiction in the district. On the other side, Andrew Cochran provides an assumption examination of the domain name according to security interest criteria.

However, the situation is more complex. Recognizing property position for a particular purpose is one thing. The assumption is that the property character

⁴⁰ Nguyen, Xuan-Thao N., and Jeffrey A. Maine. "Taxing the New Intellectual Property Right." *The Hastings Law Journal* 56 (1–3):2005, 41.

⁴¹ M Kutylowski, J Vaidya,19.

⁴² Millstein, Julian S., Jeffrey D. Neuburger, and Weingart Jeffrey P. *Doing Business on the Internet: Forms and Analysis*. 7th ed. New York: Law Journal Press. 2003, 4-21

⁴³ Mueller M., "Why ICANN can't [failings of Internet Corporation for Assigned Names and Numbers]" in *IEEE Spectrum*, vol. 39, no. 7, pp. 15-16, July 2002.

of domain names should be involved across all contexts based on the global nature of domain names still needs further study⁴⁴.

4.2.3 Property rights

An additional substantial stream believes that domain names have intellectual property rights under the domain name's proprietor⁴⁵. From this point of view, domain name registration is perhaps an interaction service warrant, not a property right⁴⁶. Some courts refused the contract service factor and adopted the legal property rights idea⁴⁷. This viewpoint usually has been incarnated in the situation of *Cohen v Kremen*⁴⁸ where the court provided its point of view based on the trademark's commercial properties. This case is dissimilar from the standard cybersquatting issues because the straight proprietor of that domain name discovered that his domain name was seized by a third party's action of intervening in the scams⁴⁹.

In contrast, his domain name remained valid. Then again, the court of law was well-thought-out that the offender's habits were related to illegitimate property rights and caused legal problems⁵⁰. The high court of appeals determined that the domain name formed an intangible proprietorship under California's general public commercial property law and went through transfer⁵¹. The court has considered the domain holder is qualified to possess the property of the domain name (sex.com)⁵².

In an additional instance, the organization Jews for Jesus did take legal action according to the offense of the licensed domain name and won the situation over the domain name *www.news-for-Jesus.org*⁵³. The court has possibly acknowledged lawful commercial property⁵⁴. According to the Lanham Act, the domain name has been considered as matchings to labels to land⁵⁵. To this point, in the US, the

⁴⁴ Kutylowski, Miroslaw, and Jaideep Vaidya.. "Computer Security – ESORICS 2014." In, Part 1.19th European Symposium on Research in Computer Security, Springer 2014, 19.

⁴⁵ Smith, Graham J. H. *Internet Law and Regulation*. Sweet & Maxwell.2007, 171.

⁴⁶ J Hörnle, 408.

⁴⁷ Sprankling, John G. . *International Property Law*. UK: OUP Oxford., 2014, 90

⁴⁸ Ibid, 90

⁴⁹ Ibid 40.

⁵⁰ Ibid 40.

⁵¹ – Harvey, David John. *Collisions in the Digital Paradigm: Law and Rule Making in the Internet Age*. Publisher Bloomsbury Publishing.2017, 142.

– Casenotes, 40.

⁵² Calboli, Irene, and Jacques de Werra . *The Law and Practice of Trademark Transactions: A Global and Local Outlook*. 1st ed., Cheltenham, UK • Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing.2016, 95.

⁵³ Spinello, Richard. *Cybernetics: Morality and Law in Cyberspace*. 4th ed. Jones & Bartlett Publishers.2010, 129.

⁵⁴ American Congress. *n.d. Lanham Trade- Mark Act 43(d)(2)(A)*, 15 USC. Accessed March 31, 2022.

⁵⁵ Ibid.

proprietor of a trademark can submit an in-rem activity against the contested domain name in the jurisdictional area of the domain name registry, registrar, or where various other domain name authorities lie⁵⁶.

4.2.4 Trademark

As for the function of trademarks, a debate has been made that the objective of trademarks is just too different from items or services in the market. One can easily concur that trademarks must be qualified to execute this distinguishing feature. It suggests to the ordinary customer that the item is not Pepsi or other competing soft beverage when one sees the Coca-Cola trademark on a container. It would seem reasonable to include the confirmation that the item in the bottle will have the preference and viewed high quality that one anticipates from previous experience, advertising, marketing, or both. While not identifying a geographical source, whether the item is made and bottled at Coca-Cola company's headquarters in Atlanta is not the matter, the trademark symbolizes that a widely known firm stands behind the products⁵⁷. Another inquiry has sparked a sharp controversy about whether to consider domain names a trademark. In contrast to conventional trademarks, owners that have actually practiced colossal pressure for taking on the doctrine that domain shall be somehow a trademark packed with exclusive rights of property⁵⁸. On the condition that countless domain names include trademarks, it is logical to think that domains can really be considered trademarks and can be shielded under trademark laws⁵⁹.

4.3 US court reaction to legal nature of domain name

Before the case of *booking.com* was brought to the court, the court's mission was not to investigate the legal nature of the domain name but to try to practice it in rem jurisdiction, which is needed to find any property connection. In this regard, the US courts have traditionally recognized that domain names are not property rights.

Later, the US courts changed their thought about the legal nature of domain names. The courts started to accept that domain names would constitute a property right and, even more, can be a trademark. One of the most fundamental cases discussed in this context was *Amazon.com Inc.* In this regard, *Amazon.com Inc.* brought this case against the defendant, who sent emails that gave the impression

⁵⁶ C. Correa, 36.

⁵⁷ I am Calboli, 12.

⁵⁸ J. Sprankling, 90

⁵⁹ LawTeacher. "The Legal Nature of Domain Names [Internet]." November 2013. <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/copyright-law/the-legal-nature-of-domain-names.php?vref=1>. Accessed 31 March 2022

they originated from *Amazon.com Inc*, containing their trademark, to mislead individuals into buying certain products or services. According to the court, the trademark contained in these emails was identical to the one owned by *Amazon.com Inc*.

Subsequently, the court dealt with whether this trademark could be seen as distinctive⁶⁰. The court held that the trademark is one of the most important and acknowledged identifiers of its services and products. The questioned trademark fulfills the criteria for identifying items and also services, which causes the verdict that it can be noticed as unique. For analyzing this element, the primary inquiry is whether a domain, likewise a trademark, can be considered popular. The court responds to this question by mentioning that for millions of customers, the name *Amazon.com* stands for wide choice, fast shipment, and perfect security for online deals'. Therefore, the final thought is that domain names also have the prospective to be considered famous trademarks. Several other situations and decisions support the discussed judgment. It indicates that the Amazon trademark, explicitly linked with online retailing, predominantly employing the domain such as *amazon.com*, comprises a widely known brand. Examples of domains that are well-known registered trademarks/trade names include the previously mentioned *Amazon.com* trademark and those of *eBay.com* and *google.com*. The preliminary thought is that a domain can abide by the three primary criteria for establishing a trademark/trade name, and then domain names can be trademarks⁶¹.

4.4 EU court reaction to legal nature of domain names

The German company *SilverTours GmbH*, with a large online store for rental vehicles, could not register its domain *billiger-mietwagen.de* as a trademark. The ECJ, the European Court of Justice, verified the rejection to register the preferred trademark. However, the European Patent Office (EUIPO), rejected the registration. In 2018, the ECJ confirmed the previous decision supporting the EUIPO's point of view that *billiger-mietwagen.de* might not be registered as a trademark⁶².

In its reaction, the EUIPO had taken a careful placement on German grammar regulations concerning word marks. The three words *the cheap rental car*, *a cheap rental car*, as well as *cheap rental car* was taken into consideration correctly in grammatical and linguistic terms. Alternatively, additionally, signs, which

⁶⁰ Kuipers, Stefan. "The Relationship between Domain Names and Trademarks/Trade Names." Master Thesis, Germany: Lund University. 2015,28. <https://lup.lub.lu.se/luur/download?fileId=5470125&func=downloadFile&recordId=5470120>

⁶¹ Ibid 29

⁶² Legal Patent, "ECJ: Descriptive Domain Name Cannot Become A Union Trademark." Legal Patent. June 26, 2018. <https://legal-patent.com/international-intellectual-property/ecj-descriptive-domain-name-cannot-become-union-trademark/>.access 7/09/2022

may serve to mark features of the products or services obtained, ought to be freely offered to all (Article 7(1)(c) of regulation No 207/2009). That provision, as a result, prevents those indications from being reserved for a solitary task based on their registration as trademarks⁶³. The Board of Appeal was appropriate to indicate that the sign was devoted to *billiger-mietwagen.de*, which was descriptive. Hence, the ECJ denied the *SilverTours GmbH*'s appeal and supported the judgment of the EUIPO's Board of Appeal.

The court justified her decision by indicating that domain name registration as a trademark under the EU constitutes a fundamental base for rejecting registration under Article 7(1)(c) and opposes Regulation 207/2009. This judgment is in line with comparable decisions on the trademark process with the domain. German Federal Patent court likewise just lately ruled that the domain name *Headline24* is descriptive for online services⁶⁴.

Another decision confirmed the EU jurisdiction in terms of the legal nature of domain names; the CJC determined in June 2018 whether the domain name *france.com* is to be confirmed as a trademark or not. The court held that the domain name *france.com* could not be registered as a Union trademark. Remarkably, the court considered the EUIPO's factors on the probability of confusion, and it concluded that there is a visible resemblance between the disputed signs in their general visual layout. Consequently, the ECJ believed that confusion was probable and verified France's opposition to registering the Union trademark *france.com*.⁶⁵

5. NEW VISION: DOMAIN NAMES AS A DIGITAL TRADEMARK

It is reasonable to revise the legal character of domain names. Among other legal points of view, one vision emerged: domain names might present a digital trademark because they can distinguish websites, services, or products in the online world as standard trademarks do in the geographical globe. Nonetheless, their resemblances are unquestionable: in addition to their capacity to safeguard the online reputations of services or items, they can also identify between different services and make clear the genuine products or services. Furthermore, domain names and trademarks are aimed by bad faith players in both virtual and physical markets⁶⁶. They were considering the advantageous characteristic of the digital trademark: only one domain can be enrolled within the same degree of gTLD

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Ibid

⁶⁵ Ibid

⁶⁶ Levine Gerald M., *Understanding the legal options used to fight cybersquatting* Cybersquatters jeopardize your exclusive trademark rights, and there are multiple ways to fight back. January 14, 2015, Network World, the website <https://www.networkworld.com/article/2868398/understanding-the-legal-options-used-to-fight-cybersquatting.html>

worldwide. One sign indicated this similar term embedded in *Startup valuation*: From strategic business planning to digital networking.

To this legal literature view, Roberto Moro-Visconti considers in his book that the digital brand name provides an online expansion of the trademark's operating internet systems and is also linked to other intangibles as a domain name. The trademark, in terms of law, suggests any sign at risk to be graphically stood for, especially words (including the name of an individual), drawings, letters, numbers, seems, the form of a combination, product packaging, or color if it appropriates to differentiate the services or products of a firm from those of others⁶⁷.

Comprehending the essence of the domain can help identify the lawful character of the domain names. In addition, apprehending this legal character might assist us in finding the best legal way to protect the domain as well as all property rights connected to the trademark holders and domain name owners. The domain contains an actual trademark typically within its serial; refilling the registered trademark and replacing it through a website follow-up transforms that distinctive geographical trademark into its equal digital form on the internet (domain name). This procedure defines a domain name as the digital/virtual match of the geographical trademark. Some views denied that a domain name is anything except a trademark.⁶⁸

For resolving this debated concern of whether the domain name is eligible to be considered as a trademark, *Duksh K. Koonjoobeeharryas* indicated that a domain name could not be a trademark as no one owns the domain name; it is licensed to be operated as an address for a period of time.⁶⁹

5.1 Can the domain name be registered as a trademark? USPTO v. booking.com. A Case study.

It is increasingly tough to locate a domain name that accurately reflects the website's purpose or item. Moreover, it is significantly more inevitable that difficulties will undoubtedly occur⁷⁰. In this regard, the American court took a quantum leap to consider the legal character of the domain name in the case of *US PTO v. 'booking.com*.

On June 30, 2020, the Supreme Court ruled that a domain name can be registered as a trademark. Furthermore, the consideration of the domain name as a digital trademark depends on whether it can be registered as a trademark. Under

⁶⁷ Moro-Visconti, Roberto. *Startup Valuation: From Strategic Business Planning to Digital Networking*. 1st ed. switzerland: Springer Nature. 2021, 86.

⁶⁸ D.Koonjoobeeharry, Ibid..

⁶⁹ Ibid

⁷⁰ Belmas, Genelle, and Jason M. Shepard. *Major Principles of Media Law, 2023 Edition*. Cengage Learning. 2022, 316.

common standards, it was taken for granted that the trademark could be itemized as a domain name. The fundamental question arising whether obtaining a domain name generates trademark rights. Merely obtaining a domain name does not generate trademark rights,⁷¹ unless the domain name can also be trademarked.⁷² In this regard, the court revealed that a domain name could be registered as a trademark, giving a quantum leap in revealing the legal nature of the domain names and repositioning it within the right place, among other intellectual property rights.

Further, the court decided that a domain name can be registered as a trademark to support in rem jurisdiction. Otherwise, if the domain name is excluded from being an intellectual property theme or fails to be registered as a trademark, there is no possibility for in-rem jurisdiction to the court over the domain name conflict.

In this regard, the author will illustrate the concept and importance of the digital trademark. In light of that, the court decision in favor of considering domain names as a trademark will be analyzed under the new vision of the legal nature of domain names. The findings may pave the way to set new legislation that harmonizes with the supposed new position of the domain names.

5.2 Court decision background

In mid-2020, the Supreme Court of the United States of America provided a verdict related to *booking.com vs. US Patent & Trademark office* that safeguards the intellectual property rights related to domain name proprietors and protects an essential device related to cyber intimidations and deception.

The majority of the court's jury (eight voices against one) maintained that the *booking.com* term was qualified for being registered as a trademark.⁷³ *Booking.com*. 's request to the Virginia court in 2016, as well as give in to new proof, counting a study revealing that 74.8% of customers identified *booking.com* as a trademark instead of general service⁷⁴. The court provided *booking.com*'s sign for a recap judgment, saying that although *booking.com* was a wide-ranging word for

⁷¹ banks, Theodore I., and frederick z. banks. *Corporate Legal Compliance Handbook*. 3rd ed. New York: Wolters Kluwer.2022, 9-18.

⁷² Barkoff, Rupert M., and Selden Andrew C., *Fundamentals of Franchising*. USA: American Bar Association. 2008, 29.

⁷³ Hauser, Cory. "Supreme Court Ruling Protects Registered Domain Names, Preserving an Import Tool in the Fight Against Cybercrime." June 30, 2020. https://www.wiley.law/alert-Supreme_Court_Ruling_Protects_Registered_Domain_Names_Preserving_an_Import_Tool_in_the_Fight_Against_Cybercrime#:~:text=On%20June%2030%2C%202020%20the,for%20combatting%20Internet%2Dbased%20fraud.&text=Such%20protection%20is%20critical%20to%20preventing%20domain%20name%20abuse. Accessed 31 march 2022.

⁷⁴ Davidson, Daniel V., and Forsythe Lynn M. *Business in the Contemporary Legal Environment*. New York: Wolters Kluwer Law & Business.2021, 254

the recognized services, it became a descriptive mark. Likewise, the district court held that *booking.com* had already fulfilled its load of showing that the recommended market obtained an alternate description and was protectable as hotel and resort booking services.⁷⁵

5.3 Historical Narrative

Booking.com. is the website where consumers can book hotel rooms and organize travel plans and resort areas. In 2011 as well as in 2012, the operating company of the domain name submitted four trademark applications with the PTO Office for the trademark and marked variants. The PTO checked out the counselor, and the PTO's appeal rejected the applications for the suggested trademark because the trademark was general.

On the other hand, the Trademark Trial, and Appeal Board (TTAB) refuted its application to register *book-ing.com* as a trademark for its website. The TTAB decided that the *booking* term generically directs to a reservation or arrangement related to purchasing a travel ticket for hotel rooms. It means that 'the act of booking such traveling or holiday accommodation, and the suffix *.com* indicates a commercial internet site, and customers would comprehend the resulting compound *booking.com* to guide the resulting composite *booking.com* describes an online reservation service for traveling, trips, as well as accommodations, which are the services suggested in *booking.com*'s apps'⁷⁶.

On February 4, 2019, the American Court of Appeals verified the county court, indicating that the mark was qualified to be registered. Furthermore, the Supreme Court provided the PTO's request for a writ of a certiorari court order.⁷⁷

5.4 The trademark mission

A trademark identifies goods and services from other stakeholders. Protecting a trademark against the usage by other users, the court of law has clarified and examined this case, indicating that 'secure to the proprietor of the mark the goodwill reputé' of her private business enterprise, as well as 'secure the capability of customers to differentiate amongst competing manufacturers.'⁷⁸

⁷⁵ Byer, David J., and Eric W. Lee. 2020. "U.s. Supreme Court Allows Booking.Com to Register Its Domain Name as a Trademark?" July 7, 2020. <https://www.klgates.com/us-supreme-court-allows-bookingcom-to-register-its-domain-name-as-a-trademark-07-07-2020>, Accessed march 2022,1-3.

⁷⁶ D.Davidson, L.Forsythe, 254.

⁷⁷ D.Byer, L.Eric 1-3.

⁷⁸ Dukeminier, Jesse, James E. Krier, Gregory S. Alexander, Michael Schill, and Lior Jacob Strahilevitz., *Property: Concise Edition*. 3rd ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business.,2020, 120

5.5 Importance of this decision

It believes that the Supreme Court's decision can be considered as a revolutionary judgment against the mainstream academia that believes that a domain name registration cannot give any rights related to a questionable trademark.⁷⁹

In addition, the court resolution allows the official domain name owner to obtain governmental protection of the trademark. What is more, customers want the mark to differentiate specific goods in commerce, not to classify a generic category of the items. To this point, the court indicated that *'whether any given 'generic.com' term is generic (...) [it] depends on whether consumers perceive that term as the name of a class or, instead, as a term capable of distinguishing among members of the class'*⁸⁰.

In addition, the Supreme Court's judgment will sustain the capability of generic.com domain name proprietors to depend on the ACPA as well as the UDRP to shield their domain name assets.⁸¹ The effectiveness and the strong sanctions of the ACPA put on all domain names registered trademarks. Successful complainants in matches brought under the verdict can gather actual damages and revenues or choose to receive statutory damages varying from \$1000 to \$100,000.⁸² The court's special verdict, in a way, supports the assumption that domain names can be adopted as a digital trademark by acknowledging that the suffix domain name is added to the generic term. The majority's viewpoint opens the door to new trademark registrations for various other terms designated generic.com or standard. gTLD may also cause particular and refiled trademark applications.⁸³ Bear in mind that this suffix is only used in cyberspace. This judgment paved the way to giving these entities the position they deserve among intellectual property rights to finally define them as digital trademarks, according to the court's decision.

5.6 Analyzing the court decision

Using the criteria to examine the term *booking.com*, which indicates the bulk of travel reservation services term, the court concluded: 'if *booking.com* was generic, at that point, it might suppose that the clientele to identify traveling service to be a *booking.com*.' Nonetheless, the evidence revealed that customers do not sense the term *booking.com* as a general service and instead as a brand. In this way, the mark was qualified for governmental trademark registration. In a fundamental part of the resolution, the court acknowledged that trademark registration

⁷⁹ T Banks F. Banks, 9-18.

⁸⁰ C. Hauser, *ibid*.

⁸¹ *Ibid*.

⁸² Miller, Roger LeRoy. *Business Law Today, Comprehensive: Comprehensive Edition Text and Cases*. 13th ed. New York: Cengage Learning., 2021, 200

⁸³ D. Byer, E Lee, 1-3.

provides a higher defense to domain name proprietors under the ACP Act umbrella, 15 USC § 1125(d). Such protection is essential to avoid domain name abuse.⁸⁴ It is taken for granted that a mark considered generic cannot be protectable as a trademark.⁸⁵

Therefore, trademark law bars allow just descriptive phrases and terms in particular circumstances. Suppose the phrase has acquired sufficient secondary or additional meaning with use in the market, the public has been concerned to acknowledge them as a resource indicator instead of terms used to define services or products. In that case, registration is allowed⁸⁶. The high court indicated that the term *generic.com* is a general name for a course of services or items if the term has the same meaning rooted in customers' minds. Due to the fact that the lower courts identified and the PTO did not challenge the verdict on appeal, customers do not regard the term *booking.com* to represent generally hotel booking online services. This term is not public. It might be qualified for registering as a trademark.⁸⁷

5.7 Generic terms understanding

The court commented that such a mark had narrow protection: This doctrine is a defense against the PTO's anticompetitive consequences, confirming the registration of *booking.com* would certainly not produce its owner a monopoly; on the term *reservation*. *Booking.com* shows that it can be a frail mark. A generic and a common mark appropriate the same tag for the classification or category of the underlying services and items. Because the mark is just one of many similarly worded marks, *booking.com* approves that relative divergences are unlikely to infringe.

In this context, *booking.com* company admits that registration of the *booking.com* domain name would not deter the competitors from utilizing the term *booking* to illustrate their services.⁸⁸ The tag's use governs whether it is general. A term can also be generic if not embedded in the thesaurus. The phrase does not need to be the sole name for a gadget. Some items utilize more than one general term: cars and trucks as well as automobiles; pop and soft drinks; sweet as well as desserts. General terms do not need to be as expansive as *restaurant* or *bar*. Even more, narrow groups of items or services have generic phrases, such as *crab house*.

⁸⁴ C Hauser, Ibid.

⁸⁵ Hovenkamp, Herbert, Mark D. Janis, Mark A. Lemley, Christopher R. Leslie, and Carrier and Michael A.. *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*. 3rd ed. Wolters Kluwer., 2022, 2-84. – D.Byer, L.Eric 1-3.

⁸⁶ Ibid, 1-3.

⁸⁷ Ibid, 1-3.

⁸⁸ McJohn, Stephen M. *Examples & Explanations for Intellectual Property*. 7th ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2021, 444.

A mark with a generic word might not be general, but the whole mark is examined. The Supreme court has indicated that *booking.com* was not a general term for hotel reservation services. It allows a minor enhancement to the generic phrase to turn the mark into descriptive, therefore possibly protectable⁸⁹. The court indicated that *booking.com* did not fit the criteria for being generic for a traveling reservation service. It was based upon the final thought that consumer acknowledgment of a term as a name is vital to trademark legitimacy. Even though *booking.com* comprises a pair of generic elements, the same text sequel can also work as a URL.

Moreover, a mark containing a generic phrase may not be generic. Instead, the entire mark must be evaluated.⁹⁰ In this context, before appearing in court, *booking.com* performed a questionnaire that showed that ‘74.8% of customers acknowledged *booking.com* as a brand name instead of a generic service.’⁹¹ The preliminary inquiry, in this case, caused a rise. Moreover, the court attempted to answer whether the booking phrase was a common term. Is *booking.com* a common term? Is it a descriptive phrase qualified to be protected as a registered trademark? Has it got an additional meaning⁹²?

5.8 The USPTO opinion

The US Patent and Trademark Office debates that when a general term is integrated with a common suffix like *.com*, the subsequent combination is always generic. Keeping this in mind, it is inconsistent with the Lanham Act, and such a stubborn legal guideline disregards the customer’s assumption.⁹³ The PTO guidelines indicated that the assortment of standard terms, like *reservation* for hotel and also airline flight arrangements, with *.com* was too typical to be eligible for trademark protection. The PTO’s primary issue is that a phrase like *booking.com* will indeed avert competitors⁹⁴.

5.9 Protection according to source or term.

Rather than generic, customers consider *booking.com* a resource of hotel booking service, not a term for hotel reservation service. The supreme court remarked that this mark had insufficient security: These instructions reject the PTO’s

⁸⁹ Ibid, 444.

⁹⁰ S.McJohn 444.

⁹¹ D. Davidson, L. Forsythe, 254.

⁹² Ibid, 254.

⁹³ D.Byer, L.Eric 1-3.

– G. Belmas, J. Shepard, 316.

– Dukeminier et al. 120.

⁹⁴ Reed, Stephen F. *Entrepreneurship Law: Cases and Materials*. 2nd ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business. 2021, 147.

anti-competitive results, confirming registration of *booking.com* would certainly not produce its exclusive ownership on the phrase booking. The *booking.com* yields that it would undoubtedly be a fragile mark. Booking.com also admits that the mark is descriptive, making it ‘difficult to illustrate a possibility of confusion.’⁹⁵ In this regard, a generic phrase or term may turn into a trademark when added to a (TLD) generic top-level domain name.⁹⁶

5.10 Analyzing the reasonability of the decision.

Each of the district courts, as well as an appellate court, claimed that the US PTO laws were incorrect. The court decided on an eight-against-one ballot that the term *booking.com*, unlike *reservation*, was not common.

In *Patent & Trademark Office {PTO} v. booking.com*, Justice Ruth Bader Ginsburg claimed that customers’ interpretations of a phrase must decide whether it was generic or not. In addition, that term had obtained a secondary meaning which is necessary to get proper trademark protection due to the fact that *booking.com* is not a generic term to customers.

Judge Stephen Breyer, a dissident, claimed that *booking.com* notifies the customer of the fundamental characteristic of its business and absolutely nothing more. Hence, it is too common for trademark defense. On top of that, he noted the relevance of customer survey information in deciding whether a mark is generic that it ‘might be an undependable indication of genericness’⁹⁷.

In this context, *booking.com* brought an idea revealing that the domain is rooted in consumers’ minds as a brand tag instead of just an item group. This situation leaves the question for discussion of whether *booking.com* should be registered as a trademark or not⁹⁸. In a trademark conflict, the question of whether a service’s addition of a domain name suffixes as *.com* to a common term like *reservation* can develop a protectable trademark.

Answering that question, the high court judged that the dispositive inquiry for the registrability of any trademark is the significance of the mark to the appropriate customers. The circuit maintained that *booking.com* could be registered as an issue of law for hotel booking services. The court annulled the USPTO’s *virtually in itself* policy that integrates a generic term like *reservation* with a top-level domain name as *.com* always produces a generic term, no matter consumer assumption. The court discovered that only one entity could simultaneously inhabit a particular domain name in cyberspace. Therefore, a customer might

⁹⁵ S.McJohn, 444.

⁹⁶ Stim, Richard. *Patent, Copyright & Trademark*. 16th ed. New York: Nolo.2020, 413

⁹⁷ G.Belmas, J. Shepard,316.

⁹⁸ Twomey, David P., Marianne M. Jennings, and Stephanie M Greene. *Anderson’s Business Law & The Legal Environment – Comprehensive Edition*. 24th ed. USA: Cengage Learning.2022, 184.

think that *booking.com* directs to some distinctive entity⁹⁹. Since customers do not regard *booking.com* as a common phrase, the eight-against-one decision written by Justice Ginsburg was turned down by the PTO. The dispute is that in which scenario a generic word is integrated with a shared Internet suffix like *.com*, the consequent combination is always generic. Such a legal regulation that completely neglects customers' understanding is inconsistent with the Lanham Act.¹⁰⁰ This instance concerns qualification for trademark registration participant, *booking.com*, as a common name for an online hotel reservation service. The US Patent and Trademark office rejected the registration¹⁰¹.

5.11 The importance of domain name as a digital trademark

The importance of adopting domain names as digital trademarks presented in the momentum of protection can be given to it. Besides that, it union the stations and international regulation to integrate this intently with other intellectual rights. The main difference in light of this new vision to the domain name is that trademark takes its place within a geographical place and limited borders, while domain names as a digital trademark will take place in cyberspace, taking advantage of being one of its kind because the system of DNS does not allow more than one entity to be registered. Furthermore, domain names as digital trademarks can benefit from the trademark field experience in legislation, registration, or examination.

CONCLUSIONS

The legal character of the domain names is a keystone in the digital community. The author believes that one of the main reasons behind the instability in the relationship between domain name owners and trademark holders was the unclarity of the essence of the domain names. Although legal scholars have done their best to code domain names into legal frames, all these efforts could not give the final shape of the domain name character. Based on this background, the Supreme Court's decision that a domain name can be listed as a trademark has eliminated all doubts about the domain name as a trademark. Furthermore, bearing in mind that the medium of the domain name, which is cyberspace, makes it believed that the best shape that a domain name can be is a digital trademark, taking advantage of traditional trademark accumulative experience for more than one hundred years to give complete protection to this new legal shape. The best supposition that we can reach is the best legal revision of the domain names. It offers a complete shield,

⁹⁹ Shilling, Dana. *Lawyer's Desk Book*. 2nd ed. New York: Wolters Kluwer.2022, 10-53.

¹⁰⁰ D. Byer, E.Lee 1-3.

¹⁰¹ Dukeminier et al. 120.

which is that domain names are measured as digital trademarks within the IP frame.

REFERENCES

- A. Wang, Alice. 2017. "Diversifying the Domain Name Governance Framework." *Berkeley Technology Law Journal* 32 (1): 138–76.
- American CONGRESS. n.d. *Lanham Trade- Mark Act 43(d) (2) (A), 15 USC*. Accessed March 31, 2022.
- Aplin, Tanya Frances, and Jennifer Davis. 2021. *Intellectual Property Law: Text, Cases, and Materials*. UK: Oxford University Press.
- banks, theodore l., and frederick z. banks. 2022. *Corporate Legal Compliance Handbook*. 3rd ed. New York: Wolters Kluwer.
- Barkoff, Rupert M., and Selden Andrew C. 2008. *Fundamentals of Franchising*. USA: American Bar Association.
- Batman, Jean L. 2007. *Advising the Small Business: Forms and Advice for the Legal Practitioner*. USA: American Bar Association.
- Belmas, Genelle, and Jason M. Shepard. 2022. *Major Principles of Media Law, 2023 Edition*. Cengage Learning.
- Byer, David J., and Eric W. Lee. 2020. "U.s. Supreme Court Allows Booking.Com to Register Its Domain Name as a Trademark." July 7, 2020. <https://www.klgates.com/us-supreme-court-allows-bookingcom-to-register-its-domain-name-as-a-trademark-07-07-2020>.
- Calboli, Irene, and Jacques de Werra,. 2016. *The Law and Practice of Trademark Transactions: A Global and Local Outlook*. 1st ed., Cheltenham, UK • Northampton, MA, USA,: Edward Elgar Publishing.
- Casenotes. 2004. *Property: Casenote Legal Briefs*. 5th ed. Aspen Publishers Onlin.
- Correa, Carlos. 2020. *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary on the TRIPS Agreement*. 2nd ed. UK: Oxford University Press.
- Davidson, Daniel V., and Forsythe Lynn M. 2021. *Business in the Contemporary Legal Environment*. New York: Wolters Kluwer Law & Business.
- Dimitrov, George. 2001. "The Internet, Electronic Commerce and Traditional Knowledge." In, 2. Sofia: WIPO Publication Publisher.
- "Dorer v Arel, 60 F. Supp. 2d. 558 (ED Va.1999)." n.d. Accessed March 31, 2022.
- Dukeminier, Jesse, James E. Krier, Gregory S. Alexander, Michael Schill, and Lior Jacob Strahilevitz. 2020. *Property: Concise Edition*. 3rd ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business.
- EU. 94AD. *Council Regulation (EC) No 40/94(EC Trademark Regulation)*.
- EU. 2008. *Directive 2008/95/EC of the European Legislation Parliament and the Council(EC Trademark Directive)*.
- Felke-Morris, Terry. 2004. *Web Developer Foundations: Using XHTML*. Canada: Pearson Education.
- Goel, Anita. 2010., *Computer Fundamental*. India: Pearson Education.
- Harvey, David John. 2017. *Collisions in the Digital Paradigm: Law and Rule Making in the Internet Age*. Publisher Bloomsbury Publishing.

- Hauser, Cory. 2020. "Supreme Court Ruling Protects Registered Domain Names, Preserving an Import Tool in the Fight Against Cybercrime." June 30, 2020. https://www.wiley.law/alert-Supreme_Court_Ruling_Protects_Registered_Domain_Names_Preserving_an_Import_Tool_in_the_Fight_Against_Cybercrime#:~:text=On%20June%2030%2C%202020%20the,for%20combatting%20Internet%2Dbased%20fraud.&text=Such%20protection%20is%20critical%20to%20preventing%20domain%20name%20abuse.
- Hörnle, Julia. 2021. *Internet Jurisdiction Law and Practice*. 1st ed. UK: Oxford University Press.
- Hovenkamp, Herbert, Mark D. Janis, Mark A. Lemley, Christopher R. Leslie, and Carrier and Michael A. 2022. *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*. 3rd ed. Wolters Kluwer.
- Kieninger, Eva-Maria. 2020. *Security Rights in Intellectual Property*. switzerland: Springer Nature.
- Komaitis, Konstantinos. 2010. *The Current State of Domain Name Regulation: Domain Names as Second-Class Citizens in a Mark-Dominated World*. Routledge.
- Koonjoobeeharry, Duksh K. 2017. "Are Domain Names Contract of Services or Property Rights?" February 2, 2017., http://www.circleid.com/posts/20170202_are_domain_names_contract_of_services_or_property_rights/.
- Korman, Tomas. 2013. "The Relationship Between Domain Names And Trademarks.", LL.M. Short Thesis, Germany.
- Kruger, Lennard G. 2010. "Internet Domain Names: Background and Policy Issues." Vol. 97. DIANE Publishing.
- Kuipers, Stefan. 2015. "The Relationship between Domain Names and Trademarks/ Trade Names." Master Thesis, Germany: Lund University.
- Kutylowski, Mirosław, and Jaideep Vaidya. 2014. "Computer Security – ESORICS 2014." In, Part 1:19. Springer.
- LawTeacher. 2013. "The Legal Nature of Domain Names [Internet]." November 2013. <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/copyright-law/the-legal-nature-of-domain-names.php?vref=1>.
- Legal Patent. 2018. "ECJ: Descriptive Domain Name Cannot Become A Union Trademark." Legal Patent. June 26, 2018. <https://legal-patent.com/international-intellectual-property/ecj-descriptive-domain-name-cannot-become-union-trademark/>.
- Levine, Gerald M. 2015a. "Understanding the Legal Options Used to Fight Cybersquatting Cybersquatters Jeopardize Your Exclusive Trademark Rights, and There Are Multiple Ways to Fight Back." Network World. January 14, 2015. <https://www.networkworld.com/article/2868398/understanding-the-legal-options-used-to-fight-cybersquatting.html>.
- . 2015b. "Garnishing Domain Names: Are They Contracts or Property?" *New York Law Journal*, April, 1. <http://www.newyorklawjournal.com/printerfriendly/id=1202722864976>.
- Lindsay, David. 2007., *International Domain Name Law: ICANN and the UDRP*. Bloomsbury Publishing.
- Matsuura, Jeffrey H. 2003. *Managing Intellectual Assets in the Digital Age*. Artech House.

- McJohn, Stephen M. 2021. *Examples & Explanations for Intellectual Property*. 7th ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business.
- Merkel, Csenge. 2021. “*Doctrine of Functionality in Trademark Law: An Eu and a Us Perspective Decisions of the Court of Justice of the European Union and the Supreme Court of the United States Regarding the Principle of Functionality.*” In, 241–261.
- Miller, Roger, and Gaylord Jentz. 2007. *Cengage Advantage Books: Business Law Today: The Essentials*. New York: Cengage Learning.
- Miller, Roger LeRoy. 2021. *Business Law Today, Comprehensive: Comprehensive Edition Text and Cases*. 13th ed. New York: Cengage Learning.
- Millstein, Julian S., Jeffrey D. Neuburger, and Weingart Jeffrey P. 2003. *Doing Business on the Internet: Forms and Analysis*. 7th ed. New York: Law Journal Press.
- Moro-Visconti, Roberto. 2021. *Startup Valuation: From Strategic Business Planning to Digital Networking*. 1st ed. swiszirland: Springer Nature.
- Mueller, M. 2002. ““Why ICANN Can’t [Failings of Internet Corporation for Assigned Names and Numbers.” *IEEE Spectrum* 39 (7): 15–16.
- Nguyen, Xuan-Thao N., and Jeffrey A. Maine. 2005. “*Taxing the New Intellectual Property Right.*” *The Hastings Law Journal* 56 (1–3): P41.
- Reed, Stephen F. 2021. *Entrepreneurship Law: Cases and Materials*. 2nd ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business.
- Shelly, Gary B., and Jennifer Campbell. 2011. *Discovering the Internet: Complete*. USA: Cengage Learning.
- Shelly, Gary, Thomas J. Cashman, and H. Albert Napier. 2007. *Discovering the Internet: Complete Concepts and Techniques*. 2nd ed. USA: Cengage Learning.
- Shilling, Dana. 2022. *Lawyer’s Desk Book*. 2nd ed. New York: Wolters Kluwer.
- Smith, Graham J. H. 2007. *Internet Law and Regulation*. Sweet & Maxwell.
- Spinello, Richard. 2010. *Cybernetics: Morality and Law in Cyberspace*. 4th ed. Jones & Bartlett Publishers.
- Sprankling, John G. 2014. *International Property Law*. UK: OUP Oxford.
- Stim, Richard. 2020. *Patent, Copyright & Trademark*. 16th ed. New York: Nolo.
- Street, F. Lawrence, and Mark P. Grant. 2001. *Law of the Internet*. LexisNexis.
- “The Computer Law Association Bulletin.” n.d. USA: the Association. Accessed March 31, 2022.
- Twomey, David P., Marianne M. Jennings, and Stephanie M Greene. 2022. *Anderson’s Business Law & The Legal Environment – Comprehensive Edition*. 24th ed. USA: Cengage Learning.
- “Umbro International v 3263581 Canada, 48 Va. Cir. 139 (1999).” n.d. Accessed March 31, 2022.

Фаед А. Вахгани
Синдгенит докторских синдгенит
Универзитет у Дебрецину
Правни факултет
fahedw@yandex.com
ORCID ID: 0000-0002-7525-9346

Утицај одлуке америчког Врховног суда на карактеризацију назива домена као дигиталног жига

Сажетак: Иако је носилац жига регистровао свој жиг као име домена, правни синдрогени и судови нису разјаснили правни карактер имена домена. На ово поениа, дебатна о природи назива домена била је ограничена на то да ли је име домена интелектуална својина или нека врста интелектуалне својине. Чак и за оне који верују да би називи домена имали права интелектуалне својине, суштина овог права је још увек умована у мистерије. Чешће него не, одлуке суда су биле ограничene на размаирање имена домена као интелектуалне својине све док врховни виши суд у Америци није одлучио да региструје име домена booking.com као заштитни знак. Ова револуционарна одлука би променила досадашња схватања о природи имена домена. Овај рад баца светло на то како би одлука врховног суда дала замаха да се име домена смаира заштитним знаком, што ошвага јуи пошто аутор верује да се име домена може посмаираи као дигитални жиг, имајући у виду да медиј, у који називи домена могу бити активни је дигитални простор.

Кључне речи: називи домена, сајбер простор, дигитални жиг, носиоци жига, власник имена домена.

Датум пријема рада: 22.05.2022.

Датум достављања коначне верзије рада: 17.10.2022.

Датум прихватања рада: 17.10.2022.

ПРИКАЗ

Војислав М. Бачанин
Универзитет у Крајујевицу
Правни факултет у Крајујевицу
bacaninvojislav@gmail.com
ORCID ID: 0000-0003-0281-2451

ДЕЈАН ПОПОВИЋ: УНИФИКАЦИЈА ПОРЕСКОГ ПРАВА У ПРВОЈ ЈУГОСЛОВЕНСКОЈ ДРЖАВИ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ, БЕОГРАД,
2020, 279 СТРАНА

Последњих тридесетак година, с изузетком неколико обимнијих ауторских доприноса,¹ у погледу развитка институција јавних финансија на овим просторима, најчешће су анализе биле заступљене у форми чланака, кратких осврта и прегледа. Будући да малобројни стручњаци за област економске историје и они економисти који су посвећени истраживању економских аспеката феномена јавних финансија најчешће не поседују ни методолошка, а ни стручна знања неопходна за потпуније разумевање области финансијског (а нарочито фискалног) права, у својим радовима углавном су избегавали подвргнути продубљенијој анализи „прашуму“ порескоправних норми. Аутори из области јавних финансија и финансијског права, пак, претежно су се окретали актуелним и „свежим“ порескоправним и порескополитичким темама, а неку приметнију заинтересованост за ову тематику, нажалост, не бисмо могли пронаћи ни код посленика правноисторијске уже научне области, премда је не само историја људских права и слобода, већ и државноправна историја уопште, испреплетана историјом опорезивања.

Студија која се пред нама налази чини се, стога, једним правим освежењем. Њеним издавањем попуњава се празнина за коју верујемо да је давно

¹ Попут, примера ради, студија Драгане Гњатовић, Бошка Мијатовића, Ивана Бецића и Бориса Кршева (Вид: Dragana Gnjatović, *Stari državni dugovi: Prilog ekonomskoj i političkoj istoriji Srbije i Jugoslavije*, Ekonomski institut: Jugoslovenski pregled, Beograd, 1991; Бошко Мијатовић, *Историја државних финансија Србије: 1876-1895*, Архипелаг, Београд, 2021; Ivan Bescić, *Finansijska politika Kraljevine SHS: 1918-1921*, Stubovi kulture, Beograd, 2003; Иван Бецић, *Министарство финансија Краљевине Југославије: 1918-1941*, Институт за савремену историју, Београд, 2012; Boris Kršev, *Finansijska politika Jugoslavije: 1918-1941*, Prometej, Novi Sad, 2007).

требало да буде затворена,² нарочито имајући у виду да је у државама насталим на развалинама друге Југославије спроведена рецепција бројних порескоправних института који су постојали у периоду прве.

Будући да је ова расправа произашла из пера Дејана Поповића, професора емеритуса Универзитета у Београду и аутора који је најзаслужнији за афирмацију домаће науке пореског права, не би требало да зачуди што је кроз анализу процеса стварања јединственог пореског права прве југословенске државе доминантан био управо порескоправни приступ, односно унилатерални концепт проучавања негдашње науке о финансијама.³ Предмет ове студије, зато, није уобичајен приказ стања јавних финансија у првој југословенској држави (на шта упућује и сам аутор у предговору), већ анализа процеса стварања јединственог пореског права у овом периоду. Рад, тако, није само текст историјско-дескриптивне садржине, већ представља једну потпунију теоријско-критичку анализу проблема.

Читајући ову расправу може се препознати једно минуциозно истраживање научне и стручне литературе, периодике и архивске грађе. Аутор је приступио таквој темељној анализи користећи се, притом, не само нормативним и историјским методом (који је својствен за истраживаче правно-историјског усмерења) већ и економским, социолошким и компаративно-правним, како би се разумео и шири, економски и политички контекст. У бројним, брижљиво одабраним примерима указивало се и на значајно деловање културног и политичког амбијента, а пружио се и упоредноправни поглед на нормативна решења у, тада, такође новоствореној држави, Чехословачкој, као и у другим земљама.

Могло би се оценити да је и стил излагања у маниру најпознатијих представника тзв. београдске школе јавних финансија – концизан и педантан. Реченице су јасне и недвосмислене, док полемички тон, осећање за детаљ и чињеница да се кроз текст најчешће користи свака прилика да се излагање учини мање сувопарним чини ово штиво пријемчивим да заинтересује и много ширу публику од историчара, правника и економиста. Монографија има 263 страна текста, док списак литературе заузима 12 страница. Уз увод и закључак, текст је подељен на 9 глава.

² Ваља подсетити и да је последња монографија која је делом своје садржине обухватала и порескоправну анализу домаћих јавних финансија у међуратном периоду објављена још средином осамдесетих година прошлог века. Вид: Božidar Jelčić, *Razvoj javnih financija u Jugoslaviji*, Pravni fakultet u Zagrebu: Centar za stručno usavršavanje i suradnju sa udruženim radom, Zagreb, 1985.

³ Према овом концептуалном оквиру јавне финансије (наука о финансијама) имају за предмет економску страну финансијске активности и, сходно томе, посебан методолошки оквир (те се истраживања врше инструментарнијумом који је развила економска мисао), док се финансијско право служи методологијом коју је развила правна наука.

Прва глава садржи осврт на порески систем у периоду провизоријума, односно прве две године постојања нове државне творевине. Указује се на све правне, али и политичке мањкавости које су тада биле очигледне и, самим тим, оптерећивале систем. Будући да су порези у овом периоду били увође-ни путем финансијских закона, нуди се и оцена стања тадашњег пореског законодавства и места финансијских закона у буџетском и пореском праву.

У оквиру наредне, друге главе, пружа се анализа у погледу директних пореза. Приказују се различити „наслеђени“ системи непосредних пореза који су важили на различитим територијама новостворене државе. У том погледу, за разлику од досадашњих ауторских приступа који су редом истицали пет различитих пореских система, наглашава се како се расправа о унификацији права непосредних пореза заправо сводила на анализу ефекта четири пореска система (аустријски, мађарски, реформисани османски и српски), јер је црногорски систем непосредних пореза (који је, узгред речено, приказан и у овом раду) од јуна 1921. године замењен српским законодавством. Нарочито значајним чини се ауторско опредељење да се представе и оцене различити пројекти пореске реформе непосредних пореза, будући да се за неколико година променило седам различитих предлога. Систем усвојен Законом о непосредним порезима из 1928. године оцењује се као чисти цедуларни (у којем је већина пореза имала две компоненте – основни порез, као пропорционалан, и допунски порез, као прогресиван) који није био у складу са преовлађујућим трендовима у развијеним државама јер није био задовољен стандард *ability-to-pay*. Опет, према ауторовом суду, само изједначење непосредних пореза следило је трендове унификације у државама насталим на сличан начин.

Трећа глава посвећена је унификацији индиректних пореза. У том правцу, посебно се анализирају процеси изједначавања царина и акциза (трошарина), увођења пореза на луксуз и пореза на пословни промет. Указује се на све позитивне и негативне стране важећег законодавства, а текст се обогаћује и скретањем читалачке пажње на одређене политичке куриозитете који су пратили важећи порески систем – од познатих корупционашких афера, до проблема који су се јављали у вези са трошаринама на ракију и шећер.

Уз подсећање на правну природу такси и њихово место у пореском праву, у четвртој глави, истражују се затечени таксени прописи, процес изједначења таксених правила и издвајање судских такси усвајањем посебног закона 1930. године. Подцртава се, тако, постојање једног феномена који се, нажалост, може пронаћи и у наше време – промене назива фискалитета како би се прикрила његова права природа. Наглашава се да су таксе служиле и као „параван“ иза којег би се скрила и закамouflирала дажбина која је, по својој природи, порез или царина.

Предмет истраживања наредне главе представљају фискални монополи. Прихваћена је уставноправна периодизација, те се ово питање истражује током провизоријума, током важења Видовданског и током важења тзв. октроисаног устава из 1931. године. И на овом месту, указује се на бројне проблеме са којима су се суочавали креатори политике, нарочито оне који су се тицали монопола дувана, као најиздашнијег.

У шестој глави истражује се стање пореског процесног права, кроз анализу затечених порескопроцесних прописа, изједначених норми, опроста пореских дуговања и одобравања одгађања плаћања. Закључује се да су мере пореске амнестије и одгађања плаћања представљале последицу политичког популизма тадашњих власти.

У наредној глави пружа се осврт на почетак деволуције Краљевине Југославије усвајањем уредаба о Бановини Хрватској. Будући да током свог кратког постојања Бановина није стигла да донесе нити један порески закон, ова глава је насловљена као „наговештај краја унификованог пореског права.“

Осма глава посвећена је финансирању нижих административно-политичких јединица. Истражују се покушаји хармонизације права самоуправних финансија. Закључује се да је доминантан био систем пореског преклапања, а од средине тридесетих година – систем заједнице прихода. Додатни прилог домаћој историји финансијског права пружа се и кроз ауторски „поглед унапред“ на тзв. самоуправне финансије у другој југословенској држави и поређење односа бановина и федералних јединица послератне федерације.

Пре закључних разматрања, у последњој, деветој глави, расправи се додају још два занимљива питања – питање стања науке пореског права у истраженом периоду и доприноса професора тадашње науке о финансијама и пореских практичара унификацији. Након излагања водећих европских трендова у међуратном периоду у погледу дилеме о односу пореског права и науке о финансијама, аутор се осврће на дела познатих професора тзв. загребачке и тзв. београдске школе јавних финансија анализирајући могући утицај ове дебате на њихове радове. У погледу одговора на питање чији је утицај на унификацију већи – професора или практичара – закључује да су, са изузетком појединих политичара који су и сами неко време били професори Правног факултета у Београду (те су, стога, имали и увид у модерна упоредноправна решења), пореску реформу, заправо, „на својим леђима“ носили порески практичари.

Аутор указује на неоправданост оних критика које су проблем унификације посматрали искључиво кроз политичку призму, пренебрегавајући све административно-техничке факторе који су умногоме успорили овај процес. У том смислу, апострофирају се бројне логичке грешке у закључивању појединих истакнутих стручњака из овог раздобља у погледу „пореске плачке пречана“ и проблема „економске подлоге хрватског питања“ – поле-

мика које су, најчешће, излазиле из оквира научне, а чији су се одједи могли осетити и у наше време.⁴ Прихвата се теза да су критике пореског система у погледу дискриминације „пречанских крајева“ неутемељене и, најчешће, политички мотивисане. Као аргументи наводе се начело вертикалне правичности, занемаривање чињенице да су, са изузетком неизједначених непосредних пореза, сви остали буџетски приходи били изједначени, као и чињеница да виши порези (из периода пре унификације) ипак нису били наметнути од „србијанских политичара него (...) наслеђени из периода када су ти крајеви припадали Аустроугарској“ (стр. 58).

На питање – „читати или не читати ову књигу?“ – може се пружити само афирмативан одговор. Не само стога што се овој расправи тешко може пружити било каква замерка. Чини се да она носи и једну важну поруку и подсећање за данашње и будуће стручњаке – да полуистине, (намерне) логичке грешке у представљању истраживачких резултата и тенденциозно коришћење одређених података од стране признатих научних радника у дневнополитичке сврхе могу бити кобно оружје у разградњи једног друштва. Аутор, у закључним разматрањима, оцењује да је ширење тезе о пореској експлоатацији „подизало анимозитет код неинформисаних, у основи слабо образованих, па и неписмених „широких народних маса“, и то најчешће на осетљивој националној основи, додатно подривајући не баш чврсте темеље заједничке државе“ (стр. 253). А, до чега је тај и такав анимозитет довео – свима нам је познато.

Датум пријема рада: 16.01.2022.

Датум прихватања рада: 22.09.2022.

⁴ Вид. више: Бошко Мијатовић, „Војводина и непосредни порези око 1925: да ли је било плачке?“, *Зборник Мајнице српске за друшћивене науке*, 144/2013, стр. 429-449; Boris Kršev, *Konverzija pamfleta u nauku: Povodom jednog feljtona objavljenog u upodobljenom „Dnevniku“*, *Autonomija*, 21.04.2014, доступно на: <https://www.autonomija.info/boris-krsev-konverzija-pamfleta-u-nauku.html> (30.12.2021).

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), проф. др Слободан Орловић (2013–2022).

Чланови Уредништва:

Проф. др Љубомир Стајић, prof. dr Damjan Korošec (Словенија),
prof. dr Wilhelm Brauner (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 Татјана Бугарски, проф. др Гордана Дракић,
проф. др Атила Дудаш, проф. др Бојан Тубић.

Менаџер часописа

Др Лука Батуран

Секретаријат Уредништва

др Урош Станковић, др Наташа Рајић, др Сандра Самарџић,
др Ратко Радошевић, др Илија Јованов, др Владан Мирковић,
Слобода Мидоровић, Оливера Јокић.

Компјутерска обрада текста

Владимир Ватић, „Графит”

Штампа:

„Футура”, Нови Сад
Тираж: 100 примерака

2022

CIP - Каталогизација у публикацији
Библиотека Матице српске, Нови Сад

34(082)

ЗБОРНИК радова = Collected Papers / Правни факултет
у Новом Саду ; главни уредник Владимир Марјански
- 1966, 1- . - Нови Сад : Правни факултет, 1966-. -
24 cm

ISSN 0550-2179

COBISS.SR-ID 16397826

ISSN 0550-2179
eISSN 2406-1255