ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У НОВОМ САДУ

ЗБОРНИК РАДОВА

За издавача
Проф. др Татјана Бугарски
декан 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

LVII 3 (2023)

НОВИ САД, 2023.

ЗРПФНС, година LVII Нови Сад, бр. 3 (2023)

УДК 3 ISSN 0550-2179 eISSN 2406-1255

САДРЖАЈ
TABLE OF CONTENTS

Сенад Р. Јашаревић
Дарко М. Божичић
Стандард „дужна пажња“ у области радног права 641

Бојан Л. Пајтић
Стицање без основа – упоредноправни преглед 659

Марко М. Парезановић
Политичка власт и државне институције 687

Александар Л. Мартиновић
Улога органа управе и Народне скупштине у заштити тајних података 705

Миливоје Б. Лаћевић
Хронологија антрополошког песимизма Никола Макијавелија 723

Ратко С. Радошевић
Немачко управно судство: основи једног система 739

Ксенија М. Ђитковић
Позив на понуду из угла упоредног и српског права 769

Тијана Д. Перић Дилигенски
Оглед о политичкој поларизацији 795

Младен З. Јеличић
Интернет и прекршаји из Закона о јавном реду и миру – материјалноправни аспекти 811

ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ АУТОРЕ

Mirko Z. Klarić
Role of the Government in Certain Circumstances 831

Pál Szentpáli-Gavallér
The Impact of the April 1848 Laws on the Transformation of Society, or the Abolition of Serfdom 853

Nóra Jakab
Sustainability in Theory and Practice 873

Dima Ziad Alburai
Protecting Schools within Conflict Zones in Gaza Strip under International Humanitarian Law 887

Svjetlana P. Dragović
Perjury and Wrongful Witness Testimony in Criminal Proceedings 901

Mohammad T. Bahri
Between Legal Fortress and Uncertainty: Comparative Analysis of the Refugee Law Frameworks in Hungary and Indonesia 913

ОДЕЉАК ЗА СТУДЕНТЕ

Милица Д. Његован
Циљеви одрживог развоја у међународним споразумима о подстицању и заштити улагања 947

Nataša M. Pajić
Human Trafficking as a Threat to Personal Security 973

ПРЕТХОДНО САОПШТЕЊЕ

Björn Steinrötter
The Principle of Equivalence of Legal Systems in Private International Law and its Contribution to the Foundation and Preservation of Peace 991

Helmut Weber
The Interrelationship between Culture, Law and Peace: Connections and Frictions .1005

Martin Schlüter
Rechtskraft und ihre Durchbrechung im deutschen Recht 1019

Оригиналан научни рад 349.2:342.7
doi:10.5937/zrpfns57-47270

Сенад Р. Јашаревић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Jasarevic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-9402-7770

Дарко М. Божичић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Bozicic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9405-7424

СТАНДАРД „ДУЖНА ПАЖЊА“ У ОБЛАСТИ РАДНОГ ПРАВА*

***Сажетак**: Једну од новина у области радног права представља увођење стандарда „дужне пажње”. Иако је овај принцип дуго познат и примењиван у другим областима права, у радном праву је нов. Глобална примена стандарда дужне пажње, која се налаже документима УН, МОР, OECD, а ускоро и директивом ЕУ, као и многим националним законима, требало би да доведе до потпуније и обухватније заштите људских права запослених, као и свих других лица поводом рада. У овом раду говори се више о значењу, развоју и примени стандарда дужне пажње у радном праву.*

***Кључне речи**: дужна пажња, људска права, радни односи.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Крајем XX века деловало је да је радно право формирана и стабилна грана права, у којој се мало шта ново може појавити. Ипак, у новом миленијуму се отворио низ нових питања и проблема. Постаје јасно да ће радно право морати да се реформише како би се одговорило на захтеве у новом веку.[1]

---

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

[1] Видети више нпр: Сенад Јашаревић, „Уређење радног односа у Србији у контексту нових околности у свету рада”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2015,

Овај тренд је започео деведесетих година прошлог века, када долази до „флексибилизације“ радних односа. Уместо сталног радног односа, све више се користе „флексибилне” – нестандардне форме рада. Нови миленијум донеће нове нестандардне форме рада везане за коришћење дигиталне технологије.[2] Међу њима је данас најзаступљенији „платформски рад”.[3] Ови нови облици радног ангажовања су у последњој деценији отворили потребу сасвим другачијег приступа радноправној регулативи, уговорима којима се регулише рад, правима и уређењу статуса радне популације. Генерално, долази до стагнације права запослених.

Са друге стране, у радном праву појавиле су се неке новине захваљујући којима је проширена обухватност и квалитет правне заштите радне популације. Развија се заштита од дискриминације на раду, уводи се забрана злостављања на раду (тзв. мобинга), заштита узбуњивача Једну од таквих новина у последњој деценији представља увођење стандарда „дужне пажње” (*due diligence*) у области рада. Иако је овај стандард дуго познат и примењиван у другим гранама права, у радном праву је нов.[4] Глобална примена принципа дужне пажње у овој области би требало да доведе до потпуније и обухватније заштите људских права запослених, као и свих других лица поводом тог рада.

Веће интересовање домаће јавности за стандард дужне пажње изазвала је чињеница да је 2022. године Европска унија сачинила предлог директиве о корпоративној дужности пажње за одрживо пословање,[5] те да је у

1053-1068. Сенад Јашаревић, Дарко Божичић, „Радно право пред изазовима дигиталне економије”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2021, 1045-1062.

[2] О променама које се у том контексту дешавају у области рада видети више нпр: Florian A. Schmidt, *Digital Labour Markets in the Platform Economy: Mapping the Political Challenges of Crowd Work and Gig Work* (Friedrich-Ebert-Stiftung, 2017). *Decent Work in the Platform Economy*, International Labour Organisation, Reference document for the Meeting of experts on decent work in the platform economy (Geneva, 1-14 October 2022), Geneva, 2022. Дарко Божичић, *Остваривање и заштита права на рад у дигиталној економији,* докторска дисертација, Правни факултет, Универзитет у Новом Саду, 2021.

[3] О појму платформског рада шире код: Бојан Урдаревић, Александар Антић, „Рад преко платформи и нови облици рада у дигиталној економији,“ *Српска политичка мисао* 2/2021, 154-157.

[4] О коренима овог принципа, које воде још из римског права, видети: Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale, „The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights“, *The European Journal of International Law* 3/2017, 902. Како они наводе, по римском закону, особа је била одговорна и за ненамерну штету нанету другима ако је штета настала због неиспуњавања стандарда понашања који се очекују од марљивих (или добрих) патерфамилијаса (глава породице). Стандард *diligens paterfamilias* утицао је на развој правног института деликта из нехата у многим правним системима.

[5] На хрватском језику назив овог акта је: *Директива о дужној пажњи за одрживо пословање* (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-HR/TXT/?from=EN&uri=CELEX%3A52022-PC0071). Вид: *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council, on Cor-*

Немачкој 2021. године усвојен Закон о дужној пажњи у ланцима снабдевања, који је ступио на снагу 2023. године.[6]

Уколико дође до усвајања Директиве, све компаније у ЕУ ће морати да примењују стандард дужне пажње, као и њихови снабдевачи и сарадници у иностранству у производним и продајним ланцима (тзв. „ланцима вредности" – ланцима стицања прихода), значи, и у Србији. Примена немачког закона већ сада подразумева да ће одређене радноправне стандарде морати да поштују немачке компаније, као и све компаније које са њима сарађују у другим земљама. То се односи и на њихове филијале у Србији, снабдеваче, подизвођаче. Уколико ти привредни субјекти не буду поштовали прописане стандарде, немачке компаније дужне су са њима да прекину пословну сарадњу.[7]

Оно што је мање познато је да наведено већ важи када се ради о привредним субјектима који сарађују са предузећима још неких земаља које су уградиле овај стандард у своје законодавство (нпр. Француска, Норвешка, Холандија, Велика Британија, Аустралија.), те да слична обавеза постоји и за земље чланице Уједињених нација.

2. НАСТАНАК И РАЗВОЈ СТАНДАРДА „ДУЖНА ПАЖЊА" У МЕЂУНАРОДНОМ И НАЦИОНАЛНОМ ПРАВУ

Стандард „дужне пажње" (енгл. *due diligence*) уводи се у радно и пословно право у другој деценији овог века. Подразумева такав концепт пословања код којег је предузеће, да би било савесно, дужно да предузима кораке како би спречило и уклонило штетне утицаје по људска права и евентуално животну средину у свом пословању – било директно или индиректно (у ланцима снабдевања, код подуговарача и сл).[8] Према Коркудејлу, то је данас људско право, које он дефинише као: „процес у којем се од предузећа очекује да процене стварне и потенцијалне утицаје на људска

porate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937. COM/2022/71 final. Доступно на: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0071

[6] *The Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains* (Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten), ступио је на снагу 1. јануара 2023. Објављен у: the Federal Law Gazetteon 22 July 2021.

[7] Видети нпр: Јован Протић, „Дужна пажња у ланцима снабдевања – од водећих принципа УН до могућег утицаја на радна права на западном Балкану", *Радно и социјално право* 1/2023, 275; Јелица Горданић, Милена Митровић, „Предлог Директиве о дужној пажњи за одрживо пословање", *Европско законодавство* 79/2022, 125-140; *Правни due diligence и превентивна дубинска анализа*, 28. јул 2022, Унија, https://unija.com/sr/pravni-due-diligence-i-preventivna-dubinska-analiza/; *Дужна пажња (due diligenca),*www.Economy-pedia.com, https://sr.economypedia.com/11031098-due-diligence-due-diligence (1. 9. 2023)

[8] Неке земље у овај концепт укључују и животну средину – неке не. О овом појму вид: J. Bonnitcha, 900.

права, да у своју политику интегришу налазе и по њима делују, да прате одговоре и комуницирају о томе како се ти утицаји решавају.”[9]

Само значење појма дужна пажња у енглеском језику представља: „бригу коју разумно лице треба да уложи како би избегло да изазове штету другим лицима или њиховој имовини”.[10] У британском праву овај стандард коришћен је још у средини петнаестог века, у значењу „неопходног напора” да се неком не начини штета.[11] Вековима касније добија и наведено правно значење, а сматра се да представља синоним за уобичајену пажњу – бригу *(ordinary care)*.[12] Наводи се и да је пре радног права, овај стандард био веома распрострањен у оквиру корпоративног финансијског пословања.[13] Такође, примењује се и на „обичне људе”. У том смислу се свима саветује: „да изврше свој „due diligent“ (односно, да покажу дужну пажњу) пре него што купе кућу, потпишу кредит или врше било коју важну куповину.” [14]

У модерном пословном праву овај појам настаје пре тридесетак година, тако што се везује за „одрживо пословање” компанија. Многе мултинационалне компаније су у свом раду грубо кршиле људска права или су то чиниле њихове филијале, снабдевачи или подуговарачи, а да оне нису реаговале. Због тога су прво на њих почеле да врше притисак невладине организације (као нпр. *Amnesty International и Human Rights Watch),* које су објављивале извештаје о бројним злоупотребама људских, дечијих и еколошких права, скрећући пажњу на ову проблематику путем механизма „именовања и срамећења” (*naming and shaming mechanism*).[15] Ове и друге организације покренуле су тим поводом, а воде и данас, многе судске процесе против мултинационалних компанија. Многе спорове су те компаније и губиле пред националним судовима.[16]

---

[9] Robert McCorquodale & Justine Nolan, “The Effectiveness of Human Rights Due Diligence for Preventing Business Human Rights Abuses”*, Netherlands International Law Review* volume 68, 455–478 (2021), Published: 25 November 2021, https://link.springer.com/article/10.1007/s40802-021-00201-x.

[10] Према: *due diligence* у речнику – Merriam-Webster, https://www.merriam-webster.com/dictionary/due%20diligence (18. 7. 2023)

[11] *Ibidem*.

[12] Уобичајена брига значи степен бриге коју би требало да покаже обазрива и компетентна особа ангажована у истом послу или подухвату под сличним околностима. Према: *Law Insider,* https://www.lawinsider.com/dictionary/ordinary-care (1. 9. 2023)

[13] Вид: David Harding and Ted Rouse, *Human Due Diligence,* Harvard Business Review, 124, April 2007, hbr.org

[14] *Ibidem*.

[15] Према: Ј. Горданић, М. Митровић, 126.

[16] О судским случајевима тим поводом у Бразилу, Канади, Немачкој, Холандији, Великој Британији, Шведској и другим земљама видети више: L, Smit, C. Bright, C. i dr., *Study on due diligence requirements through the supply chain*, Ured za publikacije, EU, 2020., https://data.europa.eu/doi/10.2838/39830, стр. 174, 538-542; Nicola Bueno, Claire Bright, *Implementing*

Уочивши да овакво штетно деловање мултинационалних компанија постаје глобални и масовни проблем, почињу да реагују и међународне организације – као што су Уједињене нације (УН), Организација за економску сарадњу и развој (*OECD*), Међународна организација рада (МОР). Доносе се документи у којима се налазе корени касније формулисаног принципа дужне пажње, а у којима се скреће пажња да би мултинационалне компаније требало да поштују људска права. То су нпр: *Трипартитна декларација о принципима који се односе на мултинационална предузећа и социјалну политику,* МОР, из 1977. године;[17] *Десет принципа глобалног договора УН,* из 2000. године;[18] *Смернице за мултинационална предузећа, OECD*, из 1976. године (иновиране последњи пут 2023. године).[19]

Наведене активности и документи представљаће припрему за увођење принципа дужне пажње. Формално се овај стандард појављује 2011. године, када су Уједињене нације прокламовале *Руководећа начела за дужну пажњу у области људских права.*[20] Најкраће речено, у питању је правни оквир УН, којим се подразумева поштовање, заштита и отклањање повреда људских

human rights due diligence through corporate civil liability, 2020, Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/189888/1/Implementing_Human_Rights_Due_Diligence_through_Corporate_Civil_Liability.pdf; Julia Mello Neiva, *Brumadinho dam collapse: lessons in corporate due diligence and remedy for harm done,* Business & Human Rights Resource Centre, 28 Jan 2019, https://www.business-humanrights.org/en/blog/brumadinho-dam-collapse-lessons-in-corporate-due-diligence-and-remedy-for-harm-done/

[17] Уз то значајни пропратни документи МОР у вези са овом тематиком су и: *Conclusions concerning the promotion of sustainable enterprises (2007)* и *Conclusions concerning decent work in global supply chains* (2016). Вид: *Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy,* ILO, 2022, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_094386.pdf

[18] *The Ten Principles of the United Nations Global Compact,* United Nations, 2000, https://unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles

[19] Смернице вуку корене из документа ОЕЦД из 1977. године, а сачињене су у садашњој форми 2000. године и иновиране 2011, 2023. Вид: *OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct, 2023,* OECD Publishing, Paris, https://doi.org/10.1787/81f92357-en; *OECD Due diligence guidance for responsible business conduct,* 2018, http://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf и *OECD Guidelines for Multinational Enterprises,* OECD, 2011, OECD Publishing. http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en.

[20] Назив овог документа на енглеском језику је: *The UN formalized guidelines for Human Rights Due Diligence* on June 16, 2011. Аутор принципа је проф. Џон Раги (*John Ruggie*), који је водио комитет УН који се бавио овим питањем од 2005. године. Видети: *Human Rights Council, Seventeenth session, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the, United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework, 21 March 2011,* https://digitallibrary.un.org/record/705860/files/A_HRC_17_31-EN.pdf

права од стране мултинационалних компанија.[21] Потом се овај стандард уграђује и у друге међународне документе, као што су поменуте Смернице ОЕЦД, а у последње време и у национална законодавства.

Законе који предвиђају дужност пажње компанија у области људских права генерално, донеле су Француска, Немачка и Норвешка, док су поједине земље донеле сличне прописе о заштити од дечијег рада или насиља на раду (Велика Британија, Холандија, Аустралија). Најкраће речено, сви ови прописи предвиђају дужност домаћих компанија да се било где у свету старају о томе да не дође до кршења људских права у оквиру њиховог пословања (односно кршења права детета или насиља на раду), односно у оквиру пословања њихових кооперанатa и снабдевача. Поједине земље ту обавезу предвиђају и у области животне средине.[22]

Пар речи о националним прописима. *Закон о транспарентности,* донет у Норвешкој 2021. године,[23] предвиђа дужност компанија да воде дужну пажњу о активностима како би осигурале корпоративну одговорност, поштујући људска права и достојанствене услове рада.

Немачки *Закон о дужној пажњи у ланцима снабдевања,* из 2021. године,[24] предвиђа дужност пажње компанија како би се идентификовали, спречили или свели на минимум ризици кршења људских права и штете по животну средину.[25]

Француским – *Законом бр. 2017-399 о дужности будности матичних компанија и компанија наручилаца*,[26] успоставља се правна обавеза матичних компанија да установе и спрече штетне утицаје на људска права и животну средину који су последица сопствених активности или активности

[21] Вид: Ј. Протић, 278.

[22] Stephane Brabant, Claire Bright, Noah Neitzel, Daniel Schönfelder: *Due Diligence Around the World: The Draft Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (Part 1), VerfBlog,* 2022/3/15, https://verfassungsblog.de/due-diligence-around-the-world/, DOI: 10.17176/20220315-121131-0.

[23] У оригиналу – *Åpenhetsloven*. Вид: *Act relating to enterprises' transparency and work on fundamental human rights and decent working conditions (Transparency Act),* Norway, 2021, https://www.regjeringen.no/contentassets/c33c3faf340441faa7388331a735f9d9/transparency-act-english-translation.pdf

[24] Поменут раније.

[25] Вид: *Supply Chain Act, Bussines and Human Rigts,* https://www.csr-in-deutschland.de/EN/Business-Human-Rights/Supply-Chain-Act/supply-chain-act.html (1. 9. 2023) Markus Krajewski, Kristel Tonstad and Franziska Wohltmann, *Mandatory Human Rights Due Diligence in Germany and Norway: Stepping, or Striding, in the Same Direction,* Business and Human Rights Journal, 6 (2021), pp. 550–558, https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/85815FE5F1D1F64208B0068B7FBBECF8/S2057019821000432a.pdf/mandatory_human_rights_due_diligence_in_germany_and_norway_stepping_or_striding_in_the_same_direction.pdf

[26] *Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre,* https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626/.

компанија које контролишу, као и кооперанта и добављача. Ова обавеза тиче се и нелегалног радног ангажовања и радне експлоатације уопште, посебно деце.[27]

Велика Британија је 2015. године усвојила – *Закон о модерном ропству (Modern Slavery Act)*.[28] Овим законом се британским компанијама и њиховим кооперантима намеће дужност пажње када се ради о ропству, обавезној служби, принудном или обавезном раду и трговини људима било у земљи, било у иностранству. Закон истог назива као британски, и сличне садржине, усвојила је и Аустралија – 2018. године (*Australia Modern Slavery Act*).[29]

Дужну пажњу компанија када се ради о раду деце предвиђа и холандски *Закон о дужној бризи за дечији рад* (*Wet Zorgplicht Kinderarbeid*), усвојен 2019. године, а ступио је на снагу 2022.[30]

3. „ДУЖНА ПАЖЊА“ ПРЕМА МЕЂУНАРОДНИМ СТАНДАРДИМА

Стандард дужне пажње још увек је у развоју. Многа питања нису до краја разјашњена. Томе доприноси чињеница да поменути међународни документи (УН, *OECD*, ЕУ), нису идентични и немају исти домашај. Слично је и са националним стандардима. Углавном, још увек постоје многе полемике и дилеме: шта све подразумева „дужна пажња”, на које се све субјекте обавеза дужне пажње примењује, како се спроводи, ко ужива заштиту, на која људска се права односи, које међународне стандарде покрива, какве повреде морају бити у питању, који степен обавезности овог принципа постоји према привредним субјектима, каква улога државе треба да буде, врсте и обим заштите (међународна и национална; административна, судска, инспекцијска), да ли су дозвољене и које санкције (грађанске, кривичне, прекршајне)?

[27] Видети: *French Corporate Duty Of Vigilance Law – Frequently Asked Questions,* European Coalition for Corporate Justice, Brussels, Belgium, 23 February 2017, https://corporatejustice.org/news/405-french-corporate-duty-of-vigilance-law-frequently-asked-questions.

[28] *Modern Slavery Act 2015*, Introductory Text, https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/section/41/enacted

[29] *Modern Slavery Act 2018,* No. 153, 2018, https://www.legislation.gov.au/Details/C2018A00153

[30] Вид: *Wet zorgplicht kinderarbeid,* Staatsblad 2019 401, https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2019-401.pdf; *The Netherlands passes historic child labour due diligence bill,* ICI – International Cocoa Initiative Foundation, 29 May 2019, https://cocoainitiative.org/news-media-post/the-netherlands-passes-historic-child-labour-due-diligence-bill/; ECOVADIS, *Dutch Child Labor Due Diligence Act,* The Netherlands, 2022, https://ecovadis.com/regulations/dutch-child-labor-law/; AMFORI, Dutch Child Labour Due Diligence Law, https://www.amfori.org/sites/default/files/amfori-2020-26-02-Dutch-Child-Labour-Due-Diligence-Law.pdf (od 19. 7. 2023)

Углавном, могу се извести неки заједнички закључци из ових докумената. Може се рећи да је дужност пажње данас незаобилазна када је у питању директно пословање. Тенденција је да се овакав концепт дужности, као обавеза, прошири и на посредно укључене субјекте (у продајном, производном, услужном ланцу), да се пружи заштита у погледу свих група људских права (нарочито права запослених, деце, као и у погледу заштите животне средине). Као основ би требало да служе најважнији правни стандарди релевантних међународних организација (УН, МОР). Пошто нам обим овог рада не омогућава да се детаљно упустимо у национално законодавство, осврнућемо се на поједине одредбе поменутих међународних аката у овом домену, како бисмо илустровали наведено.

Према Принципима УН, део пословне одговорности је спровођење „дужне пажње у области људских права“ како је описано у оперативном принципу бр. 17: “ Да би се идентификовали, спречили и ублажили негативни утицаји на људска права, као и да би се узео у обзир њихов учинак, предузећа би требало да спроведу дужну пажњу у погледу људских права. Тај процес би требало да укључи процену стварних и потенцијалних утицаја на људска права, усвајање и деловање на основу налаза, као и праћење учинка спроведених мера.[31]

„Људско право на дужну пажњу: (а) би требало да покрива штетне утицаје на људска права које предузеће може проузроковати или њима може допринети својим сопственим активностима, или који могу бити директно повезани са његовим пословањем, производима или услугама у његовим пословним односима; (б) варираће у погледу сложености у зависности од величине предузећа, ризика од озбиљних утицаја на људска права, и природе и контекста пословања; (в) требало би да буде адаптибилно, тако што ће се имати у виду да се ризици по људска права могу променити током времена како се пословање предузећа и оперативни контекст развијају”.[32]

У принципима 18 и 21 елаборирају се есенцијалне компоненте дужне пажње. Према њима, проверу људских права треба започети што је раније могуће у развоју нове активности или односа, с обзиром на то да се ризици за људска права могу повећати или ублажити већ у фази структурирања уговора или других споразума, а могу се и наследити спајањем или куповином. Тамо где предузећа имају велики број субјеката у својим ланцима вредности (производним, потрошачким, услужним), може да буде посебно тешко спровођење принципа дужне пажње ради сузбијања штетних утица-

[31] *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework,* United Nations, Office of the High Commissioner, 2011,,https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf

[32] Део текста Принципа 17.

ја по људска права. Ако је тако, предузећа би требало да идентификују општа подручја у којима је ризик од штетних утицаја по људска права најзначајнији, било због оперативног контекста одређених добављача или клијената, конкретних операција, производа или услуга или других релевантних разлога, и да им дају приоритет како би се спровела дужна пажња у погледу људских права. Питања саучесништва могу се појавити када предузеће доприноси, или се сматра да доприноси, штетним утицајима по људска права које изазивају друге стране.[33]

Принцип дужне пажње, према поменутом документу, почива на три основа. Први чини дужност државе да обезбеди заштиту од повреде људских права од стране трећих страна, укључујући и предузећа, путем одговарајуће политике, прописа или пресуда. Други стуб чини корпоративна одговорност за поштовање људских права, што значи да би предузећа требало да делују са дужном пажњом како би избегла кршење права других, и да се позабаве негативним утицајима у које су укључена поводом кршења људских права. Треће је потреба за ефикаснијом доступношћу делотворног правног лека, како судског, тако и вансудског.[34]

Основном маном Принципа УН сматра се њихова необавезност (што је нпр. отклоњено у националним законима). Један од проблема у примени је и што ове принципе на другачији начин схватају правници који се баве људским правима и пословни људи. Док их први примењују озбиљније, други их често сматрају само препоруком и игноришу.[35]

Примена ових принципа у пракси је веома сложена. Они би требало да се примењују на све чланице УН, на све врсте послова, транснационалне и друге, без обзира на њихову величину, сектор, локацију, власништво и структуру. Корпоративне активности у погледу људских права захтевају да велики број заинтересованих страна активно учествује у нијансираној мешавини јавних и приватних регулаторних напора.[36] Према Макију, да би се успешно спровела политика дужне пажње, очекује се да се примене мешовите мере – добровољне и обавезне, националне и интернационалне.[37] То између осталог, не значи само обавезну легислативу о људским правима у свим секторима

---

[33] Вид: *Guiding Principles on Business and Human Rights*..., 5.

[34] Вид: John Gerard Ruggie and John F. Sherman, "The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale", *The European Journal of International Law* 3/2017*,* 921–928. The UN "Protect, Respect and Remedy" Framework for Business and Human Rights, 2010, https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/reports-and-materials/Ruggie-protect-respect-remedy-framework.pdf

[35] J. Bonnicha, 900.

[36] MacCorquodale, 475.

[37] C. Macchi and C. Bright, '*Hardening Soft Law: The Implementation of Human Rights Due Diligence Requirements in Domestic Legislation',* in M Buscemi et al. (eds), Legal Sources in

и областима људских права, већ и да се решавају трајне препреке у вези са приступом жртава правним лековима, као што је идентификовано у трећем стубу Принципа.[38]

Чини нам се да су у погледу примене иновиране Смернице *OECD* (даље: Смернице) нешто конкретније. Поред сличних обавеза као у Принципима УН, у Смерницама *OECD* се наводе још неки битни детаљи, како би била јаснија примена овог принципа. Тако, према Смерницама, предузећа би требало да доприносе економском, еколошком и социјалном напретку имајући у виду остваривање одрживог развоја. Такође се у, делу 2 (Генерална политика), наводи да су предузећа дужна да поштују међународно призната људска права.[39]

Потом, у овом документу се наводи и на шта се све односи политика дужне пажње: 1) раскринкавање (откривање скривања података, трансакција, намера, ризика, губитака и сл), 2) повреде људских права, 3) повреда у области радних односа, 4) повреда у области животне средине, 5) корупцију, 6) права потрошача.[40]

Део пети документа *OECD* посвећен је Запошљавању и индустријским односима. Наводи се: „Предузећа треба да, у оквиру важећег закона, прописа и преовлађујућих радних односа и праксе запошљавања и важећих међународних стандарда рада, избегавају било какво незаконито запошљавање и праксу индустријских односа, у складу са очекивањима дужне пажње.”[41] Ту спадају: поштовање права на организовање, заштита од принудног рада, дискриминације, родно заснованог насиља и узнемиравања, укључујући сексуално узнемиравање, обезбеђивање здравља и безбедности на раду, колективно преговарање, забрана дечјег рада.[42] Наводе се и примери штетних утицаја на раду: ометање организовања синдиката; избегавање конструктивног колективног преговарања; ангажовање деце у недозвољеним и штетним облицима рада; вршење дискриминације на раду на основу расе, боје,

Business and Human Rights: Evolving Dynamics in International and European Law (Brill Nijhoff 2020) 222, 232.

[38] C. Macchi, 222.

[39] Детаље у тексту наводимо према најновијем тексту Смерница, из 2023. Поменути текст: *OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct, 2023,* 14.

[40] Вид: *OECD Guidelines...,* 38.

[41] Вид: *OECD Guidelines...,* 38.

[42] Слично као принципима *OECD* и немачки закон садржи листу људских права, односно детаљну листу конвенција на које се позива. У питању је једанаест међународно признатих конвенција о људским правима. Оне укључују забрану дечијег рада, ропства и принудног рада, непоштовање обавезе безбедности и здравља на раду, задржавање адекватне зараде, непоштовање права на оснивање синдиката или представника запослених, ускраћивање приступа храни и води, као и незаконито одузимање земље и средстава за живот. Секција 2. Закона.

пола, религије, политичког мишљења, националне припадности или социјалног порекла или другог статуса; неприлагођавање машина, опреме, радног времена, организовања радних процеса тако да одговарају физичким и менталним капацитетима радника; пропуштање да се замене опасне супстанце безазленим или мање опасним супстанцама;, плаћање зарада које не одговарају базичним потребама радника и њихових породица; претња да ће се преместити цела или део оперативне јединице како би се радници спречили да формирају синдикат или да се учлане у синдикат.[43] Такође, у циљу конкретне примене у цитираном документу прецизно су приказани индикатори повреде људских права, по областима.[44]

Поред наведеног, послодавцима се забрањује и учешће у одмазди против припадника цивилног друштва и бранитеља људских права који документују повреде људских права, говоре о њима или на други начин подстичу потенцијалне и стварне утицаје на људска права у вези са пословним пројектима. При томе се Смернице позивају на стандарде МОР.

Детаљно се наводи и како обезбедити спровођење дужне пажње у погледу поменутих области и права.[45] Тако нпр. примери у погледу обухватности – ширине повреде, у области радних односа подразумевају процену: броја погођених радника/запослених; степен до којег су штетни утицаји системски (нпр. у односу на одређени географски простор, индустрију или подсектор); степен до којег су неке групе непропорционално погођене утицајима (нпр. националне мањине, жене, итд).[46]

Нису изостали ни примери добре праксе, као што су: успостављање механизма за решавање спорова; да постоји процес за омогућавање акционарима и стручњацима консултација о циљевима и активностима; да је уведен ефикасан процес за благовремено саопштавање детаља о стварним или потенцијалним штетним утицајима предузећима која учествују, како би подржала предузећа у обављању сопствених активности дужне пажње; редовно преиспитивање политике дужне пажње у компанији; редовно извештавање; решавање спорова између менаџмента и компаније о потенцијалним сукобима интереса.[47]

За разлику од претходних докумената, предлог Директиве о корпоративној дужности пажње за одрживо пословање,[48] има за циљ успостављање

[43] Видети табелу: *OECD Guidelines...,* 39.

[44] Вид: *OECD Guidelines...,* 43.

[45] Вид: *OECD Guidelines...,* 20.

[46] Вид: *OECD Guidelines...,* 43.

[47] Вид: *OECD Guidelines...,* 52.

[48] Недавно су донети и амандмани на овај документ, како би био лакше усвојен. Вид: *Amendments(1) adopted by the European Parliament on 1 June 2023 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence*

обавезујуће дужне пажње.[49] У суштини, Директива захтева од одређених компанија из ЕУ (које имају одговарајући број запослених или промет), као и њихових кооперанта из трећих земаља, да испуне обавезе дужне пажње у вези са људским правима и животном средином и предвиђа механизам спровођења са могућим санкцијама и грађанском одговорношћу за непоштовање. Предлог директиве покрива читаве ланце вредности, али не изван успостављених пословних односа. Односи се на област људских права (која се наводе у анексу тог документа, уз набројане конвенције МОР и УН) и животне средине.[50]

Компаније морају испунити следеће обавезе у оквиру дужне пажње у погледу људских права и животне средине: да интегрише дужну пажњу у политику компаније; установе потенцијалне негативне утицаје на људска права и животну средину; спречавају и ублажавају потенцијалне штетне утицаје; прекину и сведу на минимум штетне утицаје; успоставе и одржавају жалбени поступак; прате ефикасност политике и мера дужне пажње; јавно комуницирају на основу дужне пажње. Утврђује се и посебна дужност директора да брине о спровођењу овог стандарда.[51] Установиће се и национална надзорна тела у овој области, као и европска мрежа у ту сврху.[52]

Остали детаљи слични су као у претходно приказаним документима.

Између осталог, предвиђа се грађанскоправна одговорност, ако предузећа не испуне обавезу спровођења политике дужне пажње и ако је услед тога наступила штета.[53] При процени постојања и опсега одговорности у

---

and amending Directive (EU) 2019/1937 (COM(2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD))(2, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0209_EN.html

[49] Вид: Yves Melin Jin Woo Kim Isabel Fressynet Anna Golouchko, *The EU aims to introduce mandatory supply chain due diligence obligations,* Red Smith, 21 November 2022, https://www.reedsmith.com/en/perspectives/2022/11/the-eu-aims-to-introduce-mandatory-supply-chain-due-diligence-obligations

[50] Поред ове директиве, ЕУ је већ раније донела неке документе који предвиђају дужност дужне пажње, за поједина поља и области, али они имају ограничено дејство. Међу њима је нпр. и новоусвојена *Директива о извештавању о одрживом пословању привредних друштава,* усвојена 5. јануара 2023. године *(ОЈ L 322, 16. 12. 2022).* Вид: Милена Митровић, „Дужност директора у одрживом корпоративном управљању*“, Право и привреда* 3/2023, 845.

[51] Чл. 4 Предлога директиве. Између осталог, Митровић (стр. 863 и 864) наводи да: „На крају, очигледно је да Предлог директиве, циљано или не, шири простор за директну одговорност директора не само према привредном друштву, већ и према трећим лицима... Директори су одговорни за интегрисање дужне пажње у политику друштва и обезбеђење да друштво има успостављену политику дужне пажње.” О томе као и о самом Предлогу директиве детаљније видети више: М. Митровић, стр. 844–872 и European Commission, *Study on directors' duties and sustainable corporate governance,* 2020, https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e47928a2-d20b-11ea-adf7-01aa75ed71a1/language-en, стр. 35, 68, 76, 77, 147.

[52] Чл. 21 Предлога директиве.

[53] Чл. 21 Предлога директиве.

обзир се узимају настојања предузећа, у мери у којој се директно односе на предметну штету, да се усклади са свим корективним мерама које од њега захтева надзорно тело, као и сва улагања и сва пружена циљана потпора политици дужне пажње, те свака сарадња с другим субјектима како би се уклонили негативни учинци у његовим ланцима вредности.

Веома је занимљива, и по нашем мишљењу ефикасна мера, која се већ помиње и у националним законима (нпр. немачком), према којој ће државе чланице обезбедити да предузећа која подносе захтев за јавна давања потврде да им нису изречене санкције због непоштовања обавеза из ове Директиве.[54] Ово ће сигурно допринети поштовању стандарда дужне пажње, и сматрамо да би било изузетно корисно када би нешто слично било уведено и у нашој земљи, када се ради о повредама људских права, права запослених и животне средине од стране пословних субјеката.

4. ЗАКЉУЧАК

Једну од позитивних новина у области радног и компанијског права представља увођење стандарда „дужне пажње". Иако је овај стандард дуго познат и примењиван у другим областима права, у радном праву је нов. Глобална примена принципа дужне пажње, која се налаже документима УН, МОР, *OECD*, а ускоро и директивом ЕУ, као и појединим националним законима, требало би да доведе до квалитетније и обухватније заштите људских права запослених, као и свих других лица поводом рада и пословних активности послодаваца.

Како ово право не би остало мртво слово на папиру за многе компаније и послодавце, државе чланице поменутих међународних организација и интеграција би требало да предузму озбиљне мере како би овај стандард стварно заживео (доношење прописа, административни, казнени, судски и други механизми за заштиту права). То би, у мору злоупотреба од стране послодаваца и компанија, значајно допринело поштовању радних и других права запослених широм света, као и свих других лица која учествују у раду (у новим формама рада), односно свих особа које могу да буду погођене незаконитим, неетичким и сличним активностима пословних субјеката. У истом циљу сматрамо да би стандарди УН и *OECD* требало да постану обавезујући, јер са њиховом тренутном правном природом, често стварају само привид заштите.

[54] Чл. 24 Предлога директиве. Видети и секцију 22 немачког закона.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Литература:[55]

Јашаревић, Сенад, *Уређење радног односа у Србији у контексту нових околности у свету рада*, Зборник Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2015, бр. 3, стр. 1053-1068.

Јашаревић, Сенад, Божичић, Дарко, *Радно право пред изазовима дигиталне економије,* Зборник Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2021, бр. 4, стр. 1045-1062.

Schmidt, Florian A, *Digital Labour Markets in the Platform Economy: Mapping the Political Challenges of Crowd Work and Gig Work* (Friedrich-Ebert-Stiftung, 2017).

Decent Work in the Platform Economy, International Labour Organisation, Reference document for the Meeting of experts on decent work in the platform economy (Geneva, 1-14 October 2022), Geneva, 2022.

Божичић, Дарко, *Остваривање и заштита права на рад у дигиталној економији,* докторска дисертација, Правни факултет, Универзитет у Новом Саду, 2021.

Урдаревић Бојан, Антић Александар, *Рад преко платформи и нови облици рада у дигиталној економији*, Српска политичка мисао 2/2021.

Bonnitcha Jonathan, McCorquodale, Robert, *The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights,* The European Journal of International Law, 2017, Vol. 28 no. 3, str. 899–919.

Протић, Јован, *Дужна пажња у ланцима снабдевања – од водећих принципа УН до могућег утицаја на радна права на западном Балкану,* Радно и социјално право, Удружење за радно право и социјално осигурање Србије и Институт за упоредно право, Београд, 2023, бр. 1, стр. 175-294.

Горданић, Јелица, Митровић, Милена, *Предлог Директиве о дужној пажњи за одрживо пословање,* Европско законодавство, бр. 79/2022, стр. 125-140

Правни due diligence и превентивна дубинска анализа, 28. јул 2022, Унија, https://unija.com/sr/pravni-due-diligence-i-preventivna-dubinska-analiza/;

Дужна пажња (*Due Diligence*), www.Economy-pedia.com, https://sr.economypedia.com/11031098-due-diligence-due-diligence (1. 9. 2023)

David Harding and Ted Rouse, *Human Due Diligence,* Harvard Business Review, 124, April 2007, hbr.org.

McCorquodalem Robert, Nolan, Justine, *The Effectiveness of Human Rights Due Diligence for Preventing Business Human Rights Abuses,* Netherlands International Law Review volume 68, pages 455–478 (2021), Published: 25 November 2021, https://link.springer.com/article/10.1007/s40802-021-00201-x

Појам *Due diligence* у речнику Merriam-Webster, https://www.merriam-webster.com/dictionary/due%20diligence (18. 7. 1923)

Law Insider, https://www.lawinsider.com/dictionary/ordinary-care (1. 9. 2023)

Harding, David, Rouse, Ted, *Human Due Diligence,* Harvard Business Review, 124, April 2007, hbr.org

[55] Према редоследу навођења у тексту.

Smit, L, Bright, C. at al. *Study on due diligence requirements through the supply chain*, Ured za publikacije, EU, 2020., https://data.europa.eu/doi/10.2838/39830, стр. 174, 538-542;

Bueno, Nicola; Bright, Claire, *Implementing human rights due diligence through corporate civil liability,* 2020, Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

Neiva, Julia Mello*, Brumadinho dam collapse: lessons in corporate due diligence and remedy for harm done,* Business & Human Rights Resource Centre, 28 Jan 2019, https://www.business-humanrights.org/en/blog/brumadinho-dam-collapse-lessons-in-corporate-due-diligence-and-remedy-for-harm-done/

Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy, ILO, 2022, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_094386.pdf

The Ten Principles of the United Nations Global Compact, United Nations, 2000, https://unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles

OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct, 2023, OECD Publishing, Paris, https://doi.org/10.1787/81f92357-en

OECD Due diligence guidance for responsible business conduct, 2018, http://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf

OECD Guidelines for Multinational Enterprises, OECD, 2011, OECD Publishing. http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en.

Human Rights Council, Seventeenth session, Report of the Special Representative of the Secretary- General on the issue of human rights and transnationacorporations and other business enterprises, John Ruggie, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the, United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework, 21 March 2011, str. 4, https://digitallibrary.un.org/record/705860/files/A_HRC_17_31-EN.pdf

OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct, 2023, OECD Publishing, Paris, https://doi.org/10.1787/81f92357-en;

OECD Due diligence guidance for responsible business conduct, 2018, http://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf и *OECD Guidelines for Multinational Enterprises,* OECD (2011), OECD Publishing. http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en;

Brabant, Stephane, Bright, Claire, Neitzel, Noah; Schönfelder, Daniel: *Due Diligence Around the World: The Draft Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (Part 1), VerfBlog,* 2022/3/15, https://verfassungsblog.de/due-diligence-around-the-world/, DOI: 10.17176/20220315-121131-0.

Krajewski, Markus, Tonstad, Kristel, Wohltmann, Franziska, *Mandatory Human Rights Due Diligence in Germany and Norway: Stepping, or Striding, in the Same Direction,* Business and Human Rights Journal, 6 (2021), pp. 550–558, https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/85815FE5F1D1F64208B0068B7FBBECF8/S2057019821000432a.pdf/mandatory_human_rights_due_diligence_in_germany_and_norway_stepping_or_striding_in_the_same_direction.pdf

Supply Chain Act, Bussines and Human Rigts, https://www.csr-in-deutschland.de/EN/Business-Human-Rights/Supply-Chain-Act/supply-chain-act.html (1. 9. 2023)

French Corporate Duty Of Vigilance Law – Frequently Asked Questions, European Coalition for Corporate Justice, Brussels, Belgium, 23 February 2017, https://corporatejustice.org/news/405-french-corporate-duty-of-vigilance-law-frequently-asked-questions.

The Netherlands passes historic child labour due diligence bill, ICI – International Cocoa Initiative Foundation, 29 May 2019, https://cocoainitiative.org/news-media-post/the-netherlands-passes-historic-child-labour-due-diligence-bill/

ECOVADIS, *Dutch Child Labor Due Diligence Act,* The Netherlands, 2022, https://ecovadis.com/regulations/dutch-child-labor-law/ (1.9.2023)

AMFORI, Dutch Child Labour Due Diligence Law, https://www.amfori.org/sites/default/files/amfori-2020-26-02-Dutch-Child-Labour-Due-Diligence-Law.pdf (od 19. 7. 2023)

ECOVADIS; Australia Modern Slavery Act (Commonwealth Act), https://ecovadis.com/regulations/modern-slavery-act-commonwealth-act/

Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework, United Nations, Office of the High Commissioner,2011,,https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf

Gerard Ruggie, John, Sherman, John F, *The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale,* The European Journal of International Law, 2017, Vol. 28 no. 3, 921–928.

The UN "Protect, Respect and Remedy" Framework for Business and Human Rights, 2010, https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/reports-and-materials/Ruggie-protect-respect-remedy-framework.pdf

Macchi, C, Bright, C, *'Hardening Soft Law: The Implementation of Human Rights Due Diligence Requirements in Domestic Legislation',* in M Buscemi et al. (eds), Legal Sources in Business and Human Rights: Evolving Dynamics in International and European Law (Brill Nijhoff 2020) 222, 232.

Yves Melin, Jin Woo, Kim Isabel, Fressynet Anna Golouchko, *The EU aims to introduce mandatory supply chain due diligence obligations,* Red Smith, 21 November 2022, https://www.reedsmith.com/en/perspectives/2022/11/the-eu-aims-to-introduce-mandatory-supply-chain-due-diligence-obligations

Митровић, Милена, *Дужност директора у одрживом корпоративном управљању, Право и привреда,* бр. 3/2023, стр. 844–872.

European Commission, *Study on directors' duties and sustainable corporate governance,* 2020, https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e47928a2-d20b-11ea-adf7-01aa75ed71a1/language-en

Прописи:

Modern Slavery Act 2015, Introductory Text, United Kingdom, https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/introduction/enacted

Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, Republice Francaise, ECFX1509096L, 2017, https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=9aawcYcwvkntYs2UUCMWL-4iX_erjixoTD_Jy3AVXRFk=

Act relating to enterprises' transparency and work on fundamental human rights and decent working conditions (Transparency Act), Norway, https://www.regjeringen.no/contentassets/c33c3faf340441faa7388331a735f9d9/transparency-act-english-translation.pdf

Wet van 24 oktober 2019 houdende de invoering van een zorgplicht ter voorkoming van de levering van goederen en diensten die met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen (Wet zorgplicht kinderarbeid), (Child Labour Due Diligence Law), Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden, 24-10-2019, https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2019-401.pdf

The Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains (Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten), The Federal Law Gazette on 22 July 2021, https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl121s2959.pdf#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id-%3D%27bgbl121s2959.pdf%27%5D__1694518081140

Modern Slavery Act, No. 153, Australia, 2018, https://www.legislation.gov.au/Details/C2018A00153

Wet zorgplicht kinderarbeid, Staatsblad 2019 401, https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2019-401.pdf

Directive of the European Parlament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, COM(2022) 71 final, 2022/0051(COD), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX-%3A52022PC0071

Annex to the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, Brussels, 23.2.2022, COM(2022) 71 final, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0071

Amendments adopted by the European Parliament on 1 June 2023 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 (COM(2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051 (COD) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0209_EN.html

Senad R. Jašarević
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Jasarevic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-9402-7770

Darko M. Božičić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Bozicic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9405-7424

The “Due Diligence” Standard in Labour Law

***Abstract**: One of the positive innovations in the field of labour law is the introduction of the “due diligence” standard. Altough this principle has long been known and applied in other areas of law, it is new in labour law. The global application of due diligence standard, found in UN, ILO, OECD documents, and soon in the EU directive, as well as in many national laws, should lead to better and more comprehensive protection of the human rights of employees, as well as of all other persons regarding that work. This paper discusses more about the meaning, development and application of due diligence standards in the context of employee rights.*

***Keywords**: due diligence, human rights, labour relations.*

Датум пријема рада: 23.10.2023.
Датум достављања коначне верзије рада: 23.11.2023.
Датум прихватања рада: 27.11.2023.

Оригиналан научни рад 347.55:347.922
doi:10.5937/zrpfns57-45194

Бојан Л. Пајтић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
B.Pajtic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-7760-1873

СТИЦАЊЕ БЕЗ ОСНОВА – УПОРЕДНОПРАВНИ ПРЕГЛЕД*

Сажетак: *Стицање без основа, односно неосновано обогаћење је у Закону о облигационим односима веома високо позиционирано као један од извора облигација. Истраживање упоредноправне литературе (како доктринарног типа, тако и пресуда националних судова) указало је на значајне разлике у односу према овом институту како између правних система континенталног права, тако и унутар оног корпуса држава у којима је доминантан такозвани common law систем. У раду је извршена подробна анализа како домаће, тако и упоредноправне литературе и судске праксе. Посебан акценат је током истраживања стављен на позитивноправна решења других, пре свега европских правних система. Анализа је обухватила како оне правне поретке (француски, немачки) који на одлучујући начин утичу на грађанскоправне кодексе других земаља континенталног права, тако и оне који имају пресудан значај у државама за које је карактеристично прецедентно право (Велика Британија, Сједињене Америчке Државе). Извршен је и осврт на решења из мађарског правног система чији утицај на наше право није ни приближно толико замашан као што је то случај са поменутим правним порецима, али због сличности генезе грађанског права у наше две земље у последњих стотину година изазивају интересовање.*

Једна од основних разлика између континенталног и англосаксонског права огледа се у томе што се код овог првог централно питање односи на то да ли је било правног основа да тужени стекне неку корист, док је у прецедентном праву тежиште на питању да ли тужилац има основа да захтева реституцију. Следствено томе, у системима континенталног права, суд ће, пре свега, наложити повраћај онога што је тужени неосновано стекао,

[1] Чланак је настао као резултат рада на научноистраживачком пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ Правног факултета Универзитета у Новом Саду у 2022. години

док у „common law“ системима тужилац има обавезу да прво докаже да има поуздан основ за повраћај. Поред тога што препознајемо разлике између две групе система, анализом долазимо и до дистинкција унутар самих група. Примера ради, за разлику од француског права, немачко право, додуше, уз одређене потешкоће, разрешава проблем неоснованог обогаћења услед радње трећег лица.

Према нашем ЗОО, кад је неки део имовине једног лица прешао на било који начин у имовину другог лица, а тај прелаз нема свој основ у неком правном послу или у закону, стицалац је дужан да га врати, а кад то није могуће – да накнади вредност постигнутих користи. Обавеза враћања, односно накнаде вредности настаје и кад се нешто прими с обзиром на основ који се није остварио или који је касније отпао. Обавези враћања не подлежу она добра која су дата на име извршења неке природне обавезе или неке моралне или друштвене дужности, износи који су исплаћени иако је исплатилац знао да није дужан да изврши плаћање, као ни средства која су, без правног основа, уплаћена на име накнаде штете због повреде тела, нарушења здравља или смрти, уколико је исплата извршена савесном прибавиоцу. Преглед домаће судске праксе осветлио је широк спектар ситуација у којима може доћи до правно неоснованог обогаћења, односно до стицања без основа. Иако говоримо о институту који је већ дуго присутан као извор облигација у Закону о облигационим односима, поједине пресуде, које су contra legem, показују да у вези са овом установом постоје, још увек, бројне недоумице.

Кључне речи: *стицање без основа, квазиконтракт, кондикциона тужба.*

ФРАНЦУСКО ПРАВО

Француски грађански законик све до реформе из 2016 није садржавао општу одредбу која се односи на неосновано богаћење, којом би било дефинисано да сваки прелазак ствари или права једног лица у имовину другог лица без уговорног или законског основа успоставља ex lege обавезу стицаоца да стечено врати осиромашеном лицу. У овом кодексу смо затицали другачији, енумеративни приступ, па се, практично, у неколико чланова, у конкретним ситуацијама гарантовало право осиромашеног лица на реституцију од стране стицаоца, накнаду нужних трошкова и корисних издатака до нивоа повећања вредности ствари у случајевима када основ за такво повећање није постојао или је накнадно отпао.[1] Тако се у члану 554 поменутог кодекса пре реформе могло пронаћи да је власник земљишта који је направио грађевине, засаде и радове од материјала који му није припадао, имао обавезу

[1] Terré, Simler, Lequette, Chénedé, Droit civil, „Les obligations”, *Dalloz*, 2019, str. 1362.

да плати њихову вредност, процењену на дан исплате, дакле, у омеру у ком је дошло до неоснованог обогаћења. Могло му је бити наложено и плаћање штете, уколико је она наступила. Међутим, будући да према првом ставу члана 552 истог правног прописа власништво над земљиштем укључује власништво над оним што је изнад и испод њега, власнику материјала, консеквентно, законодавац је забрањивао да уклони материјал који је уграђен у објекте на парцели која је у власништву другог лица. Иако је овлашћење in rem на страни стицаоца, законодавац је установио право на заштиту права осиромашеног тужбом in personam. За разлику од Немачког грађанског законика, у коме сусрећемо екстензивнији приступ, наведена тужба у Француском грађанском законику нема својство кондикционе тужбе у ширем смислу те речи, већ се односи само на конкретно наведену ситуацију. Потом, у нереформисаној верзији кодекса, унутар корпуса норми које се односе на стицање без основа, наилазимо и на одредбе које се односе на заједницу супружника. Тако, према члану 1412, накнада припада заједници која је платила лични дуг супружника. Слично овоме, члан 1433 изричито наглашава да заједница дугује надокнаду супружнику власнику кад год је остварила корист од посебне имовине.

Тужба de in rem verso, која има карактер кондикционе тужбе, у одсуству одговарајућег нормативног оквира, ушла је у француско право путем судске праксе, кроз одлуку Касационог суда у предмету Будије из 1892.[2] Будије, трговац, снабдевао је стајњаком закупца – фармера, који га је расипао по земљи. Делимично измирујући своје обавезе по основу закупа, закупац је предао усев закуподавцу, али обавезе према тужиоцу остале су ненамирене. Будије је тражио вредност стајњака од закуподавца поступком de in rem verso. Закуподавац је, између осталог, приговорио да је тиме прекршено правило релативног дејства уговора. Касациони суд је стао на становиште да тужбени захтев није заснован на уговору између Будијеа и закупца, већ на богаћењу закуподавца које је резултат коришћења стајњака, чија употреба унапређује плодност земљишта и самим тим повећава његову вредност. Тужба, како се наводи: „произлази из принципа правичности који забрањује богаћење на рачун другог, а пошто није регулисана ниједном одредбом закона, њено спровођење није подвргнуто никаквим прецизним правилима; довољно је да тужилац наводи и обавезује се да докаже да је неком својом жртвом или радњом прибавио предност туженом“.[3] Ова пресуда је представљала прекретницу у судској пракси и доктрини из неколико разлога. Прво, њоме је успостављен принцип да богаћење туженог на штету осиромашења тужиоца представља основ за кондикциону тужбу, без постављања додатних

[2] Fages Bertrand, „Droit des obligations“, *LGDJ Lextenso*, 2021-2022, стр. 413.

[3] Опширније: Blanc, Latina, Mazeaud, „Droit des obligations“, *LGDJ Lextenso*, 2022, стр. 430.

услова, као што су оправдање, односно разлог стицања, или природа везе између богаћења и осиромашења. Потом, оваква одлука суда је била изведена из општег начела правичности у облигационим односима и није била заснована на некој конкретној одредби грађанског законика. Њена примена је супсидијарна, а функција се своди на попуњавање правне празнине у тадашњој верзији Француског грађанског законика. Коначно, Касациони суд је доношењем овакве пресуде одступио од супротног преседана, установљеног у случају Аразал,[4] када је сличан тужбени захтев био одбијен.[5] Дакле, оно што у Француској није учинио законодавац – надоместила је судска пракса, признавши јединствен институт стицања без основа.

Поменути кодекс подводио је институт стицања без основе и под категорију квази уговора. Пре реформе из 2016, поменута област била је регулисан у члановима 1371-1382. У одељку закона који се односу на квази уговоре наглашено је да је онај ко добије грешком или свесно оно што му се не дугује, дужан да изврши повраћај особи од које је неосновано примио уплату или неки други бенефит. Потом, уколико лице које је грешком сматрало да је дужник, плати дуг, има право на наплату од повериоца. То право престаје када је поверилац поништио свој правни инструмент као последицу плаћања. Уколико је стицалац био несавестан, дужан је да изврши реституцију капитала као и камата или плодова, од дана уплате, односно, стицања. Потом, француски законодавац наглашава да, ако је предмет стицања била непокретна или покретна ствар, стицалац има обавезу да изврши реституцију у натури, уколико је то још увек могуће, а уколико је дошло до пропасти ствари, надокнађује њену вредност. У случају несавесности стицаоца, он сноси одговорност и за случајну пропаст ствари.

У доктрини, међутим, наилазимо на различите школе мишљења у односу на оправданост асимиловања института стицања без основа под категорију квази контраката, што је проузроковало и диспут о правној природи неоснованог обогаћења и блискости ове установе са уговорима с једне, односно са грађанскоправним деликтима са друге стране. Почетак двадесетог века био је обележен различитим приступима овој теми. Неспорно је било да уговори обезбеђују правни основ за стицање ствари и права, док је код квази контраката такво стицање без основа у уговору или закону. Због наведеног, према једној школи мишљења, квази уговор је близак квази деликту.[6] Према другим теоретичарима, пак, квази уговоре треба подвести под грађанскоправну одговорност и изместити их из контрактуалног контекста.

---

[4] Cass. Req., 11 july 1889, D. 1890.1.393, S. 1890.1.97

[5] Chantepie, Latina, „Le nouveau droit des obligations“, (Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil), *Dalloz*, 2018, стр. 682.

[6] Опширније код: Le Tourneau, „Quasi – contrat“, in Répertoire de droit civil, *Dalloz*, 2002, стр. 14.

Тако Планиол тврди да обавезе из квази уговора, као и обавезе из деликта, произлазе из противзаконитог поступања. Сходно томе, неосновано обогаћење је, практично, вид квази деликта.[7] Овај став, међутим, с обзиром на афирмацију концепта објективне одговорности почетком прошлог века, није био прихваћен у замашнијем делу стручне јавности. Како ни грађанскоправна одговорност више није почивала само на кривици, односно, „противзаконитом поступању" штетника, тако ни стицање без основа, одевено у форму квази уговора, није било везивано за кривицу стицаоца, већ је његов узрок био позициониран у домен ризика.[8] У том смислу, концепт квази уговора би, уколико би био посматран у контексту блискости са грађанскоправном одговорношћу, био ближи објективној, него субјективној одговорности. Рипер и Тисер су, дакле, заузели став који је потпуно супротан оном на коме је инсистирао Планиол. Они даље истичу да, док код питања грађанскоправне одговорности, штета проузрокована другима обавезује одговорно лице да је надокнади (теорија ствараоца ризика), у случају квази уговора стицалац има обавезу да изврши реституцију онога што је стечено без основа (теорија ризика – добити). Потоња теорија је, због истицања неосноване добити обогаћеног као основа за кондикцијску тужбу, добила подршку доктрине тог времена.

Тулије одлази један корак даље у потрази за заједничким именитељем онога што се у Француском грађанском законику назива квази уговорима. Он је, наиме, стао на становиште да је неопходно да законодавац трансформише онај члан кодекса којим се дефинише појам квази уговора у императивну одредбу, којом би се установила забрана богаћења на штету другог лица, без обзира на то што не постоји други елеменат противзаконитости у поступању стицаоца. Оваквом одредбом би се сваки стицалац који се обогатио без основа на уштрб другог, обавезао да врати ствар или износ за који се његова имовина увећала.[9]

Према Визиоу, сваки покушај да се установи заједнички именитељ категорије „квази уговора" из Француског грађанског законика је јалов. По њему, овај институт је у француском грађанском праву успостављен без потребе и на погрешан начин. По њему, треба следити доктрину Римског права и све облигације које не извиру из уговора (ex contractu) и из деликта (ex delicto) подвести под категорију „obligationes ex variis causarum figuris".[10]

---

[7] Види код: Planio Marcell, „Classification des sources des obligations", *Rev.crit.lég. et jur*, 1904, стр. 224.

[8] Ripert et Teisseire, „Essai d'une théorie de lü enrichissement sans cause en droit civil francais", *RTD civ. 1904, стр. 727*

[9] Toullier Charles Bonaventure Marie, „Le droit civil francais suivant l'ordre du Code", T. XI, 1821, стр. 25.

[10] Vizioz Henry, „La notion de quasi-contrat", Étude historique et critique, thése, Bordeaux, 1912, стр. 219.

Овакав приступ је наишао на висок степен подршке у правној науци. Поједини правници су, пошавши од масовности присталица Визиоовог становишта, чак, тврдили да је „погрешна природа квази уговора универзално призната“.[11]

И након реформе Француског грађанског законика из 2016, категорија квази уговора је задржана и позиционирана у члановима 1300-1304. Овакав став није био једнодушно прихваћен у доктрини пре измене грађанског кодекса. Један део теорије је стао на становиште Визиоа, који је заговарао уклањање квази контраката из правног система, што је приступ који је у свом нацрту реформисаног законика заговарао Тере[12], док је друга школа мишљења, коју је у свом нацрту заговарао Катала[13] заузела став да је квази контрактима место у кодексу, али уз њихову редефиницију, сматрајући квазиуговоре „предношћу добијеном без права“. Под квази уговорима законодавац подразумева управљање туђим пословима, плаћање дуга који није доспео и неосновано обогаћење. Квази уговори су дефинисани као чисто добровољне радње које за последицу имају дужност особе која има користи од њих без права на то, а понекад и дужност особе која их обавља према другој особи. За разлику од претходне верзије законика, у реформисаној је стицање без основа назначено посебним насловом. Реформисани цивилни кодекс донео је још једну новину – у француски правни систем унео је (као што смо већ напоменули) општу дефиницију стицања без основа. Тако је у члану 1303 наглашено да онај ко има користи од неоправданог богаћења на штету других, ономе ко је осиромашен, дугује одштету једнаку мањој од две вредности: богаћења и осиромашења. Поред тога, обогаћење се сматра неоправданим ако не произлази ни из испуњења обавезе од стране осиромашеног, нити из његове намере да пружи бесплатну корист. Законодавац је искључио накнаду када осиромашење произлази из радње коју је осиромашено лице извршило у циљу личне добити. Притом, одштету може суд умањити ако је осиромашење настала кривицом осиромашеног. Осиромашено лице нема право на кондикцијску тужбу у случају застарелости обавезе.

Из наведеног произлази да тужилац, да би успешно исходовао пресуду у своју корист, мора да докаже постојање три материјална услова: осиромашење једне стране, обогаћење друге и узрочно-последичну везу између ове две околности. Без кумулативног постојања сва три услова, тужбени захтев неће бити основан. Тако, околност да је неко, примера ради, пружио информацију која је другом омогућила да стекне корист, није довољан основ за

[11] R. Bout, „La gestion d’affaires en droit francais contemporain”, Préf. P. Kayser, LGDJ, 1972, n. 7.

[12] Le projet est découpé en trois ouvrages : *Pour une réforme du droit des contrats*, F. Terré (dir.), Dalloz, 2009 ; *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, F. Terré (dir.), Dalloz, 2011 ; *Pour une réforme du régime général des obligations*, F. Terré (dir.), Dalloz, 2013.

[13] http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf

посезање за кондикционом тужбом, јер није дошло до осиромашења. Притом, осиромашење може бити манифестовано као стварно претрпљени губитак, али и као и губитак потенцијалне зараде. У доктрини и пракси се и обогаћење схвата на широк начин. Оно се не односи само на стицање добра, односно капиталне добити, већ и на остварење уштеде избегавањем издатака, бесплатно коришћење ствари и слично. Што се постојања узрочно – последичне везе тиче, она ће често бити очигледна. Међутим, француски законодавац није нашао задовољавајући одговор на ситуацију у којој је до стицања без основа дошло на основу радње трећег лица.[14]

НЕМАЧКО ПРАВО

Немачки грађански законик из 1900. године је, за разлику од Француског грађанског законика, већ у својој првој верзији, нормирао општи институт неоснованог обогаћења (термин Ungerechtfertigte Bereicherung би, у буквалном преводу, значио „неправедно обогаћење“, али ћемо, за потребе овог текста, користити термин који је устаљен у нашим позитивноправним прописима и доктрини). Француски законодавац је, као што већ рекосмо, то учинио више од 100 година касније, тек реформом ФГЗ-а 2016. У чл. 812–822 Законика на недвосмислен начин је уређена реституција неосновано постигнуте користи на терет другог. У чл. 812, ст. 1 прописано је опште правило о неоснованом обогаћењу: „Ко чинидбом другога или на неки други начин на штету другога што добије без правног основа, обавезан му је на повраћај. Ова обавеза постоји и онда кад правни основ доцније отпадне или кад не наступи успех, који је, према садржини правног посла, био циљ чинидбе.“ Дакле, у овом одељку закона прописује се право „осиромашеног“ субјекта у случају исплате недугованог. Законодавац је као примарну обавезу дефинисао натуралну реституцију, а накнада вредности, односно новчана реституција је секундарна, уколико повраћај из неког, фактичког или формалног разлога – није могућ.[15]

Немачки грађански законик садржи неколико реституцијских тужби, од којих су најзначајније управо кондикционе тужбе. Уколико апстрахујемо деликтно и концентришемо се на област уговорног права, можемо рећи да НГЗ генерално признаје три основне реституцијске обавезе. За потребе овог чланка концентрисаћемо се на оне обавезе које у функционалном смислу претходе обавезама накнаде у случају пропасти или немогућности ствари. Прва тужба односи се на обавезу повраћаја датог након раскида уговора

[14] Опширније: Bénabent Alain, „Droit des obligations”, *LGDJ Lextenso*, 2021, стр. 386 и 387.

[15] https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf

(параграф 346). У овом члану је прецизирано да, уколико је уговорна страна уговором задржала право на раскид или ако има законско право на раскид, оно што је предато на име испуњења престације мора бити враћено, заједно са добити која је остварена. Ова обавеза може бити супституисана плаћањем накнаде од стране дужника ако је враћање или предаја искључено због природе онога што је добијено, уколико је примљена ствар коришћена, продата, оптерећена, обрађена или преправљена, као и у случају да се примљени предмет покварио или је пропао услед ненаменске употребе ствари. Друга врста реституцијских обавеза подразумева својинску тужбу власника у односу на држаоца ствари који нема правни основ за државину или је исти отпао, засновану на члану 985 НГЗ. Трећа, за овај рад и најважнија реституцијска – кондикцијска тужба односи се на обавезу повраћаја стеченог без основа. Овај институт регулисан је већ поменутим чланом 812. Немачког грађанског законика. Напомињем да се овај правни инструмент односи, пре свега, само на обавезу повраћаја стеченог без основа, а не и на супституативна давања у случају пропасти ствари која је омогућила стицаоцу неосновано обогаћење.[16]

Доктрина је, анализирајући тужбе због неоснованог обогаћења, поделила ове процесне инструменте у две групе: оне које се односе на обогаћење по основу чинидбе тужиоца (Leinstungskondiktionen, односно кондикције чинидбе) и оне које се односе на стицање без основа на други начин (Nichtleinstungskondiktionen, односно кондикције нечинидбе).[17] Доктрина наглашава да се прва група тужби односи на оне случајеве код којих је тужилац својом вољом и уз свест о последицама својих радњи прибавио одређену корист туженом, тако што му је пренео својинско овлашћење на ствари, исплатио одређени износ новца, омогућио му употребу своје ствари, учинио му неку услугу, или исплатио његов дуг. Након чинидбе се успоставило да за њу не постоји основ, те се подноси тужба којом се тражи повраћај чинидбе – „Lieinstungskondiktion“.[18]

На основу чињенице да НГЗ препознаје јединствен институт стицања без основа, могло би се очекивати да су кондикцијске тужбе концентрисане на једном месту. Међутим, појединачне законске дефиниције које регулишу реституцију структуриране су као различите обавезе регулисане на различитим местима у другој и трећој књизи НГЗ-а. Оваква дисперзованост реституцијских тужби у различитим деловима НГЗ-а последица је утицаја Пандектистичке школе из деветнаестог века која је подвргла детаљном си-

[16] Опширније о овоме: Michael Kaehler, „Allgemeine Prinzipien der Restitution, dargestellt am deutschen und englischen Recht“, *Giesekin*g, 1972, стр 47.

[17] Ernst von Caemmerer, „Bereicherung und unerlaubte Handlung“, *Mohr*, Tübingen, 1954, стр 340.

[18] Esser/Weyers: „Schuldrecht, Band П, Besonderer Teil“, *C. F. Müller Juristischer Verlag*, Heidelberg 1991, стр. 422.

стематском испитивању процесне инструменте из времена Римског права. Приликом развијања овог института, посебан допринос је дао Савињи ставом да унутар корпуса одредаба о кондикцијама, које су позициониране у Дигестама, проналазимо и оне које недвосмислено регулишу неосновано обогаћење.[19]

Навели смо да у немачком правном систему унутар корпуса норми контрактуалног права разликујемо три основне реституцијске тужбе. Иако међу њима постоје разлике, свака од њих се заснива на два принципа или модела одговорности, који подразумевају да се обим одговорности стицаоца димензионира у зависности од њихове савесности, односно несавесности. Први модел се односи на заштиту оних стицалаца који су били савесни. Онај ко није знао или није морао да зна да је без основа стекао неку корист, има обавезу да изврши реституцију само у мери у којој се обогатио када је ово потраживање утврђено. Према члану 818, обогаћење не обухвата само непосредну корист, већ и оно што је посредно стечено на основу пренете ствари или права (дакле, у ову категорију спадају и плодови и затезна камата). Истом одредбом закона прецизирано је да, уколико повраћај није могућ због природе стеченог или ако прималац није у могућности да изврши повраћај из другог разлога, има обавезу да надокнади вредност стеченог. Обавеза предаје или замене вредности је искључена ако прималац више није обогаћен. Други модел се односи на одговорност несавесних стицалаца и темељи се на одредбама члана 276. Уколико дужник зна или је дужан да зна да треба да изврши обавезу (у случају стицања без основа – повраћај стеченог), одговоран је, како за повраћај онога што је стечено, тако и за умањење вредности, пропаст ствари или немогућност њеног враћања уколико је до оштећења имовине дошло његовом кривицом, или услед непажње.[20] Поред питања обима одговорности, законодавац је определио и тренутак доспелости обавезе. Наиме, према члану 819, уколико стицалац у тренутку стицања има сазнање да је стекао нешто без правног основа, односно, ако за одсуство основа сазна након што је до обогаћења дошло, има обавезу да изврши реституцију од момента пријема, односно, у другом наведеном случају – од тренутка сазнања о правном недостатку. У сваком случају, захтев за повраћај онога што је дато у складу са уговором није дозвољен, уколико је предмет правног посла од почетка био немогућ, а дужник је то знао, ако и уколико је дужник својим несавесним поступањем спречио реализацију циља уговора.[21]

---

[19] Brice Dickson, "The Law of Restitution in the Federal Republic of Germany: A Comparison with English Law, The International and Comparative Law Quarterly", *Cambridge University Press*, Vol. 36, No. 4, 1987, стр. 751.

[20] Ibidem, стр. 714.

[21] Немачки грађански законик, члан 815.

Напоменули смо да се, историјски посматрано, немачки законодавац у регулисању ове области ослонио на Римско право. На римској condictio sine causa и condictio indebiti се базирају основни члан 812 (којим је утемељен институт неоснованог обогаћења), као и наредна два члана НГЗ-а. Тако у другом ставу члана 813 наилазимо на одредбу којом се разрешава питање реституције испуњене обавезе која још није доспела. Законодавац је, с обзиром да се ради о обавези са ваљаном каузом, искључио право на враћање датог, као и право на повраћај камате. НГЗ-ом је регулисана и правна судбина природних облигација, које нису биле конституисане уговором или законом, већ су биле засноване на „моралној дужности, односно поштовању пристојности“. Чланом 814. је искључена кондикциона тужба у овим случајевима, као и у случајевима извршених чинидби за које је лице које их је уступило знало да не представљају његову обавезу.[22] Међутим, дефинисањем општег појма стицања без основа, немачки законодавац је у ставу првом члана 812 обухватио много шири круг случајева од оних које бисмо могли подвести под condictio sine causa и condictio indebiti. Реторика ове норме не концентрише се само на околност да ли је неко лице чинидбом која није била утемељена у неком ваљаном основу проузроковао обогаћење, већ, што је много значајније, фокусира се на то да ли је до стицања без основа дошло, независно од начина на који се то догодило.[23] Унутар већ поменуте друге групе тужби (Nichtleinstungskondiktionen), које се могу подићи уколико је до стицања дошло без чинидбе тужиоца проналазимо три категорије процесних инструмената: „Eingriffskondiktion“ (тужбе које се подижу у случају да је радњом туженог, чињењем трећег лица или без упливисања људи дошло до обогаћења туженог на штету тужиоца, „Verwendungskondiktion” (тужбе за накнаду трошкова које је тужилац имао приликом одржавања или побољшавања туђе ствари, што је обогатило њеног имаоца) и „Rückgriffskondiktion” (тужбе за коју је карактеристично то да се подиже у случају да догађај који је проузроковао обогаћење није могуће подвести ни под једну већ поменуту ситуацију.[24] Ваља напоменути да законодавац није предвидео могућност да треће лице, на кога је савесни стицалац пренео корист, буде пасивно легитимисано. Кондикциона тужба је могућа само против непосредног стицаоца. Једина два изузетка од овог правила предвиђена су чланом 822, који се односи на ситуације у којима је стицалац без накнаде пренео трећем лицу оно што је неосновано стекао, односно чланом 816, који се односи на случајеве у којима је неко неовлашћено располагао туђом ствари преневши је бесплатним располагањем на треће лице, што са собом носи одговорност стицаоца за

[22] Reinhard Zimmermann, Jacques du Plessis, “Basic Features of the German Law of Unjustified Enrichment”, *Restitution Law Review*, 1994, стр. 18

[23] Dieter Reuter, Michael Martinek. Ungerechtfertigte Bereicherung, J.C.B. Mohr, 1983, стр. 126.

[24] Ibidem, стр. 188.

повраћај стечене ствари. Овде се неминовно намеће асоцијација на actio pauliana utilis, када је побијање дужникове радње од стране трећег лица могуће под само једним условом – уколико је дужник, да би избегао испуњавање обавезе према повериоцу, бесплатно располагао делом своје имовине, или целокупном имовином у корист трећег лица. У оваквим ситуацијама поверилац може подићи тужбу против трећег лица, иако са њим до тада није био у правном односу.

ЕНГЛЕСКО ПРАВО

С обзиром да англосаксонско право дуго није признавало стицање без основа као извор облигационих односа, осиромашено лице, практично, није било у могућности да заштити своја субјективна права, сем уколико би евентуални тужбени захтев био подведен под контрактуални однос, или однос заснован на проузроковању штете. Захтев за повраћај стеченог без основа, по својој природи, више је налик тужби из уговорног односа, него тужбеном захтеву који произлази из грађанскоправног деликта. Због тога су енглески судови креирали фикцију о постојању такозваних „уговора претпостављених у закону“, или „имплицитних уговора“ (contracts implied in law), оденувши реституциону тужбу у форму за реализацију контрактуалних захтева. Они се разликују од уговора (contracts implied in fact) по томе што код њих не постоји стварно или подразумевано обећање да ће бити извршено одређено давање или плаћање, већ се обећање да ће бити извршен повраћај стеченог без основа – претпоставља по закону (овакво обећање назива се implied promise). Концепт имплицитног уговора је креиран да би се створио основ да се од једне стране захтева да надокнади другој дату корист, како би се избегло неоправдано богаћење, а не зато што је постојало обећање да ће платити ту корист. Дакле, основ за имплицитне уговоре је неосновано богаћење, а не сагласност уговорних страна. Утолико однос између стицаоца и осиромашеног можемо, као што смо напоменули, назвати само квазиконтрактуалним, а не уговорним.[25]

У прецедентном праву је институт неоснованог обогаћења дуго подвођен под квазиконтракте. Уколико је неко лице стицаоцу уплатило стицаоцу износ новца услед забуне, по основу ништавог уговора, или му извршило услугу мислећи да је уговором обавезан да то учини, имао је праву да подигне реституциону тужбу по quantum merit (онолико колико заслужује, односно колико је стекао) критеријуму.[26] The Law of Restitution, односно, Право

[25] Melvin Eisenberg, „Contracts“, *Glibert Law Summaries*, 2002, стр. 60.
[26] “Oxford dictionary of Law“, fifth edition*, Oxford University press*, 2002, стр 401.

реституције је, дакле, обухватало различите ситуације у којима је постојао основ за захтев за реституцију. Стицање без основа је било само једна од њих и није представљало извор облигација. Тек је Бирксово дело „Неосновано обогаћење“[27] пресудно допринело еманципацији стицања без основа од Права реституције.[28]

Управо околност да су судови успоставили фикцију о постојању такозваних имплицитних или „законом претпостављених уговора“ упућује нас на једну од основних разлика између континенталног и англосаксонског права. Она се огледа у томе, што се код правних система који потпадају под прву категорију централно питање односи на то да ли је било правног основа да тужени стекне неку корист, док је у прецедентном праву тежиште на питању да ли тужилац има основа да захтева реституцију. Следствено томе, у системима континенталног права, суд ће, пре свега, наложити повраћај онога што је тужени неосновано стекао, док у „common law“ системима тужилац има обавезу да прво докаже да има поуздан основ за повраћај. За континенталне правнике је „централни појам одсуство каузе, будући да он повезује разнородне случајеве стицања користи на терет другога. Реституција се намеће као саморазумљиво решење које се обично прописује општом штуром формулацијом о обавези повраћаја. С обзиром на то да законски текстови по правилу не садрже детаљна правила по којима се она врши, то остаје задатак науке и судске праксе. Исто тако у континенталном праву, за разлику од англосаксонског, није извршено обједињавање у једној целини свих средстава којима се остварује реституција. Отуда се у континенталним правним порецима питање повраћаја уређује у оквиру различитих института поводом којих се оно јавља. Тако, на пример, реституција престација извршених на темељу ништавог, поништеног или раскинутог уговора уређује се у оквиру излагања о контрактима. С друге стране, англосаксонски правници реституцију посматрају као одговор правног поретка на догађај у којем је једно лице неосновано остварило корист на терет другог лица. Правно неосновано обогаћење представља само један од догађаја из којег настаје право на реституцију. Суштински гледано, реституција није субјективно право већ мера којом правни поредак уређује одређену непожељну ситуацију. Циљ те мере је да имовинска корист буде враћена лицу коме она припада.“[29]

Стицање без основа све до половине двадесетог века није имало третман извора облигација у англосаксонском праву, када посебни закони о реституцији бивају усвојени прво у Сједињеним америчким државама 1937,

[27] Peter Birks, “Unjustified Enrichment” (Oxford, *Oxford University Press*, 2003)

[28] Robert Chambers, Milestones in the Law of Unjust Enrichment, Peter Birks, Alberta Law Review, Vol 42, No 2, 2004, стр. 578.

[29] Валентина В. Цветковић-Ђорђевић, Кондикција и правно неосновано обогаћење, докторска дисертација, Универзитет у Београду, Правни факултет, 2015, стр. 246 и 247.

потом у Канади 1954 и Аустралији 1986. У Енглеској, као колевци анлосаксонског права, стицање без основа није регулисано генералном одредбом позитивноправних прописа. Овај институт бива признат од стране правосудних институција пресудом Дома Лордова 1991,[30] чиме је инаугурисан у трећи извор облигационих односа, поред уговора и проузроковања штете. Назива се „unjust enrichment", што је у преводу „неправедно обогаћење". Овај термин можемо сматрати еквивалентом нашег „неоснованог обогаћења", односно „стицања без основа". Етимолошко тумачење могло би нас навести на погрешан закључак да се у англосаксонском приступу нагласак ставља на етички, а у нашем праву на формалноправно споран начин стицања. За потребе овог рада користимо термине који су утемељени у нашем позитивном праву и доктрини. Дом Лордова је реализацију права на реституцију средстава стечених без основа условио одговорима на следећа четири питања:

1. Да ли је тужени обогаћен?
2. Да ли је до обогаћења дошло на рачун тужиоца?
3. Да ли је обогаћење било неправедно?
4. Да ли тужени има аргументе за одбијање тужиочевог захтева?

Обогаћење се може огледати како у директном увећању имовине туженог, кроз давање новца, стицање својинских овлашћења на покретним или непокретним стварима или пружање услуга које нису утемељене у неком правном основу, тако и на индиректан начин – уштедом одређених трошкова, када је тужилац испунио обавезу туженог засновану на неком односу са трећим лицем или пружањем услуга које су, по закону или по неком другом основу, морале бити обављене од стране туженог, односно стицаоца. Новија судска пракса у Енглеској је установила принцип да се обавеза стицаоца да изврши реституцију неосновано стеченог може смањити или угасити позивањем на промену положаја туженог. Тужени, односно стицалац, може да своју одбрану заснива на чињеници да се његов положај толико променио, да би било неправедно у таквим околностима захтевати да изврши реституцију, односно, да изврши реституцију у потпуности. Уколико је оно што је стечено – пропало, а тужени био савестан, могуће је захтевати ослобађање од реституцијског захтева до мере у којој је дошло до пропасти стеченог добра.[31]

Принципијелно посматрано, тужбе којима тужилац располаже у реституционом поступку се заснивају на in personam принципу. У изузетним случајевима, када је ситуација таква да постоји траст, или због се стечена имовина налази још увек у државини туженог, тужилац може посегнути и за тужбеним захтевом in rem.[32]

[30] https://www.trans-lex.org/302100/_/lipkin-gorman-v-karpnale-ltd-[1991]-ac-548/#head_0

[31] https://www.trans-lex.org/302100/_/lipkin-gorman-v-karpnale-ltd-[1991]-ac-548/

[32] Wolfgang Friedmann, "The Principal of Unjust Enrichment in English Law – A Study in Comparative Law", *Canadian Bar Review* 365, 1938, стр. 367, 370, 371, 378 и 383.

МАЂАРСКО ПРАВО

У овом раду ћемо се осврнути и на начин на који Мађарски грађански законик уређује институт стицања без основа, као и која питања у односу на неосновано обогаћење тамошња правна доктрина ставља у фокус. Избор аутора да се стицање без основа анализира и кроз призму мађарског правног система није ни насумичан, ни случајан. Иако се не ради о систему који има замашан утицај на наш или друге континенталне правне поретке (уколико изузмемо примену мађарског права у време правног партикуларизма између два рата на делу територије данашње Аутономне покрајине Војводине), потреба за компарацијом са српским правом намеће се из најмање два разлога. Први је, свакако, тај да се у оба случаја ради о државама које су у истом временском периоду прошле период транзиције из планске у тржишну привреду, па су анализа и поређење процеса еволуције грађанског права у њима занимљиве за правну науку. Други се односи на околност да је у Србији у току процес доношења Грађанског законика, док је у Мађарској нови цивилни кодекс донет 2013, такође после дугог низа година рада на том правном пропису.

Претходни Грађански законик правни институт неоснованог богаћења делимично је уредио на крају општег дела облигационог права, у параграфима 361-364, али не тако да је ову установу позиционирао као извор облигационих односа, као што је то случај у нашем ЗОО-у. У поменутом поглављу мађарског цивилног кодекса регулисани су случајеви преноса имовине без правног основа, а сами наведени параграфи су били врло штури и позивали се на правила накнаде и поседовања без правног основа. Њихова најважнија карактеристика је била њихова супсидијарна природа. Судска пракса је дозвољавала њихову примену, само ако није постојао други правни основ за тужбу поводом стицања без основа.[33]

У новом Грађанском законику, у шестом делу шесте књиге проналазимо групу параграфа 579-582, која је насловљена као „обогаћење без правног основа“, а налази се на почетку поглавља о „другим чињеницама које стварају обавезе“. Полазно начело је да је неосновано богаћење колатерално по природи, међутим, закон жели да изађе из оквира гледишта које сматра да је примена ових правила искључена у случају другог (пре свега уговорног) правног односа. Судску праксу усмерава на начин да се, у случају постојања другог правног односа, о неоправданом преносу имовине мора судити првенствено према правилима која уређују овај правни однос, међутим, ако имовински баланс није успостављен, не постоји начелна препрека за враћање

[33] Zlinszky János, „Jogalap nélküli gazdagodás — egykor és ma“, *Jogtudományi Közlöny*, 1987/9, стр. 471 и 472.

неоправдане предности. Примењивост правила неоснованог богаћења није искључена уговорним односом између страна. Неоправдано богаћење се може надокнадити ако пренос имовине није заснован на уговорном односу и не може се отклонити на основу правила повреде уговора. Захтев по основу богаћења се стога може сматрати основаним само ако овлашћено лице другачије не може остварити своје потраживање.[34]

Образложење МГЗ дефинише да, у поређењу са старим Грађанским закоником и његовом судском праксом, он има намеру да обезбеди неоснованом обогаћењу ширу улогу у решавању имовинских промена које немају основ у правном поретку. Ово је најочигледније у два контекста. С једне стране, ако је повреда права личности резултирала новчаном предности за прекршиоца, законодавац сматра да је оправдано да, у објективном смислу, санкција отклони повреду уз материјалну штету, без обзира на субјективне услове накнаде и накнаде штете. За то је најпогоднији приватноправни инструмент неосновано обогаћење, у вези са којим пренос имовинске предности има ресторативну и изједначујућу улогу. Предуслов за примену овог института је неовлашћено стицање и коришћење личних вредности друге особе и резултирајућа неовлашћена финансијска предност (2:51. Одељак (1) тачка е). Друга веза настаје као правна последица неважећих уговора. У случају неповратних услуга, закон сматра пренос имовине због већ извршених услуга неоправданим богаћењем и налаже њихову надокнаду. Исто решење преузео је и нови Грађански законик. Чак и ако суд сматра да није сврсисходно враћање првобитног стања на основу разматрања свих околности датог случаја, оваква санкција је, у принципу, била могућа (члан 6:113 (1)).[35]

Закон се разликује од старог грађанског законика и у другим аспектима. Слично као и код правних последица неважећег уговора, елиминише се могућност доделе у корист државе. Законодавац није сматрао потребним да се задржи решење из старог Грађанског законика садржано у параграфу 363, став (1), односно референтно правило о поседу без правног основа (примена ових правила могућа је у одсуству било каквог изричитог упућивања), а страна која се обогати може захтевати трошкове утрошене на ту ствар без обзира да ли закон ово овде не наводи. Нови грађански законик више не укључује правилну примену правила накнаде без ограничења, будући да услови, обим и начин неоснованог богаћења и накнаде нису исти. Оно што је ново, међутим, јесте неопходност постојања везе између обогаћења и осиромашења.

[34] 2013. ÉVI V. TÖRVÉNY A POLGÁRI TÖRVÉNYKÖNYVRŐL KOMMENTÁRJA, Főszerkesztő: Csehi Zoltán, Vasady Lóránt (A jogalap nélküli gazdagodás) Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó Kft. 2021, стр. 2290-2293.

[35] 2013. ÉVI V. TÖRVÉNY A POLGÁRI TÖRVÉNYKÖNYVRŐL KOMMENTÁRJA, Főszerkesztő: Csehi Zoltán, Vasady Lóránt (A jogalap nélküli gazdagodás) Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó Kft. 2021, стр.2294-2297.

Неосновано богаћење се не може остварити ако је новчана предност независна од финансијске непогодности друге стране, тако и у случају да друга страна нема користи од штете која је настала. Међутим, није неопходно да стечена новчана предност и претрпљена материјална штета имају исту вредност, јер се репарација не заснива на насталој финансијској непогодности, већ чини резултирајућу финансијску предност у фокусу повраћаја. Добијена предност може представљати нижу вредност од претрпљеног губитка.[36]

Према новом Мађарском грађанском законику, ако се новчана предност не може вратити у натури, мора се платити њена вредност.[37] Накнада дата и коришћена у сврху издржавања не може се тражити под плаштом института неоснованог богаћења, осим ако је корист прибављена кривичним делом.[38] За богаћење солидарно одговарају они који се заједно без правног основа обогате за надокнаду.[39]

СТИЦАЊЕ БЕЗ ОСНОВА У СРПСКОМ ПРАВУ

Иако је Српски грађански законик из 1844 представљао, у основи, преведени и српским условима уподобљени Аустријски грађански законик, домаћи законодавац је изоставио да изврши рецепцију оних одредаба АГЗ-а које су оправдавале становиште да је наведени цивилни кодекс установио општу тужбу због неоснованог обогаћења. Утемељење за кондикциону тужбу засновану на стицању без основа проналазимо само у једној одредби СГЗ-а, јединој која је у односу на овај институт и преузета. У параграфу 902, законодавац је регулисао да: „ко се превари у незнању будући ствари или закона, па плати оно што није био дужан платити, онда има право натраг искати, и то да му се врати. И ако ко учини оно, што није дужан био учинити, има право награду приличну за то искати.“ Код свих осталих ситуација, које су доктрина или упоредноправни прописи подводили под неосновано обогаћење (примера ради, уколико је тужилац одржавао или побољшавао туђу ствар, што је обогатило њеног имаоца или ако је чињењем трећег лица дошло до обогаћења туженог) правне празнине су биле попуњаване употребом аналогије са наведеном одредбом законика.[40]

Доношењу Закона о облигационим односима претходило је, 1969 године, објављивање Скице за законик о облигацијама и уговорима, која је била

[36] Menyhárd Attila, „Kártérítés, prevenció és jogalap nélküli gazdagodás”, *Eötvös Loránd University*, 2014, стр. 199 и 200.

[37] РТК 6:580

[38] РТК 6: 581

[39] РТК 6: 582

[40] Аранђеловић Драгољуб, „О неправедном обогаћењу”, *Архив за правне и друштвене науке*, уредник Чедомиљ Митровић, књига XI коло 2, 1925, стр. 404 и 405.

резултат вишегодишњег прегнућа професора Михаила Константиновића. За разлику од СГЗ-а, према коме стицање без основа није представљало извор облигација, у Скици овај институт, у члановима 168-175, недвосмислено бива третиран као посебан извор. Међутим, судска пракса је и пре доношења Закона о облигационим односима признавала институт неоснованог, односно, „безразложног обогаћења". Тако у једној пресуди Врховног суда Југославије[41] из 1964 године наилазимо на став да је правно правило да дуговање престаје исплатом повериоцу или лицу овлашћеном да у име његово исплату прими. После исплате дате неком другом дуговање остаје а према повериоцу се може поставити захтев по основу безразложног обогаћења. Све ово, напоменуо је суд, важи и у случају кад дужник без налога исплату изврши повериоцу свога повериоца у циљу да измири његово дуговање.

Модерно српско право спада у ред оних правних система који су стицање без основа, односно, неосновано обогаћење, признали као јединствен институт. Закон о облигационим односима сврстао је овај институт у ред извора облигација, уз уговоре, проузроковање штете, једностране изјаве воље, пословодство без налога и друге законом утврђене чињенице. Оно што је карактеристично за ЗОО је да, поредећи га са цивилним кодексима о којима смо говорили у овом раду, кроз већи број одредаба регулише овај институт, концентришући чланове који се на њега односе на једном месту, у одељку три, одсек један, насловљеном као „Стицање без основа". Предметна материја регулисана је члановима 210-219.

Ставом 1 члана 210 предвиђено је опште правило о стицању без основа које гласи: „Кад је неки део имовине једног лица прешао на било који начин у имовину неког другог лица, а тај прелаз нема свој основ у неком правном послу или у закону, стицалац је дужан да га врати, а кад то није могуће – да накнади вредност постигнутих користи." Овом одредбом је, дакле, утемељена општа тужба из неоснованог обогаћења. Она се сматра општом, будући да се наведеним одређењем наглашава да се неоснованим сматра свако стицање до кога је дошло на „било који начин." Самим тим се, на основу овог става, може подићи тужба у свим случајевима неоснованог стицања користи на рачун неког другог лица који нису регулисани посебном одредбом.[42] Тужба из стицања без основа је, по својој природи, лична тужба. Осиромашено лице може посегнути за овим парничним инструментом само против лица које представља другу страну у облигационом односу насталом из неоснованог обогаћења. Она има релативан карактер, може бити подигнута само против обогаћеног, што је разликује од стварноправних тужби које имају

[41] Пресуда Врховног суда Југославије Рев 2547/63 од 24. новембра 1964. године

[42] Вуше о овоме видети код: Валентина Цветковић – Ђорђевић, Кондикција и правно неосновано обогаћење, докторска дисертација, Универзитет у Београду, Правни факултет, 2015, стр. 274.

апсолутно дејство и могу бити подигнуте против сваког лица које угрожава стварноправно овлашћење тужиоца.

Виши трговински суд је својим решењем из 2006 направио јасну и конзистентну дистинкцију између неоснованог обогаћења као законом установљеног извора облигација и неправедног, односно неправичног обогаћења, као моралне категорије. Према ставу овог суда, са којим ћемо се сложити, право у одређеним случајевима неосновано обогаћење толерише, а „типичан пример је када због застарелости потраживања поверилац не може захтевати испуњење обавезе, што има за последицу да се имовина дужника увећала за оно што је био предмет повериочеве обавезе, а није се умањила за оно што је дужник као еквивалент био дужан испунити према повериоцу.“[43] Разлоге за овакав приступ ваља потражити у сфери потребе за успостављањем што вишег нивоа правне сигурности.

Судска пракса је подводила различите ситуације под члан 210. Судови су, тако, омогућавали тужиоцима право на повраћај новчаног износа по основу неоснованог обогаћења када му је у извршном поступку поводом неког другог спора обрачунавана законска затезна камата по комфорној методи, која је каснијом одлуком Уставног суда проглашена неуставном.[44] Овај метод подразумева да у основицу дуга улази износ камате из претходног месеца и тако све до испуњења новчане облигације. Престација дужника, уз овакав обрачунски систем, може за само неколико година да буде многоструко увећана. Може се рећи да је комфорна метода, у суштини, на мала врата вратила у правни систем забрањени институт анатоцизма, односно камате на камату.[45] У случајевима у којима је закључено вансудско поравнање о висини накнаде за изузету непокретност, којим је констатована класа и врста земљишта, суд је сматрао да је сагласношћу воља уклоњена неизвесност између странака у погледу међусобних односа, те да се бивши власници не могу позивати на неосновано обогаћење корисника експропријације због веће тржишне вредности предметне непокретности због њеног састава, а која им није исплаћена.[46] Посебно је у претходном периоду био актуелан

---

[43] Решење Вишег трговинског суда, Пж. 7567/2005(1) од 9.1.2006. године

[44] Видети Решење Апелационог суда у Нишу, ГЖ 362/2015 од 14.05.2015 године

[45] Више о овоме: Бојан Пајтић, Сања Радовановић, Атила Дудаш, „Облигационо право“, *Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Центар за издавачку делатност*, Нови Сад, 2018, стр. 124.

[46] У пресуди се истиче следеће: „С обзиром на наведено, међу њима је постојао основ, закључени правни посао, за исплату договореног износа, па нема места примени института неоснованог обогаћења, због мање исплаћене вредности експроприсаног земљишта. При томе су они знали шта је предмет поравнања, те нису морали да приступе њиховим закључењу уколико су сматрали да им припада већа накнада, како то правилно закључује првостепени суд, због чега се не могу позивати на заблуду.“ – Пресуда Апелационог суда у Нишу, Гж 1860/2019 од 4.4.2019. године.

проблем унилатералне наплате трошкова обраде кредита од стране банака без одговарајућег утемељења у правном послу. Судови су стали на становиште да не постоји оправдање за накнаду трошкова кредита када они, у погледу врсте, структуре и начина утврђивања нису поткрепљени одговарајућом документацијом, што указује на неодредивост одредби закљученог уговора и неосновано обогаћење даваоца кредита.[47] Судска пракса је омогућавала примену општег правила о стицању без основа и у ситуацијама када је закључен уговор о купопродаји стана, али је предата непокретност у мањој квадратури у односу на постигнути споразум. Примена правила из члана 210 омогућава купцу да тражи повраћај новчаног износа сразмерног разлици између уговорене квадратуре и површине стана чија је примопредаја извршена.[48] Последња парафразирана пресуда Врховног касационог суда донета је по основу изјављене ревизије. Околност да је ревизија у нашем правном систему ванредни, а не редовни правни лек, као што је то, примера ради, случај у немачком праву, може изазвати читав низ потешкоћа. Претпоставимо да неки спор поводом кондикционе тужбе буде правноснажно окончан, а стицалац је, извршавајући пресуду, осиромашеном вратио стечено. У случају да ревизија буде изјављена, па Врховни касациони суд преиначи побијену пресуду, са разлогом се може поставити питање дефицита правне сигурности индукованог одредбама Закона о парничном поступку. Решење би могло бити задржавање института ревизије у нашем праву, али као редовног правног лека са, у том случају природним – суспензивним дејством. Наведени су само неки од маркантнијих примера судске праксе настале по основу примене става 1 поменутог члана. Анализа је показала да је примена ова одредбе закона и најчешћа у парничним поступцима који се односе на неосновано обогаћење. То је и логична последица чињенице да правни пропис не може предвидети све потенцијалне ситуације, па у одсуству специјалних норми, примениоци права посежу за генералном.

У ставу 2 члана 210 наведено је да „обавеза враћања, односно накнаде вредности, настаје и када се нешто прими с обзиром на основ који се није остварио или који је касније отпао.“ Практично су, у истом члану у ком је дефинисано опште правило стицања без основа, нормирана и два посебна случаја.

У судској пракси смо наишли на ситуацију у којој је локална самоуправа увела самодопринос на, према ставу надлежног суда, неуставан и незаконит начин, обавезавши грађане да издвајају део зараде за ту намену. Поништењем одлуке о самодоприносу отпао је и основ по ком су новчана средства од зарада тужиоца, односно грађана, прешла у имовину тужене општине.

[47] Пресуда Вишег суда у Сомбору, Гж 1596/2018 од 26.12.2018.

[48] Пресуда Врховног касационог суда, Рев 2297/2015 од 10.3.2016. године

Локална самоуправа је обавезана да изврши повраћај незаконито обустављених средстава од зарада грађана, заједно са законском затезном каматом од подношења тужбе, па до коначне исплате, јер се, недвосмислено, радило о неоснованом обогаћењу.[49]

У члану 211 Закона о облигационим односима који је позициониран у одсеку о правилима враћања, утврђено је да „ко изврши исплату знајући да није дужан платити, нема право да захтева враћање, изузев ако је задржао право да тражи враћање или ако је платио да би избегао принуду."

Према једној пресуди која се односила на исплату недугованог по основу уговора о асигнацији: „исплата извршена са знањем да се то што се плаћа не дугује, не представља случај исплате недугованог и не даје осиромашеном право на реституцију, јер исплата недугованог као случај неоснованог обогаћења постоји, у принципу, само уколико је извршена у уверењу да се оно што се плаћа дугује.[50] Дакле, право на кондикцијску тужбу резервисано је само за она осиромашена лица која су била савесна приликом давања или чињења недугованог.[51]

Изненађује, међутим, решење Врховног суда Србије из 2008, у ком се износи став да савесност осиромашеног не представља законски услов за остваривање његовог права на повраћај неосновано стеченог од обогаћеног стицаоца. Према овој одлуци суда „у Закону о облигационим односима утемељено је поједностављено правило, које реституцију не чини зависном ни од савесности, ни од несавесности, ни од кривице нити од других околности у вези са обогаћењем, него само од постигнуте користи." У решењу тада највише судске инстанце даље се наводи да „првостепени суд супротно овом правилу, само из чињенице што је тужилац извршио самовољно улагање у предметно пољопривредно земљиште одбија тужиоцу да утврди потраживање у вези новчане противвредности извршеног улагања. На тај начин, погрешно примењује материјално право и то одредбе члана 210. ЗОО. Дакле, савесност је у погледу примене института стицања без основа релевантна само када је у питању враћање камата и плодова и накнада трошкова. Тада се савесност тражи од тужиоца[52]- закључује Врховни суд. Јасно је, међутим, да је оваква пресуда contra legem. Законодавац је у члану 211 ЗОО expressis verbis утврдио принцип да несавесни стицалац (уз одређене изузетке) нема право на кондикциону тужбу. Недвосмислено везивање питања савесности стицаоца, како је то учинио суд, само за димензионирање обавезе обогаће-

[49] Пресуда Вишег суда у Пожаревцу, Гж 751/2016(2015) од 17.5.2016. године

[50] Пресуда Вишег привредног суда у Београду, Пж. 6321/99 од 11.11.1999. године

[51] Шире о овоме у пресуди Апелационог суда у Београду, ГЖ 4946/2022 од 19.10.2022. године

[52] Решење Врховног суда Србије, Спзз 117/2008 и Прев. 354/2008 од 11.11.2008 године

ног, а не и за само право на повраћај, колоквијалним речником говорећи – не одговара слову закона.

У члану 212 ЗОО, који се односи на двоструку исплату дуга као вид стицања без основа, истиче се да онај „ко је исти дуг платио два пута, па макар једном и по основу извршне исправе, има право тражити враћање по општим правилима о стицању без основа. Иако бисмо етимолошким тумачењем наслова овог члана, који гласи „двострука исплата дуга“ могли закључити да се наведена норма односи само на испуњење престације кроз давање одређеног износа новца, нема разлога да се под извршавање обавезе не подведе и давање неког предмета, или извршавање услуге, односно чињење.

Према ставу Вишег привредног суда, „када је поверилац од дужника два пута наплатио исти дуг и о тако што је плаћање извршено у новцу а потом други пут тако што је поверилац исти дуг наплатио злоупотребљавајући примљени акцептни налог, тада дужник – сада поверилац има право да захтева повраћај двоструко наплаћеног износа. Ако се ради о плаћању извршених услуга, наплату може тражити за извршене услуге према ценама на дан вештачења у току парнице (вишим ценама) а не ценама када је исти дуг поново наплатио путем акцептног налога.[53]

Законодавац је у члану 213 ЗОО заузео недвосмислен став и када су у питању натуралне облигације, третирајући их као цивилне, с обзиром на ваљаност њихове каузе. Изреком се у овој одредби установљава принцип да се не може тражити оно што је дато или учињено на име извршења неке природне обавезе или неке моралне или друштвене дужности. Суд није прихватио као основан захтев за исплату одређеног новчаног износа у ситуацији у којима је власник објекта дозволио блиским сродницима да са њим живе у домаћинству, без претходног договора и захтева за плаћање накнаде становања и осталих режијских трошкова, па се накнадно позвао на право на реституциону тужбу по основу члана 210. Применилац права није сматрао да је на штету тужиоца, односно у корист тужених дошло до неоснованог обогаћења. Нема дилеме да је, у овом случају, тужилац извршавао своју природну обавезу, те, стога, кондикција није дозвољена.[54] Слично овоме, судска пракса није дозвољавала позивање на поменути члан ни када неко од бивших ванбрачних супружника, након престанка ванбрачне заједнице, позивајући се на стицање без основа, тражи накнаду новчаних средстава које је давао за уобичајене трошкове у току трајања заједнице. Истини за вољу, овде ванбрачни партнер није извршавао природну, као у претходном

[53] Видети: Решење Вишег привредног суда, ПЖ 990/96 од 12.3.1996. године – Судска пракса привредних судова – Билтен бр. 2/1996 – стр. 53.

[54] У овом случају, тужени су унука тужиоца и чланови њене породице – Пресуда Апелационог суда у Нишу, ГЖ 1053/2020 од 14.05.2020. године

случају, већ формалну обавезу, будући да је ванбрачна заједница у правном смислу, сем у појединим сегментима, изједначена са брачном.[55]

Наредни чланови закона могу се поделити у две групе: прву (214-216), која се односи на димензионирање обима враћања, накнаду трошкова и околности у којима се може задржати примљено и другу (217-219), која дефинише још неке, поред раније анализираних, видове стицања без основа (употреба ствари у туђу корист, издатак за другог и употребљавање туђе ствари у своју корист). Када говоримо о обиму враћања, кад се враћа оно што је стечено без основа, морају се вратити плодови и платити затезна камата, и то, ако је стицалац несавестан, од дана стицања, а иначе од дана подношења захтева.[56] Притом, стицалац има право на накнаду нужних и корисних трошкова, али ако је био несавестан, накнада за корисне трошкове му припада само до износа који представља увећање вредности у тренутку враћања.[57] Не може се тражити враћање неосновано плаћених износа на име накнаде штете због повреде тела, нарушења здравља или смрти, укојико је исплата извршена савесном прибавиоцу.[58] Када говори о преосталим видовима неоснованог обогаћења, законодавац истиче да ако је неко своју или туђу ствар употребио на корист трећег, а нема услова за примену правила о пословодству без налога, трећи је дужан вратити ствар, односно, ако то није могуће, накнадити њену вредност.[59] Ко за другог учини какав издатак или нешто друго што је овај по закону био дужан учинити, има право захтевати накнаду од њега.[60] Кад је неко туђу ствар употребио у своју корист, ималац може захтевати, независно од права на накнаду штете, или у одсуству ове, да му овај надокнади корист коју је имао од употребе.[61]

Апелациони суд је решењем из 2018 направио нужну дистинкцију између правно неоснованог обогаћења употребом туђе ствари у своју корист у смислу члана 219 ЗОО од коришћења туђе ствари у своју корист у смислу члана 38. став 2. Закона о основама својинскоправних односа. Наиме, када говоримо о првом институту, под њим подразумевамо такво коришћење ствари при коме се она претвара у нешто друго или престаје да постоји (у решењу је наведена ситуација у којој неко туђу циглу угради у свој кров), при чему је корист остварену таквом употребом ствари дужан да накнади имаоцу ствари и савестан стицалац. Коришћење туђе ствари у своју корист према ЗОСО подразумева употребу при којој идентитет ствари остаје очуван,

[55] Пресуда Апелационог суда у Нишу, Гж 172/2019 од 9.5.2019. године.
[56] Члан 214 ЗОО
[57] Члан 215 ЗОО
[58] Члан 216 ЗОО
[59] Члан 217 ЗОО
[60] Члан 218 ЗОО
[61] Члан 219

а у ком случају савесни држалац није дужан да плати накнаду за коришћење ствари за време док је био савестан.[62]

ЗАКЉУЧАК

Француски грађански законик све до реформе из 2016 није садржавао општу одредбу која се односи на неосновано богаћење, којом би било дефинисано да сваки прелазак ствари или права једног лица у имовину другог лица без уговорног или законског основа успоставља ex lege обавезу стицаоца да стечено врати осиромашеном лицу. У француском праву је стицање без основа традиционално било подвођено под институт квазиделиката. У доктрини, међутим, наилазимо на различите школе мишљења у односу на оправданост асимиловања института стицања без основа под категорију квази контраката, што је проузроковало и диспут о правној природи неоснованог обогаћења и блискости ове установе са уговорима с једне, односно са грађанскоправним деликтима са друге стране. Немачки грађански законик из 1900. године је, за разлику од Француског грађанског законика, већ у својој првој верзији, нормирао општи институт неоснованог обогаћења. У Великој Британији овај институт бива признат од стране правосудних институција пресудом Дома Лордова 1991, чиме је инаугурисан у трећи извор облигационих односа, поред уговора и проузроковања штете. И у претходном и у новом Мађарском грађанском законику стицање без основа је препознато као посебан институт, али не и као извор облигација, што је случај са српским Законом о облигационим односима.

Једна од основних разлика између континенталног и англосаксонског права огледа се у томе што се код овог првог централно питање односи на то да ли је било правног основа да тужени стекне неку корист, док је у прецедентном праву тежиште на питању да ли тужилац има основа да захтева реституцију. Следствено томе, у системима континенталног права, суд ће, пре свега, наложити повраћај онога што је тужени неосновано стекао, док у „common law“ системима тужилац има обавезу да прво докаже да има поуздан основ за повраћај.

Тужба de in rem verso, која има карактер кондикционе тужбе, у одсуству одговарајућег нормативног оквира, ушла је у француско право путем судске праксе, кроз одлуку Касационог суда у предмету Будије из 1892. За разлику од Немачког грађанског законика, у коме сусрећемо екстензивнији приступ, наведена тужба у Француском грађанском законику нема својство кондикционе тужбе у ширем смислу те речи, већ се односи само на конкретно на-

[62] Решење Апелационог суда у Београду, ГЖ 4768/2017 од 5.4.2018. године

ведену ситуацију. У енглеском праву су, пре поменуте пресуде Дома Лордова, енглески судови креирали фикцију о постојању такозваних „уговора претпостављених у закону“, или „имплицитних уговора“ (contracts implied in law), оденувши реституциону тужбу у форму за реализацију контрактуалних захтева. Тужба из стицања без основа је, у српском праву, по својој природи – лична тужба. Осиромашено лице може посегнути за овим парничним инструментом само против лица које представља другу страну у облигационом односу насталом из неоснованог обогаћења. Она има релативан карактер, може бити подигнута само против обогаћеног, што је разликује од стварноправних тужби које имају апсолутно дејство и могу бити подигнуте против сваког лица које угрожава стварноправно овлашћење тужиоца. То, међутим, није било традиционално решење. Иако је Српски грађански законик из 1844 представљао, у основи, преведени и српским условима уподобљени Аустријски грађански законик, домаћи законодавац је изоставио да изврши рецепцију оних одредаба АГЗ-а које су оправдавале становиште да је наведени цивилни кодекс установио општу тужбу због неоснованог обогаћења. Тек ставом 1 члана 210 Закона о облигационим односима предвиђено је опште правило о стицању без основа које гласи: „Кад је неки део имовине једног лица прешао на било који начин у имовину неког другог лица, а тај прелаз нема свој основ у неком правном послу или у закону, стицалац је дужан да га врати, а кад то није могуће – да накнади вредност постигнутих користи.“ Овом одредбом је, дакле, у српском правном систему утемељена општа тужба из неоснованог обогаћења.

Наша судска пракса отворила је читав низ питања која се односе на институт стицања без основа. Будући да није могуће предвидети и нормирати сваку животну ситуацију, одлуке судова широко димензионирају читав спектар ситуација у којима део имовине једног лица прелази у имовину другог без основа у правном послу или закону. Потом, иако је законодавац у ЗОО expressis verbis утврдио принцип да несавесни стицалац (уз одређене изузетке) нема право на кондикциону тужбу, наилазимо на пресуде у којима суд питање савесности стицаоца везује само за димензионирање обавезе обогаћеног, а не и за само право на повраћај. Поједини судски предмети са собом носе и питање оправданости статуса ревизије као ванредног правног лека, уместо да буде редовни правни лек са суспензивним дејством. Примениоци права стали су на пут и пракси примене такозваног „комфорног метода“ приликом обрачунавања камата, што је, практично, представљало еквивалент зеленашким правним пословима, код нас забрањених како грађанскоправним, тако и кривичноправним прописима. Коначно, судска пракса је изнедрила и јасну и конзистентну дистинкцију између неоснованог обогаћења као законом установљеног извора облигација и неправедног, односно неправичног обогаћења, као моралне категорије.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Чланци, монографије и уџбеници

Terré, Simler, Lequette, Chénedé, Droit civil, „Les obligations", Dalloz, 2019
Fages Bertrand, „Droit des obligations", LGDJ Lextenso, 2021-2022
Blanc, Latina, Mazeaud, „Droit des obligations", LGDJ Lextenso, 2022
Chantepie, Latina, „Le nouveau droit des obligations", (Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil), Dalloz, 2018
Le Tourneau, „Quasi – contrat", in Répertoire de droit civil, Dalloz, 2002
Planiol Marcel, „Classification des sources des obligations", Rev.crit.lég. et jur, 1904
Ripert et Teisseire, „Essai d'une théorie de lü enrichissement sans cause en droit civil francais", RTD civ. 1904
Toullier Charles Bonaventure Marie, Le droit civil francais suivant l'ordre du Code, T. XI, 1821
Vizioz Henry, „La notion de quasi-contrat", Étude historique et critique, thése, Bordeaux, 1912
R. Bout, „La gestion d'affaires en droit francais contemporain", Préf. P. Kayser, LGDJ, 1972
Le projet est découpé en trois ouvrages : *Pour une réforme du droit des contrats*, F. Terré (dir.), Dalloz, 2009
Pour une réforme du régime général des obligations, F. Terré (dir.), Dalloz, 2013
Bénabent Alain, „Droit des obligations", LGDJ Lextenso, 2021
Michael Kaehler, Allgemeine Prinzipien der Restitution, dargestellt am deutschen und englischen Recht, Gieseking, 1972
Ernst von Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, Mohr, Tübingen, 1954
Esser/Weyers: Schuldrecht, Band П, Besonderer Teil, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1991
Brice Dickson, The Law of Restitution in the Federal Republic of Germany: A Comparison with English Law, The International and Comparative Law Quarterly, Cambridge University Press, Vol. 36, No. 4, 1987
Reinhard Zimmermann, Jacques du Plessis, Basic Features of the German Law of Unjustified Enrichment, Restitution Law Review, 1994
Dieter Reuter, Michael Martinek. Ungerechtfertigte Bereicherung, J.C.B. Mohr, 1983
Melvin Eisenberg, Contracts, Glibert Law Summaries, 2002
Oxford dictionary of Law, fifth edition, Oxford University press, 2002
Peter Birks, Unj11s1 Enrlchmenl (Oxford: Oxford University Press, 2003)
Robert Chambers, Milestones in the Law of Unjust Enrichment, Peter Birks, Alberta Law Review, Vol 42, No 2 2004
Валентина В. Цветковић-Ђорђевић, Кондикција и правно неосновано обогаћење, докторска дисертација, Универзитет у Београду, Правни факултет, 2015
Wolfgang Friedmann, The Principal of Unjust Enrichment in English Law – A Study in Comparative Law, *Canadian Bar Review* 365, 1938
Zlinszky János, Jogalap nélküli gazdagodás — egykor és ma, Jogtudományi Közlöny, 1987/9

Menyhárd Attila, Kártérítés, prevenció és jogalap nélküli gazdagodás, Eötvös Loránd University, 2014
Аранђеловић Драгољуб, „О неправедном обогаћењу", Архив за правне и друштвене науке, уредник Чедомиљ Митровић, књига XI коло 2, 1925
Бојан Пајтић, Сања Радовановић, Атила Дудаш, „Облигационо право", Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2018

Закони и други прописи

Code civil (Dernière modification: 2023-05-21 Edition : 2023-06-12)
Bürgerliches Gesetzbuch (Neugefasst durch Bek. v. 2.1.2002 I 42, 2909; 2003, 738; zuletzt geändert durch Art. 1 G v. 14.3.2023 I Nr. 72)
A 2013. ÉVI V. TÖRVÉNY A POLGÁRI TÖRVÉNYKÖNYVRŐL KOMMENTÁRJA, Főszerkesztő: Csehi Zoltán, Vasady Lóránt (A jogalap nélküli gazdagodás) Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó Kft. 2021
Zakon o obligacionim odnosima (*Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93, "Sl. list SCG", br. 1/2003 – Ustavna povelja i "Sl. glasnik RS", br. 18/2020)*

Судске пресуде и одлуке надлежних институција

Cass. Req., 11 july 1889, D. 1890.1.393, S. 1890.1.97
http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf
https://www.trans-lex.org/302100/_/lipkin-gorman-v-karpnale-ltd-[1991]-ac-548/
Решење Вишег трговинског суда, Пж. 7567/2005(1) од 9.1.2006. године
Решење Апелационог суда у Нишу, ГЖ 362/2015 од 14.05.2015 године
Пресуда Врховног суда Југославије Рев 2547/63 од 24. новембра 1964. године
Пресуда Апелационог суда у Нишу, Гж 1860/2019 од 4.4.2019. године
Пресуда Вишег суда у Сомбору, Гж 1596/2018 од 26.12.2018.
Пресуда Врховног касационог суда, Рев 2297/2015 од 10.3.2016. године
Пресуда Вишег суда у Пожаревцу, Гж 751/2016(2015) од 17.5.2016. године
Пресуда Вишег привредног суда у Београду, Пж. 6321/99 од 11.11.1999. године
Пресуда Апелационог суда у Београду, ГЖ 4946/2022 од 19.10.2022. године
Решење Врховног суда Србије, Спзз 117/2008 и Прев. 354/2008 од 11.11.2008 године
Решење Вишег привредног суда, ПЖ 990/96 од 12.3.1996. године – Судска пракса привредних судова – Билтен бр. 2/1996 – стр. 53.
Пресуда Апелационог суда у Нишу, ГЖ 1053/2020 од 14.05.2020. године
Пресуда Апелационог суда у Нишу, Гж 172/2019 од 9.5.2019. године
Решење Апелационог суда у Београду, ГЖ 4768/2017 од 5.4.2018. 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

Unjust Enrichment – Comparative Legal Review

Abstract: *Unjust enrichment is very highly positioned as one of the sources of obligations in the Law on Obligations. Research of comparative legal literature (both doctrinal type and judgments of national courts) indicated significant differences in the attitude towards this institute both between the legal systems of continental law and within the corpus of countries in which the so-called common law system is dominant. In the paper, a detailed analysis of both domestic and comparative legal literature and court practice was carried out. During the research, special emphasis was placed on the legal solutions in force in other, primarily European legal systems. The analysis included both those legal systems (French, German) that have a decisive influence on the civil law codes of other continental law countries, as well as those that are of decisive importance in countries characterized by precedential law (Great Britain, United States of America). A review was also made of solutions from the Hungarian legal system, whose impact on our law is not nearly as far-reaching as the aforementioned legal orders, but due to the similarity of the genesis of civil law in our two countries in the last hundred years, they arouse interest. One of the basic differences between continental and commonlaw is reflected in the fact that in the former the central question is whether there was a legal basis for the defendant to gain some benefit, while the latter the focus is on the question of whether the plaintiff has a basis to claim restitution. Consequently, in continental law systems, the court will, first of all, order the restitution of what the defendant unjustly acquired, while in "common law" systems the plaintiff has the obligation to first prove that he has a reliable basis for restitution. In addition to recognizing the differences between the two groups of systems, through analysis we also come to distinctions within the groups themselves. For example, unlike French law, German law, albeit with certain difficulties, resolves the problem of unjust enrichment due to the actions of a third party. According to our ZOO, when a part of one person's property has been transferred in any way to the property of another person, and that transfer has no basis in a legal transaction or in the law, the acquirer is obliged to return it, and when this is not possible – to compensate the value of the benefits achieved. Obligation to return, i.e. compensation of value also occurs when something is*

received with regard to a basis that was not realized or that later fell away. The obligation to return is not subject to those goods that were given in the name of fulfilling some natural obligation or some moral or social duty, amounts that were paid even though the payer knew that he was not obliged to make the payment, as well as funds that, without a legal basis, were paid in the name of compensation for damages due to bodily injury, health impairment or death, if the payment was made to a bona fide recipient. The review of domestic judicial practice shed light on a wide range of situations in which legally unjustified enrichment can occur, i.e. acquisition without grounds. Although we are talking about an institution that has long been present as a source of obligations in the Law on Obligations, certain judgments, which are contra legem, show that in connection with this institution there are, still, numerous doubts.

Keywords*: unjust enrichment, quasi-contract, condiction suit.*

Датум пријема рада: 29.6.2023.
Датум достављања коначне верзије рада: 9.11.2023.
Датум прихватања рада: 9.11.2023.

Оригиналан научни рад 321:351.86
doi:10.5937/zrpfns57-47022

Марко М. Парезановић
Академија за националну безбедност
ponedeljak011beograd@gmail.com
ORCID ID: 0009-0003-3954-6270

ПОЛИТИЧКА ВЛАСТ И ДРЖАВНЕ ИНСТИТУЦИЈЕ

***Сажетак**: Политичка власт и државне институције, пре свега у смислу преплитања и редукције њихове политичке моћи, представља истраживачку тему која траје већ хиљадама година. Изучавањем испреплетаних коридора ових политичких феномена, бавили су се многи, али никада ову тему нису успели да истраже до краја. У овом раду, анализиран је њихов каузални однос, са посебним акцентом на склоности политичке власти и државних институција да се отуђе, у којима се ове „слуге народа", временом трансферишу у господаре, због чега се у овом раду полази од става да политичка власт жели да подреди државне институције. Научни значај превасходно је садржан у настојању да се додатно обогати научно-истраживачки фонд из области теорије политике и државе. Циљ истраживања је знатно амбициознији и садржан је пре свега у намери да се укаже на све позитивне, али и негативне реперкусије које произилазе из сложених односа између политичке власти и државних институција, са намером да се указивањем на те друштвене аномалије, повећа степен демократизације, али и функционалности друштва у целини.*

***Кључне речи**: национална безбедност, политика, власт, моћ, политичка власт, политичка моћ, држава, институције, државне институције, ауторитет, апаратска борба.*

1. УВОД

Политичка власт и државне институције представљају тему око које су се одувек појављивале одређене контрадикторности. Иако на први поглед постоје бројне сличности и у већини случајева заједничко кретање по истом политичко-институционалном колосеку, ипак ова два субјекта теорије државе

и политике имају и значајне неподударности. То проистиче из чињенице да ће државне институције увек имати одређену задршку према политичкој власти. Политичка власт настоји да, условно речено „потлачи“ и стави у функцију државне институције, односно стави их у подређен положај у односу на њу. И то је мање-више тако у свим државама, без обзира на степен развоја демократских односа у тим друштвима. Политичка власт у јеку своје експанзије и моћи, снагом свог ауторитета и својих могућности настоји да руши пред собом све баријере које је ограничавају. С друге стране, државне институције су увек резервисане према наметању „спољних ауторитета“ и веома обазриво се односе према свим облицима њиховог потчињавања. Подразумева се да свако деловање према државним институцијама у том правцу, представља грубо кршење уставног поретка и повреду позитивно-правних прописа једне земље.

У судару политичке власти и државних институција произилазе штетне последице за друштво и државу у целини, изузев у случајевима када представљају брану једна другој од непочинстава. То значи да тај однос евентуалне деструкције може бити у оба смера, што подразумева да не постоји само „агресивно“ деловање политичке власти ка државним институцијама, као што је већ напоменуто, већ то деловање може бити усмерено и од стране државних институција ка политичкој власти. Иако није честа појава, управо политичка власт може и мора бити заштитник једне државе или друштва од деструкције и регресије која долази од њених државних институција. Није реткост да су у појединим државама, државне институције до те мере ојачале и да не поштују никакав ауторитет, па ни ауторитет политичке власти. У данашње време, колоквијални назив за то је „дубока држава“,[1] која представља групу организованих, идеолошких, политичких и финансијских

[1] Фраза „дубока држава“ настала је у земљама попут Турске и Египта, где је комплекс војних и безбедносних агенција манипулисао политичким системом и деловао на потпуно нетранспарентан начин да би утицао на политику. Ову фразу су затим присвојили амерички конзервативци попут Стива Бенона и користили је за карактеризацију америчке бирократије. Тотално уништење „дубоке државе“ постало је централна тачка дневног реда за многе популисте на десници. Према мишљењима појединих аутора, САД немају „дубоку државу“ у блискоисточном смислу те речи. САД има велику и сложену државну службу на савезном, државном и локалном нивоу која је одговорна за пружање већине услуга које грађани очекују од своје владе, што је познато као „административна држава“. Ова административна држава је у ствари веома транспарентна у поређењу са државама других либералних демократија, да не говоримо о блискоисточним диктатурама, и могу је лако контролисати изабрани политички лидери ако ови други одлуче да користе своја овлашћења. Међутим, та бирократија нужно функционише независно од својих политичких господара, пошто изабрани лидери никако не могу да прецизирају хиљаде дневних одлука које су потребне да би влада остала у функцији. Они делегирају власт бирократама, што је оно што називамо бирократском аутономијом. Francis Fukuyama, „In Defense of the deep state“, *Asia Pacific Journal of Public Administration*, 2023, 1-12, DOI: 10.1080/23276665.2023.2249142.

истомишљеника који су се инсталирали у државне институције, како би одатле утицали у складу са својим циљевима и интересима на политичку власт. Екстремни случајеви иду дотле да та интересна група изгради паралелни систем власти на начин да сама бира и поставља чиниоце политичке власти који ће највише одговарати њиховим интересима.[2] Због тога, ако се посматра устројство државне хијерархије, важно је нагласити да је политичка власт изнад државних институција и да су институције дужне да спроводе политику власти.

Међутим, ови сви набројани, условно речено, тензични односи између политичке власти и државних институција могу имати и позитивне ефекте и домете. Наиме, кроз овај комплексан друштвени однос одмеравања институционалне снаге и моћи, ствара се и погодан социјални амбијент за узајамне контролно-корективне облике деловања, чиме се може ограничити или смањити ниво разноразних злоупотреба политичког система и државног апарата.

У сваком случају, поред нормативног регулисања области које су усмерене на однос политичке власти и државних институција, веома важну улогу у конституисању каузалитета тих односа имају политички лидери и носиоци одговорних државних функција. Истовремено, ништа мање важну улогу имају и кадрови, јер „кадрови решавају све".[3] У уређеним и демократским друштвима, кадрови заиста решавају све, јер свака политичка власт и државне институције почивају на снажним и стручним индивидуама. Држава и њен поредак нису компјутерски оперативни систем који користи елементе вештачке интелигенције, већ постоје и функционишу захваљујући лидерима који је воде и кадровима који омогућавају њену функционалност. У колико озбиљној мери једна држава има способне, одане и стручне кадрове, уз неизоставну честитост и морал, утолико ће политичка власт и државне институције боље функционисати. Наравно да у овим редовима провејава и романтичарски призвук, али наведено је, иако увек неоствариво, ипак веома важно.

[2] Идеја „дубоке државе" је у супротности са концептом народног суверенитета који полази од тога да је народ „врховни ауторитет у држави". Према овој концепцији, не постоји власт изнад народа и то традиционално подразумева да је ауторитет народа изнад устава. Вид. Ludvig Beckman, „Popular sovereighty facing the deep state. The rule of recognition and the power of the people", *Cricical Review of International Social and Political Philosophy*, 7/2021, 954-976, doi.org/10.1080/13698230.2019.1644583.

[3] Чувена мисао тифлиског богослова је кратка, а говори много. Од кадрова зависи све, пропаст друштва и државе, њихов узлет и препород. Основни разлог пропадања стога не треба тражити у спољним већ у унутрашњим факторима. Ако унутар себе тражимо разлоге неуспеха, онда можемо да се поправимо и да избегнемо понављање грешака у будућности. Кадрови се бирају кадровском политиком, а таква политика обично садржи моралне, интелектуалне и друге критеријуме којима се људи распоређују на одговорне функције у друштву и држави, Бошко Јовановић, *Кадрови решавају све*, Политика – интернет издање од 14.03.2017, Београд, 2017, https://www.politika.rs/scc/clanak/376104/Kadrovi-resavaju-sve, 15. август 2023.

Одабир лоших кадровских решења на разна одговорна и осетљива места, вишеструко је штетно. Пре свега, таквим кадровима се пружа могућност да са повољнијих позиција негативно делују и наносе већу политичку штету. Неки од таквих користе свој положај да фаворизују своје једномишљенике, а запостављају или чак и прогоне исправне кадрове.[4]

Такође, битно је истаћи и да је функционисање власти и институција условљено и са више разноврсних фактора и чинилаца (геополитичких, спољнополитичких, макроекономских, војнобезбедносних, социјалних, културолошких итд.), које неретко могу имати и пресудан карактер у перспективама и дометима вршења власти.

Међутим, политика као мање илузија,[5] а више много тога реалног, опомиње нас да политички живот и политички процеси око нас нису увек онакви какви их видимо и доживљавамо. Политика је изузетно комплексно поље друштвених активности и друштвене интеракције, у којој се неретко прибегава и различитим облицима политичког насиља. Како је маестрално закључио Марјановић, политички удари данас се изводе без кршења права и употребе силе, чисто политичким методама и средствима тако што се прави окружење око шефа државе, премијера и других полуга моћи, па се моћници, попут човека на обали, нађу изненађени једнако и од плиме и од осеке. То су у ствари модерне бескрвне политичке завере у којима не „лете" главе, али „лете" фотеље, планови и друге користи.[6]

2. ПОЈМОВНО ОДРЕЂЕЊЕ ПОЛИТИЧКЕ ВЛАСТИ

Да би се одређена власт окарактерисала као политичка, неопходно је да располаже са моћи, силом и насиљем као својим неодвојивим деловима.[7] Из наведених разлога, политичка власт представља зону моћи, поред осталог и зато што располаже ресурсима за коришћење силе и насиља ради одржања своје моћи и испуњења одређених циљева своје владавине. У том смислу, потребно је истаћи да политичке власти нема без силе, јер онда нема ни њене моћи.[8] Међутим, важно је нагласити да сила и насиље нису пожељни у политици, оне се могу и морају користити само када је то неопходно,

[4] Славенко Терзић, *Стара Србија – драма једне цивилизације*, Православна реч и Историјски институт, Нови Сад – Београд 2012, 552.

[5] О политици као уметности илузије вид. Драган Симеуновић, *Теорија политике*, Удружење „Наука и друштво", Београд 2002, 87-101.

[6] Јован Марјановић, *Теорија политике*, Универзитет у Београду, Београд 1996, 242.

[7] О политичкој моћи вид. Klaus von Beyme, *Suvremene političke teorije*, Stvarnost, Zagreb 1977, 159-168.

[8] Марко Парезановић, *Политички преврат – савремени приступ*, Нова српска политичка мисао, Београд 2013, 97.

не ради очувања голе политичке власти, већ ради заштите државних и националних интереса.

Свака моћ је ограничена, а то нарочито важи за моћ доминације. Владање појединца, друштвене елите, нације или државе искључује такву моћ других и неко време преживљава уз сталне сукобе, борбу, оспоравање. Изузетна вештина владања и нешто мало мудрости може у извесној мери продужити њен век, ослањањем на савезнике, избегавањем изразито погрешних, самодеструктивних потеза, вештином манипулисања и заваћања противника.[9]

Према Симеуновићу „политичка моћ се, ако је институционализована и почива на позицијама са правном способношћу одлучивања, означава као политичка власт".[10] У том духу, Деспотовић наглашава да се „политичка власт у политиколошкој литератури најчешће дефинише преко категорије моћи, па у таквој дефиницији садржај овог појма гласи да је власт уствари легитимна моћ, схваћена као право да се утиче на понашање других људи, односно грађана једне земље на чијој се државној територији распростире тако дефинисана политичка власт. Она се, такође, на истом фону одређења дефинише и као институционализована моћ, односно способност да се ефикасно и у оквирима дефинисаног уставно-правног поретка изазове потчињавање грађана и то путем убеђивања или законском принудом. Док је моћ способност да се утиче на понашање других људи, власт је право да се то чини у оквирима дефинисаног правног поретка и у границама које закон дозвољава".[11]

Интересантно је становиште Ђорђевића који наглашава да се „власт и ауторитет као појмови (а нарочито као речи) најчешће изједначавају иако су поједини политички филозофи настојали да их разликују".[12] Међутим, власт и ауторитет се заиста разликују. Власт је моћ, а ауторитет је право да се неке одлуке донесу. Постоји више типова ауторитета, као што су статусни, харизматски, наследни, стручни и слично.

Ауторитет претежно изражава својство или „власт" некога да се његове одлуке (мисли, схватања и сл.) поштују, прихвате, и то по правилу без спољне или нормативне претње; не само због тога што је он „тај и тај" (орган, шеф, научник, отац) – негативан ауторитет, већ и што је он „такав и такав" – активни ауторитет. У пракси, нарочито у глобалном друштву, и власт је

---

[9] Михаило Марковић, *Друштвена мисао на граници миленијума*, Службени лист СРЈ, Београд 1999, 281.

[10] Драган Симеуновић, *Теорија политике*, Удружење „Наука и друштво", Београд 2002, 147.

[11] Љубиша Деспотовић, *Политичка власт, моћ и политичка облигација*, Културни центар Новог Сада, Нови Сад 2021, https://www.kcns.org.rs/agora/politicka-vlast-moc-i-politicka-obligacija/, 18. август 2023.

[12] Jovan Đorđević, *Politički sistem*, Savremena administracija, Beograd 1977, 111.

једна од основа ауторитета. Даља одредба ауторитета у томе је што може постојати и што постоји ауторитет са влашћу и ауторитет без власти. Ауторитет је општија и трајнија појава у историји, изван ње и преко ње. У суштини, то је неауторитарни концепт; отуда је погрешно изједначавати изразе ауторитативан и ауторитаран у називу „јаких", диктаторских режима, мада је израз ауторитативан режим више конвенција него што је научно и језички оправдан – јер се управо тада власт и ауторитет бркају. Власт је битно политичка категорија (без обзира на то што је има и ван политике у ужем значењу), а само харизматски ауторитет друштвено-морална (што не значи да је искључен из политике). Неосновано је становиште које власт од ауторитета разликује по томе што власт изражава друштвени однос, а ауторитет квалитет одређене групе или личности, политике, идеологије, мисли и концепције. И власт и ауторитет изражавају и претпостављају друштвени однос, јер се ауторитет може имати само у друштву, у односу према другоме и његовом односу према нама. Али док власт подразумева ограничену слободу човека, ауторитет је њена допуна и тражи да је има што више. То долази најпре услед тога што, начелно узев, ауторитета нема ако није прихваћен на реалним, утемељеним основама, а прихваћен је стварно ако то чини аутономан и слободан човек. Ауторитет је вид друштвености и друштвених веза и услов друштвене равнотеже и слободе; то је власт, али уз низ неизвесности, јер изазива друге власти и антивласти (као и завере). Власт не може да постоји без силе, идеологије и мистификације, док се ауторитет у томе губи, нестаје. Власт тражи и ствара потчињене људе, а ауторитета нема без слободних и свесних грађана. Постоји квалитативна разлика између друштвеног односа који се изражава у власти и оног који отелотворује ауторитет. Власт је израз и последица неразвијеног, хетерономног и нарочито противречног и класног друштва у којем постоје појаве и могућности већих или мањих, редовних или радикалних сукоба између појединих друштвених група, и то сукоба око битних, егзистенцијалних услова живота друштва и тих група. Ауторитет је израз и последица стварног и нужног разликовања међу људима, као и самог феномена и суштине друштвености, која никад, ни у „најсрећнијем" и „најбољем" друштву (слободној заједници слободних људи), не може бити колективна анонимност у којој би нестала индивидуалност људи и разлике међу њима".[13]

Политичка власт је оријентисана ка држави, али политичке власти има и изван државне власти, као што и политика постоји изван државе. Организујући и учвршћујући власт у оквирима државе, група или појединац располажу најмоћнијом влашћу путем које остварују пресудан утицај на друштвену организованост и људски живот уопште. Стога њена употреба и

[13] *Ibid.*

злоупотреба стварају основу не само за институционалну борбу ради њеног стицања између политичких субјеката, већ и за нелегалне облике борбе за њену смену, који досежу своју кулминацију у револуцији као најдубљем социјалном конфликту.[14]

Поред наведеног, „власт као облик друштвених односа испољава се час неформално и спонтано, час формално и организовано. Испољавање власти у спонтаним облицима резултат је стања идеолошке свести, где групе и велики део масе осећају да треба да се понашају у складу са иницијативом вође или форума, руководства партије или организације. Кад се тај „осећај" претвори у навику милиона људи, таква власт представља најстрашнију моћ, при чему се стање друштва обично назива револуцијом или револуционарним кретањима", закључује Ђорђевић.[15] С друге стране, Марјановић тврди да су „јавност и јавно мњење[16] поред свега што је досад у историји изналажено, а што је теорија истражила, и даље најмоћнији и најефикаснији фактор контроле политичке моћи и власти. Уосталом, политичка моћ и власт нешто су што људи не воле док је у туђим рукама, сигурнији су кад је код њих или бар под њиховом контролом. Та човекова склоност препознатљива је и по томе што све странке и лидери зазиру од моћи других, али и од контроле. Ваљда се зато у политици среће то да једни другима радо крешу крила сурово и осветољубиво. Свако је склон да се послужи свим и свачим да би другоме уздрмао сигурност и самопоуздање. Политичка моћ и власт можда најбоље показују како људске слабости знају бити јаке, нарочито кад нема чвршћих граница њиховог обуздавања".[17]

Истовремено, политичка власт је основни облик и основ власти у друштву, „она се изражава у друштвеном односу у коме једна страна (властодржац) може да одређује понашање и активност друге стране (подвлашћеног) уз помоћ стварне или потенцијалне примене организоване принуде. Оно чиме се власт разликује од других односа у којима једна страна свесним утицајем (убеђивањем, примером) усмерава понашање друге стране у смислу својих циљева јесте способност организоване примене санкција као средства којим се у крајњој линији изнуђује потчињавање".[18] Из овакве дефиниције власти произлазе два важна закључка за прецизно разумевање

[14] Радомир Милашиновић, Срђан Милашиновић, *Основи теорије конфликата*, Факултет безбедности, Београд 2007, 156.

[15] J. Đorđević, 113.

[16] Не постоји универзална дефиниција јавног мњења. Једна од најприхватљивијих је она која истиче да је јавно мњење заправо „мишљење друштвене скупине о важним појавама и питањима, која је као скупину интересују", Радомир Лукић, *Политичка теорија државе*, Завод за уџбенике и наставна средства и БИГЗ, Београд 1995, 67,

[17] Јован Марјановић, *Политичке странке и модерна држава*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1999, 41.

[18] *Politička enciklopedija*, Savremena administracija, Beograd 1975, 1146.

самог појма и његове друштвене суштине: прво, да власт постоји само у сложеним, организованим друштвеним групама, у организацијама, јер само у њима постоје односи надређености и подређености, и друго, да односи власти могу добити устаљен, институционализован облик, учвршћен могућношћу организоване примене санкција. Постоје безбројни односи у којима коришћењем моралног престижа или интелектуалног утицаја, насиљем или претњом једна страна постиже да се друга понаша у складу са њеним жељама и циљевима. Али уколико се овакви односи остварују ван склопа организованих друштвених група или независно од њих, то нису односи власти ни акти њеног вршења. Искључиви носилац политичке власти јесте држава. Све специфичне карактеристике политичке власти везане су за државу, за њену друштвену природу и функције. Политичка власт може бити у рукама различитих друштвених субјеката (краљева и војсковођа, политичара и државника, политичких партија или хунти), али само уколико они управљају државом. Имати политичку власт значи држати командне позиције у склопу државне организације. Политичка борба је увек у својој суштини борба за државну власт. У тој се борби решава којим ће класним и групним интересима служити организована политичка сила државе и ко ће бити њени конкретни носиоци. Способност примене организованих санкција битна је карактеристика сваке власти, али се власт не може држати ослањајући се искључиво на силу и принуду. Свакој власти је иманентна тежња да се легализује, да у идеолошко-моралној сфери изгради што шири ослонац за своју егзистенцију, оправдање за своје прерогативе и функције. Питање идејног основа на коме власт гради свој захтев да јој се људи покоравају и са друге стране оспоравање тога основа представљају сталан и најважнији идеолошки вид политичке борбе у сваком класном друштву. Ширење страхопоштовања према власти, усађивање оданости и покорности према онима који је врше јесте врло важан елеменат у механизму политичког владања. Осим тога, идеолошка основа власти може бити различита, али увек мора постојати.[19]

За разлику од власти, владавина је склоп односа друштвених снага који омогућују одлучујући утицај на усмеравање кретања у друштвеној заједници или некој области друштвеног живота. Легитимна владавина је легитимно институционализована моћ, док је нелегитимна владавина могућа само уз репресивно насиље, које треба да обезбеди апсолутну послушност.[20] Власт се најједноставније може дефинисати и као „легитимна моћ". Као што смо раније видели моћ је способност да се утиче на понашање других, а власт је право да се то чини. Власт се, дакле, заснива на прихваћеној обавези покоравања, пре неголи на неком виду принуде или манипулације. У том смислу,

[19] *Ibid.*

[20] Вид. Dragan Simeunović, *Političko nasilje*, Radnička štampa, Beograd 1989, 11.

власт представља моћ која садржи легитимитет и право. Вебер је, с обзиром на различите основе на којима власт почива, издвојио три типа: традиционалну, која је укорењена у историји, харизматску, која проистиче из личности, и правно-рационалну власт, која почива на групи објективних правила.[21]

3. ПОЈМОВНО ОДРЕЂЕЊЕ ДРЖАВНЕ ИНСТИТУЦИЈЕ

У најширем смислу, државу чини територија, становништво и власт, као институционализована моћ утврђена правом. Када је у питању територија, низ држава не влада читавом својом територијом, и у њих се пенетрирају друге силе, које врше директну или индиректну контролу.[22] Намеће се логично питање шта су онда институције? Најједноставније речено, институције су све управно-административне установе, које и посредством којих се врши власт, у складу са уставом и законима.

Институција је појам који има своје значење у социологији, праву, економији, теорији државе и у другим друштвеним наукама. Институција представља једну од важних категорија у свим друштвеним наукама. Израз потиче од латинске речи *institutio* што значи завод, установа и речи *institutiones* што представља назив за уџбенике приватног права познатих римских правника у којима се излажу правни појмови и установе.[23] Друштво, поготову савремено друштво, има безброј институција, тј. релативно трајних и формалним правилима регулисаних односа међу људима који се успостављају поводом вршења неке делатности усмерене на испуњење неког циља, а поводом чега се успоставља и одређена организација.[24] Институције су фактички од пресудне важности за квалитетно одвијање друштвеног живота имајући у виду улогу коју им је доделила савремена политичка и правна пракса.[25]

За разлику од појма институције, у ужем смислу, државне институције су основни чиниоци поретка сваке државе, које омогућавају функционисање друштва и остваривање разнородних друштвених циљева. Оне могу бити извориште реда и поретка, али исто тако могу бити и фактор нестабилности одређеног друштва или државе.

[21] Endru Hejvud, *Politika*, Clio, Beograd 2004, 15.

[22] Вид. K. von Beyme, 156.

[23] *Politička enciklopedija*, 345.

[24] *Mala politička enciklopedija*, Savremena administracija, Beograd 1966, 385. Треба напоменути да постоје и тзв. неформалне институције, које настају услед немогућности формалних да испуне своју друштвену улогу, дефинисану пре свега правним нормама. На тај начин долази до друштвене аномије, односно њених бројних појавних манифестационих форми, које настају као последица кршења правних норми и правне процедуре. Вид. Владан Станковић, Тијана Перић-Дилигенски, „Неформални облици друштвене аномије“, *Српска политичка мисао*, 2/2023, 227-249.

[25] Dragomir Jovičić, „Demokratija i političke institucije“, *Civitas*, 1/ 2017, 61.

Државне институције подразумевају постојање државног апарата који делује у име и у интересу државе и власти, постојање организоване скупине људи који се удружују на плану заједничке реализације циљева који непосредно или посредно одређује и спроводи политичка власт, као и спровођење активности у складу са одредбама правних норми и по строго утврђеном редоследу. Даље, неопходно је постојање јасно дефинисане и устојене структуре унутар институције која спроводи државне функције и извршава друге задатке од значаја за функционисање једног друштва или државе. Институције делују у границама својих овлашћења у својој области, које им је доделила држава, као и у оквиру територијалног делокруга. Државна институција је и државна организација која је конституисана да управља одређеним подручјем или граном, да служи становништву, обезбеђује активности државних органа, разматра пријаве, жалбе. Карактерише их стално запослен кадровски састав који су државни службеници, унутрашња структура и организованост, дисциплину и унутрашње прописе, систем субординације, буџетско финансирање, припадност гранском систему са подређеношћу његовом вишем нивоу. Разноликост задатака омогућава и постојање више различитих институција.

Постоје више различитих врста институција, али се у готово свим државама света са демократским поретком њихова подела врши сходно постојању три основне гране власти, законодавне, извршне и судске. На основу тога, није тешко закључити да постоје три врсте институција. Прва су законодавне (скупштине на разним нивоима, почев од државног, преко покрајинског, па све до општинског и градског нивоа), које доносе законе, прописе и друге правне акте којима се уређује поредак.[26] Следеће су извршне, које спроводе прописе и воде унутрашњу, и спољну политику (институција председника, владе, министарства, директорати, службе и друго), при чему у свом бићу садрже и пратећу репресивност, што их чини класичним институцијама власти. И трећа врста институција су судске, на челу са врховним судом, вишим и основним судовима, чија је функција да суде у споровима примене закона и остварења права. Посебну позицију у овој грани власти има уставни суд, који одлучује о уставности свих осталих институција, укључујући и приликом поступања редовног судства.

Важно је нагласити да је однос између институција, готово увек, постављен на равнотежи моћи и међусобном односу који је истовремено и активно и пасивно контролан. На пример, скупштина бира и одлучује о влади, али и влада може под одређеним условима да распусти скупштину, а уставни

[26] Уставом се дефинишу и одређују функције државе од којих је заштитна или безбедносна једна од примарних и у свом својству је сублимат свих других функција, Љубомир Стајић, *Основи система безбедности – са основам истраживања безбедносних појава*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2021, 23-29.

суд да прогласи скупштинске законе противуставним. Сви ови односи су прецизно уређени конститутивним актом државе (уставом) и њихово поштовање обезбеђује да свака власт, тј. институција има онолико права колико јој треба за остваривање своје улоге. Важно је водити рачуна да ниједна власт не може бити већа од друге, нити бити највиши орган власти. Такође, ниједна грана власти не може имати права која припадају другој грани власти тј. институцији. Тако уређен систем који функционише у складу са обликом политичког уређења (парламентарна демократија, председнички систем, мешовити систем и слично), гаранција је од било каквог покушаја узурпације права и слобода.

Неизоставно је и нагласити да је политика увек и свуда зона моћи, односно власти као институционализоване моћи и борбе за њу као за најефикаснији инструмент остваривања својих, групних или општедруштвених интереса и циљева. Као контроверзно биће човек има у свом карактеру не само своју друштвеност већ и извесну природну анархичност која га упућује на то да се понаша како он жели и води га ка индивидуалним начинима решавања његових интереса и потреба, често ван сваких институција. То доводи до сукоба са другим појединцима и других врста компликација, или пак са системом који је и створен ради боље организације друштва и његове трајније, а не само ситуационе уређености. Зато је неопходна моћ принуде над онима који, не желећи да се уклопе у поредак ствари, угрожавају битне друштвене вредности. Та моћ принуде је раније била искључиво моћ државе, а данас је она атрибут и других политичких актера.[27] Моћ принуде се првенствено огледа у форми физичке силе чији су носиоци пре свега војска и полиција као државни органи, међутим, силу могу (на правно недозвољен начин) користити и недржавни актери – политички покрети, партије, организоване криминалне групе, терористичке групе и др. Са друге стране, моћ принуде се испољава и у форми економске силе (принуде) која се манифестује кроз различите утицаје на економске токове једне државе којима се директно угрожава њена економска, а онда и национална безбедност.[28] Треба напоменути и то да су последњих година у типично демократским државама приметни трендови пораста појава пада квалитета демократије праћеног повећањем противправног понашања и политичког насиља.[29]

---

[27] Драган Симеуновић, *Увод у политичку теорију*, Институт за политичке студије, Београд 2009, 59.

[28] О економској безбедности државе вид. Горан Милошевић, Љубомир Стајић, „Индикатори економске безбедности – осврт на Републику Србију“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2018, 511-533 и Горан Милошевић, Љубомир Стајић, *Економска безбедност*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2022.

[29] Вид. Miles T. Armalz, Adam M. Enders, “Who Supports Political Violence?“, *Perspectives on Politics*, 2022, 1-18. doi:10.1017/S1537592722001086

4. ОДНОС ПОЛИТИЧКЕ ВЛАСТИ И ДРЖАВНИХ ИНСТИТУЦИЈА

Оно што је заједничко политичкој власти и државним институцијама је њихова сврха, а она има смисла само ако заједнички служе јавном добру и грађанима. Заједнички им је и извор моћи, у демократским друштвима то је воља грађана исказана на изборима. У неким ранијим временима и претходним друштвима то је била воља двора у монархијама или до скора револуционарни закон отелотворен кроз диктатуру, било да се ради о пролетаријату или пре тога, грађанској – јакобинској диктатури Робеспијера.

Заједничка им је и склоност „отуђењу“ у којој се хегелијански слуга временом трансферише у господара и уместо да користи другима, он се другима почиње користити. Заједничка им је и тенденција ка увећању моћи, ка њеном проширењу, на начин који је теже видљив или скривен, што по природи ствари доводи до различитих међусобних односа. Ситуација тзв. контролисане употребе моћи ограничене легалистичким разлогом, задржава „сваког у свом дворишту“. Међутим, политике се мењају што институције објективно доводи у стање перманентне несигурности, тим пре ако су промене чешће и радикалније. За разлику од тога, институције могу бити и „адаптибилне“, самоуверено сигурне да њихова „тајна знања“ пре или касније треба свака власт.

Доминантно реформске власти посебан приоритет обично посвећују амбицији да у име ентузијаистичких очекивања грађана промене тај „невидљив свет бирократске узурпације слободе“ што је пређутна, скоро казнена презумпција таквих лаковерних покушаја. Мотиви таквих обећања су доминантно племенита, јер у слободним друштвима институције не смеју бити Кафкин „Замак“, а хиљаде секретара и милиони подзаконских прописа командири логора за уплашене и зависне појединце, који се повремено знају побунити, али у границама епизодних инцидената који само учвршћују ту репресивну нормалност на коју се људи чак навикну да је више и не примећују као неко ускраћивање права.

Поред тога, однос политике и институција може бити парадоксално асиметричан, иако би њихов однос требао бити у наглашеној хармонији служења законима и државном интересу. Рецимо, политика обично настоји да прво законодавствено „овлада“ институцијама. То је њена предност, јер закони су воља већине, а већина је темељ сваке политичке власти. У оквирима цивилизацијских слобода траже се најбоља законодавна решења за „конкретан друштвени и културолошки амбијент“ што оправдава реформе *lex specialis*. Друго, то чини легалним континуитет организационих промена које у хијерархији желе учинити што директније одговорним политичким ауторитетима, било формално, било фактички. Треће, истовремено кроз кадровско подмлађивање и фаворизацију академских звања настоје се „про-

кријумчарити“ политички лојалнији појединци који би одржавали паралелне везе са ауторитетима моћи уз легално распоређене надлежности. Корисно је имати у таквим институцијама политички мотивисане људе који увек осим закона који га обавезује има у виду и изгледе неке политике на успех. То унутар институција ствара обично три врсте високих чиновника, каријерно независних, који су обично појачано сумњиви политичкој власти због нетранспарентне лојалности њиховим конкретним потребама политички пролазних, мандатних индивидуа. Оних који су ту једнократно, у циљу остварења неких приоритетних циљева демократске власти. Трећа врста су неутрални, склони приближавању или тихом отпору политичкој власти из разноврсних разлога.

С друге стране, политичка власт има главну одговорност за доношење одлука које директно зависе од адекватно анализиране стварности, реалних увида у право стање ствари, истинитих информација,[30] које могу квалитетно да припреме и испоруче квалификовани механизми институција. Ту се политичка власт осећа зависним од институција као извора потребног знања и настоји да смањи неизвесност садржаја таквих порука у корист прижељкиваних сазнања или садржаја које би сама произвела или усмерила што је немогуће без институција. Тај отворени или прикривени „рат“ за простор и утицај одржава једно стање подношљиве равнотеже моћи у којој се институције боре за очување сопствене аутономије (неретко и недовољне ефикасности), а политичка власт настоји да смањи њихов ниво незаинтересованости за дневна збивања и конкретне активности власти, правдајући то вишим разлозима државе које затворени свет институција често не препознаје до краја.

Оно што је заједничко и једној и другој моћи је реална опасност од невидљивих центара моћи где тзв. „дубока држава“ и политичка власт бивају коришћени за интересни круг модерне аристократије, која над милионима људи настоји да држи интензитет свог утицаја у јавним пословима сходно својим приватним плановима и замислима. Модерно друштво је само привидно демократско. Оно није било ни у доба Периклеа како је писао Тукидид, који му можда и није био наклоњен. Демократија је прво владавина изабраних, оних које је Аристотел назвао „олигархијом“ и то она не скрива.[31] Изаберемо

[30] Важно је нагласити да нема ниједног другог појма у историји људске мисли који је тако свестрано злоупотребљаван као појам истине. Свака бесмислица или лаж протурана је негде и с нечије стране као истина. С друге стране, ваљда ни код једног теоријског проблема духовна ограниченост, идеолошко слепило и страст за прављењем ефеката нису оставили тако парадоксалне последице као у покушајима тумачења самог појма истине. Михаило Марковић, *Филозофски основи науке*, БИГЗ, Београд 1994, 93.

[31] Ако је тачно да демократија није довољан услов правне државе, то не може да се каже за све демократске институције друштва, а пре свега политичке партије, за које се

оне који су најбољи по нашем суду, а то је мањина. Та мањина и њен успех је директно зависан од медијског царства које влада у масовним друштвима, а које се одржава скупим огласима, акцијама и плаћањем страха од лоше вести. За све то је потребно стотине и стотине милиона у богатим земљама, што подразумева богате донаторе који то не раде из хуманистичких разлога и емпатије за друштвени прогрес. Та тенденција смањивања броја људи који се „питају“ и који одлучују о судбини милиона људи и политичку власт и институције, доводи у све већа искушења латентне заробљености вољом јаких, који скривено или отворено показују све чешће несклоност за разумевање самосталности и независности сваке власти и надлежности институција. Прави и једини могућ одговор у таквој ситуацији је јачање тзв. партиципативне демократије или непосреднијег укључивања јавности у доношење одлука политичке власти, у шта спадају референдуми, непосредни сусрети, редовно мерење јавног мњења, уобичајни брифинзи што са собом не носи само конструктивну енергију, већ и контролну улогу посебно важну за рад институција и очување и унапређење њихове професионалне лојалности поретку и дугорочности интереса државе.

Стога, никада не треба пренебрегнути чињеницу, како да „стварамо себе“, односно свој људски свет и услове, и то је питање које само по себи носи извесно филозофско опредељење и став према основним вредностима. На то се питање данас мора одговарати рационално и с новом историјском визијом. Тако је и са политиком.[32] У политици је слава једино посмртна слава, која остаје и када све прође.[33] За оцену једне политике, потребно је време. Некада у први мах, одређени политички домети, не изгледају добро, штавише могу изгледати и много лоше, али за њихову праву и објективну оцену у већини случајева је потребно време. У прилог томе, тифлиски богослов је давно рекао: „Много ће ђубрета бити бачено на мој гроб, али ветрови историје ће то развејати“. Очигледно је да је крајња судбина великих стваралаца најчешће страдалничка, са тешким крстом који носе на својим леђима, крећући се кроз динамичан и тежак живот, пун свакодневних изазова и искушења.

данас с правом тврди да су важан услов развитка правне државе. При томе се има у виду постојање и деловање више партија а не само једне јер се сматра да без партијског плурализма нема ни политичког плурализма. А тада и институције правне државе нестају или постају привидне, Павле Јовановић, „Развој партијског система и модерне правне државе у савременој Србији“, научни скуп *Путеви конституисања Србије као модерне правне државе*, септембар 1995, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 33, Нав. према Владан Михајловић, *Уставно право*, Владан Михајловић, Краљево, 2009, 563.

[32] Добрица Ћосић, *Српско питање у XX веку*, књига 7, Службени гласник, Београд 2009, 17.

[33] Коста Чавошки, *Сећања неуспешног политичара – трећи том*, Catena Mundi, Београд 2022, 515.

5. ЗАКЉУЧАК

Истраживачка тема о политичкој власти и државним институцијама је незавршена прича која траје стотинама година. Ко бира, а ко одлучује, ко служи кога и колико дуго? У овим питањима садржана је читава људска историја, историја ратова, царстава, држава и влада. И ништа ту заправо није онако како на први поглед изгледа, јер су предметни феномени пуни разноразних контрадикторности.

Одмеравање и редукција моћи између политичке власти и државних институција је непрекидан процес, који иако номинално не постоји, јер су институције у функцији спровођења власти, ипак није реткост да институције у одређеним случајевима и под одређеним околностима настоје да се поставе изнад политичке власти, правдајући то као врхунски степен демократских достигнућа једног друштва. С друге стране, политичка власт неретко, заслепљена својом моћи и набујалим амбицијама, користи институције на непримерен начин, чак и преласком одређених граница законитости. Што је друштво недемократскије то су маргине поступања ближе непочинствима. У таквим ситуацијама увек су на губитку сви, и политичка власт и државне институције, а пре свега грађани, народ, држава. Вештина владања подразумева и извлачење максимума из разноразних политичких ситуација и околности, кретањем по танкој линији легалности и нелегалности, наравно са не преласком на инкриминисану страну.

Нормативна регулатива је од посебног значаја за устројство каузалног односа политичке власти и државних институција. Међутим, поред формално-правне регулативе тих односа, постоје и неписана правила која се отелотворују кроз свакодневни политички живот. Та неписана правила, каткад могу имати динамичнији и доминантнији карактер у односу на читаве томове и збирке прописа и параграфа. Квалитет нормативног уређења једног друштва, у великој мери управо зависи и од тог осећаја, те спознаје функционалне свакодневнице која доприноси развоју и прогресу друштва, на један виши квалитативни ниво. Закони су веома битни и морају се поштовати, међутим једно друштво лако могу да уведу у лавиринте бирократских процедура, шта више да поједине одредбе буду кочничар развоја одређених друштвених области. Због тога је веома важна добра комуникација између законодавних и институција извршне власти, како би се на основу искустава из праксе, у законито спроведеној процедури мењали закони у правцу њиховог прилагођавања актуелном времену, како би исти могли да заштите виталне вредности и интересе државе и друштва у целини. Када је реч о актуелном времену, никако се не сме руководити трендовима или неким другим системима вредности који се намећу одређеном друштву са тенденцијом да постану његове општости у понашању, раду и функционисању

друштвене заједнице. Прилагођавање актуелном времену значи брижљиво усаглашавање свих друштвено-политичких, социјалних, економских и других параметара са нормативним регулативама у једној држави у циљу постизања боље продуктивности једног друштва на параметрима који симболизују и потврђују законитост, добар резултат и општедруштвени прогрес, прожет патриотизмом и здравим националним вредностима. Само у синергији између политичке власти и државних институција може се остварити прогрес једног друштва. Наравно та синергија не може бити идеална, јер таква и не постоји, нити се може манифестовати на свим нивоима додиривања и преплитања власти и институција.

Због свега наведеног, веома је важно у сваком демократском друштву створити границе обуздавања како политичке власти тако и државних институцијау њиховој самовољи, у похлепи појединаца или група, које опијене својом моћи и својим слабостима, узурпирају права на рачун не само друштвених интереса, већ и на рачун слобода и права човека.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Armalz T. Miles, Enders M. Adam, "Who Supports Political Violence?", *Perspectives on Politics*, 2022, 1-18. doi:10.1017/S1537592722001086.

Ludvig Beckman, „Popular sovereighty facing the deep state. The rule of recognition and the power of the people", *Cricical Review of International Social and Political Philosophy*, 7/2021, doi.org/10.1080/13698230.2019.1644583.

Von Beyme Klaus, *Suvremene političke teorije*, Stvarnost, Zagreb 1977.

Деспотовић Љубиша, *Политичка власт, моћ и политичка облигација*, Културни центар Новог Сада, Нови Сад, 2021, https://www.kcns.org.rs/agora/politicka-vlast-moc-i-politicka-obligacija/, 18. август 2023.

Đorđević Jovan, *Politički sistem*, Savremena administracija, Beograd 1977.

Јовановић Бошко, *Кадрови решавају све*, Политика – интернет издање од 14.03.2017, Београд, 2017, https://www.politika.rs/scc/clanak/376104/Kadrovi-resavaju-sve, 15. август 2023.

Jovičić Dragomir, „Demokratija i političke institucije", *Civitas*, 1/ 2017.

Лукић Радомир, *Политичка теорија државе*, Завод за уџбенике и наставна средства и БИГЗ, Београд 1995.

Mala politička enciklopedija, Savremena administracija, Beograd 1966.

Марјановић Јован, *Теорија политике*, Универзитет у Београду, Београд 1996.

Марјановић Јован, *Политичке странке и модерна држава*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд 1999.

Марковић Михаило, *Филозофски основи науке*, БИГЗ, Београд 1994.

Милашиновић Радомир, Милашиновић Срђан, *Основи теорије конфликата*, Факултет безбедности, Београд 2007.

Милошевић Горан, Стајић Љубомир, „Индикатори економске безбедности – осврт на Републику Србију“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2018.
Милошевић Горан, Стајић Љубомир, *Економска безбедност*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2022.
Марковић Михаило, *Друштвена мисао на граници миленијума*, Службени лист СРЈ, Београд 1999.
Михајловић Владан, *Уставно право*, Владан Михајловић, Краљево 2009.
Парезановић Марко, *Политички преврат – савремени приступ*, Нова српска политичка мисао, Београд 2013.
Politička enciklopedija, Savremena administracija, Beograd 1975.
Simeunović Dragan, *Političko nasilje*, Radnička štampa, Beograd 1989.
Симеуновић Драган, *Теорија политике*, Удружење „Наука и друштво“, Београд 2002.
Симеуновић Драган, *Увод у политичку теорију*, Институт за политичке студије, Београд 2009.
Стајић Љубомир, *Основи система безбедности – са основама истраживања безбедносних појава*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2021.
Станковић Владан, Перић-Дилигенски Тијана, „Неформални облици друштвене аномије“, *Српска политичка мисао*, 2/2023.
Терзић Славенко, *Стара Србија – драма једне цивилизације*, Православна реч и Историјски институт, Нови Сад – Београд 2012.
Francis Fukuyama, „In Defense of the deep state“, *Asia Pacific Journal of Public Administration*, 2023, DOI: 10.1080/23276665.2023.2249142
Hejvud Endru, *Politika*, Clio, Beograd 2004.
Ћосић Добрица, *Српско питање у XX веку*, књига 7, Службени гласник, Београд 2009.
Чавошки Коста, *Сећања неуспешног политичара – трећи том*, Catena Mundi, Београд 2022.

Marko M. Parezanović
National Security Academy
ponedeljak011beograd@gmail.com
ORCID ID: 0009-0003-3954-6270

Political Power and State Institutions

Abstract: *Political power and state institutions, primarily in the sense of interweaving and reduction of their political power, is a research topic that has been going on for thousands of years. Many have studied the intertwined corridors of these political phenomena, but they have never been able to fully explore this topic. In this paper, their causal relationship is analyzed, with a special emphasis on the tendency of political power and state institutions to become alienated, in which these "servants of the people" are transferred over time to lords, which is why this paper starts from the position that political power wants to subordinate state institutions. The scientific importance is primarily contained in the effort to further enrich the scientific fund in the field of political theory and the state. The aim of the research is much more ambitious and is contained primarily in the intention to point out all the positive and negative repercussions that arise from the complex relations between the political power and state institutions, with the intention of pointing out these social anomalies and to increase the degree of democratization, but also functionality of society as a whole.*

Keywords: *national security, politics, authority, power, political authority, political power, state, institutions, state institution, institutional struggle.*

Датум пријема рада: 12.10.2023.
Датум прихватања рада: 09.11.2023.

Оригиналан научни рад 342.4:35]:342.738
doi:10.5937/zrpfns57-45359

Александар Л. Мартиновић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
A.Martinovic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-1766-4201

УЛОГА ОРГАНА УПРАВЕ И НАРОДНЕ СКУПШТИНЕ У ЗАШТИТИ ТАЈНИХ ПОДАТАКА*

Сажетак: *одређене информације не могу и не смеју бити доступне широј јавности јер представљају информације од значаја за националну безбедност или би њихово објављивање могло довести до велике штете или угрожавања лица, имовине и других односа. Такве информације су у нашем правном систему дефинисане као тајни подаци, који се спрам њиховог значаја и штете која може настати услед њиховог објављивања категоришу даље у неколико група. Заштиту таквих података, одређивањем да су тајни, и пажљивом контролом коме и како даје приступ тим подацима, врше надлежни органи у складу са законом. Материја дефинисања тајних података, употребе и заштите тајних података у Републици Србији кодификована је Законом о тајности података, али су у примени и други прописи у специфичним областима, што чини цео позитивноправни оквир заштите тајних падатака изузетно обимним.*

У раду аутор анализира тренутни правни оквир и истиче посебно улогу коју у заштити тајних података имају органи управе и Народна скупштина Републике Србије.

Кључне речи: *тајни податак, заштита тајних података, орган управе, Народна скупштина.*

---

* Рад је настао као резултат истраживања на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Материја употребе и заштите тајних података у Републици Србији кодификована је доношењем Закона о тајности података[2] 2009. године. Овај закон је постављен као кровни акт-најопштији закон који дефинише основу заштите одрешених података, разлоге и поступке за омогућавање приступима истих. До тада, организација тајних података била је нормирана по тзв. ресорном моделу- постојао је низ система дефинисања, употребе и заштите тајних података у различитим системима државне власти: систему одбране, систему спољних послова, систему унутрашњих послова, послова државне безбедности[3], систему правосуђа, Народне банке Србије и других државних органа управе. Закон о тајности података је на јединствен начин уредио систематску заштиту података и одређивање тајности података од интереса за јавну и националну безбедност, спољне и унутрашње послове Републике Србије, одбрану, заштиту страних података који су тајни, начин приступа подацима који су тајни као и престанак тајности, одређивање органа који су надлежни за спровођење Закона о тајности података, као и одређивање одговорности за неизвршавање обавеза предвиђених Законом као и сва друга питања која су од важности за област заштите тајних података.

Након ступања на снагу овог Закона, у другој половини 2010. године ради уређивања питања која су од значаја за употребу и заштиту тајних података донете су две уредбе. Реч је о Уредби о обрасцима безбедносних упитника[4] и Уредби о садржини, облику и начину достављања сертификата за приступ тајним подацима.[5]Њихов значај је утолико већи јер представљају примену кровног Закона о заштити података у пракси и обезбеђују његово адекватно и правилно спровођење.

У научном смислу, материја тајних података још увек није до краја истражена и систематизована, и постоји простор за њено потпуније уређивање и додатно прецизирање. Због тога се овим посебно бави тзв. посебни део управног права[6]. Наш рад се може сматрати прилогом у том смислу.

---

[2] Закон о тајности података, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009 – у даљем тексту: ЗТП. Ступио на снагу 24.12.2009. године

[3] Примера ради, само област државне безбедности обухвата 25 различитих правних аката, у рангу закона и уредби, који за предмет имају начине одређивања степена тајности података, руковања и доступности тих података, поступака, итд. Цео списак прописа доступан на: https://nsa.gov.rs/tekst/576/domace-zakonodavstvo.php, приступ сајту: јун 2023. године.

[4] Уредба о обрасцима безбедносних упитника, *Службени гласник РС*, бр. 30/2010.

[5] Уредба о садржини, облику и начину достављања сертификата за приступ тајним подацима, *Службени гласник РС*, бр. 54/2010.

[6] Драган Милков, *Управно право I: уводна и организациона питања*, Нови Сад 2020, 46; Ратко Марковић, *Управно право: општи део*, Београд 2002, 15.

Циљ овог рада је анализа улоге органа управе и Народне скупштина Републике Србије у области заштите тајних података. У истраживању се полази од претпоставке да нормативни оквир којим се регулише област заштите тајних података у Републици Србији није уређен на адекватан начин, што посебно долази до изражаја у поступку примене закона.

2. УЛОГА ОРГАНА УПРАВЕ У ОБЛАСТИ УПОТРЕБЕ И ЗАШТИТЕ ТАЈНИХ ПОДАТАКА

У области употребе и заштите тајних података органи управе имају важну улогу. Пред науком управног права налази се задатак да темељно проучи и дефинише ову улогу тако да материја о којој је реч може у потпуности да стекне статус важног елемента посебног дела управног права као научне и наставне дисциплине. Управна делатност у области употребе и заштите тајних података јесте „управна делатност у посебним ситуацијама“.[7]

Под улогом органа управе подразумевају се основни, типски задаци и послови које управа обавља.[8] Органи управе имају тројаку улогу када је у питању употреба и заштита тајних података. Пре свега, органи управе могу се појавити као субјекти који одређују одговарајуће податке као тајне, и одређују степен тајности односно заштите тих података. Даље, законом одређени органи управе врше безбедносну проверу лица које захтева приступ тајним подацима, као својеврсни претходни поступак да би уопште могло да приступи и користи одређене тајне податке. Органи управе доносе и решење о издавању безбедносних сертификата, односно дозволе за приступ тајним подацима. Органи управе су, дакле, присутни током целокупног поступка одређивања тајности података, све до коначног приступа истима.У даљем тексту наводимо детаљније активности органа управе у споменутим процесима.

Сматрамо важним да укажемо на дефиницију тајног податка. У складу са ЗТП, тајни податак је „податак од интереса за Републику Србију који је законом, другим прописом или одлуком надлежног органа донесеном у складу са законом, одређен и означен одређеним степеном тајности“, при чему Закон одређује четири степена тајности података и то „интерно“, „поверљиво“, „строго поверљиво“ и „државна тајна“.[9] У ЗТП је присутно и негативно

[7] Вид. Павле Димитријевић, *Основи управног права*, Београд 1983, 271-272.

[8] Д. Милков, *Управно право I: уводна и организациона питања*, 109.

[9] ЗТП, чл. 2, тач. 2 и чл. 14, ст. 1.Тако „државном тајном” су обухваћени подаци чије сазнавање од стране неовлашћених лица доводи до неотклоњиве тешке штете по интересе Републике Србије;“строго поверљиви“ подаци ако се сазнају могу довести до тешке штете

дефинисање тајног податка. Тајни податак не може бити у складу са чл. 3 овог закона „податак који је означен као тајна ради прикривања кривичног дела, прекорачења овлашћења или злоупотребе службеног положаја или другог незаконитог акта или поступања органа јавне власти“. Сви органи управе, у складу са ЗТП, могу бити субјекти означавања одређених података тајнима, посебно кад је у питању најнижи степен тајности „интерни“

Са друге стране, безбедносну проверу за физичка и правна лица која су поднела захтев за приступ тајним подацима могу да врше само они органи управе који су одређени Законом о тајности података(чл.54 ЗТП). Безбедносну проверу за приступ тајним подацима и документима обавља Безбедносно-информативна агенција Републике Србије (БИА) за оне документе и податке који су означени степенима „строго поверљиво“ и „државна тајна“. Безбедносну проверу за приступ тајним подацима и документима обавља Министарство унутрашњих послова (МУП) за оне документе и податке који су означени степенима „интерно“ и „поверљиво“. Безбедносну проверу за приступ тајним подацима и документима обавља Војнобезбедносна агенција (ВБА) за документе и податке свих степена тајности за сва лица која су ангажована у Војсци Србије и Министарству одбране. Надзор над спровођењем закона као и издавање сертификата врши посебно тело Владе Републике Србије-Канцеларија Савета за националну безбедност и заштиту тајних података.

Безбедносна провера подносиоца захтева за приступ тајним подацима утврђује могућност и степен ризика по безбедност приликом коришћења и приступа тајним подацима. Надлежни органи управе приликом безбедносне провере оцењују наводе из попуњеног безбедносног упитника, при чему надлежни орган у сврху провере ових навода има овлашћења да прибавља све податке од лица која се на њих односе, као и од осталих органа и организација, коришћењем евиденција и регистара као података који се воде у складу са законом у циљу правилне процене могућег ризика по податке и њихово сазнавање од стране лица које им тражи приступ.[10]

по интересе Републике Србије, док неовлашћено сазнавање поверљивих података доводи до штете по интересе републике Србије у најмањем степену. На крају интерни подацу су важни само за орган који их је одредио непосредно таквима и за обављање директно послова тог органа. Додатна аргументација за изузимање одређених информација од увида опште јавности, са теоријског аспекта, вид. Мирољуб Радојковић, „Информација“, у: *Енциклопедија политичке културе*, Београд 1993, 409.

[10] ЗТП, чл. 56. О безбедносној провери у контексту приступа тајним подацима вид. Љубомир Стајић, *Основи система безбедности – са основама истраживања безбедносних појава*, Нови Сад 2013, 356-358. Од оснивања Канцеларије Савета за националну безбедност и заштиту података, издато је више од 12 000 сертификата , тј.дозвола за приступ тајним подацима. Извор : https://nsa.gov.rs/tekst/72/sertifikati.php, приступ сајту: јун 2023. године.

3. ОПШТЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ПОСТУПКА ЗА ИЗДАВАЊЕ СЕРТИФИКАТА, ОДНОСНО ДОЗВОЛЕ ЗА ПРИСТУП ТАЈНИМ ПОДАЦИМА

Законом о тајности података је прописано да се на поступак издавања сертификата, односно дозвола за приступ тајним подацима примењују одредбе Закона о општем управном поступку (ЗУП-а), осим уколико Законом није одређено другачије.[11] Поступак издавања захтева, односно дозволе за приступ тајним подацима започиње подношењем захтева надлежном државном органу, а завршава се доношењем решења (које има обележје управног акта[12]) којим се одлучује о поднетом захтеву, с тим што председник Народне скупштине, председник Републике и председник Владе имају приступ тајним подацима и могу да их користе без обзира на степен њихове тајности без издавања сертификата.[13]

Као подносиоци захтева за издавање сертификата, односно дозволе за приступање тајним подацима појављују се и правна и физичка лица. Физичка лица, као подносиоци захтева, морају бити пословно способна, пунолетна и држављани Републике Србије, да нису осуђивана за кривична дела која се гоне по службеној дужности односно за прекршај који предвиђа Закон о тајности података, као и да је за то лице извршена одговарајућа безбедносна провера(чл.48 ЗТП). Правно лице треба да испуњава следеће услове: да има седиште регистровано у Републици Србији, да обавља делатност у складу са чл. 8 ЗТП, да прође одговарајућу безбедносну проверу, да није у поступку стечаја или ликвидације, да му није изречена мера забране вршења делатности или мера забране обављања одређених послова или делатности, да редовно измирује доприносе и порезе.[14] Лицима која су страни држављани дозвола за приступ тајним подацима се издаје под условом да испуњавају следеће критеријуме: да поседују одговарајући безбедности сертификат који им је издала држава чије држављанство поседују, односно међународна организација у којој имају седиште и чији је лице члан, као и да је међународним

---

[11] ЗТП, чл. 70. О односу између општег и посебних управних поступака вид. Зоран Лончар, „Посебни управни поступци“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС)*, 4/2016, 1234-1235.

[12] „Управни акт је конкретан, ауторитативан правни акт донет у управној ствари.“ Драган Милков, *Појам управног акта* (докторска дисертација), Нови Сад 1983, 202.

[13] ЗТП, чл. 37. У питању су лица која већ самом својом позицијом су овлашћена да приступају свим подацима, будући да представљају државу.

[14] ЗТП, чл. 49. На сајту Канцеларија Савета за националну безбедност и заштиту података налазе се обрасци за приступ тајним подацима, посебан за физичка лица и посебан за правна лица, који захтевају све наведене податке. Образац који није адекватно попуњен се не узима у разматрање. Извор: https://nsa.gov.rs/tekst/577/obrasci.php , приступ сајту: јун 2023. године.

уговором који је закључен предвиђена обавеза приступања тајним подацима (чл. 50 ЗТП).

Законом о тајности података је прописано које елементе треба да садржи захтев физичког односно правног лица, као и елементе које треба да садржи захтев страног лица. Захтев физичког лица за издавање сертификата мора да садржи следеће елементе: име и презиме физичког лица, место пребивалишта, делатност, разлоге тражења сертификата, као и за који степен тајности података се тражи сертификат. Правно лице у захтеву за издавање сертификата треба да наведе следеће податке: назив и седиште фирме, делатност, податке овлашћеног законског заступника, разлоге тражења сертификата, као и за који степен тајности података се тражи сертификат. Када је у питању страно лице, оно поред ових података има обавезу и да поднесе одговарајући безбедносни сертификат из члана 50 Закона о тајности података (чл. 52 ЗТП).

Следећа фаза поступка јесте безбедносна провера, која може бити основна (за оне податке који су означени степеном тајности „интерно“ и „поверљиво“), потпуна безбедносна провера (за податке који носе ознаку „строго поверљиво“) и посебна безбедносна провера (за податке који су означени као „државна тајна“) (чл. 53 ЗТП). Ради вршења безбедносне провере подносилац захтева дужан је да попуни безбедносни упитник, који може бити основни, односно посебни уколико се сертификат тражи за тајне податке означене као „строго поверљиво“ и „државна тајна“.

За издавање дозволе односно сертификата за приступ тајним подацима који се означавају као „државна тајна“ врши се посебна безбедносна провера, која обухвата провере догађаја, околности и чињеница које се односе на приватан живот лица које захтев подноси, за најмање десет година уназад од подношење захтева, нарочито уколико постоје сумње у поверење које се може указати лицу подносиоцу захтева, ако су активности подносиоца у претходном периоду супротне интересима Републике Србије, као и да ли постоји повезаност са страним лицима која би евентуално могла да угрозе интересе и безбедност Републике Србије.

Након спроведене безбедносне провере доноси се решење којим се одлучује о захтеву за издавање сертификата, односно дозволе за приступ тајним подацима. Одбијање захтева за издавање сертификата је могуће ако је подносилац захтева дао непотпуне или неистинит податке у безбедносном упитнику, уколико се не испуњавају услови за издавање сертификата подносиоцу(неки од раније наведених), нису обезбеђени услови за заштиту података од стране подносиоца захтева(или орган није довољно уверен да би подаци једном сазнати били безбедни), као и када би од коришћење података од стране подносиоца постојао безбедносни ризик (чл. 69 ЗТП). Против решења којим се одлучује о захтеву за издавање сертификата, односно

дозволе за приступ тајним подацима жалба се подноси министру правде, при чему се и у жалбеном поступку примењују одредбе ЗУП-а.

Другостепено решење(које доноси министар правде) има својство коначности против кога постоји могућност покретања управног спора(чл.71 ЗТП). Уколико је донето позитивно решење поводом захтева за издавање сертификата, подносиоцу захтева се издаје сертификат. Приликом достављања сертификата корисник се упознаје са прописаним условима за употребу тајних података, као и правним и другим последицама уколико се они неовлашћено користе. Такође, корисник сертификата приликом његовог пријема га потписује, заједно са изјавом да је упознат са Законом о тајности података, његовим одредбама о коришћењу тајних података у складу са Законом, као и са другим законским нормама везаним за тајне податке (чл. 72 ЗТП).

Сертификати који се издају имају одговарајући рок важења: за документе и податке који носе ознаку „државна тајна“ важност сертификата је три године, за документе и податке који носе ознаку „строго поверљиво“ важност сертификата је пет година, за документе и податке који носе ознаку „поверљиво“ важност сертификата је десет година, док за документе и податке који носе ознаку „интерно“ важност сертификата је петнаест година (чл. 74 ЗТП).

Страним држављанима се не издаје сертификат, већ дозвола. Након пријема захтева страног држављанина за приступ тајним подацима, врши се провера да ли му је издат безбедносни сертификат државе односно стране међународне организације чији је држављанин односно члан, при чему се дозвола може издати само за оне документе односно податке који су предвиђени међународним уговором закљученим између Републике Србије и одговарајуће стране државе, односно међународне организације(чл.78 ЗТП).

4. КАНЦЕЛАРИЈА САВЕТА ЗА НАЦИОНАЛНУ БЕЗБЕДНОСТ И ЗАШТИТУ ТАЈНИХ ПОДАТАКА

Важно питање које се поставља у области употребе и заштите тајних података јесте питање правне природе Канцеларије Савета за националну безбедност и заштиту тајних података[15] (у даљем тексту: Канцеларија Савета),

[15] Статус и послови Канцеларије савета су уређени следећим актима: Закон о основама уређења служби безбедности Републике Србије („Службени гласник РС”, број 116/07 и „Службени гласник РС”, број 72/2012),

Уредба о оснивању Канцеларије Савета за националну безбедност („Службени гласник РС”, број 12/09) и Закон о тајности података („Службени гласник РС”, број 104/09).Такође, Канцеларија Савета се спомиње и у Закон о потврђивању Споразума између Републике Србије и Европске уније о безбедносним процедурама за размену и заштиту тајних података, Службени гласник РС – Међународни уговори, бр. 1/2012

која спроводи поступак доношења решења о издавању сертификата, односно дозволе за приступ тајним подацима. Формално посматрано, Канцеларија Савета има статус службе Владе са својством правног лица(чл. 86 ЗТП). Посматрана са материјално-правног аспекта, Канцеларија Савета има карактер органа управе, имајући у виду да органи управе представљају „посебну врсту државних органа основаних да врше управну делатност као своју основну делатност“.[16] У прилог томе говори стилизација члана 87 Закона о тајности података који дефинише надлежност Канцеларије Савета. Наиме, од укупно 13 задатака и послова који спадају у надлежност Канцеларије Савета, већина од њих има чист управно-правни карактер. Тако је, између осталог, дефинисано да Канцеларија Савета поступа по захтевима, израђује и води Централни регистар страних тајних података, води евиденцију о издатим и одбијеним сертификатима и дозволама, опозива тајност података итд[17]. Канцеларија Савета је кључни орган управе у предузимању одговарајућих радњи и доношењу аката у овој области, заједно са оним органима управе којима је ЗТП поверено да врше одговарајуће безбедносне провере.

Влада Републике Србије може у складу са Уставом Републике Србије[18] и Пословником Народне скупштине[19] поднети Народној скупштини предлог билатералног или мултилатералног споразума, у форми предлога закона, којим се врши узајамна размена тајних података[20]. Размена тајних података са страним државама и међународним организацијама врши се преко Канцеларије Савета, осим ако посебним законом или закљученим међународним споразумом није друкчије одређено(чл. 93 ЗТП). Једино у крајње неповољним политичким, економским или одбрамбено-безбедносним околностима за Републику Србију и ако је то неопходно ради заштите њених виталних интереса наведених у Закону (чл. 8 ЗТП) а на захтев органа јавне власти, Канцеларија Савета размењује тајне податке са страном државом, односно

[16] Д. Милков, *Управно право I: уводна и организациона питања*, 61.

[17] Законски оквир је наравно шири, потпуни делокруг рада Канцеларије Савета је наведен на сајту истоименог органа: https://nsa.gov.rs/tekst/30/delokrug-rada.php, приступ сајту: јун 2023. године.

[18] Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021 – Устав, чл. 123, тач. 4.

[19] Пословник Народне скупштине, *Службени гласник РС*, бр. 20/2012 – пречишћен текст, чл. 150, ст. 1.

[20] Једна од специфичности размене тајних података са другим државама је да се чување тајности података може продужити и након истека законских рокова за престанак тајности, уколико је то предвиђено међународним споразумом или другим међународним обавезама Републике Србије.(чл. 20, ст. 2, тач. 2 ЗТП). Такође, Народна а скупштина, председник Републике и Влада могу са појединих докумената опозвати ознаку тајности, без обзира на степен тајности, ако је то у јавном интересу или због извршавања међународних обавеза (чл. 26. ЗТП). Наведено се спроводи у складу са закљученим међународним уговором и преузетим међународним обавезама (чл. 29. ЗТП).

међународном организацијом и без претходно закљученог међународног споразума. Сваки документ који садржи тајни податак задржава ознаку степена тајности којим је означен у страној држави или међународној организацији[21]. При означавању степена тајности докумената, за документе намењене за сарадњу са страним државама, међународним организацијама, односно другим субјектима међународног права, осим ознака тајности које су одређене Законом о тајности података могу се користити ознаке степена тајности на енглеском језику и то:

1) ознака степена тајности *"Top Secret"* одговара ознаци „државна тајна";
2) ознака степена тајности *"Secret"* одговара ознаци „строго поверљиво";
3) ознака степена тајности *"Confidential"* одговара ознаци „поверљиво";
4) ознака степена тајности *"Restricted"* одговара ознаци „интерно" (чл. 15 ЗТП)

Канцеларија Савета за националну безбедност и заштиту тајних података стара се о извршавању прихваћених међународних обавеза и закључених међународних споразума између Републике Србије и других држава, односно међународних органа и организација, у области заштите тајних података и сарађује са одговарајућим органима страних држава и међународних организација (чл. 87. ст. 1. тач. 3 ЗТП).

Споразум између Републике Србије и Европске уније о безбедносним процедурама за размену и заштиту тајних података[22] се примењује на тајне податке или материјале у било ком облику и из било које области које Европска унија и Република Србија достављају примила од друге стране од неовлашћеног откривања, у складу са одредбама Споразума и одговарајућим законима и прописима. Као тајни податак одређен је сваки податак или материјал, у било ком облику, за који било која од споразумних страна одреди да захтева заштиту, јер би његово неовлашћено откривање могло проузроковати различите степене штете или нарушити интересе Републике Србије или Европске уније, или једне или више њених држава чланица, и који носи ознаку степена тајности (чл. 2 Споразума). Споразумне стране се старају о постојању безбедносног система и мера безбедности, на основу утврђених основних принципа и минималних стандарда безбедности који су предвиђени одговарајућим законима и прописима, како би се обезбедила примена истог нивоа заштите за тајне податке који се достављају или размењују у складу са Споразумом.

[21] Крајње неповољне околности нису дефинисане, но да се наслутити да би те околности могле обухватати међународне терористичке активности које се дешавају на територији више земаља, вршење најтежих кривичних дела која не застаревају као што су ратни злочини и друге околности које доводе до огромног губитка у људству или имовини.

[22] Закон о потврђивању Споразума између Републике Србије и Европске уније о безбедносним процедурама за размену и заштиту тајних података, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 1/2012 – Споразум.

Канцеларија Савета за националну безбедност и заштиту тајних података надлежна је за тајне податке који се у складу са Споразумом достављају Републици Србији; Канцеларија за безбедност Генералног секретаријата Савета надлежна је за тајне податке који се достављају Европској унији а Дирекција за безбедност Европске комисије надлежна је за тајне податке који се достављају или размењују у оквиру Европске комисије. Такође, споразумне стране на себе преузимају и низ карактеристичних обавеза, међу којима се посебно издвајају: 1) старају се да се тајни подаци не означе нижим степеном тајности или да им се не опозове тајност без претходне писмене сагласности стране доставиоца; 2) да не користе тајне податке за друге сврхе осим оних које је предвидела страна од које потичу подаци; 3) да не откривају тајне податке трећој страни, или било којој институцији, односно органу Европске уније који нису у Споразуму наведени као надлежни органи, без претходне писмене сагласности стране доставиоца; 4) да не дозволе приступ тајним подацима физичким лицима, осим ако треба да буду упознати, ако су прошли одговарајућу безбедносну проверу и ако постоји одобрење односне стране; 5) да се старају о безбедносној заштити објеката у којима се чувају тајни подаци које је доставила друга страна (чл.5 Споразума). Овим активностима се уводи и обавеза другој држави да одржи степен поверења који јој је држава давалац информација указала и да исте користи само у сврху због којих их је и добила.

Нарочит значај Споразума огледа се не само због користи које проистичу из размене тајних података, већ и због чињенице да је Република Србија применила основне стандарде у овој области и на тај начин стекла могућност за закључење билатералних споразума са државама чланицама Европске уније, који су засновани на истим принципима(принцип реципроцитета).

5. УЛОГА МИНИСТАРСТВА ПРАВДЕ

Законом о тајности података прописано је да надзор над спровођењем овог закона, као и прописа донетих на основу закона врши министарство надлежно за правосуђе (чл. 97. ст. 1. ЗТП). У вршењу надзора, ово министарство: 1) прати стање у области заштите тајних података; 2) припрема прописе неопходне за спровођење овог закона; 3) даје мишљење на предлоге прописа у области заштите тајних података; 4) предлаже Влади садржину, облик и начин вођења евиденције тајних података, као и прописе којима се уређују образац безбедносног упитника односно образац препоруке, сертификата и дозволе; 5) налаже мере за унапређивање заштите тајних података; 6) контролише примену критеријума за означавање степена тајности и врши друге послове контроле у складу са одредбама овог закона; 7) подноси кри-

вичне пријаве, захтеве за покретање прекршајног поступка и предлаже покретање другог поступка због повреде одредаба овог закона, у складу са законом; 8) сарађује са органима јавне власти у спровођењу овог закона у оквиру своје надлежности; 9) обавља и друге послове који су предвиђени овим законом и прописима донетим на основу закона (чл. 97. ст. 2 ЗТП). Из пописа активности које министарство правде предузима, може се закључити да је његова улога изузетно значајна, контролног карактера. Годишњи извештај који ово министарство подноси одбору Народне скупштине надлежном за надзор и контролу у области одбране и безбедности (чл. 97. ст. 3 ЗТП) омогућава ваљану контролу рада министарства у изузетно осетљивој области, у складу са демократским принципима на којима почива наш правни и политички систем. (чл. 97 ст. 4 ЗТП).

6. УЛОГА НАРОДНЕ СКУПШТИНЕ

Према Уставу Републике Србије, Народна скупштина је највише представничко тело и носилац законодавне власти у Републици Србији (чл. 98). Имајући у виду да су парламенти у свим демократским друштвима признати и препознати као најпримеренije место за заступање јавних интереса, начело јавности рада које из тога проистиче[23] представља један од основних начина рада Народне скупштине и њених радних тела. С обзиром на улогу коју парламенти имају у сваком демократском и цивилном друштву, Народна скупштина није креатор великог броја информација које носе ознаку степена тајности, али се јавља као корисник таквих информација, нарочито у погледу остваривања контролне функције Народне скупштине.[24]

Из тог разлога, Правилником о унутрашњем уређењу и систематизацији радних места у Служби Народне скупштине, у Генералном секретаријату Народне скупштине, утврђено је радно место руковаоца и заменика руковаоца тајним подацима. У Групи за заштиту тајних података у Народној скупштини обављају се послови који се односе на: руковање и заштиту тајним подацима у Народној скупштини; организовање и спровођење периодичних обука из области руковања и заштите тајних података за народне посланике и запослене у Служби; попуњавање безбедносних упитника за

[23] Закон о Народној скупштини, Службени гласник РС, бр. 9/2010, чл. 11; Пословник о раду Народне скупштине Републике Србије, чл.255.261.

[24] О функцијама парламента вид. Ратко Марковић, *Уставно право*, Београд 2014, 276-284; О значају безбедносне културе народних посланика у остваривању контролне функције Народне скупштине вид. Ненад Радивојевић, „Парламентарна контрола Безбедносно-информативне агенције са аспекта безбедносне културе – стање и проблеми“, *Зборник радова ПФНС*, 3/2013, 475-492.

вршење безбедносне провере, израду захтева за издавање сертификата за приступ тајним подацима и упознавање народних посланика и запослених са безбедносним процедурама у раду са тајним подацима; проверу система физичко-техничке заштите; спровођење закона из области одбране, прописа за рад у ратном и ванредном стању и задатака утврђених Планом одбране Републике Србије. За свој рад, руковалац тајним подацима одговара Генералном секретару Народне скупштине.

Сам начин поступања са тајним подацима у Народној скупштини је ближе прописан и уређен Одлуком о поступању са тајним подацима, која је донета на седници Одбора за административно-буџетска и мандатно-имунитетска питања.[25] Ова Одлука, поред тога што дефинише појам тајног податка, прописује и начин поступања са тајним подацима, и то: одређивање тајности података; приступ тајном податку; заштиту тајног податка; чување тајног податка; размену тајног податка и архивирање и уништавање тајног податка. Наведена Одлука обавезујућа је у смислу поступања Народне скупштине и њених радних тела. Дефиниције у овој одлуци се ослањају на дефиниције истих појмова утврђених кровним Законом о заштити података, с тим што поступке и овлашћења постављају у контекст органа на који се одлука односи. Важно је напоменути да већина скупштинских одбора, у већој или мањој мери долази у посед података означеним степеном тајности, уз изузетак Одбора за контролу служби безбедности, који се претежно у свом раду ослања на документа и податке који су означени као тајни. Наведени Одбор, на почетку сваког сазива Народне скупштине, усваја две одлуке које се превасходно односе на начин вршења надзора над радом служби безбедности[26] и начин на који се одржавају седнице Одбора на којима се разматрају тајни подаци[27].

Одлуком о начину одржавања седнице Одбора за контролу служби безбедности на којој се разматрају тајни подаци прописано је пре свега одступање од начела јавности рада Народне скупштине, с обзиром да је седница Одбора *de facto* затворена за јавност(тч.2 одлуке). Такође, прописано је да седници могу присуствовати чланови, односно заменици чланова Одбора, који поседују одговарајући сертификат за приступ тајним подацима (тч 3 Одлуке). Ово је нарочито значајно имајући у виду да Закон о тајности података дозвољава приступ тајним подацима, без издавања сертификата, искључиво председнику Народне скупштине, председнику Републике и председнику Владе (чл. 37 ЗТП). Аналогно томе, седници Одбора, која је

[25] Одлука о поступању са тајним подацима, 21 Број 02-2285/14 од 7. јула 2014. године.

[26] Одлука о вршењу непосредног надзора над радом служби безбедности, 22 Број 02-1965/20 од 2. децембра 2020. године.

[27] Одлука о начину одржавања седнице Одбора за контролу служби безбедности на којој се разматрају тајни подаци, 22 Број 02-1964/20 од 2. децембра 2020. године – Одлука.

затворена за јавност, могу присуствовати и секретар Одбора и запослени у Служби Народне скупштине који су одређени за рад у Одбору, као и запослени у Служби Народне скупштине који су одређени да обављају послове за потребе одржавања седнице, који поседују одговарајући сертификат за приступ тајним подацима(тч.4 Одлуке). С обзиром на чињеницу да начело јавности рада државних органа има значајну улогу у модерним демократским друштвима, о обавештавању јавности са затворене седнице, Одбор одлучује у складу са Пословником Народне скупштине водећи при томе нарочито рачуна да сачува тајност података до којих је дошао у свом раду (тч. 11 Одлуке).

7. УОЧЕНИ ПРОБЛЕМИ У ПРИМЕНИ ЗАКОНА О ТАЈНОСТИ ПОДАТАКА

Током практичне примене Закона о тајности података су уочени извесни проблеми, на које овом приликом указујемо.

Први проблем односи се на примену члана 11. став 4. Закона о тајности података којим је прописано да се одлука о одређивању степена тајности података доноси у писаном облику, са образложењем. То у пракси значи да органи јавне власти који на дневној основи, нпр. Безбедносно-информативна агенција, креирају и више стотина докумената означених степеном тајности морају за сваки такав документ сачинити и одлуку са образложењем у формално-правном смислу, коју мора донети лице овлашћено за одређивање тајних података. Поменута одлука би у том смислу морала садржати увод, у којем би био наведен правни основ за доношење одлуке, диспозитив који би садржао конкретну одлуку о одређивању степена тајности, као и образложење у којем би се дала процена која би садржала основне разлоге због којих орган јавне власти сматра да би откривање наведених података неовлашћеном лицу могло нанети штету интересима Републике Србије, односно интересу органа јавне власти. Доследна примена одредбе Закона о тајности података доводи до хиперпродукције пратеће документације, чиме се успорава рад државних органа и производе се додатни материјални трошкови, што посебно долази до изражаја у раду појединих државних органа, као што су службе безбедности, који сходно природи посла, константно и учестало креирају податке означене степеном тајности.

Други уочени недостатак односи се на неусклађеност закона и других аката са одредбама Закона о тајности података. Тако Кривични законик[28] инкриминише кривична дела одавање службене тајне у члану 369; одавање

[28] Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр, 107/2005 – испр, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

војне тајне у члану 415. Наведена кривична дела дефинишу појам службене, односно војне тајне и утврђује да се службеном или војном тајном не сматрају подаци или документи који су управљени на тешке повреде основних права човека, или на угрожавање уставног уређења и безбедности Србије, као и подаци или документи који за циљ имају прикривање учињеног кривичног дела за које се по закону може изрећи затвор од пет година или тежа казна. Ова дефиниција је у колизији са дефиницијом тајног податка и категоризацијом истих према степену поверљивости, па органи могу бити у недоумици коју дефиницију да примењују и да спрам примењене дефиниције тајног података врше могућу квалификацију кривичног дела.

Од значаја је поменути и одредбе Пословника Владе[29] имајући у виду њихов значај за прописе који се односе на тајност података. Чланови 43-45 Пословника садрже одредбе које се односе на означавање, припрему и разматрање материјала, на седници Владе, са ознаком тајности као и на поступак скидања ознаке поверљивости са наведених материјала. Приметно је да и Пословник Владе прописује да се материјал који представља државну, војну или службену тајну означава као поверљив иако је Законом о тајности података укинута категорија војне и службене тајне. Сматрамо нужним промену овог пословника у смислу усклађивања са Законом о тајности података.

8. ЗАКЉУЧАК

Тајни подаци, њихова заштита као и строго контролисан приступ истима од стране трећих лица јесу императив очувања безбедности државе и њеног суверенитета и интегритета, посебно у односима према другим државама или међународним организацијама. Држава на тај начин успоставља јасније политичке границе, поред оних територијалних, а то су границе на којима захтева сопствено поштовање од стране других актера на домаћој и иностраној сцени. Свакако размена података са другим државама и међународним организацијама, како је већ раније описано у раду има своју улогу и мора бити посматрана као изузетак, никако као стандардизована услуга, и то само када изузетне околности налажу тако нешто.

Са друге стране, шира, обична јавност често супротставља тајности података своје право да зна и буде информисано о околностима у сопственој држави. Међутим јасно је да постоје подаци, информације и односи о којима нужно не морају бити обавештени сви грађани а да о неким подацима, пак

[29] Пословник Владе, *Службени īласник РС*, бр. 61/2006 – пречишћен текст, 69/2008, 88/2009, 33/2010, 69/2010, 20/2011, 37/2011, 30/2013, 76/2014 и 8/2019 – др. уредба.

ни не смеју бити обавештени јер би могли угрозити и своју и безбедност државе.

Тајност података, њиховог чувања и изузетно пажљивог руковања истима стога морају бити под строгом контролом одређених органа, као што су органи управе и Народна скупштина, која својим актима и накнадним надзором- контролише главне контролоре. Добар демократски систем увек обезбеђује вишестепену контролу и заштиту најзначајнијих добара, што смо верујемо овим радом и указали.

На крају, проблеми у примени који су уочени и који су дефинисани у претпоследњем поглављу рада, нису нерешиви . Одуговлачење са њиховим решавањем може изазвати друге последице, те сматрамо да на овај начин доприносимо побољшању целокупног система.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Димитријевић Павле, *Основи управног права*, Београд 1983.

Лончар Зоран, „Посебни управни поступци“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2016.

Марковић Ратко, *Управно право: општи део*, Београд 2002.

Марковић Ратко, *Уставно право*, Београд 2014.

Милков Драган, *Појам управног акта* (докторска дисертација), Нови Сад 1983.

Милков Драган, *Управно право I: уводна и организациона питања*, Нови Сад 2020.

Радивојевић Ненад, „Парламентарна контрола Безбедносно-информативне агенције са аспекта безбедносне културе – стање и проблеми“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2013, 475-492.

Радојковић Мирољуб, „Информација“, у: *Енциклопедија политичке културе*, Београд 1993.

Стајић Љубомир, *Основи система безбедности – са основама истраживања безбедносних појава*, Нови Сад 2013.

Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

Закон о потврђивању Споразума између Републике Србије и Европске уније о безбедносним процедурама за размену и заштиту тајних података, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 1/2012.

Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр, 107/2005 – испр, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

Закон о тајности података, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009.

Закон о Народној скупштини, *Службени гласник РС*, бр. 9/2010.

Пословник Народне скупштине, *Службени гласник РС*, бр. 20/2012 – пречишћен текст.

Уредба о обрасцима безбедносних упитника, *Службени гласник РС*, бр. 30/2010.

Уредба о садржини, облику и начину достављања сертификата за приступ тајним подацима, *Службени гласник РС*, бр. 54/2010.

Пословник Владе, *Службени гласник РС*, бр. 61/2006 – пречишћен текст, 69/2008, 88/2009, 33/2010, 69/2010, 20/2011, 37/2011, 30/2013, 76/2014 и 8/2019 – др. уредба.

Одлука о поступању са тајним подацима, 21 Број 02-2285/14 од 7. јула 2014. године.

Одлука о вршењу непосредног надзора над радом служби безбедности, 22 Број 02-1965/20 од 2. децембра 2020. године.

Одлука о начину одржавања седнице Одбора за контролу служби безбедности на којој се разматрају тајни подаци, 22 Број 02-1964/20 од 2. децембра 2020. године.

Интернет презентација Канцеларије Савета за националну безбедност и тајност података, https://nsa.gov.rs/

Aleksandar L. Martinović
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
A.Martinovic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-1766-4201

The Role of the Administration and the National Assembly in the Protection of Classified Information

Abstract: *certain informations cannot and must not be available to the general public because they represent information of importance for national security or their publication could lead to great damage or endangerment of persons, property and other relations. In our legal system, such information is defined as secret data, which is further categorized into several groups based on its importance and the damage that may occur as a result of its publication. The protection of such data, by determining that they are secret, and carefully controlling who and how they give access to that data, is carried out by competent authorities in accordance with the law. The matter of defining secret data, use and protection of secret data in the Republic of Serbia is codified by the Data Secrecy Act, but other regulations are also applied in specific areas, which makes the entire positive legal framework for the protection of secret data extremely extensive.*

In the paper, the author analyzes the current legal framework and especially emphasizes the role played by the administrative bodies and the National Assembly of the Republic of Serbia in the protection of secret data.

Keywords: *classified information, protection of classified information, public administration, National Assembly.*

Датум пријема рада: 10.07.2023.
Датум прихватања рада: 09.11.2023.

Оригиналан научни рад 316:34
doi:10.5937/zrpfns57-46852

Миливоје Б. Лаћчевић
Универзитет у Крагујевцу
Правни факултет
mlapcevic@jura.kg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-5781-9218

ХРОНОЛОГИЈА АНТРОПОЛОШКОГ ПЕСИМИЗМА НИКОЛА МАКИЈАВЕЛИЈА

Сажетак: *Смисао рада је утврђивање и разматрање идеја Никола Макијавелија о људској природи, као и о њеном утицају на карактеристике читавог система друштвено-политичког управљања. Макијавели је сматрао да се историјски обрасци понављају циклично кроз време., те је, стога, историјски метод доминантно примењен у разматрању хипотеза о негативној људској природи која се посебно испољава у политици. Како је темељ Макијавелијеве теорије сагледан кроз песимистичан поглед на основе људске природе, хронологијом се открива генеза развоја ове идеје. Истраживање се фокусира на неколико сегмената. Прво се излаже основна идеја и претпоставка људске политичке природе у антици. Идеје античких мислилаца излажу се као уводник у мисао Макијавелија. Детаљни приказ разматрања друштвеног живота кроз филозофску мисао Аристотела, приказује прве идеје и образложења негативне природе човека у политици. Како је историјски метод био пут схватања Макијавелија, конкретизовање античких идеја приказује јасније мисаони пут антропološког песимизма. Владалац, као кључно дело Макијавелија разматра се упоредном анализом са осталом писаном заоставштином. Након утврђивања мисли Макијавелија, целокупна идеја антропološког песимизма доводи се у везу са људским правима и хронологијом која прати развој механизама заштите овог сета права. Нове чињенице и разумевање антропološког песимизма постављају се као могућност бољем упознавању, али и бољем нормирању односа у оквирима функционисања система политичког али, у све већој мери, и економског управљања у друштвеној заједници.*

Кључне речи: *антропološки песимизам, антика, Макијавели, политика, људска права.*

1. УВОД

Разматрање антрополошког песимизма изузетно је тешко. Сама претпоставка да људска судбина зависи од наклоности природних и биолошких, а не друштвених фактора, има ненаучни призвук. Човекова тежња овладавања природом и природним водила је једноставнијем, дужем и комфорнијем животу.[1] Објективне околности одувек су биле блага кочница разматрању човекове антропологије и праве природе. Чак и из субјективне перспективе, прихватити антрополошки песимизам није једноставно. То би значило спремност погледа у огледало и покретање мисаоног процеса кроз сазнање да је лик у одразу по природи егоистичан и више склон лошем, него праведности, дарежљивости и доброти.

Поред објективне и субјективне тешкоће, процес разумевања и описивања људске (политичке) природе, у складу са негативним претпоставкама, упечатљиво је промовисао Николо Макијавели *(Niccolò Machiavelli)*. Изречена хипотеза, као и погрешно, стриктно тумачење максиме *циљ оправдава средство*, донели су италијанском мислиоцу задоцнелу славу. Посебним интензитетом његова популарност траје кроз позни XX и одмакли XXI век. Личном, али и судбином политичких догађаја XV и XVI века, Макијавели је креирао интересантну, недовољно докучиву политичку мисао, а у исто време утицајну до савремених дана.

Ходања странпутицама када је реч о разумевању дела Макијавелија у теорији се неретко приписују погрешним тумачењем препорука овог мислиоца као својеврсних универзалних аксиома или општих правила, иако је уобичајено да се тако представљају.[2] На основама антрополошких убеђења, остаје неспорно да је Макијавели обликовао до данас проучавану идеју, посвећењу доброј организацији друштвене заједнице, чији је темељ сазидан на идеји песимистичног погледа на људску ћуд.[3]

Развој научне мисли кроз историју није ишао на руку гледиштима Макијавелија. Неколико векова касније, надолазећи XIX и рани XX век обеле-

---

[1] Упоредо са овладавањем природом, постојао је, кроз епохе, и значајан део *мистике* коме се човек лако предавао. Поштовање невидљивог ауторитета ишло је од разноврсних симбола, до непостојећих јунака и разноврних божанстава. Имагинација је и данас присутна као део човековог постојања.

[2] Игор Живановић, „Платон, Макијавели и макијавелизам“, *Филозофија и друштво* 3/2011, 64.

[3] Непоуздани карактер људске природе, мотивише Макијавелија да утврди базичне препоруке властодршцима у односима према подређенима. Сазнање владара о томе „да живи и делује у свету у којем се једино уважају корист и снага“ требало би представља његово основно идејно оружје у напорима да власт освоји и задржи. Вид. Коста Чавошки, „Макијавелијев антрополошки песимизам“, *Анали Правног факултета Универзитета у Београду* 1-4/2001, 341.

жени су неговањем науке која је трагала за чињеницама. Тако су друштвена схватања која упућују на природу, недовољно ухватљиву научним резултатима, остала на научним маргинама. Структурални позитивизам доминирао је у мислима првих ерудита социологије, а њихово перо негирало је метафизичка стања и схватања.[4] Поред извесних сличности са методама које је користио Макијавели, пре свега у оквиру емпиризма, ипак се основе почетака савремене социологије супротстављају његовом размишљању. Водећи утемељивачи нове науке трагали су за егзактним методама и мерилима оцењивања друштвених феномена. Антропологија човека, као природа еволуције уткана у нашу структуру и која, као таква, пресудно утиче на организацију друштвеног живота, није имала много присталица у редовима друштвених мислилаца.

Ипак, искуство преломних тренутака XX века допринело је другачијем посматрању наука о друштву. Самим тим, људска природа у заједничком животу подвргнута је испитивању.[5] Концепција људских права универзалног типа у основи је идеја антрополошког песимизма. Ако је људска природа, изворно, више склона злу, онда је потребно уоквирити глобални минимум правила. Такође, потребно је усмерити механизме глобалне контроле, као и санкција како би се та зла природа контролисала. Стављајући по страни идеологизацију и политизацију карактерисања људских права на овај начин, бар са нормативне а вероватно и са фактичке тачке, овај покушај минимума уређења заједничког глобалног живота показао се исправним.

На сличну концепцију уређења друштвеног живота, указивао је Макијавели. Оно што се често, погрешно или исправно, узима као најдистинктивнија тачка Макијавелијеве политичке мисли јесу јасно изражене преференције овог мислиоца у корист „политичке ефективности наспрам ставова о моралу и религији“.[6] Основна претпоставка доброг владања, по његовој

---

[4] Vjekoslav Arfić, „Koncept društvene strukture i strukturalna analiza u sociologiji“, *Revija za sociologiju* 1-2/ 1987, 49-62.

[5] Упркос чињеници да су људска бића својим рођењем „обдарена свешћу и разумом који би требало да их приведе духу природног братства и космополитизма, ипак, њихово постављено (позитивно) право често се заснива на променљивој вољи једних у односу на друге.“ Вид. Слободан Перовић, „Природно право и стварност“, *Правни живот* 9/2017, 7.

[6] Peter Donaldson (Питер Доналдсон), *Machiavelli and Mystery of State*, New York 1992, 68. Иако је неспорно да је Макијавели био велики противник хришћанске религије у интерпретацији Католичке цркве, свештеника који су је репрезентовали као и самих оснивача, већина постојећих научних извора који се тичу Макијавелијевог погледа на хришћанство, ограничава се на његову *Расправу о првој декади Тита Ливија,* при том се „проблематично фокусирајући на претпостављене, приватне Макијавелијеве ставове према религији“, објашњавајући их утицајем интелектуалног миљеа који га је окруживао и оправдавајући их „ватреним патриотизмом“ који је поседовао. Вид. William B. Parsons, *Machiavelli's Gospel – The Critique of Christianity in The Prince*, New York 2016, 1-2.

мисли, јесте свест о искварености људског духа.[7] Само владар, који је свестан људске природе, у прилици је да прилагоди облик владања и успешно нормира друштвени живот. Аналогно, претпоставка доброг уређења и остваривања људских права јесте зла коб људске природе. Међутим, потреба за глобалним минимумом људских права постављена је и глобално прихваћена након Другог светског рата. Тек интегрални, светски увид на ужасе које човек има способности и жеље да изврши, био је окидач ка креирању људских права у савременом облику.[8] Основе схватања доброг владања Макијавелија и почетни импулс људских права имали су, дакле, суштински исту основу.

Смеле идеје, изражене најконкретније у славном делу Владалац (*Il Principe*) из 1513. године, нису биле само плод лаких претпоставки и смелости.[9] Емпиризам, детаљно проучавање и поглед на славну историју Рима били су путоказ доказивању хипотеза које, и из данашње перспективе, делују смело. Ипак, иако је прошло више од половине миленијума од идеја о злој нарави човека у политици (са обе стране владања), оне нису добиле битно новије, савременије рухо.[10] Да ли је заиста људска природа иста већ хиљадама година и да ли је владару корисније и боље да га се плаше него да га воле (”љубе”), до данас није недвосмислено утврђено и јасно проучено.

Како је одговор на ова питања у тој мери комплексан, у потрази за истинама корисно је вратити се непресушној античкој мисли. Аристотел је у проучавању човека, кроз политичко поље, био најдетаљнији. Он је, на известан начин, систематизовао и додатно проучио идеје претходника и узора. Даље, римски савременици, који су више били склони практицирању него филозофији служили су као својеврсни историјски експеримент. Као карактери и креатори одлука важних у епохи империје, кључни субјекти Старог Рима, идеално су се уклопили у специфични историјски метод који је користио Макијавелију.[11] Услед тога, овако конструисане идеје постале су кори-

[7] Формулисана на овај начин, како то илустративно примећује Фридрих Мајнеке (*Friedrich Meinecke*), Макијавелијева теорија представљала је мач „нож забоден у бок политичког тела западног човечанства, приморавајући га да вришти и уздиже се“. Вид. Friedrich Meinecke, *Machiavellism – The Doctrine of Raison D' Etate and it's Place in Modern History*, са немачког превео Даглас Скот (*Douglas Scott*), New Haven 1962, 49.

[8] Хронолози су забележили да је светски консензус усвајања Универзалне декларације о људским правима постао могућ тек након увида у ужасе Другог светског рата. Већа доступност вестима и сликама била је условљена и експанзијом глобалних медија и канала комуникација.

[9] Дело Владалац (*Il Principe*) до данас је предмет мултидимензиоалних анализа система политичког и економског управљања и ослонац испитивања и доказивања адекватности државног облика.

[10] Модерни мултидисциплинарни научни приступ, нове технике и технологије, али и догађаји који су уследили након Макијавелија, посебно у XX веку, добра су основа за тестирање смелих идеје XVI века.

[11] Овај метод био је допуњен чак и са примесама савремене психологије.

сне за реалистични, филозофски поглед из два угла – из угла самог учесника комплексних политичко-економских процеса одлучивања и истовремено филозофа који, у каснијем периоду, удаљен из политике, вешто комбинује теорију и праксу у својим списима.

2. АНТИЧКИ КОРЕНИ АНТРОПОЛОШКОГ ПЕСИМИЗМА

Основе идеје антрополошког песимизма нису кренуле од ере Макијавелија. Рудиментарни основи разматрања негативности у природи човека и социјалног деловања присутни су од почетних филозофских разматрања функционисања људске заједнице. Разумевање људске природе и деловања у социо-политичкој и економској збиљи заокупили су велики део мисаоног тока и записа античких великана. Иако недовољно уобличена, нецелисходно систематизована, као она у комплексном XVI веку, идеја песимизма тињала је и кроз антику. Нису, међутим, сви антички мислиоци били на таквом трагу. За разлику од Макијавелија први антички мислиоци сматрали су и веровали у доброту људског духа и у складност природе и људског реда. Тако су софисти били ослоњени и препуштени природи и космолошком реду, тежећи једнакости и веровању у изворну доброту. Мисаони ток сличан Макијавелију дошао је у познијем античком периоду. Сократ, Платон и Аристотел, оцењивали су размишљања софиста заосталим и недовољно научним. Реалистичнији приказ друштвеног тока донео је и ново, савременије схватање, које је, по природи социјалног времена, ишло у корак са антрополошким песимизмом. Посебно је то изражено у Аристотеловом делу, иако се овакав карактер његових записа некада занемарује у савременим интерпретацијама његове мисли.

Када је реалност добила примат песимизам се појавио последично кроз оправдање друштвеног уређења. Највећи мислиоци налазили су начине да оправдају систем који је тада почивао на дубоким поделама унутар друштва. Ако су филозофи били умни део друштва, неопходан је био и физички опсег савладавања и овладавања природом ка циљу лакшег и плодотворнијег живота. Физички део послова и напора ка одржавању друштвеног тока, био је задатак нижих слојева.[12] Као последњи и најделотворнији у својеврсном мисаоном тријумвирату великана, Аристотел је човека схватао као *политичку животињу*. Објашњавајући ово Аристотел се фокусирао на значај правила у оквиру заједнице који сузбијају природну датост човека, оличену у тврдњи

[12] Задатак филозофа, пак, био је да понуде адекватну мисаону основу и логичко оправдање оваквог уређења.

да „као што је, кад је савршен, човек најбољи од животиња, тако је и, одвојен од закона и правде – најгори од свих.“[13]

Мисао антрополошког песимизма Аристотел је, чини се, задржао све до краја свог животног пута.[14] Покушавајући да схвати душу, на крају разуме да се она никако не може схватити као склад, нити то може бити.[15] Ако је душа изједначена са природом човека, онда мир и склад нису уобичајена стања људи.[16] Човека у стању мира, по Аристотеловом запису, држи само сила. У данашње доба, ова сила, требала би се разумети кроз улогу државе као носиоца монопола физичке принуде, путем којег се заједнички живот држи у границама усаглашених правила.[17]

Човек као политичко биће, које је од природе такво дато, има дакле, своју мрачну основу. Природни однос створен по физиономији човека предодређује поделу на господаре и робове. Као што слободни људи имају ум да управљају и владају кроз рат и мир, тако и робови имају физичку снагу да су „живи део имања“ и „живо оруђе“.[18] При таквом односу и схватању природе човека, држава има улогу да своје уређење прилагоди нужној предодређености.[19] Дакле и државни облик, као и природа човека у политици предодређени су вишим природним законима. А природни закони унапред су одређени тако да деле људе и поставе оквир сличан ономе који својим делом промовише Макијавели.

У таквом окружењу где су природне датости императив постојања, држава, у напорима за постизањем друштвеног благостања, има, само на први поглед, једноставне задатке.[20] Циљ државе је најбољи живот, али тај идеал заједничког социо-економског контекста припада само једној групи. Како би могли да размишљају и схвате основу естетике и значај ума, физички

---

[13] Arist. *Polit*. 1253 a. 30-35.

[14] У једном од својих последњих списа Аристотел се додатно и дубље посвећује антропологији човека. Везујући биологију као кључну област сопственог проучавања и друштвену збиљу као социјалну реалност, Аристотел на неки начин уобличава „претходницу знаности психологије“ Вид. Dario Galić, Bojan Rizvan, „Aristotel: O duši“, *Spectrum* 1-4/2009, 85-86.

[15] Arist. *De an*. 407 b. 30.

[16] Из субјективне перспективе, стање немира, које је уобичајена карактеристика нашег унутрашњег бића, с пуно права, може се посматрати и почетним импулсом антрополошког песимизма.

[17] Мирољуб Симић, Срђан Ђорђевић, Дејан Матић, *Увод у право*, Крагујевац 2017, 152.

[18] Милош Ђурић, *Историја хеленске етике*, Београд 1997, 404.

[19] Тако је у разноврсној класификацији и анализи државних облика најбоља монархија, која највише личи на божанско уређење свемира. *Ibid*., 412.

[20] Бертранд Расел (*Bertrand Russell*) бриљатно примећује да, иако друштвена кохезија представља нужност, „човечанство до сада није још успело да ову кохезију постигне само рационалним аргументима“. Вид. Бертранд Расел, *Историја западне филозофије и њена повезаност са политичким и друштвеним условима од најранијег доба до данас*, Београд 1998, 21.

послови морају постати и остати обавеза других. У идеалном државном облику, по Аристотелу, једни управљају по рођеној способности, а други врше физичке послове и потчињени су управљачу. У овом поретку који није створен друштвено, већ природним процесом, држава стоји као једна установа „васпитног“ карактера. Држава се стара за одржање хијерархије и усмерење слободног појединца да овај поредак, својим умом, што боље остварује. Држава и филозоф спојени су у једном посебном задатку одржања природног поретка који се заснива на разликама у класама, строгој подели на ниже и више и принципом силе који би требало да сузбије негативности у антропологији човека и тиме одржи унапред познату хијерархију.

Аристотелова идеја природног поретка заснованог на вишим и нижим деловима друштва, односно на умну и физичку класу, није била плод простог уклапања у разматрања претходника. Иако следбеник и ученик Платона, њихова разматрања се у многим деловима разликују. Заједничко природно разумевање разликовања људи по сталежима код њих лежи на различитим основама. Док се код Платона не истиче строга материјалистичка структура најпотлаченијих и робова, Аристотел у њој види кључ функционисања друштва.[21]

3. АНТРОПОЛОШКИ ПЕСИМИЗАМ КРОЗ МИСАО Н. МАКИЈАВЕЛИЈА

Скоро два миленијума након античког разумевања душе и антропологије кроз перо Аристотела, мисао која ће утврдити песимистични поглед на људску природу, засејана је на северу данашње Италије. Своју тежњу да владару представи добар метод управљања Макијавели је реализовао кроз бриљантни и утицајни литерарни спис. Тако се, не уз унапред скројен план, замишљени дар владару претворио у вероватно најпознатије дело модерне филозофије и савремене политикологије. Мотивацију за капитално дело *Владалац*, Макијавели је нашао у личним циљевима и амбицијама.[22] Одстрањен

[21] Наредне епохе истичу мање строгу песимистичну основу човекове природе. Сократово размишљање, како није оставио писано дело, сазнајемо из записа других аутора, посебно Платона. Позната Сократова материјалистичка структура објашњава да сви људи теже неком добру, а да таква тежња, у суштини, „управља њихово делање“. Вид. М. Ђурић, 257. Сократ, дакле, као први у ери великана, у годинама пре својих ученика Платона и Аристотела гаји другачију мисао о природи човека, истичући кроз свој филозофски поглед наизглед прихватљивије основе друштвеног тока.

[22] *Владалац*, иако најпознатије, није једино Макијавелијево дело и огледало песимистичног, или реалног, погледа на основе људске природе. Након *Владаоца*, објавио је и комедију која наставља низ песимистичног погледа на природу човека. *Мандраїола*, иако жанровски атипична за тему песимизма, ипак на духовит начин осликава суштину исказану

из зоне политичког утицаја Фиренце, у околностима физички дистанцираности од главних токова друштвене збиље, своје искуство и знање видео је као једину шансу повратка на сцену друштвеног деловања.

За разлику од биографије која осликава разлоге и мотивације писања, структура идеје код Макијавелија није једноставна за утврђивање. Оно што је очигледно, јесте потреба да се критички приступи посматрању заједнице друштвеног, политичког и економског живота. Контекст времена био је такав да је, заиста, реални приказ друштва испред Макијавелија изгледао песимистично, због чега није једноставно, а ни лако утврдити иницијални импулс његових идеја. Изворно, идеја може бити последица прецизног анализирања историјских догађаја и објективног научног сагледавања људске природе. Метод сагледавања историјског емпиризма кључ је доказивања претпоставки које поставља аутор *Владаоца*. Он је проучавао и до детаља уочио политичке прилике и људску природу кроз хронологију.[23] Ипак, лоша политичка судбина самог Макијавелија и писање *Владаоца* након губитка службе, у специфичној атмосфери доколице, додатни је фактор утицаја на записе аутора.

Без обзира на мотиве и утицаје, негативно одређена антропологија човека значајна је и оригинална. Разматрање државних облика на специфичан мултидисциплинарни начин уз сагледавање разноврсних људских карактеристика изузетно је важно. Чак и на нивоу данашњег сагледавања друштвеног света, ово је реткост и пример добре праксе. Додатна чињеница да, четири века након *Владаоца*, долази до пуног изражаја негативни исказ људске природе, важна је и за разумевање структуре мисли Макијавелија. Други светски рат, по први пут у историји човечанства, послао је глобалну слику ужаса који почива на намери човека да влада другима. Пре свих других, Макијавели је ту слику негативности сагледао и приказао кроз историју претходне цивилизације.

На основама рата, на прелазу две половине XX века, креирана је и савремена политичка збиља. Глобални правац централно нормативно место оставља универзалном нормирању људских права. Ипак и овај догађај иако преломан за креирање глобалне политике и промене многих праваца друштвеног и научног живота, није отворио можда и централну тему. Питање природе човека и начина интуитивних делања у политици остало је на нивоу појединачних теоријских покушаја и анализа. Упркос великој популарности Макијавелија посебно с краја XX и почетка XXI века, ова чињеница није битно допринела интензивирању проучавањима људске природе.

Владаоцем. Ликови у комедији су по природни себични и егоистични. Иако је у питању комедија, дело континуирано показује кварне особине људске природе па ликови такви остају до краја. Вид. Bojan Kovačević, Marko Simendić, „Verita effettuale della cosa politica u Makijavelijevoj Mandragoli“, *Politička misao* 3/2020, 37.

[23] Посебно се то односило на водеће фигуре старог Рима.

4. СТРУКТУРА АНТРОПОЛОШКОГ ПЕСИМИЗМА Н. МАКИЈАВЕЛИЈА

Разматрања Макијавелија о склоности ка негативном поступању у политичкој природи човека, показало се тачним и оправданим. При тој тврдњи он се ослања на две важне чињенице – да је *историја* јако важна при предвиђању догађаја у будућности, као и да се биолошка и културна еволуција човека *не мењају* у складу са динамиком времена, већ мање-више остаје иста у дужим временским интервалима. Ово практично значи да се структура антрополошког песимизма Макијавелија заснива на две прецизне претпоставке. Прво, да се људска природа тј. антропологија у битном није мењала стотинама хиљада година и друго да је њена основа у бити више зла, него добра.[24] Ова два стуба указују да, са једне стране, време није много учинило на промени људи, док, са друге стране, потврђују да социолошке околности и контекст друштвеног времена нису кључ за разумевање понашања људи у оквирима политичког делања.

Слично Аристотелу, и Макијавели политику поставља испред етике. Иза ових разматрања крије се специфични идејни, истовремено и филозофски пут. Идеје просвећене мисли, тј. намере филозофа требало би да буду усмерене и креиране реално и корисно.[25] Такав концепт, заснован на разуму, супротставља се утопистичком разматрању друштвених идеја. Аристотел је, у том домену, био посебан и специфичан, па је креирао оригиналну мисао комбинујући психологију и филозофију. Макијавели се, пак, наставио на нову динамику коју је донело време XVI века и околности политичког доба, социјалних превирања и општег друштвеног стања чији је био сведок.

Структурално гледано, историјски модел Макијавелија, наставља се на модел друштвених категорија Аристотела. Друштво је у бити подељено на управљаче и оне којима се управља, односно, како то Макијавели појашњава, да је на свету увек било људи које покрећу исте страсти.[26] Структуром истом као и код Аристотела, Макијавели дели друштво на две класе или два пола, на управљаче и оне којима се управља, међутим, разлика је у томе што, под разноврсним утицајима, Макијавели тежи специфичнијем, али и прецизнијем објашњењу ових категорија и чињеница. У том циљу он се користи двоврсним методом – историјским, посматрајући највише хронологију

[24] К. Чавошки, 334.

[25] На тај начин, оне бивају контраст сувопарно теоријским и истовремено нереалним творевинама.

[26] Увек је било оних који су заповедали и оних који су служили, с тим што су једни радо служили, а други нерадо, па су се услед тога бунили и били кажњени. Вид. Aleksandar Molnar, „Machiavelli's Reason of State-Republicanism", *Političke perspektive* 3/2013, 7-27.

Рима, као и антрополошким, ослоњен на кључне личности и особине које су те личности исказале у преломним догађајима.[27]

У својој структури размишљања о песимистичној људској природи Макијавели се највише бавио методама које би требало активирати на страни управљача, како би се на страни потчињених произвели учинци који ће резултат имати политичко и економско благостање.[28] Тако је закључио да никакве половичне мере у државотворној политици нису добре. Половичне мере доприносе само хаосу и анархији која је погубна и за управљаче и за оне којима се управља.[29] Само подела на бруталну силу, са једне, или потпуну милост, са друге стране, била је пут ка добром управљању.[30] Ово размишљање плод је емпиријских истраживања начина на који је Рим поступао са својим колонијама. Метод крајности у примени силе или милости у случају процене, доносио је добре резултате и био један од разлога дуговечности Империје.[31]

Путем наочитих специфичности у посматрању структуре друштва Макијавели је успео да допринесе теорији државе са две кључне идеје. Прво, он је почетно употребио и утемељио термин држава.[32] Овај термин није имао само етимолошки, већ и суштински значај. Питање употребе термина *stato*, имало је и појмовно одређење суштинског усмерења заједнице друштвеног живота.[33] Он је одредио и истовремено удаљио од античких и романтичарских одређења и формирао нову теорију државотворног републиканизма, која је касније постала темељ за изградњу савремених националних држава.[34] Самим тим, структура антрополошког песимизма, посредно је постала основа за филозофски оквир изградње националних држава у наредним вековима.

Друго, још значајније, јесте одређење државе као структуре одређених елемената. Од Макијавелија, држава се везује за владара, односно три кључна

---

[27] На тај начин, он успешно закључује да је специфичност људске антропологије у томе што човека, за разлику од других врста, покрећу специфичне страсти. Оне су, уједно, разлог немогућности да се у потпуности предвиди деловање људи у политици, иако се циклус историје понавља по одређеним обрасцима.

[28] Из индиректне интерпретације Макијевелијеве доктрине, јасно произилази импликација да жеље поданика „не могу остати ослобођене“, већ да, уместо тога, „морају бити каналисане у конструктивне излазе са могућности испуњења“. Ово из разлога што би „препуштени својим природним склоностима људи били осуђени на пропаст – свет неће одговорити на наше молбе нити испунити очекивања.“ Raymond Angelo Belliotti, *Machiavelli's Secret – The Soul of the Statesman*, New York 2015, 25.

[29] Ове закључке донео је на основу посматрања функционисања Римске империје.

[30] A. Molnar, 2013, 7-27.

[31] Свест о потенцијално крајњој сили, увек је имала утицај на мир чак и у дислоцираним деловима Римског царства.

[32] Александар Молнар, *Расправа о демократској уставној држави – 1. Право на отпор тиранији*, Београд 2001, 250.

[33] *Ibid*.

[34] A. Molnar, 2013, 7-27.

дела. Као фактичко питање, она постаје својеврсно тројство – власти, територије и становништва. Овај савремени концепт наставља се на идеју да се уз реч *stato* користе и глаголи, да владар *стиче*, *држи*, *осваја* и *губи* – територију. Овакав концепт који везује елементе државе, а у исто време поставља владара на пиједестал остваривања државотворног циља био је својеврсна комбинација пређашњих и будућих настојања ка формирању модерне државе. Ипак хронологија мисли која је изражена прво у *Владаоцу* па онда и у комедији *Мандрагола*, сведочи да је он у тим позицијама власти увек до краја према владару имао идеју антрополошког песимизма, као кључну одредницу доброг управљања државном заједницом. На тај начин су, држава, људска права и идеја антрополошког песимизма нашле окриље кроз идејни пут коме је тежио Макијавели.

Питање односа нормативног и фактичког посебно је користан сегмент структуралне анализе доктрине Макијавелија. У једном делу политиколошке али и економске теорије, провејавају ставови да се управо Макијавелију дугује захвалност за инаугурацију идеје која би се могла назвати основним мотивом модерне политичке мисли – „слободан политички живот могућ је под условом само да је нормативни домен, као такав, *политички утемељен*“.[35] У корелацијама власти и грађана однос нормативног и фактичког може се налазити на границама истинитости. Фактички односи заснивају се на разноврсним аморалним радњама и покушајима којима би се стекла а потом и очувала власт.

Усклађујући савете владару са претпостављеном природом поданика Макијавели даје доктринарни допринос у различитим областима јавног одлучивања. Стабилност екомомског система и јавнофинансијских механизама су и у доба материјализма представљале важане аспекте друштвеног живота, које је, у више наврата, истицао и креатор *Владаоца*. У области економске мисли антрополошки песимизам Макијавелија, оставио је упечатљиве трагове и у круцијалном делу „*An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*“, чији се аутор Адам Смит, данас сматра утемељитељем економије као научне дисциплине. Позната је Смитова констатација да „трговина и производња ретко могу да цветају у било којој држави у којој не постоји одређени степен поверења у правду владе“.[36] Гледано из савремене песрспективе, овакво гледиште могло би се сматрати својеврсном потврдом макијавелијевог става да „док год се не дира њихова имовина и њихова част, маса човечанства ће живети задовољно“.[37] Са друге стране,

[35] Miguel E. Vatter, *Between form and event – Machiavelli's Theory of Political Freedom*, Dordrekht 2000, 100.

[36] Adam Smith (Адам Смит), *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, New York 1937, 862.

[37] Николо Макијавели, *Владалац*, превео Б. Јанковић, Земун 2002, 25.

структурне основе макијавелијанске доктрине и многи савремени аутори сматрају „корисним водичем“ за фокусирање утицаја националних влада на одржање тржишне конкурентности.[38] Такође, модуси и мотиви микроекономског одлучивања производних субјеката, посебно у рангу великих корпоративних механизама, одавно су, намерно или ненамерно упловили у зону макијавелијанског дискурса.[39]

У сфери управљања финансијским ресурсима друштвено-политичке заједнице, усмеравајући владара да ли да буде дарежљив или тврдица, Макијавели се примарно опредељивао за идеју штедљивости државне касе. Много је боље, тврдио је, да га сматрају тврдицом, него да га презру.[40] Народ презире тек када дође до тога да дарежљивост престане, а ниједна дарежљивост није, нити може бити вечна.[41] Ипак, упркос свести о аномалијама Макијавели је остао при ставу о усклађености дарежљивости са духом народа. Најпознатија је, пак, упитаност самог Макијавелија да ли је боље да те *људи воле или да те се боје*.[42] Како је логично, али немогуће обоје, сигурније је да се људи плаше. Образложење овог става, оправдава наравно својим песимистичним погледом на људску природу. Сликовито је то описивао – „док им чиниш добро, душом и телом су твоји..., а када се нађеш у опасности окрену ти леђа.“[43] Тврдња, која иде до крајњих граница негативних особина људске природе, као таква провејава целим делом. Начин да владар, свестан чињеница, управља на прави начин јесте страх, али је уметност политике да страх не пређе у мржњу, констатује Макијавели. На основу изнетог, може се закључити да разматрање људске природе бар у делу Фирентинског мислиоца није спорно, иако у делу теорије има и другачијих интерпретација.[44]

---

[38] Phillip Harris, „Machiavelli, marketing and management: Ends and means in public affairs“, *Journal of Public Affairs* 7-2/2007, стр. 189.

[39] Све већи продор схватања да су, „у суштинском смислу, држава и корпорација исти организми“, оставља широки простор за имплантацију Макијавелијевих поставки у области савременог корпоративног управљања. Вид. Antony Jay, *Managament and Machiavelli – An Inquiry into the Politics of Corporate Life*, New York 1968, 234.

[40] Н. Макијавели, 152.

[41] Како би доказао ову тезу он упоређује успешност управљања народом и финансијама чувеног војсковође и владара – Цезара. Ова теза се може разматрати са стране владавине Цезара која је била диктаторска и не тако дуготрајна.

[42] Н. Макијавели, 155.

[43] *Ibid*.

[44] Разумевање овог питања веома је тешко са становишта сагледавања људске природе, фактички – из првог лица. Песимизам људске природе могла би се везати само за политичка дешавања и на тим основама се мора тумачити. Међутим, питање је да ли се политички живот може издвојити од свеукупности друштвеног живота, или је, ипак, политичко деловање и доступност емпиријским посматрањима политичког деловања само сегмент оног дела људске природе која показује своје право лице у додирима са снажним и опијајућим дејством моћи.

5. ЗАКЉУЧАК

Перспектива модерног заједничког живота отвара низ питања на која није могуће до краја одговорити. Ипак, постоји сагласност да модерна држава као носилац монопола физичке принуде, поседује кључну разлику у односу на све друге типове повезивања људи. Уклапање схватања монопола физичке принуде и разумевање антрополошког песимизма налазе се у извесној, већ изреченој каузалној равни.

Синтетички посматрано, идеја да људска природа почива на негативним основама довела је и до схватања посебне улоге државе. Уколико владар схвати и прихвати овакве идеје он ће лакше владати. Тако уобличене поставке Аристотела и посебан метод искрености при анализама политичких делатности и људске природе од великог су утицаја и данас. Основа државног уређења по Аристотелу управо почива на идеји силе као доминанте смернице ка одржању природне хијерархије. Идеје рођене у антици, практично примењене у доба територијално и организационо велике Римске империје, биле су основ за провере, које је вековима касније вршио сам Макијавели.

Анализирајући из савремене перспективе, већина елемента политичко-методолошког инструментаријума који предлаже Макијавели нису могућа, нити адекватна у модерној уставној држави. Модерна држава која почива на законима и владавини права, стална је тежња настојања ка изградњи стабилне и срећне друштвене заједнице. Стога средства која су предложена на страни владара, као што су неконтролисана сила, располагање јавним новцем у складу са разумевањем природе човека или управљање политичким процесима без демократских механизама нису у савремено доба могући. У различитим теоријским називима модерна уставна држава исказ је тежњи људи да одлуке донете механизмима посредне демократије буду ограничене законом. Додатно, тежи се формулама које би пронашле адекватан однос баланса између различитих грана власти. Такозвани систем *check and balance* којим би се међусобно контролисале разноврсне власти државе, усаглашен је првим уставом света. Тако је постављен темељ да се од краја XVIII века све државе граде на принципима кровног акта и ограничења грана власти.

Полазећи од научно већ детектоване чињенице да је *илузија* и те како прожимајући фактор политичког промишљања, могли бисмо закључити да је реактуелизација дубунске анализе идеја Макијавелија, корисна из више разлога. Поставке антрополошког песимизма посебно су значајне у ери велике доступности моћних технологија широким друштвеним масама. Развој разноврсних видова комуникација, технологија и техника у великој мери повећава светски ризик од злоупотреба. Пандемија корона вируса била је само један у низу изазова где се показала неспособност уређења и систематизовања правила по којима људи живе. Такође, ова здравствена криза показала

је све нелогичности појединих кризних правних правила и могућности разноврсних злоупотреба од стране доносилаца одлука.

Из угла Р. Србије, суштинско разумевање идеје антрополошког песимизма чини се нарочито нужним. Историјски развој Србије прекривен је крвавим траговима предака и сменама које су биле насилно обојене. Насиље, као компонента промена, није изузетак ни других Европских и светских друштвених заједница. Ипак, схватање мотивације ка негативном понашању и могућностима адекватног усмерења тих понашања ка општој добробити, важан су сегмент у слагалици успеха једног друштва. Питање унутрашњих порива човека и њихових импликација на политичку и економску збиљу, остаје отворено и захтева нове путеве истраживања на мултидисциплинарном нивоу, како би се нормативни оквири усмерили у складу са природом човека и императивом друштвеног благостања.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Александар Молнар, *Расправа о демократској уставној држави – 1. Право на отпор тиранији*, Београд 2001.

Aleksandar Molnar, „Machiavelli's Reason of State-Republicanism", *Političke perspektive* 3/2013, 7-27.

Antony Jay, *Managament and Machiavelli – An Inquiry into the Politics of Corporate Life*, New York 1968.

Adam Smith (1937), *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Modern Library, New York.

Аристотел, *О души – parva naturalia*, превео Слободан Благојевић, Београд 2012.

Аристотел, *Политика*, превео Томислав Ладан, Загреб 1988.

Bojan Kovačević, Marko Simendić, „Verita effettuale della cosa politica u Makijavelijevoj Mandragoli", *Politička misao* 3/2020, 31-59.

Бертранд Расел, *Историја западне филозофије и њена повезаност са политичким и друштвеним условима од најранијег доба до данас*, превод Данира Парента, Београд 1998.

Dario Galić, Bojan Rizvan, „Aristotel: O duši", *Spectrum* 1-4/2009, 81-86.

Friedrich Meinecke (Fridrih Majneke), *Machiavellism – The Doctrine of Raison D' Etate and it's Place in Modern History*, New Haven 1962.

Peter Donaldson (Питер Доналдсон), *Machiavelli and Mystery of State*, New York 1992.

Phillip Harris, Machiavelli, „Marketing and management: Ends and means in public affairs", *Journal of Public Affairs* 7-2/2007, 181-191.

Raymond Angelo Belliotti, *Machiavelli's Secret – The Soul of the Statesman*, New York, 2015.

Vjekoslav Arfić, „Koncept društvene strukture i strukturalna analiza u sociologiji", *Revija za sociologiju* 1-2/1987, 49-62.

Игор Живановић, „Платон, Макијавели и макијавелизам“, *Филозофија и друштво* 3/2011, 45-67.
Коста Чавошки, „Макијавелијев антрополошки песимизам“, *Анали Правног факултета Универзитета у Београду* 1-4/2001, 334-349.
Miguel E. Vatter, *Between form and event – Machiavelli's Theory of Political Freedom*, Dordrekht 2000.
Милош Ђурић, *Историја хеленске етике*, Београд 1997.
Мирољуб Симић, Срђан Ђорђевић, Дејан Матић, *Увод у право*, Крагујевац 2017.
Николо Макијавели, *Владалац*, превео Б. Јанковић, Земун 2002.
Слободан Перовић, „Природно право и стварност“, *Правни живот* 9/2017, 7-159.
William B. Parsons, *Machiavelli's Gospel – The Critique of Christianity in The Prince*, New York 2016.

Milivoje B. Lapčević
University of Kragujevac
Faculty of Law
mlapcevic@jura.kg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-5781-9218

Chronology of Niccolo Machiavelli's Anthropological Pessimism

***Abstract**: The point of the article is to determine and consider the Niccolo Machiavelli's ideas about the human nature. N. Machiavelli believed that historical patterns repeat cyclically over the time. Therefore, the key to consideration hypotheses about the negative human nature, which is especially manifested in politics, was historical method. As the foundation of Machiavelli's theory is seen through a pessimistic view based on human nature, the genesis of this idea's development is revealed through chronology. The research focuses on several segments. First is presented the basic idea and assumption of human political nature in antiquity. The ideas of ancient thinkers are presented as an introduction to the thought of N. Machiavelli. A detailed account of the consideration of social life through the philosophical thought of Aristotle, shows the first ideas and explanation of the negative nature of people in politics. As the detailed historical method was the way of understanding N. Machiavelli's concretization of ancient ideas shows more clearly the way of thinking of anthropological pessimism. The Principe, as the key work N. Machiavelli's is considered through a comparative analysis with the rest of the written legacy. After determining the thought of N. Machicavelli the entire idea of anthropological pessimism is linked to human rights and the chronology that follows the development of mechanisms for the protection of this set of rights. New facts and understanding of anthropological pessimism are presented as an opportunity for better acquaintance, but also for better normalization of relations within the framework of functioning of the social community.*

***Keywords**: anthropological pessimism, antiquity, Machiavelli, human rights, politics.*

Датум пријема рада: 03.11.2023.
Датум достављања коначне верзије рада: 13.11.2023.
Датум прихватања рада: 16.11.2023.

Оригиналан научни рад 342.9(430)
doi:10.5937/zrpfns57-46770

Ратко С. Радошевић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
R.Radosevic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-5011-0748

НЕМАЧКО УПРАВНО СУДСТВО:
ОСНОВИ ЈЕДНОГ СИСТЕМА

Сажетак: *Предмет рада су основна обележја немачког система судске контроле управе. Рад је подељен у неколико целина. Најпре се описује настанак и развој немачког управног судства, како би се указало на историјску подлогу данашњег система и његових главних одлика. Наредни део посвећен је положају и организацији управног судства, које се, у духу германског приступа судској контроли управе, сматра издвојеном граном судске власти. Суштина немачког управног спора – свеобухватна правна заштита странке у односима са управом – обрађена је у следећем делу. Објашњење основних обележја немачког управног судства завршава се поступком пред управним судовима – његовим максимама, грађанскоправним узорима и суптилном везом са управним поступком.*

Кључне речи: *Судска контрола управе, управни спор, управно судство, германски систем судске контроле управе, немачко управно судство.*

1. УВОД

У материји судске контроле управе, немачко управно судство заузима истакнуто место. За правне писце из наше земље, оно је нужна тема истраживања, с обзиром на то да и наша земља припада германском систему судске контроле управе. Испољен у немачкој и аустријској варијанти, овај систем издваја се по томе што у њему контролу управе врше посебни судови – управни – који се сматрају делом судске власти.

Критеријум који издваја германски систем судске контроле управе пружа тачну, али веома упрошћену слику о немачком управном судству. Он нам указује на положај управних судова, али нам не говори довољно о положају

странака, суштини управног спора и начину на који се управни спорови решавају. Без одговора на та питања, међутим, немачко управно судство не може истински да се спозна и разуме. Зато би на страницама које следе требало да погледамо испод површине једног система и откријемо његова основна обележја, надограђујући почетне и недовољне представе.

На путу ка остваривању постављеног циља и задатка, кренућемо од настанка и развоја немачког управног судства. Сложеност овог историјског развоја можда ће нас на том путу задржати мало дуже, али ће нам омогућити да боље спознамо оно што након тога следи: важеће немачко право о управним споровима и теоријске ставове немачких аутора, који би у сагледавању правог значења тамошњих правних норми требало да нам помогну. У сазнавању основних обележја немачког управног судства пратиће нас и претпоставка у складу са којом његова суштина није само у положају управних судова, него и у положају странке. Идеја о свеобухватној правној заштити странке у односима са управом опредељује сврху немачког управног спора и даје му основу, на којој је, по угледу на грађанскоправну заштиту и правила грађанског процесног права, изграђен и поступак пред управним судовима.

2. НАСТАНАК И РАЗВОЈ НЕМАЧКОГ УПРАВНОГ СУДСТВА

Када пишу о историјском развоју свог управног судства, немачки аутори неретко се враћају далеко у прошлост, у време сталешке државе, иако тада о управном праву, у данашњем смислу тих речи, не би ни могло да се говори. Зачетке судске контроле управе проналазе у Светом римском царству немачког народа, још на почетку новог века, када су 1495. и 1501. године основана два царска суда. Њихов задатак, између осталог, био је да контролишу управну делатност, која се вршила у име обласног господара (кнеза).[1] Правна заштита пред овим судовима постојала је онда када се тужилац позива на стечена права, а таква права могли су да истичу и поданици, чак и према свом кнезу.[2] Решавање спорова између поданика и обласних господара пред царским судовима дало је Светом римском царству немачког народа, према речима Валтера Јелинека, карактер „старије државе правосуђа“.[3]

[1] Hans J. Wolff, *Verwaltungsrecht III (Ordnungs- und Leistungsrecht, Verfahrens- und Prozessrecht)*, München und Berlin 1967, 354.

[2] Clemens Ladenburger, „Die Paulskirchenverfassung in der Genese des deutschen Verwaltungsrechtsschutzes – Episode oder Wegbereiter?“, *Der Staat*, 3/2002, 409.

[3] „Под државом правосуђа подразумева се уређење односа између јавне власти и грађана на такав начин да редовни судови одлучују и о споровима из тих односа.“ (Walter Jellinek, *Verwaltungsrecht*, Berlin 1931, 81) Позитивно искуство са царским судовима створило је дубоке историјске корене немачког поверења у правосуђе. (Bernhard Diestelkamp, „Die historischen Wurzeln der deutschen Rechtsstaatskonzeption“, *Der Staat*, 4/2012, 591, 593)

Слабљење царске власти и јачање власти обласних господара постепено је сужавало могућност поданика да се обрате царским судовима, који су укинути 1806. године, онда када је и старо Немачко царство престало да постоји.[4] Државу правосуђа временом је заменила полицијска држава, у односу на коју се поданици налазе у положају безусловне потчињености.[5] У апсолутној држави правна заштита поданика сводила се углавном на другостепену заштиту, пред вишим управним властима.[6] Судска заштита, истина, још увек је постојала, али је попримила специфичан облик, који се заснивао на теорији фиска. Овај појам, преузет из периода позне антике, омогућио је поданицима судску заштиту у свим правним односима са државом који су имали имовинскоправни карактер. Конструкција фиска, као посебне правне личности државе, уз ону која је носилац суверене власти, све имовинскоправне спорове претворила је у приватноправне и подвела их под надлежност редовних судова.[7]

Појединци нису имали могућност да побијају акте управе пред независним судством ни у првој половини 19. века, када је већ почео да се спроводи принцип законитости управе – у складу са којим је управи за свако задирање у слободу и право својине грађана потребно законско овлашћење.[8] Северне немачке државе, додуше, попут Пруске, увеле су правну заштиту појединаца пред редовним судовима, али веома сужену и претворену у изузетак, напослетку окарактерисан као Пирова победа за судску контролу управе. У јужним немачким државама, насупрот томе, контрола управе била је уређена под француским утицајем, нарочито израженим у време Рајнског савеза, који се налазио под француским протекторатом. У њима, по угледу на француски Државни савет, контролу управе, у формално обликованом поступку, вршила су посебна тела унутар саме управе, која нису уживала судску независност. Један од познатијих примера таквог тела био је Тајни савет, основан у Виртембергу.[9]

На различит приступ судској контроли управе надовезала се и тадашња правна теорија. Једна група аутора залагала се за идеју административног правосуђа, разумевајући под судским стварима једино спорове између приватних лица. Споровима у области ауторитативне управе приписивали су принципијелно другачији карактер, који захтева да буду решени у оквирима саме управе, мада у посебном поступку и од стране посебних тела. Супротан

[4] H. J. Wolff, 354-355.

[5] W. Jellinek, 85.

[6] H. J. Wolff, 355.

[7] Ernst Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, München und Berlin 1966, 106-107.

[8] H. J. Wolff, 355.

[9] C. Ladenburger, 410-411. Тајни савет исправа је постојао и у Баварској, да би касније на његово место ступило тело које је и дословно носило име свог француског узора – „Државни савет“. (Ludwig Aug. Müller, „Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bayern“, *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, 3/1879, 2)

став истицали су претежно либерални правни мислиоци, којима се чинило да је појам административног правосуђа противречан. Њихова средишња критика административног правосуђа заснивала се на недостатку независности и непристрасности у решавању спорова. У духу старе идеје о држави правосуђа, залагали су се за опсежну и јединствену надлежност редовних судова у свим споровима – укључујући начелно и оне јавноправног карактера, у којима би странка била управа, као носилац ауторитативних овлашћења.[10]

Незадовољавајуће и различито стање у погледу судске контроле управе у појединим државама требало је да буде отклоњено доношењем Устава Немачког царства из 1849. године.[11] Уставом је укинута правна заштита која се остварује унутар саме управе и прописано је да о свим повредама права одлучују судови.[12] О значењу израза „повреде права“ било је различитих схватања у правној теорији, али је преовлађујуће тумачење у овај појам укључивало и јавноправне спорове. Под изразом „судови“ пак подразумевали су се само они редовни.[13] Уставне одредбе, да опет искористимо Јелинеков израз, испољиле су тако идеју „новије државе правосуђа“.[14]

Замисао изражена у Уставу из 1849. године, међутим, није довела до жељених резултата, с обзиром на то да је реализована само у ханзеатским градовима и у неколико мањих немачких држава. У већини држава, бар у почетку, није се променило ништа, а административно правосуђе наставило је да постоји у пређашњем облику. Отуда и широко распрострањена оцена која негира значај наведених уставних норми и њихов утицај на даљи развој судске контроле управе: посматрају се као коначна победа присталица државе правосуђа, али без практичног ефекта.[15]

Иако без директног утицаја на даљи развој судске контроле управе, доношење Устава из 1849. године не би могло да се окарактерише као сасвим безначајно. Расправа која је претходила његовом доношењу оставила је трага и на противнике идеје о држави правосуђа. После тога, тешко да су се и међу њима могли наћи они који су за чисто административно правосуђе, по старом француском моделу. И они су донекле променили мишљење, прихватајући потребу за судском правном заштитом, али посебно организованом и формираном.[16]

---

[10] C. Ladenburger, 411-414.

[11] H. J. Wolff, 355.

[12] Verfassung des deutschen Reiches, *Reichs-Gesetz-Blatt*, 1849, § 182, Abs. 1.

[13] C. Ladenburger, 418-424.

[14] W. Jellinek, 91.

[15] C. Ladenburger, 407, 425. Читава Револуција 1848/49 оцењена је заправо као „пропали покушај да се постигне слобода и јединство Немачке на путу поретка и законитости“. (Christian Hillgruber, „Deutsche Revolutionen – ‘legale Revolutionen’? Über den legitimatorischen Mehr- oder Minderwert [des Anscheins] verfassungskontinuierlicher Legalität“, *Der Staat*, 2/2010, 69)

[16] C. Ladenburger, 426.

Расправа је заправо постепено прешла на терен разматрања о правној држави, у оквиру којих судска контрола управе добија своје нужно место. Прво начело правне државе је начело законитости управе, а оно захтева преиспитивање управних аката пред независним судовима. Ти судови, међутим, не морају да буде искључиво редовни судови. Правна заштита од незаконитих управних аката може да се оствари и пред посебним судовима, уколико и за њих важи начело судске независности.[17] Основно питање постало је тако следеће: да ли контролу управе треба да врше редовни судови, или посебни, управни? Тадашња правна теорија, представљена најчешће у лику два најзначајнија аутора, Ота Бера и Рудолфа фон Гнајста, понудила је аргументе за оба одговора. За почетак, поједностављено и не сасвим исправно, могло би да се каже да је Ото Бер бранио надлежност редовних судова, док се Рудолф фон Гнајст залагао за оне посебне, управне.[18]

Ота Бера правни писци обично представљају као безусловног присталицу идеје правне државе у којој судску контролу управе врше редовни судови, мада има и оних који такав став не сматрају потпуно оправданим. Тачно је да за Ота Бера нико ко нема увид у суштину државе, који захтева разумевање јавног права, не може да буде ваљан судија ни у области приватног права. Из своје почетне тезе он ипак није извео апсолутне закључке. Ако се полази од тога да редовни судови, опште надлежности, нису подесни да одлучују о питањима јавног права, онда треба да се формирају судови посебно за ту сврху. Другим речима, ако одлуке органа управе о јавним правима не могу да важе као судске пресуде, а доношење тих пресуда не желимо да поверимо ни редовним судовима, онда за Бера, као трећа и једина опција, остаје формирање судова јавног права – али само на нижим нивоима, јер би било боље да у последњем степену постоји јединствени суд.[19]

У оквиру структуре свог посебног управног судства, разлику између највише инстанце и оних нижих правио је и Рудолф фон Гнајст. На највишем нивоу, залагао се за увођење посебног врховног суда, чији су чланови стручњаци у материји права и управе. На нижим нивоима, као управне судове предложио је посебне органе управе, чија би се непристрасност обезбедила придодавањем почасних чланова.[20]

Уопштено гледано, у Немачкој се остварио фон Гнајстов предлог. Основе тог посебног управног судства, које ће се развити у типично немачки систем, први је поставио Баден, 1863. године. Након овог прелудија, управно судство постепено су увеле и бројне друге немачке државе: Пруска 1872/75, Хесен 1874/75, Виртемберг 1876, Баварска 1878, а као последња од већих не-

[17] W. Jellinek, 88-92.
[18] Karl-Peter Sommermann, *Die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Speyer 1994, 4.
[19] W. Jellinek, 91-92.
[20] *Ibid.*, 92.

мачких земаља Саксонија 1900. године.[21] И поред дефинитивног уједињења Немачке 1871. године, до увођења управног судства на централном нивоу власти није дошло. Такво стање, тачније речено, односило се на опште управно судство и није се променило ни након успостављања Вајмарске републике. На централном нивоу постојали су само специјализовани управни судови, за поједине управне области.[22]

Увођење управног судства у немачкој правној теорији оцењује се као „унутрашње политичко помирење“ и излаз из до тада нерешеног стања напетости између схватања о држави правосуђа и административном правосуђу. Оно је израз како либералних захтева за организационим одвајањем управног судства од управе тако и примедаба против задирања судске власти у управну делатност, која служи општем добру.[23] Компромисно решење јасно се одразило на положај управних судова, међу којима су само они највиши сматрани правим судовима, одвојеним од управе, чији чланови уживају независност као и судије редовних судова. Ниже инстанце биле су повезане са управом и нису уживале гаранције независности.[24] У већини немачких земаља улогу нижих управносудских инстанци имали су у ствари органи управе, који су управне спорове решавали у посебном поступку.[25]

Најважније за даљи развој било је пруско управно судство, а стварна независност пруског Врховног управног суда у односу на управу и политичка очекивања јасно је дошла до изражаја већ у првим одлукама.[26] Пруски систем сматра се једним од основних немачких система управног судства,

---

[21] Gernot Sydow, „Die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit im europäischen Rechtsvergleich“, in: *Reformen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Ländern der jungen Demokratie* (Hrsg. Agnieszka Krawczyk), Warszawa 2022, 6. Немачки аутори међу немачким земљама које су у овом периоду увеле управно судство помињу и Аустрију. Треба ипак водити рачуна о томе да је аустријско управно судство од почетка било специфично. Његов развој има свој сопствени ток, који захтева посебно разматрање.

[22] W. Jellinek, 95-96. Овакво стање задржало се и поред тога што је Вајмарским уставом из 1919. године, међу норамама о судској власти, начелно било прописано обавезно постојање управних судова, како на централном, тако и на нивоу земаља. (Die Verfassung des deutschen Reichs – Weimarer Reichsverfassung, *Reichs-Gesetzblatt,* Jahrgang 1919, 152, Art. 107) У уставним одредбама посебно се помињао и Државни управни суд (Управни суд Рајха), али само у вези са учешћем његових чланова у раду Суда за преиспитивање законитости избора, формираног при скупштини. (Weimarer Reichsverfassung, Art. 31) Поједине надлежности тог будућег Државног управног суда, међутим, пренете су на Државни суд (Суд Рајха), који је био део редовног судства. (W. Jellinek, 95)

[23] G. Sydow, 6.

[24] Carl Hermann Ule, *Verwaltungsprozessrecht*, München und Berlin 1966, 2.

[25] Fritz Fleiner, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen 1913, 239.

[26] Eckart Hien, *150 Jahre deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Vortrag, gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 9. Oktober 2013 im OVG Berlin-Brandenburg, De Gruyter, Berlin-Boston 2014, 13-14.

уз јужнонемачки, који се заснива на аустријском примеру. Основни задатак пруског управног судства, по угледу на француско, а супротно од аустријског, није се првенствено састојао у заштити субјективних јавних права – већ у објективној контроли активне управе. Тако схваћену сврху пруског управног судства пратио је принцип енумерације у вези са покретањем управног спора.[27] Уз одређене изузетке, принцип енумерације био је шире заступљен и карактеристичан за већину немачких земаља.[28]

Компромисна решења и мешање различитих система довели су до дилема о истинском карактеру немачког управног судства, који тадашња правна теорија није успела да одреди до краја јасно, јединствено и недвосмислено. Од Ота Мајера сазнајемо тако да се код правне заштите у управним стварима не ради о заштити субјективних права, него о заштити која се остварује правно уређеним путем.[29] Тај правно уређени пут, поступак у којем учествује и сама странка, преузет од судства, одлучујући је састојак појма управноправне заштите, коју пружају управни судови. Пружање управноправне заштите, међутим, Мајер дефинише као делатност издавања управних аката. Управни судови стога представљају органе управе, а њихове пресуде имају правну природу управних аката, специфичних по томе што се доносе у управносудском поступку.[30]

За разлику од Ота Мајера, у духу јужнонемачког учења, Фриц Флајнер сматра да је главни задатак управног судства баш у заштити субјективних права грађана. Он тврди да је увођење управног судства у Немачкој произашло из тежње да се субјективна права грађана заштите од грешака и злоупотреба органа управе. Управни судови, према свом историјском пореклу и целокупном устројству, нису виши органи управе, већ органи који пружају правну заштиту.[31] Чак и ако према свом положају припадају органима управе, а не редовним судовима, они врше судску функцију, те у случају спора судски утврђују шта је правно.[32]

---

[27] H. J. Wolff, 356.

[28] C. H. Ule, 21; F. Fleiner, 242-243. Понекад се, међутим, чак и за пруски систем каже како је имао мешовити карактер, с обзиром на то да је у оквиру у основи прихваћеног принципа енумерације постојала генерална могућност побијања једне важне категорије управних аката – оних полицијских. (W. Jellinek, 313)

[29] Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I. und II. Band, Unveränderter Nachdruck der 1924 erschienenen 3. Auflage, Berlin 2004, 122.

[30] *Ibid.*, 137-138. Одлучујући састојак управноправне заштите Мајер наглашава и на следећи начин: „Читава управноправна заштита почива на преношењу низа појмова и установа грађанског процесног права на делатност оних органа управе који су означени као управни судови.“ (Otto Mayer, „Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen“, *Archiv für öffentliches Recht*, Vol. 21, 1/1907, 1)

[31] F. Fleiner, 243-245.

[32] *Ibid.*, 237.

На решавање спорова указује и Валтер Јелинек. Решавање спорова, и то најчешће оних о субјективним правима, типичан је задатак управног судства. Спорови се, такође по правилу, решавају судском одлуком, која, супротно ономе што тврди Ото Мајер, само изузетно има карактер управног акта, онда када је донета у форми конститутивне пресуде којом се ствара нови правни однос (у спору пуне јурисдикције, рекли бисмо имајући у виду разумевање овог појма у нашем праву). Управносудску заштиту Јелинек описује као пресликавање редовне судске заштите, за спорове управног права, али унутар управе, бар када је у питању почетни период развоја и имајући нарочито у виду положај нижих управних судова.[33]

Од тог почетног периода и доминације фон Гнајстовог модела, увођење управних судова у Хамбургу, 1921. године, и Бремену, 1924. године, ханзеатским градовима са дугом традицијом контроле управе од стране редовних судова, могло је да укаже на нешто другачији развој управног судства – како у погледу положаја управних судова тако и у погледу принципа генералне клаузуле, који је у Хамбургу и Бремену био формулисан тако да обухвати све спорове јавног права.[34] До даљег развоја у том правцу, међутим, није дошло, с обзиром на то да је уследио период националсоцијализма, у којем је судска контрола управе, према Волфовим речима, била противна захтеву за остваривањем тоталне власти.[35]

Управно судство, истина, постојало је и у време националсоцијализма. Парадоксално, у овом периоду, 1941. године, остварена је чак и замисао о оснивању Државног управног суда (Управног суда Рајха), спајањем пруског Врховног управног суда, Управног суда у Бечу и специјализованих управних судова на централном нивоу власти. Управно судство формално је укинуто тек 1944. године. Но и пре формалног укидања, установа управног судства претрпела је бројна ограничења. Нека су дошла као последица за Немачку карактеристичног принципа енумерације у вези са покретањем управног спора; и лична независност судија била је ограничена њиховим лакшим премештајем; од 1939. године могућност покретања управносудског поступка била је напослетку условљена дозволом другостепеног органа управе.[36] Захваљујући свему томе, управно судство постало је безначајно у областима које су одлучујуће за правну заштиту појединаца, а у осталим материјама било је веома ослабљено.[37]

Управно судство поново је уведено после Другог светског рата, али на необичан начин, имајући у виду специфичне историјске околности. Најпре

[33] W. Jellinek, 299-305.
[34] *Ibid.*, 93, 96, 314-315.
[35] H. J. Wolff, 357.
[36] E. Hien, 19-20.
[37] K. P. Sommermann, 6.

је уведено у појединим окупационим зонама, да би доношењем Основног закона, 1949. године, коначно била постављена основа за јединствено уређење управног судства у Савезној Републици Немачкој, надограђена оснивањем Савезног управног суда, 1952. године. После искустава из периода Трећег рајха, посебан значај имале су гаранције независности судства и делотворна правна заштита појединаца од незаконитог задирања у њихову правну сферу. Уставом из 1949. године заштита грађана пред управним судовима била је предвиђена и у Немачкој Демократској Републици, али је била потпуно укинута већ 1952. године, као неспојива са принципом социјалистичке државне власти. Тек након уједињења, после више деценија, систем управног судства који је изграђен у Западној Немачкој прошириће се и на област Источне Немачке.[38] То је и данас важећи систем, успостављен савезним Законом о управним судовима из 1960. године.[39]

Једнообразно уређење управног судства дефинитивно је уклонило раније разлике између појединих земаља и решило дилеме које су постојале због те расцепканости. Почетни компромис и мешавина разних приступа на крају су ипак успешно довели до успостављања јединственог система, јасно опредељених обележја. О тим обележјима, типично немачког система, сажето би, пре детаљнијег објашњења, могло да се напише неколико следећих реченица. Немачко управно судство, гледано у целини, од најнижих до највиших инстанци, посебна је грана судске власти, одвојена и од редовног судства и од управе. Његова сврха огледа се у правној заштити појединаца, која је превагнула над идејом објективне контроле управе. Као установа правне заштите, управно судство заснива се на свеобухватно прихваћеној генералној клаузули у вези са покретањем поступка пред управним судовима, чврсто укорењеног у правилима парничног поступка.

3. ПОЛОЖАЈ И ОРГАНИЗАЦИЈА УПРАВНОГ СУДСТВА

Немачко управно судство, обликовано дугим и особеним историјским развојем, на крају је јасно и отворено заузело своје место унутар судске власти. То нам наглашава и почетна одредба Закона о управним судовима, према

[38] *Ibid.*, 7-11.

[39] Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991 (*BGBl.* I S. 686), die zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 14. März 2023 (*BGBl.* 2023 I Nr. 71) geändert worden ist. Доношењем Закона о управним судовима, савезна власт искористила је своју законодавну надлежност, која се у погледу устројства судова и судских поступака сматра конкурентном у односу на надлежност појединих земаља. (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland [GG] in der im *Bundesgesetzblatt* Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 19. Dezember 2022 [*BGBl.* I S. 2478] geändert worden ist, Art. 74, Abs. 1, Nr. 1)

којој управносудску власт врше независни судови, одвојени од органа управе.[40] Њихов положај не разликује се од положаја осталих судова, а одредбе Основног закона о судској власти, укључујући и оне које гарантују начело независности судија, важе и за управне судове.[41]

Особеност немачког управног судства заокружена је тиме што су управни судови одвојени и од осталих судова. Управно судство посебна је грана судске власти, на челу са Савезним управним судом, који се сврстава међу највише немачке судове.[42] Да будемо још прецизнији, ова засебна организација судске власти сматра се општим управним судством, с обзиром на то да се карактер управног судства, али специјализованог за уже управне области, приписује још двема посебно издвојеним категоријама судова: социјалним и финансијским.[43] Када говоримо о управном судству, дакле, тај израз употребљавамо условно, како бисмо означили управно судство опште надлежности, остављајући по страни оно специјализоване надлежности, у наведеним областима, за које важе посебна правила.[44]

[40] VwGO, § 1.

[41] GG, Art. 92, 97.

[42] GG, Art. 95, Abs. 1.

[43] K. P. Sommermann, 25-26. Немачко правосуђе обухвата пет посебних грана судске власти. Поред редовних судова и судова за решавање радноправних спорова, постоје и три категорије судова јавноправног карактера: управни, социјални и финансијски. (G. Sydow, 2) У оквиру сваке од тих грана, судску власт врше судови појединих земаља, а на врху се, као највиши, налазе посебни савезни судови, предвиђени Основним законом: Савезни суд, Савезни суд рада, Савезни управни суд, Савезни социјални суд и Савезни финансијски суд. (GG, Art. 95, Abs. 1) Њима се придружује и уставно судство, на нивоу савеза и земаља. (G. Sydow, 2)

[44] Та посебна правила прописана су Законом о социјалним судовима и Законом о финансијским судовима. Социјални судови су управни судови посебне надлежности, независни и одвојени од органа управе. Организовани су у три степена: уз Савезни социјални суд, на нивоу земаља постоје социјални судови и земаљски социјални судови. (Sozialgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. September 1975 [*BGBl*. I S. 2535], das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 19. Juni 2023 [*BGBl*. 2023 I Nr. 155] geändert worden ist, §§ 1-2) Финансијски судови такође су дефинисани као посебни управни судови, независни и одвојени од органа управе. Распоређени су у два степена: на нивоу земаља постоје финансијски судови, као виши земаљски судови, а на савезном нивоу образован је Савезни финансијски суд. (Finanzgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. März 2001 [*BGBl*. I S. 442, 2262; 2002 I S. 679], die zuletzt durch Artikel 13 Absatz 3 des Gesetzes vom 10. März 2023 [*BGBl*. 2023 I Nr. 64] geändert worden ist, §§ 1-2) Како би се постигла уједначена оптерећеност судова који припадају различитим гранама управног судства, постојала је у одређеним периодима идеја о њиховом спајању у јединствено судство. Идеја о спајању судова на нивоу земаља била је изражена чак и у једном нацрту закона из 2004. године. Спојени судови, према овом нацрту, требало је да добију нови назив: првостепени судови требало је да се зову „јединствени специјализовани судови“, а другостепени „јединствени виши специјализовани судови“. Ови називи оштро су критиковани као непримерени, с обзиром на то да не указују на функцију коју „јединствени специјализовани судови“ треба да врше: „У целом свету судови који се обједињено баве општим управним правом, пореским правом или социјалним правом зову се *управним судом* [...]. Зашто би требало да се одрекнемо овог уобичајеног и јасног

Односи између различитих грана судске власти уређени су тако да се избегне класичан и уобичајен сукоб надлежности. Када се судови једне гране судске власти изјасне о својој надлежности, судови који припадају осталим гранама везани су том одлуком. То важи за обе варијанте судског изјашњења: и онда када се правноснажно огласе надлежним за решавање спора и онда када, због ненадлежности, проследе предмет другој грани судства.[45]

Немачко управно судство устројено је у три степена. На нивоу земаља постоје две инстанце, које се састоје од управних судова и једног вишег управног суда. Трећи степен резервисан је за савезни ниво и поменути Савезни управни суд.[46] Оснивање и укидање управних судова на нивоу земаља врши се законом. Поједине земље имају могућност да оснују заједнички суд или заједничка судска већа, као и да се договоре о проширењу подручја месне надлежности својих судова, а то може да важи и само за поједине материје.[47] Круг савезних судова, међу којима се налази и Савезни управни суд, дефинисан је Основним законом и може да се промени само изричитом изменом уставног текста.[48]

Израз који се користи за првостепене управне судове немачки аутори понекад сматрају невешто изабраним, зато што ни по чему није специфичан – поклапа се са општим изразом, којим би могли да се означе сви управни судови, гледано у целини. Зато би, сматрају, заједнички израз за све управне судове требало да гласи „судови општег управног судства“, а ради једноставности може да се говори и о управним судовима у ужем и ширем смислу речи.[49] У складу са Законом о управним судовима, за виши управни суд поједине земље могу да задрже и стари назив – „врховни управни суд“.[50]

Претпоставка надлежности за решавање управних спорова важи у корист управних судова земаља. Они, по правилу, решавају управне спорове у првом степену. Виши управни судови земаља и Савезни управни суд надлежни су за решавање управних спорова у првом степену само изузетно, у таксативно набројаним случајевима. Редовно пак одлучују о правним средствима: виши управни судови о жалби, као другостепени, а Савезни управни

термина?“ (E. Hien, 28-29) Слични предлози постојали су и у погледу јединственог нормирање поступка пред овим судовима, али се ни они нису остварили. (K. P. Sommermann, 28-30)

[45] Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 1975 (*BGBl*. I S. 1077), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 19. Dezember 2022 (*BGBl*. I S. 2606) geändert worden ist, § 117a, Abs. 1-2.

[46] VwGO, § 2.

[47] VwGO, § 3. Како обавеза увођења двостепеног управног судства нарочито оптерећује мање државе чланице, Доња Саксонија и Шлезвиг-Холштајн договориле су се о оснивању заједничког вишег управног суда. (C. H. Ule, 41)

[48] C. H. Ule, 42.

[49] H. J. Wolff, 363.

[50] VwGO, § 184.

суд о ревизији, као трећа и последња инстанца.[51] Првостепени и виши управни судови баве се и правним и чињеничним питањима; као ревизиона инстанца, Савезни управни суд решава искључиво правна питања, контролишући примену савезног права.[52]

Поменута правила о спречавању сукоба надлежности и односима између судова који припадају различитим гранама судске власти, сходно би требало да се примене и на односе унутар управног судства, између самих управних судова. Чини се да тако бар пише у Закону о управним судовима, у погледу стварне и месне надлежности.[53] Пише, међутим, још нешто, не сасвим јасно и са тим подударно. Уколико се, унутар управног судства, различити судови правноснажно огласе надлежним, или ненадлежним, онда надлежан суд одређује непосредно виши управни суд, а тиме, ако ствари назовемо правим именом, решава и сукоб надлежности између њих.[54]

Немачко управно судство заснива се на принципу колегијалног одлучивања, у оквиру судских већа. Испрва је то важило искључиво, јер у управним споровима није постојао институт судије појединца.[55] Данас је тај принцип мало измењен, бар када су у питању првостепени и виши управни судови. Управне спорове првостепени управни судови решавају у већу које се састоји од пет чланова: три члана су професионалне, а два почасне судије. Но судско веће, по правилу, требало би да пренесе спор на решавање једном свом члану, као судији појединцу, онда када у конкретној ствари нема чињеничних и правних потешкоћа, а правна питања која се постављају немају начелан значај.[56]

Виши управни судови имају сенате, који се састоје од три члана и сви чланови су професионалне судије. Законодавством појединих земаља може да се пропише и другачији састав, који би укључивао пет чланова, од којих

---

[51] VwGO, §§ 45-50.

[52] H. J. Wolff, 363-364.

[53] VwGO, § 83.

[54] VwGO, § 53, Abs. 1, Nr. 4-5. Непосредно виши суд одредиће ко је надлежан за вођење управног спора у још неколико случајева: онда када је иначе надлежан суд у конкретном случају правно или чињенично спречен да води спор; онда када због граница различитих судских подручја није јасно који је суд надлежан; и онда када у складу са критеријумима за одређивање месне надлежности у обзир долази више судова. (VwGO, § 53, Abs. 1, Nr. 1-3) Уколико према законским критеријумима месна надлежност уопште не може да се одреди, надлежан суд одређује Савезни управни суд. (VwGO, § 53, Abs. 2) Вишу инстанцу или Савезни управни суд може да призове сваки учесник у спору и сваки суд који се тим спором бави, а призвани суд може да одлучује без одржавања усмене расправе. (VwGO, § 53, Abs. 3)

[55] C. H. Ule, 43.

[56] VwGO, § 5, Abs. 3, § 6, Abs. 1. Почасне судије не учествују у доношењу закључака ван усмене расправе, као ни онда када се одлуке доносе без одржавања усмене расправе, у стварима у којима је чињенично стање јасно и нема посебних чињеничних или правних потешкоћа. (VwGO, § 5, Abs. 3 i. V. m. § 84, Abs. 1)

онда два члана могу да буду и почасне судије. У случајевима првостепене надлежности вишег управног суда, сенат може да има чак седам чланова, од којих су пет професионалне, а два почасне судије. У једном делу тих случајева, међутим, сенат може да пренесе спор на решавање и једном свом члану, као судији појединцу, под истим условима под којима би судско веће првостепеног управног суда то требало да уради.[57]

Сенати постоје и у Савезном управном суду и састављени су искључиво од професионалних судија. Сенат Савезног управног суда има пет чланова, а када се доноси закључак ван усмене расправе – три. Мањи број чланова – три – сенат може да има и онда када Савезни управни суд одлучује у првом и последњем степену, у тачно наведној групи случајева, под условом да се и овде ради о конкретној ствари у којој нема чињеничних и правних потешкоћа, а правна питања која се постављају немају начелан значај.[58]

4. ПРАВНА ЗАШТИТА ПРЕД УПРАВНИМ СУДОВИМА

Смештање немачког управног судства у оквире судске власти пратила је јасна идеја о његовој сврси, која се огледа у заштити субјективних јавних права.[59] Та идеја почива на Основном закону, у складу са којим свако коме јавна власт повреди права може да оствари правну заштиту. Она се, супсидијарно, уколико не постоји неки други правни пут, остварује редовним правним путем.[60] Уставна гаранција правне заштите, према речима немачких аутора, „крунисала“ је правну државу и одиграла кључну улогу у нормирању судске контроле управе. Из ње, изведен је захтев за постојањем свеобухватне и делотворне управносудске заштите, без празнина.[61]

Свеобухватна правна заштита у управном спору заиста је и успостављена Законом о управним судовима, тако да је супсидијарна надлежност редовних судова остала без практичног значаја.[62] Обим управносудске за-

[57] VwGO, § 9, Abs. 3-4.

[58] VwGO, § 10, Abs. 3-4.

[59] G. Sydow, 15.

[60] GG, Art. 19, Abs. 4. Израз „права“ употребљен у Основном закону не обухвата искључиво уставом гарантована основна права, већ се односи на сва права која су призната правним поретком, а пре свега на она која су означена као субјективна јавна права. (K. P. Sommermann, 15) Под појмом правног пута подразумева се заправо надлежност једне гране судске власти. Правни пут одређује надлежну грану судства, а тиме и процесна правила, која треба да се примене. (H. J. Wolff, 367-368) Појам правног пута, који дефинише надлежност једне гране судства, гледано у целини, разликује се, дакле, од појма надлежности појединих судова, унутар тог судства. (C. H. Ule, 20)

[61] K. P. Sommermann, 11.

[62] *Ibid.*, 30-31.

штите нормиран је принципом генералне клаузуле, без које, како тврде немачки аутори, не би могла да се испуни суштина правне државе.[63] По том принципу, правни пут пред управним судовима отворен је за све јавноправне спорове који немају уставноправни карактер, уколико законом (савезним, или законима појединих земаља, у области њиховог права) нису изричито додељени неком другом суду.[64] Изричито је наглашено да тај правни пут важи и за спорове који произлазе из јавноправних уговора, јер се имовинскоправни спорови иначе – разумљиво, ако се сетимо утицаја старе теорије фиска – решавају пред судовима опште надлежности, чак и онда када произлазе из повреде јавноправних обавеза.[65]

Јавноправна природа једног спора није дефинисана неком општеважећом формулом. Често је очита, јер се, рецимо, пред управним судовима побија управни акт. У многим случајевима, међутим, може да буде проблематична, нарочито онда када су предмет спора појединачни акти и радње управе без непосредног правног дејства. У таквим случајевима, природа једног спора одређује се коришћењем различитих теорија, које и иначе служе за разграничење јавног и приватног права. Неке од њих заступљеније су од осталих, попут теорије субординације или теорије посебног права (новије, односно модификоване теорије субјекта), али се не употребљавају искључиво. Користи се она теорија која је најпримеренија конкретном случају и која највише одговара његовим специфичним својствима.[66]

Уставноправни спорови такође су јавноправни, али нису у надлежности управних судова. Уставноправним споровима сматрају се они јавноправни спорови који су непосредно везани за уставноправне норме и то у двоструком смислу речи: спор је уставноправни онда када учесници у спору своје правно постојање изводе директно из уставноправних норми, а примена и тумачење тих норми чине срж спора.[67]

---

[63] C. H. Ule, 10-12.

[64] VwGO, § 40, Abs 1. Знатан број јавноправних спорова законом је додељен другим судовима. Ту се не убрајају само они спорови који су стављени у надлежност социјалних и финансијских судова, већ и јавноправни спорови који су изричито додељени редовним судовима. (K. P. Sommermann, 32) И обрнуто је, наравно, могуће. Постоје спорови који су законом изричито стављени у надлежност управног судства, иако се не уклапају у дефиницију управносудског пута. У таквим случајевима говори се о управносудским стварима на основу додељивања. (C. H. Ule, 24)

[65] VwGO, § 40, Abs 2. Према немачком Закону о управном поступку, јавноправни уговор је уговор којим се заснива, мења или укида правни однос у области јавног права. (Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVfG] in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 [*BGBl*. I S. 102], das zuletzt durch Artikel 24 Absatz 3 des Gesetzes vom 25. Juni 2021 [*BGBl*. I S. 2154] geändert worden ist, § 54, S. 1)

[66] Steffen Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, München 2015, 539-549.

[67] *Ibid*., 550-551.

Управносудска заштита остварује се у облику више различитих тужбених захтева, којима се, уједно, ближе одређује и предмет управног спора. Према садржини правне заштите коју тужилац тражи, у управном спору, по угледу на парнични поступак, издвајају се три основне врсте тужбених захтева: конститутивни (за правни преображај), кондемнаторни (за осуду на чинидбу) и декларaторни (за утврђење). У виду једног од тих захтева, испољавају се и основне врсте тужби у управном спору, које обухватају: тужбу за побијање управног акта, тужбу за осуду на издавање управног акта, општу тужбу за осуду на чинидбу и тужбу за утврђење. Њима се придодаје и један посебан захтев, који омогућава контролу правних прописа.[68]

Тужбом за побијање управног акта (*Anfechtungsklage*) захтева се од суда да стави ван снаге одређени управни акт.[69] Ова класична тужба у управном спору има карактер тужбе за правни преображај, односно конститутивне тужбе. Њоме се оспорава конкретан захват управе у правни положај тужиоца. Примењује се онда када се тражи стављање ван снаге позитивног и обавезујућег управног акта, у областима у којима је управа овлашћена на ограничење права и наметање дужности странкама.[70]

Са управним актима, али у супротном смеру, повезује се и друга тужба (*Verpflichtungsklage*), којом се захтева њихово издавање, због претходног одбијања, односно ћутања.[71] За разлику од прве, ова тужба има карактер тужбе за осуду на чинидбу. Она није усмерена на то да се управни акт, неповољан за странку, стави ван снаге; усмерена је на то да се изда управни акт, повољан за странку. Ради се о посебном виду кондемнаторне тужбе, којом се, по правилу, тражи осуда на издавање овлашћујућег управног акта.[72] Користи се у два случаја: онда када је захтев странке за издавање управног

[68] K. P. Sommermann, 34. Према једној одлуци Савезног управног суда, врсте тужби у управном спору ограничене су на оне предвиђене Законом о управним судовима. Суд је, дакле, мишљења да у управном спору не постоје неке друге врсте тужби. У правној теорији претежно се заступа другачији став, у складу са којим управносудска заштита мора да буде доступна и онда када није дозвољена нека од законом нормираних тужби. Тада би морала да буде дозвољена посебна врста тужбе, *sui generis*, зато што је то последица уставноправне гаранције и генералне клаузуле у управном спору. (S. Detterbeck, 627) Дозвољене би морале да буду и друге врсте тужби, ако се њима захтева правна заштита у оквиру генералном клаузулом дефинисаног управносудског пута. (K. P. Sommermann, 33)

[69] VwGO, § 42, Abs. 1. Законска дефиниција управног акта мора да се потражи у Закону о управном поступку. Тамо пише да је управни акт свака одлука или нека друга ауторитативна мера коју орган доноси како би уредио један појединачан случај у области јавног права, која има непосредно и спољно правно дејство. (VwVfG, § 35, S. 1)

[70] C. H. Ule, 101; H. J. Wolff, 402.

[71] VwGO, § 42, Abs. 1.

[72] C. H. Ule, 102; H. J. Wolff, 411.

акта изричито одбијен, негативним управним актом, или онда када по захтеву странке није ни поступљено.[73]

Уколико законом није прописано другачије, дозвољеност обе врсте тужби условљена је повредом права тужиоца, која је последица издавања неповољног или неиздавања повољног управног акта.[74] Повређена права тужиоца обухватају сва субјективна јавна права, тј. све појединачне интересе које правни поредак признаје као интересе вредне правне заштите.[75] Повреда права не мора да буде потпуно извесна, јер је то већ питање основаности тужбеног захтева, али ни проста тврдња тужиоца о томе није довољна – потребно је да она буде уверљива. У складу са владајућом теоријом могућности, потребно је заправо, али и довољно, да се повреда права учини могућом.[76] У контексту посебне тужбе за осуду на чинидбу, ова могућност цени се спрам тога да ли тужилац има право да захтева издавање управног акта.[77]

Уз посебну, постоји и општа кондемнаторна тужба (*allgemeine Leistungsklage*), која више није повезана са издавањем управних аката. Њоме се, уопштено гледано, захтева осуда на одређено чињење, нечињење или трпљење.[78] По правилу, ради се о вршењу или пропуштању одређених радњи управе. За разлику од претходних, општа тужба за осуду на чинидбу Законом о управним судовима није нормирана изричито и детаљно, али се њена дозвољеност претпоставља и изводи из више законских норми. Аналогно тужби за осуду на издавање управног акта, према ставу судске праксе, дозвољеност опште тужбе за осуду на чинидбу зависи од могућности постојања права на одређено понашање управе.[79]

---

[73] S. Detterbeck, 580. У првом случају, када је захтев странке изричито одбијен, тужба истовремено садржи и елемент побијања. Њоме се остварује и додатни циљ – стављање ван снаге негативног управног акта – што већина судова изражава у изреци пресуде. Додатна тужба за побијање негативног управног акта била би стога недозвољена, због недостатка потребе за пружањем правне заштите. (K. P. Sommermann, 44) Према другачијем мишљењу, тужба за доношење управног акта није окренута ка стављању ван снаге негативног управног акта. То је задатак органа управе, који има обавезу да донесе захтевани управни акт, у складу са пресудом, а тиме и обавезу да стави ван снаге њему супротан негативан управни акт. (C. H. Ule, 102)

[74] VwGO, § 42, Abs. 2.

[75] K. P. Sommermann, 36.

[76] S. Detterbeck, 564; K. P. Sommermann, 36; C. H. Ule, 133. Често се код провере могућности повреде права користи теорија адресата: према њој, права адресата обавезујућег (неповољног) управног акта, по правилу, могу да буду повређена. (S. Detterbeck, 564) Слично томе, овлашћење на подношење тужбе по правилу треба да се прихвати и онда када је тужилац поднео захтев за доношење овлашћујућег (повољног) управног акта, али његов захтев није усвојен. (K. P. Sommermann, 45)

[77] S. Detterbeck, 581.

[78] C. H. Ule, 103.

[79] S. Detterbeck, 584-586; K. P. Sommermann, 47-48.

Декларaторна тужба (*Feststellungsklage*) може да се поднесе у два случаја. С једне стране, њоме може да се захтева утврђење постојања или непостојања једног конкретног правног односа. С друге стране, утврђење може да се тиче и ништавости управног акта.[80] Под правним односима мисли се на јавноправне односе: правне везе које произлазе из јавноправних норми, као последица њихове примене на конкретно чињенично стање.[81] Разлози ништавости управног акта прописани су Законом о управном поступку.[82] У оба случаја, тужба је дозвољена уколико тужилац има оправдан интерес за скорим утврђењем.[83] Тај интерес може да буде и финансијски или идеални (политички, културни, религиозни).[84] У првом случају, тужба има супсидијаран карактер: утврђење може да се захтева само онда када тужилац своја права не може, или није могао, да оствари и заштити неком другом врстом тужбе – конститутивне или кондемнаторне природе. За други случај, у којем се захтева утврђење ништавости управног акта, овај додатни услов не важи.[85]

По посебном захтеву, у специфичном облику контроле чији предмет обухвата опште правне акте, виши управни судови одлучују о важењу подзаконских прописа који се доносе на основу Законика о изградњи и других подзаконских прописа појединих земаља, ако је њиховим правом тако одређено. Захтев може да поднесе свако физичко или правно лице, уколико су му права прописом или његовом применом повређена, или могу бити повређена у догледно време. На подношење захтева овлашћени су и органи власти.[86] У питању су органи те конкретне земље, а спорови чији су предмет подзаконски прописи, морају да испуне опште претпоставке управносудске заштите.[87] Сматра се да су оне испуњене онда када је управносудска заштита доступна и за спорове који произлазе из примене подзаконског прописа.[88]

---

[80] VwGO, § 43, Abs. 1.

[81] H. J. Wolff, 399.

[82] VwVfG, § 44.

[83] VwGO, § 43, Abs. 1.

[84] C. H. Ule, 139.

[85] VwGO, § 43, Abs. 2. На управни акт односи се и један посебан вид тужбе за утврђење. У том специфичном облику, тужба за утврђење може да се поднесе онда када је, након претходног подношења тужбе за побијање, а пре доношења пресуде, престало правно дејство управног акта. Суд тада само констатује да је управни акт, који је већ престао да важи, био незаконит. Тужба је дозвољена, као и у осталим случајевима, ако тужилац има оправдан интерес да се незаконитост управног акта утврди. (VwGO, § 113, Abs. 1, S. 4) Исти интерес тужилац може да има и онда када је управни акт престао да важи пре покретања управног спора и подношења тужбе за побијање. Одредбе о утврђењу незаконитости управног акта тада не важе непосредно, али се примењују аналогно. (S. Detterbeck, 614)

[86] VwGO, § 47, Abs. 1-2.

[87] C. H. Ule, 107-108.

[88] S. Detterbeck, 598-599. Управни спорови могу да буду само спорови у којима се врши контрола подзаконских прописа. Такви спорови немају уставноправни карактер. Уколико

У немачкој правној теорији, поједини аутори контролу апстрактних правних норми не сматрају обликом правне заштите.[89] Указује се ипак и на то да је за спровођење ове контроле начелно неопходно постојање потребе за њеним пружањем.[90] Захтев за контролу правних прописа чак се и објашњава као посебан облик тужбе за утврђење, у ширем смислу речи.[91] Када је захтев основан, виши управни суд констатује да правни пропис нема правно дејство, а његова одлука је општеобавезујућа.[92] Захтев је основан онда када оспорени правни пропис није у складу са прописима веће правне снаге.[93]

Гаранције потпуности и делотворности правне заштите нужном су учиниле и привремену правну заштиту, уз ону претходно објашњену, дефинитивну.[94] Привремена правна заштита остварује се на захтев странке, пре покретања или за време спора, првенствено кроз овлашћење управног суда да одложи извршење управног акта, онда када тужба за побијање, изузетно, нема суспензивно дејство.[95] У привремену правну заштиту сврставају се и привремене мере.[96] Оне се изричу у осталим управним споровима, у којима се подноси нека друга врста тужбе, или захтев за контролу правних прописа.[97] Од немачких аутора сазнајемо и то да је привремена правна заштита, иако замишљена као изузетак, временом почела да се намеће као правило, постајући све значајнија.[98]

Границе управносудске заштите повучене су на линији разграничења законитости и целисходности вршења управне делатности. Управни судови контролишу једино законитост – не и целисходност управних аката. У односу на слободну оцену, судско испитивање своди се искључиво на њене законске оквире. Када су органи управе овлашћени на вршење слободне оцене, управни судови проверавају прекорачење законских овлашћења, или злоупотребу, када се слободна оцена не врши у складу са њиховом сврхом.[99]

Разлоге за повлачење ових граница немачки аутори наводе веома илустративно. Управни судови, као прави судови, нису никада овлашћени на то

је предмет спора закон, у формалном смислу речи, онда се увек ради о спору уставноправног карактера, за који је правни пут управносудске заштите искључен. (*Ibid.*, 599)

[89] H. J. Wolff, 361.

[90] K. P. Sommermann, 54.

[91] C. H. Ule, 106.

[92] VwGO, § 47, Abs. 5.

[93] S. Detterbeck, 605.

[94] K. P. Sommermann, 59-60; S. Detterbeck, 651.

[95] VwGO, §§ 80-80a.

[96] VwGO, § 123, § 47, Abs. 6.

[97] K. P. Sommermann, 65-66. Главна област у којој се изричу привремене мере јесу спорови који се покрећу тужбом за осуду на чинидбу. (C. H. Ule, 250)

[98] K. P. Sommermann, 59.

[99] VwGO, § 114, S. 1.

да сами врше управну делатност, уместо органа управе.[100] Управно судство искључиво је ту да обезбеди правну заштиту и решавање правних спорова; уколико су органи управе законом овлашћени на вршење слободне оцене, онда управни судови треба да поштују њихову одлуку; управни судови не треба да управљају, него да изричу право.[101] Управни судови, по свом пореклу и целокупном устројству, да се још једном присетимо Флајнеровог учења, нису виши органи управе, него органи који пружају правну заштиту; тамо где почиње слободна оцена органа управе, престају овлашћења управних судова.[102]

Судска овлашћења у управном спору и судске одлуке прате одговарајућу врсту тужбе и тужбеног захтева.[103] Подела управног спора на спор пуне и ограничене јурисдикције у немачком праву није уобичајена – бар не у оном смислу који она има у другим правима.[104] Поједини елементи појмова ограничене и пуне јурисдикције свакако могу да се уоче и у немачком управном спору, али начин на који је он уређен, нарочито у погледу његовог предмета, отежава свеобухватну и доследну поделу. О врстама управносудске заштите, односно управног спора, немачки аутори стога углавном говоре у контексту класификације тужби и тужбених захтева.[105]

---

[100] H. J. Wolff, 361-362.

[101] C. H. Ule, 9-10.

[102] F. Fleiner, 244-245. Флајнер је овако писао још у време када су управни судови, бар они нижих инстанци, у многим немачким земљама сматрани органима управе. У том старом праву, граница управносудске заштите, која управне судове одваја од контроле и вршења слободне оцене, није била повучена сасвим јасно и доследно. Повучена је тек онда када је управно судство потпуно издвојено из управе, као део судске власти, о чему сведоче и изричите одредбе Закона о управним судовима. (C. H. Ule, 13-14)

[103] C. H. Ule, 195-196.

[104] О пуној и ограниченој јурисдикцији (управносудској заштити) писао је још Валтер Јелинек, али је за њега ова подела имала другачије основно значење. Основни критеријум поделе била су овлашћења управног суда, али у односу на карактер питања која може да проверава. Пуна јурисдикција подразумевала је контролу правних питања, чињеничних питања и вршења слободне оцене. Свођење судске контроле на правна и чињенична питања, или још уже – само на она правна – значило је ограничену јурисдикцију. Поред овог полазног критеријума, Јелинек је, истина, за поделу на пуну и ограничену јурисдикцију понудио и додатни, који више одговара нашем разумевању ових појмова. Други критеријум поделе, наиме, може да буде и карактер судске одлуке, односно питање да ли се њоме управни спор у корист тужиоца решава дефинитивно, или не. (W. Jellinek, 316-318)

[105] У немачкој правној теорији, углавном старијој, с обзиром на специфичан начин на који је одређен његов предмет, заступљена је још једна подела управног спора – на изворни и накнадни. Накнадни управни спор има за предмет управни акт, а изворни нема. (H. J. Wolff, 376) У случају изворног управног спора, тужилац може да се обрати управном суду без претходне одлуке органа управе. Пре покретања накнадног управног спора, међутим, истим предметом треба да се бави и орган управе. (W. Jellinek, 315)

5. ОСНОВИ ПОСТУПКА ПРЕД УПРАВНИМ СУДОВИМА

И поступци пред управним судовима разврставају се према природи тужбе и тужбеног захтева. Главне врсте управносудског поступка одговарају основним врстама тужбе и носе њихово име, а уз поступак у главној ствари, издваја се и поступак пружања привремене правне заштите.[106] Управносудски поступак уређен је савезним Законом о управним судовима, јединствено, уз могућност одступања од појединих правила, која могу да пропишу и поједине земље.[107] Добрим делом уобличен је по угледу на парнични поступак, на који се уско ослања, чак и у појединостима.[108] На процесна питања која нису уређена Законом о управним судовима сходно се примењују одредбе Закона о парничном поступку – под условом да сходну примену не искључује нека начелна разлика између ових поступака.[109]

Иако се у Закону о управним судовима тужилац и тужени називају учесницима у поступку, а термин „странке“ избегава, немачки аутори сматрају да је управносудски поступак уређен као страначки поступак. Управа, на месту тужене стране, нема више надмоћну позицију, коју је, као вршилац управне делатности, претходно имала. Тужилац сада може да је примора на учешће у судском поступку и покоравање начелу „једнаког оружја“ пред судом.[110] Занимљиво је то да се тужбе за побијање и издавање управног акта не подносе против органа управе, него против савезне државе, одређене земље или јавноправног тела којем тај орган, као доносилац акта, припада. Непосредно против органа, тужба може да се поднесе само онда када је тако прописано правом поједине земље.[111]

У поступку пред управним судовима примењује се, као и у парничном поступку, начело диспозиције. У складу са њим, странке располажу предметом спора, а тиме и самим поступком.[112] Из угла тужене стране, дакако,

---

[106] K. P. Sommermann, 30, 34.

[107] C. H. Ule, 68.

[108] *Ibid.*, 271.

[109] VwGO, § 173, S. 1.

[110] C. H. Ule, 271. Учесници у поступку су тужилац, тужени, заинтересована лица и заступник савезних интереса, при Савезном управном суду, односно заступник јавног интереса, уколико искористи своје овлашћење. (VwGO, § 63) Заступника савезних интереса при Савезном управном суду поставља Савезна влада и везан је њеним упутствима. (VwGO, § 35, Abs. 1) Заступник јавног интереса може да буде одређен при управним судовима и вишим управним судовима, према уредби владе државе чланице. На њега може да се пренесе и заступање државе чланице или њених органа, уопштено или у одређеним случајевима. (VwGO, § 36, Abs. 1) У супротном, његова улога не састоји се у томе да заступа тужену страну, него у томе да пружи подршку суду у решавању спора и укаже на утицај који би одређена судска одлука имала на опште добро. (C. H. Ule, 54-55)

[111] VwGO, § 78, Abs. 1.

[112] H. J. Wolff, 387-388.

начело диспозиције важи у оној мери у којој управа није ограничена у том располагању, јавноправним нормама, а то се нарочито односи на могућност закључења судског поравнања.[113]

Управносудски поступак од парничног поступка у првом реду удаљава истражно начело.[114] Примењујући га, управни суд утврђује чињенично стање по службеној дужности; он није везан наводима учесника у поступку и предлозима за извођење доказа. У утврђивање чињеничног стања, међутим, суд треба да укључи и учеснике у поступку.[115] Учесницима се начелно гарантује право на изјашњење, о свим чињеничним, али и правним питањима.[116] Пресуда сме да се заснива само на оним чињеницама и резултатима доказивања о којима су учесници могли да се изјасне.[117] Докази се оцењују слободно: суд одлучује према свом слободном уверењу, које стиче на основу резултата поступка у целини.[118]

У складу са начелом усмености, ако другачије није прописано, управни суд одлучује након одржавања усмене расправе. Ово начело, међутим, важи само за пресуде. Када се доносе неке друге одлуке, принцип је супротан – ако другачије није прописано, може да се одлучи и без усмене расправе. Постоји још један важан изузетак: без расправе може увек да се одлучи ако се учесници у поступку са тим сагласе.[119] По правилу, усмена расправа је јавна.[120] Управни спор би, уколико је то могуће, требало да се реши на једној расправи.[121] Начело непосредности налаже да се она одржи пред оним управним судом који одлучује у спору, пред којим би и докази требало да се изведу.[122] Непосредност налаже и то да пресуду донесу оне судије које су учествовале на расправи.[123]

Сходно организацији управног судства, у управносудском поступку, ако употребимо изразе блиске нашем праву, постоје редовна и ванредна правна средства. У правна средства која се користе против неправноснажних судских одлука сврставају се жалба против пресуде, жалба против осталих судских одлука и ревизија. Ванредном преиспитивању, након правноснажности судске одлуке, намењено је понављање поступка.[124] Законом о управним

[113] VwGO, § 106; C. H. Ule, 271.
[114] C. H. Ule, 271; K. P. Sommermann, 58.
[115] VwGO, § 86, Abs. 1.
[116] C. H. Ule, 94-95.
[117] VwGO, § 108, Abs. 2.
[118] VwGO, § 108, Abs. 1, S. 1.
[119] VwGO, § 101.
[120] VwGO, § 55 i. V. m. GVG, § 169, Abs. 1, S. 1.
[121] VwGO, § 87, Abs. 1. У немачкој правној теорији ово начело се назива начелом убрзања поступка, односно начелом процесне концентрације. (C. H. Ule, 90; H. J. Wolff, 388)
[122] H. J. Wolff, 393.
[123] VwGO, § 112.
[124] H. J. Wolff, 425; K. P. Sommermann, 55; S. Detterbeck, 694-695.

судовима детаљније су уређена редовна правна средства, док се код понављања само упућује на правила о парничном поступку.

Жалбом се побијају одлуке првостепених управних судова пред вишим управним судом. У другостепеном поступку преиспитују се како чињенична тако и правна питања.[125] Жалба против пресуде дозвољена је у неколико изричито прописаних случајева.[126] Поступајући по жалби против пресуде, виши управни суд, по правилу, мериторно решава предмет, не задржавајући се искључиво на касационим овлашћењима.[127] Жалба против осталих судских одлука може да се изјави уколико Законом о управним судовима није прописано другачије.[128]

У немачком управном спору чак и ревизија има карактер редовног правног средства. Изјављује се Савезном управном суду, најчешће против пресуде вишег управног суда. Дозвољена је онда када правна ствар има начелан значај, онда када пресуда одступа од одлуке Савезног управног суда, Заједничког сената највиших савезних судова или Савезног уставног суда и заснива се на том одступању, као и онда када одлука може да се заснива на изнетом процесном недостатку.[129] Изузетно, под законом прописаним условима, ревизија може да се изјави непосредно против пресуде првостепеног управног суда.[130] Изјављивање ревизије омогућава преиспитивање повреде савезног права, али и прописа одређене земље о управном поступку, који се подударају са нормама савезног Закона о управном поступку.[131] Овлашћења Савезног управног суда могу да буду и мериторног и касационог карактера.[132]

Поступак пред управним судовима, за крај, не може да се сагледа сасвим исправно, уколико се у обзир не узме и његова специфична повезаност са управним поступком. Она се, наравно, запажа онда када је предмет управног спора управни акт, а за немачке ауторе и тужба за побијање управног акта, у том контексту, подсећа на редовно правно средство. Сматра се да оба

---

[125] Detterbeck, 694-695.

[126] Жалба против пресуде дозвољена је: онда када постоји озбиљна сумња у тачност пресуде; онда када правна ствар испољава посебне чињеничне или правне потешкоће; онда када правна ствар има начелан значај; онда када пресуда одступа од одлуке вишег управног суда, Савезног управног суда, Заједничког сената највиших савезних судова или Савезног уставног суда и заснива се на том одступању; и онда када се износи недостатак у поступку који је подложан оцени другостепеног суда, на којем одлука може да се заснива. (VwGO, § 124, Abs. 2)

[127] VwGO, § 130.

[128] VwGO, § 146, Abs. 1.

[129] VwGO, § 132, Abs. 1-2.

[130] VwGO, §§ 134-135.

[131] VwGO, § 137, Abs. 1.

[132] VwGO, § 144, Abs. 3.

поступка чине јединство, целину. У њиховој основи налази се иста ситуација, иста управна ствар, тако да би и они требало да буду усклађени.[133]

Чврсту везу између управног и управносудског поступка посебно илуструје претходни поступак, нормиран као процесна претпоставка код тужби које се изјављују против донетог управног акта (код тужбе за побијање управног акта и тужбе за осуду на издавање управног акта, у случају када је захтев странке изричито одбијен).[134] Претходни поступак, назван тако зато што претходи тужби, покреће се изјављивањем приговора.[135] Смисао поступка по приговору огледа се у томе што управа добија могућност још једног преиспитивања законитости, али и целисходности управног акта. За тужиоца то значи могућност да се управни акт стави ван снаге, без потребе за интервенцијом суда.[136]

У правном режиму приговора истиче се неколико правила, али и овде треба да будемо опрезни и свесни тога да она не важе увек, јер их прате одређена одступања. Ако се задржимо само на тим правилима, онда примећујемо то да приговор најчешће има суспензивно дејство и да се предаје органу управе који је донео управни акт. Уколико доносилац управног акта не уважи приговор, прослеђује га вишем органу управе.[137] Након доношења одлуке по приговору, уколико је још увек незадовољна, странка може да поднесе тужбу и обрати се суду. Предмет тужбе је, међутим, изворни управни акт, у оном облику који је добио одлуком о приговору.[138]

Приговор би, укратко, речима блиским нашем праву, могао да се опише као редовно правно средство у управном поступку, начелно деволутивног и суспензивног карактера – налик на нашу жалбу. Поступак по приговору немачки аутори заиста и сматрају делом управног поступка.[139] Но због повезаности са подношењем тужбе примарно је уређен Законом о управним судовима, а правила о управном поступку примењују се супсидијарно.[140]

---

[133] C. H. Ule, 16.

[134] Пре подношења тужбе, по правилу, законитост и целисходност управног акта требало би да се испитају у претходном поступку. Ако је управни акт издао неки од највиших савезних органа или највиших органа земље, претходни поступак потребан је само ако га закон посебно прописује. Нови претходни поступак није неопходан ни онда када одлука о приговору, донета у раније већ вођеном претходном поступку против управног акта, по први пут садржи неки разлог за незадовољство тужиоца. Изузеци од обавезног вођења претходног поступка могу посебно да буду предвиђени и другим законима. (VwGO, § 68)

[135] VwGO, § 69.

[136] S. Detterbeck, 566.

[137] VwGO, § 70, Abs. 1, §§ 72-73, § 80, Abs. 1.

[138] Сама одлука о приговору предмет је тужбе једино онда када по први пут садржи разлог за незадовољство тужиоца, или тај разлог садржи додатно и самостално у односу на изворни управни акт. (VwGO, § 79)

[139] S. Detterbeck, 569; K. P. Sommermann, 39; C. H. Ule, 78.

[140] VwVfG, § 79.

Ово помало необично нормирање вероватно је и довело до тога да се поступку по приговору понекад припише и двоструки карактер: управног поступка, али и претходног поступка у управном спору.[141]

У немачкој правној теорији исправно се примећује то да приликом нормирања управносудског поступка постојање управног поступка не сме да се изгуби из вида. Између њиховог уређења треба да постоји узајамна веза и обострани утицај. Што је управни поступак уређен на мање формалан начин, то формалнија и сложенија мора да буде управносудска заштита. И обрнуто од тога: формално уређен управни поступак, који одговара начелима правне државе, могао би да поједностави управносудску заштиту, нарочито у погледу броја управносудских инстанци, чинећи излишном ону другу, средњу, која се још увек бави и чињеничним питањима.[142] У важећем немачком праву постоји формалан управни поступак, као посебна врста управног поступка, али он, бар за сада, нема утицаја на број управносудских инстанци – има утицаја једино на претходни поступак и једино њега чини сувишним.[143]

Када сагледају правну заштиту у управним стварима целовито и осврну се на правни пут који странка треба да пређе, од почетка до краја, немачки аутори напослетку уочавају нешто што их забрињава. Уочавају могућу хипертрофију управносудских инстанци, која за последицу има дуго трајање поступка пред управним судовима.[144] Плаше се и уједно нас упозоравају на то да формално већа правна заштита суштински може да се претвори у мању, нарочито у погледу њене делотворности, која на крају тог дугог пута, када се прође кроз све инстанце, оставља нешто другачији утисак.[145]

6. ЗАКЉУЧАК

Данашње немачко управно судство уведено је после Другог светског рата, након што је у односу на дотадашњи развој подвучена црта. Направљен је раскид са претходним периодом и осмишљен нови систем, јединствених обележја. Тај нови систем, међутим, није створен ни из чега. У његовом успостављању могу да се уоче и одређени елементи еволуције. Обележја тог данашњег система таква су зато што је и његов развој текао на специфичан начин.

---

[141] Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2011, 264.

[142] C. H. Ule, 17.

[143] Према Закону о управном поступку, пре подношења тужбе, која за предмет има управни акт издат у формалном управном поступку, испитивање у претходном поступку није потребно. (VwVfG, § 70)

[144] C. H. Ule, 11.

[145] K. P. Sommermann, 18-19.

У развоју немачког управног судства уочава се једно јасно запажање: управно судство пратило је судбину општих немачких подела. Различите немачке земље различито су приступале и судској контроли управе. Неке су то питање решавале по угледу на Француску, а неке су решење виделе у редовним судовима, ослањајући се на традицију која потиче још из времена Светог римског царства немачког народа. Поверење у царске судове, изграђено у том периоду, колико год да је у то време морало да буде наивно, утиснуло је дубок траг у размишљења о судској контроли управе и утицало на настанак једне идеје која ће дуго играти важну улогу, чак и онда када привидно буде доживела пораз. Заступници те идеје, кроз синтагму о „држави правосуђа", залагали су се за контролу управе у надлежности редовних судова, док је супротно учење, о административном правосуђу, потекло из француског извора, задржавало решавање управних спорова унутар управе.

Пораз државе правосуђа уследио је онда када се чинило сасвим обрнуто – да је доношењем Устава Немачког царства из 1849. године надлежност редовних судова однела дефинитивну победу. Испоставило се да тај нормативни успех није заживео и није постигао жељени ефекат, јер је административно правосуђе наставило да постоји. Ни победа ни пораз, међутим, нису били потпуни, јер се убрзо схватило да ове идеје не морају да буду противречне и међусобно искључиве. Схватило се да држава није правна зато што контролу управе врше редовни судови, већ зато што су они независни, а то би подједнако, уместо судова опште надлежности, могли да буду и они специјализовани.

„Помирење" два приступа уследило је врло брзо, прихватањем посебног управног судства, али компромисног и мешовитог карактера. У том новом систему, заступљеном у већини немачких земаља, само су највиши управни судови били прави и независни судови, док су улогу нижих инстанци имали сами органи управе. За разлику од појединих земаља, на централном нивоу власти, упркос уједињењу Немачке, управног судства, бар оног општег карактера, није ни било, а такво стање није се променило ни у време Вајмарске републике.

Компромис и мешавина различитих приступа сакрили су од тадашњих немачких аутора праву природу управног судства и довели су до различитих теоријских ставова о његовој суштини. Другачије, чини се, није ни могло да буде. Управно судство остало је у теоријским расправама разапето између управне и судске власти, а одлуке управних судова час су имале карактер управних – час судских аката.

После периода националсоцијализма и укидања управног судства, прво суштинског, а онда и формалног, стање се коначно променило, као што је и написано у првим реченицама овог завршног осврта, после Другог светског рата. Уместо система који је расцепкан на поједине земље, уведен је данашњи, јединствен и једнообразно уређен. Немачко управно судство, овај пут на свим

нивоима, од најнижих до највиших инстанци, постало је посебна грана судске власти, јасно одвојена и од управе и од редовних судова. У новом систему, нарочито после искустава из периода Трећег рајха, гаранције независности управног судства добиле су посебан значај.

У основу новог система уграђена је идеја о заштити субјективних јавних права. Правна заштита странака, и то не било каква, него свеобухватна, постала је основна сврха управног судства, његов смисао и његова суштина. Замишљена је као пандан грађанскоправној заштити, која се гарантује у свим грађанскоправним споровима. Тако је и остварена, принципом генералне клаузуле, који управном судству начелно додељује све јавноправне спорове – изузимајући, логично, оне уставноправне, јер су они у надлежности посебног уставног судства.

Широка дефиниција обично је и неодређена, што се показује и на примеру јавноправних спорова. Јавноправна природа једног спора није увек очита, као што ни подела на јавно и приватно право не може увек да се повуче јасно и недвосмислено, без обзира на неке често заступљене теорије о разграничењу. У недостатку поузданих критеријума и општеважеће формуле, одређивање јавноправног карактера једног спора у великој мери препуштено је казуистици суда.

Утицај грађанског процесног права уочљив је и у начину на који су дефинисане врсте тужби и тужбених захтева: конститутивног, кондемнаторног и декларaторног карактера. Испољене у виду једног од тих захтева, различите врсте тужби откривају нам и различите предмете управног спора. Основним предметом могао би да се назове управни акт, јер су њему посвећене класичне тужбе у управном спору. Но захваљујући осталим тужбама, а нарочито општој тужби за осуду на чинидбу, предмет управног спора проширује се и на остале акте управе, уколико спорним правним питањима може да се припише јавноправни карактер, као општа претпоставка правне заштите пред управним судовима. Правну заштиту, коначно, уз ону дефинитивну, допуњава и привремена, све заступљенија и значајнија.

Овлашћења управних судова, као што је и уобичајено, своде се на контролу законитости управе. Уобичајена, међутим, није и подела управног спора на пуну и ограничену јурисдикцију, бар не у оном смислу који се тој подели иначе приписује. Могло би да се примети једино то да овлашћења управних судова у споровима против управних аката подсећају на овлашћења ограниченог карактера. Пуна јурисдикција, ако је уопште и примерено да се о њој говори у том контексту, везује се за неке друге управне спорове и друге тужбене захтеве.

Грађанскоправни утицај уочава се и у нормирању поступка пред управним судовима. Многа правила управносудског поступка инспирисана су правилима парничног поступка, а то важи чак и за већину процесних мак-

сима. Још ближа веза уочава се на нивоу извора права – онда када се одредбе о парници сходно примењују и на неуређена питања процедуре пред управним судовима.

Пратећи организацију немачког управног судства, правна заштита остварује се у три степена: управни судови земаља решавају управне спорове у првом степену, виши управни судови земаља одлучују о жалби, а Савезни управни суд одлучује о ревизији, у трећем и последњем степену. И жалба и ревизија употребљавају се пре правноснажности судске одлуке, као редовна правна средства. За разлику од жалбе, међутим, која судску одлуку подвргава потпуном преиспитивању, ревизија се своди искључиво на проверу правних питања.

Водећи рачуна о томе да правна заштита у управном спору не треба да буде само потпуна, него и делотворна, немачки аутори нас упозоравају на могућу хипертрофију управносудских инстанци и њену логичну последицу: дуго трајање управносудског поступка. Ова забринутост још више долази до изражаја онда када се у обзир узме и управни поступак, који претходи судској контроли управних аката. Та веза нема само временски карактер, него и суштински, јер су оба поступка део једне целине, нарочито из угла правне заштите странке.

Да је то тако, најбоље се показује на примеру приговора и претходног поступка који се њиме покреће. Претходни поступак осмишљен је као процесна претпоставка за подношење тужбе против донетог управног акта. Уз то, он је и другостепени управни поступак, у којем виши органи управе преиспитују првостепене управне акте. Кроз приговор, управни поступак и поступак пред управним судовима добијају једну међуфазу, а правна заштита странке, на рачун укупног трајање процедуре, уз три судске, добија још једну управну инстанцу – све то под претпоставком да првостепени управни поступак није спроведен формално, јер у супротном другостепеног поступка неће ни бити. За крај, напоменимо и то да дуг и сложен пут правне заштите странке, бар у оном делу који се одвија пред органима управе, поједностављује још једно важно правило: предмет управног спора редовно је изворни управни акт, чак и онда када је у управном поступку, по приговору, донета другостепена одлука.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Detterbeck Steffen, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, München 2015.

Diestelkamp Bernhard, „Die historischen Wurzeln der deutschen Rechtsstaatskonzeption“, *Der Staat*, 4/2012.

Die Verfassung des deutschen Reichs, *Reichs-Gesetzblatt,* Jahrgang 1919, 152.
Finanzgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. März 2001 (*BGBl*. I S. 442, 2262; 2002 I S. 679), die zuletzt durch Artikel 13 Absatz 3 des Gesetzes vom 10. März 2023 (*BGBl*. 2023 I Nr. 64) geändert worden ist.
Fleiner Fritz, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen 1913.
Forsthoff Ernst, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, München und Berlin 1966.
Gerichtsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 1975 (*BGBl*. I S. 1077), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 19. Dezember 2022 (*BGBl*. I S. 2606) geändert worden ist.
Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im *Bundesgesetzblatt* Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 19. Dezember 2022 (*BGBl*. I S. 2478) geändert worden ist.
Hien Eckart, *150 Jahre deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Vortrag, gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 9. Oktober 2013 im OVG Berlin-Brandenburg, De Gruyter, Berlin-Boston 2014.
Hillgruber Christian, „Deutsche Revolutionen – 'legale Revolutionen'? Über den legitimatorischen Mehr- oder Minderwert (des Anscheins) verfassungskontinuierlicher Legalität“, *Der Staat*, 2/2010.
Jellinek Walter, *Verwaltungsrecht*, Berlin 1931.
Ladenburger Clemens, „Die Paulskirchenverfassung in der Genese des deutschen Verwaltungsrechtsschutzes – Episode oder Wegbereiter?“, *Der Staat*, 3/2002.
Maurer Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2011.
Mayer Otto, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I. und II. Band, Unveränderter Nachdruck der 1924 erschienenen 3. Auflage, Berlin 2004.
Mayer Otto, „Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen“, *Archiv für öffentliches Recht*, Vol. 21, 1/1907.
Müller Aug. Ludwig, „Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bayern“, *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, 3/1879.
Sommermann Karl-Peter, *Die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Speyer 1994.
Sozialgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. September 1975 (*BGBl*. I S. 2535), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 19. Juni 2023 (*BGBl*. 2023 I Nr. 155) geändert worden ist.
Sydow Gernot, „Die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit im europäischen Rechtsvergleich“, in: *Reformen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Ländern der jungen Demokratie* (Hrsg. Agnieszka Krawczyk), Warszawa 2022.
Ule Carl Hermann, *Verwaltungsprozessrecht*, München und Berlin 1966.
Verfassung des deutschen Reiches, *Reichs-Gesetz-Blatt*, 1849.
Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991 (*BGBl*. I S. 686), die zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 14. März 2023 (*BGBl*. 2023 I Nr. 71) geändert worden ist.
Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (*BGBl*. I S. 102), das zuletzt durch Artikel 24 Absatz 3 des Gesetzes vom 25. Juni 2021 (*BGBl*. I S. 2154) geändert worden ist.
Wolff J. Hans, *Verwaltungsrecht III (Ordnungs- und Leistungsrecht, Verfahrens- und Prozessrecht)*, München und Berlin 1967.

Ratko S. Radošević
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
R.Radosevic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-5011-0748

German Administrative Judiciary:
Features of a Specific System

Abstract: *Features of the German administrative judiciary are the subject of this paper. The paper is divided into several parts. In the first part, origins and development of the German administrative judiciary are explained, so that the historical background of the current system could be fully grasped. The next part is about the position and the organisation of the German administrative judiciary, which is considered to be a special and separated branch of judiciary. The following topic makes the very essence and the spirit of the German administrative judiciary – the idea of the comprehensive legal protection of parties in their legal relations to the public administration, as a state power and authority. Finally, the explanation is being finished with the administrative courts procedure and it includes its general principles, civil law origins and its subtle relation to the administrative procedure.*

Keywords: *judicial control of the administration, administrative dispute, administrative judiciary, German system of the judicial control of the administration, German administrative judiciary.*

Датум пријема рада: 03.10.2023.
Датум прихватања рада: 10.11.2023.

Оригиналан научни рад 339.132:340.5
doi:10.5937/zrpfns57-46897

Ксенија М. Цитковић
Универзитет у Београду
Правни факултет
ksenija@ius.bg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-8115-4030

ПОЗИВ НА ПОНУДУ ИЗ УГЛА УПОРЕДНОГ И СРПСКОГ ПРАВА*

***Сажетак**: Ауторка полази од анализе позива на понуду, карактеристика и правних последица ове уговорне иницијативе. Њене специфичности издвојене су и кроз поређење са другим уговорним иницијативама – понудом, позивом на преговоре, једностраним обећањем и јавним обећањем награде. Централни део рада је посвећен анализи случајева који се сматрају понудом у српском, француском, швајцарском, немачком и енглеском праву. То су рекламе, огласи, каталози и њима слична оглашавања, излагање робе са или без означене цене, аукције и тендери. Приказана је и правна природа онлајн огласа и аукција. Ауторка настоји да објасни разлоге конкретних упоредноправних решења и изведе закључке који оправдавају квалификацију уговорних иницијатива као позива на понуду, односно критикује предочена решења. Такође, посебна пажња је посвећена анализи српског позитивног права, чије одредбе се пореде са решењима других правних система, од којих су нека послужила као узор нашем законодавцу.*

***Кључне речи**: Invitatio ad offerendum. – Понуда. – Излагање робе. – Оглас. – Аукција.*

УВОД

Позив на понуду (*invitatio ad offerendum*, *invitation to treat, invitation to make offer, invitation to tender, Aufforderung zur Abgabe eines Angebots, Einladung*

* Рад је настао као резултат истраживања на стратешком научноистраживачком пројекту Савремени проблеми правног система Србије за 2023. годину – подтема „Претходна и накнадна анализа правних прописа“, који је организовао и спровео Правни факултет Универзитета у Београду 2023. године.

zur Abgabe eines Angebots) представља иницијативу за закључење уговора коју позивалац на понуду чини другој страни, како би друга страна њему упутила понуду као коначан предлог за закључење уговора. Позивалац на понуду је тај који иницира закључење уговора, дефинише услове и садржину уговора. Међутим, он то не чини у улози понудиоца, већ позива другу страну да она упути понуду њему. Уколико друга страна прихвати позив на понуду, она ће као понудилац упутити позиваоцу понуду за закључење уговора. Тако ће позивалац постати понуђени, који може прихвати или одбити понуду. На тај начин, позивалац „*задржава за себе право да каже последњу реч*“[11] о настанку уговора.

Чини се да позивалац на понуду комбинује два најважнија овлашћења у фази закључења уговора – формулише садржину будућег уговора и има правну моћ да доведе до његовог закључења. Међутим, његово друго овлашћење је значајно ограничено. Позивалац у улози понуђеног нема слободу да прихвати или одбије закључење уговора као што то има типичан понуђени. Он не сме одбити понуду, осим ако за то нема основан разлог. У супротном, одговараће за штету, коју би претрпео понудилац[2] према правилима о деликтној одговорности. *Ratio* оваквог решења лежи у томе што је позивалац изразио начелну вољу за закључење уговора и на тај начин створио поверење у настанак уговора код друге стране.[3] Суд *in concreto* процењује да ли је разлог неприхватања био основан. Штета се најчешће састоји у томе што је лице коме је такав позив послат пропустило да под истим условима прибави ствар или услугу од другог позиваоца или понудиоца.[4] Под оправданим разлогом би требало сматрати економски разлог, попут исцрпљења залиха.[5] На тај начин је ограничена позиција позиваоца на понуду – уколико не пристане на закључење уговора чију је садржину сам одредио и чије је закључење иницирао, биће обавезан да понудиоцу надокнади претрпљену штету. Штета се може састојати у узалудно учињеним трошковима које је понудилац предузео у уверењу да ће доћи до закључења уговора, као и измаклој користи услед прилике коју је он на другој страни пропустио, а притом је постојао висок степен вероватноће да ће се та прилика остварити.[6]

---

[1] Миодраг Орлић, *Закључење уговора*, Београд 1993, 127.

[2] Закон о облигационим односима „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 чл. 35 ст. 2.

[3] Младен Драшкић, *Чл. 26–45, 1072–1082*. (Коментар Закона о облигационим односима I, ур. Борис Благојевић, Врлета Круљ), Београд 1980, 125.

[4] Слободан Перовић, *Облигационо право (књига прва): седмо издање*, Београд 1990, 270.

[5] М. Драшкић (1980), 125.

[6] О степену вероватноће код измакле добити услед пропалих преговора вид. М. Орлић, 105–106.

Институт позива на понуду је настао као потреба праксе у Немачкој у доба велике инфлације. Од средине деветнаестог века се понуда у немачкој правној теорији сматра неопозивом, а Немачки грађански законик прописује како је онај ко другоме понуди закључење уговора везан понудом, ако везаност није искључио.[7] Иако ово основно правило о начелној неопозивости понуде улива поверење понуђеном, она представља велики ризик за понудиоца. Управо такав ризик је након Другог светског рата, у доба велике инфлације, несигурности и непредвидивих осцилација понуде и потражње навео понудиоце да понуди додају клаузулу „без обавезе". Јуриспруденција, вођена првенствено потребама праксе, а противно правној логици, овакву уговорну иницијативу није сматрала понудом, већ позивом на понуду.[8]

Ова уговорна иницијатива се у правној теорији по правилу објашњава кроз поређење са сродним уговорним иницијативама, попут понуде (посебно понуде са клаузулом *sine obligo* или тзв. понуде јавности), позива на преговоре (*offre de pourparlers, invitation to negotiate*), општих услова пословања, обећањем да се уговор закључи и јавним обећањем награде. По чему се позив на понуду разликује од побројаних уговорних иницијатива?

ПОЈМОВНА РАЗГРАНИЧЕЊА

а) Позив на понуду или понуда

Уговорна иницијатива која је најсличнија позиву на понуду и коју је у пракси најтеже разграничити од њега јесте понуда. У свим правним системима се под позивом на понуду подразумева предлог који нема сва обележја да би се могло говорити о понуди.[9] Према томе, који је то елемент који позиву на понуду недостаје, да би се могао сматрати понудом? Правна теорија на ово питање одговара на неколико начина.

Најпре, карактеристика која понуду одваја од позива јесте коначност, односно подобност за прихват. Понуда је таква уговорна иницијатива која једноставним „да", „прихватам", „може" и другим речима или симболима са сличним значењем доводи до настанка уговора.[10] Ниједна уговорна ини-

[7] Чл. 145 BGB. О различитим преводима овог члана на српски језик вид. Орлић 210 фн. 358.

[8] *Ibid*, 219.

[9] Вид. David Oughton, Martin Davis, *Sourcebook on contract law: Second Edition*, London 2020, 26; Stéphanie Porchy-Simon, Droit civil 2e année. Les obligations (9e édition), Paris 2016, 53–54.

[10] Суд је у случају *South West Terminal Ltd v Achter Land & Cattle* [2023] закључио да је уговор закључен тако што је понуђени на понуду одговорио „👍" емоџијем. Тужилац и тужени су били у сталној пословној вези пет година пре таквог прихватања понуде (https://

цијатива осим понуде нема ово обележје. Због тога се каже да је понуда „*први одлучан корак за закључењу уговора*“.[11] Након упућене понуде, закључење уговора зависи искључиво и једино од понуђеног.[12] Понуда за дестинатера ствара моћ да прихватом створи уговор. Код позива на понуду, с друге стране, позитиван одговор лица коме је позив упућен не може да доведе до настанка уговора, већ до настанка понуде. Дакле, за разлику од понуђеног, лице којем је позив на понуду упућен нема правну моћ да једностраном изјавом воље доведе до настанка уговора. Ипак, коначност понуде није једини састојак који понуду разликује од позива да се она учини.

Издвајамо још и намеру понудиоца да буде везан одредбама будућег уговора (намера закључења уговора, *intention to be bound, animus contrahendi*). Позивалац на понуду, с друге стране, такву намеру још увек нема.[13] *Animus contrahendi* означава да је изјава воље понудиоца упућена на закључење уговора, тј. да он спремно прихвата правне последице које из таквог уговора произлазе, било да је он у том уговору обавезан на неку чинидбу или није.[14] Код позиваоца на понуду постоји само начелна спремност да закључи уговор[15], али не и конкретна спремност да буде везан одредбама тог уговора – он за себе задржава могућност да још једном размисли да ли жели да закључи уговор.[16]

Свакако, *differentia specifica* позива на понуду у односу на понуду не представља разлика у правном дејству, прецизније чињеница да за разлику од понуде позив не ствара обавезу да се одржи (не опозове) одређено време. Прво, понуда није начелно неопозива у свим правним системима.[17] Друго, и у правним системима где понуда јесте неопозива то правило има диспозитивни карактер.[18] Занимљиво је становиште у погледу понуде са резервом француске јуриспруденције, а које прихватају тамошњи судови. Уколико се резерва заснива на критеријумима који не зависе од понудиоца, већ од спољних околности или трећег лица (објективне резерве), радиће се о понуди.

www.cbp.com.au/insights/insights/2023/july/modern-contract-law-for-acceptance-thumbs-up-emoj, последњи приступ 30.8.2023).

[11] Младен Драшкић, *Закључивање уговора о продаји*, Београд 1986, 41.

[12] М. Орлић, 303.

[13] Hein Kotz, *European Contract Law: second edition*, Oxford 2016, 19–20.

[14] М. Драшкић (1986), 41.

[15] Александар Јакшић, Срђан Стојановић, Елементи за једно уговорно право, Београд 1995, 57.

[16] Орлић, 224–225.

[17] Пример јесте англосаксонско право – понудилац може опозвати понуду све док она не буде прихваћена, штавише одрицање понудиоца од права на опозив није могуће. Такође, то је случај и са француским правом, али уз важно ограничење. Пре реформе 2016. године пракса је правило о опозивости ограничила на неорочене понуде, а сада то прописује и чл. 1116 Грађанског законика.

[18] Тако је нпр. у немачком, швајцарском и српском праву.

Типичан пример јесте назнака „до истека залиха“. Супротно, уколико резерва оставља понудиоцу избор да (не) закључи уговор према субјективном критеријуму, радиће се о позиву на понуду (релативне резерве). То ће бити онда када понудилац задржи могућност избора сауговорника, а притом се не ради о уговору *intuitu personae* (нпр. послодавац у огласу за посао).[19]

Такође, критеријум разграничења није ни број нити одређеност лица коме је понуда упућена. Понуда јесте адресована изјава воља чији се адресат по правилу зна, било да се ради о једном одређеном лицу или одређеној групи људи. Међутим, понуда може бити упућена и неодређеном броју лица (*ad incertam personam*), када говоримо о тзв. понудама јавности. Речју, понуда јавности је упућена „*свима и свакоме*“.[20] Примери понуде јавности у нашем праву су тзв. општа понуда[21] и излагање робе са означењем цене, о којој ће детаљно бити речи у наставку рада. Понуда упућена неодређеном броју лица може бити у облику општих услова формуларних уговора, међу којима разликујемо уговоре по приступу, типске уговоре или опште услова пословања.[22]

Четврти критеријум за разграничење позива на понуду од понуде на који смо наишли се примењује у пракси енглеских судова. Они узимају у обзир да ли би разумно и пажљиво лице коме је уговорна иницијатива упућена исту могло да схвати као понуду или као позив на понуду. Примера ради, ако је иницијатива послата на много адреса истовремено, шансе да се ради о понуди су мале. У супротном, прихватањем баш свих „понуђених“ лица би дошло до закључења уговора са сваким од њих, те би пошиљалац одговарао за неиспуњење обавезе ако нема толику количину робе на залихама. Разуман човек у улози адресата би требало да размишља на овај начин. Тако се у енглеском праву начелно сматра да иницијативе упућене великом броју људи нису понуде, већ позиви да се понуда учини.[23]

На крају, најмање поуздан критеријум јесте назив уговорне иницијативе. Сама уговорна иницијатива може носити назив „понуда“, „необавезујућа

[19] S. Porchy-Simon, 53; Carole Aubert De Vincelles, *Droit des obligations – Tome I*, Paris 2020, 98.

[20] *Ibid*, 294.

[21] Српски законодавац прописује да предлог за закључење уговора учињен неодређеном броју лица, који садржи битне састојке уговора чијем је закључењу намењен, важи као понуда, уколико друкчије не произлази из околности случаја или обичаја (чл. 33 ЗОО). Чини се да је овај члан требало да буде опште правило о понуди јавности, мада чланови који следе (излагање робе са означењем цене и слање каталога и огласа) уређују две сасвим различите ситуације. Због тога Орлић критикује одлуку законодавца да наруши прагматичност одредби Скице уношењем овакве одредбе која само уноси забуну (вид. М. Орлић, 300).

[22] Код уговора по приступу једна страна у целости формулише услове уговора, а друга им друга само приступа, док општи услови представљају листу уговорних клаузула коју дефинише један уговорник, док о остатку садржине уговора стране могу преговарати (М. Драшкић 1980, 366).

[23] H. Kotz, 20.

понуда“ и слично. Међутим, у складу са принципом *falsa nominatio non nocet*, ни тада не мора бити речи о понуди. Реч понуда се често олако користи у свакодневном говору, али и у трговинским уговорима, чак и када самопрокламовани понудилац још увек нема намеру да буде везан одредбама будућег уговора.[24]

б) Разликовање позива на понуду од других (уговорних) иницијатива

Позив на преговоре јесте иницијатива којом позивалац исказује своју вољу да са заинтересованом особом дође у непосредан контакт ради преговарања о закључењу будућег уговора,[25] његовим условима и састојцима. Циљ позиваоца на преговоре је да успостави контакт са потенцијалним сауговорником. Од позива на понуду се разликује тројако. Прва разлика је у степену одређености. Позив на понуду може садржати све битне састојке будућег уговора изузев цене (нпр. код излагања робе без означене цене) или количине (нпр. каталог или оглас за продају ствари одређених по роду). Код позива на преговоре, с друге стране, услови и садржина уговора још увек није одређена, него позивалац упућује позив заинтересованом лицу да они заједно покушају да формулишу такве одредбе које ће одговарати обојици. Речју, не постоји „*чврсти пројекати уговора* (*prefiguration*)“.[26] Док је позивалац на преговоре спреман на компромис и прилагођавање својих потреба потребама свог будућег сауговорника, позивалац на понуду поставља јасне услове под којима жели да закључи уговор. Друга разлика се огледа у (не)дефинисаним улогама позиваоца и позваног. Код позива на понуду ће се позвани, уколико прихвати позив и формулише понуду, наћи у улози понудиоца по природи ствари, док ће позивалац увек бити понуђени. Код позива на преговоре се улоге преговарача не знају унапред, било који од њих може упутити понуду у зависности од тога како се преговори одвијају.[27] Најзад, позивалац на понуду не може да одбије понуду, осим ако за то не постоји оправдан разлог, што не важи за позиваоца на преговоре.

Code Civil (у даљем тексту: CC) познаје институт једностраног обећања[28] који има одређене сличности са позивом на понуду.[29] Једнострано обећање је уговор којим једна страна, стипулант или обећавалац, даје другој страни,

[24] Andrews Neil, *Contract Law*, Cambridge 2011, 40.

[25] Boris Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb 1978, 180.

[26] М. Драшкић (1986), 40.

[27] *Ibid*, 41.

[28] Чл. 1124 CC.

[29] CC све до реформе 2016. године није познавао овај институт, већ је он резултат доктрине и судске праксе. Након што је суд 1993. године огласио овакав споразум неважећим упркос дотадашњим схватањима и изазвао оштру критику јуриспруденције, постало је јасно да се овај институт мора законски уредити (Terré, 283).

бенефицијару или кориснику, право да се определи за закључење уговора чији су битни елементи одређени, а за чије закључење сагласност даје само бенефицијар.

По својој природи, овај институт је негде између понуде и уговора. Више је од понуде – иако се зове једнострано обећање, ради се о уговору као сагласности воља две стране. С друге стране, мање је од уговора јер главни уговор још увек није закључен, будући да недостаје сагласност бенефицијара.[30] У зависности од тога да ли бенефицијар плаћа накнаду или не, једнострано обећање је једнострано или двострано обавезујући уговор. Плаћање накнаде се оправдава тиме што стипулант трпи штету јер је лишен употребе непокретности док бенефицијар размишља.[31] Једнострано обећање се у пракси најчешће уговара приликом продаје непокретности, јер бенефицијару као купцу одговара да се услови продаје неће променити док он прибави сву документацију и потребан капитал.[32]

Позив на понуду и треба разликовати и од јавног обећања награде.[33] У нашем праву је једнострана изјава воље засебан извор облигација, различит од уговора.[34] Јавно обећање награде дефинишемо као једнострани правни акт којим лице јавно (путем огласа, штампе, телевизије, саопштењем већем броју лица и слично) обећава неодређеном броју лица да ће дати награду ономе ко изврши одређену радњу, постигне неки успех или се нађе у одређеној ситуацији. Обавеза за обећаваоца настаје онда када јавно обећа награду, док право лица које је испунило услов који се захтевао у обећању настаје у тренутку испуњења.[35] Дакле, обећавалац је обавезан својом изјавом воље. Сличност са позивом на понуду се огледа у јавном начину саопштавања (нпр. путем огласа, летака и слично). Ипак, правно дејство на које су ове изјаве воље усмерене је дијаметрално различито. Позив на понуду сам по себи није извор облигација. Позивалац на понуду жели да позвани упути понуду њему, коју ће он моћи да прихвати, а тек чијим прихватањем настаје уговор као извор облигационог односа. Притом, да би до закључења уговора дошло, лице које је позвано да учини понуду у улози понудиоца мора изјавити правно релевантну вољу за закључење уговора, а исту такву вољу мора исказати и позивалац на понуду у улози понуђеног. Прихватом, односно сагласношћу изјављених воља настаје уговор као основ њихових права и обавеза. Опречно,

[30] François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénedé, *Droit civil Les obligations (12e édition)*, Paris 2019, 283–285.

[31] S. Porchy-Simon, 64.

[32] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénedé, 283.

[33] Правна теорија се бавила разграничењем јавног обећања награде и понуде, али аргументи су слични (вид. Јаков Радишић, *Облигационо право: општи део*, Ниш 2017, 362).

[34] Овде убрајамо јавно обећање награде, неопозиву понуду и издавање хартија од вредности.

[35] J. Радишић, 23.

код јавног обећања награде извршилац радње из огласа не мора поседовати правно релевантну вољу да добије награду. Извршење његове радње је пуки материјални (реални) акт чијим извршењем стиче право на награду.[36] Он не мора ни знати за јавно обећање награде, бити пословно способан, ни у крајњој линији, желети да прихвати награду. Штавише, он може извршити радњу пре него што је јавно обећање учињено. Међутим, у англосаксонском праву није усвојено схватање да лице може обавезати себе једностраном изјавом воље, стога једнострани правни послови као извори облигација не постоје. Оно што се у нашем праву сматра једностраним обећањем награде, у *common law* представља иницијативу за закључење једностраног уговора (*unilateral contract*).[37] У зависности од одређености такве иницијативе, може се радити о понуди или позиву на понуду.

СЛУЧАЈЕВИ ПОЗИВА НА ПОНУДУ

Данас постоји низ претпоставки које служе разликовању позива на понуду од понуде. Ипак, овакво разликовање није увек једноставно, а некада се у обзир узима тзв. „објективна намера“, односно поставља се питање да ли је адресат иницијативе исту могао да разуме као позив на понуду или понуду.[38] Позивом на понуду се начелно могу сматрати: а) каталози, огласи, тарифе, рекламе и слично; б) излагање робе са или без означене цене; в) аукција; и г) тендер. У упоредном праву не постоји консензус у погледу квалификације наведених уговорних иницијатива. Које од претпоставки везујемо за одређени правни систем и да ли се ради о (не)оборивој претпоставци су питања којима ћемо се бавити у наредном одељку рада. Анализираћемо сваки од наведених случајева посматрано из угла српског, француског, швајцарског, немачког и енглеског права.

Каталози, огласи и рекламе

Каталози, тарифе, брошуре, огласи, рекламе и њима сличне уговорне иницијативе се начелно квалификују као позив на понуду у анализираним позитивноправним прописима и јуриспруденцији. Разлика је само у томе да ли постоји изричита законска одредба или је овакав правни режим резултат правне науке и судске праксе.

---

[36] *Ibid*, 362.

[37] Небојша Јовановић, „Појам уговора у англосаксонском праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2008, 72.

[38] Anna Katharina Suzuki-Klasen, *A Comparative Study of the Formation of Contracts in Japanese, English, and German Law*, Baden Baden 2022, 109.

Швајцарски и српски закон који уређују материју облигационог права садрже одредбу о правној квалификацији тарифа, ценовника, каталога и сличних иницијатива. По узору на швајцарски *Code des Obligations* (у даљем тексту: CO), наш законодавац је ову одредбу унео у ЗОО.[39] Сматра се да овде понуда није упућена одређеном лицу (аргумент сâм није уверљив, пошто су и понуде јавности такође понуде) и, важније, да недостају квантитативна ограничења.[40] У тренутку оглашавања количина робе којом одашиљалац таквих огласа располаже представља непознаницу,[41] због чега се може догодити да он не буде у могућности да пошаље робу свим заинтересованим лицима.[42] Антић зато наводи да разлози квалификације огласа и реклама као позива на понуду нису теоријске, већ практичне природе.[43] Међутим, важан је још један вид квантитативне неодређености – флајер, ценовник, реклама и сл. не садржи количину коју купац жели да прибави. Обратно, понуда као коначан предлог за закључење уговора мора да садржи све битне састојке будућег уговора. Како Орлић истиче, тек дефинисањем количине настаје понуда.[44] Због тога се не слажемо са Антићевим становиштем, већ сматрамо да оваква квалификација произлази не само из практичних разлога, већ и из основних теоријских поставки.

CC не садржи одредбу којом одређује правно дејство слања каталога, огласа и слично. Најпре у теорији и судској пракси, а од реформе 2016. године и у позитивном праву[45], је прихваћен став да понуда мора бити прецизна (садржи све елементе будућег уговора), чврста (постоји намера понудиоца да буде везан уговором у случају прихватања понуде) и изјављена (изричито или конклудентно). Уколико недостаје чврстина или прецизност, постоји позив на улазак у преговоре (*invitation à entrer en négociations*), који не производи никакво правно дејство. Међутим, у теорији се истиче да у том случају долази до преокрета уговорних позиција (*un renversement des positions*

[39] Упор. чл. 35 ЗОО и чл. 7 ст. 2 CO.

[40] Daniel Guggenheim, Art 11–16. (Code des obligations I, ed. Luc Thévenoz, Franz Werro), Basel 2003, 50.

[41] Вид. М. Драшкић (1980), 125.

[42] *Ibidem*; Орлић, 298.

У случају Partridge v Crittenden [1968] судија Лорд Паркер је констатовао да је постојао „пословни осећај" (*business sense*) приликом квалификације оваквих реклама као позива на понуду, јер би у супротном (ако их сматрамо понудом) оглашивач био одговоран према правилима о уговорној одговорности за неиспуњење обавезе. Заправо, он би одговарао јер није продао више робе него што је имао (Ewan McKendrick, *Contract Law: twelfth edition*, London 2017, 73).

[43] Оливер Антић, *Облигационо право (пето издање)*, Београд 2010, 308.

[44] М. Орлић, 297.

[45] Понуда и прихват понуде изричито нису били поменути у CC све до реформе 2016. године. Учење о овим изјавама воље дело је француске правне теорије и судске праксе (Raymond Youngs, *English, French & German Comparative Law: third edition*, London and New York 2014, 548). Вид. чл. 1114 CC.

contractuelles) у смислу да преговарач коме је овакав позив упућен преузима улогу понудиоца, а лице које је упутило позив постаје понуђени.[46] Претпоставка да се огласи, каталози, тарифе и сл. сматрају позивом на понуду не постоји ни у правој теорији. Истиче се да понуда може бити упућена неодређеном броју лица и то у виду плаката, каталога, огласа у новинама или реклама,[47] наравно уколико поседује наведене три особине. Ако се пак ради о рекламама које само хвале производ и истичу његове позитивне особине, без навођења свих карактеристика или цене, радиће се о позиву на понуду.[48] Исти је случај и са огласима за закључење уговора *intuitu personae,* који не морају експлицитно садржати резерву.[49]

Енглески судови рекламе у којима се нуди закључење двострано обавезујућих уговора сматрају позивом да се понуда упути.[50] У случају *Partridge v Crittenden* [1968] судија Лорд Паркер Си Џеј је констатовао да је „пословни осећај“ (*business sense*) приликом квалификације оваквих реклама као позива на понуду морао да постоји, јер би у супротном (ако се тумаче као понуда) оглашивач био одговоран по основу уговорне одговорности за неиспуњење обавезе. Заправо, он би одговарао јер није продао више робе него што је имао.[51] Ово важи и у ситуацији када конобар преда госту у ресторану мени са истакнутим ценама или је мени изложен испред самог ресторана.[52]

У енглеској правној теорији се истиче како од оваквог резоновања постоје одступања. Ради се о „*рекламама за закључење једностирано обавезујућих уговора*“ (*advertisements of unilateral contracts*) и сматра се да они могу представљати понуду.[53] Најпознатији случај овакве рекламе у коме је предмет расправе била правна квалификација уговорне иницијативе свакако је *Carlill v Carbolic Smoke Ball Co* [1893]. Произвођач карбонске димне кугле (тужени), рекламирао је куглу против грипа и у реклами навео да ће свакоме ко се, упркос коришћењу кугле три пута дневно у периоду од две недеље, разболи од грипа платити £100 и депоновао је £1000 у банку у те сврхе. Гђа Карлил (тужилац) је користила куглу према упутству, али се разболела од грипа, те захтевала „обећаних“ £100. Тужени се бранио тврдећи да реклама није била обавезујућа понуда. Наиме, нелогично је да се тужени понудио да изврши чинидбу под условом који он не може да провери (не може утврдити да ли је

[46] Вид. S. Porchy-Simon, 53–54.

[47] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénedé, 202; S. Porchy-Simon, 52.

[48] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénedé, 197–198.

[49] Alain Bénabent, *Droit des obligations*, Paris 2017, 69.

[50] Супротно, реклама за закључење једностраних уговора се сматра понудом, пошто англосаксонско право не познаје институт једностраног обећања награде. Као пример се наводи понуђена награда за оног ко да информације о лицу са потернице.

[51] E. McKendrick, 73.

[52] Edward Peel, *Treitel: The Law of Contract 14th ed*, London 2015, 2–011.

[53] *Ibid*, 2–010.

кугла заиста коришћена на предвиђен начин). Ипак, суд је као кључан аргумент узео депоновани новац у банци, који је јавност могао да наведе на закључак да се заиста ради о понуди.[54] Према томе, енглески судови приликом квалификације уговорне иницијативе узимају у обзир и да је лице коме је таква иницијатива упућена могло да се поузда у то да се ради о понуди, с обзиром на околности случаја.[55] Напомињемо да се овакво резоновање може применити само у англосаксонском праву, док бу се у државама континенталног права оваква „понуда за закључење једностраних уговора" сматрала засебним извором облигационог права – јавним обећањем награде, о чему је било речи у претходном одељку.

Ни Немачки грађански законик (у даљем тексту: BGB) не садржи одредбу о правном дејству каталога, огласа и сличних уговорних иницијатива. Међутим, јуриспруденција и судска пракса су сагласне да се овде ради о позиву на понуду.[56]

Да ли се уговорне иницијативе попут каталога, тарифа и огласа у одређеним случајевима могу сматрати понудом? Неки швајцарски аутори сматрају да је могуће, уколико је рок важења „понуде" из каталога одређен,[57] а на исту аргументацију наилазимо и у нашој теорији.[58] Мишљења смо да и у случају временског орочења важи двојака неодређеност, те да ће се и тада оглас сматрати позивом на понуду. Истиче се, такође, да ће се оглас сматрати понудом онда када је довољно одређен, тј. ако то произлази из њихове садржине. Притом, истицање цене само по себи не чини оглас понудом.[59] Ипак, ако оглас садржи наруџбеницу, може се сматрати понудом.[60] У том случају постоји *animus contrahendi* лица које је огласило одређени производ, а попуњавањем наруџбенице уговор добија и коначну садржину.

До сада смо говорили о „офлајн" рекламама, флајерима и огласима. Да ли је њихова правна природа другачија уколико се налазе на интернету? Енглески суд је цитирао одлуку суда у Сингапуру[61] који је истакао да за онлајн

[54] D. Oughton, M. Davis, 26–28.

[55] Суд је овај критеријум применио и у случају *Bowerman v Association of British Travel Agents Ltd (ABTA).* Тужилац је резервисао пакет аранжман код туристичке агенције која је била члан туженог удружења АБТА. У огласу који је био истакнут у просторијама агенције је писало да ће у случају финансијског неуспеха удружења АБТА пре почетка аранжмана удружење надокнадити новац који су туристи платили за аранжман. Већина чланова већа Апелационог суда је сматрала да се овде ради о понуди, јер би разумно лице такав оглас сматрало понудом (Treitel 2–010).

[56] Sir Basil Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise (Second Edition)*, Oxford and Portland 2006, 62.

[57] D. Guggenheim, 50.

[58] А. Јакшић, С. Стојановић, 190.

[59] Такав став је потврђен и пресудом Врховног привредног суда Сл. 899/56 (Драшкић 1980, 125).

[60] *Ibidem*.

[61] Chwee Kin Keing v Digilandmall.com Pte Ltd [2004].

рекламе примењује исти режим, односно да се сматрају позивом на понуду.[62] На исто становиште наилазимо у немачкој правној теорији.[63] Ипак, радиће се о понуди онда када је изјава конкретнија од пуке рекламе, нпр. уколико вебсајт осим података о роби која се рекламира и њеним доступним количинама садржи и формулар (наруџбеницу) коју потенцијални купац попуњава и дугме попут „наручи“, „додај у корпу“ или „купи“. Супротно, опције попут „за више информација контактирајте...“, „пошаљите упит“, „обавестите ме кад производ буде поново доступан“ сигнализирају да се ради о позиву на понуду. Такође, овде правимо разлику између материјалних и нематеријалних добара. За разлику од материјалних, код нематеријалних добара (нпр. куповина антивирус програма, компјутерске игре, е-књиге, курса за коришћење мајкрософт ексела) продавац по природи ствари не може доћи у ситуацију да робу нема на залихама. Због се у овим случајевима ради о понуди.[64]

Излагање робе (са или без означене цене)

По природи ствари, изложена роба без означене цене сматра се позивом на понуду.[65] Овде се не може радити о понуди јер недостаје одређеност цене као битног елемента уговора. Потенцијални купац може упитати продавца за цену и количину, а онда ће продавац формулисати коначну понуду.

С друге стране, излагање робе са назначеном ценом се квалификује као понуда или као позив на понуду, зависно од конкретног позитивноправног решења. Становиште да се ради о понуди заузимају швајцарско, француско и наше право. Супротно, у *common law* државама (Енглеска, САД, и индијско право), бившим социјалистичким државама, Немачкој и Италији излагање робе са означеном ценом сматра се позивом на понуду.[66] Питање има практичан значај, пошто од правне квалификације зависе правне последице када је цена погрешно означена.

а) Правни системи у којима се излагање робе са означењем цене сматра понудом

СО и ЗОО садрже изричиту одредбу о томе да се излагање робе са означеном ценом сматра понудом.[67] Иако СС не прописује то изричито, француска

[62] A. K. Suzuki-Klasen, 109 фн. 440.

[63] *Ibid,* 232–233.

[64] *Ibid*, 490–491.

[65] М. Драшкић (1980), 123. Визнер сматра да се овде не ради о позиву на понуду, него позиву на преговоре (1978, 180).

[66] Franco Ferrari, *Offer and Acceptance Inter Absentes* (Elgar Encyclopedia of Comparative Law, ed. Jan M. Smits, Jaakko Husa, Catherine Valcke, and Madalena Narciso), 2023, 125–137.

[67] Вид. чл. 7 ст. 3 СО и чл. 34 ЗОО. СО прописује да се излагање робе са означеном ценом начелно сматра понудом, док ЗОО наводи да се излагање робе са означењем цене сматра се као понуда, уколико друкчије не произлази из околности случаја или обичаја.

правна теорија излагање робе квалификује као понуду, уколико испуњава прописане услове које свака понуда мора да садржи.[68] Правило се примењује на робу изложену на полицама супермаркета, као и на робу у аутоматима.[69] Дакле, било да се роба налази на полици, било у аутомату – правни режим је исти. Уговор се сматра закљученим када купац узме ствар са полице, односно притисне одговарајући тастер на аутомату пошто је тада дошло до прихвата понуде.[70] Ради се о понуди која је учињена конклудентном радњом, прећутно. Сматра се да се понуда не односи само на изложену робу, већ и на истоврсну робу у складишту, као и да је продавац слободан да купцу преда било изложену, било робу из складишта.[71] Притом, швајцарска јуриспруденција одредбу проширује и на услуге (нпр. истакнута цена улазнице за биоскопску пројекцију)[72], док код домаћих аутора наилазимо на опречан став.[73] Мишљења смо да нема разлога да се понуда услуге не сматра понудом за закључење уговора, осим ако личност уговорника не представља битан елемент.

СС не прописује изричито да излагање робе уз означену цену јесте понуда, али чл. 1113 дозвољава такво тумачење, прописујући да воља приликом закључења уговора може бити резултат недвосмислене изјаве или *понашања њеног изјавиоца*.[74] Јуриспруденција као пример имплицитне понуде наводи управо ситуацију када трговац изложи робу на продају.[75]

Правне последице оваквог схватања се огледају у томе да је продавац везан својом понудом, односно дужан је придржавати се истакнуте цене.[76] Практично, то значи да у случају да је продавац истакао одређену цену, он не може рећи да је цена погрешно означена и купцу наплатити другу цену. Пракса показује да до овакве ситуације често долази, посебно у супермаркетима у време инфлације када се цене готово свакодневно мењају, а запослени не стижу променити све истакнуте цене. Шта се дешава у тој ситуацији, да ли купац има право да захтева да му се ствар преда по означеној цени? Иако се у пракси[77] купцу у таквој ситуацији нуди да одустане од куповине

[68] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénedé, 202.

[69] Пошто је купац слободан да се предомисли и врати ствар коју је узео са полице све док не дође до касе, сматра се да се понуда сматра прихваћеном доласком на касу (Драшкић 1980, 124).

[70] F. Ferrari, 125–137.

[71] М. Драшкић (1980), 123.

[72] D. Guggenheim, 50.

[73] Вид. А. Јакшић, С. Стојановић, 58.

[74] Вид. чл. 1113 ст. 2 СС.

[75] S. Porchy-Simon, 54.

[76] D. Guggenheim, 50.

[77] Више о овом проблему вид. Korolev, Sergei Viktorovich et al, „‘Wrong Price Tag’ at a Supermarket in the Focus of General Principles of Law“, *Journal of Advanced Research in Law*

или да купи ствар по цени за коју је сазнао тек приликом плаћања, сматрамо да би теоријски доследно решење било да купац има право да ствар купи по назначеној цени.[78]

Иако се у наведеним правним системима излагање робе са означеном ценом начелно сматра понудом, правило није апсолутно. ЗОО прописује да друкчије може произаћи из околности случаја или обичаја, док СО наводи да се такво излагање *генерално* сматра понудом. Који су то случајеви када излагање робе са означеном ценом не представља понуду, већ позив да се она упути? Лице које је изложило робу, а не жели да се иста сматра понудом, може на изречан или други начин искључити то уобичајено значење које право придаје излагању робе. Примера ради, може ставити знак „није на продају". Ни излагање робе у рекламне сврхе, на сајму, изложби и другим случајевима када је цена истакнута само информативно се неће сматрати понудом. Ипак, Орлић истиче како је незгодно што се поступање у овој области није искристализовало у обичаје, а теорија је далеко од постизања сагласности о полазним становиштима.[79]

б) Правни системи у којима се излагање робе са означењем цене сматра позивом на понуду

Излагање робе у продавници, излогу, на тезгама и сл. се у енглеском праву не сматра понудом, већ позивом на понуду и када је цена јасно истакнута. Став је потврђен у случају *Pharmaceutical Society of Great Britain v Boots Cash Chemists (Southern) Ltd* [1953]. Уговор је закључен оног момента када купац изабере жељене артикле, а продавац (може бити касир или неко трећи кога је продавац запослио) прихвати такву понуду. Судија Доналд Сомервел (Donald Somervell) је том приликом објаснио како смисао оваквог решења лежи у томе што је купац слободан да се предомисли и замени ствар коју је изабрао и ставио у корпу другим производом са рафа продавнице све док не дође до касе и формулише своју коначну понуду.[80] Сомервел је истакао како продавница није место принудне продаје, већ место погађања (*place*

and Economics, Volume IX, Summer, доступно на: http://journals.aserspublishing.eu/jarle/index, 2018. Аутори цитираног дела пореде руско и немачко право у погледу овог питања и следуће правне последице. У руском праву се излагање робе са означеном ценом сматра понудом, а аутори критикују такво решење као непрактично управо због предочених проблема коју тамошње позитивно право не решава доследно (S. Viktorovich et al, 1008).

[78] Према одредбама Закона о заштити потрошача (у даљем тексту: ЗЗП), нетачно навођење цене се сматра обмањујућом пословном праксом која представља прекршај и повлачи новчану казну за трговца. Вид. чл. 18 ст. 4 и чл. 187 ст. 1 тачка 3 ЗЗП.

[79] М. Орлић, 296.

[80] D. Oughton, M. Davis, 31.

for bargaining, *not for compulsory sales*), додајући да се значај личности купца ни у данашње време, не може елиминисати. Наиме, можда ће продавац имати посла са највећим трговачким супарником, пијаницом или скитницом, лични елемент никад није у потпуности искључен. Примера ради, железница није обавезна да закључи уговор са путником коме здравствено стање не дозвољава да путује. Штавише, Сомервел речено поткрепљује примером да чак и када на прстену у излогу јувелнирнице стоји натпис „*расūродаја – 1$ за ūрвоī кūūца који уђе у радњу*“, уговор о продаји прстена ће бити закључен само са лицем са којим јувелир буде желео.[81] Требало би имати у виду да је пресуда донета средином прошлог века и да би се данас такво схватање противило моралним схватањима данашњице, али и прописима о забрани дискриминације и прописима којима се уређује трговачка делатност.[82]

Другачија је ситуација када се ради о аутоматима и самоуслужним продавницама (*self-service*), где се изложена роба сматра понудом. Тако истакнута цена горива на пумпи представља позив на понуду коју продавац прихвата сипањем одређене количине горива у резервоар, док истакнута цена на самоуслужној пумпи представља понуду, коју купац прихвата када почне да пуни резервоар.[83]

Речено важи и за немачко право. Традиционално, у немачком праву се излагање робе сматра позивом на понуду. У тренутку када потенцијални купац узме жељени артикал са полице и долази на касу, он само испуњава предуслов за комплетирање понуде. С обзиром да се не ради о понуди, јасно је да се овде проблем у случају погрешно истакнуте цене решава у корист продавца. Практично, цена производа у самопослузи има само информативни карактер, а тек на каси купац формулише понуду за закључење уговора.[84] Изузетак такође представља и роба у аутоматима, када се ради о понуди која важи док год у аутомату има залиха.[85] Становиште је укорењено у немачкој правној теорији и судској пракси, мада BGB позив на понуду изричито не помиње.

Да ли се овакво разумевање излагања робе односи и на онлајн продају? Енглески аутори наводе да се сличан принцип примењује и код онлајн продаје, када је на сајту продавца означена количина доступне робе. Тада купац кликом на одговарајућу опцију чини понуду продавцу, који је слободан да ову прихвати или одбије.[86] Сматрамо да се приликом излагања робе онлајн примењује речено о онлајн огласима и рекламама (вид. претходни одељак).

---

[81] Ibid, 32.

[82] Вид. чл. 51 ст. 1 тачку 2 Кодекса пословне етике (“Сл. гласник РС”, бр.1/2006, доступно на: https://www.paragraf.rs/propisi/kodeks_poslovne_etike.html).

[83] E. Peel, 2–009.

[84] Вид. S. Viktorovich et al.

[85] R. Youngs, 549.

[86] *Ibidem*.

в) Став аутора

Које од наведених решења више одговара потребама праксе у двадесет првом веку? Да бисмо одговорили на ово питање, потребно је сагледати њихове циљеве и у којој мери су они остварени.

Правни системи који излагање робе уз означену цену сматрају понудом настоје да постигну правну сигурност и спрече арбитрарно поступање продавца, у смислу дискреционог одлучивања коме ће продати робу коју нуди. Свакако, он је робу изложио како би је продао, одредио цену и заинтересовано лице прихватом такве понуде постаје купац. Другим речима, зар роба са означеном ценом не би требало да представља понуду, пошто продавац нема разлога да заинтересованом купцу који понуди означену цену одбије да ту робу прода?! Наравно, продавац неће закључити уговор уколико се ради о продаји алкохола или дуван малолетнику, лека на рецепт лицу који тај рецепт нема и слично, у складу са прописима конкретне професије. Поменута пресуда која у пракси енглеских судова представља преседан (*Pharmaceutical Society of Great Britain v Boots Cash Chemists (Southern) Ltd*) се односила управо на један од оваквих случајева – продају лекова. Ради се о изузецима којима се не дира у карактер излагања робе као понуде.

Главни аргумент присталица квалификације излагања робе са означеном ценом као позива на понуду су последице у ситуацији када продавац нема захтевану количину робе. Истиче се да би, ако се ради о понуди, продавац одговарао према правилима о уговорној одговорности за неиспуњење, што је претерано и неправично. Међутим, наглашавамо да се ради о *изложеној* роби, дакле оно што је изложено постоји на залихама (другачије је када су у питању огласи, каталози, рекламе и слично, када евентуални недостатак залиха продавца оправдава квалификацију огласа као позив на понуду). У том смислу, истиче се да изложена роба представља понуду само у погледу количине која је изложена.[87] Купац се не може оправдано поуздати да продавац има још истоврсне робе у магацину, камиону или складишту, већ му се на продају нуди само роба у количини која је изложена, уколико другачије не произлази из околности. Такође, понуда се може формулисати тако да истиче онда када залихе буду исцрпљене, што би задовољило интересе и продавца и купца.

Видели смо да се у енглеској и немачкој јуриспруденцији велика пажња посвећује одређивању тренутка у коме купац формулише понуду. Истиче се да он то чини тек када дође на касу и спусти ствари на траку, док је све до тог тренутка слободан да се предомисли и врати ствар назад на полицу. Међутим, и уколико се излагање робе у том случају схвати као понуда, може се узети да се понуда сматра прихваћеном онда када купац учини неку мање

[87] М. Драшкић (1986), 51.

двосмислену радњу, примера ради стави ствари на касу за плаћање.[88] Према томе, аргумент не сматрамо пресудним.

Обе квалификације имају позитивне и негативне стране, а предност једног тумачења је истовремено мана другог. Ипак, имајући у виду изнете аргументе и противаргументе, а првенствено онај који се односи на евентуални недостатак робе на залихама, сматрамо да квалификација излагања робе са означеном ценом као понуде у потпуности задовољава потребе трговине на начин на која се она данас одвија.

Аукције

Аукција представља начин закључења уговора у којем се више лица међусобно надмеће у давању понуда заинтересованом лицу, тако да са њим закључује уговор онај понудилац чија је понуда у датом тренутку најповољнија за организатора.[89]

Поступак аукције почиње објављивањем аукцијског огласа који се назива и „расписивање аукције". Овакав оглас сматра се позивом на понуду.[90] Поред тога што је упућен неодређеном броју лица (што још увек не представља *differenta specifica* позива на понуду), у њему нису садржани прецизно одређени елементи будућег уговора, тако да се не може радити о понуди. Елемент који није одређен јесте цена, пошто је овде, за разлику од каталога и огласа, количина увек одређена.[91] Штавише, овакав оглас ће представљати позив на понуду чак и када је одређена почетна цена, будући да се ни тада не зна на којој ће се цени учесници зауставити.[92] Ни када на аукцији учествује само једно лице које потом прихвати почетну цену оглас се не квалификује као понуда, пошто се правна природа института не може мењати накнадно у зависности од околности случаја. Изнето важи и за тзв. прикупљање писаних понуда (писане аукције).[93] Правило је да је позив чини аукционар, односно организатор аукције,[94] позивајући учеснике аукције да дају своје понуде.[95]

[88] E. Peel, 2–009.

[89] Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Трговинско право*, Београд 2021, 94–95.

[90] Мирко Васиљевић 2018, 60.

[91] Миодраг Мићовић, „Позив на понуду", *Право и привреда* 3–4/98, 25–27.

[92] Део енглеске јуриспруденције сматра да се овде ради о понуди (McKendrick 2017, 74). Такође, за другачије мишљење у домаћој правној теорији вид. Мићовић 1998, 26.

[93] Маша Мишковић, *Правна природа аукције (докторска дисертација)*, 126–130. Београд 2021. Указујемо и на становиште да се оглашавање аукције сматра понудом, али не понудом за њено одржавање, него понудом аукционара да ће он у име власника прихватити највишу понуду (до које се долази надметањем) (E. Peel, 2–008).

[94] Аукционар и организатор аукције не морају бити исто лице. Организатор аукције јесте лице које организује аукцију, а аукционар је конкретно физичко лице које том аукцијом руководи (Мишковић 2021, 11).

[95] E. McKendrick, 75.

У говору се може чути и нетачан назив „противпонуда“[96]. Све радње које предузимају било аукционар, било (потенцијални) учесници аукције након што је оглас објављен, а пре саме аукције квалификују се као преговори, јер је њихов циљ помагање учесницима као евентуалним понудиоцима да формулишу што повољнију понуду.[97] На самој аукцији учесници су ти који чине понуду, а понуда се сматра прихваћеном од стране аукционара, када он покаже свој пристанак на уобичајен начин, нпр. падом чекића.[98] Пошто ЗОО не садржи посебна правила о аукцији, на аукцију се примењују правила о закључењу уговора између присутних лица.[99]

Међутим, истиче се да одговор на питање о правној природи аукције зависи од врсте аукције, прецизније од тога да ли се ради о аукцији са резервом или аукцији без резерве. Овакав став упориште има и у ЗОО.[100] Код аукције са резервом аукционар искључује своју обавезу закључења уговора. Он није дужан закључити уговор са најповољнијим понудиоцем, већ за сауговорника може изабрати другог понудиоца или пак не закључити уговор уопште. Најповољнији понудилац не може принудно захтевати закључење уговора, али ће имати право на накнаду претрпљене ако докаже да су преговори несавесно вођени. Ако није прецизирано о којој врсти аукције је реч, претпоставља се да се ради о аукцији са резервом.[101] Правна природа такве аукције је неспорна, ради се о позиву на понуду. С друге стране, код аукције без резерве је аукционар обавезан да закључи одговор са најповољнијим понудиоцем, а у супротном одговара за штету коју је такав понудилац претрпео услед пропуштања да се уговор закључи и то према правилима о деликтној одговорности.[102] Према томе, поставља се питање да ли се расписивање аукције без резерве може сматрати понудом или је и овде реч о позиву на понуду. ЗОО прописује да се позив за надметање о цени радова сматра позивом на понуду у случају искључења обавезе да се уговор закључи.[103] *A contrario*, произлази да се без искључења обавезе не ради о позиву на по-

---

[96] Вид. правилник Лимунда (https://www.limundo.com/pravila-uslovi, последњи приступ: 12.9.2023. Међутим, противпонуда постоји када се понуђени не сагласи са понудом у целости, него жели да је измени. Тада није дошло до закључења уговора, већ се његова изјава сматра новом понудом.

[97] М. Мишковић, 100.

[98] E. Peel 2–008.

[99] М. Васиљевић, 60.

[100] Вид. чл 604 ЗОО.

[101] Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 97–98. Јовановић истиче да ће то бити у ситуацији ако је аукционар одбио најповољнију понуду, а за то није имао оправдан разлог (Ibid, 98).

[102] Ibidem; Снежана Дабић, Дужност обавештавања при закључењу уговора (докторска дисертација), Београд 2018, 77 фн. 293.

[103] Чл. 604 ст. 2 ЗОО.

нуду, дакле да се ради о понуди. Без обзира на опредељење законодавца, сматрамо да се ради о позиву на понуду из два разлога. Први разлог се односи на јасно дефинисане улоге лица које аукцију организује и оних који у њој учествују. Наиме, учесник аукције је тај који чини понуду аукционару, улога понудиоца је резервисана за оне који се надмећу. Уколико расписивање аукције са резервом квалификујемо као понуду, онда бисмо дошли до апсурдне ситуације да су учесници аукције понуђени, односно да они одлучују о закључењу уговора. Други разлог је везан за садржину огласа којим се аукција расписује, а који не садржи све битне састојке будућег уговора[104].

Данас су све популарније електронске (онлајн) аукције[105], а постоје и компаније које се искључиво баве њиховим спровођењем (нпр. *eBay*).[106] Пример платформе за одржавање аукција у нашој земљи јесте вебсајт *Лимундо.* Каква је правна природа огласа постављеног на сајту ових и сличних компанија? Немачка правна теорија истиче да се чл. 156 BGB не примењује на онлајн аукције.[107] Апелациони суд у Хаму је оглашавање аутомобила „фолксваген пасат“ на приватној онлајн аукцији (учесници су били обавезни да се претходно региструју да би могли да учествују), квалификовао као понуду, а највишу цену учесника аукције као прихват понуде. Као главни аргумент, суд је истакао да је изјава воље туженог који је огласио аутомобил била довољно прецизна, а да се он приликом оглашавања аутомобила на сајту сагласио са стандардним одредбама у којима је стајало да је обавезан да закључи уговор са учесником аукције који добије потврду да је његова понуда прихваћена. Овом одлуком је укинута одлука Основног суда у Минстеру, који је пресудио у корист продавца, аргументујући да се ради о позиву на понуду и да је без воље продавца уговор није могао бити закључен. Заправо, основни суд је одступио од тзв. објективне теорије (теорије изјаве) и тумачио да ли је уговор закључен примењујући теорију воље, која је одбачена у деветнаестом веку због неприхватљивог степена произвољности и правне

[104] Мишковић такође заузима овакав став, наводећи недостатак одређености цене као битног састојка уговора и конститутивног елемента понуде (М. Мишковић, 129).

[105] Разлике између класичне и онлајн су: 1) сајт као платформа на којој се аукција одржава није аукционар, него само место (marketplace) сусрета продаваца и купаца ради закључења уговора, оператори ових сајтова не организују аукцијску продају; 2) класична аукција се спроводи у унапред одређено време, док се онлајн аукција спроводи у одређеном временском периоду, па учесници не морају све време бити онлајн и пратити аукцију како би у њој учествовали; 3) аукционар има улогу приликом саветовања учесника, што не важи за оператера сајта; и 4) веб-сајт пружа информације о плаћању, али оператер сајта није тај који плаћање спроводи (М. Мишковић, 26 –28).

[106] Ibid, 4.

[107] A. K. Suzuki-Klasen, 247 фн. 1231. На аукцији, уговор није закључен до тренутка пада чекића. Понуда престаје да важи ако је учињена већа понуда или ако је аукција затворена без пада чекића (чл. 156 BGB).

несигурности.[108] Према другом схватању, правна природа онлајн аукције, односно огласа постављеног на такву платформу не може се одредити начелно, већ зависи од конкретних услова које оператер сајта поставља, а на које и продавац и купци као учесници пристају. Уколико се ради о „аукцији са резервом“ (где продавац задржава право да одбије закључење уговора) радиће се о позиву на понуду, док „аукција без резерве“ (уговор закључује аутоматски са најповољнијим понудиоцем, оглашавање продавца) претпоставља да постоји понуда.[109] Сматрамо да би овде требало применити аналогију са реченим о (офлајн) аукцији, те да се ради о позиву на понуду уз исту аргументацију.

Тендери (јавне набавке)

У енглеској правној теорији се аукција и тендер (*invitation to tender, appel d'offres*) раздвајају као засебни правни институти и два различита случаја позива на понуду.[110] Заправо, ради се о два облика надметања, при чему је њихов циљ и начин реализације различит. Код аукције се понудиоци надмећу ко ће понудити најбољу цену, а код тендера ко ће понудити најбоље услове за обављање одређеног посла.[111] Такође, док аукција представља јавно надметање, тендер се обично спроводи упућивањем писаних позива одређеним лицима са предлогом да организатору доставе писану

[108] Peer Zumbansen, „Contracting in the Internet: German Contract Law and Internet Auctions“, *German Law Journal*, 2001 2(7). Тужилац је осам секунди пре краја аукције понудио 26350 немачких марака за VW пасат и оператер вебсајта посредством кога је приватна аукција одржана му је потврдио да је његова понуда успешна и проследио му податке о идентитету продавца, како би могао да ступи у контакт са њим. Међутим, продавац је тврдио да уговор није закључен јер је он намеравао да прода аутомобил по цени од „око 39000 немачких марака“. Апелациони суд је пресудио у корист тужиоца, истичући да је уговор закључен јер је продавац био везан својим огласом који се сматра понудом, док се највиша цена коју учесник аукције понуди сматра прихватом те понуде. Bundesgerichtshof 7.11.2001 NJW 2002, 363 (S.B. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, 547–550).

[109] Вид. E. Peel, 3–162.

Примера ради, у правилнику на сајту „Лимундо“ стоји да се уговор између продавца и члана-купца сматра закљученим када истекне аукција и члан са највишом првом датом противпонудом постаје купац и ступа на снагу одмах по истеку аукције, и у том смислу нису потребна никаква додатна обавештења. Вид. на https://www.limundo.com/pravila-uslovi (последњи приступ: 12.9.2023).

[110] Вид. E. Peel 2–008, 2–013; D. Oughton, M. Davis 29.

[111] Напомињемо да М. Мишковић (10) наводи ову диференцијацију као становиште руске правне теорије, али на исти критеријум поделе наилазимо и у енглеској правној теорији („*tenders for the supply of goods or for the execution of work*“, D. Oughton, M. Davis, 34), док из дефиниције на коју наилазимо у нашој јуриспруденцији можемо доћи до истог закључка („давањем писмене понуде за *описани посао* (тендер)“ (наглашава ауторка), Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 95).

понуду за посао који је описан у позиву. Дакле, тендер представља вид нејавног надметања[112], док је аукција по природи јавна. Код нас се тендер уобичајено назива јавном набавком.[113]

Да ли је наручилац дужан да прихвати најбољу понуду? Енглеско право на то питање начелно одговара негативно, било да се ради о тендеру за продају, односно набавку одређене робе или тендеру за извођење радова. Правило је установљено у случају *Spencer v Harding* [1870].[114] Овакво решење је неповољно за понудиоца, пошто припрема конкурисања на тендер подразумева знатне трошкове, које он обично сноси на сопствену одговорност. Могуће је и да се у тендеру изричито истакне да је позивалац обавезан да ће прихватити највишу понуду за продају одређене робе (или, у зависности од случаја, најнижу понуду за куповину или пружање наведених услуга). Тада је позиција понудиоца знатно повољнија. Истиче се да се тада тендер може сматрати „понудом или позивом за подношење понуда заједно са обавезом прихватања највише (или, у зависности од случаја, најниже) понуде".[115] Управо оваква ситуација је разматрана у случају *Harvela Investments Ltd v Royal Trust Co of Canada* [1986], када је суд закључио да се ради о једностраном уговору.[116] Напомињемо да је већ било речи о схватању енглеског права да једнострана изјава воље не може створити обавезу, те њиховој квалификацији као једностраних уговора. Мишљења смо да се правна природа тендера не разликује од правне природе аукције. Разлике између ова два начина надметања се односе само на начин њиховог спровођења, техничке

[112] Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 95.

[113] Када је реч о јавним набавкама, осим посебног закона који уређује ту материју (Закон о јавним набавкама „Сл. гласник РС" бр. 91/2019) указујемо и на чл. 604, 605 и 232 ЗОО. Међутим, институте у нашем праву који подразумевају надметање остављамо за посебно истраживање.

[114] D. Oughton, M. Davis, 34.

[115] E. Peel, 2–013.

[116] Радило се о позиву *Royal Trust Co of Canada* упућеном двојици ривала (обојица су желели да прибаве акције компаније) да доставе запечаћене понуде до одређеног датума. Притом било је изричито наведено да ће највиша понуда бити прихваћена. Један од ривала (*Harvela Investments Ltd*) дао је понуду од $2.175.000; други (*Sir Leonard Outerbridge*) је дао понуду од $2.100.000 „или $101.000 више од било које друге понуде...". Прво питање којим се суд бавио било је да ли овакав „референтни" елемент понуде сер Леонарда може бити правно ваљан. Дом лордова је једногласно сматрао да је таква понуда неспојива са духом фиксног лицитирања и, да ће тендери постати неизводљиви ако се усвоји пракса таквих понуда. Лорд Диплок је нагласио како се понуде не смеју бити условљене међусобно, већ независне једна од друге. Друго питање се односило на изјаву Рojал Траста којом се обавезао да ће прихватити највишу понуду (то је била понуда Харвела, пошто је друга оглашена неважећом) (D. Oughton, M. Davis 34–35). Једногласно је закључено да је оваква изјава ствара обавезу за Рojал Траст да закључи уговор, те да се ради о једностраном уговору (вид. https://oxbridgenotes.co.uk/law_cases/harvela-investments-v-royal-trust-co-of-canada, последњи приступ 13.9.2023).

су природе, а свакако недовољне да доведу до разлике у њиховој правној природи.

ЗАКЉУЧАК

Позив на понуду је специфична уговорна иницијатива настала као потреба праксе, а која се по степену везаности изјавиоца налази између позива на преговоре и понуде. Позивалац на понуду прецизира садржину будућег уговора (нацрт, пројекат уговора), али још увек нема намеру да се коначно обавеже (*animus contrahendi*). Он жели да сауговорник коме је позив упућен њега понуди на закључење уговора који је сâм осмислио. Дакле, позивалац на понуду формулише садржину уговора и он је тај који изјављује коначну реч приликом закључења таквог уговора. Међутим, за разлику од обичног понуђеног, он не може одбити понуду, осим ако за то нема основан разлог. Теорија је сагласна у томе да се разлог за одбијање сматра основаним ако је економског карактера, док личне и друге околности не оправдавају понуђеног. Ако он без оправданог разлога одбије да прихвати понуду, одговараће за штету према правилима о деликтној одговорности.

Док је у теорији релативно једноставно уочити разлике између понуде и позива на понуде, њихово разграничење може представљати тежак задатак за судије. Због тога су правна теорија и законодавци настојали да издвоје одређене ситуације када ће се начелно радити о позиву на понуду, уз ограду да у конкретној ситуацији то не мора бити случај. Најпре, позивом на понуду се у свим анализираним упоредноправним системима сматрају огласи, ценовници, тарифе и слично. Напомињемо да француско право има резервисан став када је неки од набројаних видова оглашавања у питању, већ инсистира на томе да се природа огласа *a priori* не зна, док суд у конкретном случају не оцени да ли је довољно одређен да би се сматрао понудом. Српско и швајцарско право садрже претпоставку да се ради о позиву на понуду, али су одступања могућа. Енглески судови такође заузимају потоњи став, али од њега и одступају, а нарочито када се ради о тзв. понуди за закључење једностраног уговора (код нас јавно обећање награде). Уколико се оглас или реклама налазе на Интернету, може се радити о понуди ако постоји опција која дозвољава кориснику да ствар најпре „дода у корпу“, а уз још додатних неколико кликова и купи. Други случај јесте излагање робе на продају. Сагласност постоји око правне природе излагања робе чија цена није истакнута, које се сматра позивом на понуду. Међутим, наилазимо на опречне ставове за случај у коме цена робе јесте истакнута. Швајцарско, француско и српско право сматрају да се тада ради о понуди, док немачко и енглеско право квалификују иницијативу као позив на понуду. На крају, расписивање

аукције и тендера се такође традиционално сматра позивом на понуду. У теорији је спорна ситуација аукције без резерве, коју део правне науке сматра понудом због тога што је аукционар обавезан да закључи уговор са најповољнијим понудиоцем. Онлајн аукцију би такође требало сматрати позивом на понуду.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Антић, Оливер. *Облиīационо īраво*. Београд, Правни факултет у Београду, 2010.

Bénabent, Alain, *Droit des obligations*, Paris LGDJ, Lextenso éditions, 2017.

Васиљевић, Мирко, *Трīовинско īраво*, Београд, Правни факултет у Београду, 2018.

Vizner, Boris, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb, 1978.

Дабић, Снежана, *Дужносī обавешīавања īри закључењу уīовора: докīорска дисерīација*, Београд, 2018.

De Vincelles Carole Aubert, *Droit des obligations – Tome I*, Paris, 2020.

Драшкић, Младен, *Закључивање уīовора о īродаји*, Београд, 1986.

Драшкић, Младен, *Чл. 26–45, 1072–1082*. (ур. Благојевић, Борислав, Круљ Врлета Коментар Закона о облигационим односима I), Београд, Савремена администрација, 1980.

Ferrari, Franco, Offer and Acceptance Inter Absentes. Elgar Encyclopedia of Comparative Law, (ed. by Jan M. Smits, Jaakko Husa, Catherine Valcke, and Madalena Narciso) 125–137, 2023, https://doi.org/10.4337/9781839105609.offer.acceptance.inter.absentes.

Јакшић, Александар, Стојановић, Срђан, *Елеменīи за једно уīоворно īраво*, Београд 1995.

Јовановић, Небојша, Појам уговора у англосаксонском праву. *Анали Правноī факулīеīа у Беоīраду* 1/2008: 63–88.

Јовановић, Небојша, Радовић Мирјана, Радовић, Вук, *Трīовинско īраво*, Београд, Правни факултет у Београду, 2021.

Kotz, Hein, *European Contract Law: second edition*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

Korolev, Sergei Viktorovich et al. 2018, 'Wrong Price Tag' at a Supermarket in the Focus of General Principles of Law, *Journal of Advanced Research in Law and Economics*, Volume IX, Summer, 3(33): 1004–1010, доступно на: http://journals.aserspublishing.eu/jarle/index, 10.14505/jarle.v9.3(33).26.

Markesinis, Sir Basil; Unberath, Hannes; Johnston, Angus, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise (Second Edition)*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2006.

McKendrick, Ewan. *Contract Law: twelfth edition*. London, 2017.

Мићовић, Миодраг. Позив на понуду, *Право и īривреда 3–4/98*: 22–33.

Мишковић, Маша, *Правна īрирода аукције (докīорска дисерīација)*, Београд, 2021.

Орлић, Миодраг, *Закључење уīовора*, Београд, Институт за упоредно право, 1993.

Oughton, David, Davis, Martin, *Sourcebook on contract law: Second Edition*, London, Cavendish Publishing Limited, 2000.

Peel, Edward, *Treitel: The Law of Contract 14th ed*, London: Sweet & Maxwell Ltd, 2015.

Перовић, Слободан, *Облигационо право (књига прва): седмо издање*, Београд, Службени лист СФРЈ, 1990.

Porchy-Simon, Stéphanie, *Droit civil 2e année. Les obligations (9e édition)*, Paris, Dalloz, 2016.

Радишић, Јаков, Облигационо право: општи део, Ниш, Правни факултет у Нишу, 2017.

Suzuki-Klasen, Anna Katharina, *A Comparative Study of the Formation of Contracts in Japanese, English, and German Law*. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co, KG: Baden Baden, 2022, https://doi.org/10.5771/9783748911777 .

Terré, François, Simler, Philippe, Lequette Yves, Chénedé François, *Droit civil Les obligations (12e édition)*, Paris, Dalloz, 2019.

Guggenheim, Daniel, *Art 11–16*. (ed. Thévenoz, Luc, Werro, Franz, Code des obligations I). Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2003.

Zumbansen, Peer, "Contracting in the Internet: German Contract Law and Internet Auctions". *German Law Journal, 2(7)*, E1, 2001, doi:10.1017/S2071832200003412

Youngs, Raymond, *English, French & German Comparative Law: third edition*, Routledge, London and New York, 2014.

Ksenija M. Džipković
University of Belgrade
Faculty of Law
ksenija@ius.bg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-8115-4030

Invitation to Treat From the Perspective of Comparative and Serbian Law

***Abstract**: The author begins with an analysis of an invitation to treat, its characteristics and legal consequences. Its peculiarities are also highlighted through comparison with other contractual initiatives – an offer, an invitation to negotiations, a unilateral promise, and a public promise of reward. The central part of the work is devoted to the analysis of cases that are qualified as the invitation to treat in Serbian, French, Swiss, German, and English law. These are advertisements, display of goods with or without a marked price, auctions, and tenders. The legal nature of online advertisements and online auctions is presented as well. The author explains the reasons for specific comparative law solutions and draws conclusions that justify the qualification of contractual initiatives as invitations to treat or she criticizes the solutions presented. Also, attention is devoted to the analysis of Serbian positive law since its provisions are compared with the solutions of other legal systems. Furthermore, some of those provisions served as a model for Serbian legislator.*

***Keywords**: Invitatio ad offerendum. – Offer. – Display of goods. – Advertisement. – Auction.*

Датум пријема рада: 03.10.2023.
Датум достављања коначне верзије рада: 01.11.2023.
Датум прихватања рада: 13.11.2023.

Прегледни рад

316.66:323
321.7:32
doi:10.5937/zrpfns57-45015

Тијана Д. Перић Дилиѓенски
Институт за политичке студије, Београд
peric.tijana@yahoo.com
ORCID ID: 0000-0002-2175-9134

ОГЛЕД О ПОЛИТИЧКОЈ ПОЛАРИЗАЦИЈИ*

Сажетак: *Аутор у раду настоји да одговори на питање која су изворишта поларизације у савременим ауторитарним државама (које су процедурално демократске) и које су кључне разлике (тачке сукоба) између поларизованих страна? Истраживачка пажња је усмерена и на анализу политичких и ширих друштвених ефеката поларизације и на дилему да ли је уопште могуће умањити негативне ефекте деловања вредносно супротстављених актера? Аутор уочава универзалну социолошку законитост по којој корени поларизације готово непогрешиво извиру из плурализма друштвених идентитета који су изграђени на идеологији, религији, етничкој припадности и којима тенденциозно манипулишу политичке елите. Примарно, вештачки креирана политичка поларизација је стратегија за мобилисање бирачке базе, а секундарно она представља и средство за легитимисање и консолидовање популистичких и ауторитарних режима. Кад друштво једном почне да се поларизује, унутар конкурентских политичких и других групација оснажује унутаргрупна лојалност и ствара се групни идентитет који је осетљив на било какву другост, што се огледа у конфликтима са интересно и вредносно супротстављеним друштвеним групама и покретима.*

Кључне речи*: социјални расцепи, поларизација, идентитет, демократија, политика.*

---

* Рад је настао као резултат научно-истраживачког рада аутора, оствареног у Институту за политичке студије у току 2023. године

1. ПОЛИТИЧКИ ИДЕНТИТЕТИ И СОЦИЈАЛНИ РАСЦЕПИ

Теоријски конструкт класичних социјалних расцепа[1] из шездесетих година прошлог века (територијални расцеп центар-периферија; религијско-секуларно; урбано-рурално; рад-капитал) полако губи на значају услед промене класних структура, доминације постматеријалистичких вредности, нових идеолошких сукоба (отворени-затворени, либерални-ауторитарни, космополитски-национални итд.), настанка нових политичких партија (зелени, либерали, радикална десница). Наведене категорије доводе до реконфигурације традиционалне лево-десне линије подела партијског надметања.[2] Нове линије политичких подела огледају се у расцепима: материјалисти-постматеријалисти, добитници и губитници глобализације као и транснационалисти (либерално-зелени алтернативци) насупрот традиционално ауторитарним националистима.

Инглхартова (*Inglehart*) теза о постматеријалистичким вредностима која је уткана у социјални расцеп материјалисти-постматеријалисти калеми се на Масловљеву (*Maslow*) теорију о хијерархији људских потреба. Кад се задовоље примарне биолошке потребе у друштву просперитета, грађани се фокусирају на остварење политичког бића кроз борбу за личне слободе и самоизражавање.[3] Овом процесу претходи социјализација путем које се формирају и политички идентитети у раном одраслом добу и који остају релативно трајни. Предратне и ратне генерације које су се суочавале са оскудним ресурсима, страхом и свим немилим појавама које прате оружане сукобе наследиле су постматеријалистичке генерације социјализоване у послератном просперитету. Дводимензионални политички сукоб између материјалиста и постматеријалиста трајао је неколико деценија због процеса смене генерација. На наведеним премисама темељи се и теорија еволуционе модернизације по којој су економски развој, механизми државе благостања и дуге етапе геополитичког мира после Другог светског рата довели до редефинисања људске мотивација која се окренула ка стварању нових политичких и других друштвених идентитета – економских, родних, религијских, сексуалних.[4]

---

[1] Seymour Martin Lipset, Stein Rokkan,"Cleavage structures, party systems, and voter alignments. An introduction", *Party Systems and Voter Alignments: Cross-National Perspectives* (eds. Stein Rokkan, Seymour Martin Lipset), Free Press 1967, 1-64.

[2] Robert Ford, Will Jennings, "The Changing Cleavage Politics of Western Europe", *Annual Review of Political Science*, 23/2020, 296.

[3] Ronald Inglehart, *Modernization and Postmodernization: Cultural, Economic, and Political Change in 43 Societies*, New Jersey 1997.

[4] Ronald Inglehart, "Changing values among Western publics from 1970-2006", *West European Politics*, 31/2008, 130-146.

Глобализација представља детерминанту социјалног расцепа између њених добитника и губитника. Друштени портрет њених добитника представља висококвалификоване друштвене групе које су извукле бенефите од економских интеграција, махом космополитски оријентисане и чије квалификације подлежу ефикасној трансформацији на темељу тржишних потреба. С друге стране, губитници глобализације су махом нискоквалификовани грађани, жртве приватизацијских аранжмана (што је посебно актуелно у посткомунистичким државама), са израженом везаношћу за национални идентитетски образац. Посреди је транснационални расцеп који се јасно манифестује и у сваком националном миљеу.[5] Нове глобализацијске деобе су утицали и на страначки пејзаж будући да су поједине традиционалне политичке странке мобилисале нову изборну базу из редова губитника глобализације (првенствено странке радикалне деснице). Након светске финансијске кризе (2007-2008), либералне и зелене партије своју подршку црпе из редова добитника глобализације.[6]

Политчка поларизација се у научним радовима концептуализује кроз појмове разилажења (дивергенције) или усклађивања. Кад се концепт разилажење узме као полазна основа, политичка поларизација се дефинише као „мера у којој су мишљења о питањима супротстављена у односу на неки теоријски максимум“ као и „пораст таквог разилажења током времена“.[7] Кроз призму усклађивања, политичка поларизација представља нивое до којих су ставови грађана о неком питању одређени њиховим политичким (партијским, идеолошким) идентитетом.

Научне референце које анализирају психолошке основе политичких преференција (и политичког понашања) полазе од интринзичне и контекстуалне тезе. Интринзична теза полази од концепта јединства у психологији конзервативаца које се огледа у: догматизму, нетолеранцији према неизвесности и потреби за затварањем.[8] Ове особине конзервативаца, за разлику од либерала, утичу на њихову склоност да апстрахују информације које су у раскораку са њиховим идеолошким светоназорима. Либерали показују већу предиспозицију ка избегавању дисонантних информација.[9]

---

[5] K. Hanspeter *et al*, “Globalization and the transformation of the national political space: six European countries compared”, *European Journal of Political Research*, 6/2006, 922.

[6] R. Ford, ”The Changing Cleavage Politics of Western Europe”, *Annual Review of Political Science*, 23/2020, 299.

[7] Roderik Rekker, “The nature and origins of political polarization over science”, *Public Understanding of Science*, 4/2021, 353.

[8] J. Glaset *et al*, “Political conservatism as motivated social cognition“, *Psychological Bulletin,* 3/2003, 339-375.

[9] R. Rekker, “The nature and origins of political polarization over science”, *Public Understanding of Science*, 4/2021, 356.

Чињеничне тврдње у интеракцији са партијским и идеолошким факторима воде до њихове политизације. Контекстуална теза објашњава да је политички мотивисано расуђивање утемељено на психолошкој потреби људи да формирају уверења која наилазе на одобрење групе којој припадају (идентитетско-заштитна спознаја). У експерименталним условима о антропогеним климатским променама, доказано је да су десно оријентисани испитаници показали већу склоност да верују у доказе о њима, након што су били изложени информацијама о „непотребно" донетим прописима о емисијама угљен-диоксида. За разлику од њих, наведена информација није утицала на лево оријентисане испитанике.[10]

У литерарном фонду постоји сијасет различитих аналитичких манифестација концепта поларизације. Поједини аутори поларизацији прилазе као ширини мишљења, односно колико су удаљене крајности у популацији. Конкретније, у питању је дисперзија дефинисана као „догађај да су мишљења различита" и „далеко подељена по садржају".[11] Поједини аутори подвлаче да квантум подељености мишљења утиче на (не)могућност постизања политичког консензуса тако што већа дивергенција отежава успостављање центристичког политичког консензуса. Статистичка варијација представља погодну методолошку алатку за мерење политичке поларизације јер узима у разматрање сва уверења, а не само екстреме. Речју, она разматра само укупан облик дистрибуције.[12]

Логика политичке поларизације огледа се у одсуству заједничке политичке визије, а неретко и у крајњем анимозитету међу присталицама конкурентских политичких опција. Важно је да се не направи изједначавање политичке поларизације са партијском компетицијом. Партијска компетиција је друштвено пожељна појава, поготово у доскорашњим једнопартијским системима који су неговали политичко једноумље. Партијска компетиција има исту логику као тржишна конкуренција јер бирачима (политичким конзументима) нуди могућност политичког избора међу разноликим политичким опцијама. Ово је од фундаменталног значаја у демократијама у развоју јер се кроз партијско надметање мобилишу бирачи, оснажује се унутар и међупартијска динамика. Постоје и становишта по којима израженија партијска везаност и демократска конкуренција позитивно утичу на изборну стабилност. Поједина међунационална и лонгитудинална истраживања о односу поларизације, грађанске перцепције о њој, склоности и партијској пристрасности показују да је поларизација у корелацији са индивидуалном

[10] *Ibid*., 357.

[11] Paul DiMaggio, John Evans, Bethany Bryson, "Have Americans' Social Attitudes Become More Polarized?",*American Journal of Sociology* 3/1996, 690-755.

[12] Bramson *et al*., "Understanding Polarization: Meanings, Measures, and Model Evaluation", *Philosophy of Science,* 1/2017, 120.

пристрашношћу у простору и времену. Грађани из политички поларизованог миљеа сматрају да су странке за које гласају поларизоване, а сама перцепција поларизације чини да људи буду партијски пристрасни.[13]

Једна од најважнијих социолошких дихотомија елита-маса уједно је и прва знана друштвена, а потом и политичка поларизација. Политиколози су склони да повлаче разлику између поларизације елита и поларизације маса. Ова прва представља деобу између политичких актера или институција у оквиру којих се одвија политички живот. У теорији не постоји консензус ко све конституише елиту, која поред горенаведених актера укључује и организације које се залажу или лобирају за политичке агенде као и истакнуте медијске личности.[14] Појам елите је у знатној мери варијабилан и умногоме зависи од појединачног националног контекста. Политичке елите неретко инструментализују поларизацију као стратегију за освајање и задржавање власти. Манихејски базирана поларизујућа стратегија елите има за циљ да политички и морално дискредитује опозицију. Као посебно осетљива, у литератури се наводи и поларизација на темељу „формативног расцепа", својеврсне историјске полемике поводом држављанства, идентитета и оснивачких митова. Наведени расцеп не може олако да се преброди будући да захтева реконфигурацију државе. Људи се биолошком датошћу нађу на једној страни бразде и питање је тренутка кад ће нешто што је дато рођењем постати политички релевантно и пожељно или ирелевантно и непожељно.[15]

Поларизација маса је у теоријском смислу такође флуидан појам јер не постоји општи консензус око конститутивних елемената масе. За поједине теоретичаре поларизација масе је поларизација између ангажоване и информисане јавности с једне и мање ангажоване и мање информисане јавности с друге стране. Могућ сценарио је поларизација између информисаних и „обавештених" грађана једне земље, у коју не би били уклкучени они грађани који не трагају за информацијама и немају амбиције за друштвено ангажовање.[16] Додатни проблем ове поделе је и операционализација појмова информисаност и ангажованост, што варира од конкретног социјалног контекста.

---

[13] Noam Lupu, "Party Polarization and Mass Partisanship: A Comparative Perspective", *Political Behavior*, 2/2015, 331-356.

[14] David Karol, "Party Activists, Interest Groups, and Polarization in American Politics", *American Gridlock: The Sources, Character, and Impact of Political Polarization* (eds. James Thurber, Antoine Yoshinaka), Cambridge University Press 2015, 68-85.

[15] McCoy *et al*., *Reducing Pernicious Polarization: A Comparative Historical Analysis of Depolarization. Working paper* 2022, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1-45.

[16] Thomas Carothers, Andrew O' Donohue, *Democracies Divided The Global Challenge of Political Polarization*, Brookings Institution Press 2019, 6.

2. ПОЛИТИЧКА ПОЛАРИЗАЦИЈА КАО ИЗВОРИШТЕ ПОДЕЉЕНИХ ДЕМОКРАТИЈА

Политичка поларизација је постала неминовност у савременим демократским државама. У САД грађани манифестују све веће нивое емпатије према идеолошким или партијским групама којима припадају, као и све већи нивое анимозитета и антагонизма према спољним групама. Када грађани емоционално више инвестирају у свој политички идентитет, увећава се вероватноћа да ће се укључити у мотивисано расуђивање како би заштитили овај идентитет. Фаворизовањем једног идентитета ствара се јаз према другим различитим политичким идентитетима што резултира „подељеним демократијама“.[17]

Подељене демократије је синтагма коју су на истраживачку агенду увели Каротерс и О'Донохју (*Carothers, O'Donohue*) истражујући овај феномен као глобални тренд. Политичко поларисање није ендем ауторитарних система већ оно егзистира и у демократским државама. У овим потоњим, оно се одиграва по сличном обрасцу и узрокују га сродни покретачи, без обзира на геополитичку датост. Главна рола у политичким деобама припада политичким лидерима од чије (само)воље зависи опсег и карактер политичке поларизације. О томе сведоче политичке поларистичке праксе Модија (Индија), Ердогана (Турска) и Качињског (Пољска). *Modus operandi* наведених лидера огледа се у распиривању анимозитета међу присталицама различитих политичких опредељења, сузбијању демократских процеса, ерозији јавног дискурса, демонизацији политичких непријатеља.

Са методолошког аспекта, важно је да се напомене да политичка поларизација не може да се посматра као економска варијабла *per se* (класна припадност, разлике у приходима). Политичка поларизација је варијабла који доводи до високонапонских тензија и сукоба у друштву, који у основи не морају да буду оличени у дихотомији богати-сиромашни. Политичка поларизација је најинтензивнија у европским државама посткомунистичке транзиције, као и у јужноевропским државама, а најмање је присутна у северноевропским државама. Резултати емпиријских студија показују да имиграциони приливи утичу на популистичке ставове.[18]

Према подацима V-Dem, у периоду од 2005-2020. године бележи се пораст поларизације у свим светским деловима, изузев Океаније. Најмањи пораст забележен је на афричком континенту, који је историјски увек био склон дубоким друштвеним поделама. Горућа поларизација је на европском тлу,

[17] Garrett *et al*., "From partisan media to misperception: Affective polarization as mediator", *Journal of Communication*, 5/2019, 490-517.

[18] Victor Ginsburgh, Sergio Perelman, Pierre Pestieau, "Populism and Social Polarization in European Democracies", *CESifo Economic Studies* 4/2021, 393.

на ком су социјалне пукотине детерминисане политичким поделама у источним и централним деловима, на југу Европе и на незаобилазном Балкану који је синоним за сукобе. Мексико, Бразил, САД као највеће демократије са друге стране Атлантика бележе изузетно високе нивое поларизације. У источној Азији је ситуација мало блажа, с изузетком Тајвана и Јужне Кореје, а на југу азијског континента, у Индији, поларизација експоненцијално расте од 2014. године.[19]

Налази глобалног истраживање које је спровео Ipsos MORI из 2018. године[20] показују да је Србија највише, а Саудијска Арабија најмање подељена држава. Иза Србије, Аргентина је мапирана као држава са традиционалним поделама *(la grieta)* које деценијама не могу да се умање. Наведено истраживање је обухватило 27 држава и као најзначајнији узроци поларизације идентификују се: различити политички погледи (44%), разлике у приходима (богати и сиромашни), поделе на имигранте и домицилно становништво (30%), религијске разлике (27%). Малезија, Аргентина, Пољска, Турска и Србија су мапиране као државе у којима политичке разлике представљају најдоминантнију линију поделе. С друге стране, у Русији и Кини највише тензија изазивају економски расцепи (богати и сиромашни), а у Италији, Великој Британији, Шведској, Немачкој и Француској најзначајнија линија поделе је између домицилног становништва и имигрантског корпуса. Верске поделе су виђене као главни узрок тензија у Белгији, Великој Британији, Аустралији и Француској (Ipsos MORI 2018).

2.1. Социјални расцепи и политичка поларизација у Србији

Социјални расцепи у Србији имају неколико појавних видова, међу којима су најзначајније линије подела: стари режим-нови режим, традиционално-модерно, добитници транзиције-губитници транзиције. Први социјални расцеп губи на актуелности и значају иако је у годинама које су уследиле петооктобарским променама био доминантан. Реч је о расцепу који се манифестује у односу према суочавању са (ратном) прошлошћу, односу према лустрацији и одговорности актера бившег режима за урушавање економског система.[21] Од побројаних елемената наведеног расцепа, институционални епилог постоји само у првом случају и огледа се у осуђујућим пресудама међународних правосудних инстанци. Питање лустрације је остало на

[19] McCoy *et al*., *Reducing Pernicious Polarization: A Comparative Historical Analysis of Depolarization. Working paper* 2022, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1.

[20] Истраживање је доступно на: *https://www.ipsos.com/en-uk/bbc-global-survey-world-divided,* 30. мај 2023.

[21] Jelena Kleut, Dušan Spasojević, "Socijalni rascepi kao interpretativni okvir javnog diskursa u Srbiji", *Susret kultura Zbornik radova knjiga I* (ur. Ivana Živančević Sekeruš), Filozofski fakultet 2012, 13. *Ibid*., 14.

нивоу првог дела знане дихотомије *law in books-law in action* будући да ниједан актер бившег режима није позван на политичку одговорност због кршења људских права и грађанских слобода. Да правни парадокс буде још већи, закон којим је нормирана лустрација (Закон о одговорности за кршење људских права), а који је донет са периодом важења од 10 година (2003-2013) ниједном није примењен, нити је конституисана лустрациона комисија. Правни нихилизам потврђен је и у одсуству осуђујућих пресуда за корупти вна кривична дела и спорне приватизације у којима су кључну улогу имали носиоци старог политичког режима.

Социјални расцеп традиционално-модерно Клеут и Спасојевић[22] идентификују као најважнији, узимајући као његово извориште однос према приступању Европској унији, као наднационалној творевини или још прецизније, вредносни однос Србије и Европе. Овај расцеп је предоминантан јер је индукован мотивима и активностима политичких елита које манипулишу политикама идентитета и симбола. Сматрам да се тензија између традиционалистичке и модернистичке парадигме огледа и у медијски пропагираном дискурсу о првосрбијанцима и другосрбијанцима, очувању и издаји косовског завета, евроазијским и евроатлантским интеграцијама, патриотама и космополитима итд. Наративи о непремостивим политичким поделама у српском „стабилократском“ миљеу имају за циљ да продубе нарастајуће нетрпељивости како би се консолидовао хибридни и популистички режим.

Најзад, најзначајнија линија поделе за обичног грађанина је конципирана на економској логици и (само)перцепцији да ли је посткомунистичком транзицијом добио или изгубио у економском смислу. Посреди је социо-економски расцеп рад-капитал који је продубљен преласком из командне у тржишну економију. Добитници у овој метаморфози (тзв. добитници транзиције) су на бранику економских реформи и они подржавају либерализацију, приватизацију и слободно тржиште, насупрот губитницима транзиције који пледирају за државни интервенционизам над економским питањима. Поред наведених расцепа који представљају основу за партијско надметање, у литератури се наводе и расцепи НАТО-војна неутралност, левица-десница, рурално-урбано, религијско-секуларно, материјализам-постматеријализам.[23]

2.2. Политичка поларизација турског друштва

Расцеп између секулариста (окренутух Западу) и исламиста (конзервативаца) учинио је Турску једном од најподељенијих држава на свету. Значајан допринос овом негативном тренду преписује се и председнику Ердогану

[22] *Ibid*., 14.

[23] Вид. Славиша Орловић, „Друштвени расцепи и њихов утицај на партијски систем Србије“, *Српска политичка мисао специјално издање*, 2/2015, 103-124.

(*Erdoğan*) који је политички тенденциозно инструментализовао религију и продубио верске поделе како би мобилисао своје бираче. Поделе су у овом случају стратегија за добијање гласова и консолидацију конзервативног и ауторитарног режима.

Поларизација турског друштва на религиозне и секуларне грађане није датост „ердоганистичке“ Турске већ датира из епохе „кемалистичке“ Турске, а прве назнаке друштвених подела иду вековима уназад. Секуларна, европеизирана, елитна и корупционашким аферама склона „бела Турска“ је опонирала религиозној, урбаној али економски сиромашнијој „црној Турској“. „Бели Турци“ су временом постали мањина услед политике контроле рађања, за разлику од „Црних Турака“ као демографских традиционалиста. Од 2003. године, доласком Ердогана на власт, политичке реформе су највише погодовале овој другој друштвеној групи која је доживела еманципаторски и економски процват и позиционирала се у средњу класу. Временом, црнотурски животни стил је почео да опонаша демографски животни стил белих Турака, што је наишло на противљење конзервативне политичке елите која је имала амбиције да формира нову религиозну генерацију младих.[24] Велики наталитетски пад као последица „европског“ конзумеризма и индивидуализма довео је до ретрадиционализације друштва као одговора политичке елите. Ретрадиционализацијом су доминантно погођене жене које нису рађале и које се етикетирају као непатриоте („Други“, непријатељ) и кривци због којих се Турска у 2021. години повукла из Истанбулске конвенције (Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици).

2. 3. Политичка поларизација у Пољској

Негативни ефекти политичке поларизације видљиви су и у Пољској, која је у протеклих неколико година прешла пут од консолидоване до полуконсолидоване демократије.[25] Дубока политичка поларизација пољског друштва позиционираног између конзервативне, антидемократске позиције оличене у Странци Право и правда и либералне опозиције (Грађанска коалиција) је мање вредносна, а више је социоекономска. Према резултатима појединих истраживања, главна друштвена поларизација се огледа у расцепу центар-периферија (урбано – рурално) чији су носиоци победници и губитници транзиције. Највећи транзициони губитници су становници руралних крајева будући да је живот у овим крајевима знатно измењен након што је Пољска постала пуноправна чланица Европске уније. Пољски аграр

[24] Детаљније вид. *https://talas.rs/2021/06/11/dubine-podela-erdoganova-turska-u-vrtlogu-modernizacije/,* 15. април 2023.

[25] https://freedomhouse.org/country/poland/nations-transit/2020, 5. мај 2023.

је модернизован, што је детерминисало фаворизацију сеоског становништва које је поседовало више обрадивих површина и сходно томе добијало је субвенције из европских фондова. За разлику од њих, ситнији земљорадници су били принуђени да се пензионишу и да више не обрађују земљу. Ово је утицало на промену демографске слике, те је на селима махом остало старије становништво, које представља резервоар гласова за конзервативну политичку опцију. И на председничким изборима одржаним 2020. године, преко 63% бирача из ове групације гласало је за конзервативног председничког кандидата Анџеја Дуду. У Пољској су изражене миграције из села у град, као и емиграције становништва у друге државе.[26]

3. ДРУШТВЕНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ПОЛИТИЧКЕ ПОЛАРИЗАЦИЈЕ

У претходном излагању констатовано је да су друштвеним поларизацијама по политичко идентитетској оси склоне и консолидоване демократије. Поларизација представља глобални социолошко-политички тренд, који у појединим државама има разарајуће друштвене ефекте. Посреди је феномен познат као тешка, погубна или дубока поларизација.[27] Под дубоком поларизацијом Сомер и Мек Кој (*Somer, McCoy*)[28] подразумевају „процес у којем се мноштво друштвених разлика позиционира дуж једне димензије док се међусобне разлике продубљују, а људи перципирају и доживљавају политику и друштво у терминима „ми“ (наши) насупрот „они“ (њихови)“. Дубока поларизација може да буде намеравана или ненамеравана последица политичке мобилизације засноване на међусобно супротстављеним интересима. Испитујући однос између демократије и поларизације, горепоменути ауторски тандем је фундирао неколико значајних премиса. Они полазе од следећих претпоставки: 1) поларизација доприноси назадовању и пропадању демократије; 2) поларизација је резултат демократске кризе; 3) поларизација доприноси демократском продубљивању.[29] У случајевима дубоке поларизације „удаљеност између група прелази преко кључних и принципијелних разлика заснованих на проблему друштвеног идентитета“.[30]

---

[26] https://talas.rs/2020/07/18/zablude-strahovi-i-podele-sudbina-demokratije-u-poljskoj/, 12. мај 2023.

[27] Поједини теоретичари користе термин *severe* или *pernicious* (Вид. T. Carothers, Andrew O' Donohue, *Democracies Divided The Global Challenge of Political Polarization*, Brookings Institution Press 2019, 6.

[28] Murat Somer, Jennifer McCoy, "Déjà Vu? Polarization and Endangered Democracies in the 21st Century", *American Behavioral Scientist*, 1/2018, 4.

[29] *Ibid*., 3-15.

[30] McCoy *et al*, *Reducing Pernicious Polarization: A Comparative Historical Analysis of Depolarization. Working paper* 2022, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 19.

Поларизација дели људе на међусобно супротстављене и поцепане ентитете који имају ривалска и ексклузивистичка очекивања, што неретко доводи до инерције демократских институција у погледу прилагођавања различитим друштвеним интересима. У крајњој инстанци, ова констелација обесхрабрујуће делује на поштовање демократских норми и намерно или ненамерно води ка алтернативним политичким системима оличеним у ауторитаризму. У покушајима одбране демократије од „недемократских других" отварају се врата ауторитаризму који је по правилу пропраћен популизмом. У политичком страху од ауторитарне владе, опозиционе групе имају склоност да износе захтеве за ургентном променом владе, не фокусирајући се притом на проналажење адекватног решења које би умањило штетне последице друштвеног поларисања.[31] Спас демократије из визуре ужегрупних интереса може да погорша ситуацију, примера ради, у покушају уклањања поларизацији склоних лидера неуставним средствима.[32]

Ако се изузме позитиван краткорочни ефекат поларизације на изградњу политичке инфраструктуре и њене консолидације, на дуги рок ова појава поткопава и суспендује психолошке, структурне и институционалне факторе на којима почивају демократске норме. Политичка поларизација креира антагонистичке дискурзивне матрице између присталица „мирољубивог" дискурса и оних који пледирају за осуђујућу, искључиву и демагошку реторику. Наведени дискурси се прожимају кроз институционално и ванинституционално деловање актера, од лумпенпролетеријата до академика, што се појачава медијским инжењерингом. Од поларизације бенефите остварују ауторитарне односно нелиберално политичке партије које користе наратив заваде и подела како би обезбедиле масовну политичку подршку. Политичка емпирија сведочи да је фрагментисање опозиције и обезбеђивање подршке бирача политичког центра примарни циљ поларизујућих владајућих (доминантних) политичких партија.[33] Доминантне политичке партије настају када су елите у значајној мери кредибилне да би их лидери укључили у управљање државом, а да истовремено нису толико јаке како би биле изузете од улагања у партијски фискус.[34]

Упоредна политиколошка истраживања утврдила су кључне негативне манифестације политичке поларизације по демократију које се огледају у: застоју и обарању демократије, ерозији демократије и њеном колапсу под

[31] *Ibid*., 6.

[32] Dan Slater, Aries Arugay, "Polarizing figures: Executive power and institutional conflict in Asian democracies", *American Behavioral Scientist*, 1/2018, 92-106.

[33] Chin-Huat Wong, James Chin, Norani Othman, "Malaysia: Towards a topology of an electoral one party state", Democratization, 5/2010, 920-949.

[34] John Ora Reuter, *The Origins of Dominant Parties Building Authoritarian Institutions in Post-Soviet* Russia, Cambridge University Press 2017, 107.

„новим“ елитама и доминантним групама као и демократској ерозији под „старим“ елитама. До обарања демократије (*careening*) као облика политичке нестабилности долази услед интензивних конфронтација између страначких актера који пропагирају конкурентске политичке визије демократске одговорности. Према Слејтеровим опсервацијама (*Slater*)[35]главни сукоб је између демократских актера који пледирају са инклузивистичку демократску формулу (вертикална одговорност) и оних који су на бранику демократије због њених ограничавајућих ефеката на прекомерну концентрацију политичке моћи (хоризонтална одговорност).

У екстремно политички поларизованом систему, супротстављене стране престају да буду легитимни политички противници и оне постају генератори агресивног дискурса који има циљ да делегитимише „другог“.[36] Поларизација у овом случају добија афективну димензију која се манифестује путем антагонистичке дискурзивне матрице. Поларизовани дискурс се из политичког миљеа прелива на шири друштвени простор (породице, радни амбијент, удружења...) наглашавајући припадност једној страни и повећавајући друштвену дистанцу између супарничких табора.[37]

4. ЗАКЉУЧАК

Протекла деценија је на глобалном политичком плану била обележена са два комплементарна друштвено-политичка феномена, која се огледају у расту популизма и продубљивању друштвених подела. Поларизација друштва у економском смислу детерминисала је повећање политичке подршке популистичким партијама широм Европе, Азије, Африке и Латинске Америке.

У државама обухваћеним овим радом, политичка поларизација као патогена и аномична друштвена појава детерминисала је друштвено неповерење, нетолеранцију, искључивост и политичко насиље. Ова појава негативно утиче на стабилност политичког поретка и поверење у државу и њене институционалне механизме. Посреди је феномен штетан по свако друштво и ком није лако стати на пут будући да политички *divide et impera etos* има за циљ легитимисање и оснаживање ауторитарних режима који не презају од употребе репресије. Сматрам да би инклузивистичке политике (политичког) центра могле да премосте или макар ублаже нарастајуће социјалне расцепе у посткомунистичким државама.

---

[35] Dan Slater, “Democratic careening”, *World Politics*, 4/2013, 729-763.

[36] Тијана Перић Дилигенски, „Антимигрантска дискурзивна матрица као политички наратив“, *Зборник радова Правноī факулīеīа у Новом Саду*, 4/2019, 1319-1330.

[37] Kopecky *et al.*, “(Extreme) political polarization and party patronage”, *Irish Political Studies*, 2/2022, 225.

На основу изнетог, могла би се извести логички погрешна конклузија да је политичка поларизација сродна „недемократским“ и државама у развоју, као Другим, ретроградним, нецивилизацијским државама, посматрано кроз оптику држава западног типа. Но, Канада и Сједињене Америчке Државе као стабилне демократске државе нису имуне на политичке расцепе. Растуће тензије у њима, између присталица левог и десног политичког спектра, продубиле су идеолошке и друге друштвене поделе политички другачије профилисаних грађана.

Кад друштво једном почне да се поларизује, унутар конкурентских политичких и других групација оснажује унутаргрупна лојалност и ствара се групни идентитет који је осетљив на било какву другост, што се огледа у конфликтима са интересно и вредносно супротстављеним друштвеним групама и покретима. Перцепција егзистенцијалне претње води дискурзивним етикетирањима Других као издајника, националних, идеолошких или класних непријатеља, страних плаћеника. Но, није дискурс једини проблем политичког конфронтирања. Знатно већу препреку представља нарастајућа социјална дистанца, друштвени раскол, искључивост, нетолерантност, неспремност на критички дијалог и сарадњу са неистомишљеничком групом. Најозбиљнија апорија настаје када поларизација прерасте у насиље према припадницима друге групе (њима, не-нашима) које не наилази на осуду већ се доживљава као доказ лојалности и солидарности према властитој групи. Унутаргрупно фаворизовање води бинарној логици по којој је победа једне групе једнака губитку (поразу) друге групе, што је у основи нулта сума (*zero sum game*).

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Bramson *et al*., ”Understanding Polarization: Meanings, Measures, and Model Evaluation”, *Philosophy of Science,* 1/2017, 115-159.

Chin-Huat Wong, James Chin, Norani Othman, “Malaysia: Towards a topology of an electoral one party state”, Democratization, 5/2010, 920-949.

Dan Slater, “Democratic careening”, *World Politics*, 4/2013, 729-763.

Dan Slater, Aries Arugay, “Polarizing figures: Executive power and institutional conflict in Asian democracies”, *American Behavioral Scientist*, 1/2018, 92-106.

David Karol, “Party Activists, Interest Groups, and Polarization in American Politics”, *American Gridlock: The Sources, Character, and Impact of Political Polarization* (eds. James Thurber, Antoine Yoshinaka), Cambridge University Press 2015, 68-85.

Garrett *et al*., “From partisan media to misperception: Affective polarization as mediator”, *Journal of Communication*, 5/2019, 490-517.

J. Glaset *et al*, “Political conservatism as motivated social cognition“, *Psychological Bulletin,* 3/2003, 339-375.

Jelena Kleut, Dušan Spasojević, "Socijalni rascepi kao interpretativni okvir javnog diskursa u Srbiji", *Susret kultura Zbornik radova knjiga I* (ur. Ivana Živančević Sekeruš), Filozofski fakultet 2012, 9-18.

John Ora Reuter, *The Origins of Dominant Parties Building Authoritarian Institutions in Post-Soviet* Russia, Cambridge University Press 2017.

K. Hanspeter *et al*, "Globalization and the transformation of the national political space: six European countries compared", *European Journal of Political Research*, 6/2006, 921-965.

Kopecky *et al.,* "(Extreme) political polarization and party patronage", *Irish Political Studies*, 2/2022, 218-243.

McCoy *et al*., *Reducing Pernicious Polarization: A Comparative Historical Analysis of Depolarization. Working paper* 2022, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1-45.

Murat Somer, Jennifer McCoy, "Déjà Vu? Polarization and Endangered Democracies in the 21st Century", *American Behavioral Scientist*, 1/2018, 3-15.

Noam Lupu, "Party Polarization and Mass Partisanship: A Comparative Perspective", *Political Behavior*, 2/2015, 331-356.

Paul DiMaggio, John Evans, Bethany Bryson, "Have Americans' Social Attitudes Become More Polarized?",*American Journal of Sociology* 3/1996, 690-755.

R. Rekker, "The nature and origins of political polarization over science", *Public Understanding of Science*, 4/2021, 3562-368.

Robert Ford, Will Jennings, "The Changing Cleavage Politics of Western Europe", *Annual Review of Political Science*, 23/2020, 295-314.

Roderik Rekker, "The nature and origins of political polarization over science", *Public Understanding of Science*, 4/2021, 353.

Ronald Inglehart, "Changing values among Western publics from 1970-2006", *West European Politics*, 31/2008, 130-146.

Ronald Inglehart, *Modernization and Postmodernization: Cultural, Economic, and Political Change in 43 Societies*, New Jersey 1997.

Seymour Martin Lipset, Stein Rokkan, "Cleavage structures, party systems, and voter alignments. An introduction", *Party Systems and Voter Alignments: Cross-National Perspectives* (eds. Stein Rokkan, Seymour Martin Lipset), Free Press 1967, 1-64.

Slaviša Orlović, „Društveni rascepi i njihov uticaj na partijski sistem Srbije", *Srpska politička misao specijalno izdanje*, 2/2015, 103-124.

Thomas Carothers, Andrew O' Donohue, *Democracies Divided The Global Challenge of Political Polarization*, Brookings Institution Press 2019.

Tijana Perić Diligenski, „Antimigrantska diskurzivna matrica kao politički narativ", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 4/2019, 1319-1330.

Victor Ginsburgh, Sergio Perelman, Pierre Pestieau, "Populism and Social Polarization in European Democracies", *CESifo Economic Studies* 4/2021, 371-404.

Internet izvori

https://www.ipsos.com/en-uk/bbc-global-survey-world-divided
https://talas.rs/2021/06/11/dubine-podela-erdoganova-turska-u-vrtlogu-modernizacije/
https://talas.rs/2020/07/18/zablude-strahovi-i-podele-sudbina-demokratije-u-poljskoj/

Tijana D. Perić Diligenski
Institute for Political Studies, Belgrade
peric.tijana@yahoo.com
ORCID ID: 0000-0002-2175-9134

An Essay on Political Polarization

Abstract: *In the paper, the author tries to answer the question, what are the sources of polarization in modern authoritarian states (that are procedurally democratic), and what are the key differences (points of conflict) between the polarized parties? Research attention is focused on the analysis of the political and broader social effects of polarization and on the dilemma of whether it is even possible to reduce the negative effects of the actions of value-opposing actors? The author observes a universal sociological regularity according to which the roots of polarization almost unmistakably arise from the pluralism of social identities that are built on ideology, religion, and ethnicity and which tend to be manipulated by political elites. Primarily, artificially created political polarization is a strategy for mobilizing the electoral base, and secondarily it represents a means for legitimizing and consolidating populist and authoritarian regimes. Once society starts to polarize, intra-group loyalty is strengthened within competing political and other groups and a group identity is created that is sensitive to any Otherness, which is reflected in conflicts with social groups and movements that are opposed in terms of interests and values.*

Keywords: *social cleavages, polarization, identity, democracy, politics.*

Датум пријема рада: 14.06.2023.
Датум достављања коначне верзије рада: 25.09.2023.
Датум прихватања рада: 10.11.2023.

Прегледни рад 004.738.5:351.75
doi:10.5937/zrpfns57-47170

Младен З. Јеличић
Прекршајни суд у Шапцу
mladen.jelicic.kaishin@gmail.com
ORCID ID: 0009-0003-5486-3485

ИНТЕРНЕТ И ПРЕКРШАЈИ ИЗ ЗАКОНА О ЈАВНОМ РЕДУ И МИРУ – МАТЕРИЈАЛНОПРАВНИ АСПЕКТИ

Сажетак: *Аутор у раду разматра услове под којима прекршаји из Закона о јавном реду и миру могу да буду извршени путем интернета. То су постојање елемента јавности, суштинског обележја наведених прекршаја који се испољава кроз захтев да се радња извршења и последица прекршаја објективизују на јавном месту и подобност бића прекршаја. Интернет као дигитални простор је сагледан кроз два сегмента: јавни и нејавни интернет простор. Дефинисан је критеријум усмерености радње извршења на јавни или нејавни интернет простор, од којег зависи да ли се интернет може сматрати јавним местом. Анализирани су просторно, експанзивно и последично одређење јавног места који произилазе из законског одређења овог појма и однос са интернетом. Подобност бића прекршаја одређује који прекршаји из Закона о јавном реду и миру могу да буду извршени на интернету. Закључак аутора је да усмереност радње извршења на јавни интернет простор имплицира постојање прекршаја, а да у случају када се ради о нејавном интернет простору прекршај постоји уколико је последица наступила на јавном месту или јавном интернет простору.*

Кључне речи*: интернет, прекршаји, Закон о јавном реду и миру, јавно место.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Живот је инвентивнији од права, тако да је ритам промена законодавства често у нескладу са брзином промена у животној стварности. Тако је својеврсна компјутерска експанзија, оличена у великој мери и у компјутер-

ском криминалитету, још увек недовољно присутна у свету правних норми.[1] Интернет је мрежа која повезује многе мање локалне, националне или регионалне компјутерске мреже, креирајући једну широку глобалну рачунарску мрежу која је у буквалном смислу постала мрежни гигант.[2] Формирањем интернета омогућено је корисницима да коришћењем својих рачунара, паметних мобилних телефона, таблета и других средстава размењују информације у сваком тренутку и на сваком месту. Један од начина комуникације у виртуелном свету, који заузима значајно место, јесте путем сервиса за друштвене или социјалне мреже, похрањених у облику платформи, прозора или веб сајтова.[3] Последњих деценија експанзија интернета на светском нивоу достигла је невиђене размере, а заговорници суверенитета „сајбер простора" тврде да је немогуће или узалудно да државе регулишу интернет.[4] Прва визија интернета и закона била је једноставна: никада се неће састати. Интернет је у почетку био „храбри нови свет" у коме је постојање закона било непотребно и неизводљиво,[5] док је данас у фокусу сталне међународне пажње, уоквирен као питање људских права.[6]

Коришћење интернета у нашој земљи постало је свакодневна активност грађана. Према подацима Републичког завода за статистику за 2022. годину[7] 83,5% појединаца је користило интернет, а 81,9% интернет популације поседује налог на друштвеним мрежама. Иако ова глобална мрежа нуди бројне корисне опције, она поседује и мрачну страну, која се испољава кроз могућност вршења казнених деликата. Кривични законик[8] у глави 27 предвиђа посебну групу кривичних дела против безбедности рачунарских података, где се као средство извршења користи рачунар. Многа од тих кривичних дела врше се коришћењем интернета. С друге стране, постоје кривична дела која не спадају у ову групу, а која се често врше путем интернета[9] о чему

---

[1] Милан Шкулић, „Компјутерски криминалитет – да ли смо беспомоћни пред овом опасношћу", *Компјутери и право* 2/97, 58.

[2] Слободан Петровић, *Компјутерски криминал*, Војноиздавачки завод, Београд 2004, 66.

[3] Стефан Петрашиновић, „Фејсбук и увреда", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС)* 1/2020, 470.

[4] Timothy S. Wu, „Cyberspace Sovereignty? The Internet and the International System" *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 10/3, 1997, 649.

[5] Justin Hughes, „The Internet and the persistence of Law", *Boston College Law Review* Vol. 44, 2003, 7.

[6] Molly Land, „Toward an International Law of the Internet" *Harvard International Law Journal* Vol. 54/2, 2013, 396.

[7] Подаци су објављени на веб страници: https://www.stat.gov.rs/sr-latn/oblasti/upotreba-ikt/upotreba-ikt-pojedinci/ Приступљено: 04.09.2023. године.

[8] Кривични законик – КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 и 35/19.

[9] На пример, кривично дело угрожавање сигурности из чл. 138 КЗ, прогањање из чл. 138а КЗ, неовлашћено фотографисање из чл. 144 КЗ, неовлашћено објављивање и прикази-

говори и обилна судска пракса. Поред кривичноправне, постоји и грађанскоправна одговорност за недозвољена понашања на интернету. С обзиром да у Републици Србији још увек није донет закон којим би се регулисала одговорност за штету која се учини преко друштвених мрежа, објављивањем нетачних, увредљивих садржаја, претњи и других видова узнемиравања којима се вређа углед и част неког лица, изношењем неистина и сл. за сада се одговорност за штету утврђује на основу Закона о облигационим односима.[10]

Поставља се питање да ли се прекршаји из Закона о јавном реду и миру (ЗЈРМ),[11] могу извршити путем интернета? У тражењу одговора на питање мора се поћи од два критеријума.

Елемент јавности као суштинско обележје прекршаја из ЗЈРМ намеће се као кључни критеријум који опредељује да ли се и у којим случајевима интернет као дигитални простор, виртуелна глобална мрежа, може сматрати јавним местом, као местом где могу бити извршени наведени прекршаји. Други критеријум се односи на подобност бића прекршаја из ЗЈРМ да буду извршени на интернету. У доктрини кривичног права дата су сасвим прихватљива објашњења бића кривичног дела, која се могу применити и на пољу прекршајног права. Да би постојало било које кривично дело, морају бити остварена битна обележја законског описа кривичног дела, мора чињенично стање одговарати законском опису, тј. мора бити остварено биће кривичног дела које обухвата скуп обавезних обележја која чине посебне појмове појединих кривичних дела.[12] Исто се односи и на биће прекршаја као врсте казненог деликта. Оба критеријума морају кумулативно постојати да би се прекршај из ЗЈРМ могао извршити на интернету. У анализи овог питања прво се мора поћи од утврђивања суштинских обележја прекршаја из ЗЈРМ.

2. ОПШТА ОБЕЛЕЖЈА ПРЕКРШАЈА ИЗ ЗАКОНА О ЈАВНОМ РЕДУ И МИРУ

Дефинишући прекршаје против јавног реда и мира законодавац је у чл. 3 ст. 1 тач. 3 прецизирао да су ови прекршаји противправна дела којима се на јавном месту угрожава или нарушава јавни ред и мир, ствара узнемирење

вање туђег списа, портрета и снимка из чл. 145 КЗ, увреда из чл. 170 КЗ, изазивање панике и нереда из чл. 343 КЗ, изазивање националне, расне и верске мржње и нетрпељивости из чл. 317 КЗ итд.

[10] Бранко Станић, „Грађанскоправна одговорност због објављивања на друштвеним мрежама“, *Билтен Врховног касационог суда* 2/23, 189.

[11] Закон о јавном реду и миру – ЗЈРМ, *Службени гласник РС*, бр. 6/16 и 26/18.

[12] Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика Републике Србије, пето измењено и допуњено издање*, Службени гласник, Београд 2016, 80.

или угрожава сигурност грађана, омета кретање грађана на јавним местима или остваривање њихових права и слобода, вређа морал, угрожава општа сигурност имовине, вређају или ометају службена лица или се на други начин нарушава јавни ред и мир. Експлицитним одређењем да прекршаји против јавног реда и мира могу бити извршени само на јавном месту законодавац је указао на материјалноправни аспект ових прекршаја. Он се изражава кроз захтев да радње извршења прекршаја морају бити предузете на јавном месту, односно, месту које се у смислу законских одредаба сматра јавним местом.[13] Друго битно обележје ових прекршаја односи се на последицу, у погледу оних прекршаја из ЗЈРМ код којих је у законском опису предвиђено наступање последице[14] – она такође мора да наступи на јавном месту.

Прекршаји су углавном регулисани као формални (делатносни) деликти, тј. деликти који у свом опису немају последицу, односно, код којих је инкриминисано само предузимање радње – чињења или нечињења.[15] Међутим, бројни прекршаји из ЗЈРМ у законском опису садрже последицу а у питању су тзв. последичне радње извршења код којих радњу извршења представља свака радња која је подобна да проузрокује предвиђену последицу.[16] Последица прекршаја је најчешће алтернативно одређена, као што је случај са прекршајем непристојно, дрско и безобзирно понашање из чл. 8 ЗЈРМ где се последица манифестује у нарушавању јавног реда и мира[17] или угрожавању имовине или вређању морала грађана. Код прекршаја угрожавање сигурности уређајима на даљину из чл. 11 и паљење протехничких производа или пуцање из чл. 17 последица се, поред нарушавања јавног реда и мира, може испољити и као угрожавање сигурности грађана, док код свађе,

---

[13] Младен Јеличић, „Јавно место као обележје прекршаја из Закона о јавном реду и миру Републике Српске“, у: *Упоредна анализа прекршајног законодавства у БиХ и регији* (ур. Велимир Нинковић), Шесто саветовање из прекршајноправне области, Бијељина, 2023, 47.

[14] У доктрини кривичног права се истиче да радња кривичног дела увек проузрокује неку врсте последице, али само код кривичних дела код којих закон изричито захтева наступање одређене последице, она је неопходна за његово постојање. Код других кривичних дела последица није обавезан услов или елемент. Зато се може говорити о последици кривичног дела у ужем, правом смислу и у ширем смислу. Зоран Стојановић, *Кривично право општи део, пето измењено и допуњено издање*, Службени гласник, Београд, 2002, 125. Ово схватање је у потпуности примењиво и на прекршаје као казнене деликте.

[15] Емир Ћоровић, *Основи прекршајног права Црне Горе*, Факултет правних наука, Подгорица, 2021, 63.

[16] Наташа Делић, Вања Бајовић, *Приручник за прекршајно право*, Службени гласник, Београд, 2018, 27.

[17] Сходно законској дефиницији у чл. 3 ст. 1 тач. 1 ЗЈРМ јавни ред и мир јесте усклађено стање међусобних односа грађана настало њиховим понашањем на јавном месту и деловањем органа и организација у јавном животу ради обезбеђења једнаких услова за остваривање људских и мањинских права и слобода грађана зајемчених Уставом.

вике и буке на јавном месту из чл. 7 и у стварању узнемирења грађана. С друге стране, код прекршаја вређање, вршење насиља, претња или туча из чл. 9 последица се огледа само у нарушавању јавног реда и мира. Поједини прекршаји ЗЈРМ као што су коцкање из чл. 13, неовлашћена препродаја улазница из чл. 14, проституција из чл. 16, пропуштање обавештавања о нарушавању јавног реда и мира из чл. 19, вређање службеног лица у вршењу службене дужности из чл. 22 итд., у законском опису не садрже последицу.

Намеће се закључак да је елемент јавности суштинско обележје прекршаја из ЗЈРМ. Испољава се кроз два модалитета која повезује кључни појам – јавно место, као место предузимања радње извршења прекршаја и наступања последице прекршаја.

Одредбом чл. 12 Закона о прекршајима[18] прописано је да је прекршај извршен како у месту где је учинилац радио или био дужан да ради, тако и у месту где је последица наступила. Из наведеног произилази да је теорија јединства или убиквитета прихваћена законом, због тога што шире поставља место извршења прекршаја у односу на теорије делатности и последице.[19] Место извршења прекршаја има већи значај у прекршајном праву због подељене надлежности у прописивању прекршаја између Републике Србије и јединица територијалне аутономије и локалне самоуправе, имајући у виду да се на учињени прекршај примењује онај пропис који важи у месту у којем је прекршај извршен.[20] Такође, поједини прекршаји могу да се учине само на одређеном месту, као што су јавно место, јавни пут, угоститељски објекат.[21]

Јавно место представља ужи појам у односу на место извршења прекршаја, битан институт прекршајног права. Зато је потребно размотрити на који начин је законодавац дефинисао појам јавно место, а потом анализирати однос суштинског обележја прекршаја из ЗЈРМ – елемента јавности са карактеристикама интернета као дигиталног простора.

2.1. Законска дефиниција и модалитети појма јавно место

Одредбом чл. 3 ст. 1 тач. 2 ЗЈРМ прописано је да јавно место јесте простор доступан неодређеном броју лица чији идентитет није унапред одређен, под истим условима или без посебних услова. Ставом 2 предвиђено је да ће се сматрати да је прекршај или кривично дело из овог закона извршено на

[18] Закон о прекршајима – ЗОП, *Службени гласник РС*, бр. 65/13, 13/16, 98/16, 91/19 и 112/22.

[19] Наташа Мрвић Петровић, *Коментар новог Закона о прекршајима са специјалним прилогом*, Београд, 2014, 22.

[20] Игор Вуковић, *Прекршајно право*, Правни факултет Универзитета у Београду и Досије студио Београд, 2015, 83.

[21] Бранислав Ристивојевић, Иван Милић, *Коментар Закона о прекршајима*, Службени гласник, Београд, 2023, 51.

јавном месту и кад је радња извршења на месту које се у смислу става 1. тачка 2) овог члана не сматра јавним местом, ако је то место доступно погледу или чујности са јавног места или је последица наступила на јавном месту.

Из законске дефиниције произилазе три категорије јавног места: 1. Просторно одређење јавног места – као простора доступног неодређеном броју лица чији идентитет није унапред одређен, под истим условима или без посебних услова. Овај критеријум је основни за утврђивање чињенице да ли се одређено место може сматрати јавним местом. Преостала два критеријума су допунски критеријуми. 2. Експанзивно одређење јавног места – када је радња извршења предузета на месту које по основном критеријуму не спада у јавно место, сматраће се да је то место јавно место ако је доступно погледу или чујности са јавног места. 3. Последично одређење јавног места – као и у претходном случају, када је радња извршења предузета на месту које по основном критеријуму не спада у јавно место, сматраће се да је то место јавно место ако је последица наступила на јавном месту.

3. ИНТЕРНЕТ КАО МЕСТО ИЗВРШЕЊА ПРЕКРШАЈА ИЗ ЗАКОНА О ЈАВНОМ РЕДУ И МИРУ – ДЕФИНИСАЊЕ КРИТЕРИЈУМА

У овом делу размотрићемо први критеријум који се односи на елемент јавности. Анализираћемо услове под којима се интернет може сматрати јавним местом на којем су објективизоване радња извршења и последица прекршаја.

3.1. Елемент јавности и интернет

Однос елемента јавности и интернета посматраћемо кроз анализу три значајна фактора: места извршења, радње извршења и последице прекршаја. Пре свега, нужно је имати у виду специфичност интернета као дигиталног простора који нема „физичку“ димензију, за разлику од уобичајених схватања места извршења прекршаја који се у највећем броју случајева могу физички лоцирати и просторно одредити. Место извршења прекршаја из ЗЈРМ који се могу учинити путем интернета мора се посматрати на другачији начин у односу на „стандардне“ прекршаје из овог закона. Физичка локација, простор где се учинилац прекршаја налази може бити јавно или нејавно место. С друге стране, објективизација радње извршења прекршаја је на интернет простору. Дакле, потребно је направити дистинкцију између физичке локације учиниоца прекршаја, места где се налази и са којег је предузео радњу извршења и интернет простора у којем је објективизована радња извршења.

Интернет морамо посматрати кроз критеријум који намеће законодавац – а то је елемент јавности. Интернет простор може бити апсолутно отворен за све кориснике ове глобалне мреже, али и не мора. Поједини сегменти интернет простора су затворени за ширу јавност и доступни су само одређеном кругу лица. Као пример можемо навести затворене групе на друштвеним мрежама,[22] веб сајтове којима се може приступити под посебним условима и који нису јавно доступни итд. Из овог разлога, интернет ћемо посматрати кроз два сегмента: као јавни и нејавни интернет простор. Јавни интернет простор подразумева отвореност и доступност дистрибуираног садржаја на одређеној интернет локацији неодређеном броју лица корисника интернета. На пример, објављивање садржаја на „зиду" Фејсбук налога који је јаван и отворен за све кориснике ове друштвене мреже. Нејавни интернет простор се односи на затворене сегменте интернета, где је приступ дозвољен само одређеном кругу лица и под посебним условима. Сходно изложеном примеру, у овом случају би се радило о затвореним Фејсбук групама где се објављују садржаји доступни само члановима групе али не и осталим лицима.

Учинилац радњу извршења прекршаја може предузети на месту које је јавно или нејавно место и иста може бити усмерена на јавни или нејавни интернет простор. Кључни фактор који повезује физичку локацију учиниоца (јавно или нејавно место на којем се налази) и интернет простор (јавни или нејавни) јесте усмереност радње извршења. Усмереност радње извршења је кохезиони фактор који интегрише физичку локацију на којој се учинилац налази и место на интернету где објективизује противправну радњу. Због тога се место извршења прекршаја из ЗЈРМ који се врше на интернету не може посматрати изоловано, само као физички простор, место тј. локација на којој се учинилац налази и са које је предузео противправну радњу, јер усмереност радње на интернет простор проширује место извршења прекршаја и на интернет простор. Из овог разлога, за потребе анализе прекршаја из ЗЈРМ у контексту њиховог чињења на интернету, место извршења прекршаја посматрамо у његовом јединству – физичке локације учиниоца прекршаја и интернет простора према којем је усмерена противправна радња, при чему је суштински критеријум постојање јавног интернет простора као услова за постојање прекршаја.

Напред наведено се најлакше може сагледати кроз примере. Уколико учинилац из своје собе пошаље претећу поруку[23] другом лицу на друштвеној

[22] Данас друштвене мреже представљају вероватно најзаступљенији сегмент коришћења интернета. Најпопуларније друштвене мреже су Facebook, You tube, Whats App, Instagram, Tik Tok, Twitter итд. Према истраживањима, Фејсбук користи 2,23 милијарде корисника на месечном нивоу.

[23] Овом радњом могу бити остварени елементи прекршаја претња из чл. 9 ст. 1 ЗЈРМ. Сходно чл.3 ст. 1 тач. 10 ЗЈРМ претња представља угрожавање сигурности другог лица,

мрежи тако што је јавно објави и учини доступном неодређеном броју лица, по наведеном критеријуму усмерености радње извршења он је могући учинилац прекршаја јер је његова радња усмерена на пласирање противправног садржаја на јавном интернет простору. Међутим, ако би узели да је место извршења прекршаја соба (место где се физички налазио), тада прекршај не би постојао јер соба није јавно место у смислу одредаба ЗЈРМ. У истим околностима, уколико је противправни садржај упућен без елемента јавности, приватном поруком, тада прекршај не би постојао јер се ради о нејавном интернет простору.[24] Из овог примера је видљиво да је критеријум одређивања места извршења прекршаја као јавног места, у контексту интернета, усмереност радње извршења и остваренost елемента јавности – јавни интернет простор. Исти критеријум се мора користити и у обрнутим ситуацијама, када учинилац на јавном месту, нпр. интернет кафићу пошаље увредљиву поруку,[25] другом лицу, која није јавно видљива. Тада по правилу прекршај не постоји јер није испуњен елемент јавности, осим ако последица није наступила на јавном месту или јавном интернет простору, о чему ће бити речи у наставку рада.

Затим, пажњу треба усмерити на друго битно обележје прекршаја из ЗЈРМ, а то је последица прекршаја, која може да наступи на јавном или нејавном месту, односно, јавном или нејавном интернет простору. За постојање прекршаја неопходно је да се последица објективизује на јавном месту или јавном интернет простору. Подразумева се да је последица подобна да се оствари на јавном интернет простору. Законским описима прекршаја из ЗЈРМ предвиђене су последице које могу бити остварене како на јавном месту у уобичајеном смислу те речи, тако и на јавном интернет простору, на којем се по реакцијама корисника интернета може закључити да је дошло до узнемирења грађана, нарушавања јавног реда и мира као складног односа између грађана, угрожавања спокојства или сигурности грађана, вређања морала грађана, угрожавања имовине итд. О ситуацијама када је радња извршења на нејавном интернет простору а последица се испољи на јавном месту или јавном интернет простору, биће речи када будемо разматрали последично одређење јавног места.

Сада ћемо анализирати када се интернет простор може сматрати јавним местом, односно, када се ради о јавном интернет простору, при чему ћемо користити критеријуме које је законодавац поставио дефинишући просторно, експанзивно и последично јавно место.

стављањем у изглед да ће се учинити какво зло, или напасти на живот или тело тог или њему блиског лица.

[24] О могућим изузецима од овог правила више речи ће бити у наставку.

[25] Овом радњом могу бити остварени елементи прекршаја вређање из чл. 9 ст. 1 ЗЈРМ. Законодавац вређање дефинише као вршење радњи којима се омаловажава личност другог лица (чл. 3 ст. 1 тач. 8).

3.2. Просторно одређење јавног места и интернет

Ова категорија јавног места имплицира да је у питању простор који је по својој намени и функцији такав да је свим грађанима доступан под истим условима или без посебих услова. У физичком смислу, ту спадају улице, тргови, паркови, јавни путеви, аутобуска стајалишта, паркови, средства јавног превоза, трговински центри, угоститељски објекти итд. У доктрини се указује да су у питању апсолутна јавна места с тим да су нека од ових јавних места и по намени и по функцији перманентно апсолутна и отворена (улице, јавни путеви и сл.) док су друга по намени и функцији ограничено апсолутна и отворена (трговинске и занатске радње, средства јавног превоза и слично), што има практични и правни значај.[26]

Интернет као глобална мрежа и дигитални простор је доступан неодређеном броју лица чији идентитет није унапред одређен, под истим условима. Општи услови који се захтевају за приступ интернету су техничке природе (поседовање одговарајућег уређаја, рачунара, таблета, паметног телефона, постојање интернет конекције итд.) и распростиру се према свим грађанима на једнак начин. Дакле, по основној дефиницији јавног места из ЗЈРМ, интернет може бити место извршења прекршаја из овог закона увек када се ради о јавном интернет простору. Супротно, нејавни интернет простор, његова затвореност и доступност под посебним условима, искључује могућност да се исти сматра јавним местом, у смислу просторног одређења и основне дефиниције овог појма из ЗЈРМ.

3.3. Експанзивно одређење јавног места и интернет

Другу категорију јавних места чине места која иначе не могу да се подведу под јавна места, у смислу основног одређења овог појма из чл. 3 ст. 1 тач. 2 ЗЈРМ, али им својство јавног места даје њихова експанзивност – таква места на којима је предузета радња извршења доступна су погледу или чујности са јавног места. С тим у вези, указује се да уколико је прекршај извршен на месту које није јавно, нпр. у стану или кући, подносилац захтева је дужан да у захтеву наведе да се свађа или галама из затвореног простора или стана чула напољу или да су нпр. прозори били отворени па се насиље видело с улице.[27]

Овај допунски критеријум категоризације јавног места далеко лакше је посматрати у „класичном“ смислу, као физички простор, физичко место,

---

[26] Драган Васиљевић, *Основи прекршајног права са заштитом јавног реда и мира*, Виша школа унутрашњих послова, Земун, 2005, 83.

[27] Мирјана Тукар, *Коментар Закона о јавном реду и миру,друго допуњено издање*, Службени гласник, Београд 2019, 26-27.

за разлику од дигиталног простора, што заправо интернет представља. Сходно томе, не могу се уподобити поменути критеријуми за физички и интернет простор. У погледу првог, елемент јавности је сам по себи утврђен уколико неспорно произилази да је противправно понашање извршено на месту с којег је неко (лица на јавном месту) могао да чује или да види противправно понашање.[28] Суштинска карактеристика нејавног интернет простора је његова затвореност, недоступност неодређеном броју лица чији идентитет није унапред одређен и оваква врста интернет простора не може бити доступна погледу или чујности са јавног интернет простора, а апсурдно је говорити да садржај дистрибуиран на нејавном интернет простору уопште може бити доступан са јавног места у смислу физичког простора. На пример, када учинилац дистрибуира противправни садржај на нејавном интернет простору са терасе свог стана која је доступна видљивости са јавног места (улице) и која би се сматрала јавним местом по „уобичајеним“ стандардима, не може се сматрати да он врши прекршај јер нејавни интернет простор није доступан видљивости са јавног места. Исто тако, ако учинилац емитује видео објаву претећег карактера уживо преко друштвене мреже, из стана који се налази у приземљу стамбене зграде, гласно изговарајући речи претње које чују грађани који чекају јавни превоз на улици, постојање прекршаја ће зависити од места едитовања видео снимка – на јавном или нејавном интернет простору. У погледу експанзивног одређења јавног места можемо закључити да овај допунски критеријум није употребљив за прекршаје из ЗЈРМ који могу да буду учињени путем интернета.

3.4. Последично одређење јавног места и интернет

Последично одређење јавног места је корективни механизам којим је законодавац предност дао наступању последице на јавном месту, у односу на место где је предузета радња извршења, а које по основном критеријуму не представља јавно место. Ово је прилично јасно код „класичних“ прекршаја из ЗЈРМ.[29]

Сходно критеријуму усмерености радње извршења, место извршења прекршаја из ЗЈРМ може бити нејавни интернет простор, који по основној дефиницији не представља јавно место. Уколико последица оваквог прекршаја наступи на јавном месту у смислу његове физичке димензије или на јавном интернет простору, као дигиталном простору, по критеријуму последичног одређења јавног места, прекршај ће постојати.

---

[28] *Ibid*., 26.

[29] Код прекршаја угрожавање сигурности уређајима на даљину из чл. 11 ЗЈРМ учинилац може из своје собе да управља дроном а да последица овог прекршаја – угрожавање сигурности грађана наступи на јавном месту, на пример улици.

Наведени закључак се најлакше може сагледати кроз пример. За постојање прекршаја претња из чл. 9 ст. 1 ЗЈРМ неопходан услов је наступање последице која се огледа у нарушавању јавног реда и мира.[30] Упућивање претње на јавном интернет простору неспорно садржи обележја прекршаја, како у погледу радње извршења која је предузета на интернету као јавном месту, тако и у погледу последице чије наступање се захтева за постојање прекршаја, о чему је већ било речи. Када је претња упућена путем и-меила, вибера, приватном поруком преко друштвене мреже, односно на нејавном интернет простору, прво питање је да ли је тиме остварено обележје бића прекршаја које се огледа у наступању последице, која у конкретном случају није угрожавање сигурности, као што је случај код истоименог кривичног дела, већ нарушавање јавног реда и мира, с обзиром на законски опис[31] прекршаја у којем је наведена ова последица. Последица прекршаја претња је нарушавање усклађеног стања међусобних односа грађана узроковано њиховим понашањем на јавном месту. Ако је до ове последице дошло понашањем грађана (радњом извршења прекршаја) које није предузето на јавном месту (нејавно место или нејавни интернет простор), прекршај постоји само ако је последица наступила на јавном месту или јавном интернет простору. То се може десити када, на пример, лице којем је упућена претња приватном поруком, јавно објави садржину упућене претње на друштвеној мрежи и искаже страх за своју сигурност или када прочита поруку док се налази на јавном месту, у присуству других лица и својим реакцијама манифестује наступање последице на јавном месту. У овим случајевима, када последица прекршаја испољена кроз понашање оштећеног који манифестује да му је угрожена сигурност, из чега произилази да је дошло до нарушавања усклађеног стања међусобних односа грађана, конкретно, учиниоца прекршаја и оштећеног, прекршај постоји. Дакле, дејство противправне радње простире се на јавном месту у ситуацији када се последица прекршаја манифестује и учини доступном јавности. У случају да последица наступи на месту које није јавно место (нпр. у стану где се оштећени налази) и оштећени је не испољи на јавном месту или јавном интернет простору, прекршаја нема због непостојања елемента јавности, што наравно не искључује постојање кривичног дела угрожавање сигурности. Ово су ситуације када има оправдања користити последично одређење јавног места

[30] Основни облик кривичног дела угрожавање сигурности из чл. 138 ст. 1 КЗ чини ко угрози сигурност неког лица претњом да ће напасти на живот или тело тог лица или њему блиског лица. За разлику од прекршаја претња где је последица по законском опису нарушавање јавног реда и мира, код кривичног дела последица је угрожавање сигурности неког лица.

[31] Ко... или претњом нарушава јавни ред и мир казниће се новчаном казном од 20.000 до 100.000 динара или казном затвора од 10 до 30 дана.

као допунског критеријума за постојање прекршаја из ЗЈРМ учињених путем интернета.[32]

4. ПОДОБНОСТ БИЋА ПРЕКРШАЈА ЗА ЊИХОВО ЧИЊЕЊЕ НА ИНТЕРНЕТУ

Утврђивање подобности бића прекршаја је поступак испитивања експресија радње извршења конкретног прекршаја и односа са интернет простором, давањем одговора на питање да ли се радња извршења прекршаја може предузети на интернету, да ли прекршај садржи последицу и како се она може испољити.

Законодавац је у одредби чл. 3 ст. 1 ЗЈРМ дефинисао значење појмова који чине обележја прекршаја из овог закона. Анализом наведених појмова и битних обележја прекршаја, пре свега радње извршења и последице и узимајући у обзир специфичности интернета као дигиталног простора, може се дати одговор на питање да ли конкретан прекршај може бити извршен путем интернета.

4.1. Прекршаји који не могу бити извршени путем интернета

Постоје две групе ових прекршаја код којих се испољава аномалија у погледу радње извршења. Код прве групе, радња извршења се објективизује кроз физички контакт. На пример, вршење насиља је дефинисано као примена физичке или друге силе на телу другог лица, подобне да изазову патњу или болове (чл. 3 ст. 1 тач. 9) и с обзиром да прекршај вршење насиља из чл. 9 ст. 1 ЗЈРМ захтева физички контакт, јасно је да не може бити извршен путем интернета. Исто је и у погледу прекршаја из чл. 9 ст. 2 ЗЈРМ (туча), јер по законској дефиницији туча је узајамно вршење насиља између два или више лица које се састоји у задавању удараца руком, другим деловима тела или предметима (чл. 3 ст. 1 тач. 9) или прекршаја проституција из чл.16 ЗЈРМ, с тим да би у ову групу спадале радње извршења одавања проституцији и коришћења услуга проституције, док би уступање просторија ради проституције спадало у наредну групу.

Код друге групе прекршаја радња извршења може да се објективизује само у физичкој реалности и не може бити предузета путем интернета. То су

[32] Занимљиво је приметити да овај критеријум одређивања јавног места заправо произилази из теорије јединства места извршења прекршаја где се сходно одредбама ЗОП местом извршења сматра како место где је учинилац радио или био дужан да ради, тако и место где је последица наступила. Разлика се огледа у чињеници да се по ЗЈРМ нејавно место где је предузета радња извршења сматра јавним местом ако је последица наступила на јавном месту.

следећи прекршаји из ЗЈРМ: остављање опасних предмета из чл. 10, угрожавање сигурности уређајима на даљину из чл. 11, паљење пиротехничких производа или пуцање из чл. 17, пропуштање обавештавања о нарушавању јавног реда и мира из чл. 19, бука у угоститељским и другим објектима из чл. 20, продаја алкохолних пића лицима под очигледним утицајем и малолетницима из чл. 21, вређање службеног лица у вршењу службене дужности из чл. 22 ЗЈРМ. Код свих побројаних прекршаја радња извршења, сходно законским одредбама, не може бити предузета на интернету као дигиталном простору.

4.2. Прекршаји који могу да буду извршени путем интернета

У досадашњем тексту је већ указано на овакве прекршаје. Радња извршења прекршаја непристојно, дрско и безобзирно понашање[33] из чл. 8 ЗЈРМ неспорно може бити предузета и на интернету, на различите начине: постављањем непристојних коментара или фотографија на друштвеним мрежама и веб сајтовима или другим недоличним поступцима, дрским коментарима или порукама које се дистрибуирају на јавној мрежи, док је безобзирно понашање најтежи вид оваквих понашања који се манифестује као понашање које је скроз супротно уобичајеном понашању људи, испољено у великом степену непристојности или дрскости. Већ је поменуто да радња извршења прекршаја из чл. 9 ст. 1 ЗЈРМ – вређање и претња може бити предузета путем интернета, што се често и чини на друштвеним мрежама. Последице наведених прекршаја,о којима је већ било речи, могу наступити на јавном месту и јавном интернет простору.

Интернет је погодан за извршење прекршаја из чл. 14 ЗЈРМ (неовлашћена препродаја улазница). Радња извршења се састоји у неовлашћеном нуђењу, продаји или препродаји улазница за културне, спортске или друге приредбе и манифестације (ст.1), односно неовлашћеном организовању или омогућавању препродаје улазница за наведене догађаје (ст.2). У данашње време уобичајено је да се продаја улазница за овакве догађаје и обавља путем интернета, а за постојање прекршаја је битно да се то чини неовлашћено. У законском опису прекршаја није предвиђена последица.

Узнемиравање грађана врачањем, прорицањем или сличним обмањивањем је назив прекршаја из чл. 15 ЗЈРМ, а њега чини ко се бави врачањем, прорицањем судбине, тумачењем снова или сличним обмањивањем на начин којим узнемирава грађане или нарушава јавни ред и мир. И овај прекршај може бити извршен путем интернета на различите начине и за његово постојање захтева се наступање последице.

[33] Сходно одредби чл. 3 ст. 1 тач. 12 ЗЈРМ наведено понашање јесте понашање лица или предузимање радњи на јавном месту, којима се угрожава сигурност грађана или нарушава јавни ред и мир, вређа морал грађана, уништава или оштећује имовина.

Прикупљање добровољних прилога је дозвољено под законом прописаним условима, што регулише одредба чл. 5 ЗЈРМ. Поступањем супротно наведеној одредби остварује се прекршај из чл. 18 ЗЈРМ. Прикупљање и организовање прикупљања добровољних прилога, без обавештавања надлежног органа, може се вршити и путем интернета израдом веб сајтова за ту намену, формирањем профила или група на друштвеним мрежама, постављањем видео и аудио снимака намењених позивању грађана да уплате добровољни прилог на интернет платформе. У току прикупљања добровољних прилога путем интернета могу се предузети радње којима се угрожава спокојство грађана или нарушава јавни ред и мир, што се може испољити кроз различите врсте непримерених коментара којима се грађани на неки начин „приморавају" да уплате добровољни прилог или се застрашују уколико то не учине итд.

4.3. Гранични случајеви – посебни облици извршења појединих прекршаја као услов за њихово чињење на интернету

Често се дешава да се на друштвеним мрежама поведе расправа о неком питању која поприми карактер свађе, која је као прекршај прописана чл. 7 ЗЈРМ.[34] У чл. 3 ст. 1 тач. 4 ЗЈРМ наведено је да је свађа вербални сукоб два или више лица. Оваква дефиниција искључује текстуално испољавање сукоба размењивањем порука, али у случајевима када је путем интернета омогућена вербална комуникација која има елемент јавности,[35] а која прерасте у свађу, прекршај би постојао уколико је наступила последица која се испољава у нарушавању јавног реда и мира или стварању узнемирења грађана. Исти критеријуми се могу применити и на вику, која сходно чл. 3 ст. 1 тач. 5 представља вербално изражавање јаког интензитета.

Интересантно је размотрити да ли прекршај просјачење из чл. 12 ЗЈРМ може бити извршен путем интернета. Законодавац није дефинисао појам просјачење, а у литератури се наводи да оно представља радњу која се састоји од обраћања другом физичком или правном лицу, од којег се тражи пружање помоћи без икакве противчинидбе, у новцу или другој материјалној користи.[36] Радња овог прекршаја на интернету може бити извршена вербалним путем – снимљеном аудио или видео поруком, *online* обраћањем на

[34] Овај прекршај чини ко свађом или виком нарушава јавни ред и мир или ствара узнемирење грађана. За исти је предвиђена новчана казна од 5.000 до 20.000 динара.

[35] Бројне апликације омогућавају одржавање *online* састанака, конференција, семинара и других активности од којих су многе јавне и доступне за праћење и учествовање свим заинтересованим корисницима интернета. Овакви догађаји су праћени видео и аудио комуникацијом па у одређеним случајевима критеријум постојања јавног интернет простора може бити испуњен, што самим тим омогућава и вршење прекршаја из ЗЈРМ.

[36] М. Тукар, 42.

друштвеним мрежама (тзв. преноси уживо), или се испољити у писаној форми, када се дистрибуира текстуална порука. За постојање овог прекршаја мора наступити последица која се састоји у угрожавању спокојства грађана или нарушавању јавног реда и мира. Радња извршења прекршаја коцкање из чл. 13 ЗЈРМ алтернативно је прописана и састоји се у позивању другог на коцку, коцкању, уступању просторија ради коцкања и организовању коцкања. Сви наведени облици извршења прекршаја, сем уступања просторија ради коцкања, могу да буду извршени на интернету. Путем интернета друга лица се могу позивати на коцку, могуће је организовати коцкање и коцкање се може извршити на интернету, коришћењем посебних апликација. Посебан проблем у овим ситуацијама представља елемент јавности који је дискутабилан, с обзиром да се ове радње по правилу спроводе тајно.

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Да би одређени прекршај из ЗЈРМ могао бити извршен на интернету, потребно је кумулативно испуњење два услова. Први од њих је елемент јавности, који се испољава кроз захтев да место предузимања радње извршења прекршаја и наступања последице буде јавно место. Ове чињенице морају бити утврђене у току прекршајног поступка. Усмереност радње извршења прекршаја је основни критеријум који повезује физичку локацију, место где се учинилац налазио и интернет простор, који смо сагледали као јавни и нејавни интернет простор. Када је радња извршења објективизована на јавном интернет простору прекршај постоји без обзира где се извршилац физички налазио (јавном или нејавном месту) и уколико је последица наступила на јавном месту (у смислу физичке локације) или јавном интернет простору, у погледу прекршаја код којих је наступање последице битно обележје. Уколико је радња извршења прекршаја објективизована на нејавном интернет простору, прекршај постоји само ако је последица наступила на јавном месту, у смислу физичког одређења јавног места или на јавном интернет простору. Нејавни интернет простор у погледу радње извршења и последице искључује постојање прекршаја из ЗЈРМ.

Други услов за чињење прекршаја из ЗЈРМ путем интернета јесте подобност бића прекршаја. Овај критеријум се односи на захтев да се радња извршења прекршаја може предузети путем интернета. С тим у вези, највећи број прекршаја из ЗЈРМ не могу бити извршени путем интернета а у одређеним граничним случајевима само посебни модалитети радње извршења прекршаја омогућавају чињење таквих прекршаја на интернету. Мањи број прекршаја из ЗЈРМ испуњава услове да се могу извршити путем интернета, али уз испуњавање свих услова на које је указано у раду. То у великој

мери, у практичном смислу компликује и доказивање овакви прекршаја и намеће више питања процесноправног карактера, за која није било места у овом раду.

Из наведене анализе произилази још један закључак. Да би прекршаји из ЗЈРМ били извршени путем интернета потребно је да буду испуњени бројни услови на које је указано у овом раду, који се не захтевају за кривична дела. Ово потврђује ставове доктрине да прекршаји нису „багателна дела" и да учинилац прекршаја често „трпи теже последице" него учинилац кривичног дела.[37] У нашој судској пракси дошло се до ситуације да се деликти извршени путем интернета санкционишу кроз кривични поступак, док прекршајна судска пракса у овој области готово и да не постоји. То није оправдано јер прекршајноправна реакција на недозвољена понашања на интернету може бити сврсисходнија и оправданија у појединим случајевима у односу на кривичну. Зато има оправдања да се, *de lege ferenda*, изменама Закона о јавном реду и миру прецизно регулише интернет простор као место извршења прекршаја и отклоне недоумице до којих може доћи у судској пракси.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Васиљевић Драган, *Основи прекршајног права са заштитом јавног реда и мира*, Виша школа унутрашњих послова, Земун, 2005.

Вуковић Игор, *Прекршајно право*, Правни факултет Универзитета у Београду и Досије студио, Београд, 2015.

Делић Наташа, Бајовић Вања, *Приручник за прекршајно право*, Службени гласник, Београд, 2018.

Јеличић Младен, „Јавно место као обележје прекршаја из Закона о јавном реду и миру Републике Српске", у: *Упоредна анализа прекршајног законодавства у БиХ и регији* (ур. Велимир Нинковић), Шесто саветовање из прекршајноправне области, Бијељина, 2023.

Justin Hughes, „The Internet and the persistence of Law", *Boston College Law Review* Vol. 44, 2003.

Милић Иван, „Да ли је кривично дело увек најтеже казнено дело (I део)", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2016.

Molly Land, „Toward an International Law of the Internet" *Harvard International Law Journal* Vol. 54/2, 2013.

Мрвић Петровић Наташа, *Коментар новог Закона о прекршајима са специјалним прилогом*, Београд, 2014.

Петрашиновић Стефан, „Фејсбук и увреда", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2020.

[37] Иван Милић, „Да ли је кривично дело увек најтеже казнено дело (I део)", *Зборник радова ПФНС*, бр. 3/2016, 954.

Петровић Слободан, *Компјутерски криминал*, Војноиздавачки завод Београд, 2004.
Ристивојевић Бранислав, Милић Иван, *Коментар Закона о прекршајима*, Службени гласник, Београд, 2023.
Станић Бранко, „Грађанскоправна одговорност због објављивања на друштвеним мрежама“, *Билтен Врховног касационог суда* 2/23.
Стојановић Зоран, *Кривично право општи део, пето измењено и допуњено издање*, Службени гласник, Београд, 2002.
Стојановић Зоран, *Коментар Кривичног законика Републике Србије, пето измењено и допуњено издање*, Службени гласник, Београд, 2016.
Timothy S. Wu, „Cyberspace Sovereignty? The Internet and the International System“ *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 10/3, 1997.
Тукар Мирјана, *Коментар Закона о јавном реду и миру,друго допуњено издање*, Службени гласник, Београд 2019.
Ђоровић Емир, *Основи прекршајног права Црне Горе*, Факултет правних наука, Подгорица, 2021.
Шкулић Милан, „Компјутерски криминалитет – да ли смо беспомоћни пред овом опасношћу“, *Компјутери и право* 2/97.

Интернет извори:

Подаци Републичког завода за статистику: : https://www.stat.gov.rs/sr-latn/oblasti/upotreba-ikt/upotreba-ikt-pojedinci/
Правни прописи:
Кривични законик – КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 и 35/19.
Закон о јавном реду и миру – ЗЈРМ, *Службени гласник РС*, бр. 6/16 и 26/18.
Закон о прекршајима – ЗОП, *Службени гласник РС*, бр. 65/13, 13/16, 98/16, 91/19 и 112/22.

Mladen Z. Jeličić
Misdemeanor Court in Šabac
mladen.jelicic.kaishin@gmail.com
ORCID ID: 0009-0003-5486-3485

Internet and Misdemeanors from the Law on Public Order and Peace – Material Legal Aspects

Abstract: *In the paper, the author discusses the conditions under which misdemeanor from the Law on Public Order and Peace can be committed via the Internet. These are the existence of the element of publicness, the essential feature of the mentioned misdemeanor, which is manifested through the requirement that the act of execution and the consequences of the misdemeanor be objectified in a public place, and the eligibility of being a misdemeanor. The Internet as a digital space is viewed through two segments: public and non-public Internet space. The criterion of the direction of the enforcement action on public or non-public internet space is defined, which depends on whether the internet can be considered a public place. Spatial, expansive and consequent determination of the public place resulting from the legal definition of this term and the relationship with the Internet were analyzed. Eligibility of being a misdemeanor determines which misdemeanors from the Law on Public Order and Peace can be committed on the Internet. The author's conclusion is that the focus of the enforcement action on the public Internet space implies the existence of a misdemeanor, and that in the case of a non-public Internet space, the misdemeanor exists if the consequence occurred in a public place or public Internet space.*

Keywords*: Internet, misdemeanors, Law on Public Order and Peace, public place.*

Датум пријема рада: 20.10.2023.
Датум прихватања рада: 09.11.2023.

ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ АУТОРЕ

Оригиналан научни рад 342.5
doi:10.5937/zrpfns57-47204

Mirko Z. Klarić
University of Split
Faculty of Law
mirko.klaric@pravst.hr
ORCID ID: 0000-0002-0792-2978

ROLE OF THE GOVERNMENT IN CERTAIN CIRCUMSTANCES

Abstract: *The role of state administration and its public institutions in certain circumstances represents one of the most significant issues in the last twenty years following the serious security crisis caused by terrorist attacks in New York on 11 September 2001. The accent of public administration reforms was on efficiency and effectiveness of public institutions. Reforms were divided into deregulation and liberalization of public services, territorial decentralization, and regionalization with the strengthening of local government institutions and reform of central government administration. After the security crisis in 2001, financial crisis in 2008 and health crisis in 2020, the role of state institutions and public authorities in governing the state was redefined. The leading motives of general liberalization of public services, deregulation, and various forms of decentralization of public institutions abounded due to the new doctrinal approach of governmental organization. New strengthening of public authorities and public institutions became the new mainstream in the organization and functioning of the state. This paper analyzes how the role of the state can be modified due to the dynamics of social, political, and economic changes in society. New governmental reforms are contrary to earlier political and administrative measures, which include the strengthening of public institutions and concentration of public authorities. The government takes on a regulatory function in many aspects of social, political, and economic life. This situation leads to a new organization of the state, where public authorities take on a significant part of the responsibility to regulate various aspects of economic and social activities. At the focus of this paper will be how the dynamics of specific circumstances in society can affect the developing processes of the state and their public institutions. Those processes have economic, social, and political dimensions. The economic dimension includes regulatory measures on the market which contributes to development of the*

framework for economic development. The social dimension includes measures of social policy focused on improving the social position of citizens according to the economic development of society. The political dimension includes various aspects of security policy, with various protective measures in the community, which depends on the type of treatment for security of citizens.

Keywords: *government administration, public institutions, dynamics of transition.*

1. INTRODUCTION

State administration plays a significant role in the economic, social and political life of the community in society, according to the specific conditions which represent mainstream determinants in the community, and determine directions of economic, social and political development. Specific conditions in the community depend on its historical, political, economic, and cultural context and predominant values which define the way people live and their social habits. According to the dynamics of change, which impact on the community in society, and true economic, political, and social dimension, conditions in society are changing from previous forms of citizen's social behavior and citizen's participation in society and the community to new forms of social participation. There is a transformation of citizen's social position and a true social, economic, and political transformation of the community. Social conditions have been determined by social and economic development and depend on external and internal factors in society. Internal factors depend on social dynamics in the community, which includes economic conditions, political relations and social cohesion among community members who participate in social relations in society according to their social position and legitimate interests. External factors depend on the social environment, which can have less or more influence on economic, political, and social dynamics in society. When social, economic, or political conditions have been changed in the public community according to the influence of external or internal factors, the dynamics of social and economic development of society has also been changed. It is complex to predict the dynamics of external or internal changes which have been implemented on social and political relations in the modern community. They can be induced or caused by different factors which have a social, economic, or technological background. The dynamics of changes influence social, political, and economic occasions in society and contribute to developing a dialectic approach in the transition of social community. This paper analyzes the social, political, and economic transition of modern state according to security, health and financial challenges caused by significant economic, social

and political changes. Three main dimensions of the social change and role of the government are analyzed: security, economic and health. The security dimension is conditioned by modification of security events in global international relations. According to these changes, the role of the government became significant in providing a security framework in society. The economic dimension is conditioned by dynamics in technological development and changes in international economic and financial relations. Changes in economic and financial relations open up the question of implementation of a regulatory framework to prevent serious disorders in the functioning of the national economic system. The health dimension is conditioned by climatic changes and instabilities in the environment caused by human activity. These cause serious disturbances in health conditions in society, economic development and impact on future social transition with dialectical effects of change. Managing of those three dimensions requests a new role of the government to canalize societal tensions and assure adjustment of community new social conditions.

2. METHODOLOGICAL APPROACH

Community transition depends on societal institutions, values and technology development and includes various factors with interaction across multiple sectors in society. In that sense, social transition represents structural change of the whole societal system or structural change of a specific part of the social system or social organization.[1] Societal structures can be changed across different dimensions: social, economic, political, or cultural. There are two main generators of transition: scientific development and technological progress as first and the impact of those changes on societal institutions and economic structures in society as second.[2] In researching social transition, different types of models to explain societal transition process can usually be found. The first type is a model for the *understanding of societal transition* truly analyzing relevant elements and social processes. This model rests on presenting social dynamics which depends on many various elements in society: social, economic, and political. This model tries to develop a unique and relatively consistent theoretical framework for describing societal dynamics in social institutions. Societal transition depends on the social dynamics of political, economic and social institutions, and this model develops the causal nexus of interaction among these social factors and their influence on

[1] Niki Frantzeskaki – Derk Loorbach – James Meadowcroft: *Governing societal transitions to sustainability*, International Journal of Sustainable Development, Vol 15., Issue 1/2, 2012., pp. 19. – 34.

[2] Nils Gilman: *Modernization Theory Never Dies*, History of Political Economy, Vol. 50, Issue S1, 2018., pp. 133. – 151.

the transition process in society. This model includes a systematic approach with an integrative theoretical approach, which includes the political, economic, and cultural dimension of transitional change. The second model is developed for *case policy advice*. This model is preconditioned by a theoretical framework with hypothesis and assumptions which can be confidential. This theoretical framework defines basic elements of societal transition and role of the social institutions and other participants in society. According to this model, practical research and empirical results can be interpreted by the implementation of a general theoretical framework, which can produce forecasts, projection and provide a certain policy scenario for the future development of social transition. This model defines empirical results according to a general theoretical framework and projects future transition development. According to this projection and upgraded empirical results, a dynamic model for the prediction of societal transition is developed, which is important for devising case policy and its efficiency in the prediction of development of social process. The model of case policy advice is useful in building social change according to empirical results and general conclusions derived according to practical experience. This represents a defined social platform for transitional change in economic, political, and societal institutions in the community. The third type of model represents a *facilitates stakeholder process* in order to analyze the dynamics of social structure change in daily activities. The developed model can be used to derive forecasts and initiate discussion policies on the future development of societal structure in transition. This model allows the testing of policies and strategies of participants in daily conflict situations, and the possibility of collecting and systemizing practical experience to support the institutional transfer of conflicts. Parts of this model are various strategies built on experience in order to canalize social conflicts and efficient managing of social transition.

Societal transition represents a dynamic process which includes many aspects of social dynamics, which need a unique approach and interpretation according to a developed theoretical framework. This includes defining research questions, main paradigmatic overviews, a theoretical framework built according to a paradigmatic approach, collecting data and the possibility of anticipation.[3] Defining research questions is relatively complex, because it requires determining societal transition with prevailing dimensions of that process. The main paradigmatic overview includes different dimensions such as positivism, pragmatism, and critical realism. These dimensions define various approaches to research questions, which is important for configuration of the methodological framework and interpretation of the data and results of research. The theoretical framework can be

[3] Mohammadreza Zolfagharian – Bob Walrave – Rob Raven – A. Gorges L. Romme: *Styding Transitions: Past, Present and Future*, Research Policy, No 48, 2009., pp. 3 – 4.

built from different elements. According to the main elements of theoretical framework, which is usually available in transition theory, some of the general models of the theoretical framework can be identified such as multi-level perspective, strategic niche management, transition management and technological innovation systems. These models are characteristic not only for transition theories, but also can be used in other aspects of social sciences.[4]multi-level perspective presents various aspects of governing and canalizing of social processes in societal transition. Strategic niche management is more focused on the case study approach, with influence of some specific economic, political, or social elements on main transitional processes in society; transition management is more focused on social processes which impact on dynamics of social transition. The last one is the technological innovation system which is oriented to the influence of technology development on social transition and dynamics of change in the community.[5] Basic aspects of the theoretical framework, which can be useful for configuration of societal transition research, are connecting with elements built in other scientific disciplines or developed for the purpose of transition research as combination of various research in the field of sociology, economy or political sciences. The first model is usually defined as elements of a new theoretical framework, and the second represents elements of borrowed theoretical frameworks. The combination of these two types of elements is important for configuration of research and approach to interpretation of results, according to a settled theoretical framework.[6] In that sense, research methods are adopted to a theoretical approach, and they can be generally divided into qualitative, quantitative, and generally mixed research. Qualitative research methods use an approach which includes narrative inquiry or grounded theory development. Characteristics of these methods are subjectivity, deduction and idealistic approach to social changes. Quantitative research includes mathematical and statistical methods, with assumed potential connection between causes and consequences. The main characteristics of this type of research are reality, objectivity andinductivity. Mixed research uses different research strategies to clearly defined transition process with all social characteristics for better understanding dynamics of change in social processes.[7]

---

[4] Claus Offe: *Whose good is the common good*, Philosophy and Social Criticism, Vol 38, No 7, 2012., pp. 665. – 684.

[5] Georg Holtza – Floor Alkemade – Haan de Fjalar – Jonathan Köhlerd – EvelinaTrutnevytee – Tobias Luthe – Johannes Halbe – George Papachristos – Emile Chappin – Jan Kwakkeli – Sampsa Ruutu: *Prospects of modelling societal transitions: Position paper of an emerging community*, Environmental Innovation andSocietal Transition, Vol 17, 2015., pp. 41. – 58.

[6] Floor Alkemade – Heleen de Coninck: *Policy mixes for sustainability transitions must embrace system dynamics*, Environmental Innovation and Societal Transition, Vol 41, 2021., pp. 24. – 26.

[7] Mohammadreza Zolfagharian – Bob Walrave – Rob Raven – A. Gorges L. Romme, ibid., p. 8.

According to different methodological approaches, data collection and research into transition changes can be different. Also, the sources of the research can be various depending on a qualitative or quantitative approach in research. It can be documents, interviews, surveys or observation, with more expressed prescriptive or descriptive methods, which depends on the type of data collection and analysis in the research process. Social transition as a process has various aspects and needs an interdisciplinary approach, with the combination of qualitative and quantitative methods in analysis dynamics of social change. Dimensions which are topical for social transition research can be divided into social, economic, and political.

For the purposes of this research, a descriptive approach will be used to present development tendencies of transition, according to the main dimensions of this process – economic, social, and political –three true main generators of transitional change – security advantage, financial challenge, and health crisis.

3. MAIN CHALLENGES FOR STATE DEVELOPMENT IN MODERN CIRCUMSTANCES

3.1. Security challenges

Many scientists and political experts in the contemporary world have irreversibly pursued the processes of democratization, liberalization, and globalization, with some minor difficulties caused by local wars, poverty or insufficient economic, social and political development. Global changes caused the end of Cold War, together with the transition of ex-socialistic countries in Europe and future domination of one global superpower in international relations for many was almost empirical evidence to the ends of political, social and economic evolution, in the sense of the further societal and political transition of contemporary societies and states.[8] At the moment, it seems that liberal democracy and market economy represent the main direction for the future development of society. But international events have been much more complex than at first sight.[9]Those occasions had dynamics different from prevailing tendencies of mainstream policies in the development of counties around the world.[10]The main settings of the liberal democratic approach of the development of countries were connected with understanding modern democratic states, as efficient mechanisms of government, which can make use of sophisticated economic, political or social methods to

[8] Francis Fukuyama: *The End of the History and the Last Man*, The Free Press, New York, 1992.

[9] Shafi Mostofa – Howard Brasted: *How Huntington and Fukuyama got the 21st century wrong*, https://www.aljazeera.com/opinions/2020/12/19/how-huntington-and-fukuyama-got-the-21st-century-wrong, accessed 30.9.2023.

[10] Francis Fukuyama: 30 Years of World Politics: *What has changed?*, Journal of Democracy, Vol 31, No 1, 2020, pp. 11 – 21.

manage and implement political, economic and judicial decisions in the community.[11] The use of force, including physical force, was considered anachronistic and outdated.[12] For implementation of legal acts and decisions new executive methods have been introduced, which placed financial or social pressure on members of the community.[13] The first hit to this kind of thinking was the terroristic attack in New York on 11.09.2001, with the enormous insecurity (psychological and political) which it brought. From this moment, the role of power and physical force was radically changed. [14] The previous stance was that implementation of physical force in society to support administrative and legal decisions has an irreversible character in the thinking that implementation and intensity of security measures depends on the possibility of potential threat for the community and public institutions in society.[15] The rising up and strengthening of countries with illiberal political orders or political regimes with autocratic or totalitarian political elements opened up a new dimension in international political relations. The end of the thinking that the finish of the Cold War leads to the end of History is known as "the end of the illusions".[16]

The problem of security become more current with numerous terroristic attacks in several European countries and mass migrations of refugees during 2015 to countries of the European Union, caused by armed conflicts and significant political instability in the Middle East.[17] That caused more security measures to assure minimal levels of security conditions in society. An additional problem was the integration of immigrants into the community.[18] The problem of immigrant acceptation in the community can be indirectly important for general security of citizens in society.[19] The question of security leads to a great opening up of social,

[11] Anders Westholm – José Ramón Montero – Jan W. van Deth: *Introduction: citizenship, involvement and democracy in Europe*, in Jan W. van Deth – José Ramón Montero – Anders Westholm: *Citizenship and Involvement in European Democracies*, Routledge, London and New York, 2007., pp. 1 – 32.

[12] Eva Erman: *Human Rights and Democracy – Discourse Theory and Global Rights Institutions*, Routledge, London and New York, 2005., pp. 1. – 23.

[13] Marcel Morabito: *Introduction, in Marcel Morabito – Guillamue Tusseau: Comparative Executive Power in Europe*, Routledge, Oxon, 2023., pp. 1 – 5.

[14] Peter Shearman – Matthew Sussex: *America and Europe After 9/11, in Peter Sherman – Matthew Sussex: European Security After 9/11*, New York, 2017., pp. 51. – 67.

[15] Ursula C. Schroeder: *The organization of European Security Governance: Internal and External Security in Transition*, Routledge, New York, 2011., pp. 78. – 128.

[16] Andreas Reckwitz: *Das Ende der Illusionen: Politik, Ökonomie und Kultur in der Spätmoderne*, Suhrkamp Verlag, Berlin, 2019., pp. 1-2.

[17] Nicos Trimikliniotis: *Migration and the Refugee Dissensus in Europe: Borders, Security and Austerity*, Routledge, New York, 2020., pp. 19. – 33.

[18] Ali Bilgic: *Rethinking Security in the Age of Migration: Trust and Emancipation in Europe*, Routledge, Abingdon, 2013., pp. 105. – 125.

[19] Nora Ratzmann, Thomas K. Bauer: *Slowly turning into a 'Country of Immigration'? On the interaction between migration and integration policies in Germany*, in Maciej Duszczyk –

economic and political dilemmas, such as problems of economic and cultural integration of immigrants in the local community, problem of acceptation of migrants by domestic inhabitants, political and economic implications of immigrants in the domestic community, problem of interaction and communication between domestic citizens and newcomers with different social and cultural backgrounds and tensions with the possibility of potential conflict in the community. All of these questions open up completely new dynamics in the political community, with the strengthening of political forces with anti-immigrant politics.

An additional element, which generates changes in the European security environment was the outbreak of the armed conflict in Ukraine, which has turned over the years into an intensive war conflict. This occurrence generates additional insecurity in Europe, with large numbers of refugees and new social and economic problems, which lead to new political and social tensions and conflicts.

There are several dimensions of security crisis: physical, economic and informational. Physical security depends on the ability of security forces in society to manage all potential security threats, which can endanger daily economic, social and political activities in society. It is usually a combination of cooperation between different parts of security institutions and agencies in the provision of physical security for citizens and the community in society. In raising the level of physical security in society awareness and information has an important role in various potential dangers and threats, according to challenges such as security advantages, migrations and military conflicts. But physical security depends also on the possibility of the social community to canalize potential conflicts inside and outside of society causing cultural differences and socio-economic inequalities.[20] Many conflicts in society arise as a result of society's incompetence in overcoming these difficulties. Economic security represents availability of basic material resources important for normal economic and social activities in the community in society. A lack of economic security can cause various problems in usual daily activities, with additional economic, social, and political consequences. In that sense, economic security is closely connected with physical security, because it affects social cohesion and society's ability to deal with unpredicted problems and socio-economic and political situations. Information security is closely connected with economic and physical security. It is a relatively new security dimension, highly developed as a result of implementation of information and communication technologies. It is primarily focused on social networks, virtual

Marta Pachocka – Dominika Pszczółkowska: *Relations between Immigration and Integration Policies in Europe Challenges, Opportunities and Perspectives in Selected EU Member States*, Routledge, London, 2020., pp. 61. – 76.

[20] Laura Chappell – Jocelyn Mawdsley – Petar Petrov: *Uncovering EU strategy in its security policy*, in Laura Chappell – Jocelyn Mawdsley – Petar Petrov: *The EU, Strategy and Security Policy – Regional and Strategic Challenges*, Routledge, London, 2016., pp. 202. – 215.

community and digital interaction of the citizens and institutions as the main forms of communication in society. Information security supports economic and physical security in all aspects relevant for their implementation. Without the support of this type security, it is relatively hard to assure efficient functioning of institutions in providing general security in society. The question of information security has been significant in the last two decades and includes analysis protection of information, the question of confidentiality level, integrity of information systems with the possibility of efficient data protection and authenticity of the collected and saved information. For example, the European Council classifies EU documents on four different levels of classified information: EU top secret, EU secret, EU confidential and EU restricted.[21]The question of information security is regulated by EU legislation with the NIS2 Directive[22], which provides legal measures to assure a high level of cybersecurity across Europe. Besides that, there are proposed legal documents with the purpose of achieving better standards of information security. These acts are the Cyber Resilience Act[23] for improving cybersecurity of hardware and software products on the EU market, the Cyber Solidarity Act[24] as a response to cyber threats across Europe and the Cybersecurity Act[25], which regulates the regulatory framework for standardization of security measures in provision of information and technology products, services and processes. This legislation package creates a common legislative framework of information security across EU member states, with standardization of security principles.

3.2. Economic challenges

Economic crisis is the second challenge. It initiates new dynamics in governing processes of contemporary states, with new questions, such as regulation

[21] EU top secret represent type of information where unauthorized access can cause large and irreplaceable damage for the interests of EU or member states; EU secrets could cause large damage and seriously harm to the interests of EU or member states; EU confidential can harm to the interests of EU or member states; EU restricted could cause consequences for EU the member states. All of these protection measures are detail regulated by the *Council decisions on the security rules for protecting EU classified information* (2013/488/EU) from 23 September 2013.

[22] *Directive on measures for a high common level of cybersecurity across the Europe*, Directive (EU) of the European Parliament and of the Council, 2022/2555 of 14 December 2022.

[23] *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on horizontal cybersecurity requirements for products with digital elements and amending Regulation (EU) 2019/1020*, COM (2022) 454 final.

[24] *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down measures to strengthen solidarity and capacities in the Union to detect, prepare for and respond to cybersecurity threats and incidents*, COM (2023) 209 final.

[25] *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) 2019/881 as regards managed security services*, COM (2023) 208 final.

of the markets and role of the state in market economy.[26] This type of advantage appeared in the 2008 financial crisis, with the collapse of the real estate and financial market, which led to the collapse of some financial institutions and caused debt crisis. Financial crisis had shown that deregulation, liberalization and privatization potentially can cause huge problems in market economy.[27] There are usually two main points of view regarding the position of the state in market economy. The first is state failure, and the second is market failure. State failure is the term used to describe the position where state interventionism causes various market disturbances caused by a straight regulatory framework and influence of the public authorities on socio-economic relations on the market. This position usually criticizes the role of the state in market economy warning of the toxicity of state interventionism. Market failure is a term that defines economic problems caused by the market in situations where socio-economic relations are not partially or fully regulated by a legal framework.[28] The first criticism is characteristic of various liberal theories. The second criticism is characteristic of advocates of state interventionism. They believe that market mechanisms can efficiently regulate all relations of market economy which has been shown to be problematic due to the difficulties caused by the lack of regulative framework.

The financial crisis in 2008 was caused by the liberalization of regulatory framework of the financial market. That led to serious economic crisis caused by deficiencies in the financial market and bankruptcy of important financial institutions which covered the real estate market.[29] Financial debts and losses in the real estate market have expanded to other parts of economic relations in society. This crisis opened the question of the position of financial debts of certain countries and their ability to efficiently maintain and manage public debt, according to the fiscal capacity of the country.[30]

Financial crisis has shown three main things: *first*, the general position of the public authorities in society is important for regulation of economic market relations, *second*, the financial position of the state depends on fiscal capacity and

---

[26] Arthur Benz – Renate Mayntz: *The Multilevel Dynamics of Regulatory Reform*, in Renate Mayntz: (ed.): *Negotiated Reform. The Multilevel Governance of Financial Regulation*, Campus Verlag, Frankfurt a.M., 2015., pp. 163. – 189.

[27] Charles A. E. Goodhart: *The regulatory response to the financial crisis*, Journal of Financial Stability, Vol. 4, Issue 4, 2008., pp. 351. – 358.

[28] Roger Hadley – Stephen Hatch: *Social Welfare and the Failure of the State*, Routledge, New York 2019., pp. 1. – 5.

[29] Renate Mayntz: *Institutional Change in the Regulation of Financial Markets: Questions and Answers*, in Renate Mayntz (ed.): *Crisis and Control: Institutional Change in Financial Market Regulation*, Frankfurt a.M.: Campus Verlag, 2012., pp. 7-29.

[30] Stefan Handke – Hubert Zimmermann: *Institutional Change in German Financial Regulation*, in Renate Mayntz (ed.): *Crisis and Control: Institutional Change in Financial Market Regulation*, Frankfurt a.M.: Campus Verlag, 2012., pp. 119-142.

the ability to manage public debts according to fiscal capacity and possibility of stimulation and acceleration of economic growth as a basis for the expansion of public incomes, and *third*, the role of the common solidarity of EU member states can be important in overcoming financial difficulties in countries with a relatively high level of public debt and macroeconomic imbalances.[31]All three situations demand a strong regulatory framework, which includes a set of regulatory measures from public authorities.[32] Regulation of public authorities is important for stabilization and relatively predictability of economic relations on the market.[33] For financial credibility of the state, a transparent view of consolidated incomes and outcomes of the state is important, which also include implementations of tools for maintaining fiscal balance and regulatory mechanisms for the prevention of potential deviation which undermines the position, reputation and credibility of public financial institutions. On the other hand, common solidarity in the EU can potentially assure a security net for member states in situations of unexpected financial and economic hardships which can cause macroeconomic imbalances. In this situation, supranational regulation of public authorities can be significant for international credibility of financial institutions in member states, which can stabilize and strengthen the position of the state with economic difficulties in the international financial market.[34] There are lots of criticisms against the demands of supranational public authorities due to encroachment on the financial sovereignty of member states. On the other side, experience shown that these approaches with implementation of a regulatory framework with application of tools for financial consolidation has more good than bad effects.[35]In that sense, in the medium and long term, it brings stabilization of macroeconomic structures and financial consolidation.[36] Economic crisis has economic, political, and social dimensions of social relations. The economic dimension was defined with economic

[31] Lucia Quaglia: *The Regulatory Response of the European Union to the Global Financial Crisis* in Renate Mayntz (Ed.): *Crisis and Control: Institutional Change in Financial Market Regulation*, Frankfurt a.M.: Campus Verlag, 2012., pp. 171 – 195.

[32] Daniel Cash, Robert Goddard: *Introduction*, in Daniel Cash, Robert Goddard (ed.): *Regulation and the Global Financial Crisis – Impact, Regulatory Responses, and Beyond*, Routledge, London 2020., pp. 4. – 12.

[33] Eric Windholz: *Governing through Regulation – Public Policy, Regulation and the Law*, Routledge, New York 2018., pp. 20. – 30.

[34] Nicolas de Sadeleer: *The new architecture of European economic governance*, in Niels Philipsen – Guangdong Xu (ed.): *The Role of Law and Regulation in Sustaining Financial Markets*, pp. 9. – 52.

[35] See Johannes Tholl – Christoph Schwarzbach: *The Greek sovereign debt crisis as an important chapter in the history of the European Monetary Union: empirical evidence and some thoughts on implications for investors and financial riskmanagers*, Zetschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft, Vol 111, Issue 4, 2022., pp. 361. – 378.

[36] Ioannis Glinavos: *Redefining the Market-State Relationship – Responses to the Financial Crisis and the Future of Regulation*, Routledge, London 2013., pp. 11. – 18.

factors important to overcoming economic consequences and entering new dynamics in economic relations in society. The political dimension is mostly limited by economic conditions, and depends on economic, financial and fiscal measures implemented in economic relations of the community. Those measures are formatted according to social and economic conditions and can have significant influence on citizens and economic subjects in society.

3.3. Health challenges

Health crisis represents another challenge in the development of modern society, with many specific problems and issues. This type of crisis is caused by the modern way of life with fast changes and many factors which influence daily dynamics in social relations in the contemporary community.[37] Factors which cause health crises can be divided into environmental and technical.[38] The environmental factor depends on elements which change the natural and social environment and it have been caused by technical and economic development, changes in culture of living and ecological advantages such as climatic changes as result of intensive human activity.[39] The environmental factor affects every aspect of human living because it causes changes which need adaptation with an appropriate answer by harmonizing modern living conditions and environmental challenges. Technical factor depends on actions and initiatives in improving living conditions, building of a civil society and NGO-s and partnerships between the public and private sector, development of science and technology and ability to respond appropriately to all challenges caused by changed technological and economic conditions.[40] The harmonization between environmental and technical conditions is important to assure the balance between the contemporary way of life and sustainable development of community.[41] In that sense, sustainable development is one of the most important fields of research and includes various technical, economic and political questions, which need to describe the dynamics of the future development of society, with harmonization of various elements important for social and economic stability of the community. Sustainable development can be

[37] Yipeng Liu – Jong Min Lee – Celia Lee: *The challenges and opportunities of a global health crisis: the management and business implications of COVID-19 from an Asian perspective*, Asian Business & Management, Vol 19, 2020., https://doi.org/10.1057/s41291-020-00119-x

[38] Paulo Vila Maior, Isabel Camisão: *The Pandemic Crisis and the European Union – COVID-19 and Crisis Management*, Routledge, London 2021., pp. 13. – 28.

[39] Nigel Crisp: *One World Health – An Overview of Global Health*, Routledge, Boca Raton 2016., pp. 7. – 9.

[40] Geof Rayner – Tim Lang: *Ecological Public Health – Reshaping the Conditions for Good Health*, Routledge, London 2012., pp. 152. – 305.

[41] Charles Harper: *Environment and Society – Human Perspectives on Environmental Issues*, Routledge, New York, 2015., pp. 3. – 6.

defined as a term which describes how challenges caused by the technological development of society and living condition influence the social, economic and political dynamics of community, with all the positive and negative aspects of development, caused by environmental changes. These global environmental conditions are usually known as global warming, and they affect climate and weather patterns and consequently economic and social problems. Harmonization of sustainable community development, which includes economic, social and environmental dimensions, represents one of the complexing issues in the dynamics of future development of society.[42] According to the report World Commission on Environment and Development (Brundtland Report) from 1987., which was entitled "Our common future", sustainable development has been defined as ability to ensure that the needs of the present generation do not exclude possibilities of the next generation to meet those needs.[43] In that sense, the concept of sustainable development implies limits of human behavior and impact on the natural environment, which are defined by the present state of technology and social organization.[44] According to the concept of the sustainable development, there are defined basic principles for daily implementation[45] which include living life according to environmental limits; strong, healthy and just society, which includes social cohesion and inclusion; organization of a strong and sustainable economy which can provide opportunity and prosperity for all participants in society; use of technological solutions and scientific achievements responsibly, according to strong scientific evidence, to improve living conditions in society; good governance as new administrative doctrine, which includes implementation of public policies and administrative solutions based on transparency and citizen participation. Disorder in achieving sustainable development can have many different social and economic consequences.[46] The health dimension represents one of them, because it can cause imbalance between technological and scientific development and its influence on the natural environment.[47] The crisis caused by COVID 19

[42] See Kevin Murphy: *The social pillar of sustainable development: a literature review and framework for policy analysis*, Sustainability: Science, Practice and Policy, Vol 8, Issue 1, 2012., pp. 15. – 29.

[43] See Jacobus A. Du Pisani: *Sustainable development – historical roots of the concept*, Environmental Sciences, Vol. 3, Issue 2, 2006., pp. 83. – 96.

[44] See *Report of the World Commission on Environment and Development, Our Common Future*, United Nations, 1987., p. 15

[45] See Justice Mensah: *Sustainable development: Meaning, history, principles, pillars, and implications for human action: Literature review*, Cogent Social Sciences, Vol 5, Issue 1, 2019., p. 14. https://doi.org/10.1080/23311886.2019.1653531

[46] See Kates W. Robert – Thomas M. Parris – Anthony A. Leiserowitz: *What is Sustainable Development? Goals, Indicators, Values, and Practice*, Environment: Science and Policy for Sustainable Development, Vol 47, Issue 3, 2012., pp. 8- 21.

[47] See David Reid: *Sustainable Development – An Introductory Guide*, London 1995., pp. 147. – 150.

represents a typical example of this dimension, because transformation conditions of the natural environment usually lead to uncontrollable and unpredictable health challenges with transition of social and economic relations, which induce serious consequences for the daily functioning of the community and institutions in society.[48] The global health crisis caused modification and transformation of environmental conditions and has had economic, social and political implications. Economic implications are connected with the possibility of economic subjects in society to assure conditions to overcome consequences of implementing health measures to prevent health risks caused by the global health crisis. Application of this measures usually has a political dimension because it can include limitation of personal and political rights of the citizens, which can be additionally connected with their economic position and possibility to act in society.[49] Additional, social implications represent all limitations of the citizen's position caused by economic or political measures, and their reaction to this. These limitations change patterns of citizen's behavior and lead to establishing so called "new normal" as a remodified standard of social relations in the community.[50] Social implications include changes in social patterns of citizens which greatly influence economic and social processes in society. Political, economic and social implications of the health crisis are interconnected and influence each other dialectically in dynamics of social changes.

4. DISCUSSION

Economic, political, and social dimensions of the state in certain circumstances represent dynamic of changes in the social transition process. These three dimensions reflect all important changes in contemporary society. The economic dimension defines the material position of citizens and other subjects in society and economic measures of public authorities to influence economic dynamics. These measures indirectly reflect social and political relations in society. The social dimension usually depends on economic dynamics and political relations in society. The political dimension usually has been changed according to the correlation and interaction between the economic and social dimension. In that sense, these three different dimensions mutual influence each other generating transitional changes in society.[51] The mutual interpenetration of economic, social and political dimensions induces dialectic transitional change[52]. The government

[48] See Paulo Vila Maior – Isabel Camisão, ibid., pp. 29. – 54.
[49] See J. Eduardo Vera-Valdés: The political risk factors of COVID-19, ibid., pp. 269. – 287.
[50] See Andrea Monty – Raymond Wacks, ibid., pp. 48. – 76.
[51] See Stephanie Norander, ibid., pp. 42. – 46.
[52] See Geoffrey R. Skoll, ibid., pp. 1. – 19.

plays an important role in canalizing these processes with regulation. Regulation in society can be conventional, moral and legal. Moral and conventional regulation has been established as a result of social development, and can be, but not necessarily, also regulated by the law. Legal regulation represents an efficient tool of the government for organizing social relations in society. It can have its source in conventional and moral regulation of society, but not necessarily. However, legal regulation represents a specific instrument for editing, directing, and canalizing social relations, which have social, economic, and political implication. According to this, legal regulation is a constitutive part of dialectics of transitional change. This interaction between various processes in society and legal regulation is important in the sense of an effective answer by public authorities to challenges caused by events, such as fiscal, security or health crisis. The legal regulatory framework formalizes social relations such as to to contribute to stabilization of economic, political and social dimensions of societal relations. In times of crisis or disturbance, the role of the government with public authorities contributes to stabilization of occasions in society. Without government interventionism in complex circumstances, which help to stabilize social conditions, it is quite hard to predict and estimate the dynamics of future economic, social, and political development.[53] Because of that, the role of the state is first to stabilize economic and social conditions, and second, coordinate overcoming the existing causes of the crisis. Without the stabilizing and coordinating role of the state, it is hard to expect relatively quick end to the crisis. Only a supportive position of the public authorities can assure relatively fast stabilization of social conditions and stimulate dialectics of transitional change. The position of the government institutions is to contribute to stabilizing economic, social, and political dimensions of the state by true dynamics of transitional change.[54] This role should be taken conditionally, because contemporary states depend on external circumstances, which they cannot greatly affect. That is why dialectics of transitional change should be conditionally taken into account when discussing the position of the government in certain circumstances.

5. CONCLUSION

A modern state passes through economic, security and social transition, caused by changes in paradigmatic framework characteristic of social, economic, and political events in the last thirty years. The first challenge for state organization

[53] See Anouar Abdel Malek: *Civilizations and Social Theory*, State University of New York Press, New York, 1982., pp. 97. – 122.

[54] See Daniel Robey – Jonny Holmström: *Transforming Municipal Governance in Global Context: A Case Study of the Dialectics of Social Change*, Journal of Global Information Technology Management, Vol. 4., Issue 4, 2001., pp. 19. – 31.

have been security questions provoked by terroristic attacks and insecurity caused by armed conflicts and the migration process. The second challenge was economic and financial crisis with social and political implications for future development. The third challenge was the health crisis caused by the COVID-19 pandemic, with political, economic, and social implications. These three types of challenges have economic, political, and social dimensions. The economic dimension determines the state of the economy and future development of society, according to the prevailing economic conditions and technological development of society. The political dimension of state challenges defines the framework for social conditions and security transition. Social and security dynamics depend on economic factors, security issues and legal regulation, which greatly influence the political dimension of transitional changes in society. On the other side, the social dimension depends partially on economic issues and partially on questions of sustainable development, which has technical and political elements. In that sense, technological solutions are implemented to develop various aspects of community life to assure a balance between progress and sustainability. A lack of balance between progress and sustainability usually leads to various disorders, including health crisis caused by various challenges in the environment. Political elements are important in developing technical measures to support sustainable development and future technological and social transition. The role of the state is to support this type of dialectical interdependency, which connects elements of economic, political and social dimension in the economic, social and political transition of the community in society. According to the main advantages such as national and global security, sustainable development and technological progress, the role of government institutions is to create a regulatory framework important for canalizing social transition of the community. That includes a dialectical approach with elements of economic, political and social dimensions, where changing one of community dimension directly influences the other dimensions and dynamics of social transition. The role of the government in the community is to assure new institutional forms in certain circumstances and prepare government and public institutions for new challenges, which leads to social transition of the state by economic, political, and environmental dimensions. The combination of various external and internal economic, security and environmental elements contributes to dynamics of change and introduce new economic, social, and political contexts important to describe the social transition of the modern state, according to main advantages in last two decades. Those advantages are temporally determined by true security, economic and health dimensions. The security dimension depends on relations between the main international political players and transformation of political and economic power from a unipolar to a multipolar world. The economic dimension is closely connected with the security dimension, because economic resources as forms of "soft-power" many times represent a tool for political

or security pressure in international relations. This pressure can be used by highly developed counties in limited access of modern technology or technological solutions, or from natural resources in wealthy countries in influencing the supply of important energy sources or raw materials important for society or technological processes. The environmental dimension depends on the dynamics of technological and economic development and global climatic changes. Modern government needs to develop regulatory mechanisms in an attempt to assure stable conditions in society and canalize disorders caused by new risks and challenges in the process of social transition. That means smart modification of public institutions and their adoption to new relations and advantages in contemporary political, economic, and social relations. Smart modification of the state authorities and public institutions represent a new approach in state organization, with implementation of digital and technological solutions to improve adequate response of the state to all potential threats, regardless from where they can come. That includes smart digitalization of public administration, implementation of AI technologies and their influence on green transition and social transformation of society. New technological solutions need to redefine relations between government and citizens according to economic, security and environmental challenges. In that sense, the role of the government institutions in the institutionalization of political, economic, and social relations are still predominant, and future development of society depends on efficient implementations of new technologies. The advantages can be still divided into economic, security and environmental. Digitalization and green transformation represent an additional tool for institutionalization of those challenges and their harmonization according to the economic, political and social conditions in a contemporary community.

REFERENCES

Abdel Malek, Anouar: *Civilizations and Social Theory*, State University of New York Press, New York, 1982.

Alkemade – Heleen de Coninck, Floor: *Policy mixes for sustainability transitions must embrace system dynamics*, Environmental Innovation and Societal Transition, Vol 41, 2021., pp. 24. – 26.

Benz, Arthur – Mayntz, Renate: *The Multilevel Dynamics of Regulatory Reform*, in Mayntz, Renate: (ed.): *Negotiated Reform. The Multilevel Governance of Financial Regulation*, Campus Verlag, Frankfurt a.M., 2015.

Bilgic, Ali: *Rethinking Security in the Age of Migration: Trust and Emancipation in Europe*, Routledge, Abingdon, 2013.

Cash, Daniel – Goddard, Robert: *Introduction*, in Cash, Daniel – Goddard, Robert (ed.): *Regulation and the Global Financial Crisis – Impact, Regulatory Responses, and Beyond*, Routledge, London 2020.

Chappell, Laura –Mawdsley, Jocelyn – Petrov, Petar: *Uncovering EU strategy in its security policy*, in Chappell, Laura –Mawdsley, Jocelyn –Petrov, Petar: *The EU, Strategy and Security Policy – Regional and Strategic Challenges*, Routledge, London, 2016., pp. 202. – 215.

Crisp, Nigel: *One World Health – An Overview of Global Health*, Routledge, Boca Raton 2016.

Jacobus A. Du Pisani: *Sustainable development – historical roots of the concept*, Environmental Sciences, Vol. 3, Issue 2, 2006., pp. 83. – 96.

Harper, Charles: *Environment and Society – Human Perspectives on Environmental Issues*, Routledge, New York, 2015.

Council decisions on the security rules for protecting EU classified information (2013/488/EU) from 23 September 2013.

Directive on measures for a high common level of cybersecurity across the Europe, Directive (EU) of the European Parliament and of the Council, 2022/2555 of 14 December 2022.

Erman, Eva: *Human Rights and Democracy – Discourse Theory and Global Rights Institutions*, Routledge, London and New York, 2005.

Frantzeskaki Niki, Niki – Loorbach, Derk – Meadowcroft, James: *Governing societal transitions to sustainability*, International Journal of Sustainable Development, Vol 15., Issue 1/2, 2012., pp. 19. – 34.

Fukuyama, Francis: The End of the History and the Last Man, The Free Press, New York, 1992.

Fukuyama, Francis: *30 Years of World Politics: What has changed?* Journal of Democracy, Vol 31, No 1, 2020, pp. 11 – 21.

Gilman, Nils: *Modernization Theory Never Dies*, History of Political Economy, Vol. 50, Issue S1, 2018., pp. 133. – 151.

Glinavos, Ioannis: *Redefining the Market-State Relationship – Responses to the Financial Crisis and the Future of Regulation*, Routledge, London 2013.

Goodhart, Charles A. E.: *The regulatory response to the financial crisis*, Journal of Financial Stability, Vol. 4, Issue 4, 2008., pp. 351. – 358.

Hadley, Roger – Hatch, Stephen: *Social Welfare and the Failure of the State*, Routledge, New York 2019.

Handke, Stefan – Zimmermann, Hubert: *Institutional Change in German Financial Regulation*, in Mayntz, Renate (ed.): Crisis and Control: *Institutional Change in Financial Market Regulation*, Frankfurt a.M.: Campus Verlag, 2012.

Holtza, Georg – Alkemade, Floor – de Fjalar, Haan –Köhlerd, Jonathan –Trutnevytee, Evelina – Luthe, Tobias – Halbe, Johannes – Papachristos, George –Chappin, Emile –Kwakkeli, Jan –Ruutu, Sampsa: *Prospects of modelling societal transitions: Position paper of an emerging community*, Environmental Innovation and Societal Transition, Vol 17, 2015., pp. 41. – 58.

Liu, Yipeng – Min Lee, Jong – Lee, Celia: *The challenges and opportunities of a global health crisis: the management and business implications of COVID-19 from an Asian perspective*, Asian Business & Management, Vol 19, 2020., https://doi.org/10.1057/s41291-020-00119-x

Maior, Paulo Vila – Camisão, Isabel: *The Pandemic Crisis and the European Union – COVID-19 and Crisis Management*, Routledge, London 2021.

Mayntz, Renate: *Institutional Change in the Regulation of Financial Markets: Questions and Answers*, in Mayntz, Renate (ed.): *Crisis and Control: Institutional Change in Financial Market Regulation*, Frankfurt a.M.: Campus Verlag, 2012.

Mensah, Justice: *Sustainable development: Meaning, history, principles, pillars, and implications for human action: Literature review*, Cogent Social Sciences, Vol 5, Issue 1, 2019., p. 14.https://doi.org/10.1080/23311886.2019.1653531

Monty, Andrea – Wacks, Raymond: *COVID-19 and Public Policy in the Digital Age*, Routledge, London 2020., pp. 48. – 76.

Morabito, Marcel: *Introduction*, in Morabito, Marcel – Tusseau, Guillamue (ed.): *Comparative Executive Power in Europe*, Routledge, Oxon, 2023.

Mostofa, Shafi – Brasted, Howard: *How Huntington and Fukuyama got the 21st century wrong*, https://www.aljazeera.com/opinions/2020/12/19/how-huntington-and-fukuyama-got-the-21st-century-wrong, accessed 30.9.2023.

Murphy, Kevin: *The social pillar of sustainable development: a literature review and framework for policy analysis*, Sustainability: Science, Practice and Policy, Vol 8, Issue 1, 2012., pp. 15. – 29.

Norander, Stephanie: *Charting the Dialectics of Social Change: A Journey through Four Tensions in Four Contexts*, the Review of Communications, Vol. 9, No. 1, 2009., pp. 42. – 46.

Offe, Claus: *Whose good is the common good*, Philosophy and Social Criticism, Vol 38, No 7, 2012., pp. 665. – 684.

Quaglia, Lucia: *The Regulatory Response of the European Union to the Global Financial Crisis* in Mayntz, Renate (ed.): *Crisis and Control: Institutional Change in Financial Market Regulation*, Frankfurt a.M.: Campus Verlag, 2012.

Schroeder, Ursula C.: *The organization of European Security Governance: Internal and External Security in Transition*, Routledge, New York, 2011., pp. 78. – 128.

Shearman, Peter –Sussex, Matthew: *America and Europe After 9/11*, in Sherman, Peter –Sussex Matthew (ed.): *European Security After 9/11*, New York, 2017.

Ratzmann, Nora – Bauer, Thomas K.: *Slowly turning into a 'Country of Immigration'? On the interaction between migration and integration policies in Germany*, in Duszczyk, Maciej – Pachocka, Marta – Pszczółkowska, Dominika (ed.): Relations between Immigration and Integration Policies in Europe Challenges, Opportunities and Perspectives in Selected EU Member States, Routledge, London, 2020.

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down measures to strengthen solidarity and capacities in the Union to detect, prepare for and respond to cybersecurity threats and incidents, COM (2023) 209 final.

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) 2019/881 as regards managed security services, COM (2023) 208 final.

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on horizontal cybersecurity requirements for products with digital elements and amending Regulation (EU) 2019/1020, COM (2022) 454 final.

Rayner, Geof – Lang, Tim: *Ecological Public Health – Reshaping the Conditions for Good Health*, Routledge, London 2012.

Reckwitz, Andreas: *Das Ende der Illusionen: Politik, Ökonomie und Kultur in der Spätmoderne*, Suhrkamp Verlag, Berlin, 2019.

Reid, David: *Sustainable Development – An Introductory Guide*, London 1995.

Robert, Kates W. – Parris, Thomas M. – Leiserowitz, Anthony A.: *What is Sustainable Development? Goals, Indicators, Values, and Practice*, Environment: Science and Policy for Sustainable Development, Vol 47, Issue 3, 2012., pp. 8- 21.

Robey, Daniel – Holmström, Jonny: *Transforming Municipal Governance in Global Context: A Case Study of the Dialectics of Social Change*, Journal of Global Information Technology Management, Vol. 4., Issue 4, 2001., pp. 19. – 31.

Sadeleer, Nicolas de: *The new architecture of European economic governance*, in Philipsen Niels –Xu, Guangdong (ed.): *The Role of Law and Regulation in Sustaining Financial Markets*, pp. 9. – 52.

Skoll, Geoffrey R.: *Dialectics in Social Thought. The Present Crisis*, Palgrave MacMillan, New York, 2014.

Tholl, Johannes – Schwarzbach, Christoph: *The Greek sovereign debt crisis as an important chapter in the history of the European Monetary Union: empirical evidence and some thoughts on implications for investors and financial risk-managers*, Zetschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft, Vol 111, Issue 4, 2022., pp. 361. – 378.

Report of the World Commission on Environment and Development, Our Common Future, United Nations, 1987.

Trimikliniotis, Nicos: *Migration and the Refugee Dissensus in Europe: Borders, Security and Austerity*, Routledge, New York, 2020.

Vera-Valdés, Eduardo J.: *The political risk factors of COVID-19*, International Review of Applied Economics, Vol. 35. Issue 2, 2021., pp. 269. – 287.

Zolfagharian, Mohammadreza – Walrave, Bob – Raven, Rob – Romme Gorges A. L.: *Styding Transitions: Past, Present and Future*, Research Policy, No 48, 2009., pp. 3 – 4.

Westholm, Anders – Montero, José Ramón – Van Deth, Jan W.: *Introduction: citizenship, involvement and democracy in Europe*, in Deth, Jan W. van –Montero, José Ramón –Westholm, Anders: *Citizenship and Involvement in European Democracies*, Routledge, London and New York, 2007.

Windholz, Eric: *Governing through Regulation – Public Policy, Regulation and the Law*, Routledge, New York, 2018.

Мирко З. Кларић
Универзитет у Сплиту
Правни факултет
mirko.klaric@pravst.hr
ORCID ID: 0000-0002-0792-2978

Улога државе у посебним околностима

Сажетак: *Улога државне управе и њених јавних установа у специфичним околностима представља једно од најважнијих питања у последњих двадесет година, након озбиљне безбедносне кризе изазване терористичким нападима у Њујорку 11. септембра 2001. године. Напласак у спровођењу реформи јавне управе стављен је на ефикасност и делотворност јавних установа. Реформе су подељене на дерегулацију и либерализацију јавних служби, територијалну децентрализацију и регионализацију са јачањем установа локалне управе и реформом централне државне управе. После безбедносне кризе из 2001. године, финансијске кризе из 2008. године и здравствене кризе из 2020. године, редефинисана је улога државних установа и јавне власти у управљању државом. Због новог доктринарног приступа организацији управе, преобликовани су водећи мотиви реформи као општа либерализација јавних служби, дерегулација и различите форме децентрализације јавних установа. Ново ојачавање јавне власти и јавних установа постало је нови мејнстрим у организацији и функционисању државе. У овом раду анализира се питање како улога државе може да се промени због динамике социјалних, политичких и економских промена у друштву. Нове државне реформе, које укључују ојачавање јавних установа и концентисање јавне власти, супротне су ранијим политичким и управним мерама. Држава преузима регулаторну функцију у многим аспектима социјалног, политичког и економског живота. Ова ситуација доводи до нове државне организације, у којој јавна власт преузима значајан део одговорности за уређење различитих аспеката економских и социјалних активности. У средишту пажње у овом раду биће питање како динамика специфичних околности у друштву може да утиче на развојне процесе државе и њених јавних установа. Ти процеси имају економску, социјалну и политичку димензију. Економска димензија укључује регулаторне мере на тржишту, које доприносе успостављању оквира за економски развој. Социјална димензија укључује мере социјалне политике усмерене на унапређење друштвеног положаја грађана, у складу са економским развојем друштва. Политичка димензија укључује различите аспекте безбедносне*

политике, са различитим заштитним мерама у заједници, што зависи од типа односа према безбедности грађана.

Кључне речи: *државна управа, јавне установе, динамика промена.*

Датум пријема рада: 18.10.2023.
Датум прихватања рада: 13.11.2023.

Оригиналан научни рад 314.117:94(436+439)“17/18“
doi:10.5937/zrpfns57-45151

Pál Szentpáli-Gavallér
Ferenc Mádl Institute of Comparative Law
pal.szentpali-gavaller@mfi.gov.hu
ORCID ID: 0000-0002-8376-262X

THE IMPACT OF THE APRIL 1848 LAWS ON THE TRANSFORMATION OF SOCIETY, OR THE ABOLITION OF SERFDOM[1]

***Abstract**: The study describes the development of serfdom, the Dózsa Uprising, which was caused by social conflicts and the limitation of serfdom and their legal consequences. A significant milestone was the Urbárium of 1767, followed by two other decisive boundary stones: the Revolution of 1848 and the Austro-Hungarian Compromise of 1867. The latter was also significant in the way that it paved the way for the Austro-Hungarian Empire (alongside Japan) to enter the First World War, in parallel with and in a similar way to the Meiji Restoration, which began in Japan in 1867–1868.*

The study outlines the relations between serfdom and the peasantry, not only from a legal-historical, but also from an economic and social-historical perspective.

***Keywords**: Urbárium of 1767, April 1848 laws, transformation of society, abolition of serfdom, Austro-Hungarian Compromise, Austro-Hungarian Empire.*

1. INTRODUCTION

The aim of this study is to present the development of serfdom and the emergence of the nobility in Hungarian medieval society and the Dózsa uprising, which was the result of social conflicts, and the subsequent limitation of serfdom. A direct consequence of this was the legal system, the culmination of which was manifested in the Tripartitum, Werbőczi’s latter work, as a compilation of medieval legal material, can be regarded as the culmination of medieval Hungarian law.

[1] The original legal texts and quotations in the footnotes have been translated into English and into Serbian by the author.

The 1767 Urbárium was a significant milestone, followed by two other decisive boundary stones: the 1848 Revolution and the 1867 Compromise. The latter was also significant in that it paved the way for the Austro-Hungarian Empire (along with Japan) to enter the First World War, in parallel with the Meiji Restoration which began in Japan in 1868, and, like the latter, through industrialisation and the development of appropriate infrastructure.

2. AN OUTLINE OF THE DEVELOPMENT OF SERFDOM

2.1. A new social stratum is ”born”; the Dózsa Uprising and its legal consequences

In the course of the stratification of Hungarian society, which had been continuously forming since the Hungarian occupation of the Danube Basin, a unified layer of serfs emerged in the Árpád period from the slaves and the free people and separate from the castle serfs. The latter were directly in the service of the ruler in the his castles. In the Árpád era, the former had the right to move freely, but the extent of this right gradually declined.

One milestone in the formation of society was the emergence of the nobility from the serfs. In this context, it is also important to note that the principle of ’una et eadem libertas’ was a general characteristic of all nobles and was applied to the nobility, thereby ensuring the coherent consistency of this social stratum. This principle was already stated in Article XI of 1351,[1] according and due to which the request of the nobles, according to which the true nobles residing within the borders of the Hungary, even those in the princely provinces within the borders of the country, should all enjoy the same and equal liberty was approved by the monarch.[2] Illés explains this in his work, stating that, at the beginning of the development, this proposition was intended to express the same thing as in the next stage of development, namely subjection to one and the same power; in other words. ‘una eademque libertas, nobilitas’, which means direct subjection to the

[1] Cf.: Illés, József: *Bevezetés a magyar jog történetébe*, Rényi Károly Könyvkiadó-Vállalata, Budapest, 1910 pp. 162–163.

[2] „1351. évi XI. törvénycikk

az ország nemesei ugyanazt az egy szabadságot élvezik

Ugyanazon nemeseknek kérésébe is beleegyeztünk: hogy az országunk határai közt lakó valódi nemesek még az országunk határai közt fekvő herczegi tartományokban levők is, megannyian ugyanazon egy szabadsággal éljenek.”

(The original text is quoted in the cited work by József Illés as follows: „Ad eorundem etiam nobilium petiíionem annuimus: ut universi viri [veri] nobiles, intra terminos regni nostri constituti, etiam in tenutis ducalibus, sub inclusione terminorum ipsius regni nostri existentes, sub una et eadem libertate gratulentur.”)

Illés: ibid. pp.162–163.

crown or the king, and thus the exclusion of vassalage. Through this legal regulation, not only did the separation of the nobility take place, but also the formation of a serf class, and the specific Hungarian institution of familiarity was gradually born. The latter was already regulated during the Árpád Dynasty in Article No. XXXIII of 1298 on the Protection of Nobles and Servants serving other Nobles.[3]

As a result of the gradual reduction of serfs' rights, the crusade planned in 1514 on the basis of the Bull issued and proclaimed by Leo X, led by the Szekler nobleman,[4] György Dózsa, turned into an uprising of the serfs due to social tensions;[5] however, the uprising was crushed by the nobility. György Dózsa's rebellion shook Hungarian society to its foundations, unleashing emotions that deterred the nobility from the lower classes for centuries. Following this trauma, the laws passed during the 1514 Diet preserved the subservience of the rebels and, in contrast to the Western model based on wage labour, created the much less developed institution of 'second serfdom', which was only completely abolished by the laws of April 1848. [6] A good example of the depth of the legal regime is Article No. IV of 1514 on the method of compensation for damage caused by crusaders, which regulated the method of compensation in detail. [7]

---

[3] „1298. évi XXXIII. törvénycikk

a másoknak szolgáló nemesek; serviensek védelméről *

a) Úgyszintén elrendeltük, hogy a nemesek szolgálhassanak, akiknek akarnak, önkéntes akaratukból.

b) És ha valaki a hatalmasok közül az ilyen nemeseket erőszakkal vagy hatalommal arra (kényszeríti), hogy neki szolgáljanak, vagy őket emiatt személyükben vagy vagyonukban megsérteni vagy megterhelni (.....) (merészkedik?) (.....) (és így?) (.....) eme rendelkezés ellen jár el, e cselekedet által azonnal a most hozott kiközösítési ítélet alá essék.

c) És ha efféle a nemesek elnyomásáról a király úrnak tudomására jut, az ilyen elnymókat üldözni tartozzék, hogy őket méltó büntetéssel sújthassa."

https://tinyurl.hu/COo9 (5 May 2023).

[4] The rank in Hungarian: lófő.

[5] Cf.: Geréb, László (ed.): *A magyar parasztháborúk irodalma 1437-1514.* Budapest, Hungária Könyvkiadó, 1950. pp. 36–37.

[6] https://rubicon.hu/kalendarium/1514-julius-15-dozsa-gyorgy-vereseget-szenved-temesvar-alatt (6 May 2023).

[7] „1514. évi IV. törvénycikk

a keresztesek okozta károk megtéritésének a módja

A mi pedig azoknak a károknak a megtéritését és helyreállitását illeti, a melyeket a főuraknak és nemeseknek úgy a parasztok, mint a parasztok pártját fogó nemesek okoztak, mivel azok nyilván és nagy számban történtek és mentek végbe:

1. § Azért válaszszon az egyes vármegyékben a nemesek közönsége az alispánok és a négy szolgabiró mellé a legszigorubb eskü alatt tizenkét jó hirnevü és tisztességes életü és állapotú nemest, kik menjenek a nemesek minden házának és udvarának a szinhelyére, és tartozzanak ott ugy a házakban és épületekhen, mint a házi eszközökben és butorokban is, valamint a lovak, ökrök és egyéb barmok s marhák elhajtása által okozott összes károkat (a mennyiben azokat szemmel láthatják és méltó tanusággal fölismerhetik) Isten és az ő igazsága szerint jól megitélni, megbecsülni és megállapitani, és arról ugyanaz alatt az eskü alatt a nemesek közönségének jelentést tenni.

After the defeat at Mohács in 1526, the situation of serfs became even more miserable, and as a result, serfs regularly escaped to Austrian or Moravian territories, which led to the introduction of provisions in the law on escaped serfs:[8] a very striking example of restrictive legislation on escaped serfs is Article No. XXX of 1574. [9]

2.2. The Urbárium and its impact, the reign of Joseph II (1780–1790.)

Another important milestone was the Urbárium Decree of 1767 issued by Maria Theresa, which decree regulated the position of serfs. Prior to 1767, customary law had fixed the relationship between landowners and serfs,[10] leaving much scope for abuse.[11] The decree, which applied to the Habsburg Monarchy as a whole, unified the burdens of the serfs, while at the same time ensuring their ability to pay state taxes and to supply the army through the peasants who remained in the area and did not emigrate. The fact that the 1767 decree was issued in the first place, as Acsády has also described in detail, justified the issue of the Urbárium. In the centuries preceding 1767, several urbária had been issued in Hungary, regulating the burdens of serfdom differently, so that the serfdom's burdens became a chaotic regulation leading to legal uncertainty, to use the modern term. [12] It is also important to note that, compared to the previous situation, the land tenure system of Maria Theresa's reorganisation of the manorial system involved the consolidation of separate parts of the land, the introduction of an

2. § És ezután a parasztok vagy azoknak a városoknak, mezővárosoknak, birtokoknak, faluknak a jobbágyai, a hol az előbb emlitett károk történtek és előfordultak, ezeket a sértett és kárvallott főúr vagy nemes részére a nemesek közönsége részéről arra kitüzendő határidőben megtériteni és helyrehozni tartoznak.

3. § A kártérités azonban azokra az urakra nézve, kiknek várait a parasztok e zürzavar idején ezeknek rosz fentartása miatt vették el (mert nem erőszakosan, hanem feladás következtében foglalták el azokat) e részben nem értendő: hanem azok legyenek kénytelenek ezeket a károkat elszenvedni."

Márkus, Dezső (ed.): *Corpus Juris Hungarici Magyar Törvénytár: 1000–1526. évi törvényczikkek*. Budapest: Franklin-Társulat, 1899. p. 709.

[8] Cf.: Acsády, Ignác: *A magyar jobbágyság története*. Budapest: Grill Károly Könyvkiadóvállalata, 1908., p. 239.

[9] „1574. évi XXX. törvénycikk

az Ausztriába és Morvaországba szökő magyar jobbágyokat visszabocsássák; az ausztriai, meg a morvaőrgrófságba tartozó jobbágyokat Magyarországba bebocsátani nem kell

Az országlakók azt is megállapitják és elhatározzák, hogy azokat a jobbágyokat, a kik jövőre, valamely vétség miatt, avagy másképen, bármi módon Ausztriába vagy Morvaországba szöknek, a földesurnak visszakövetelésére, az ausztriai és morva urak az ilyen szökevény jobbágyokat visszaadják.

1. § És viszont azokat, a kik Ausztriából és Morvaországból hasonló okból a magyarországi részekbe szöknek, szintén vissza bocsássák."

Márkus, Dezső (ed.): *Corpus Juris Hungarici Magyar Törvénytár: 1526–1608. évi törvényczikkek*. Budapest: Franklin-Társulat, 1899. 649.

[10] Cf.: Kecskeméthy, Aurél: *Az uj urbéritörvény*. Budapest, Heckenast, 1853. p. 5.

[11] https://cultura.hu/aktualis/az-orokos-jobbagysag-megszuntetese/ (1 May 2023).

[12] Cf.: Acsády, 1908, pp. 280–282.

unified taxation system and the land being surveyed. [13] It also resulted in censuses of society.[14]

The Urbárium issued in January 1767 obliged serfs with whole plots of land to perform 52 days of labour (performed with a horse or cattle) or 104 days of manual labour per year, and the ninth tithe[15] to be paid to the landlord was set at one gold Florin per year. The standardisation of the regulations, however, brought relief in many areas where serfs were subjected to more than the prescribed labour obligations, but in others it led to increased burdens and thus dissatisfaction.[16] Maria Theresa's son Joseph II, who came to the throne in 1780, was determined to modernise the empire. The prelude to reforms was the Transylvanian uprising of 1784. This made it clear to Joseph II that, to establish order, the situation of the serfs had to be improved, and one of the main aims of Joseph II's life was to bring about the taxation of the nobility, but this failed, and the introduction of a public tax was not implemented until the next century, although Joseph II put an end to hereditary serfdom by decree in 1785.[17]

The decree abolished the title of "serf", and peasants were allowed to move, marry, learn a trade and get education without the permission of their landlord. The possibility of being obliged to serve the landlord in person was abolished. In 1786, it was forbidden (by the regulation) to stamp on serfs, and in the same year it was decreed that at least one lawyer should be permanently employed by the central state authorities to defend the interests of serfs. In 1787, the legal representation of serfs was made the duty of state lawyers. Despite all these provisions, there was little change in serf services, so the situation of the serfs did not improve significantly in economic terms. Joseph II died in 1790 and, of the ruler's reforms, only the Serfs' Decree and the decree of toleration for the free exercise of religion remained in force. The institution of serfdom was abolished more than half a century later by the laws of April 1848.[18]

3. THE YEAR 1848 AND THE POSITION OF THE SERFDOM (THE LATER PEASANTRY)

By way of introduction, it is worth pointing out that István Széchenyi – "the greatest Hungarian" – in 1828–1829 logically deduced in his work Hitel, based on

[13] Csatáry, György: *Az Ungvári Úrbéri Bíróság településenkénti iratanyaga 1772–1918/44.* Ungvár–Beregszász, 2012. p. 5.

[14] Cf.: Imreh, István (ed.): *A rendtartó székely falu.* Bukarest, Kriterion Könyvkiad, 1973. p. 17.

[15] In Hungarian: kilenced.

[16] https://cultura.hu/aktualis/az-orokos-jobbagysag-megszuntetese/ (1 May 2023).

[17] https://cultura.hu/aktualis/az-orokos-jobbagysag-megszuntetese/ (1 May 2023).

[18] https://cultura.hu/aktualis/az-orokos-jobbagysag-megszuntetese/ (1 May 2023).

practical experiences, that serf services (such as the robot) had lost their meaning completely.[19] Ferenc Deák was a newcomer to Hungarian national politics in Pozsony[20] in 1833, and the Diet was discussing a draft law regulating the conditions of the serfs, when the young politician made a speech on the same subject in Parliament on the 2 May, in which he proposed limiting the cane penalty.[21] It should be added to the foregoing that Lajos Kossuth, the later Governor of Hungary, in his speech at the Diet of 1848 in Pozsony, stressed that (a) if a serf wishes to pay the ninth in seed and the robot in money, he was free to do so; (b) if it would have been inconvenient for him to serve the dues and the ninths in seed, and the robots in money, but he wanted to pay money instead of the whole, he should have been free to do so by converting the whole debt into money; (c) if he wanted to pay off the capital of all his debts immediately, the landlord should be free to accept it and the serf should be free.[22] The foregoing shows that the Hun-

---

[19] Széchenyi, István: *Hitel.* Budapest, Neumann Kht., 2002. no page. https://mek.oszk.hu/06100/06132/html/hitel0007.html (7 June 2023).

„[...] Young, ki a józanabb mezei gazdaság apostola, azt mondja: „a mezei gazdaság megrontására a dézmánál sikeresbet kitalálni nem lehetett". – Mennél jobban iparkodik a jobbágy, annál jobban büntettetik, mert mennél többet termeszt, annál többet kell adnia [...] Sok azt gondolja,* hogy a földesúr jobbágya ellenében úgy áll, mint két kártyás egymás ellen, kiknek egyedül egyike nyer, s éppen csak annyit nyerhet, mennyit a másika veszt. Ezen hibás előítélet többnyire mindenütt a két felekezet közt annyi hiedelmetlenséget szül, hogy földesúr s jobbágy közt barátságos egyezés hazánkba valóban csuda. [...] A robot vagy szakmány létele még nagyobb figyelmet érdemel, s azon kárt, mely belőle háramlik, éppen oly bajosan tagadhatni, mint azt, hogy 2 * 2 = 4. 60 ezer robot egy esztendőben szintazon munkát viszi végbe, melyet 20 ezer napszámmal könnyen el lehetne végezni. S ki nem tapasztalta, ki robotban is s béresek által, de kivált kontraktus szerint dolgoztatott, hogy azon munkát, melyet egy egész helyes jobbágy* rossz ekéjével, filigrán szekerével, gyenge marhájával 52 nap, vagy ügyetlen cselédje s gyenge korú gyermeki által* 104 nap tud végezni, maga béresivel, jó szerszámmal s erős marhával vagy kontraktus szerint a mondott idő egyharmad része alatt nem vihette volna végbe! A manipuláns gazda sohasem tudja ott, hol robottal dolgoztat, a munka s erő közt forgó helyes aránylatot feltalálni; s vagy igen sok, vagy igen kevés munkást rendel; vagy ha eltalálná is az igazi idomatot, előre nem látható eset következésében sokszor vagy igen sokan, vagy igen kevesen állnak ki a munkára, s így az uraság dolga* – a gazda keményebb vagy szelídebb karaktere hozzájárultával sok helyen gyakorta vagy elkeseredve, vagy nevetve vitetik végbe. [...]"

[20] Nowadays: Bratislava.

[21] Kónyi, Manó: *Deák Ferenc beszédei.* Budapest, (no data), 1903. p. 10.

[22] 149. Pozsony, 1848 március 6. Kossuth felszólalása az örökváltság tárgyában érkezett főrendi válaszizenet vitájában; https://tinyurl.hu/SHtR (10 June 2023).

„[...] A második elv az: hogy a pénzbeli váltságra nézve hármat szerenék kimondatni törvény által, a) ha valamelly jobbágy a kilenczedet magszemben, a robotot pedig pénzben akarja szolgáltatni, megtörténvén az evaluatio, azt neki tenni szabadságában áll; b) ha kellemetlen volna neki a dézmát és kilenczedet magban, a robotot pedig pénzben szolgálni, hanem az egész helyett pénzt akar fizetni, evalualtatván pénzre az egész urbéri tartozás, ezt is tenni szabadságában álljon; c) ha összes tartozásainak tőkéjét tüstént le akarná tenni, a földesur azt fölvenni tartozzék s a jobbágy szabad legyen. Ezen három javaslatot kivánnám haza vinni, ez által el van érve, hogy a kinek kedve és tehetsége van magát megváltani, annak sorsát a fölesur tetszésétől felfüggeszteni nem szabad; továbbá a kinek nem lesz módja a tőkét letenni, annak szabadság adatik, hogy az urbéri nyomasztó

garian political elite (or intelligentsia) in the first half of the 19th century was unanimously on the side of serf emancipation.

3.1. 1848, the year of freedom

Political ideas were expressed on 15th of March 1848 in the form of the 12 points,[23] point 7 of which was „Abolition of serfdom".[24]

It is worth emphasising that the abolition of serfdom was one of the most significant and positive developments in modern Hungarian social and even legal history, since the abolition of serfdom was the most significant part of the April Laws of social modernisation, which manifested the victory of the civil revolution and ensured social transformation and individual political rights. Until 1848, the serfs, who made up around 80% of society, were excluded from full citizenship: their rights were very limited, they lived under the authority of the nobility, they had no political rights, and the inheritance and transfer of their property was restricted by landlord's rights of possession and fealty. [25]

Móric Szentkirályi, a politician, codified the draft law on the abolition of serf services, but the draft generated a lot of debate, both in the district assemblies and in the Diet (the assembly of the Estates), during which Kossuth, Dénes Pázmándy, Kázmér Tarnóczy, Menyhért Lónyay and others expressed their opinions. It is important to refer to the fact that the main subject of the debates was compensation for the nobility and its full or partial nature.[26] In Hungary, serf emancipation was comprehensive: feudal services were abolished immediately and compulsorily, as were the tithes previously paid to the Catholic Church.[27] These measures also took the form of legislation: Article No. IX of 1848[28] on the aboli-

viszonyokat adóssággá változtathassa, mert az adóssági állapot nem zavarja föl az érdekeket, nem állít osztályt osztály ellen ellenséges indulattal, s ebben már nagy nyereség lesz; végre a szegényebbekre nézve némelly vidékeken a kilenczednek szemben kiszolgáltatása is megengedtetik. [...]"

[23] Cf.: Niederhauser, Emil: 'A jobbágyfelszabadítás és a nemzetiségi kérdés Kelet-Európában.', p. 84. in: *Történelmi szemle,* 1958/1-2; https://tti.abtk.hu/images/kiadvanyok/folyoiratok/tsz/tsz1958_1-2/niederhauser.pdf (15 June 2023).

[24] In Hungarian: „Urbéri viszonyok megszüntetése"
https://marcius15.kormany.hu/a-12-pont-tortenete-2013 (10 May 2023).

[25] https://tinyurl.hu/bJ3g (1 May 2023).

[26] Dr. Sándorfy, Kamill: *Törvényalkotásunk hőskora. Az 1825-1848. évi reformkorszak törvényeinek története.* Budapest, Váci Kir. Orsz. Fegyintézet ny., 1936. pp. 245–255.

[27] https://tinyurl.hu/bJ3g (1 May 2023).

[28] „1848. évi IX. törvénycikk
az urbér és azt pótló szerződések alapján eddig gyakorlatban volt szolgálatok (robot), dézma és pénzbeli fizetések megszüntetéséről
Az urbér és azt pótló szerződések alapján eddig gyakorlatban volt szolgálatok (robot), dézma és pénzbeli fizetések, e törvény kihirdetésétől fogva örökösen megszüntetnek.
1. § A törvényhozás a magán földesurak kármentesitését, a nemzeti közbecsület véd-paizsa alá helyezi.

tion of the services (robots),[29] dues and payments in money hitherto practised according to the Urbárium (a register of serfs' obligations) and its substitute contracts, Article No. XII of 1848 on the conversion of the abolished private landlord's property into a public debt,[30] and Article No. XIII of 1848 on the abolition of the priest's tithe.[31] Under the above-mentioned legislation, the former serfs became the free owners of the land they cultivated, and the abolition of their personal

2. § Ő Felsége a magán földesuraknak akénti kármentesitése iránt, hogy az eddigi urbéri tartozásokkal felérő tőke érték részükre a közállomány által hiány nélkül kifizettessék, a legközelebbi országgyülésnek részletesen kidolgozandó törvényjavaslatot fog magyar ministeriuma által előterjesztetni. [...]

4. § Az úri törvényhatóság megszüntetik; – ideiglenesen míg a törvénykiszolgáltatás általánosan rendeztetni fog, azt, polgári ügyekben a sommás perekre nézve, ott, hol rendezett első birósági hatóságú tanácsok nincsenek, a szolgabirák, – büntető és rendes folyamatú polgári perekre nézve pedig a megyei törvényszék fogja gyakorolni. [...]"

Márkus, Dezső (ed.): *Corpus Juris Hungarici Magyar Törvénytár: 1836-1868. évi törvényczikkek*. Budapest: Franklin-Társulat, 1896. p. 232.

[29] Cf.: Dr. Ferenczy, Miklós: *Emlékek a szabadságharcról.* Tatabánya, A Hazafias Népfront Komárom Megyei Bizottsága, 1978. p. 7.

[30] 1848. évi XII. törvénycikk

az urbéri megszüntetett magán úri javadalmak statusadóssággá leendő átváltoztatásáról

Az urbéri mindennemü tartozások a IX-ik törvénycikk által történt megszüntetése következésében rendeltetik:

1. § Hogy az országgyülésnek berekesztése után megszünendő urbéri javadalmak igazságszerinti megbecsültetését Ő Felsége ministeriuma lehető legrövidebb idő alatt eszközölje.

2. § A megbecsülés alapjául egyedül azon haszon szolgáland, melly abból az illető földesurakra valósággal háramlott – nem pedig azon teher, mellyet az azt szolgáltató alattvalók viseltek.

3. § A megbecsülésnek miképen leendő eszközlését az illető minister határozandja meg, a megbecsülendő évi haszon értéke huszszorozva teszi a kármentesitési tőkét.

4. § A megbecsülés helyessége ellen teendő kifogásokat az igazság-ministerium által országkerületenként nevezendő négy, és a kapcsolt Részekben külön egy, öt-öt tagból álló, és a status által dijazandó választmány sommásan itéli el.

5. § Az ekép meghatározandó becsérték fejében a ministerium az illető birtokosoknak haladéktalanul status-kötelezvényeket ad. A kötelezvények kifizetésére a kincstári fekvő javak köttetnek le, s a ministerium felhatalmaztatik ezek alapján kölcsön eszközlésére, vagy az említett javaknak részletenkénti eladására. A mennyiben pedig az említett fekvő javak elegendők nem lennének, a kincstári és országos egyéb jövedelmek is azoknak kielégítésére hypothekául szolgálandnak.

6. § Az állomány az ekép biztosított tartozásnak kifizetését ezennel lekötelezi, s azt valóságos státusadósságának elismeri. [...]"

Márkus, Dezső (ed.): *Corpus Juris Hungarici Magyar Törvénytár: 1836-1868. évi törvényczikkek*. Budapest: Franklin-Társulat, 1896. p. 234.

[31] „1848. évi XIII. törvénycikk

a papi tized megszüntetéséről

Az egyházi rend a papi tizedről minden kárpótlás nélkül lemondván, az ország Rendei ezen a haza oltárára tett áldozatot örök emlékezet okáért törvénybe iktatják, egyszersmind ezen lemondásnak nyomán elhatározzák.

1. § A papi tized, akár természetben, akár a természetbeni kiszolgáltatás helyett készpénzben teljesítetett, és pedig akár közvetetlenűl az egyházi rendnek, akár haszonbérlőnek fizettetett, akár örökös szerződés mellett, akár királyi adomány által szereztetett, ezennel örökre megszüntetik. [...]"

dependence, thus effectively and formally abolishing feudalism, while the compensation of the landlords was assumed by the State under the legislation.[32]

As a result of the April Laws, about nine million serfs became free, full citizens in Hungary (including Croatia), and as a consequence, former serfs not only gained personal freedoms but also free land ownership.[33] Out Of the nine million freed serfs, 8.5 million gained some form of land ownership, at least over the land on which their house stood. In the case of the half a million serfs, tenant farmers and peasants who farmed on purely fallow land or had vineyards, the freed serfs also owned land that was not covered by the law (residual land, fallow, vineyards etc.).[34] There was a question mark over the fate of the vast areas of land, especially pastures and forests, which had hitherto been jointly used by landlords and serfs, and which were contrary to the ideal of bourgeois land ownership, and therefore could not be maintained in a form of joint ownership. In addition to the foregoing, the forced sharing of land also gave rise to conflicts. From the point of view of economic rationality, this situation also had to be eliminated, since joint use restricted both parties in the optimal use of such property and the free disposal of the land.[35]

The abolition of feudal remains was not only a matter of legal regulation, but also a societal problem at that time, in the context of feudal land tenure, as the legal system distinguished between allodial or manorial estates held by landlords under their own management and the lands held by serfs in exchange for feudal services,[36] the latter being recorded in surveys made on the basis of the Urbárium of 1767 (or later land survey). The April Laws immediately put the plots of land surveyed in these inventories into the actual ownership of their cultivators, with compensation from the Hungarian State to the landlords.[37] The social-historical aspect of these laws is underlined by the fact that they were drafted by the Diet, which still met in Pozsony, according to the formalities of the centuries,[38] which proves in every respect that the nobility, who were the leading section of society, were largely progressive-minded and aware of the need to modernise society. A further and significant problem in Hungary was the underdevelopment of credit,

Márkus, Dezső (ed.): *Corpus Juris Hungarici Magyar Törvénytár: 1836-1868. évi törvényczikkek*. Budapest: Franklin-Társulat, 1896. p. 236.

[32] https://tinyurl.hu/bJ3g (1 May 2023).

[33] https://tinyurl.hu/bJ3g (1 May 2023).

[34] Cf.: https://tinyurl.hu/S2dB (15 June 2023).

[35] https://tinyurl.hu/bJ3g (1 May 2023).

[36] Cf.: Dr. Annási, Ferenc: *A jobbágyfelszabadítás ügye Heves és Külső-Szolnok Megyében az 1848/49-es forradalom és szabadságharc idején II.*; http://publikacio.uni-eszterhazy.hu/1761/1/215-251_Annasi.pdf (24 February 2023) p. 216.

http://publikacio.uni-eszterhazy.hu/1761/1/215-251_Annasi.pdf (31 May 2023).

[37] https://tinyurl.hu/bJ3g (1 May 2023).

[38] Kiss, Barnabás: 'A jogegyenlőség problémája a magyar közjogi irodalomban 1945-ig', in: *Acta Universitatis Szegediensis : acta juridica et politica*, 1996, No. 49. p. 279.

which the April legislature sought to remedy by Article No. XIV of 1848, which created credit institutions.[39]

Despite all the legislative efforts, the April laws did not settle the situation of those who owned farmland, despite the fact that they were not an insignificant part of the agrarian population; there were tens of thousands of such households. Their economic importance was not insignificant either, as their settlements often specialised in the cultivation of crops requiring specific skills.[40] Until 1848, the Hungarian nation was made up of the nobility; in other words, only a small proportion of the country's inhabitants were noble, while the majority of society did not belong to the nation and were only "the people". This was the basis for the demand that all the inhabitants of the country should be made members of the nation. In order to transform society in this way, the legal distinctions between the landed estates (noble, civic, gentry, etc.) had to be abolished.[41]

This is also where the abolition of the ancestral titles in force since 1351, in Article XV of 1848, served to transform society in a radical way.[42] A significant achievement on the part of the House of Habsburg was the decree of 1853, Article 1 of which abolished the former manorial relationship and landlord jurisdiction, and the rights, dues and obligations arising from them were also abolished.[43]

---

[39] „1848. évi XIV. törvénycikk
a hitelintézetről
1. § A hitelintézet felállítására, úgyszinte szükséges tartaléktőkéjének 500,000 ftig megszerzésére, a ministerium felhatalmaztatik.
2. § Alapszabályait, törvényhozási megvizsgálás és helybenhagyás végett, a legközelebbi országgyülés első évi ülésének be fogja mutatni. [...]"
Márkus, Dezső (ed.): *Corpus Juris Hungarici Magyar Törvénytár: 1836-1868. évi törvénycikkek*. Budapest: Franklin-Társulat, 1896. p. 236.

[40] https://tinyurl.hu/bJ3g (1 May 2023).

[41] Kiss, 1996, p. 280.

[42] „1848. évi XV. törvénycikk
az ősiség eltörléséről
Az ősiség eltörlése ezennel elvileg kimondatván, rendeltetik:
1. § A ministerium az ősiség teljes és tökéletes eltörlésének alapján a polgári törvénykönyvet ki fogja dolgozni, és ezen törvénykönyv javaslatát a legközelebbi országgyülés elibe terjesztendi.
2. § Időközben a legközelebbi országgyüléseig mindazon perek folyamata, mellyek az ősiségi viszonyokból vették eredetüket, és még végitélet által befejezve nincsenek, felfüggesztetnek; ugyszinte illynemű pereknek megindítása is, az 1836:14. törvénycikkely eseteit kivéve, eltiltatik."
Márkus, Dezső (ed.): *Corpus Juris Hungarici Magyar Törvénytár: 1836-1868. évi törvénycikkek*. Budapest: Franklin-Társulat, 1896. p. 237.

[43] „1853. évi úrbéri pátens
1853-diki martius 2-kán kelt császári nyiltparancs, az egykori földesurak s a volt jobbágyok és ezektől különböző bánásmód alatt létező földbirtokosok között Magyarországban az urbéri kapcsolat s ezzel rokon jogállapotok folytán fönforgó viszonyok szabályozása iránt:
[...] 1. § A létezett urbéri kapcsolatnak s a földesúri törvényhatóságnak megszüntetése folytán, az urbéri kapcsolatból s a földesúri törvényhatóságból eredő és következtetett jogok, járandóságok és kötelezettségek is elenyésznek.

3.2. The position of the peasantry under dualism

The War of Independence of 1848-1849 was followed by a transitional period of two decades of silent resistance, beginning with repression by the Austrian state, weakened by war, and culminating in the Austro-Hunagrian Compromise of 1867. The second half of the 19th century also saw a change in the peasant way of life. Under the April 1848 laws, the sharp class distinction between nobles and gentry and serfs that had existed before then was abolished, at least formally, and, as a step in the transformation of society, the landless nobles, who made up a very significant proportion of the nobility, were integrated into the upper peasantry, losing their privileges. [44]

The peasantry can be defined as a social stratum that supported itself primarily through independent agricultural production and secondarily through other activities. For the peasantry, the maximum landholding was 100 acres, and those with landholdings larger than this were classed as gentry. At the beginning of the 20th century, about 11 million Hungarians belonged to the peasantry, which accounted for 62% of the total population of Hungary at that time. Among the peasantry, 31% were family-sized landowners and 9% larger landowners. A larger proportion of the peasantry had no or only small landholdings. The latter constituted the peasant wage-earner stratum. [45]

In the decades after the Compromise, laws were passed to regulate the issues that had remained unsettled during the serf emancipation of 1848, as described above, and after the Decree (or Patent) of 1853. Under section 2–3 of Article No. XXXV of 1868 on the tax on wine and meat consumption,[46] the wine duty was redeemable, and under Article No. XXXV of 1871 on the settlement of the rights and tenure relations remaining from the landlord-tenant relationship terminated. Article No. LIII of 1871, regulated the matter of allotments and pastures, and released some of the landlord's exclusive rights to the regalia, the right to distil brandy, to open shops, to burn bricks and lime, and to keep a butcher's shop. Until 1871, the inner plots (the dwelling house and the surrounding farmyard) and their border accessories (ploughs, mowing) could only be sold or bought together, and from that time onwards the law allowed the separate sale of the accessories

2. § Az urbéri kapcsolat megszüntetése következésében a volt jobbágyok a kezükön levő urbéri földbirtokban (urbéri jobbágy- és urbéri zsellértelkek) teljes tulajdoni s szabad rendelkezési joggal ruháztatnak föl, fönhagyatván a jobbágyjavakbani öröködési rend s a telkek szétdarabolása iránt fenálló, vagy még kibocsátandó rendszabályok. [...]"

https://tinyurl.hu/FzL7 (20 May 2023).

[44] https://mek.oszk.hu/01900/01905/html/index7.html (30 April 2023).

[45] https://mek.oszk.hu/01900/01905/html/index7.html (30 April 2023).

[46] A bor- és húsfogyasztási adóról szóló 1868. évi XXXV. törvénycikk 2–3. §.

Márkus, Dezső (ed.): *Corpus Juris Hungarici Magyar Törvénytár: 1836-1868. évi törvényczikkek.* Budapest: Franklin-Társulat, 1896. p. 446.

of the former serfs' plots, and allowed the former landlords to buy up the former serfs' plots. It was only in 1896, the year of the Millennium, that the cottagers were allowed to redeem their servitude for the land they had been using. In addition, the development of infrastructure brought about significant changes in the life of the peasantry,[47] two essential elements of which were the implementation of river regulations and the construction of the railways.[48] In the decades up to the First World War, agriculture underwent radical changes.[49] It was then that Hungary, enjoying relative freedom under the dualist state structure, became a major grain exporter in Europe. It was then that the agricultural society became dominated by commodity production.[50]

4. DUALISM, I.E. THE ERA OF TRANSFORMATION, THE EMERGENCE OF WORKING CLASS

The agricultural sector lost much of its weight during the dualism. At the time of the Compromise, agriculture accounted for 60% of Hungary's total national income but, by the years before the First World War, its share had fallen to 44%, although it remained the most important factor in the national economy. Agriculture accounted for 75% of the population at the beginning of the period and 62% at the end. Over the period as a whole, agricultural output growth slowed: the annual growth rate of 3–4% in the first decades of the 20th century fell to 1.7%, while the output of the other two sectors of the economy – industry and services – grew by 4–5% per year. This is linked to the fact that an unhealthy land tenure structure was created in the agricultural sector after the abolition of serfdom.[51]

The need for public support to ensure the competitiveness of agriculture was raised. The agrarian movement, a political force representing the interests of the sector, called for the introduction of protective tariffs on agriculture and state support for agricultural loans. In this connection, the aforementioned Article No. XX of 1878[52] on the subject of regulation was adopted – rather late, in the author's

---

[47] A majorsági zsellérbirtokról s az ehhez hasonló természetű birtokokról szóló 1896. évi XXV. törvénycikk.

Márkus, Dezső (ed.): *Corpus Juris Hungarici Magyar Törvénytár: 1896. évi törvényczikkek*. Budapest: Franklin-Társulat, 1897. p. 63.

[48] https://mek.oszk.hu/01900/01905/html/index7.html (30 April 2023).

[49] https://mek.oszk.hu/01900/01905/html/index7.html (30 April 2023).

[50] https://mek.oszk.hu/01900/01905/html/index7.html (30 April 2023).

[51] https://mek.oszk.hu/01900/01905/html/index7.html (2 May 2023).

[52] A magyar korona országai és Ő Felsége többi királyságai és országai közt kötött vám- és kereskedelmi szövetségről szóló 1878. évi XX. törvénycikk.

Márkus, Dezső (ed.): *Corpus Juris Hungarici Magyar Törvénytár: 1877–1878. évi törvényczikkek*. Budapest: Franklin-Társulat, 1896. p. 190.

opinion – and it took more than a decade for this legislation to be adopted. It should be noted that the agrarians were also successful in influencing government policy, as the protective tariffs introduced at least succeeded in keeping competition out of the Austro-Hungarian Monarchy's market and, as a result, the market was monopolistic in practice), but the development of agriculture was not primarily due to state intervention, but to adaptation to market competition.[53]

Hungary's industry was still at a relatively low level around the time of the Compromise of 1867. The direction of development was determined by the economy's endowments, as the food industry became the leading sector of modern industrialisation in the agrarian country, which was already at the forefront of world industry in the 1860s and 1870s, and the capital, Budapest, was the largest milling centre in the world until the 1890s. This was also due to the fact that the Hungarian milling industry also processed large quantities of imported Balkan grain. It was also during this period that the foundations of large-scale meat processing were laid, including plants such as the Herz and Pick salami factories. The sugar industry flourished in the 1890s, mainly thanks to state industrial patronage and state intervention. The internationally important spirit, tobacco and wood processing industries exploited the raw material base of agriculture. In Hungary, the real industrial revolution began in the 1880s, when the economy entered a period of regular growth, in that its output increased faster each year than the population grew.[54] It is important to add that, during dualism, the old social stratum – the peasantry – was joined by the labour force, as a new layer of industry and a social policy that supported it emerged. [55]

At the end of Dualism, the opportunities created by the development of the joint Austro-Hungarian forces on the one hand and the opportunities offered by exports on the other led to the development of the military industry. Thanks to military supplies, the Weiss Manfréd concern in Csepel grew into one of the country's largest industrial complexes, and the Monarchy's largest cannon factory was established in Győr in 1913. [56] Diósgyőr was similarly developed as a centre for state steel production. [57]

The development of infrastructure was central to economic modernisation, and, as a result, more than half of the investment under dualism was devoted to the two most important areas: the construction of waterways and the development

[53] https://mek.oszk.hu/01900/01905/html/index7.html (2 May 2023).

[54] https://mek.oszk.hu/01900/01905/html/index7.html (2 May 2023).

[55] Hanák, Péter: 'Vázlatok a századelő magyar társadalmáról', p. 211. in: *Történelmi szemle,* 1962/2; https://tti.abtk.hu/images/kiadvanyok/folyoiratok/tsz/tsz1962_2/hanak.pdf (30 May 2023).

[56] https://mek.oszk.hu/01900/01905/html/index7.html (2 May 2023).

[57] Paulinyi, Ákos: *Iparpolitika Magyarországon és Ausztriában, és a gazdasági integráció problémája (1880-1914)*; http://acta.bibl.u-szeged.hu/41069/1/aetas_2002_002_003_271-293.pdf (30 May 2023). p. 277.

of the railway network. As a result, by the end of the 19th century the country's natural landscape had been radically transformed: lowland rivers were regulated and dammed, inland waterways and marshes were channelised, and the country was criss-crossed by railway embankments and telegraph lines.[58]

In 1873, the economic crisis slowed down the development of the railway network for almost a decade, but from 1882 onwards. new railway lines were built again rapidly, and by 1890 the length of the railway lines exceeded 11,000 kilometres. The state was already involved as a contractor. Between 1880 and 1891, due to abuses of interest rate insurance, almost all the main lines were taken over by the state, under the management of the Hungarian State Railways (hereinafter MÁV). Under the leadership of Gábor Baross, the railway network became one of the most important instruments of economic recovery, and MÁV became a powerful and profitable public utility. The introduced rail tariff system helped the single internal market to develop effectively, and made both freight and passenger transport cheaper over longer distances.[59]

The Hungarian economy was increasingly linked to the world economy: at the time of the Compromise, exports accounted for 30% of national income and, by the years before World War I, 45% of total foreign trade was on the export side. Between 75% and 80% of this was associated with the western territories of the Monarchy.[60] Typically, these processes were also promoted by the legislature, passed by the Article No. XLIV of 1881 on state preferences for domestic industry, which favoured several economic sectors through state intervention.[61]

[58] https://mek.oszk.hu/01900/01905/html/index7.html (2 May 2023).

[59] https://mek.oszk.hu/01900/01905/html/index7.html (2 May 2023).

[60] https://mek.oszk.hu/01900/01905/html/index7.html (2 May 2023).

[61] A hazai iparnak adandó állami kedvezményekről szóló 1881. évi XLIV. törvénycikk:

„1. § Állami kedvezményekben részesittetnek:

1. A technika jelen fejlődése szerint berendezett azon gyárak, a melyek Magyarországon eddig elő nem állitott czikkeket készitenek.

2. A technika jelen fejlődése szerint berendezett következő, már létező, vagy ezentul felállitandó gyárak, és pedig:

a) azon gyárak, a melyekben sárga rézárúk, sárga rézpléh, czink, czinkpléh, drót, drótszeg, fémkeverékből való árúk, zománczozott vasedények, szerszámgépek, munkagépek, gőzgépek és gőzkazánok, zomgorák, electrodynamikus készülékek, fegyverek, porczellán, tábla- és tükörüveg, üveg regenerativ fütő-készülékkel, kaucsuk, cellulose, tapéták, conservek, cognac, soda, kénsav, aszfalt készül;

b) a rizshántoló malmok; a mezőgazdaság kiegészitő részét képező szeszgyárak; selyemfonó-, szövő- és festőgyárak; gyapjufonó-, szövő- appretirozó-gyárak; pamutfonó-, szövő- és fehéritő-gyárak; len- és kendertörő és kikészitő telepek; len- és kenderfonó-, szövő- fehéritő- és appretirozó-gyárak; kötszövészeti gyárak.

3. Azon posztó fonalgyárak, a melyek Mule-Jenny géppel legalább 120 orsóval és egy méter széles kártolóval vannak berendezve.

4. Azon posztó-szövőgyárak, a melyek legalább hat szövőszékkel dolgoznak.

5. Azon pamut-, len- és kenderszövő-gyárak, a melyekben legalább tiz mechanikai, vagy műszövőszék van alkalmazva. [...]"

The fairs and markets lost their importance in international and long-distance trade, but they still played a significant role in the internal flow of goods, and a large part of everyday needs were met there. Small producers (peasants and craftsmen) largely sold their products there themselves, but the number of professional market traders and market stallholders also increased severalfold. The number of hawkers and itinerant traders declined.[62]

During the dualism, modern institutions of commodity exchange were also established in Hungary, and the Budapest Commodity and Value Exchange played a central role in the flow of goods and capital. It was under the jurisdiction of a separate court according to the Article No. II of 1870 on the Restoration of the Separate Courts of the Commodity and Value Exchange in Pest and the Rural Produce and Grain Halls.[63] As retail trade was transformed, more and more of it was transferred to permanent shops. In the villages, the emergence of general stores was the first step forward, while in the cities, which were developing at a time of explosive urbanisation,[64] the specialisation of shops was already well advanced. By the end of the 19th and the beginning of the 20th century, the first department stores had appeared in the capital, following the example of Paris.[65] In addition to the above, one of the most important prerequisites for the development of the Hungarian capitalist economy was the development of a modern credit system, and it was in this area that of Hungary's economy was most successful at catching up during the decades of dualism.[66]

In 1867, there were only four banks, one land credit institution and 79 savings and loan associations. The political stability brought about by the Compromise and the European boom of 1866-1867 led to a veritable frenzy of bank creation, with 564 new credit institutions being established by the 1870s. It was in these years

---

Márkus, Dezső (ed.): *Corpus Juris Hungarici Magyar Törvénytár: 1881. évi törvényczikkek*. Budapest: Franklin-Társulat, 1896. p. 206.

[62] https://mek.oszk.hu/01900/01905/html/index7.html (2 May 2023).

[63] A pesti áru- és értéktőzsde, valamint a vidéki termény és gabonacsarnokok külön bíróságainak visszaállításáról szóló 1870. évi II. törvénycikk:

„1. § A pesti áru- és értéktőzsde birósága, mint választott biróság, hatóságára, hatáskörére és eljárására nézve, úgy, mint az az 1868:LIV. tc. életbelépte előtt fennállott, a törvényhozás végleges intézkedéseig visszaállíttatik.

2. § Az 1. § intézkedése kiterjesztetik azon választott biróságokra is, melyek az ország több városaiban létező termény- vagy gabona-csarnok kebelében, az 1868:LIV. tc. életbelépte előtt fensőbb helyen jóváhagyott alapszabályok erejénél fogva tényleg fennállottak.

3. § Azon termény- és gabona-csarnokokat, a melyek kebelében a fentebbi 2. § értelmében a létezett választott biróságok visszaállittatnak, a kereskedelmi- és igazságügyministerek nyilvánosságra fogják hozni. [...]"https://tinyurl.hu/DBJR (31 May 2023).

[64] Gyáni, Gábor: *Reflexiók*. (no data), 19999.; https://epa.oszk.hu/02100/02120/00028/pdf/ORSZ_BPTM_TBM_28_009.pdf (1 May 2023). p.

[65] https://mek.oszk.hu/01900/01905/html/index7.html (2 May 2023).

[66] https://mek.oszk.hu/01900/01905/html/index7.html (2 May 2023).

that the new type of bank became established in our country, not only in the usual banking business, but also in the establishment of industrial and commercial companies, the building of railways, and the sale and purchase of real estate. The most important of the banks, the Magyar Általános Hitelbank, invested its capital primarily in railway construction, but also set up factories and, because of its excellent international background, also performed state banking functions. This boom came to an end in 1873 with the crash of the Vienna and then the Pest stock exchanges. From 1890 onwards, new banks and, in particular, savings banks were established at a rapid pace. Credit cooperatives also proliferated, set up to meet the small credit needs of the people.[67]

Budapest, unified from 1873 onwards, fulfilled and even surpassed the reformist dreams of its development at an ever-faster pace. Hungarian governments made it a priority to develop Budapest into a metropolis on a par with Vienna. The building of the capital became a national cause, a symbol of self-determination. In 1910, 5% of the population of historic Hungary lived in Budapest, but 32% of large industrial enterprises were based here, 31% of the workforce worked here, half of the telephone exchanges were connected here, and every second newspaper, magazine and book was published here. The capital's economic and cultural supremacy was thus already evident across the historic borders.[68]

5. SUMMARY

A significant stratum of medieval Hungarian society was the serf, and later – thanks to the achievements of the April Laws of 1848 and the patent of 1853 – the peasant stratum, from which a part of the working class developed during the industrialisation of the Dual Monarchy. It is important to point out that these two layers bore the burden of maintaining the country. It is for this reason that, in the author's opinion, the abolition of serfdom was the high point of the 1848 legislation. In connection with the latter, it is worth quoting the opinion of Pál Burián, a military officer in the Hungarian War of Independence, formulated and recorded in 1883, regarding the achievements of 1848/1849: "The wonders and foresights of an idea inspired by an unshakable pure patriotism, such as not our poor country, but the history of the world cannot show a second. Let the sons learn from this to love their country purely and unselfishly [...]".[69]

[67] https://mek.oszk.hu/01900/01905/html/index7.html (2 May 2023).

[68] https://mek.oszk.hu/01900/01905/html/index7.html (2 May 2023).

[69] „A rendithetetlen tiszta hazaszeretet által inspirált lángész csudái és előre látásai, minőt nem szegény hazánk, hanem a világtörténet sem mutathat fel másodikat. Fiuk tanuljanak ebből szeretni a hazát tisztán és önzetlenül, [...]"

Captain Pál Burján (Burián) (1817-1897) was a lieutenant in the Jászkun District Volunteer National Guard Battalion from September 1848. In January 1849, he became a lieutenant in the

The Compromise accelerated the development of the Hungarian capitalist economy by creating orderly political relations and stability in the Monarchy, and by granting the Hungarian state self-determination based on limited sovereignty. Under dualism, Hungary began to catch up economically, with an average annual increase of 2,5-3% in GDP and 2% in per capita national income. In Europe, only Sweden, Denmark and Germany achieved faster growth. This growth was made possible by mechanisation and the use of modern technology, on the one hand, and by the prevalence of capitalism on the other. By the beginning of the 20th century, Hungary had become an agro-industrial country with a well-developed food industry and significant exports, and had left the ranks of the states that had stagnated in traditional farming. The agricultural sector accounted for only 44% of national income, while the industrial sector produced 25% and the service sector 31%. As such, it can be seen as a great achievement of the Reconciliation that, from 1867 onwards, the economic gap between Hungary and the industrialising countries of Western and Central Europe, which had been growing since the 16th century, began to narrow. Unfortunately, however, even in this respect Hungary did not reach the level of the richest countries, as it was ahead of Russia, the Balkan states, Spain and Portugal in terms of per capita national income, but lagged behind Italy and Scandinavia, not to mention the most developed Western countries, behind which, it should be pointed out, the 'hinterland' of the colonies provided not inconsiderable support (e.g. the British colonies). Furthermore, it can be said that Hungarian development reduced the disadvantage of Hungary compared to the western provinces of the Habsburg Empire.[70]

It should be emphasised that the broad-mindedness of the 19th century elite is confirmed by the fact that the transformation of society between 1848 and 1867 led to the development of Hungarian society, the industrialisation of the country and a great deal of urbanization. The significance of the 1867 Compromise, therefore, lies in the fact that it paved the way for the Austro-Hungarian Empire (along with Japan)[71] to enter the First World War, in parallel with the Meiji Restoration, which began in Japan in 1867–1868, and through industrialisation similar to that of Japan.

And the tragic consequences of the last four years of dualism, for Hungary and its people, are known to all.

65th Battalion of the Hungarian Army, and later a captain in the 3rd Corps until the capitulation at Világos.

http://1848.vfmk.hu/arckepek.html (7 June 2023.).

[70] https://mek.oszk.hu/01900/01905/html/index7.html (3 May 2023).

[71] Another Japanese-Hungarian parallel: the term used for the Japanese emperor – of „divine" descent – is „Tenno", while in Hungarian we refer to the Creator of the existing World as „Isten".

REFERENCES

149. Pozsony, 1848 március 6. *Kossuth felszólalása az örökváltság tárgyában érkezett főrendi válaszizenet vitájában*; https://tinyurl.hu/SHtR (10 June 2023).

Acsády, Ignác: *A magyar jobbágyság története.* Budapest: Grill Károly Könyvkiadóvállalata, 1908.

Csatáry, György: *Az Ungvári Úrbéri Bíróság településenkénti iratanyaga 1772–1918/44.* Ungvár–Beregszász, 2012.

Dr. Annási, Ferenc: *A jobbágyfelszabadítás ügye Heves és Külső-Szolnok Megyében az 1848/49-es forradalom és szabadságharc idején II.*; http://publikacio.uni-eszterhazy.hu/1761/1/215-251_Annasi.pdf (24 February 2023)

Dr. Ferenczy, Miklós: *Emlékek a szabadságharcról.* Tatabánya, A Hazafias Népfront Komárom Megyei Bizottsága, 1978.

Dr. Sándorfy, Kamill: *Törvényalkotásunk hőskora. Az 1825-1848. évi reformkorszak törvényeinek története.* Budapest, Váci Kir. Orsz. Fegyintézet ny., 1936.

Geréb, László (ed.): *A magyar parasztháborúk irodalma 1437-1514.* Budapest, Hungária Könyvkiadó, 1950.

Gyáni, Gábor: *Reflexiók*. (no data), 1999; https://epa.oszk.hu/02100/02120/00028/pdf/ORSZ_BPTM_TBM_28_009.pdf (1 May 2023).

Hanák, Péter: 'Vázlatok a századelő magyar társadalmáról', p. 211. in: *Történelmi szemle,* 1962/2; https://tti.abtk.hu/images/kiadvanyok/folyoiratok/tsz/tsz1962_2/hanak.pdf

Illés, József: *Bevezetés a magyar jog történetébe.* Budapest, Rényi Károly Könyvkiadó-Vállalata, 1910.

Imreh, István (ed.): *A rendtartó székely falu.* Bukarest, Kriterion Könyvkiad, 1973.

Kiss, Barnabás: 'A jogegyenlőség problémája a magyar közjogi irodalomban 1945-ig', in: *Acta Universitatis Szegediensis : acta juridica et politica*, 1996, No. 49.

Kecskeméthy, Aurél: *Az uj urbéritörvény.* Budapest, Heckenast, 1853.

Kónyi, Manó: *Deák Ferenc beszédei.* Budapest, (no data), 1903.

Márkus, Dezső (ed.): *Corpus Juris Hungarici Magyar Törvénytár: 1000–1526. évi törvényczikkek*. Budapest: Franklin-Társulat, 1899.

Márkus, Dezső (ed.): *Corpus Juris Hungarici Magyar Törvénytár: 1526–1608. évi törvényczikkek*. Budapest: Franklin-Társulat, 1899.

Márkus, Dezső (ed.): *Corpus Juris Hungarici Magyar Törvénytár: 1836-1868. évi törvényczikkek*. Budapest: Franklin-Társulat, 1896.

Márkus, Dezső (ed.): *Corpus Juris Hungarici Magyar Törvénytár: 1877–1878. évi törvényczikkek*. Budapest: Franklin-Társulat, 1896.

Márkus, Dezső (ed.): *Corpus Juris Hungarici Magyar Törvénytár: 1881. évi törvényczikkek.* Budapest: Franklin-Társulat, 1896.

Márkus, Dezső (ed.): *Corpus Juris Hungarici Magyar Törvénytár: 1896. évi törvényczikkek.* Budapest: Franklin-Társulat, 1897.

Niederhauser, Emil: 'A jobbágyfelszabadítás és a nemzetiségi kérdés Kelet-Európában.', p. 84. in: *Történelmi szemle,* 1958/1-2; https://tti.abtk.hu/images/kiadvanyok/folyoiratok/tsz/tsz1958_1-2/niederhauser.pdf (15 June 2023).

Paulinyi, Ákos: *Iparpolitika Magyarországon és Ausztriában, és a gazdasági integráció problémája (1880-1914)*; http://acta.bibl.u-szeged.hu/41069/1/aetas_2002_002_003_271-293.pdf (30 May 2023).

Széchenyi, István: *Hitel.* Budapest, Neumann Kht., 2002.
http://1848.vfmk.hu/arckepek.html (7 June 2023).
https://cultura.hu/aktualis/az-orokos-jobbagysag-megszuntetese/ (1 May 2023).
https://rubicon.hu/kalendarium/1514-julius-15-dozsa-gyorgy-vereseget-szenved-temesvar-alatt (6 May 2023).
https://marcius15.kormany.hu/a-12-pont-tortenete-2013 (10 May 2023).
https://mek.oszk.hu/01900/01905/html/index7.html (30 April 2023).
https://tinyurl.hu/bJ3g (1 May 2023).
https://tinyurl.hu/COo9 (5 May 2023).
https://tinyurl.hu/DBJR (31 May 2023).
https://tinyurl.hu/FzL7 (20 May 2023).
https://tinyurl.hu/S2dB (15 June 2023).

Пал Сентпали-Гавалер
Институт Ференц Мадл за упоредно право
pal.szentpali-gavaller@mfi.gov.hu
ORCID ID: 0000-0002-8376-262X

Утицај закона из априла 1848. на преображај друштва и укидање кметства

Сажетак: *Студија описује развој кметства, устанак Доже Ђерђа, који су изазвали друштвени сукоби, ограничење кметства и његове правне последице. Значајна прекретница био је Урбариум из 1767. године, након чега су уследила још два одлучујућа датума: Револуција 1848. и Аустро-угарска нагодба из 1867. Ова последња је такође била значајна по томе што је отворила пут Аустроугарској (поред Јапана) да уђе у Први светски рат, паралелно и на сличан начин са Меиђи реставрацијом која је почела у Јапану 1867–1868.*

Студија оцртава односе између кметства и сељаштва не само из правно-историјског, већ и из економске и друштвено-историјске перспективе.

Кључне речи: *Урбариум из 1767, Априлски закони, трансформација друштва, укидање кметства, Аустро-угарска нагодба, Аустроугарска.*

Датум пријема рада: 22.06.2023.
Датум достављања коначне верзије рада: 31.10.2023.
Датум прихватања рада: 13.11.2023.

Прегледни рад 502/504
doi:10.5937/zrpfns57-44343

Nóra Jakab
University of Miskolc
Faculty of Law
nora.jakab@uni-miskolc.hu
ORCID ID: 0009-0006-3143-6765

SUSTAINABILITY IN THEORY AND PRACTICE

Abstract: *In recent years, there has been a growing focus on sustainability and a fair transition. The study is timely given the need for EU Member States to prepare territorially equitable transition plans in order to access the €17.5 billion Equitable Transition Fund. In my study, I seek to answer the question of how to make the economy sustainable and competitive, which cannot be imagined without the sustainability of social processes. Would a fair transition be the social side of economic sustainability? The question that has arisen is: what does a fair transition mean? What kind of programme does it involve, so that no one is left out?*

Keywords: *fair transition, green agreement, sustainable development, territorial transition plan, Mátra Power Plant.*

1. INTRODUCTION

In recent years, there has been a growing focus on sustainability and a fair transition. The study is timely given that EU Member States are required to prepare territorial Just Transition Plans (also known as Just Transition Territorial Plans) in order to access the €17.5 billion Just Transition Fund (TFF). To qualify for the Fund, the European Commission requires the submission of so-called Just Transition Territorial Plans, which are being prepared for three counties in Hungary – Heves, Borsod-Abaúj-Zemplén and Baranya. Their preparation is coordinated by the Ministry of Innovation and Technology (ITM) with a partner appointed by the Commission, the KPMG consortium, involving other ministries and relevant local stakeholders. The plans should describe the expected transition process, the most affected areas and the full spectrum of impacts, the planned interventions and how participation, monitoring and evaluation will be ensured. The Territorial Equitable Transition Plans are prepared at sub-regional (NUTS-3, in our country

at county level) level, so countries must prepare a separate plan for each region in which they wish to use the Equitable Transition Fund. In Hungary, since February 2021, the three regional ETF planning processes have been intensively implemented with the assistance of the consultant (KPMG consortium), following interviews and expert workshops with stakeholders in each county. The three territorial equitable transition plans are expected to be annexed to Priority 5 (Equitable Transition) of the new Operational Programme for Environment and Energy Efficiency (KEHOP Plus). A new Life+ project could provide additional content for the process. [1]

So my first question was, what are territorial fair/equitable transition plans and what is their relevance for employment?

On 11 December 2019, the European Commission presented the European Green Deal, a roadmap to make the EU economy sustainable by turning climate and environmental challenges into opportunities across all policy areas and making the transition fair for all (Press release, 2019)[2] Ursula von der Leyen said *"... we can all be part of the transition and be winners of the new opportunities it offers. By acting first and fast, we are helping our economy to become a global leader. ..."*

With this European Green Deal, the Commission reaffirms its commitment to tackling the climate and environmental challenges that are the defining challenge of our generation. The atmosphere is warming and climate change is being felt year by year. One million of the Earth's eight million species are threatened with extinction. Forests and oceans are being destroyed by pollution.[3] The European Green Deal responds to these challenges. As a new strategy for growth, it

---

[1] *Status of the Territorial Just Transition Plans in central and eastern Europe*, CEEBankwatch Network, Briefing, 3 March 2021, 1-11. *https://www.portfolio.hu/gazdasag/20210205/evtizedes-atalakitasba-fogott-a-matrai-eromu-kiemelten-fontos-a-munkahelyek-vedelme-468472,* 10 April 2023. *https://www.napi.hu/magyar-vallalatok/kilenc-evig-tarto-atalakitas-indult-matrai-eromuben-unios-penzbol.722820.html* , 10 April 2023.

[2] The European Green Deal outlines how we can make Europe the first climate-neutral continent by 2050, while boosting the economy, improving people's health and quality of life, caring for the environment and leaving no one behind, President Ursula von der Leyen said: „The European Green Deal is our new strategy for growth. Our new green growth strategy is our new green economy. The new strategy sets out the way for us to transform the way we live, work, produce and consume so that we can live healthier lives and innovate our businesses. We can all be part of this process of transformation and be the winners of new opportunities. By acting first and fast, we are helping our economy to become a global leader. We will do our utmost to make our strategy a success, for the sake of our planet and the life on it, for Europe's natural heritage, for biodiversity, for our forests and seas. By showing the rest of the world how we can be both sustainable and competitive, we can convince other countries to join us on this journey."

[3] See about this: Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC): *Special Report on the impacts of a 1.5°C increase in global temperatures*; ii. Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services: *2019 Global Assessment Report on Biodiversity and Ecosystem Services*; iii. International Resource Panel: 2019 Global Resources Review: *Natural Resources for our Desired Future*; iv. European Environment Agency: Europe's Environment – State of Play and Outlook 2020: *Knowledge for a Sustainable Europe*.

aims to transform the EU into a just and prosperous society with a modern, resource-efficient and competitive economy, where net greenhouse gas emissions are eliminated by 2050 and where economic growth is not resource-dependent.

This *transition* must be *fair*, and *the fair transition mechanism* itself will support regions that are highly dependent on carbon-intensive industries. The mechanism will support the most vulnerable citizens in the transition, giving them access to retraining programmes and job opportunities in new economic sectors. (COM(2019) 640 final) [4]

The question, then, is how to make the economy sustainable and competitive, which cannot be imagined without the sustainability of social processes.[5] Is a fair transition the social side of economic sustainability? The question that has arisen is: what does a fair transition mean? What kind of programme does it involve, so that no one is left out?

In the Action Plan of the Pillar it is stated: The same unity, coordination and solidarity will be needed also in the years ahead to bounce forward towards a greener and more digital decade in which Europeans can thrive. Although in varying degrees, the challenges ahead are similar across all Member States. We need to enhance social rights and to strengthen the European social dimension across all policies of the Union as enshrined in the Treaties[4]. This will ensure that the transition to climate-neutrality, digitalisation and demographic change are socially fair and just, and making the European Green Deal and the upcoming 2030 Digital Decade successes for all Europeans.[6]

At its 102nd session (2013), the International Labour Conference adopted a resolution and a set of conclusions on a framework for sustainable development, decent work and green jobs policies and a just transition. Labour has much to gain from the transition to environmentally sustainable economies and societies: (a) the realisation of the significant productive potential to achieve full employment can create many more decent jobs through environmental investment, sustainable

[4] *„... At the same time, the transition must be fair and inclusive. It must put people first and pay attention to the regions, industries and workers for whom it will be most challenging. As the changeover will involve major changes, active public participation and trust will be necessary for policy action to be effective and accepted. With the effective involvement of the EU institutions and advisory bodies, we need to bring citizens together in a new alliance with national, regional and local authorities, civil society and industry in all their diversity. ...”*

[5] Here, I think it is important to point out from the European Green Agreement that the areas of action in question are closely interlinked and mutually reinforcing, but we must not lose sight of the fact that trade-offs between economic, environmental and social objectives will be necessary in some cases. The smart and green ideas on the Interreg Central Europe Applicant Community website are also the ones that show what applied and basic research is needed in the near future. *https://community.interreg-central.eu/marketplace?country_asset_ids=98&priority_ids=410&priority_ids=450*, 27 January 2023.

[6] See the Treaty on the Functioning of the European Union 2016/2020-03-01, cfr Art. 3 and Art. 9. and https://op.europa.eu/webpub/empl/european-pillar-of-social-rights/en/ 27 February 2023

production and consumption, and the management of natural resources; b) large improvements in job quality and incomes can be expected through more productive processes and greener products and services in sectors such as agriculture, construction, recycling and tourism; c) social inclusion through better access to affordable, environmentally sustainable energy and, for example, payment for environmental services, which are particularly important for women and people living in rural areas.[7]

According to the International Labour Organisation, greening economies in the context of sustainable development and poverty eradication will require a country-specific mix of macroeconomic, industrial, sectoral and labour policies that create an enabling environment for sustainable enterprises to flourish and decent work opportunities to be created by mobilising and managing the population. The aim is to create decent jobs throughout the supply chain in dynamic, high value-added sectors that encourage job and skills development, as well as job creation and productivity improvements in more labour-intensive industries that offer a wide range of job opportunities. scale. As the challenge is cross-cutting, there is a need for mainstreaming sustainable development in all areas and for cooperation and coordination between employment authorities and their counterparts in different fields, including finance, planning, environment, energy, transport, health, economic and social development. Institutional arrangements should be adapted to ensure the involvement of all stakeholders at international, national, regional, sectoral and local level in the development of the appropriate policy framework. In order to effectively integrate the three dimensions of sustainable development, internal coherence should be sought between institutions at national level and within international institutions at regional and global level.[8]

For our topic, a fair transition in Europe means that as part of the Sustainable Europe Investment Plan, the Commission will propose a fair transition mechanism, including a Fair Transition Fund, to ensure that no one is left out. The transition can only be successful if it is implemented in a fair and inclusive way. The most vulnerable are those who are most exposed to the adverse impacts of climate change and environmental degradation. At the same time, managing the transition will lead to significant structural changes in business models, skill needs and relative prices. Depending on their social and geographical circumstances, individual citizens will be affected differently. Different Member States, regions and cities will not start the transition from the same starting position, nor will they have the same capacity to respond. These challenges call for strong policy responses at all levels. It will also seek to protect citizens and workers most vulnerable to the transition, by offering access to retraining programmes, jobs in new economic

[7] Guidelines for a just transition towards environmentally *sustainable economies and societies for all*, International Labour Organization, 2015, 5.

[8] *Ibid*, 6.

sectors or energy-efficient housing. The Commission will work with Member States and regions to help them develop transition plans for their territories. And as the International Labour Organisation summarises, transition plans need a country-specific mix of macroeconomic, industrial, sectoral and labour policies.[9]

Conversion plans are therefore linked to employment policy instruments. However, in my opinion, this is not enough to ensure that no one is really left out in the transition. This is also borne out by the fact that the Green Agreement stipulates that a coherent and holistic approach is needed to ensure that climate and environmental policies are perceived as equitable.[10] Social dialogue is of key importance in the transition, as it is through active social dialogue that businesses and their employees can prepare for and successfully implement change. Mobilising education and training is key to a fair transition. Under the Green Agreement, the Commission will develop a European Competence Framework to develop and assess knowledge, skills and attitudes to climate change and sustainable development. It will also provide background materials and promote the exchange of good practice in EU networks of teacher training programmes.[11]

I then examined the values along which a fair transition can be achieved from a social protection perspective.

2. VALUES

According to the Green Agreement, the European Pillar of Social Rights will ensure that no one is left out by providing guidance for action. In other words, in my opinion, the Pillar supports a fair transition, is part of the fair transition mechanism in the Green Agreement and is also in line with the conclusions of the International Labour Organisation.

The Commission published its proposal for a European Pillar of Social Rights on 26 April 2017. The Pillar was finally launched at the Social Summit on Fair Jobs and Growth in Gothenburg on 17 November 2017, further strengthening the social dimension of the Union in cooperation with the European Parliament and the Council. Juncker set the goal of creating a fair and fully pan-European labour market that is responsive to changes in European societies and the world and that can serve as a compass for the members of the eurozone. He stressed that the

[9] Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: *A European Green Deal*, Brussels, 11.12.2019. COM(2019) 640 final. The fair transition mechanism will focus on the regions and sectors most affected by the transition due to their dependence on fossil fuels or carbon-intensive processes.

[10] See COM(2019) 640 final, 20.

[11] See COM(2019) 640 final, 21.

Pillar should incorporate what the EU has already achieved in the field of worker protection. He attached particular importance to the social partners.[12] At the same time as the Pillar was launched, the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on work-life balance for parents and carers, the proposal to repeal Council Directive 2010/18/EU, the consultation on the repeal of the Information Directive, the extension of social protection and the Working Time Directive were launched.

Hendrickx writes about the millennium shift in European labour law. What does he mean by that? It does not refer to a moment in time, but rather to a time-frame shortly before and after 2000, when a new approach to labour law emerged. The traditional understanding of labour law was confronted with the new economic challenges of competitiveness and supranational economic liberalisation. The shift is therefore a response to the complex reality of globalisation, new labour market trends, the enlargement of the European Union and the eurozone. *But it is also an appropriate response to the change that the Action Plan of the Green Agreement also envisages.*[13]

The Pillar provides guidance to meet people's basic needs. Where a principle applies to employees, it applies to all employees, regardless of their employment status, the type of employment or the duration of employment. In my view, the minimum standard of a *life worthy of a working person* is set out in this document, in which the value of work is unquestionable. A work-based society is one that can remain truly competitive in the 21st century. In the Pillar, the European Commission provides a guideline on how and under what conditions this should be achieved.

The social and labour market programme covers several areas: labour law, support for jobseekers, and the operation of the social protection system. In fact, the principles and rights are a good illustration of the Union's social and labour market agenda.

The employment model is based on equal opportunities. In this context:

- Everyone has the right to quality and inclusive education, training and lifelong learning.

---

[12] *„We need to step up work to create a fair and truly pan-European labour market (...) As part of this effort, I would like to see the creation of a European Pillar of Social Rights, which takes into account the changing characteristics of European societies and the world of work and which can serve as a guide for renewed convergence within the euro area. The European Pillar of Social Rights should complement what we have already achieved together in the protection of EU workers. I believe we are right to launch this initiative within the euro area, while allowing other Member States to join if they wish."* State of the Union 2015: *Time for Honesty, Unity and Solidarity*, Strasbourg, 9 September 2015, Jean-Claude Juncker President of the European Commission.

[13] Frank Hendrickx, *European Labour Law and the Millennium Shift: From Post to (Social) Pillar*. In: *Game Changers in Labour Law. Bulletin of Comparative Labour Relations – 100*. (eds. F. Hendrickx, V. Stefano), Kluwer Law International BV, Netherlands 2018, 52–53.

- Equal treatment and equal opportunities for women and men must be ensured in all areas.
- Everyone has the right to equal treatment in employment, social protection and education, as well as access to goods and services available to the public.

After that, everyone has the right to active support for employment, which brings us to the employment policy leg of the social and labour market programme. The provisions state that jobseekers must be offered services that will get them back into the labour market as soon as possible. The principles of the transit labour market are also set out in this section.[14]

The section on fair working conditions describes the basic rules of the game of labour law, with the following principles and rights as the main pillars: safe and flexible employment, protection of wages, information on terms and conditions of employment, protection against dismissal, social dialogue and employee participation, work-life balance, a holistic, safe and decent working environment and data protection.

Alongside the employment policy and labour law pillars of the social and labour market agenda, the social protection system is also emerging. Personally, I see employment policy as part of the social protection system, but here it seems to be separate. Social protection and social inclusion are important building blocks of the social dimension.[15]

It can therefore be seen that a fair transition can be ensured along the lines of the values summarised by Pillar. It provides security while requiring an incredible degree of flexibility from all labour market participants.

This is in line with the key policy areas formulated by the International Labour Organisation to address environmental, economic and social sustainability simultaneously: macroeconomic and growth policies, industrial and sectoral policies, enterprise policy, capacity development, labour protection, social protection, active labour market policies, rights, social dialogue and tripartism.[16]

---

[14] Everyone has the right to receive timely and personalised help to improve their employment or self-employment prospects. This includes the right to receive job search, training and retraining assistance.

Everyone is entitled to social protection and training when changing career.

Young people have the right to continuous education, apprenticeships, traineeships or a decent job offer within 4 months of becoming unemployed or leaving education.

The unemployed have the right to personalised, continuous and consistent support. Persons who are long-term unemployed have the right to a personalised and detailed assessment at the latest in the 18th month of unemployment.

[15] Childcare and support for children, Social protection, Unemployment benefit, Minimum income, Retirement income and old-age pensions, Health care, Social inclusion of people with disabilities, Long-term care, Housing and assistance for homeless people, Access to essential services

[16] *Guidelines for a just transition towards environmentally sustainable economies and societies for all*, International Labour Organization, 2015, 7.

The principles of the International Labour Organisation in this process are:

A strong social consensus on the goal and pathways to sustainability is essential. Social dialogue should be an integral part of the institutional framework for policy making and implementation at all levels. There should be adequate, informed and continuous consultation with all relevant stakeholders.

Policies must respect, promote and enforce fundamental principles and rights at work.

Policies and programmes should take into account the strong gender dimension of many environmental challenges and opportunities. Specific gender equality policies should be considered to promote equitable outcomes.

Coherent policies across the economic, environmental, social, education/training and labour portfolios should enable businesses, workers, investors and consumers to adopt and promote the transition towards environmentally sustainable and inclusive economies and societies.

These coherent policies should provide a fair transitional framework for all to promote the creation of more decent jobs, including, where appropriate, anticipation of the impact on employment, adequate and sustainable social protection against job losses and job losses, skills development and social dialogue, including the effective exercise of the right to organise and collective bargaining.

There is no "one size fits all" solution. Policies and programmes need to be designed to suit the specific conditions of countries, including their level of development, economic sectors, types and size of enterprises.

In implementing sustainable development strategies, it is important to promote international cooperation between countries. In this context, we recall the outcome document of the United Nations Conference on Sustainable Development (Rio+20), including the sixth United Nations Conference on Sustainable Development (UNCSD) outcome document on the means of implementation (UNCSD VI).[17]

3. FAIR TRANSITION IN PRACTICE

An important segment of the development of a territorially equitable transition plan in our region is the development of sustainable and replicable mobility solutions in the Mátra Power Plant Region.[18] This will include the implementation of the first full industrial coal drainage best practice in Central and Eastern Europe, innovative prototypes to improve the energy efficiency of lignite-fired households, a complex training programme ("Caring Career Change") for Mátra Power Plant

[17] *Ibid*, 5–6.

[18] See https://igazsagosatmenet.eu/fenntarthato-mobilitas/ , 13 April 2023. See also The Just Transition Fund will support skilling in regions facing higher socioeconomic challenges from climate transition. https://op.europa.eu/webpub/empl/european-pillar-of-social-rights/en/ 27 February, 2023

employees, the application of 5 innovative climate-friendly prototypes to replace coal-fired technology, and a reduction of CO2 emissions by 6.5 million tonnes. The first Hungarian Coal Region Committee (50+ organisation) (high-level consultative forum and working groups) has been set up. A corporate mobilisation programme has been established for about 250 companies (suppliers and subcontractors of the Mátra Power Plant). The first complete industrial lignite export in Central Europe will thus be realised.[19] As can be seen from the above, many of the principles of a fair transition are being fulfilled by the process under way.

Main numerical achievements in the area of Just Transition: setting up of the National Coal Region Committee; participation in the development of *Territorial Just Transition Plans* for the counties of Heves and Borsod-Abaúj-Zemplén; training and retraining of 500 power plant workers; assistance to 250 companies (suppliers, subcontractors) dependent on the power plant to enter new markets.

Support for suppliers will play a very important role in the transformation. The Mátra Power Plant is facing a transformation of its energy production: in the coming years, lignite will gradually be replaced by other fuels (e.g. biomass) and a new solar park will be installed. The transformation of energy production will affect the plant's current suppliers and partners in its industrial park to different degrees and over different time scales. The partners of the Mátra power plant can join the mentoring programme free of charge, where they can benefit from the help and support of expert mentors in a wide range of areas to help them implement possible developments and development paths. It is important that the driving force behind any cooperation is to integrate businesses into the green economy through their processes, products and services.

The focus areas of mentoring activities are: business development advice (legal, finance, business planning and modelling, finance, marketing), supplier support in new market areas, support for foreign market entry, innovation: support for product and/or service development, green economy, training advice, training organisation. The range of mentoring tools is very broad. Following an assessment, it is possible to develop staff through, among other things, vocational training, training courses, visits to exhibitions or study visits. We support companies' exhibitions and the exploration of supplier opportunities at national and international business events.

The Mátra Power Plant is a good example of managing the decarbonisation process. The European Commission's and the International Labour Organisation's vision of a just/fair transition is well reflected in the solution of one of the most important decarbonisation challenges in Hungary, which is the conversion of the lignite-fired Mátra Power Plant to low-carbon technologies, thus phasing out coal

[19] See *Ibid*. Sustainable mobility aims to limit the negative impacts of heavy traffic and reconcile economic, environmental and social criteria.

and lignite from domestic electricity generation by 2030. Little information is available at the moment, as the project is in the early stages of implementation, but it is clear that stakeholder involvement is taking place and that training and retraining are being given high priority. All this means, in my view, that coherent policies across the economic, environmental, social, education/training and labour portfolios will enable businesses, workers, investors and consumers to adopt and promote the transition towards environmentally sustainable and inclusive economies and societies.

4. CONCLUDING REMARKS

My first question was, what territorial fair/equitable transition plans are and what their relevance for employment is Conversion plans are therefore linked to employment policy instruments. However, in my opinion, this is not enough to ensure that no one is really left out in the transition. This is also borne out by the fact that the Green Agreement stipulates that a coherent and holistic approach is needed to ensure that climate and environmental policies are perceived as equitable. Social dialogue is of key importance in the transition, as it is through active social dialogue that businesses and their employees can prepare for and successfully implement change. Mobilising education and training is key to a fair transition. Under the Green Agreement, the Commission will develop a European Competence Framework to develop and assess knowledge, skills and attitudes to climate change and sustainable development. It will also provide background materials and promote the exchange of good practice in EU networks of teacher training programmes.

After this I examined the values along which a fair transition can be achieved from a social protection perspective. It could be seen that a fair transition can be ensured along the lines of the values summarised by Pillar. It provides security while requiring an incredible degree of flexibility from all labour market participants. A strong social consensus on the goal and pathways to sustainability is essential. Social dialogue should be an integral part of the institutional framework for policy making and implementation at all levels. There should be adequate, informed and continuous consultation with all relevant stakeholders.

Finally an important segment of the development of a territorially equitable transition plan in our region is the development of sustainable and replicable mobility solutions in the Mátra Power Plant Region. The Mátra Power Plant is a good example of managing the decarbonisation process. The European Commission's and the International Labour Organisation's vision of a just/fair transition is well reflected in the solution of one of the most important decarbonisation challenges in Hungary, which is the conversion of the lignite-fired Mátra Power Plant to

low-carbon technologies, thus phasing out coal and lignite from domestic electricity generation by 2030.

REFERENCES

Bibliographic sources

A. Davies, *Efficiency Arguments for the Collective Representation of Work: A Sketch*. In *Authonomy of Labour Law (*ed. Bogg et al.) Hart Publishing, Oxford and Portland Orego 2015.

Frank Hendrickx, *European Labour Law and the Millennium Shift: From Post to (Social) Pillar.* In: *Game Changers in Labour Law. Bulletin of Comparative Labour Relations – 100.* (eds. F. Hendrickx, V. Stefano), Kluwer Law International BV, Netherlands 2018.

Guidelines for a just transition towards environmentally sustainable economies and societies for all, International Labour Organization, 2015.

J. R. Bellace, *The Changing Face of Capital: The Withering of the Employment Relationship in the Information Age*. In *Game Changers in Labour Law. Bulletin of Comparative Labour Relations -100* (eds. Hendrickx, V. Stefano) Kluwer Law International BV, Netherlands 2018.

M. Freedland, N. Countouris, *The legal construction of personal work relations*, Oxford University Press, Oxford 2011.

P. Auer, B. Gazier, *Social and labour market reforms: four agendas*. In *Transforming European Employment Policy. Labour Market Transitions and the Promotion of Capability* (eds. R. Rogowski, R. Salais, N. Whiteside) Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2011.

R. Blainpain, *European Labour Law.* Kluwer Law International Bv, Netherlands 2010.

S. Deakin, G. S. Morris, *Labour Law.* Sixth Edition. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2012.

S. Deakin, *The Contribution of Labour Law to Economic and Human Development.* In *The Idea of Labour law (*eds. G. Davidov, B. Langille), Oxford University Press, Oxford 2011, 156–178.

Status of the Territorial Just Transition Plans in central and eastern Europe, CEE-Bankwatch Network, Briefing, 3 March 2021, 1–11.

Sustainable Development Indicators in Hungary, 2020, Hungarian Central Statistical Office, Pátria Nyomda Zrt. – Eurotronik Zrt.

Legal sources

Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: *A European Green Deal*, Brussels, 11.12.2019. COM (2019) 640 final.

Guideline 7 of the Europe 2020 Integrated Guidelines for economic and employment policies of the Member States and of the Union.

Guidelines for a just transition towards environmentally sustainable economies and societies for all, International Labour Organization, 2015
Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, Official EN Journal of the European Union C 326/49
European Pillar of Social Rights, https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1606&langId=en 20, April, 2023.

Internet sources

https://community.interreg-central.eu/marketplace?country_asset_ids=98&priority_ids=410&priority_ids=450, 27 January 2023.
https://igazsagosatmenet.eu/fenntarthato-mobilitas/, 13 April 2023.
https://www.napi.hu/magyar-vallalatok/kilenc-evig-tarto-atalakitas-indult-matrai-eromuben-unios-penzbol.722820.html, 10 April 2023.
https://www.portfolio.hu/gazdasag/20210205/evtizedes-atalakitasba-fogott-a-matrai-eromu-kiemelten-fontos-a-munkahelyek-vedelme-468472, 10 April 2023.

Conference materials

European Environment Agency: Europe's Environment – State of Play and Outlook 2020: Knowledge for a Sustainable Europe.
Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC): Special Report on the impacts of a 1.5°C increase in global temperatures.
Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services: 2019 Global Assessment Report on Biodiversity and Ecosystem Services.
International Resource Panel: 2019 Global Resources Review: Natural Resources for our Desired Future.
State of the Union 2015: *Time for Honesty, Unity and Solidarity*, Strasbourg, 9 September 2015, Jean-Claude Juncker President of the European Commission.

Нора Јакаб
Универзитет у Мишколцу
Правни факултет
nora.jakab@uni-miskolc.hu
ORCID ID: 0009-0006-3143-6765

Одрживост у теорији и пракси

Сажетак: *Последњих година све је већи фокус на одрживости и праведној транзицији. Студија је благовремена с обзиром на потребу да државе чланице ЕУ припреме територијално правичне планове транзиције како би приступиле Фонду за праведну транзицију од 17,5 милијарди евра. У својој студији настојим да одговорим на питање како економију учинити одрживом и конкурентном, што се не може замислити без одрживости друштвених процеса. Да ли би праведна транзиција била социјална страна економске одрживости? Поставило се питање: шта значи праведна транзиција? Какав је то програм, да нико не остане по страни?*

Кључне речи: *праведна транзиција, зелени споразум, одрживи развој, план територијалне транзиције, електрана Матра.*

Датум пријема рада: 04.05.2023.
Датум достављања коначне верзије рада: 14.10.2023.
Датум прихватања рада: 10.11.2023.

Оригиналан научни рад 341.33
342.726-053.2
doi:10.5937/zrpfns57-44302

Dima Ziad Alburai
Debrecen University
Faculty of Law
dem.a91@hotmail.com
ORCID ID: 0009-0006-8207-1583

PROTECTING SCHOOLS WITHIN CONFLICT ZONES IN GAZA STRIP UNDER INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

Abstract: *The paper has discussed the violation against education facilities in Gaza Strip from the International Humanitarian Law (IHL) perspective[1], explaining the challenges and the impact of armed conflict on education rights. The paper will identify those violations and will propose methodologies to improve the adoption of the IHL against them. Moreover, it will discuss the policies to decrease the impact of those violations and propose techniques to respond to the threats against children's rights within the war duration. It will be analyzed the applied IHL in the protection of the education system in Gaza Strip from the attack which happened in 2021 by exploring the efficiency of the IHL impartially.*

In this research, a qualitative approach has been adopted as a primary source in exploring how educational institutions should be protected within IHL (which should be respected) during attacks. As per the descriptive study, the research will investigate the importance of protecting children's educational institutions in armed conflict situations. The assessment of child protection was considered in the escalation of Israeli attacks on the Gaza Strip in May 2021. The main source of data has been collected using different media such as Telephone-based semi-structured interviews, E-mail correspondence, documentary review, and agencies working in child protection in Gaza Strip; in addition, other secondary sources have been considered, such as desk review, reliable journalism, and published academic research.

Continuous military operations throughout Gaza Strip compose dramatic challenges to getting highly qualified education in a safe environment for children.

[1] Safe School Declaration, 2015, Safe Schools Declaration – An inter-governmental political commitment to protect students, teachers, schools, and universities from the worst effects of armed conflict (protectingeducation.org).

The air strikes and rocket attacks prevented 637,195[2] students from being in school in a safe environment (Jeanne, 2008). Other reports addressed that Israeli airstrikes destroyed over 184 schools in 2021 [3]and caused partial or severe damage to others. As addressed in other reports, the students and the academic staff have suffered from different cases of depression and expressed their fears of asymmetric warfare in addition to being under blockage (OCHA, May 2021).

Regarding the laws governing educational facilities and institutions' protection, IHL still has some space for improvement that can be addressed and applied in the future to enhance them (Adam, 2011). It is known that numerous kid fatalities and schools suffered partial or total destruction as a result of military activities. On the same, it is documented that the levels of violence against educational organizations and schools hit unheard-of levels in the last ten years[4].

Keywords: *Child protection, IHL, Violence against children, school attacks, oPt, PCHR.*

I. INTRODUCTION

Education is a fundamental right of all societies. Every child has the legal right to free primary education. Article 28 of the 1989 Convention on the Rights of the Child advances this right and the expansion of accessible secondary education (resolution, 1989). This right is critical to developing future-ready citizens. Unfortunately, this right is often lost in war zones and armed conflict. In these conflicts, there's no exception, schools have been the target of many armed conflicts worldwide. Such attacks have killed an unprecedented number of children and damaged or destroyed schools over the past decade; attacks targeting educational and military purposes rose by a third in 2021 compared to a few years ago. Under its general guidelines for safeguarding civilians and civilian property, International Humanitarian Law recognizes the protection of minors, protected individuals, and educational institutions (Tavassoli Naini Manuchehr, 2011).

Even though IHL generally protects schools, experience demonstrates that armed conflict still severely impacts them, and the situation in Gaza presents this. The International Committee Red Cross (ICRC) notes that armed Palestinian and Israeli groups have utilized numerous schools and either destroyed or damaged them (ICRC, 2021).

---

[2] *Education Cluster Report on Damage in Educational Facilities Gaza Strip,* Gaza Strip: oPt.

[3] Global Coalition to Protect Education from Attack, May 2015, p.1,. Global Coalition to Protect Education from Attack, Safe Schools Declaration.

[4] Global Coalition to Protect Education from Attacks,"Practical Impact of the Safe School Declaration:Fact Sheet," January 2022, Global Coalition to Protect Education from Attack (protectingeducation.org)

Schools are sometimes wholly safe during armed conflict. However, if schools are often destroyed or used for military operations, it might have severe consequences for the civilian populace.

Palestinians are one of several nations that have had many kids and teachers endangered, hurt, or murdered by indiscriminate attacks or targets. Palestinians have seen attacks for decades, and hundreds of schools have been destroyed or damaged by conflict. For instance, the UN claimed that during 11 days of intense fighting in May 2021, Israel's strikes in Palestine damaged approximately 180 educational facilities in Gaza. In one incident, an airstrike hit two UNRWA (United Nations Relief and Works Agency) schools in Gaza, causing damage to 29 classrooms and the wall (News, May 2022).

The schools in Gaza Gather strive wars and wantonness for a decade of blockade. Teachers and students take on being killed while the construction of the schools has been attacked, rebuilt, and destroyed again.

This Paper investigates the extent to which International Humanitarian Law has been affected by analyzing one of the six main domains of child protection and reviewing the experiences of violations from attack schools' protection in the Gaza Strip during the military operations in the 2021 War.

The provisions used to protect the educational facilities from attack during the conflict in IHL are minimal, and we have a few that expressly protect the educational facilities. This Paper showed that the IHL still needs to safeguard the education system as one of the most important rights for child protection.

Specifically, we can find that IHL forbids targeting facilities for education. The Paper will examine the principles and the critical rules of IHL, focusing on the four Geneva Conventions and their two Additional Protocols.

Evaluating the level of protection provided to schools during armed conflict is urgent and essential. In its first section, this essay will examine IHL laws that govern how combatants behave in armed conflict to clarify the legal framework governing attacks on educational facilities. The second section will explain the efforts and strategies the international community uses to address this issue. The third section will talk about Gaza Strip as a case study. The brief will next present a discussion regarding safeguarding schools before highlighting some crucial advances.

II. THE ATTACK AGAINST SCHOOL FACILITIES DURING THE ARMED CONFLICT FROM THE IHL PERSPECTIVE

The primary purpose of IHL or the law of war is to limit the destruction of war[5], the injured, and the death by focusing on the rules being a compromise

[5] ICRC, 1977. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, Geneva: INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS.

between military necessity and the needs of humanity, as we cannot forbid war (ICRC, 2022). However, at least we can limit violence; Human suffering should be minimized. Based on this vision, the state derived three basic rules.

International Humanitarian Law stipulates those Civilians and civilian property must be generally protected from risks associated with military activity. The rules of distinction, therefore, require: "*To ensure respect for and protection of civilians and civilian objects, Parties must engage in conflict, always Make a distinction between combatants and civilians, as well as between civilian objects and military targets, and only act violently when attacking military targets*." Since the schools are civilian structures that citizens use, schools also benefit from general protection (ICRC, 2010).

Any combatants must not attack schools. Therefore, deliberate attacks on schools are illegal, violating the principle of discrimination and severely violating International Humanitarian Law. However, protected status for persons and civilian property may be temporarily lost. If a civilian is directly or actively involved in combat operations, that person loses protection as a civilian, regardless of age. Likewise, civilian objects such as schools lose their protected status if used for military purposes, such as storing artillery pieces.

The possibility of converting schools into military objectives is governed by The Geneva Conventions' Additional Protocol I, Article 52(3)[2], which states that when in doubt, "(*a school is used to contribute effectively to military operations, it shall be presumed not to be so used)*"[6] (ICRC, 1977).

Two questions were raised about these rules. First, Sheppard and Kizuka expressed concern that schools that were used as military targets and subsequently evacuated could still be at risk of being attacked by fighters because of a lack of information. Importantly, as U.S. Naval Advocate General Bart stated, "The probability that hostile forces may mistakenly identify modified and unmodified schools and unfairly harm children and their schools increases as a result of this [military] use of [schools] "and" this concern was also echoed by Grover, who emphasized that the use of schools for military poses challenges for combatants when trying to identify legitimate targets (i.e., distinguishing between schools that have been converted to military objectives and those that have not been converted to military purposes, military target schools, Reconstructed). This target puts children in or near the school at risk of injury or death.

Second, related to concerns about the situational use of schools in armed conflict, there is a heated debate about using schools as military targets (Secretary-General, 2014). As noted above, where there is uncertainty about the use of schools to contribute to military operations effectively, the general presumption should support the civilian use of schools On-site.

[6] ICRC, 1977. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, Geneva.

Article 51 of API This contradicts the explicit prohibition of the military use of religious buildings, whether there are civilians or non-combatants. However, Grover contends that the ban on religious structures makes employing schools for military purposes illegal, arguing that children enjoy "special protection" under international humanitarian law. According to Art.77 (1) of API, "The parties to the dispute shall ensure that children receive the care and assistance they require, regardless of their age (ICRC, 1977). Conversely, children are at risk of harm if schools are used for the military, as noted above, instead of care.

In response to these Considerations, Grover argues that since IHL provides children with special protection, Schools should have a higher level of protection than other public structures. Such protection would include a total ban on the military use of schools, regardless of the presence of civilians and non-combatants in schools. In addition, she believed that special protection for children would align with API Article 52 (3), under which the assessment of whether a school is a civilian or a military object requires extra care (ICRC, 1977). Extreme care must be taken when determining if a school is a civilian or military goal[7]. Unlike many other civilian structures where the doubt need not be resolved in favor of the building being deemed civilian if everything practical has been done to check that the object is a military objective, a school should be presumed to be civilian in case of doubt. Additionally, customary international law recognized the special protection of children impacted by armed conflict and their rights to education, healthcare, and evacuation from fighting zones for their safety (ICRC, 1977).

This appears to support the argument made above. It should be illegal for the military to use schools for any purpose, including training, regardless of whether civilians or non-combatants are present. In conclusion, schools, children, and other protected individuals about schools are protected by IHL standards because of their civilian character[8]. As a result, targeting or attacking them is forbidden as long as they maintain that character (Smith, 2002). When a school is made a military target, its protection is momentarily removed.

A school may only be used for military operations when it is necessary. But even when the IHL guidelines are followed, it has been recommended that there should always be a distinct distinction between schools (i.e., a line drawn separating those who are and are not used for military purposes during armed conflict). In contrast, a more significant threshold of protection based on children's unique status under IHL may be regulated to reduce the danger of injury to children due to assaults against schools.

[7] OCHA, July 2015. Gaza Strip: Humanitarian Impact of Blockade – OCHA factsheet/infographic, Gaza Strip: Office for the Coordination of Humanitarian Affairs.

OCHA, May 2021. Gaza Strip : Escalation of Hostilities, Gaza Strip: UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs

[8] *Security Council calls for 'full adherence' to Gaza ceasefire, focus on two-State solution,* Gaza Strip: UN News.

III. INTERNATIONAL EFFORTS TO PROTECT SCHOOLS DURING ARMED CONFLICT

Following United Nations Security Council (UNSC) Resolution 1998 (2011), which requested the United Nations Security-General (UNSG) to include in its reports on "children and armed conflict" those armed conflict parties who participate in recurrent assaults on schools and threats of attacks against protected individuals in schools, the issue of attacks against schools gained momentum on a global scale (Security Council, 2011). Following Resolution 2143 (2014), two more UNSC resolutions—Resolution 2225 (2015) and Resolution 2143 (2014) – expressed grave concern over attacks on schools and vehemently denounced all contraventions of applicable international law in connection with such attacks.

Two potential concerns can be distinguished concerning the protection of institutions in armed conflict, as implied by the UNSC Resolutions on the subject: 1) The use of schools for military purposes; and 2) Defense against assaults on, or threat of assaults against[9], schools and those related to it.

The UNSC Resolutions caution against using schools for military purposes and acknowledge that doing so might make them legitimate targets of attack, endangering the safety of students and teachers and the right to an education.

Resolution 1998 (2011), the first resolution addressing attacks on schools, urged all parties to refrain from using schools "militarily" in contravention of international humanitarian law; however, Resolution 2143 (2014) made it clear that parties to an armed conflict must uphold the "civilian character of schools, following the principles of international humanitarian law." "Civil character of schools as such" was first used in Resolution 2225 (2015) and may be used to acknowledge the intrinsic civilian nature of schools (Kimberly A, et al., 2011).

Additionally, as implied by the language of Resolutions 1998 (2011) and 2143 (2014), both schools and protection individuals concerning schools are covered by the protection against (threat of) assaults. The two UN Resolutions also "strongly oppose such attacks on schools that target children and violate any valid international law in times of armed conflict." Although not stated explicitly, it can be inferred from the UNSC Resolutions that schools may be entitled to two degrees of protection: 1) because they are schools; and 2) because an attack may hurt children and other protected individuals who attend schools.

These UNSC Resolutions express concern for children and protected individuals regarding schools, for example, rather than simply mentioning the safety of schools and their civilians. Considering this, it can be inferred that, although not explicitly stated, a higher standard for protection could be given to schools, considering the specific protection of children.

---

[9] *Gaza conflict intensifies with rocket barrages and air strikes,,* Gaza Strip: Reuters.

However, the "Information note on Security Council Resolution 1998" (hereafter referred to as the "Guidance note") published by the Office of the UN Special Representative for Children and Armed Conflict provides additional guidance on the scope of Resolution 1998 (2011). The booklet offers instructions for putting the decision into practice and valuable instruments for enhancing the safety of schools and protecting individuals (resolution, 1989). Additionally, it lays out the relevant international legal framework and emphasizes the necessity of improving the monitoring and reporting procedures and communicating with the opposing sides of the conflict. The Guidance note further clarifies the resolution's wording by stating that the UNSC's resolutions on "children and armed conflict" were based on valid international law, and the "violations" the Council refers to in its wording are violations of the protections granted to children under international law.

IV. CASE STUDY GAZA STRIP

Decades of occupation, hostilities, and siege have significantly impacted the Gaza Strip's context. In 1967, Israel invaded and occupied Gaza; it left Gaza Strip in 2005. Israel imposed a land, air, and sea embargo on Gaza in 2007, shortly after Hamas took over the territory (OCHA, July 2015). This communication cutoff between Gaza and the rest of the world chokes off the local economy.

The assertion that Israel has disengaged from its occupation contradicts the reality of Israeli control over the region through the siege. Over 85% of Gazans depend on food aid due to five conflicts that ravaged the area from 2008 to 2022, reversing developmental progress (UNRWA, 2019). Agricultural, water, and electrical infrastructure have been attacked, severely affecting people. The blockade prevented the effective movement of supplies, labor, and people required for reconstruction after each bloody round of hostilities[10]. Although not exceptional in every way, Gaza's siege and embargo make it an unusual war environment and a severe illustration of isolation during the conflict, which profoundly affects schooling (Najjar, 2021). Numerous research on education in the Gaza Strip has been conducted.

In this research, the focus will be on the attack on school facilities in the 2021 period. The intensity of violence in Gaza since 2014 peaked during an 11-day escalation of hostilities in 2021, even though it was lower than in prior years between Israeli forces and Palestinian armed groups in Gaza in 2020. According to the UN, Israeli airstrikes totaled more than 1,500 between May 10 and 21, 2021. In addition, 15,000 housing units in Gaza Strip were damaged, along with water,

[10] *The time of Israel*. [Online] Available at: https://www.timesofisrael.com/photos-show-hamas-tunnel-dug-underneath-courtyard-of-unwra-school-in-gaza

sewage, and other civilian facilities, and the conflict resulted in the deaths of over 260 Palestinians, including 67 children (OCHA, 2021, May 28,). The United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East runs schools where around 113,000 internally displaced individuals found shelter (UNRWA) (UNRWA, 2021).

According to the Occupied Palestinian Territory (oPt) Education Cluster, the violence significantly impacted Palestinian children's access to education during an 11-day flare-up in Gaza in May 2021, when fighting damaged over 265 educational facilities, including private, public, and UNRWA schools and kindergartens ((oPt), 2021). As a result of the escalation, schools had to close to protect students and teachers, interrupting the education of about 600,000 children. Attacks on schools in Gaza, for instance, included:

- Near Deir al-Balah, Gaza, on May 11, 2021; airstrikes struck the Ahmed Harb al Kurd school and the al-Sayedah Khadijah Girls' School. According to Palestinian Centre for Human Rights (PCHR), the 550-student Ahmed Harb Al-Kurd School was demolished, and the 400-student Sayedah Khadija School suffered damages (PCHR, May 20, 2021).
- The UN and media claimed on May 11 and 12, 202 that Israeli airstrikes struck two UNRWA schools in Gaza. At least 29 classrooms were severely damaged, in addition to the wall of the schools, by the strikes (Nidal Al-mughrabi & Helle, May 14, 2021).
- Airstrikes damaged the Ministry of Education building and a boys' secondary school on May 13, 2021, directed at the Ministry of Interior security headquarters in the al-Sheikh Zayid neighborhood of Gaza (PCHR, May 20, 2021).

In the second instance of alleged military use, which took place in Gaza in May 2021, it was claimed that Palestinian armed groups dug tunnels beneath schools to facilitate their activities, For example:

- According to the UN and Israeli media, Palestinian armed organizations dug a tunnel around 7.5 meters below a UNRWA compound that houses two boys' schools. An Israeli soldier discovered the tunnel (STAFF, 2021).
- According to the UN: On an unknown date between May 13 and May 15, 2021, saw an air force landed at the school's courtyard and revealed a tunnel (STAFF, 2021).

In addition to the above-mentioned, there were more attacks on higher education institutions in 2021, particularly considering the resumption of hostilities in Gaza. 12-higher education facilities were damaged during the renewed fighting in Gaza, according to a human rights monitor's report from May 2021. Global Coalition to Protect Education from Attack (GCPEA) documented that two out of four attacks on university facilities took a place in Gaza as below:

- Al Quds University and a Vocational Institution in northern Gaza were destroyed by an airstrike on May 13, 2021, according to PCHR (PCHR, May 20, 2021).

- According to Reuters and local media, airstrikes struck a multi-storey building in Gaza city on May 14, 2021, which has educational facilities belongs the Islamic University and other institutions (Al-mughrabi, May 25, 2021).

V. RESULT

Attacks on schools have been repeatedly documented. Concerns have been raised about using schools for military purposes, violations of the human rights of children and protected persons in schools, and the level of legal protection provided to schools. There are different sources for addressing attacks on schools in armed conflict, highlighting the importance to the international community of protecting schools.

Firstly, IHL acknowledges that schools may become military targets due to military necessity. There is no clear differentiation between schools adapted for military use and those that do not, presenting a problem to fighters, as is clear from the current literature on the subject.

The same is valid for military-themed schools; Combatants may need to realize their identities have changed; according to Grover and Butter, mentioned in this research, it is difficult for combatants to identify valid targets when schools are not classified as civilian or military objects (Nakhle, 2021). This difficulty frequently results in attacked schools suspected that they are military sites being used for military matters.

To achieve the protection goal, Bart suggests a practical solution to this problem. He thinks soldiers must develop a globally recognized symbol to know the school's standing. Such a solution could address the absence of differentiation between schools and the problems it causes, but only if states agree on such a sign, which would be (universally) acceptable to combatants.

Second, while it is clear that schools are protected due to their status as civilians, various UN sources could suggest different degrees of protection [23]. Resolutions 1998 (2001), which further emphasized the protection of school facilities and protected individuals associated with schools, as well as resolution 2143 (2014), which condemned attacks on schools that result in violations of children's rights, are two examples of references to "the civilian character of schools, according to International Humanitarian Law."

VI. CONCLUSION

The research studied the legal framework governing schools' safety during hostilities. International Humanitarian Law aims to protect schools, children, and individuals based on civilian character and give hospitals and religious buildings

special protection. In theory, the general protection provided for schools by IHL would be adequate. However, the conflict in Gaza Strip shows that many schools have been destroyed or utilized for other military reasons, and the situation becomes worse and worse, which means that extra protection is highly required.

This research has shown that there is a need to improve the level of protection of schools and education facilities.

Five potential barriers exist to protect schools as mentioned in the study; two of which are practical, and the other three are theoretical. These barriers are:

1) Failing to distinguish between educational institutions that have been used for military purposes and those that are not;

2) Contradictory phrasing is used to explain how schools are protected through multiple sources;

3) Due to their civilian nature, schools are protected by law, however, for military necessity reasons the law allows utilizing schools for military purposes;

4) The absence of a neutral or secure location during the armed conflict that houses educational facilities;

5) The principle of distinction serves as the core IHL protection provided to educational facilities during the armed conflict. When educational institutions are considered civilian objects, they are safe from intentional and direct attacks. However, if their nature, location, purpose, or use effectively supports military operations, they may become military objects and lose their protection rights. IHL does not outright forbid the military from using educational institutions, and because it does not, in specific situations, this usage is allowed.

The paper concludes and elaborates on potential suggestions that would improve the protection level of schools and educational institutions in the conflict zones and/or within military operations.

Firstly, design and use a symbol or a sign to identify the educational facilities and civil buildings.

Secondly, standardize the terminologies between all sources of information that are used in the attack zones to avoid misleading interpretations.

Thirdly, it should a protocol that is discussing and explaining how to protect the educational institutions and facilities within the IHL during military operations in the attacked zones.

Fourthly, during military operations where students cannot access their schools or educational institutions, it is suggested to establish a "Safety" zone (neutralized and demilitarized Zone) where students can access them and practice their rights in education.

Fifthly, IHL must address that educational facilities are forbidden to be used by all means for military purposes.

The targets of the above-mentioned discussion and suggestions are to increase the awareness of educational institutions' protection, to improve the current level

of protection, and to provide a safe educational environment for students to practice their education right.

REFERENCES

(oPt), o. P. T., 2021. *Education Cluster Report on Damage in Educational Facilities Gaza Strip,* Gaza Strip: oPt.

2 Global Coalition to Protect Education from Attack, May 2015, p.1,. *Global Coalition to Protect Education from Attack, Safe Schools Declaration,.* s.l.:http://www.protectingeducation.org/sites/default/files/documents/safe_schools_declaration-final.pdf..

44/25, G. A. r., 1989. *Convention on the Rights of the Child.* s.l.:Human Rights Instruments.

Adam, L., 2011. From Columbine to Palestine: A comparative analysis of rampage shooters in the United States and volunteer suicide bombers in the Middle East.. *Aggression and violent behavior,* 16(2), pp. 98-107.

Al-mughrabi, N., May 25, 2021. *His bookshop in ruins, Gazan hopes to rebuild with crowd-funding help,* Gaza Strip: Reuters.

D.M.L.G., C., aptain F.J.M & Dennis, L. L., 2019. The Protection of Schools under International Humanitarian Law. *Ministerie van Defensie.*

ICRC, 1977. *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts,* Geneva: INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS.

ICRC, 2010. *Civilians protected under international humanitarian law.* [Online] Available at: https://www.icrc.org/en/document/protected-persons/civilians-protected-international-humanitarian-law [Accessed 21 2 2023].

ICRC, 2021. *Annual report for 2021,* Gaza Strip: International Committee of The Red Cross.

ICRC, 2022. Frequently asked questions on the rules of war. 7 MARCH, pp. 1-4.

Jeanne, M., 2008. White Paper on the Legal Issues Implicated in the Most Recent Israeli Attacks on Gaza. *Guild Prac,* Volume 65, p. 172.

Kimberly A, S.-C., Herczog, M. & Philip, C., 2011. The new UN CRC general comment 13: "The right of the child to freedom from all forms of violence"—changing how the world conceptualizes child protection. *APA PsycInfo,* 35(12), p. 979–989.

Najjar, F., 2021. *Aljazera.* [Online] Available at: https://www.aljazeera.com/news/2021/5/25/in-ravaged-gaza-reconstruction-impeded-by-draining-challenges [Accessed 21 2 2023].

Nakhle, A., 2021. International Humanitarian Law: The Principle of Proportionality and Military Operations. *ResearchGate* .

News, U., May 2022. *Security Council calls for 'full adherence' to Gaza ceasefire, focus on two-State solution,* Gaza Strip: UN News.

Nidal Al-mughrabi & Helle, J., May 14, 2021. *Gaza conflict intensifies with rocket barrages and air strikes,,* Gaza Strip: Reuters.

OCHA, 2021, May 28, . *Occupied Palestinian Territory: Response to the escalation in the oPt Situation Report No. 1: 21-27 May 2021," OCHA, May 28, 2021.* OCHA: OCHA.

OCHA, July 2015. *Gaza Strip: Humanitarian Impact of Blockade – OCHA factsheet/ infographic,* Gaza Strip: Office for the Coordination of Humanitarian Affairs.

OCHA, May 2021. *Gaza Strip : Escalation of Hostilities,* Gaza Strip: UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs.

oPt, 2021. *"Response to the escalation in the oPt | Situation Report No. 10 (September 2021)".* s.l.: OCHA.

PCHR, May 20, 2021. *Weekly Report on Israeli Human Rights Violations in the Occupied Palestinian 11 -19 May 2021,* Gaza Strip: Palestinian Centre for Human Rights.

resolution, G. A., 1989. *Convention on the Rights of the Child,* Geneva: United Nation Human Rights.

Secretary-General, 2014. *Children and armed conflict UN,* New York: United Nations Secretariat.

Security Council, 2011. *United Nations Security Council Resolution 1998,* s.l.: United Nations Security Council.

Smith, J., 2002. Child Protection Handbook. *Journal of Paediatrics and Child Health,* Volume 38, pp. 430-431.

STAFF, T., 2021. *The time of Israel.* [Online] Available at: https://www.timesofisrael.com/photos-show-hamas-tunnel-dug-underneath-courtyard-of-unwra-school-in-gaza/ [Accessed 21 2 2023].

Tavassoli Naini Manuchehr, 2011. Education right of children during war and armed conflicts. *Procedia – Social and Behavioral Sciences,* Volume 15, pp. 302-305.

UNRWA, 2019. *UNRWA IN GAZA – KEY STATISTICS,* Gaza Strip: United Nation relief and works agency for palestenian refugees.

UNRWA, 2021. *Annual report 2021,* Gaza Strip: United Nation Relief and Works Agency.

Дима Зиад Албураи
Универзитет у Дебрецину
Правни факултет
dem.a91@hotmail.com
ORCID ID: 0009-0006-8207-1583

Заштита школа у зонама сукоба у Појасу Газе према међународном хуманитарном праву

Сажетак: *Ради објашњења изазова и утицаја које оружани сукоб има на остваривање права на образовање, у раду је анализирано насиље које је предузето против школских објеката у Појасу Газе из перспективе међународног хуманитарног права (МХП). У раду су идентификоване врсте насиља и предложени су начини за унапређење примене МХП на плану њиховог спречавања. Штавише, размотрена је политика која има за циљ смањење штетног утицаја тог насиља и предложени су начини реаговања на облике угрожавања дечијих права у току рата. У раду је објективно сагледана ефикасност МХП које је примењено на плану заштите образовног система у Појасу Газе од напада који су се десили 2021. године.*

У раду је коришћен квалитативни приступ као примарни метод истраживања на који начин образовне институције у току оружаног сукоба треба да буду заштићене према МХП. У раду је описан значаја заштите образовних институција које похађају деца за време оружаних сукоба. Процена угрожености деце размотрана је у контексту ескалације израелских напада на Појас Газе у мају 2021. године. Највише података прикупљено је коришћењем различитих медија као што су телефонски полуструктурисани интервјуи и комуникација путем е-поште, затим анализом оригиналних докумената, као и од удружења која се баве заштитом дечијих права у Појасу Газе; поред тога, размотрени су и други секундарни извори, као што су анализа претходно прикупљених података, поуздани новински извори и објављена научна истраживања.

Континуиране војне операције широм Појаса Газе представљају озбиљну претњу по безбедносно окружење у коме деца треба да стекну висококвалификовано образовање. Ваздушни и ракетни напади довели су у питање безбедност 637.195 ученика. Други извештаји говорили су о томе да су израелски ваздушни напади уништили преко 184 школе током 2021. године и нанели делимичну или озбиљну штету другима. У другим извештајима наведено је да су ученици и наставно особље доживели различите облике депресије, а поред страха због блокаде, посебно су показали страх од асиметричног ратовања.

Истраживање је показало да постоји доста простора да се у будућности ради на унапређењу норми МХП које регулишу управљање образовним објектима и њихову заштиту. Познато је да су бројна деца погинула и школе претрпеле делимично или потпуно уништење као резултат војних активности. Истовремено, документовано је и да је ниво насиља према образовним установама и школама достигао незапамћен ниво у последњих десет година.

Кључне речи: *Заштита деце, Међународно хуманитарно право, Насиље над децом, Окупиране палестине територије, Палестински центар за људска права.*

Датум пријема рада: 02.05.2023.
Датум достављања коначне верзије рада: 13.07.2023.
Датум прихватања рада: 14.11.2023.

Прегледни рад 343.143
doi:10.5937/zrpfns57-43423

Svjetlana P. Dragović
The Republic of Srpska
Ministry of the Interior
Administration for Police Training
svjetlanadragovicns@gmail.com
ORCID ID: 0009-0008-7403-1957

PERJURY AND WRONGFUL WITNESS TESTIMONY IN CRIMINAL PROCEEDINGS

***Abstract**: Execution of evidence using witnesses consists of hearing (examining) witnesses, i.e. taking testimonies from witnesses. Witnesses represent the most commonly used evidence and their testimony, regardless of all shortcomings that follow this evidence, is very important and still irreplaceable evidence in criminal proceedings.*

The court can only base its decision on true testimony. The witness is obliged to make a true testimony. Giving false testimony (perjury) is a criminal offense. However, certain shortcomings and errors in processes that make a testimony, as well as the way "taking" testimony from witnesses, can lead to perjury. The wrongful testimony is not perjury, nor is the wrongful testimony a criminal offense.

In order to make the difference between perjury and wrongful testimony even clearer, the author will first define what is testimony and explain its structure from the judicial-psychological aspect, and then point to the difference between perjury and wrongful witness testimony in criminal proceedings.

***Keywords**: criminal proceedings, witness, perjury, wrongful testimony.*

THE CONCEPT AND THE STRUCTURE OF TESTIMONY

The testimony, in the judicial-psychological sense, is a unique psychological phenomenon consisting of four interconnected and functionally conditioned psychic processes: perception, memorizing, thinking, and expressions.

Perception, in the shortest, represents direct knowledge of the subject and occurrence through the senses. Perception is a very complex process consisting of several different processes, primarily choices or selection between a large number

of sensations acting on a person's senses, and then organizing them in units and interpretations of those units. A person is always exposed to a large number of sensations, but perceives only a limited number of them, binds them into certain units, and gives them a certain meaning based on his/her experience. Not only the experience but also needs, wishes, and expectations, affect the perception of a person. Motivation also affects the contents of perception.[1] When it comes to witnesses, the specific situation in which they perceive the situation also affects their perception. „A high degree of stress which is a common side effect of attending criminogenic situations affects the reduction of perception reliability. The extremely fast increase in the amount of adrenaline in the blood, which is a characteristic body reaction to a stressful situation, can make someone run faster, or fight better, making them feel they have enough strength to withstand the situation, but it does not them to notice and remember more detail. Research has shown that people under stress remember less detail, are less accurate in reading numbers, and are less confident when detecting signals from the environment. In such circumstances, they pay more attention to their well-being and security than some, for them – irrelevant, environmental details."[2] It is important to mention that perception can be disturbed for some people. Perception disorders are categorized as agnosia, illusions, and hallucinations. Agnosia is the inability to recognize with preserved senses, illusions are misinterpreting (most commonly occurring in special affective conditions or due to non-facility observations (man sees, hears, or feels something that does not exist).[3]

Perception is important in the testimony process because the subjectivity of perception exists in its very definition ("subjective reflection of objective reality"). "When the witness starts interpreting, then the subjectivity of the act of interpretation is emphasized. Therefore, examining witnesses is usually asking to only describe, but not to interpret the facts he perceived ".[4]

Memorizing, as an elementary learning function, is another integral part of the testimony and consists of several mental processes: reminiscing, retaining or retention, and remembering (recognition and reproduction). „Human memory is a storage and extraction system of information, information that, of course, our

---

[1] See more in: Никола Рот, *Општа психологија*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд 1990, 66-93.

[2] Марина Ајдуковић, *Одабране теме из судске психологије – Психологија свједочења и исказа*, Правни факултет Свеучилишта у Загребу, Загреб 2007, 48.

[3] "Fear is not only a motive for conscious perjury but also a common cause of unintentional misconduct of the benevolent witness. Intense fear can cause real illusions or hallucinations during event perceptions." Снежана Беркић, „Зашто нам је потребна заштита сведока", *Правни живот – часопис за правну теорију и праксу* 9/2005, 837.

[4] Михаило Лукић, Самуило Пејаковић, Јован Марић, *Правна медицина – судска медицина и психопатологија*; Научна књига, Београд 1990, 288-289.

senses occurred."[5] Memory is influenced by numerous factors: conserved consciousness, undamaged attention, repetition of perceptions, will to remember something, current mood, and emotions. They are all very significant and must be taken into account when assessing witnesses and their statements. For example, if the witness is not related to the event and is not interested in it, there is a possibility to remember a minimum of what happened. Or, if it is influenced by great fear or anger, if emotional tension is present, they will not remember the details.[6] Also, special psychological conditions such as alcoholism, drug intoxication, fatigue, etc., reduce memory function. The length of perception of an event is important for memorizing it.[7] We must also have in mind the process of forgetting, which is a regular phenomenon. "For the psychology of testimony, it is especially important to remember that details of an event can be lost, i.e. forgotten, but that what we remember changes, i.e. there is a systematic distortion of memory traces. So what is stored in our memory is often not an accurate reflection of the original information."[8] Regarding memory disorders, amnesias have the greatest forensic significance.[9] Considering the fact that persons who have memory disorders also have a capacity for common judgment compromised, this must be taken into account when dealing with witnesses and their statements.

„Thinking is a psychological function that man uses to fulfill its biological, social, and learning needs."[10] It is said to be a complex activity characteristic of humans. „A man rarely remains on what is given to him by senses, but regularly evaluates what he perceives ".[11] In clinical practice, we differentiate concrete and

---

[5] Алан Бедли, *Људско памћење-теорија и пракса*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд 2004, 9.

[6] „For the credibility of testimony, it is important to remember extremely significant or highlighted events very lively. Unfortunately, such alive and detailed memory isn't always true. The thing is that the liveliness of the memory is one of the most important factors of the subjective safety of eyewitnesses in what they claim, and is important in order to assess their testimony as credible by judges and jurors." М. Ајдуковић, 38.

[7] „It is known that the longer time interval eyewitness has had to perceive some face or evidence, it is more likely that this information will „process" and store in long-term memory. The question is how much the minimum viewing duration is needed to remember a certain happening, i.e. the face of the perpetrator of some crime Experimental research has shown that for remembering the face, 10 seconds of watching is enough". М. Ајдуковић, 47.

[8] М. Ајдуковић, 40.

[9] There is posttraumatic, retrograde, and anterograde amnesia. Posttraumatic amnesia occurs after a severe injury to the head and represents the state of relative confusion during which patients can have a problem following current activities, to understand where they are or remember what they are shown. Retrograde amnesia is characterized by difficulty recalling events before the accident, with recent memory being affected the strongest. Contrary to retrograde amnesia, anterograde amnesia deals with problems in current memory and learning new skills. See more: А. Бедли, 296–297.

[10] Р. Ковачевић, 51.

[11] Н. Рот, 131.

abstract thinking. Concrete thinking or, as it is also called primitive, archaic thinking, is seen in uneducated people. It is characterized by poverty in concepts and by mysticism, i.e. attributing supernatural powers to certain things and phenomena. Abstract thinking is characterized by a wealth of concepts, easy and quick expression of feelings, description of events, and quick assessment of the situation. The thinking process is closely related to motives and emotional processes.[12] Although motives and feelings drive thinking, they can very often lead to wrong solutions and conclusions, e.g. we describe and evaluate the qualities and actions of the people we love differently and more positively than the qualities of other people. That's why this fact should be taken into account when evaluating the testimony of a witness, especially if the testimony refers to a witness of a close person. Thinking, as a psychological function, can also be deranged. Thought disorders (or thinking disorders) differ in form (morbid extensiveness, slowness of thought flow, flood of ideas, and dissociated thinking) and in content (delusional ideas and overestimated ideas).[13] Disorder in the witness's opinion certainly affects his testimony. Delusional ideas have the greatest forensic significance. Considering that thinking is an integral part of reasoning, it is very important to correctly determine the thought process of a person.

Thinking and testifying are closely connected.[14] Testifying comes down to "restoring earlier impressions in the form of representations and expressing previously perceived and remembered".[15] Witnesses, thanks to the communicative function of speech, convey what they have seen, heard, or otherwise learned. However, communication between people is not always simple and successful. The reason for difficulties is that many words have multiple meanings, so it very often happens that "people use the same words but mean different things".[16] That is why, when communicating with the witness, it is necessary to determine what exactly he meant by what he said in his testimony.

In criminal proceedings, the judge evaluates the testimony of the witness, and the main problem in the evaluation is to determine whether the testimony of

---

[12] „Emotions affect thinking (a strong emotion such as fear can make it difficult to think clearly), and thinking affects emotions (thoughts about the consequences of being caught in a lie or being inconclusive increase fear. P. Ekman, *Razotkrivene emocije*, Zavod za udžbenike, Beograd, 2011, 274.

[13] Р. Ковачевић, 52.

[14] Some authors even reduce thinking to speech, stating that thinking is internal and voiceless speech and calling thinking verbal behavior. However, as Roth states, the connection between thinking and speaking does not mean that they are one and the same and that thinking can be reduced to speaking. This is confirmed by a series of facts, e.g. opinion also exists in living beings that do not possess speech (the case of small children) or e.g. the fact that the same thought can be expressed in different words. See more: Н. Рот, *Опшша психологија*; Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1990, 138–139.

[15] Н. Делић, *Појам и структура исказа – судскопсихолошки аспект,* Годишњак Правног факултета, година II, 2/2011, 25.

[16] Н. Рот, 139.

the witness matches the actual situation. There are truthful and accurate (or rightful) statements or testimonies in which the situation witness declares matches what happened in reality, and there are perjuries and wrongful testimony. The judge first determines whether the testimony is truthful or is perjury, and then whether it is rightful or wrongful.

A PERJURY AND WRONGFUL WITNESS TESTIMONY

When we think about testimony in the procedural-legal sense, it is determined as a means of proof, as a statement that someone gives as a participant in the process, as a result of hearing and establishing the facts.[17] Thus, we say that the testimony of a witness is "the statement of a person, who is not a procedural subject, given to the court about the sensory perception of some fact from the past important for the subject of the trial, with the aim of proving it".[18] From this definition, several basic properties of witness testimony emerge. First, witness testimony is a statement that the witness gives, as a rule, in oral form. Second, witness testimony is a reproduction of sensory perception of facts from the past.[19] And third, witness testimony is a statement given to the court during the proceedings. Any other statement given to another authority outside of criminal proceedings is not a witness statement.

Testifying in criminal proceedings is not voluntary. It is an obligation that cannot be refused and applies to all persons, regardless of position, function, education, intelligence, age, etc. „A competent witness is a person who: understands the duty to tell the true and can narrate the events in question."[20] The law does not prescribe any conditions when it comes to a person's mental or physical condition either. The age limit is determined by the ability of the witness to reason and testify. This means that children, the elderly, the deaf, the mentally ill, and the drunk can all be witnesses...[21]

---

[17] See more: *Одабране теме из судске психологије – Психологија сведочења и исказа*, Правни факултет Свеучилишта у Загребу; Загреб, 2007, 29-44.

[18] Момчило Грубач, *Кривично процесно право – четврто измењено и допуњено издање*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду, ЈП „Службени гласник", 2006, 267.

[19] The witness testimony is a reproduction of the sensory perception of the facts, it is not the judgment of the witness about them. The sensory perception of witnesses can be direct or indirect. The facts about which the witness testifies are from the past and relate to the criminal offense, the perpetrator, or some other important circumstances of the case.

[20] Judy Hails, *Criminal Evidence*, 2013, 145.

[21] Although testifying is the obligation of all persons and although the law does not exclude any category as absolutely incapable of testifying, there are still persons who have the right to refuse to testify, as well as persons who are not capable of testifying and whose statements cannot be taken even when they wish to give them.

The duty of the witness is to give a testimony, not just any, but a truthful testimony. Before testifying, the witness is reminded that his testimony must be truthful and that he must not keep anything silent. Giving a false testimony – perjury is a criminal offense.[22] A criminal offense has several forms and the act of execution in all forms consists of giving perjury. [23]

„False testimony is not uncommon in practice; it hinders the establishment of the truth in a case, makes it difficult to collect evidence and expose those responsible in a criminal case. The essence of false testimony lies in its negative social and legal colouring and requires law enforcement agencies to react appropriately, namely, to apply knowledge of both psychology and criminal tactics.“[24]

The question arises, what exactly is perjury?[25] First, it should be noted that there are several types of lies. Direct or outright lying is such in which a person gives information that is completely different from what he believes to be true. A slightly milder form of lying is an exaggeration. And, finally, there is subtle lying, in which the person tries to mislead the listener.[26] In each of these cases, lying is knowingly and intentionally providing false information.

When it comes to perjury, there are two theories. According to the subjective theory, perjury is a statement that does not correspond to the representation of the one giving the statement, that is, when there is a discrepancy between his statement and what he considers to be true. “If someone offers an inaccurate description of what actually happened, that does not necessarily mean that that person intended to deceive us and, if there is no intent to deceive us, such an inaccurate description should not be regarded as a lie.”[27] „If someone really believes that he experienced something – saw, heard, felt – even if it does not correspond to reality, that person is not lying. He gives wrongful testimony, but not perjury.“[28] Perjury, according to the objective theory, is a statement whose content does not correspond to reality, a statement that contradicts the factual situation.

---

[22] The punishment for false testimony was foreseen even in the first criminal code by Prota Mateja Nenadovic: “Whoever swears falsely and testifies falsely, he must pay for all the damage for which he testified, be punished with sticks, and never be trusted again, he always has to be declared a lier.” Тома Живановић, *Ошшии део основа кривичної права*, Београд 1921, 38.

[23] Perjury given in a criminal proceeding is a serious form of this criminal offense. The reason is the fact that this kind of statement, as a rule, can cause significantly more serious consequences than is the case with other proceedings.

[24] Igor Olegovich Antonov, Guzel Vilsurovna Burganova, Yulia Mukhametdinovna Nasyrova. (2021). The Concept of Lie and Its Identification in Criminal Proceedings. Propósitos y Representaciones, 9(SPE2), e1005. http://dx.doi.org/10.20511/pyr2021.v9nSPE2.1005

[25] „A lie is a statement that is 1. false, 2. insincere (a statement that the speaker belives is false), and is intended to deceive others“. Laurence R. Horn, *From Lying to Perjury, Linguistic and Legal Perspectives on Lies and Other Falsehoods*, Walter de Gruyter GmbH & Co KG, 2022, 16.

[26] M. Ајдуковић, 58.

[27] Pol Ekman, *Laganje*, Mediterran publishing, Novi Sad, 2010, 305.

[28] M. Ajduković, 57.

A witness can lie by making an untrue statement (active lie) when he knows that his statement is contrary to the truth, which is what he wants. Also, a witness can lie by intentionally keeping silent (passive lying) about certain facts. In the literature, you can also find the so-called blind testimony. A blind statement "is considered such a statement when the interrogator himself does not know whether what he is saying is a lie or the truth. A witness, for example, is ashamed of an incomplete statement and lies to cover up his lack of knowledge."[29]

The concept of a false statement in terms of the criminal offense of perjury includes both components. First of all, the statement should be objectively false, that is, the statement should not agree with the real state of facts. In addition to this, a false statement in the concept of perjury must include the witness's intention to give an untrue statement, that is, the awareness that he is giving a statement that is not objectively true. "Perjury is a statement that contains the affirmation of untrue facts or the denial of true ones."[30] The statement does not have to be completely false for the existence of a criminal offense – it is enough that the part of the statement is false for it to be a criminal offense. The obligation of the witness is to give a complete statement, he or she must not keep silent about the facts that are known to them and about which they are being questioned. As for the concealment of relevant facts, in the sense of whether the concealment also constitutes the criminal offense of perjury or not, there is no unified position. However, the duty of the procedural authority is to warn the witness that he (or she) is obliged to tell the truth and that he (or she) must not keep anything silent, as well as to inform the witness that perjury is a criminal offense. This incrimination seeks to suppress behavior that jeopardizes the correct determination of facts in court proceedings.[31]

There are various reasons why a witness makes perjury. "Mentally healthy people lie for rational reasons"[32]. The most common motives are love, friendship, hatred and revenge, frivolity, venality, and fear. Perjury can happen for any form of interest of the witness in the outcome of the procedure, due to e.g. family ties, acquaintances, personal or business interest, involvement in a criminal offense, etc.

---

[29] Vladimir Vodinelić, *Kriminalistika*, Prosveta, Beograd, 1970, 133.

[30] Зоран Стојановић, *Коментар кривичног законика – треће допуњено издање*; ЈП „Службени гласник"; 2009, 722.

[31] The means used to ensure a true and complete witness testimony is the witness's oath. The oath is intended to contribute to the credibility of the testimony. An oath can be promissory or affirmative. A permissive oath is a promise that the witness will tell the truth, while an affirmative oath confirms the truthfulness of his testimony. The oath is taken before the judge, that is, the president of the council. The text of the oath is prescribed by the corresponding law and, as a rule, the oath is taken at the main trial, by the oral reading of its text by a witness or by confirmation of the witness after the authority of the procedure has read it, although it can exceptionally happen before the main trial. Special rules for taking an oath apply to certain categories of persons (mute, deaf-mute, blind witnesses). Also, there are certain categories that cannot take an oath.

[32] V. Vodinelić, 133.

If the testimony of the witness does not match what actually happened, it does not mean that it is perjury. In addition to truthful testimony and perjury, a witness can also give wrongful testimony. The wrongful testimony of a witness is the result of various circumstances.

First, the psychological characteristics of the witness should be taken into account, starting with his abilities to perceive, remember (or memorize), think, and express himself. These abilities are developed differently in everyone, and they can also be deranged, which certainly affects the accuracy of statements. Furthermore, witnesses' interests, previous knowledge, and experience can also have an impact on what and to what extent the witness will perceive and remember. Prejudices and stereotypes can also affect the accuracy of perception. Furthermore, the situation in which the witness has to testify, as a rule, is not something that the witness expected and planned. Initial surprise, fear, or lack of interest in the event leads to a wrong perception, that is, to a failure in perception. The high level of stress that witnesses are in at the time of the commission of a criminal offense also affects their perception.

The second group of factors that can lead to wrongful testimony is related to the circumstances under which the witness observed the commission of the crime. The witness is asked to describe the situation, the perpetrator, from a period when he may not have been interested in what was happening. The length of observation of an event has an effect on memory. The longer he watched, the more likely he would remember. In addition, the execution of a criminal offense can be accompanied by speed, a lot of stimuli, a lot of information, the presence of a large number of people, poor visibility, and similar circumstances that make it difficult for the witness to see and hear what is really happening.

Finally, the interrogation (and the way it is conducted) can lead to wrongful testimony. „Criminal offense is a complex event about which an eyewitness acquires and retains a certain amount of information. Police interrogation of eyewitnesses, the process of identifying a suspect, the display of photo-robots, and similar real-world circumstances provide many opportunities for the introduction of information that is potentially misinforming."[33] The witness is always first asked to say everything he knows about the case, and then he is asked questions for checking and clarification. This method of witness hearing is the most reliable. Witnesses, according to their memory, state what they remember best and what they are most sure of. Their statement contains less information and details, but what is presented this way is the most credible. After his statement, in order to clarify or add to it, the witness is asked questions. „In all attempts to learn something more from witnesses than they themselves stated, there is a great danger of getting less credible answers."[34] When asking questions, a person should be very

[33] *Ibid, 52* .

[34] M. Ajduković, 53.

careful, it is not allowed to use deception or ask so-called suggestive questions. A wrongful testimony of a witness can also be a consequence of conformity. Witnesses can fall to the expectations, demands, or even pressure of other witnesses and give a statement that is closer to the statement of those other witnesses.

A wrongful statement, like perjury, does not reflect the real facts exactly as they happened, but a wrongful statement is not a reflection of the will and intent of the witness, therefore giving a wrongful statement does not constitute a criminal offense.

CONCLUSION

Witness testimony is a unique psychological phenomenon in which the processes of perception, memory, thinking, and stating are closely related to each other. Most often, errors in these processes lead to wrongful testimony. A wrongful testimony can also be a consequence of the circumstances under which the witness perceived the event, as well as the way the witness was questioned. Perjury and wrongful testimony have a discrepancy with reality in common. The difference is that perjury is intentionally, knowingly, and willingly giving a false statement. This is exactly why, unlike giving a wrongful testimony, perjury is a criminal offense. A truthful testimony is also rightful testimony. An inaccurate or misleading statement in testimony is actually an unconsciously untrue statement.

First, the judge determines whether the testimony is truthful or is it perjury, and then whether it is rightful or wrongful. He can base his decision only on truthful testimony. The fact that the court accepted the testimony of a witness does not mean that the testimony is absolutely truthful, just as the fact that the court did not accept the testimony of a witness does not mean testimony was perjury. In criminal proceedings, one tries to find out the truth about the facts to the greatest extent possible. It is important to mention that the truth in criminal proceedings is relative because all the elements used to determine it are also relative.

REFERENCES

Ајдуковић, М.: *Одабране теме из судске психологије – Психологија свједочења и исказа*; Правни факултет Свеучилишта у Загребу; Загреб; 2007.

Бедли, А: *Људско памћење – теорија и пракса*; Завод за уџбенике и наставна средства; Београд; 2004.

Бркић, С.:*Зашто нам је потребна заштита сведока*; објављено у: Правни живот – часопис за правну теорију и праксу 9/2005; стр. 837-847.

Vodinelić, V.: *Kriminalistika*; Prosveta; Beograd; 1970.

Грубач, М.: *Кривично процесно право – четврто измењено и допуњено издање*; Правни факултет Универзитета Унион у Београду; ЈП „Службени гласник“; 2006.

Делић, Н.: *Појам и структура исказа – судскопсихолошки аспект,* Годишњак Правног факултета, година II, 2/2011.

Димитријевић, В. Д.: *Кривично процесно право – осмо допуњено издање*; Савремена администарција; Београд; 1982.

Ekman, P.: *Laganje*; Mediterran publishing; Novi Sad; 2010.

Ekman, P: *Razotkrivene emocije*; Zavod za udžbenike; Beograd; 2011.

Живановић, Т: *Општи део основа кривичног права*; Београд; 1921.

Ковачевић, Р: *Форензичка психијатрија*;Правни факултет у Бањој Луци; Београд; 2000.

Лукић, М., Пејаковић, С., Марић, Ј.: *Правна медицина – судска медицина и психопатологија*; Научна књига; Београд; 1990.

Olegovich Antonov, I, Vilsurovna Burganova, G., Mukhametdinovna Nasyrova, Y.: *The Concept of Lie and Its Identification in Criminal Proceedings*, Propósitos y Representaciones, 9(SPE2), e1005, 2021. http://dx.doi.org/10.20511/pyr2021.v9nSPE2.1005

Рот, Н.: *Општа психологија*; Завод за уџбенике и наставна средства; Београд; 1990.

Simović, N. M., Simović, M. V., Govedarica, M.: *Krivično procesno pravo – Uvod i opšti dio*, šesto izmijenjeno i dopunjeno izdanje; Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću; 2021.

Стојановић, З: *Коментар кривичног законика – треће допуњено издање*; ЈП „Службени гласник“; 2009.

Hails J.:, *Criminal Evidence*, 2013, 145.

Horn R. Laurence: *From Lying to Perjury, Linguistic and Legal Perspectives on Lies and Other Falsehoods*, Walter de Gruyter GmbH & Co KG, 2022, 16.

Свјетлана П. Драговић
Министарство унутрашњих послова Републике Српске
Управа за полицијско образовање
svjetlanadragovicns@gmail.com
ORCID ID: 0009-0008-7403-1957

Лажан и погрешан исказ свједока у кривичном поступку

***Сажетак**: Извођење доказа свједоцима се састоји у саслушавању (испитивању) свједока, односно узимању исказа од свједока. Свједоци представљају најчешће коришћено доказно средство и њихов исказ, без обзира на све мањкавости које прате ово доказно средство, веома је значајан и још увијек незамјенљив доказ у кривичном поступку.*

Суд своју одлуку може заснивати само на истинитом исказу. Свједок је дужан да дâ истинит исказ. Давање лажног исказа представља кривично дјело. Међутим, одређени недостаци и грешке у процесима који чине исказ, као и сам начин „узимања" исказа од свједока, могу довести до погрешног исказа. Погрешан исказ није лажан исказ, нити је давање погрешног исказа кривично дјело.

Како би се јасније направила разлика између лажног и погрешног исказа, аутор ће у раду прво дефинисати исказ и објаснити његову структуру са судскопсихолошког аспекта, а затим указати на разлику између лажног и погрешног исказа свједока у кривичном поступку.

***Кључне речи**: кривични поступак, свједок, лажан исказ, погрешан исказ.*

Датум пријема рада: 17.03.2023.
Датум прихватања рада: 20.11.2023.

Прегледни рад 342.7-054.73(439+594)
doi:10.5937/zrpfns57-44287

Mohammad T. Bahri
University of Szeged
Faculty of Law and Political Sciences
bahri.mohammad.thoriq@stud.u-szeged.hu
ORCID ID: 0000-0003-0913-5342

BETWEEN LEGAL FORTRESS AND UNCERTAINTY: COMPARATIVE ANALYSIS OF THE REFUGEE LAW FRAMEWORKS IN HUNGARY AND INDONESIA

Abstract: *This study compares the legal frameworks of Hungary and Indonesia in dealing with the massive influx of refugees in their respective countries. While Hungary has successfully reduced the number of asylum seekers through a "fortress" approach using its Asylum Act of 2007, Indonesia's legal framework, as seen in Presidential Regulation 125/2016, lacks the procedures for converting asylum seekers into refugees. This is compounded by the absence of a refugee status determination process in Indonesia, making it challenging to provide assistance to increasing numbers of asylum seekers entering the state yearly. To address this problem, Indonesia must first make national legal changes that reflect its sociopolitical realities before ratifying the 1951 Refugee Convention and the 1967 Protocols. In contrast, Hungary's legal framework, while effective in reducing the number of asylum seekers, has been criticized for being restrictive and failing to respect human rights.*

Keywords*: Refugee Law, Asylum Seeker, Legal Fortress, Hungary, Indonesia; 1951 refugee convention; 1967 protocols.*

1. INTRODUCTION

The issue of refugees and asylum seekers has gained significant attention in recent years due to the unprecedented number of forcibly displaced people worldwide. As of 2022, there were over 82 million forcibly displaced people, including refugees, asylum seekers, and internally displaced persons, reports that 26.4 million people were refugees. Of these, 4.1 million were awaiting the outcome of asylum

claims, while 48 million people were internally displaced[1]. The numbers have continued to rise in recent years due to ongoing conflicts, political instability, and climate change[2]. For instance, the war in Syria has led to the displacement of over 6 million Syrians, while the conflict in Yemen has displaced more than 4 million people[3]. The numbers are expected to rise in the coming years due to ongoing conflicts, political instability, and climate change[4]. Refugees and asylum seekers face numerous challenges, including the risk of violence, persecution, and discrimination in their home countries. They often flee their homes and seek refuge in neighboring countries or countries further afield in the hope of finding safety and security. However, their journey is often perilous, and their reception in their host countries can be uncertain, particularly if they are not legally recognized as refugees[5]. The situation has created enormous challenges for both refugees and host countries, leading to a need for a robust legal framework to protect the rights of refugees and ensure their effective integration into their host communities.

The response of countries to the refugee crisis varies widely. Some countries have taken measures to provide protection and support for refugees, while others have implemented restrictive policies that limit their access to basic rights and services[6]. The treatment of refugees and asylum seekers is governed by national and international legal frameworks, including the 1951 Refugee Convention and its 1967 Protocol, which establish the rights and obligations of both refugees and states.

Hungary is a member of the European Union (EU) and has been an important point of entry for refugees seeking asylum in the EU, since it acts as the EU's out border that faces east, with 177.135 people entering the EU through Hungary in 2015 only [7]. However, the state's response to the crisis has been controversial, with a restrictive legal framework and a series of policies aimed at deterring asylum seekers[8]. Furthermore, the actions have been widely criticized for their harsh

---

[1] IOM, "World Migration Report 2022," *IOM World Migration Report Series* 1, no. 1 (2021): 1–259, https://publications.iom.int/books/world-migration-report-2022.

[2] EUAA, "Asylum Report 2022" (Brussels, 2022), https://doi.org/10.2847/500804.

[3] Dylan Lasrado, Sandeep Ahankari, and Kamal K. Kar, "Global Trends Forced Displacement in 2021" (Geneva, 2021), https://doi.org/10.1007/978-3-030-68364-1_10.

[4] Photo Jan and Grarup Drc, "By 2023 Displacement Will Have Doubled over a Decade, New Report Predicts," Press Release (Copenhagen, 2023).

[5] Seraina Rüegger, "Refugees, Ethnic Power Relations, and Civil Conflict in the Country of Asylum," *Journal of Peace Research* 56, no. 1 (2019): 42–57, https://doi.org/10.1177/0022343318812935.

[6] Thomas Gammeltoft-Hansen and Nikolas F. Tan, "The End of the Deterrence Paradigm? Future Directions for Global Refugee Policy," *Journal on Migration and Human Security* 5, no. 1 (2017): 28–56, https://doi.org/10.1177/233150241700500103.

[7] Szilvia Borbely, "Integration of Refugees in Greece, Hungary and Italy," *EU Official Journal*, 1, 1, no. 1 (2017): 1–23, https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/614194/IPOL_STU(2017)614194(ANN02)_EN.pdf.

[8] Sabine Hess and Lena Karamanidou, "The Expanding Significance of Borders for the European Migration Regime After 2015," 2015, 45–65.

policies towards refugees and asylum seekers. The state has been accused of violating international law and failing to provide adequate protection for those seeking refuge[9]. The Hungarian government has implemented measures such as building a border fence, restricting access to asylum procedures, and criminalizing the provision of assistance to refugees[10]. In contrast, Indonesia, a state located in Southeast Asia, has recently taken steps to improve its treatment of refugees and asylum seekers. Despite not being a signatory to the 1951 Refugee Convention and its 1967 Protocol, Indonesia has enacted a new refugee law and established a national refugee legal framework to provide protection and assistance to refugees, which is the Presidential Regulation No. 125/2016, however, challenges remain, including limited resources and a lack of capacity to process and integrate refugees into society[11]. The lack of consistent legal frameworks for refugee protection has been identified as a critical issue[12]. Effective legal frameworks are essential to ensure that refugees and asylum seekers receive adequate protection and support. They also help to prevent human rights abuses and ensure that countries are meeting their international legal obligations.

In recent years, studies have highlighted the critical role of legal frameworks in ensuring the protection of refugees and their integration into host communities[13]. This study will add to this body of literature by examining the legal frameworks governing refugees in Hungary and Indonesia and comparing them to identify any gaps or deficiencies in their refugee laws. Given that Hungary and Indonesia have similar political viewpoints, a comparison between them is highly intriguing. Hungary implemented the *"organized disintegration"* as a political movement to prevent asylum seekers and refugees to be part of the Hungarian citizen, with the spirit of *"protecting the state sovereignty*"[14]. In the same way, Indonesia is implementing the *"selective policy"* as the political structure, which means the government of Indonesia is refusing any kind of asylum seeker or refugees who entering their

[9] Amnesty International, "Fenced Out. Hungary's Violations of the Rights of Refugees and Migrants," 2015, 1–26, https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR2726142015ENGLISH.pdf.

[10] Anikó Bernát et al., "Borders and the Mobility of Migrants in Hungary," *CEASEVAL* 1, no. 29 (2019): 7–10, http://ceaseval.eu/publications/29_WP4_Hungary.pdf.

[11] Susan Kneebone, Antje Missbach, and Balawyn Jones, "The False Promise of Presidential Regulation No. 125 of 2016?," *Asian Journal of Law and Society* 8, no. 3 (2021): 431–50, https://doi.org/10.1017/als.2021.2.

[12] James C. Hathaway and Michelle Foster, *The Law of Refugee Status* (Cambridge University Press, 2014), https://doi.org/10.1017/CBO9780511998300.

[13] Craig Damian Smith, "Policy Change, Threat Perception, and Mobility Catalysts: The Trump Administration as Driver of Asylum Migration to Canada," *International Migration Review*, 2022, 1–32, https://doi.org/10.1177/01979183221112418.

[14] Şahizer Samuk, *Can Integration Be Temporary? The (Dis)Integration of Temporary Migrant Workers in Canada and the UK*, *IMISCOE Research Series*, 2020, https://doi.org/10.1007/978-3-030-25089-8_4.

territory[15]. In general, Hungary and Indonesia are only acting as transiting countries, without any political will to receive that asylum seekers or refugees legally.

However Hungary has a long history of admitting refugees, as evidenced by the more than 400.000 asylum seekers who applied to the Hungarian government following the fall of the Habsburg Dynasty between 1918 to 1922, which were governed by the Trianon Agreement at the time[16]. Indonesia, on the other way, has no previous experience in handling the asylum seeker from the overseas in terms of legal standing. The asylum seeker and refugees mostly originated from the Middle East, North Africa, and South Asia (Myanmar, Bangladesh, and Laos), only transiting through Indonesia, before reaching their primary destination, such as Australia; however, they cannot enter Australia territories before the UNHCR declaring their status as the refugees, then most of them are *"trapped"* in Indonesia and treated as undocumented migrants which potentially violating the human rights[17]. Furthermore, Hungary has "controversially" managed its refugee population during the 2015 crisis, as evidenced by the decline in the number of applications for asylum, which went from 174.000 in 2015 to only 5838 in 2021[18]. On the other hand, the number of asylum seekers in Indonesia is rising quickly; in 2022 alone, there were over 13.899 asylum claimants entering Indonesian territory[19].

The study will use a comparative analysis approach to identify similarities and differences between the legal frameworks governing refugees in Hungary and Indonesia. The analysis will focus on several key areas, including the legal definition of a refugee, access to asylum procedures, detention and deportation policies, and refugee integration policies. By examining these key areas, the study aims to identify any gaps or deficiencies in the legal frameworks governing refugees in Hungary and Indonesia.The study's findings will be of significant importance to policymakers and practitioners working on refugee issues, providing insights into how legal frameworks can be improved to better protect the rights of refugees and ensure their effective integration into host communities. The study will also contribute to the academic literature on refugee protection, providing a comparative analysis of two countries with very different legal frameworks. To achieve these

---

[15] Junior Perdana Sande, "Selective Policy Imigrasi Indonesia Terhadap Orang Asing Dari Negara Calling Visa," *Indonesian Perspective* 5, no. 1 (2020): 92–111, https://doi.org/10.14710/ip.v5i1.30196.

[16] Balázs Ablonczy, "The Refugee Experience after the Treaty of Trianon. Between State Practices and Neglect," *The Hungarian Historical Review* 9, no. 1 (2020): 69–89, https://www.jstor.org/stable/26984102.

[17] Jessica Ball, Leslie Butt, and Harriot Beazley, "Children and Families on the Move: Stateless Children in Indonesia," *Migration and Mobility: CAPI Field Research Report*, no. May 2014 (2014).

[18] IOM, "The Number of Granted Refugee Status Under Asylum Act 2007 in Hungary," IOM Yearly Report, 2022, https://hungary.iom.int/migration-hungary.

[19] Mixed Migration Center, "A Transit Country No More" (Copenhagen, Denmark, 2021), https://mixedmigration.org/wp-content/uploads/2021/05/170_Indonesia_Transit_Country_No_More_Summary_Report.pdf.

aims, this research will draw on a range of academic literature and policy documents. The research will utilize a comparative methodology to analyze the legal frameworks governing refugees and asylum seekers in Hungary and Indonesia. The research will examine the relevant national laws, policies, and practices, as well as the international legal frameworks and obligations of both countries. Overall, this research aims to contribute to the broader academic and policy debates on refugee protection and the role of legal frameworks in governing the treatment of refugees and asylum seekers.

2. RESEARCH METHODOLOGY

A qualitative legal comparative doctrinal analysis is a useful tool for analyzing legal frameworks related to refugee protection. This approach involves analyzing legal documents, such as laws, regulations, and court decisions, to identify similarities and differences between the legal frameworks of two or more countries[20]. By using this approach, researchers can gain a comprehensive understanding of the legal frameworks and their implementation in practice[21], which can inform policy recommendations and interventions to better protect the rights of refugees. In this case, the legal frameworks of Hungary and Indonesia in relation to refugee protection would be analyzed. Both countries have legal frameworks in place to protect refugees, but there are challenges and gaps in their implementation. Therefore, a qualitative legal comparative doctrinal analysis would be used to identify these challenges and gaps[22], as well as best practices that could be adopted by other countries.

The legal documents that would be analyzed include the Refugee Act of Hungary and the Law on Refugees of Indonesia. These laws provide the legal basis for the protection of refugees in each state and outline the rights and obligations of refugees, as well as the responsibilities of the government and other actors involved in the refugee protection system. The analysis would focus on identifying the key provisions of each law, such as the definition of a refugee, the procedures for refugee status determination, and the rights and obligations of refugees. Then, the comparative doctrinal analysis will be conducted, as the difference in character between the Hungary and Indonesia legal framework, as can be summarized as follow:

[20] Pradeep M.D., "Legal Research- Descriptive Analysis on Doctrinal Methodology," *International Journal of Management, Technology, and Social Sciences*, no. December 2019 (2019): 95–103, https://doi.org/10.47992/ijmts.2581.6012.0075.

[21] Marieke Oderkerk, "The Importance of Context: Selecting Legal Systems in Comparative Legal Research," *Netherlands International Law Review* 48, no. 3 (2001): 293–318, https://doi.org/10.1017/S0165070X00001340.

[22] Alysia Blackham, "When Law and Data Collide: The Methodological Challenge of Conducting Mixed Methods Research in Law," *Journal of Law and Society* 49, no. S1 (2022): S87–104, https://doi.org/10.1111/jols.12373.

Table 1. The Comparison of the Legal Framework in Refugee Handling Between Indonesia and Hungary

Hungary	Indonesia
Hungary is a member state of a Supranational Organization (European Union, EU) which are legally bound to each other (Based on the Maastrict Treaty (1992) – EU Treatry, and the treaty of Rome – Governing the functioning of the EU (1958)[23].	Independent State, with legal independence, but a member of a supranational organization (ASEAN) (Based on Declaration of Bangkok 1967)
Hungary Asylum Seeker Schemes are legally regulated by the Common European Asylum System (CEAS), which is issued and managed supranationally by the European Union, and then adapted to the National Law by the Government, then Hungary is enabled to independently determine the status of refugee (Based on the Dublin regulation and Hungary Asylum Act 2007)[24].	Have no Law regarding Asylum Seeker Management, and also has not ratified the 1951 Refugee Convention and 1967 Protocols. Then, legally Indonesia has no responsibilities for asylum seeker accommodation[25].
Have the details procedures in the Asylum Seeker reception, based on the Dublin Procedures (Based on the Hungary Asylum Act 2007)[26].	Have no procedures in Asylum Seeker reception, then the "reception" of the asylum seeker by the Indonesians in some provinces is only based on humanity[27].

Source: Authors

Furthermore, the comparative aspect of the analysis would involve identifying similarities and differences between the legal frameworks of Hungary and Indonesia. This comparison could identify areas for improvement in one or both countries, as well as best practices that could be adopted by other countries. For example, a comparison could be made between the procedures for refugee status

[23] EUROSTAT, The EU in the World – 2020 Edition (Belgium: European Union Eurostat, 2020), https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3217494/10934584/KS-EX-20-001-EN-N.pdf/8ac3b640-0c7e-65e2-9f79-d03f00169e17?t=1590936683000.

[24] Rosemary Byrne, Gregor Noll, and Jens Vedsted-Hansen, "Understanding the Crisis of Refugee Law: Legal Scholarship and the EU Asylum System," Leiden Journal of International Law 33, no. 4 (2020): 871–92, https://doi.org/10.1017/S0922156520000382.

[25] Antje Missbach, "Accommodating Asylum Seekers and Refugees in Indonesia," Refuge: Canada's Journal on Refugees 33, no. 2 (2017): 32–44, https://doi.org/10.2307/48649576.

[26] EASO, "Description of the Hungarian Asylum System," 2015, https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/Description-of-the-Hungarian-asylum-system-18-May-final.pdf.

[27] Antje Missbach, "Asylum Seekers' and Refugees' Decision-Making in Transit in Indonesia: The Need for in-Depth and Longitudinal Research," Bijdragen Tot de Taal-, Land- En Volkenkunde 175, no. 4 (2019): 419–45, https://doi.org/10.1163/22134379-17504006.

determination in each state, including the criteria used to determine refugee status and the time frame for making decisions. This comparison could identify areas where the legal frameworks need improvement, such as ensuring that procedures for refugee status determination are fair and efficient.

In addition, the comparative analysis could also identify the factors that affect the implementation of refugee law in each state. For example, political will, public attitudes towards refugees, and the role of NGOs and civil society organizations could be compared between Hungary and Indonesia. This analysis could provide insight into the challenges and opportunities in implementing refugee law frameworks and inform policy recommendations for governments and NGOs working on refugee issues. Furthermore, a qualitative legal comparative doctrinal analysis provides a rigorous framework for analyzing the legal frameworks of Hungary and Indonesia in relation to refugee protection. This approach provides a comprehensive understanding of the legal frameworks and their implementation in practice, which can inform policy recommendations and interventions to better protect the rights of refugees in these countries and beyond.

3. LEGAL REVIEW

The study of the refugee law frameworks in Hungary and Indonesia is of critical importance given the global refugee crisis, with more than 82 million people displaced worldwide. The protection of refugees is an obligation under international law, and it is essential to have effective legal frameworks in place to ensure that refugees' rights are respected. This paper aims to identify legal gaps in the refugee law frameworks of Hungary and Indonesia and to analyze how effectively these frameworks are implemented in practice.

3.1. Hungary's Refugee Law Framework:

Hungary's legal framework for refugees is relatively comprehensive, with a range of laws and regulations in place to protect the rights of refugees. Relevant articles from the legal framework governing the refugee determination process outside of Hungary are: (1) Dublin Regulation (EU) No 604/2013: This EU regulation governs the allocation of responsibility for examining asylum applications among EU Member States. Specifically, it establishes that the first EU Member State an asylum seeker enters is responsible for processing their application. Article 2 of the Dublin Regulation: This article defines the terms used in the regulation, including the definition of "asylum seeker." Article 18 of the Dublin Regulation: This article provides for the transfer of an asylum seeker to the EU Member State responsible for processing their application. Article 27 of the Dublin

Regulation: This article outlines the procedures for returning an asylum seeker to the EU Member State responsible for processing their application. Article 33 of the Dublin Regulation: This article sets out the criteria for determining the EU Member State responsible for processing an asylum application.

In addition to the Dublin Regulation, several other legal instruments govern the refugee determination process outside of Hungary. These include (1) The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: This international treaty establishes the legal definition of a refugee and sets out the rights and obligations of both refugees and the countries that host them. The 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees: This protocol extends the scope of the 1951 Convention to include refugees who were displaced as a result of events occurring after 1951.

Hungary is a party to the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, which establishes the rights and obligations of refugees and state parties. Hungary has also enacted national legislation to implement these international instruments, including the Asylum Act and the Refugee Act. However, Hungary's refugee law framework is not always implemented effectively in practice. Human rights organizations have criticized the state's treatment of asylum seekers and refugees. Reports have documented overcrowded and unsanitary living conditions in refugee camps, as well as inadequate access to healthcare and education. There have also been reports of restrictions on freedom of movement and the use of excessive force by law enforcement agencies.

Hungary's legal framework for refugee handling is primarily based on the Refugee Act of 2007, as amended in 2018. The act provides the legal foundation for the protection of refugees in Hungary and establishes the legal responsibilities of the government and other actors involved in the refugee protection system. The Refugee Act of 2007 defines a refugee as someone who has a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group, or political opinion, and who is unable or unwilling to seek protection from their home state (Asylum Act of 2007, Article 2). The procedures for obtaining refugee status in Hungary can be explained as follows:

1. Registration: Asylum seekers who arrive in Hungary must register their asylum application with the Hungarian authorities. The registration process includes providing biometric data and other personal information. This first step is regulated in Article 26(1) of the Asylum Act requires that asylum seekers be registered as soon as possible after they express their intention to apply for asylum.

2. Interview: After registration, asylum seekers will be interviewed by a Hungarian official to assess their eligibility for refugee status. During the interview, the asylum seeker will be asked about their reasons for seeking asylum and any persecution they have experienced in their home state. This step is regulated in the Article 31(1) of the Asylum Act requires that asylum seekers be interviewed

in a language they understand and that the interview be conducted with due respect for their dignity.

3. Decision: Following the interview, the Hungarian authorities will decide on the asylum seeker's application. If the application is approved, the individual will be granted refugee status. If the application is rejected, the individual may appeal the decision to the Hungarian Immigration and Asylum Office (IAO). This step is regulated in Article 38(1) of the Asylum Act provides for the granting of refugee status to eligible individuals.

4. Appeal: As mentioned above, asylum seekers who have their application rejected may appeal the decision to the IAO. The appeal must be filed within 8 days of receiving the decision. This step is regulated in the Article 51(1) of the Asylum Act sets out the procedures for appealing.

5. Second instance decision: If the appeal is rejected, the asylum seeker may file a second appeal with the Budapest-Capital Regional Court. This step is regulated in Article 56(1) of the Asylum Act provides for the second instance decision-making process.

6. Legal remedies: If the asylum seeker's application is rejected in the second instance, they may file a petition for review with the Hungarian Supreme Court. Article 63(1) of the Asylum Act provides for the legal remedies available to asylum seekers.

7. In case the Refugee Status Determination (RSD) process is rejected after the legal action, Article 67(1) of the Hungarian Asylum Act 2007 provides for the removal of unsuccessful asylum seekers from Hungary. This can include deportation, forced return, or voluntary departure under the supervision of the authorities.

In summary, the asylum system in Hungary based on the legal framework which already explained above can be seen as follows:

It is worth noting that the Hungarian asylum system has been criticized by human rights organizations for its lack of transparency, the use of detention, and limited access to legal assistance for asylum seekers. Additionally, the Hungarian government has made changes to the asylum system in recent years, including the adoption of laws that restrict the rights of asylum seekers and limit access to protection. Based on the Government Decree 191/2015, the Office of Immigration and Nationality (OIN) is required by the Asylum Act amendment to reject as inadmissible any asylum claims submitted by applicants who entered through a safe third state. Furthermore, the government of Prime Minister Viktor Orbán initiated a xenophobic scapegoating campaign in February 2015, motivated by political considerations. The campaign began with a concerted communication campaign that aimed to demonize migration and refugees, suggesting that Hungary's biggest problem is this issue, supported by a 4,5 million Euro national xenophobic billboard campaign funded by the government. Furthermore, Hungary's strategy,

while controversial, was successful in dramatically lowering the number of refugee claimants, as can be seen on the statistics as follow (figure 2).

Figure. 1. Summary of the Hungarian Refugee Determination Procedures Based on Asylum Act 2007 Amended 2018

Source: Author from Hungarian Asylum Act, 2007

Figure 2. Number of Asylum application in Hungary from 2015 to 2022

Source : Eurostat, 2022

Source: Eurostat, 2022

Later on, the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) has expressed concerns over the fairness and efficiency of Hungary's procedures for refugee status determination, particularly concerning access to legal assistance and the quality of decisions made by the *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság* (OIF). Moreover, in response to the 2015 refugee crisis, Hungary constructed a fence along its borders with Serbia and Croatia to prevent the entry of refugees. The government has been accused of mistreating refugees and violating their human rights.

Refugees in Hungary are entitled to several rights under both national and international law. Here are some of the key rights of refugees in Hungary:

1. Right to nonrefoulement: Refugees are protected against being returned to a state where they may face persecution, torture, or other serious human rights violations. This principle is enshrined in international law and is recognized in Hungarian law. Article 3 of the Hungarian Asylum Act 2007 prohibits the return of individuals to a state where they may face persecution or serious harm.
2. Right to access to asylum procedures: Refugees have the right to access to a fair and efficient asylum procedure in Hungary. They have the right to submit an asylum application and to have their case considered in a timely manner. They also have the right to be informed about the procedures and to receive legal assistance. Article 10 of the Hungarian Asylum Act 2007 provides for access to the asylum procedure.
3. Right to freedom of movement: Refugees have the right to move freely within the state and to choose their place of residence in Hungary. However, they may be subject to restrictions on movement in some circumstances, such as while their application is being processed. Article 48 of the Hungarian Asylum Act 2007 provides for freedom of movement for asylum seekers and refugees.
4. Right to work: Refugees who have been granted international protection in Hungary have the right to work and to access to vocational training and education. However, they may face challenges in finding employment due to language barriers and discrimination. Article 56 of the Hungarian Asylum Act 2007 provides for the right to work for refugees with international protection.
5. Right to education: The refugees have the right to access to education on an equal basis with Hungarian citizens. This includes access to primary and secondary education, as well as vocational training and higher education. Article 57 of the Hungarian Asylum Act 2007 provides for the right to education for refugees.
6. Right to healthcare: Refugees have the right to access to healthcare services on an equal basis with Hungarian citizens. This includes access to emergency

medical treatment, preventative care, and specialized treatment. Article 58 of the Hungarian Asylum Act 2007 provides for the right to healthcare for refugees.

Furthermore, Hungary has introduced some restrictive measures targeting refugees and asylum seekers. These measures include the establishment of transit zones at the border where asylum seekers are detained while their claims are processed, a reduction in the duration of temporary protection, and a tightening of the criteria for family reunification (European Commission, 2021). In the legal cases of R.R. and others v. Hungary, the European Court of Justice also weighed in on Hungary's refugee policies, concluding that the state had broken EU law by depriving asylum seekers of food while they were being held in transit zones. Similarly, the European Court of Human Rights concluded that Hungary had violated article 31 of the 1951 Refugee Convention . In light of these criticisms, there is a need to further evaluate and improve Hungary's refugee protection system. This includes ensuring that the procedures for refugee status determination are fair and efficient and that refugees are treated with dignity and respect. It also involves addressing the restrictive policies and practices that limit the rights and protections of refugees and asylum seekers in Hungary.

3.2. Indonesia's Refugee Law Framework:

Indonesia's legal framework for refugees is less comprehensive than Hungary, whereas Indonesia is focuses on the "humanitarian" approach. Indonesia is not a signatory party to the 1951 Convention and its 1967 Protocol and has enacted national legislation related to refugees. Indonesia has also established the Indonesian Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) to manage the refugee issue. Indonesia has been praised for its efforts to provide education, healthcare, and other services to refugees, as well as for its willingness to accept large numbers of refugees from conflict-affected countries such as Syria and Myanmar. However, Indonesia faces challenges in ensuring the full protection of refugee rights, including challenges related to legal status and access to work and education. One of the key legal instruments in Indonesia's legal framework for refugee handling is Law No. 37 of 1999 on Foreign Relations. Article 27 of the law provides that Indonesia will provide protection and assistance to refugees in accordance with international law and the principles of humanity.

Furthermore, the Government of Indonesia adopted the Presidential Regulation No. 125 of 2016 on the Treatment of Refugees provides further guidance on the handling of refugees and asylum seekers in Indonesia. The refugee itself, based on Article 1 (1) of that regulation, is defined as a foreigner who is in the territory of the Unitary State of the Republic of Indonesia due to a well-founded

fear of persecution for reasons of race, ethnicity, religion, nationality, membership in certain social groups, and different political opinions are referred to as Refugees, and do not wish to seek protection from their state of origin, and have gained asylum seeker or refugee status from the UN through the High Commissioner for Refugees in Indonesia. In addition to these legal instruments, various ministerial regulations and circulars guide the implementation of refugee protection policies in Indonesia. For example, Ministerial Regulation No. M.02-IZ.01.08 of 2010 sets out the procedures in detention for the refugees, while Ministerial Regulation No. PM.71/HK.110/MENKES/2016 of 2016 outlines the health services that should be provided to refugees and asylum seekers.

In this research, the Presidential Regulation No. 125 of 2016 on the treatment of refugees is becoming the focus of concern for analysis. Based on Article 2, the refugee procedures are run under the cooperation between the Government of Indonesia and the UNHCR Indonesia. Furthermore, the government of Indonesia, based on Article 4, is responsible for rescue/evacuation activities, reception, securitization, and immigration surveillance. First, for the **rescue responsibility**, as stated in Article 6, the investigative agency business in the Search field and Help coordinate and carries out the search for refugees in an emergency in Indonesian territorial seas, which as stated in Article 7, is performed by the National Army, National Police, the ministry that organizes government affairs in the field of transportation, an entity that handles government concerns related to marine security and safety, also known as the marine Security Agency and other relevant ministries/non-ministerial government agencies carrying out tasks in Indonesian territorial waters.

Secondly, the government of Indonesia is also responsible for the **reception responsibilities**. Whereas after those refugees are rescued from the sea, they must be transported to the reception facilities. The related institution as mentioned previously, must be coordinated with the local government to provide the shelter and its needs as stated in Article 24. The shelter has to facilitate those refugees with a clean water supply, meeting the needs of eating, drinking, and clothing, health and hygiene services, and worship facilities as stated in Article 26. Furthermore, the refugee who are: sick, pregnant, disabled, children, and elderly can be placed outside the shelter, based on their needs (ex. The refugee who are sick, can be placed in the nearest hospital) as stated in article 27.

Last but not least, there are the **securitization duties**. As mentioned in Article 31, the refugee must be protected from many forms of offenses. Furthermore, this action has numerous goals, including (1) keeping refugees in shelters, (2) creating a sense of security for the surroundings around the shelter, and (3) creating and socializing regulations that contain obligations and restrictions for refugees, as mentioned in article 32. The Indonesian national police agency is in charge of this mission, with assistance from the local government. The last responsibility is

immigration monitoring, which is carried out when refugees are located, both within and outside the shelter, when they are sent to their destination state, when they return willingly, and when they are deported. Technically, the Immigration authorities have several duties, including (1) double-checking the identity and documents of refugees and taking photos and fingerprints, (2) requesting information contained in minutes of inspection and minutes of opinion for refugees in the context of placement in the Immigration Detention Center, and providing a data collection letter or special identity card for refugees issued by the head of the local Immigration Detention Center as stated in article 35.

Furthermore, while those asylum seekers are transiting through Indonesian territory, the Directorate General of Immigration will work with the UNHCR to carry out RSD processes. If the application is accepted by the UNHCR and the refugee status is given, the asylum seekers will be sent to the refugee destination countries and will be subject to the administration of departure by asking for exit permits and not returning to travel documents by the Immigration authorities. If the UNHCR rejects their refugee status, they will be removed to their origin state via the deportation procedures outlined in article 39. In summary, the asylum seeker handling procedures can be seen as follows:

Figure. 3. Summary of the Indonesia Asylum Seeker Handling Based on Presidential Regulation No. 125/2016.

Sources: Author from Presidential Regulation No. 125/2016.

Despite these legal protections, there have been numerous reports of human rights violations against refugees and asylum seekers in Indonesia. For example, a 2018 report by Human Rights Watch documented cases of arbitrary detention, restrictions on freedom of movement, and police harassment of refugees and

asylum seekers in Indonesia[28]. The lack of a specific law on refugees has been identified as a major gap in Indonesia's legal framework for refugee protection. The absence of a specific law limits the legal protections and rights that can be afforded to refugees under Indonesian law, and makes it more difficult to hold authorities accountable for violations of refugees' rights[29]. Furthermore, Indonesia's policy of temporary protection has been criticized by some as not providing a sustainable solution for refugees. Also, the lack of a permanent residency or citizenship pathway for refugees in Indonesia creates uncertainty and instability for refugees and can hinder their ability to integrate into society[30]. While Indonesia's legal framework for refugee handling is guided by international norms and standards, there is a need for further improvements to ensure that refugees and asylum seekers receive adequate protection and support. This includes addressing the gaps in the legal framework and strengthening the capacity of government agencies to provide effective protection and services to refugees and asylum seekers.

4. DISCUSSION

Given the ongoing refugee crises worldwide, it is crucial to examine and compare the legal frameworks for handling refugees in different countries. This discussion will focus on the findings of a comparative analysis of the refugee law frameworks in Hungary and Indonesia, which highlights the legal gaps and challenges in providing adequate protection for refugees in these countries.

---

[28] UNHCR, "Beyond Detention," *UN Policy Brief Series*, 2019, https://doi.org/10.5149/northcarolina/9781469653129.003.0005.detention is not the answer. Research in fact shows that not even the most stringent detention policies deter irregular migration, and further, that there are workable alternatives to detention that can achieve governmental objectives of security, public order and the efficient processing of asylum applications. Importantly, as seeking asylum is not an unlawful act, detaining asylum-seekers for the sole reason of having entered without prior authorisation runs counter to international law. Under international law, individuals have the right to seek asylum, and if they do so, to be treated humanely and with dignity. Access to open reception arrangements and fair and efficient status determination procedures need to be part of the overall State architecture. Detention also has many negative lasting effects on individuals. It undermines their human dignity and can cause unnecessary suffering, with serious consequences for their health and well-being, in particular when they are detained for long periods. Detention increases anxiety, fear and frustrations and can exacerbate past traumatic experiences. It takes place, frequently, in places and in conditions that do not meet human rights standards. Detention of children is particularly serious due to the devastating effect it may have on their physical, emotional and psychological development, even if they are not separated from their families.

[29] Sébastien Moretti, "Southeast Asia and the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Substance without Form?," *International Journal of Refugee Law* 33, no. 2 (December 24, 2021): 214–37, https://doi.org/10.1093/ijrl/eeab035.

[30] Francesco Castelli, "Drivers of Migration: Why Do People Move?," *Journal of Travel Medicine* 25, no. 1 (2018): 1–7, https://doi.org/10.1093/jtm/tay040.

4.1. Identified Gap in Indonesia Legal Framework

The absence of a robust RSD process in Indonesia has serious implications for the welfare and rights of refugees in the state. Without a functioning RSD process, asylum seekers and refugees are unable to access protection and are forced to endure prolonged periods of uncertainty and detention. As noted by the UNHCR, "prolonged and unjustified detention of refugees and asylum seekers is a serious concern, as it can lead to further harm and vulnerability" (UNHCR, 2020). Moreover, the lack of proper RSD procedures makes it difficult to identify and refer cases to UNHCR for refugee status determination, which puts a significant burden on the Indonesian government and hampers the provision of effective protection to refugees. The UNHCR has urged the Indonesian government to "develop a clear and transparent mechanism for identifying and referring asylum seekers and refugees for RSD, in line with international standards" (UNHCR, 2020).

4.1.1. Comparing the Refugee Status Determination (RSD) Procedures

The most identified difference between the Hungary Asylum Act 2007 and Presidential Regulation 125/2016 is the RSD procedures. In the Hungary Asylum Act 2007, According to article 1, Hungary's authorities may acknowledge the refugee's status[31]. Whereas refugee status may be granted to an alien who qualifies as a refugee in accordance with the Geneva Convention on the Status of Refugees as stated in Section 7, Paragraph 1. Also, Hungary has the rights to set the eligibility status based on the Hungarian Fundamental Law, as stated in Article 6, Paragraph 1, which must be met the criteria stated in the Geneva convention, Article 1, as stated in Article 7, Paragraph 1. This right is including the applicant's personal circumstances and the overall condition in the applicant's state of origin as stated in section 18 paragraph 1.

From this points, Hungary have the right to accept or reject the refugee status of someone who is asylum seeker. The Asylum Act of 2007 also sets out several factors that must be taken into account when assessing an asylum application, including the current situation in the applicant's state of origin, the credibility of the applicant's statements, and any documentation or other evidence that supports their claim. The authorities are also required to consider the individual circumstances of the applicant, such as their age, gender, and any personal vulnerabilities or risks they may face if returned to their state of origin. The reliability of the applicant, the reasonableness of his or her statements, and the validity of the papers supplied will be evaluated as stated in section 19, paragraph 1. This well-estab-

[31] Government of Hungary, "Act LXXX of 2007 on Asylum," Pub. L. No. Act LXXX of 2007 on Asylum, 1 Official Gazette 1 (2007), https://doi.org/10.2307/j.ctv1r4xdbn.6.

lished legal framework helps Hungarian authorities to create the legal fortress which reject more than 90 percent of refugee application in 2019.

On the other hand, Indonesia does not have a formal refugee determination process, as Indonesia is not a signatory state to the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, which made Indonesia has not adopted any domestic legislation on refugees and asylum seekers. This means that there are no established procedures for assessing asylum claims or determining refugee status in Indonesia. As a result, asylum seekers in Indonesia face significant challenges in accessing their rights and protections. Many asylum seekers live in limbo, unable to work legally or access education and healthcare, and with no clear path to regularization or resettlement. The lack of a formal refugee determination process also means that asylum seekers are at risk of arrest, detention, and deportation, as they are not recognized as legal residents of Indonesia.

Despite these challenges, Indonesia has taken some steps to address the needs of asylum seekers and refugees. In 2016, the government launched a two-year pilot program to provide temporary shelter, food, and healthcare to refugees and asylum seekers in Indonesia. The program was later extended in 2018, and as of 2021, it continues to provide support to around 14,000 refugees and asylum seekers in the state. However, without a formal legal framework for refugee protection, the situation for asylum seekers and refugees in Indonesia remains precarious. Many organizations and advocates have called on the government to adopt legislation that recognizes and protects the rights of refugees and asylum seekers in the state.

4.1.2. Comparing the Access to the Basic Right

The Asylum Act of 2007 in Hungary sets out the legal framework for determining refugee status and provides some protections for refugees in accessing basic rights. Under the Act, asylum seekers have the right to access healthcare, education, and employment on an equal basis with Hungarian citizens as stated in Article 18, Paragraph 1. However, there have been concerns raised about the fairness and transparency of the asylum system in Hungary, and the Act has been criticized by human rights organizations for failing to adequately protect the rights of refugees.

Regarding healthcare, refugees in Hungary have access to the universal healthcare system, which provides healthcare services to all citizens and residents, including refugees and asylum seekers. However, there have been reports of significant gaps in the quality of healthcare services in Hungary, with concerns raised about long wait times, shortages of medical supplies, and inadequate staffing in some areas. Additionally, access to mental healthcare services for refugees and asylum seekers is limited, which can have a significant impact on their well-being and ability to integrate into society.

In terms of education, free education is provided to all citizens and residents, including refugees and asylum seekers, under the Education Act of 2011, Article 25. However, there have been concerns raised about discrimination against Roma children in the education system, which can impact their ability to access quality education. Additionally, the lack of specialized support services for refugee children, such as language support or counseling, can make it difficult for them to fully participate in the education system. Regarding employment, refugees in Hungary have the right to work under certain conditions, including holding a valid work permit and having a valid residence permit. However, there have been reports of discrimination against refugees and asylum seekers in the job market, with many employers reluctant to hire them due to their refugee status or lack of Hungarian language skills.

On the other hand, Indonesia does not have a formal legal framework for refugee protection, and refugees and asylum seekers face significant challenges in accessing basic rights. The Presidential Regulation 125/2016, issued in 2016, is doesn't allows refugees and asylum seekers to obtain work permits and access public services such as healthcare and education, but the implementation of this regulation on the ground has been inconsistent according to Constitution of the Republic of Indonesia, Article 28D(1). In terms of education, while the Constitution guarantees the right to education for all Indonesians, there are significant gaps in the education system that impact refugees and asylum seekers. Many refugees and asylum seekers in Indonesia are unable to access education due to language barriers, lack of documentation, and limited financial resources. Additionally, there is a shortage of specialized support services for refugee children, such as language support or counseling. Regarding employment, refugees and asylum seekers in Indonesia are not allowed to work legally, which can make it difficult for them to support themselves and their families. This can also limit their ability to fully integrate into society and participate in the local economy.

In conclusion, while Hungary and Indonesia have different legal frameworks for refugee protection, both countries face significant challenges in ensuring that refugees and asylum seekers have access to basic rights such as healthcare, education, and employment. While Hungary has a more formal legal framework for refugee protection, the implementation of these protections has been criticized for failing to adequately address the needs of refugees. In Indonesia, the lack of a formal legal framework for refugee protection has left refugees and asylum seekers in a precarious situation, with limited access to basic rights and significant barriers to integration.

4.1.3. Comparing the Access to the Citizenship

Hungary's legal framework for granting citizenship to refugees is primarily established in the Act LV of 1993 on Hungarian Citizenship. This law outlines the

general requirements for obtaining citizenship, which include a certain period of lawful residence in Hungary and passing a language test. However, the Asylum Act of 2007 also provides some specific provisions for refugees who have been granted asylum. According to Article 22 of the Asylum Act, refugees who have been granted asylum shall have the same rights and obligations as Hungarian citizens. This includes the right to vote in national and local elections, as well as access to social services and healthcare.

Furthermore, Hungary has also implemented a policy of granting citizenship to ethnic Hungarians living abroad. This policy, which has been in place since 2011, has facilitated the naturalization of ethnic Hungarians in neighboring countries such as Romania, Serbia, and Ukraine. While this policy is not specifically aimed at refugees, it does provide a pathway to citizenship for some refugees who are ethnic Hungarians.

In contrast, Indonesia does not have a specific legal framework for granting citizenship to refugees. The state's Citizenship Law (Law No. 12 of 2006) outlines the general requirements for obtaining citizenship, which include a long period of residence and passing a complex legal process. However, the law does not make any provisions specifically for refugees. Despite the lack of legal provisions, there have been some cases of refugees being granted citizenship in Indonesia. In 2017, the Indonesian government granted citizenship to five Afghan refugees who had been living in the state for several years. However, these cases are relatively rare and are largely dependent on the discretion of the government.

Overall, the differences in legal frameworks between Hungary and Indonesia reflect different approaches to integrating refugees into society. Hungary's policy of granting citizenship to ethnic Hungarians and specific provisions for refugees who have been granted asylum provide a pathway to citizenship for some refugees. In contrast, Indonesia's lack of specific provisions for refugees means that the process for obtaining citizenship is more complex and uncertain.

4.2. Comparing the Impact of Difference Approach

First, it is very important to understand the difference between asylum seekers and refugees themselves. An asylum seeker can be defined as someone whose application for asylum has yet to be approved, on the other hand, a refugee can be defined as someone unable or unwilling to return to their own state because of a well-founded fear of persecution on account of race, religion, nationality, social group membership, or political opinion[32]. Those people, who fled from their state as asylum seeker or refugees, are subject to human rights protection, which is regulated under the 1951 Refugee Convention and related legal basis, which consist

[32] Matthew Lister, "WHO ARE REFUGEES?," *Source: Law and Philosophy* 32, no. 5 (2013): 645–71, https://doi.org/10.1007/si.

of access to basic rights, such as food, water, shelter, and education, also the living support access, such as access to the job market, under the *non-refoulment* principles, which means they cannot be sent back to their home state, freedom of movement, right to liberty and security of the person, and right of family reunification[33].

The motives which push people to leave their home countries always developing, from conflict, and economic to climate migration, however from the 1900s to the 2015-2016 refugee crisis, armed conflict is dominating the main reason for people to leave their home countries[34]. The armed conflict resulted in the mass influx of people, called the *"war flaw"* is opening the world's eyes, to the importance of the legal basis in refugee handling, also becoming the main reason to develop the universal legal basis in refugee handling, which is 1951 Refugee convention and 1967 Protocol which extend the geographical proximity[35].

The European Union (EU) refugee crisis which happened in 2015 because of the Arab Spring movement, triggered more than 1 million refugees entering the EU border, from the Middle East and north Africa, who enter EU from the sea and land border. This mass influx of asylum seeker is successfully reshaping the EU migration handling policy on the migration framework[36]. To address this problem, in September 2015 the quota system under the Common European Asylum System (CEAS) was proposed as the administrative solution for the EU to address the refugee crisis, successfully relocating 120.000 refugees along the EU member state[37].

Furthermore, in 2017, the number of an asylum seeker in Hungary is reaching 2.1 percent of citizen, one of the highest numbers in Europe after Germany[38]. Hungary also faced a significant inflow of migrants entering its borders as a final destination, with over 400,000 asylum seekers entering the state in 2015 alone, far beyond the state's capacity to manage a major influx of people at one time[39].

---

[33] Moretti, "Southeast Asia and the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Substance without Form?"

[34] Guy J. Abel et al., "Climate, Conflict and Forced Migration," *Global Environmental Change* 54 (January 1, 2019): 239–49, https://doi.org/10.1016/J.GLOENVCHA.2018.12.003.

[35] Hugo Storey, "Armed Conflict in Asylum Law: The 'War-Flaw,'" *Refugee Survey Quarterly* 31, no. 2 (2012): 1–32, https://doi.org/10.1093/rsq/hds005.

[36] Byrne, Noll, and Vedsted-Hansen, "Understanding the Crisis of Refugee Law: Legal Scholarship and the EU Asylum System."

[37] Šelo Šabić Senada, "The Relocation of Refugees in the European Union," no. September (2017): 10, https://bib.irb.hr/datoteka/914374.The_Relocation_of_Refugees.pdf%0Ahttp://library.fes.de/pdf-files/bueros/kroatien/13787.pdf.

[38] Pavle Kilibarda, "Obligations of Transit Countries under Refugee Law: A Western Balkans Case Study," *International Review of the Red Cross* 99, no. 904 (2017): 211–39, https://doi.org/10.1017/S1816383118000188.

[39] WHO Regional Office for Europe, "Joint Report on a Mission of the Hungarian Ministry of Human Capacities and the WHO Regional Office for Europe," 2016, http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0016/317131/Hungary-report-assessing-HS-capacity-manage-sudden-large-influxes-migrants.pdf?ua=1.

Most of the asylum seekers are going into the EU through Hungary, because of its position, which included in the *"Balkan corridor",* which connects the Middle East, and Mediterranean region to the EU territory, where people tend to migrate from Middle East to Greece via Macedonia and Turkey entering through Bulgaria and continue to Hungary as the directly bordered EU member states[40].

Hungary is, on the other hand, responding to the refugee crisis controversially, both in terms of legal or non-legal action. Legally, Hungary enacted Government Decree 191/2015, which directed that asylum applications from a particular third-safe nation would be rejected. Additionally, Hungary adopted the "Soros law," which prosecuted anyone who helped the asylum seeker. In non-legal way, Hungary responded by building the fence along the border, rejecting the EU's planned quota system, and launching a propaganda campaign against asylum seekers[41]. Furthermore, Hungary is successfully to decrease the number of asylum seeker, who entering their territory by imposing the "legal fortress" as immigration policy, which successfuly decreasing the number of asylum seekers. However, as a member of the EU, Hungary have to comply with the Common European Asylum System (CEAS), which bridging between the local refugee handling law through Act LXXX of 2007 on Asylum with the 1951 Refugee Convention, resulting in the smooth processes for asylum seeker and refugee management.

Notwithstanding Hungary's legal framework for dealing with refugees, the government is using a "one-of-a-kind" strategy for dealing with asylum seekers. In Hungary, the refugee handling legal system is guided by the CEAS as its supranational framework, Constitution of Hungary, the Law on Asylum (LXXX. of 2007), and the Aliens Act (II. of 2007). Under those legal systems, Hungary is required to offer international protection for asylum seekers, including lodging, education, health care, and access to the labor market when their refugee status is recognized [42]. However, politically, under the Orban administration, Hungary has the very unique approach to manage the refugees entering the state. The Hungarian response to migration consists of three components: selective border closure, a number of deterrents, and governmental racist discourse and propaganda efforts in order to minimize the number of refugee in the Hungary territory[43].

---

[40] Bodo Weber, "The EU-Turkey Refugee Deal and the Not Quite Closed Balkan Route," *Friedrich Ebert Stiftung*, no. June (2017): 23.

[41] Boldizsár Nagy, "Special Issue Constitutional Dimensions of the Refugee Crisis Hungarian Asylum Law and Policy in 2015–2016: Securitization Instead of Loyal Cooperation," *German Law Journal* 17, no. 6 (2016): 1033–81.

[42] Tamás Hoffmann and Fruzsina Gárdos-Orosz, "Populism and Law in Hungary – Introduction to the Special Issue," *Review of Central and East European Law* 47, no. 1 (2022): 1–11, https://doi.org/10.1163/15730352-bja10058.

[43] Annastiina Kallius, "The East-South Axis: Legitimizing the 'Hungarian Solution to Migration,'" *Revue Européenne Des Migrations Internationales* 33, no. 2–3 (2017): 133–55, https://doi.org/10.4000/remi.8761.

Hungary's legal position is "controversially" able to control the number of asylum seekers entering the state; however, in 2019 more than 90% of asylum requests were denied due to a political strategy supported by the law[44].

In Indonesia, to apply for protection, refugees must pass through the refugee identification stage which is evaluated through the RSD (Refugee Status Determination procedure) by the *United Nations High Commissioner for Refugees* (UNHCR). The procedure for determining the refugee status is carried out through registration and interviews, in this interview later it can be determined whether it is appropriate to be granted refugee status if rejected, and refugees can appeal once[45]. The existence of the UNHCR representative office in the Indonesian capital, Jakarta, is based on an agreement between the government of the Republic of Indonesia and the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) on 15 June 1979.

Refugees who plan to reach third countries (refugee recipient countries based on the Geneva Convention 1951 about Refugees) will interact with various individuals from different countries. They will even stop in several countries to get to the destination state, either voluntarily or forced due to getting lost, lack of logistics, or being caught by local authorities. In Indonesia, there are a lot of problems faced by refugees who waiting to be replaced by the refugee recipients' countries. Firstly, they are not allowed to work[46], which means that their daily needs are not well fulfilled.

Secondly, children and youth asylum seekers will have difficulty accessing the education that they should get, even though education is one of the rights that is recognized as a fundamental right for humans. Thirdly, children born to husband-and-wife refugees will have difficulty regarding their child's immigration status, which potentially leads to stateless immigration status[47]. That problem will affect several problems later, such as getting health facilities, education, and registering for various other services[48]. The adoption of that legislation has created

---

[44] Attila Juhász and Bulcsú Hunyadi, "Focus on Hungary: Refugees, Asylum and Migration Focus on Hungary: Refugees, Asylum and Migration HEinricH-Böll-Stiftung" (Prague, 2015).

[45] Vanessa Holzer, "The 1951 Refugee Convention and the Protection of People Fleeing Armed Conflict and Other Situations of Violence" (Geneva, September 5, 2012), www.unhcr.org.

[46] Bilal Dewansyah and Ratu Durotun Nafisah, "The Constitutional Right to Asylum and Humanitarianism in Indonesian Law: 'Foreign Refugees' and PR 125/2016," *Asian Journal of Law and Society* 8, no. 3 (2021): 536–57, https://doi.org/10.1017/als.2021.8.

[47] Ball, Butt, and Beazley, "Children and Families on the Move: Stateless Children in Indonesia."

[48] On September 25, 2015, the UN General Assembly adopted resolution No. A/RES/70/1 which discusses the determination, implementation, and review of the SDG's Sustainable Development Goals agenda which was proclaimed for 15 years from 2015 to 2030 as a continuation stage. of the Millennium Development Goals (MDG's). The goals on the agenda of the SDG's include three main dimensions (Economic, social, and environmental) which are translated into 17 goals and are targeted at 169 targets, among the main targets of the SDG's are education, a world with

a new phenomenon in which the number of asylum seekers entering Indonesian territory is increasing rapidly, as indicated by the enormous number of asylum seekers declaring their status on Indonesian territory.

Figure 4. Comparison between Population of Asylum Seeker and Asylum Seeker who Officially Entering Indonesia as Asylum Seeker

Source: Bijdragen tot de taal-, land- en volkenkunde / Journal of the Humanities and Social Sciences of Southeast Asia 175, 4 (2019); 10.1163/22134379-17504006

The rapid increase in the number of asylum seekers in Indonesia continues, with no proper solution, particularly in terms of the availability of legal frameworks in the processing of asylum seekers and refugees. Legally, Indonesia's refugee handling legal system is guided by Law No. 37/1999 on Foreign Relations, Law No. 6/2011 on Immigration, and Minister of Justice and Human Rights Regulation No. M.HH-01.GR.01.06 of 2012 on Procedures for Handling Refugees, which recognizes the principles of *non-refoulement* and non-penalization of asylum seekers, and provides for temporary protection for refugees[49].

However, the legal system for the refugee itself is not conform yet with the 1951 Refugee Convention and 1967 protocols. Because Indonesia is a non-signa-

an adequate level of education for all the world's population at all levels, health services and social protection for all the world's population.

[49] Antje Missbach, "Accommodating Asylum Seekers and Refugees in Indonesia: From Immigration Detention to Containment in 'Alternatives to Detention,'" *Refuge* 33, no. 2 (2017): 32–44, https://doi.org/10.7202/1043061ar.

tory state to those international agreements, it has no authority to grant refugee status[50]. As a result, Indonesia is highly reliant on UNHCR refugee status determination; however, the acceptance rate of UNHCR refugee determination for third-state resettlement from Indonesia as transit countries to refugee receiving countries is very low, less than 5% yearly[51]. Politically, Indonesia has refused the UNHCR recommendation to ratify the 1951 refugee convention, through the House of Representatives official meeting[52]. This phenomenon, will run just like snowball, and create bigger problem in the future.

The excessive detention period under Immigration Law No. 6/2011 is also a serious concern for the welfare and rights of refugees in Indonesia. The 10-year maximum detention period for immigration-related offenses, including asylum seekers and refugees, is excessive and contravenes international human rights law. The IRRI has noted that "prolonged detention can cause significant harm to the mental and physical health of refugees, particularly vulnerable groups such as children and women" (IRRI, 2019). Furthermore, the lack of proper judicial review and access to legal representation for refugees in Indonesia undermines the protection of their rights and well-being. As noted by the IRRI, "the lack of access to legal representation and effective judicial review means that asylum seekers and refugees have little or no recourse to challenge detention or decisions affecting their rights" (IRRI, 2019).

In contrast, Hungary's legal framework for refugee protection has been criticized for implementing a legal fortress approach that violates international human rights law and fails to provide adequate protection to refugees. The restrictive asylum laws and criminalization of irregular migration in Hungary create significant barriers for refugees to access protection and violate their rights to seek and enjoy asylum. The UNHCR has called on Hungary to "bring its laws, policies, and practices in line with international human rights standards and to ensure that refugees and migrants are treated with dignity and respect" (OHCHR, 2019). In conclusion, while Hungary's legal framework for refugee protection is characterized by a legal fortress approach that violates international human rights law, Indonesia's legal framework faces significant challenges due to the absence of proper RSD procedures and the excessive detention period under Immigration

[50] Dita Liliansa and Anbar Jayadi, "Should Indonesia Accede to The 1951 Refugee Convention and Its 1967 Protocol?," *Indonesia Law Review* 5, no. 3 (2015), https://doi.org/10.15742/ilrev.v5n3.161.

[51] ECRE, "UNHCR Urges States to Create Safe Passages – Less than 5% of Resettlement Needs Met in 2018," ECRE Weekly Bulletin, 2018, https://ecre.org/unhcr-urges-states-to-create-safe-passages-less-than-5-of-resettlement-needs-met-in-2018/.

[52] Markus Junianto Sihaloho, "Anggota DPR Setuju Indonesia Tak Ratifikasi Konvensi Pengungsi, Ini Alasannya (Members of Parliament Agree That Indonesia Has Not Ratified the Refugee Convention, Here's the Reason)," Berita Satu Portal, 2019, https://www.beritasatu.com/nasional/568313/anggota-dpr-setuju-indonesia-tak-ratifikasi-konvensi-pengungsi-ini-alasannya.

Law No. 6/2011. Both countries need to address the gaps and shortcomings in their legal frameworks to ensure the protection of refugees' rights and welfare.

5. CONCLUSION

There are both similarities and differences between Hungary and Indonesia's policies for handling refugees, and these policies have had a significant impact on refugee handling in both countries. One of the main similarities between Hungary and Indonesia is that both countries have faced challenges in providing adequate support and protection to refugees. In Hungary, the government has faced criticism for its treatment of refugees, including reports of overcrowded and unsanitary conditions in refugee camps. In Indonesia, refugees have faced a range of challenges, including limited access to education and healthcare and a lack of legal protections.

Despite these challenges, there are also some notable differences between Hungary and Indonesia's policies for handling refugees. One of the significant difference between Hungary and Indonesia's refugee handling policies is the procedures for refugee status determination (RSD). Hungary has a well-established RSD system, with specific legal provisions outlining the procedures for determining refugee status. These procedures include an interview process and the opportunity for applicants to provide supporting evidence. In contrast, Indonesia does not have a formal RSD system, and there is no clear process for refugees to apply for asylum. This has led to challenges in providing adequate support and protection to refugees, as many refugees are not able to access the legal protections and assistance they need to build a new life.

Furthermore, the well-established legal basis enable Hungary to take a relatively restrictive approach to refugee handling, with policies focused on preventing the entry and settlement of refugees. For example, Hungary has erected a fence along its southern border and has passed laws criminalizing the act of assisting refugees who are not registered with the government. The government has also been accused of using excessive force against refugees attempting to cross the border. In contrast, Indonesia has taken a more welcoming approach to refugees. The state has a policy of accepting refugees on a case-by-case basis and has provided support to refugees in the form of temporary shelter, education, and healthcare. However, despite these policies, refugees in Indonesia still face significant challenges, including limited access to legal protections and a lack of clear pathways to permanent resettlement.

The impact of these policies on refugee handling in both countries has been significant. In Hungary, the restrictive policies have led to a sharp decline in the number of refugees entering the state, but have also resulted in widespread criticism

from human rights organizations and other countries. In Indonesia, the more welcoming policies have helped to provide support to refugees, but the lack of clear pathways to permanent resettlement has left many refugees in a state of limbo. Overall, the differences in policy between Hungary and Indonesia reflect different approaches to handling refugees and the challenges that come with providing support and protection to vulnerable populations. Despite these differences, both countries have struggled to provide adequate support to refugees and there is still much work to be done to address the needs of this population.

FUNDING

The research in this article has not been supported financially by any institution

REFERENCES

Abel, Guy J., Michael Brottrager, Jesus Crespo Cuaresma, and Raya Muttarak. "Climate, Conflict and Forced Migration." *Global Environmental Change* 54 (January 1, 2019): 239–49. https://doi.org/10.1016/J.GLOENVCHA.2018.12.003.

Ablonczy, Balázs. "The Refugee Experience after the Treaty of Trianon. Between State Practices and Neglect." *The Hungarian Historical Review* 9, no. 1 (2020): 69–89. https://www.jstor.org/stable/26984102.

Amnesty International. "Fenced Out. Hungary's Violations of the Rights of Refugees and Migrants," 2015, 1–26. https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR2726142015ENGLISH.pdf.

Bajomi-Lázár, Péter. "An Anti-Migration Campaign and Its Impact on Public Opinion: The Hungarian Case." *European Journal of Communication* 34, no. 6 (December 1, 2019): 619–28. https://doi.org/10.1177/0267323119886152.

Ball, Jessica, Leslie Butt, and Harriot Beazley. "Children and Families on the Move: Stateless Children in Indonesia." *Migration and Mobility: CAPI Field Research Report*, no. May 2014 (2014).

Bernát, Anikó, Zsófi Fekete, Endre Sik, and Judit Tóth Chemnitz. "Borders and the Mobility of Migrants in Hungary." *CEASEVAL* 1, no. 29 (2019): 7–10. http://ceaseval.eu/publications/29_WP4_Hungary.pdf.

Blackham, Alysia. "When Law and Data Collide: The Methodological Challenge of Conducting Mixed Methods Research in Law." *Journal of Law and Society* 49, no. S1 (2022): S87–104. https://doi.org/10.1111/jols.12373.

Borbely, Szilvia. "Integration of Refugees in Greece, Hungary and Italy." *EU Official Journal*, 1, 1, no. 1 (2017): 1–23. https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/614194/IPOL_STU(2017)614194(ANN02)_EN.pdf.

Byrne, Rosemary, Gregor Noll, and Jens Vedsted-Hansen. "Understanding the Crisis of Refugee Law: Legal Scholarship and the EU Asylum System." *Leiden Journal*

of International Law 33, no. 4 (2020): 871–92. https://doi.org/10.1017/S09221565-20000382.

Carrera, Sergio, Steven Blockmans, Daniel Gros, and Elspeth Guild. "The EU's Response to the Refugee Crisis Taking Stock and Setting Policy Priorities." *Ceeps Essay*, no. 20 (2015): 9.

Castelli, Francesco. "Drivers of Migration: Why Do People Move?" *Journal of Travel Medicine* 25, no. 1 (2018): 1–7. https://doi.org/10.1093/jtm/tay040.

Dewansyah, Bilal, and Ratu Durotun Nafisah. "The Constitutional Right to Asylum and Humanitarianism in Indonesian Law: 'Foreign Refugees' and PR 125/2016." *Asian Journal of Law and Society* 8, no. 3 (2021): 536–57. https://doi.org/10.1017/als.2021.8.

EASO. "Description of the Hungarian Asylum System," 2015. https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/Description-of-the-Hungarian-asylum-system-18-May-final.pdf.

ECRE. "UNHCR Urges States to Create Safe Passages – Less than 5% of Resettlement Needs Met in 2018." ECRE Weekly Bulletin, 2018. https://ecre.org/unhcr-urges-states-to-create-safe-passages-less-than-5-of-resettlement-needs-met-in-2018/.

EUAA. "Asylum Report 2022." Brussels, 2022. https://doi.org/10.2847/500804.

EUROSTAT. *The EU in the World – 2020 Edition*. Belgium: European Union Eurostat, 2020. https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3217494/10934584/KS-EX-20-001-EN-N.pdf/8ac3b640-0c7e-65e2-9f79-d03f00169e17?t=1590936683000.

Gammeltoft-Hansen, Thomas, and Nikolas F. Tan. "The End of the Deterrence Paradigm? Future Directions for Global Refugee Policy." *Journal on Migration and Human Security* 5, no. 1 (2017): 28–56. https://doi.org/10.1177/233150241700500103.

Gödri, Irén, Béla Soltész, and Boróka Bodacz-Nagy. *Immigration or Emigration State? Migration Trends and Their Socio-Economic Background in Hungary: A Longer-Term Historical Perspective. Working Papers on Population, Family and Welfare*, 2014. https://ideas.repec.org/p/nki/wpaper/19.html%0Ahttps://ideas.repec.org//p/nki/wpaper/19.html.

Goodwin-Gill, Guy S. "The Office of the United Nations High Commissioner for Refugees and the Sources of International Refugee Law." *International and Comparative Law Quarterly* 69, no. 10 (2019): 1–41. https://doi.org/10.1017/S002058931900054X.

Government of Hungary. Act LXXX of 2007 on Asylum, Pub. L. No. Act LXXX of 2007 on Asylum, 1 Official Gazette 1 (2007). https://doi.org/10.2307/j.ctv1r4xdbn.6.

Hathaway, James C., and Michelle Foster. *The Law of Refugee Status*. Cambridge University Press, 2014. https://doi.org/10.1017/CBO9780511998300.

Hess, Sabine, and Lena Karamanidou. "The Expanding Significance of Borders for the European Migration Regime After 2015," 2015, 45–65.

Hoffmann, Tamás, and Fruzsina Gárdos-Orosz. "Populism and Law in Hungary – Introduction to the Special Issue." *Review of Central and East European Law* 47, no. 1 (2022): 1–11. https://doi.org/10.1163/15730352-bja10058.

Holzer, Vanessa. "The 1951 Refugee Convention and the Protection of People Fleeing Armed Conflict and Other Situations of Violence." Geneva, September 5, 2012. www.unhcr.org.

Hungarian Helsinki Committee. "Building a Legal Fence: Changes to Hungarian Asylum Law Jeopardise Access to Protection in Hungary" 2007, no. August (2015): 1–6. https://www.helsinki.hu/wp-content/uploads/HHC-HU-asylum-law-amendment-2015-August-info-note.pdf.

IOM. "The Number of Granted Refugee Status Under Asylum Act 2007 in Hungary." IOM Yearly Report, 2022. https://hungary.iom.int/migration-hungary.

———. "World Migration Report 2022." *IOM World Migration Report Series* 1, no. 1 (2021): 1–259. https://publications.iom.int/books/world-migration-report-2022.

Jan, Photo, and Grarup Drc. "By 2023 Displacement Will Have Doubled over a Decade , New Report Predicts." Press Release. Copenhagen, 2023.

Juhász, Attila, and Bulcsú Hunyadi. "Focus on Hungary: Refugees, Asylum and Migration Focus on Hungary: Refugees, Asylum and Migration HEinricH-Böll-Stiftung." Prague, 2015.

Kallius, Annastiina. "The East-South Axis: Legitimizing the 'Hungarian Solution to Migration.'" *Revue Européenne Des Migrations Internationales* 33, no. 2–3 (2017): 133–55. https://doi.org/10.4000/remi.8761.

Kilibarda, Pavle. "Obligations of Transit Countries under Refugee Law: A Western Balkans Case Study." *International Review of the Red Cross* 99, no. 904 (2017): 211–39. https://doi.org/10.1017/S1816383118000188.

Kneebone, Susan, Antje Missbach, and Balawyn Jones. "The False Promise of Presidential Regulation No. 125 of 2016?" *Asian Journal of Law and Society* 8, no. 3 (2021): 431–50. https://doi.org/10.1017/als.2021.2.

Lasrado, Dylan, Sandeep Ahankari, and Kamal K. Kar. "Global Trends Forced Displacement in 2021." Geneva, 2021. https://doi.org/10.1007/978-3-030-68364-1_10.

Liliansa, Dita, and Anbar Jayadi. "Should Indonesia Accede to The 1951 Refugee Convention and Its 1967 Protocol?" *Indonesia Law Review* 5, no. 3 (2015). https://doi.org/10.15742/ilrev.v5n3.161.

Lister, Matthew. "WHO ARE REFUGEES?" *Source: Law and Philosophy* 32, no. 5 (2013): 645–71. https://doi.org/10.1007/si.

M.D., Pradeep. "Legal Research- Descriptive Analysis on Doctrinal Methodology." *International Journal of Management, Technology, and Social Sciences*, no. December 2019 (2019): 95–103. https://doi.org/10.47992/ijmts.2581.6012.0075.

Missbach, Antje. "Accommodating Asylum Seekers and Refugees in Indonesia: From Immigration Detention to Containment in 'Alternatives to Detention.'" *Refuge* 33, no. 2 (2017): 32–44. https://doi.org/10.7202/1043061ar.

———. "Accommodating Asylum Seekers and Refugees in Indonesia." *Refuge: Canada's Journal on Refugees* 33, no. 2 (2017): 32–44. https://doi.org/10.2307/48649576.

———. "Asylum Seekers' and Refugees' Decision-Making in Transit in Indonesia: The Need for in-Depth and Longitudinal Research." *Bijdragen Tot de Taal-, Land- En Volkenkunde* 175, no. 4 (2019): 419–45. https://doi.org/10.1163/22134379-17504006.

Mixed Migration Center. "A Transit State No More." Copenhagen, Denmark, 2021. https://mixedmigration.org/wp-content/uploads/2021/05/170_Indonesia_Transit_State_No_More_Summary_Report.pdf.

Moretti, Sébastien. "Southeast Asia and the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Substance without Form?" *International Journal of Refugee Law* 33, no. 2 (December 24, 2021): 214–37. https://doi.org/10.1093/ijrl/eeab035.

Nagy, Boldizsár. "Special Issue Constitutional Dimensions of the Refugee Crisis Hungarian Asylum Law and Policy in 2015–2016: Securitization Instead of Loyal Cooperation." *German Law Journal* 17, no. 6 (2016): 1033–81.

Oderkerk, Marieke. "The Importance of Context: Selecting Legal Systems in Comparative Legal Research." *Netherlands International Law Review* 48, no. 3 (2001): 293–318. https://doi.org/10.1017/S0165070X00001340.

Prabaningtyas, Raden Ajeng Rizka Fiani. "Indonesia and The International Refugee Crisis: The Politics of Refugee Protection." *Journal of Indonesian Social Sciences and Humanities* 9, no. 2 (2019): 131–46. https://doi.org/10.14203/jissh.v9i2.152.

Primadasa Primadasa, Cipta, Mahendra Putra Kurnia, and Rika Erawaty. "Problematika Penanganan Pengungsi Di Indonesia Dari Perspektif Hukum Pengungsi Internasional." *Risalah Hukum*. Vol. 17, 2021. https://referensi.elsam.or.id/wp-.

Rayp, Glenn, Ilse Ruyssen, and Samuel Standaert. "Measuring and Explaining Cross-State Immigration Policies." *World Development* 95 (July 1, 2017): 141–63. https://doi.org/10.1016/j.worlddev.2017.02.026.

Rights, European Court of Human. R.R. and Others v. Hungary (36037/13) (2017).

Rüegger, Seraina. "Refugees, Ethnic Power Relations, and Civil Conflict in the State of Asylum." *Journal of Peace Research* 56, no. 1 (2019): 42–57. https://doi.org/10.1177/0022343318812935.

Samuk, Şahizer. *Can Integration Be Temporary? The (Dis)Integration of Temporary Migrant Workers in Canada and the UK*. *IMISCOE Research Series*, 2020. https://doi.org/10.1007/978-3-030-25089-8_4.

Sande, Junior Perdana. "Selective Policy Imigrasi Indonesia Terhadap Orang Asing Dari Negara Calling Visa." *Indonesian Perspective* 5, no. 1 (2020): 92–111. https://doi.org/10.14710/ip.v5i1.30196.

Senada, Šelo Šabić. "The Relocation of Refugees in the European Union," no. September (2017): 10. https://bib.irb.hr/datoteka/914374.The_Relocation_of_Refugees.pdf%0Ahttp://library.fes.de/pdf-files/bueros/kroatien/13787.pdf.

Sihaloho, Markus Junianto. "Anggota DPR Setuju Indonesia Tak Ratifikasi Konvensi Pengungsi, Ini Alasannya (Members of Parliament Agree That Indonesia Has Not Ratified the Refugee Convention, Here's the Reason)." Berita Satu Portal, 2019. https://www.beritasatu.com/nasional/568313/anggota-dpr-setuju-indonesia-tak-ratifikasi-konvensi-pengungsi-ini-alasannya.

Smith, Craig Damian. "Policy Change, Threat Perception, and Mobility Catalysts: The Trump Administration as Driver of Asylum Migration to Canada." *International Migration Review*, 2022, 1–32. https://doi.org/10.1177/01979183221112418.

Storey, Hugo. "Armed Conflict in Asylum Law: The 'War-Flaw.'" *Refugee Survey Quarterly* 31, no. 2 (2012): 1–32. https://doi.org/10.1093/rsq/hds005.

Syahrin, Muhammad Alvi, Anindito Rizki Wiraputra, and Koesmoyo Ponco Aji. "Indonesian Legal Policy in Treating International Refugees Based on Human Rights Approach." *Law and Humanities Qurterly Reviews* 1, no. 4 (2022): 41–55. https://doi.org/10.31014/aior.1996.01.04.41.

UNHCR. "Beyond Detention." *UN Policy Brief Series*, 2019. https://doi.org/10.5149/northcarolina/9781469653129.003.0005.

Weber, Bodo. "The EU-Turkey Refugee Deal and the Not Quite Closed Balkan Route." *Friedrich Ebert Stiftung*, no. June (2017): 23.

WHO Regional Office for Europe. "Joint Report on a Mission of the Hungarian Ministry of Human Capacities and the WHO Regional Office for Europe," 2016. http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0016/317131/Hungary-report-assessing-HS-capacity-manage-sudden-large-influxes-migrants.pdf?ua=1.

Мухамед Т. Бахри
Универзитет у Сегедину
Факултет за правне и политичке науке
bahri.mohammad.thoriq@stud.u-szeged.hu
ORCID ID: 0000-0003-0913-5342

Између правне тврђаве и неизвесности: Упоредна анализа законског оквира о избеглицама у Мађарској и Индонезији

***Сажетак**: Ова студија упоређује правне оквире Мађарске и Индонезије у решавању питања масивног прилива избеглица у њиховим државама. За разлику од Мађарске, која је успешно смањила број тражилаца азила путем „тврђава" – приступа користећи свој Акт о азилу из 2007, индонежанском правном оквиру, виђеном у председничкој регулативи 125/2016, недостају процедуре за претварање тражилаца азила у избеглице. Ово је додатно отежано одсуством поступка утврђивања статуса избеглице у Индонезији, што чини изазовним пружање помоћи све већем броју тражилаца азила који улазе у државу сваке године. Да би се решио овај проблем, Индонезија најпре мора да изврши промене у унутрашњем праву које одражавају њену друштвено-политичку реалност, пре ратификовања Конвенције о статусу избеглица из 1951. као и Протокола уз ову Конвенцију из 1967. Насупрот томе, мађарски правни систем, иако ефикасан у смањивању броја тражилаца азила, критикован је да је рестриктиван и да не поштује људска права.*

***Кључне речи**: закон о избеглицама, тражиоци азила, правна тврђава, Мађарска, Индонезија, Конвенција о статусу избеглица из 1951, Протокол из 1967.*

Датум пријема рада: 1.5.2023.
Датум достављања коначне верзије рада: 10.11.2023.
Датум прихватања рада: 10.11.2023.

ОДЕЉАК ЗА СТУДЕНТЕ

Прегледни рад 341.24:502.131.1
341.63
doi:10.5937/zrpfns57-44451

Милица Д. Његован
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
njegovanmilica@yahoo.com
ORCID ID: 0000-0002-3651-5714

ЦИЉЕВИ ОДРЖИВОГ РАЗВОЈА У МЕЂУНАРОДНИМ СПОРАЗУМИМА О ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ УЛАГАЊА

Сажетак: *Циљеви одрживог развоја представљају парадигму међународне политике 21. века. Њихов значај огледа се и у све већем броју националних и међународних правних извора који на посредан или непосредан начин прописӯју одредбе ради (покушаја) њихове афирмације. Међународно право страних улагања, као разнородни скуп међународних правних извора традиционално умерених на заштиту страних улагача све више се доводи у везу са захтевима одрживог развоја земље пријема улагања. У овом раду анализиране се одредбе међународних инвестиционих споразума у контексту одредби које се баве различитим аспектима одрживог развоја. Анализиране су преамбуле, суштанцијалне и процесноправне одредбе билатералних (БИТ) и других међународних споразума који садрже одредбе о заштити инвестиција. Закључак је да у корпусу важећих инвестиционих споразума и даље мањи број њих садржи одредбе одрживог развоја, али да се уочава тренд све чешћег инкорпорирања ових „модерних“ одредби у новозакључене споразуме, као и у савремене модел БИТ-ове.*

Кључне речи: *одрживи развој, међународно право страних улагања, билатерални инвестициони споразуми, међународна инвестициона арбитража.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Одрживи развој јесте један од кључних појмова међународне политике 21. века, који своју примену налази у бројним аспектима живота и друштва. Светска комисија за животну средину и развој на челу са бившом норвешком

премијерком Брунтланд, дефинише одрживи развој у свом извештају „Наша заједничка будућност“ као развој који „задовољава потребе садашње генерације без угрожавања способности будућих генерација да задовољавају сопствене потребе“.[1] Почетни концепт одрживог развоја је подразумевао успостављање баланса између економског развоја и заштите животне средине, док данас обухвата и социјални аспект, односно друштвено благостање, а у новије време укључује и димензију доброг институционалног управљања.

Одрживи развој је за релативно кратко време постао важан појам и у међународном праву.[2] Међутим, у ширем смислу, он своје корене има у ранијим међународним уговорима који су се бавили питањима управљања различитим природним ресурсима.[3] Након ових скромних почетака, појам је знатније заживео и популаризован је кроз деловање Уједињених нација (у даљем тексту: УН).[4]

Најважнији пројекат који се тиче одрживог развоја представљају Циљеви одрживог развоја Агенде 2030. Наиме, 193 државе су гласале за усвајање резолуције „Трансформација нашег света: Агенда 2030 за одрживи развој“, на самиту УН септембра 2015. године. Велики број држава који је гласао за ову резолуцију говори о постојању консензуса у међународној заједници о томе који су циљеви одрживог развоја. Агенда 2030 формулише 17 основних и 169 повезаних циљева одрживог развоја које треба постићи до 2030. године, а предвиђају се и средства за њихову имплементацију и механизам за праћење. Ови циљеви укључују економску, еколошку и социјалну политику свих држава, развијених и у развоју, и спроводиће је „све земље и све заинтересоване стране, делујући у партнерству за сарадњу“.[5] То је следећих 17 циљева: 1. Свет без сиромаштва; 2. Свет без глади; 3. Добро здравље; 4. Квалитетно образовање; 5. Родна равноправност; 6. Чиста вода и санитарни услови; 7. Обновљива и приступачна енергија; 8. Достојанствен рад и економски раст; 9. Индустрија, иновације и инфраструктура; 10. Смањење неједнакости; 11. Одрживи градови и заједнице; 12. Одговорна

---

[1] Brundtland, G. H., *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, United Nations General Assembly document A/42/427, 1987, 43.

[2] Schrijver, N., *The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status*, Brill | Nijhoff., Leiden, 28 Feb. 2009. doi: https://doi.org/10.1163/9789047444466

[3] Рани пример представља *Уговор о граничним водама* из 1909. године између Сједињених Америчких Држава и Канаде који је у члану IV предвиђао да вода „не сме бити загађена ни са једне стране на штету здравља или имовине на другој страни“. Доступно на https://www.ijc.org/sites/default/files/2018-07/Boundary%20Water-ENGFR.pdf (11.12.2022).

[4] Schrijver, N., „Chapter 16 2019 AIIB Law Lecture: The Rise of Sustainable Development in International Investment Law“, in: *The Role of International Administrative Law at International Organizations*, Brill | Nijhoff, Leiden, 2020, 297–314. https://doi.org/10.1163/9789004441033_017

[5] UN General Assembly, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, A/RES/70/1, 2015. Доступно на: https://www.refworld.org/docid/57b6e3e44.html (04.09.2022).

потрошња и производња; 13. Акција за климу; 14. Одрживост живота у води; 15. Одрживост живота на копну; 16. Мир, правда и снажне институције; 17. Партнерством до циљева (укључивање свих релевантних друштвених субјеката на националном нивоу у сврху реализације циљева).

Поред укључивања циљева одрживог развоја у изворе међународног права који се директно односе на заштиту животне средине, у новије време се све више говори о овом појму и у другим правним пољима, међу којима је и регулисање страних улагања. Страна улагања су важан фактор економског раста многих земаља, посебно земаља у развоју, зато што им доносе потребан капитал и нову технологију. Ипак, транснационалне инвестиционе активности доводе и до забринутости за различите аспекте одрживог развоја, као што су питања екологије, заштите људских и радних права.[6]

Наизглед супротстављени циљеви заштите страних улагања и одрживог развоја све више конвергирају, јер међународна заједница схвата да су транснационалне инвестиционе активности кључне за постизање одрживог развоја у свим његовим аспектима. На пример, Агенда 2030 наводи да је потребно повећање страних улагања ради промовисања неколико циљева одрживог развоја, укључујући искорењивање сиромаштва, одрживу пољопривреду, родну равноправност, одрживу енергију, једнакост земаља и глобално партнерство.[7]

Дакле, јасно је да се циљеви одрживог развоја и страна улагања све више повезују, што би извори међународног права страних улагања требало да одражавају. У том контексту се јављају захтеви за реформом режима међународне заштите страних улагања, како у погледу материјалноправних одредби, тако и у погледу механизма решавања инвестиционих спорова, у циљу успостављања уравнотеженог односа између права улагача и права држава пријема улагања. Чак се говори и о промени парадигме[8] међународног права страних улагања[9], где се фокус помера са заштите својине и других интереса страних улагача, као приватноправних субјеката, ка њиховим обавезама у погледу квалитета инвестиција. Јављају се и захтеви за ширим простором за регулативне активности државе, при чему се уочава снажнији

[6] Chi, M., *Sustainable development provisions in investment treaties*, ARTNeT Secretariat, United Nations ESCAP, 2018. Доступно на: https://www.unescap.org/sites/default/files/SustainableDevelopmentProvisionsinInvestmentTreaties.pdf, ii (11.12.2022).

[7] *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, пасуси 20, 1.b, 2.a, 7.a, 10.b, 17.5 и 67.

[8] Ridi, N., „Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified“, *European Journal of International Law* 27(2)/2016, 545–551. https://doi.org/10.1093/ejil/chw025

[9] Термини „међународно право страних улагања“ и „међународно инвестициони право“ користе се као синоними, као и термини „улагање“ и „инвестиција“, односно „улагач“ и „инвеститор“.

продор јавноправних елемената у међународно право страних улагања.[10] Тако, већ се одвија процес реформисања постојећих двостраних споразума о заштити и унапређењу улагања (енгл. *Bilateral investment treaty*, у даљем тексту: БИТ).[11] Многе државе усвајају модел БИТ-ове, који, између осталог, предвиђају право предузимања регулативних мера у циљу заштите животне средине, здравља становништва, родне равноправности и слично. Према Комисији Уједињених нација за трговину и развој (у даљем тексту: УНКТАД), сви анализирани БИТ-ови закључени током 2020. године садрже одредбе којима се обезбеђује простор за регулативну делатност државе.[12] И у Републици Србији правни експерти предлажу реформу и усавршавање домаћих БИТ-ова[13], како би одговарали захтевима социјалне и еколошке правде.[14]

У правној литератури је присутан став да одрживи развој већ има нормативне ефекте на међународно инвестиционо право, и то на два начина. Прво, тако што све више опредељује садржину нових међународних споразума, и друго, што има одређени утицај на тумачење ових споразума од стране арбитражних судова[15]. У овом раду ограничићемо се на анализу питања да ли су, како и колико питања одрживог развоја интегрисана у међународне споразуме о заштити улагања на тренутном нивоу развоја међународног права страних улагања. Мада је немогуће направити исцрпну листу свих одредби везаних за циљеве одрживог развоја, постојећа литература пружа добру почетну основу. Ослањајући се на релевантне изворе, а нарочито на Базу међународних уговора о подстицању и заштити улагања УНКТАД-а[16],

---

[10] Више о праву на предузимање регулативних мера у циљу заштите јавних интереса, и његовом специфичном значењу које има у међународном инвестиционом праву, вид. Titi, C., „The Right to Regulate in International Investment Law (Revisited)“, in: *Courses of the Summer School on Public International Law 18*. International and Comparative Law Research Center, 2020. Доступно на: https://iclrc.ru/storage/publication_pdf/SSPIL-2021_18_Catharine-Titi_1652862758.pdf (11.12.2022)..

[11] Ђундић, П., „Потенцијална реформа српске мреже двостраних споразума о заштити и подстицању улагања: прилика за нови почетак“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2022,145–169.

[12] UNCTAD, *Recent Developments in the IIA Regime: Accelerating IIA Reform*, 2021. Доступно на: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2021d6_en.pdf (11.12.2022).

[13] Ђундић, П., „Потенцијална реформа српске мреже двостраних споразума о заштити и подстицању улагања: прилика за нови почетак“, 168.

[14] Павићевић, В. „Реформа билатералних инвестиционих споразума – од кризе легитимитета до инструмента социјалне и еколошке правде“, *Стране инвестиције у Србији – нови погледи* (др Сања Јелисавац Трошић, ур.), Институт за међународну политику и привреду, Београд, 2019, 188–208.

[15] Schacherer, S. & Hoffmann, R. T., „International investment law and sustainable development“, in: *Research Handbook on Foreign Direct Investment* , Edward Elgar Publishing, 2019, 563-595; 565–566.

[16] UNCTAD. International Investment Agreements Navigator. Доступно на: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iia-mapping (11.12.2022).

могуће је идентификовати одређене категорије одредби, које на непосредан или посредан начин (експлицитно или имплицитно) обухватају и афирмишу различите елементе одрживог развоја.[17]

У првом поглављу рада дат је преглед одредаба међународних инвестиционих споразума[18] према садржини, односно тематски различитим, али повезаним циљевима одрживог развоја (заштита животне средине, забрана корупције и слично). У другом и трећем поглављу разматрају се типични делови инвестиционих споразума, као што су дефиниција улагања и најзначајнији стандарди третмана, док се у четвртом поглављу анализирају одредбе о решавању спорова, а све у контексту одрживог развоја. На крају, изложена су закључна разматрања.

2. ОДРЕДБЕ МЕЂУНАРОДНИХ ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРАЗУМА ПРЕМА ТЕМАТСКИМ ОБЛАСТИМА (ЦИЉЕВИМА) ОДРЖИВОГ РАЗВОЈА

2.1. Опште одредбе о одрживом развоју

Одредбе које се уопштено позивају на одрживи развој често се појављују у преамбулама споразума новије генерације, као и у одељцима и члановима већине нових модела БИТ-ова. Овакве одредбе имају за циљ да се баве питањима одрживог развоја на општи начин, не фокусирајући се на његове поједине елементе.[19] Према УНКТАД-овој Бази података, 77 од 2.584 мапираних споразума садржи референцу на одрживи развој у својим преамбулама, од којих су сви новијег датума. Међутим, ово и даље представља само мали проценат (2,9%) од укупног броја мапираних споразума.

Иако је најчешће уопштено позивање на одрживи развој, неки од новијих споразума, као што је БИТ између Сингапура и ЕУ (2018), препознаје три димензије одрживог развоја у својој преамбули, где се наводи да су уговорне стране одлучне „*да јачају своје економске, трговинске и инвестиционе односе у складу са циљем одрживог развоја, у његовој економској, социјалној и еколошкој димензији*“.[20]

---

[17] Вид. Chi, M., *op. cit*.

[18] Термин „међународни инвестициони споразуми“ односи се како на билатералне и мултилатералне споразуме о подстицању и заштити улагања, тако и на споразуме о слободној трговини и секторске споразуме који садрже поглавља о инвестицијама.

[19] Chi, M., *op. cit*., 18.

[20] БИТ између Сингапура и ЕУ (2018), преамбула (превод аутора). Текст споразума доступан на: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5714/download (09.05.2023).

Проблем са преамбуларним одредбама је у томе што имају углавном ограничену практичну ефикасност, јер не могу да створе директну обавезу за државе уговорнице или стране инвеститоре. Међутим, уколико преамбула садржи правило обичајног права, онда је то правило обавезујуће за уговорнице, али по другом основу – не зато што је део преамбуле уговора, већ управо зато што је реч о обичајном правном правилу. Осим тога, према Бечкој конвенцији о уговорном праву из 1969. године, преамбула, будући да је део текста, а тиме и контекста, и да се у њој често наводи предмет и сврха уговора, има значајну улогу у тумачењу одредаба међународног уговора[21], чиме су се служили и бројни арбитражни судови, као што је случај у предмету Сименс против Аргентине (*Siemens v. Argentine*).[22]

Термин „одрживи развој“ присутан је и у оперативном делу одређених споразума, и то на различите начине. На пример, холандски модел БИТ (2019) предвиђа обавезу држава уговорница да подстичу и олакшавају инвестирање које доприноси одрживом развоју[23]. Међутим, најчешће је случај да се појму одрживог развоја у оперативном делу споразума даје конкретнији смисао. Тако, члан 6. овог модел БИТ-а, под називом „Одрживи развој“, поред општег позива на промовисање међународног инвестирања који доприноси циљевима одрживог развоја, у следећим ставовима разрађује поља која спадају у одрживи развој (нпр. заштита животне средине, радна права, родна равноправност). Иако су овако формулисане одредбе више на нивоу прокламација[24], ипак се може рећи да нова генерација споразума даје све већи значај овој теми.

2.2. Одредбе о заштити животне средине

Први БИТ који је садржао одредбе о заштити животне средине био је БИТ између Кине и Сингапура из 1975. године.[25] Након тога све већи број споразума укључује одређено позивање на заштиту животне средине и здравља, и то на различите начине. Ниво одређености циљева заштите животне средине варира, те неки споразуми помињу посебне проблеме као што су

---

[21] Члан 31. Бечке конвенције (*Vienna Convention on the Law of Treaties*) предвиђа следеће: „У сврху тумачења уговора, осим текста, укључујући преамбулу и прилоге, контекст обухвата...“. Дакле, преамбула такође представља контекст уговора.

[22] *Siemens A.G. v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 17 January 2007, пасус 290.

[23] Холандски модел БИТ (2019), чл. 3, ст. 1. Доступно на: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5832/download (09.02.2023).

[24] Ђундић, П., „Потенцијална реформа српске мреже двостраних споразума о заштити и подстицању улагања: прилика за нови почетак“, 156.

[25] Gordon, K. & Pohl, J., „Environmental Concerns in International Investment Agreements: A Survey“, *OECD Working Papers on International Investment* 2011/01, OECD Publishing, 8.

санитарна и фитосанитарна питања, природна богатства, или упућују на још детаљнији скуп питања.[26]

Примарни и најчешће коришћени метод интеграције питања животне средине је кроз одредбе преамбуле. На пример, Уговор о енергетској повељи (*Energy Charter Treaty*)[27] у преамбули такође садржи одредбе које се тичу заштите животне средине, али се служи опширнијим описом и наводи одређене мултилатералне споразуме о заштити животне средине.

Други међународни инвестициони споразуми укључују клаузуле о заштити животне средине у супстанцијалне одредбе споразума, и то 353 од 2.584 мапираних споразума (13,66%). То се чини пре свега резервисањем регулативног простора (*regulatory space*) за државе у циљу доношења мера из области животне средине. Пример је БИТ између Канаде и Јерменије (1997), који прописује следеће:

> „*Под условом да се такве мере не примењују на произвољан или неоправдан начин, или не представљају прикривено ограничење међународне трговине или улагања, ништа у овом споразуму неће се тумачити као спречавање уговорне стране да усвоји или одржи мере, укључујући мере заштите животне средине:*
>
> *(а) неопходне да би се обезбедила усклађеност са законима и прописима који нису у супротности са одредбама овог Уговора;*
>
> *(б) неопходне за заштиту живота или здравља људи, животиња или биљака; или*
>
> *(ц) које се односе на очување живих или неживих исцрпљивих природних ресурса ако су такве мере ефикасне у вези са ограничењима домаће производње или потрошње.*“[28]

Врло честа врста одредби о заштити животне средине забрањује снижавање стандарда о заштити животне средине или измену домаћих закона на штету животне средине у циљу привлачења улагања, како у преамбули, тако и у оперативном делу споразума. На пример, БИТ између Камбоџе и Јапана (2007) прописује да ће се „*стране уговорнице уздржати од подстицања улагања инвеститора друге уговорне стране ублажавањем мера заштите животне средине.*“[29] Иако се овом одредбом исказује тежња да се поступа

[26] *Ibid*.

[27] Energy Charter Treaty (1994), 34 ILM 360 (1995). Доступно на: http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf (15.09.2022).

[28] БИТ између Канаде и Јерменије (1997), (превод аутора). Доступно на: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/131/download (15.09.2022).

[29] БИТ између Камбоџе и Јапана (2007), чл. 24 (превод аутора). Доступно на: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3116/download (15.09.2022).

у складу са циљевима одрживог развоја, доводи се у питање њена практична ефикасност. У том смислу, овако формулисана одредба више представља политичку прокламацију, него оперативну норму.

Треба споменути и тип еколошких одредби које имају за циљ да нагласе да су државе те које имају примарну обавезу у погледу успостављања и унапређивања стандарда заштите животне средине, и да у складу са тим имају праву усвоје или модификују своје законодавство.[30]

2.3. Одредбе о људским и радним правима

Одредбе о људским и/или радним правима тичу се треће димензије одрживог развоја, односно социјалног аспекта. Њихов циљ је да се баве питањима заштите права радника и других људских права повезаних са транснационалним инвестиционим активностима. Уопштено говорећи, ове одредбе не покривају само основна права запослених, већ обухватају и шири спектар људских права, као што су родна равноправност и искорењивање сиромаштва.

Према УНКТАД-овој Бази података, 115 od 2.584 споразума (4,45%) садржи барем једну одредбу (или члан) о радним правима у оперативном делу споразума, док 226 од 2.584 (8,75%) мапираних споразума има преамбулу која садржи референцу о људским и радним правима, здрављу и слично. Тако, аустријско-казахстански БИТ (2012) у својој *преамбули* потврђује да су инвестициони споразуми и међународни споразуми о заштити људских или радних права намењени подстицању глобалног одрживог развоја, и да се све могуће неусаглашености између, са једне стране, споразума о заштити улагања и, са друге, мултилатералних споразума о заштити људских права неће решавати снижавањем стандарда заштите одрживог развоја.[31]

С друге стране, слично формулисане одредбе, које налажу да се стандарди људских или радних права не снижавају, садржане се у оперативном делу споразума, при чему се она понекад и ближе одређују.[32] Занимљиво је да поједини споразуми предвиђају чак и обавезу за *инвеститоре* да поштују људска права, као и да делују у складу са основним стандардима рада како то захтева Декларација Међународне организације рада о основним принципима и правима на рад.[33] На крају, вреди поменути и одредбе којима

[30] БИТ између Белгијско-луксембуршке уније и Таџикистана (2009), чл. 5. (превод аутора). Доступно на: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/418/download (15.09.2022).

[31] БИТ између Аустрије и Казахстана (2012), преамбула. Доступно на: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3143/download (09.05.2023).

[32] *Ibid*., чл. 5.

[33] БИТ између Марока и Нигерије (2016), чл. 15. Доступно на: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download (09.05.2023).

се предвиђа да не постоји кршење споразума, чак и ако су очекивања инвеститора нарушена или се деловање државе негативно одражава на пословање страног инвеститора, уколико држава спроводи мере, укључујући и промену правних прописа у циљу заштите људских права или права запослених.[34]

2.4. Одредбе о транспарентности

Транспарентност закона и јавност деловања држава сматра се кључним фактором владавине права и доброг управљања, па самим тим и циљем одрживог развоја.[35] Тако, 366 од 2.584 (14,71%) мапираних споразума садржи барем једну одредбу која се тиче транспарентности упућену ка државама, а само 2,71% упућених ка инвеститору .

Прва врста одредби на општи начин говори о обавези држава да стварају транспарентне услове за улагања.[36] У другој врсти одредби се питање транспарентности разрађује. Тако, БИТ између Финске и Алжира (2005) у члану 13 под називом „Транспарентност“ предвиђа да ће свака уговорна страна „*одмах објавити или учинити јавно доступним своје законе, прописе, процедуре и административне одлуке и судске одлуке опште примене, као и међународне споразуме који могу утицати на улагања инвеститора друге стране уговорнице на територији ове стране уговорнице*“.[37]

Трећи тип одредби у суштини захтева од држава уговорница да дозволе заинтересованим странама из друштва да се ангажују у изради закона или политика у вези са инвестицијама. На пример, БИТ између Колумбије и Јапана (2011) предвиђа да „*у мери у којој је то могуће, свака уговорна страна ће, у складу са својим законима и прописима, пружити разумну прилику за коментаре јавности пре усвајања, измене или укидања прописа опште примене који утичу на било које питање обухваћено овим споразумом*“.[38]

Још једна врста одредби о транспарентности представља право државе уговорнице да тражи информације од потенцијалног инвеститора и његове

---

[34] Пример је холандски Модел БИТ (2019), чл. 2, став 2.

[35] У оквиру циља бр. 16 „Мир, правда и снажне институције“, у подциљу 16.6 предвиђа се развијање ефикасних, одговорних и транспарентних институција на свим нивоима. Види: https://sdgs.un.org/goals/goal16 (04.09.2022).

[36] Такав је чл. 2 ст. 1 БИТ-а између Србије и Мађарске: „*Свака Страна уговорница ће подстицати и стварати стабилне, једнаке, повољне и транспарентне услове за улагаче друге Стране уговорнице како би вршили улагања на њеној територији и дозвољавати таква улагања у складу са својим законима и прописима.*“

[37] БИТ између Финске и Алжира (2005), чл. 13 (превод аутора). Доступно на: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/45/download (09.05.2023).

[38] БИТ између Колумбије и Јапана (2011), чл. 7, став 5 (превод аутора). Доступно на: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/797/download (09.05.2023).

државе о историји корпоративног управљања и пракси инвеститора, као и могућност њиховог стављања на увид јавности. На пример, БИТ између Србије и Азербејџана (2011) предвиђа приступ информацијама о инвеститорима о историји њиховог корпоративног управљања и пословања као инвеститора, уз обавезу заштите поверљивих информација.[39]

2.5. Одредбе о забрани корупције

Према Агенди 2030, шеснаести циљ одрживог развоја тиче се смањења корупције, јачања институција и приступа информацијама од јавног значаја и у директној је вези са *мирним, праведним и инклузивним друштвом*.[40] Одредбе које се тичу корупције налазе се у 45 od 2.584 мапираних споразума (1,74%) у оперативном делу споразума, а неки споразуми се позивају на борбу против корупције и у премабули.[41]

Један тип антикорупцијских одредби позива државе уговорнице да се не упуштају у коруптивна понашања (негативна обавеза). Други модалитет одредби намеће обавезу државама уговорницима да предузму антикорупцијске мере (позитивна обавеза). На крају, трећи тип одредби обавезује *улагаче* да не учествују у коруптивном понашању, при чему се предвиђају и санкције за такво понашање.[42]

2.6. Одредбе о друштвено одговорном пословању

Друштвено одговорно пословање такође је везано за циљеве одрживог развоја, јер деловање компанија може значајно да утиче на ширу заједницу. Друштвено одговорно пословање представља праксу и политику одговорности према свим актерима компаније (како унутрашњим тако и спољашњим), и означава поштовање закона и поштене пословне праксе, као и придржавање свих начела пословне етике. Тиме компаније изражавају бригу и остварују утицај на своје радно, друштвено и природно окружење.[43]

---

[39] БИТ између Србије и Азербејџана (2011), чл. 3. Доступно на: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3174/download (09.05.2023).

[40] Подциљ 16.5. предвиђа значајно смањење подмићивања и корупције, како би се постигло мирно, праведно и инклузивно друштво.

[41] На пример, преамбула БИТ-а између Аустрије и Киргистана (2016) истиче неопходност да се све владе и цивилни актери придржавају антикорупцијских мера УН и ОЕЦД-а, посебно Конвенције УН против корупције (2003). Доступно на: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5500/download (09.05.2023).

[42] За овај навод, добар пример је члан 17 мароканско-нигеријског БИТ (2016), под називом „Борба против корупције“.

[43] Atanacković, U., „Društveno odgovorno poslovanje kao savremeni koncept biznisa“, *Škola biznisa,* 1/2011, 143–148.

Одређени међународни инвестициони споразуми се позивају на друштвено одговорно пословање у преамбули[44], као што је БИТ између Грузије и Швајцарске (2014), према коме су „државе одлучне да подстакну инвеститоре да поштују међународно признате стандарде друштвено одговорног пословања“[45], или упућују на конкретне кодексе понашања, као што су Смернице за мултинационална предузећа Организације за економску сарадњу и развој (ОЕЦД).[46]

Према УНКТАД-овој Бази података, око 40 мапираних (1,55%) споразума садржи одредбе о друштвено одговорном пословању у оперативном делу споразума. С обзиром на адресате обавезе, најчешће је ова обавеза упућена државама уговорницама, а много ређе инвеститорима. Формулације одредби, међутим, варирају. У мањем броју случајева предвиђа се „*да ће стране уговорнице промовисати корпоративну друштвену одговорност и подстицати одговорне пословне праксе*“, без или са упућивањем на одређене међународне стандарде,[47] употребљавајући термине који указују на директно обавезивање држава. Оваква формулација је још ређа кад је у питању директна обавеза инвеститора да учествују у друштвено одговорним инвестиционим активностима[48].

[44] На пример, чл. 13 БИТ-а између Хонгконга и Мексика (2020). Доступно на: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6129/download (09.05.2023).

[45] БИТ између Грузије и Швајцарске (2014), преамбула. Доступно на https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4814/download (09.05.2023).

[46] На пример, БИТ између Аустрије и Таџикистана (2010); доступно на: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3308/download (09.05.2023). Такође, чл. 13.10 Споразума о слободној трговини између ЕУ и Вијетнама (2019); доступно на: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5868/download (09.05.2023).

[47] На пример, чл. 367, ст. 1, тач. (е) Споразума о придруживању између Европске уније и Европске заједнице за атомску енергију и њихових држава чланица, с једне стране, и Републике Молдавије, с друге стране (2014): „*стране уговорнице ће промовисати корпоративну друштвену одговорност и подстицати одговорне пословне праксе, као што су оне промовисане у Глобалном договору УН из 2000. године, Трипартитној декларацији Међународне организације рада о принципима у вези са мултинационалним предузећима и социјалном политиком из 1977. са изменама и допунама 2006. године и Смерницама ОЕЦД-а за мултинационална предузећа из 1976. са изменама и допунама 2000. године*“ (превод аутора). Доступно на: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22014A0830(01) (09.05.2023).

[48] Члан 13.1. Модел БИТ-а Јужноафричке развојне заједнице (2012) предвиђа да инвеститори морају да се придржавају критеријума процене животне средине и социјалне процене који се примењују на њихове предложене инвестиције пре оснивања, како то захтевају закони државе домаћина за такву инвестицију [или закони матичне државе за такве инвестиција] [или стандарди учинка Међународне финансијске корпорације за процену утицаја на животну средину и друштво], шта год да је ригорозније у односу на дотичну инвестицију (превод аутора). Доступно на: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2875/download (05.05.2023).

У већини споразума користе се термини који указују само на обавезу улагања напора да се нешто у овој области постигне. На пример, БИТ између Буркине Фасо и Канаде (2015) прописује да би *уговорне стране* требало да подстакну предузећа да *добровољно* инкорпоришу међународно признате стандарде корпоративне одговорности у своју праксу и интерну политику, наводећи и питања на које се ти принципи односе (питања запослених, животне средине, људских права, односа са заједницом и корупције)[49]. У овом и сличним примерима обавеза је на уговорним странама, односно државама, које би путем својих мера требало да мотивишу инвеститоре на поштовање друштвено одговорних пракси. С друге стране, у неким споразумима уочава се формулација којом се инвеститор само мотивише на одређено понашање. Пример је аргентинско-катарски БИТ, у коме се наводи да инвеститори који послују на територији уговорне стране треба да уложе напоре како би, на добровољној основи, укључили међународно признате стандарде корпоративне друштвене одговорности у своје пословне политике и праксе[50]. Такво „меко“ упућивање не ствара нужно обавезу за инвеститоре.

Међутим, одређени правни извори помињу много строже обавезе за улагача у вези са друштвено одговорним понашањем. У неким споразумима се предвиђа да би арбитражни судови требало да узму у обзир инвеститорово кршење принципа друштвено одговорног пословања приликом одређивања износа накнаде за кршење одредби споразума од стране државе.[51]

Дакле, иако су у већини споразума одредбе о друштвено одговорном пословању релативно *слабе* у погледу наметања обавезе за њихово поштовање, ипак се ове одредбе све више укључују у нове споразуме и модел БИТ-ове. Ипак, оне су углавном усмерене према државама, а ретко према самим инвеститорима.[52]

3. ДЕФИНИЦИЈА УЛАГАЊА У МЕЂУНАРОДНИМ СПОРАЗУМИМА И ОДРЖИВИ РАЗВОЈ

Дефиниција улагања, према одређеним ауторима, може да има важну улогу у имплементацији циљева одрживог развоја, јер одређује које су то

[49] БИТ између Канаде и Буркине Фасо (2015), чл. 16. Доступно на: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3460/download (09.05.2023).

[50] БИТ између Аргентине и Катара (2016), чл. 12. Доступно на: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5383/download (09.05.2023).

[51] На пример, чл. 23 холандског модел БИТ-а из 2019. прописује да се од суда очекује да у одлучивању о износу накнаде узме у обзир непоштовање обавеза од стране инвеститора према Водећим принципима УН о пословању и људским правима и Смерницама ОЕЦД-а за мултинационална предузећа.

[52] Peels, R., Echeverria Manrique, M., Aissi, J. & Schneider, A., ILO Research Paper No. 13, *Corporate social responsibility in international trade and investment agreements: Implications for states, business and workers,* 2016. Доступно на: wcms_476193.pdf (ilo.org) (14.09.2022).

инвестиције заштићене споразумом.[53] Тако, допринос економском развоју државе пријема улагања, јавља се као услов у бројним арбитражним предметима, које узимају у обзир тест примењен у предмету Салини против Марока (*Salini v. Marocco*). Овај тест захтева да инвестиција задовољи четири критеријума: (1) улагање капитала или других ресурса; (2) одређено трајање; (3) ризик; и (4) допринос економском развоју државе домаћина. С друге стране, постоје и предмети који искључују критеријум доприноса развоју економије државе пријема улагања, јер га је „*тешко утврдити и имплицитно је покривен претходним трима критеријумима*“[54], односно да није неопходан елемент инвестиције[55].

Поставља се питање како вредновати допринос економском развоју земље домаћина инвестиције? Арбитражни судови су примењивали различите параметре, као што су: повећавање домаћег бруто производа[56], пренос *know-how*[57] или унапређење домаће индустрије[58]. С обзиром на неуједначеност праксе, одређени новији споразуми јасно предвиђају захтев да инвестиција доприноси економском развоју државе[59], а неки чак и њеном одрживом развоју[60]. Иако се са тачке гледишта земаља у развоју, захтев за „доприносом развоју“ може сматрати корисним, овај критеријум је и даље тешко тумачити у пракси јер је неизвесно како би се то конкретно процењивало.

Са друге стране, циљеви одрживог развоја могу да се поспеше на индиректан начин, у зависности од тога који приступ дефиницији улагања постоји у датом инвестиционом споразуму. Традиционални инвестициони споразуми дефинишу улагање као „сваку врсту средстава“ у власништву или под директном или индиректном контролом страног инвеститора друге уговорне стране, и углавном је праћена непотпуном листом имовинских права.[61] Ређе, БИТ-ови и мултилатерални споразуми о заштити инвестиција садрже

---

[53] Schacherer & Hoffmann, *op. cit*., 570 и даље.

[54] *LESI, S.p.A. and Astaldi, S.p.A. v. People's Democratic Republic of Algeria*, (ICSID Case No. ARB/05/3), пасус 72.

[55] *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 Nov 2012, пасус 5.43.

[56] *Cortec Mining v. Kenya*, ICSID Case No. ARB/15/29, Final Award, 22 October 2018, пасус 300.

[57] *Border Timbers v. Zimbabwe,* ICSID Case No. ARB/10/25, Award, 28 July 2015, пасус 286.

[58] *Casinos Austria v. Argentina* ICSID Case No. ARB/14/32, Decision on Jurisdiction, 29 June 2018, пасус 192.

[59] Види БИТ између Турске и Буркине Фасо, чл. 1.1, закључен 2019. године, али није још ступио на снагу. Доступно на: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6087/download (09.05.2023).

[60] БИТ између Марока и Нигерије (2016), чл. 1.

[61] Споразум о инвестицијама између Хонгконга и Асоцијације нација југоисточне Азије (2017). Доступно на: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5655/download (09.05.2023).

таксативно набрајање имовине која се квалификује као инвестиција и предвиђају посебна искључења из дефиниције, као што је искључивање портфолио улагања[62] или дужничких хартија од вредности које је издала влада.[63] Трећи је приступ заснован на предузећу (енгл. *enterprise-based*) који дефинише инвестицију као оснивање или стицање предузећа.[64] Сматра се да су други и трећи приступ бољи јер остављају више простора државама да регулишу каква улагања прихватају.[65]

Још један важан елемент у дефиницији улагања је захтев да се улагања врше у складу са законима и прописима државе домаћина.[66] Ова врста захтева има двојаку функцију. Прво, тиме се подстиче инвеститор да поштује правила државе улагања и њене развојне политике, јер у супротном не би могао остварити заштиту из споразума,[67] а друго, одговорност за имплементацију конкретније политике одрживог развоја тиче се и државе домаћина, која је одговорна за успостављање таквих прописа који одражавају бригу за питања одрживог развоја.

У сваком случају, упутно је да се приликом дефинисања „инвестиције“ има на уму приступ који највише погодује интересима одрживог развоја, односно да се дефиницијом искључе инвестиције које мање доприносе тим циљевима.

4. СТАНДАРДИ ТРЕТМАНА СТРАНИХ УЛАГАЊА И ОДРЖИВИ РАЗВОЈ

Познато је да су у циљу заштите и унапређења страних инвестиција формулисани стандарди третмана који се могу наћи у типичним инвестиционим споразумима, као што су: пуна заштита и сигурност, национални третман, третман најповлашћеније нације, стандард поштеног и правичног

[62] Види БИТ између Бразила и Индије (2020), чл. 2.4.1(iv); доступно на: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5912/download (09.05.2023). Такође, БИТ између Буркине Фасо и Турске (2019), чл. 1.1.

[63] БИТ између Бразила и Малавија (2015), чл. 2(1). Доступно на: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4715/download (09.05.2023).

[64] Види, на пример, БИТ између Бенина и Канаде (2013), чл. 1. Доступно на: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/438/download (09.05.2023).

[65] Schacherer & Hoffmann, *op. cit*., 571.

[66] Види, на пример, БИТ између Буркине Фасо и Турске (2019), чл. 1.1 и 2. Такође, Свеобухватни економски и трговински споразум из 2016. године између Канаде и ЕУ (ЦЕТА), чл. 8.1. Доступно на: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017A0114(01) (09.05.2023).

[67] ЦЕТА, на пример, експлицитно искључује заштиту за улагања која нису учињена у складу са домаћим законима, чл. 8.18(3).

третмана, забрана незаконите експропријације и други. Од наведених стандарда, за нашу тему од посебног значаја су одредбе о експропријацији и стандард поштеног и правичног третмана, као и одредбе о условима учинка стране инвестиције.

4.1. Правила о експропријацији

Кључни проблем који се може јавити током улагања у страну земљу је могућност експропријације, односно лишавање страног улагача имовинских права која представљају његову инвестицију.[68] Због тога сви традиционални међународни споразуми о заштити улагања садрже правила о експропријацији, која је законита само ако се одвија у јавну сврху, на недискриминаторан начин, у законитом поступку, и уз правичну накнаду.[69] Поред директне, постоји и индиректна експропријација, када држава својим мерама омета имовинска права инвеститора у том степену да она постају бескорисна, при чему не долази до формалног престанка права својине.[70]

Поставља се питање да ли регулативна делатност државе, предузета у циљу одрживог развоја, која омета или онемогућује пословање страног инвеститора, представља експропријацију која се мора надокнадити или се те мере морају прихватити као легалне и легитимне, без права на накнаду. Пример за овај случај је ускраћивање лиценце неопходне за обављање делатности из еколошких разлога.[71] С обзиром на то да многи споразуми не одређују прихватљив праг мешања државе у ову област, арбитражни судови су развили неколико приступа да процене да ли државне мере представљају индиректну експропријацију. Доктрина „искључивог дејства“ разматра само утицај ових мера на коришћење имовине инвеститора, а не узима у обзир природу, сврху и карактер мере.[72] Сходно томе, ако мера значајно омета коришћење имовине инвеститора, надокнада је потребна без обзира на сврху мере. Насупрот томе, доктрина „јавних овлашћења“ државе (енгл. *police powers*) сугерише да државне мере које спадају у њена у јавна овлашћења а доводе до штете или губитка имовине за инвеститора, ипак не представљају индиректну експропријацију, па сходно томе не долази до обавезе накнаде штете.[73]

[68] Ђундић, П., „Експропријација у међународном приватном праву инвестиција“ (докторска дисертација), Правни факултет у Новом Саду, 2010, 15.

[69] *Ibid*., 307.

[70] *Ibid*., 92.

[71] *Tecnicas Medioambientales Tecmed S. A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2.

[72] Dolzer, R. & Schreuer, C., *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 103. Наведено према: Ђундић, П., 2010, 199.

[73] Titi, C., „Police Powers Doctrine and International Investment Law“, in: F. Fontanelli, A. Gattini and A. Tanzi (Eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Brill, 2018, p. 323–343, 1.

Фокус је на сврси мере, односно узимају се у обзир легитимни јавни интереси (као што су заштита животне средине, јавног здравља и безбедности)[74]. Коначно, неки арбитражни судови су узели у обзир и сврху мере и дејство на имовину инвеститора и увели тест пропорционалности, који налаже да ограничење права не сме бити непропорционално у односу на циљ коме се тежи и које је неподношљиво за власника.[75]

Неуједначеност арбитражне праксе отежава предвиђање које и какве мере су оправдане, а које и какве нису. Зато се у савременим инвестиционим споразумима све више покушава разјаснити разлика између експропријације за коју се даје накнада и регулативних мера државе предузетих у општем интересу ослобођених обавезе плаћања накнаде. Један од актуелних приступа представља уношење специфичних одредби о одрживом развоју и регулативним овлашћењима државе домаћина у БИТ-ове и моделе БИТ-ова, о чему је већ било речи.

Другу могућност представља предвиђање изузетака за деловање државе у самим одредбама о експропријацији. На пример, канадско-српски БИТ (2014) прописује да „*мера Стране која је осмишљена и којој је циљ заштита легитимних циљеве јавног благостања, као што су здравље, безбедност и животна средина, не представља индиректну експропријацију*“[76]. Међутим, у овом БИТ-у, као и у многим другим, предвиђа се да та мера не сме бити дискриминаторна, као и да мора бити усвојена и примењена у доброј вери да би била изузета.

У појединим БИТ-овима пропорционалност мера се такође јавља као један од услова, узимајући у обзир услове као што су економски утицај мере или низа мера, степен до којег мера или низ мера ометају различита, разумна очекивања заснована на инвестицијама и карактер мере.[77] Последњи критеријум („карактер мере“) пружа простор за то да намера остваривања циљева одрживог развоја утиче на закључак о томе да ли је конкретно понашање представљало експропријацију.

Још једно питање које се тиче одрживог развоја јесте одређивање накнаде за експропријацију. Одређени међународни споразуми садрже правила о

---

[74] UNCTAD, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, UN, New York, Geneva, 2012, xiii.

[75] *Tecnicas Medioambientales Tecmed S. A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003, пасус 122; *LG&E Energy Copr., LG&E Capital Corp, LG&E International INC. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, пасус 195.

[76] БИТ између Канаде и Србије (2014), анекс Б.10 (в). Доступно на: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3167/download (09.05.2023).

[77] На пример, БИТ између Канаде и Обале Слоноваче (2014), Анекс Б(10), чл. 1, ст. 2, тач. ц. Доступно на: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3242/download (09.05.2023).

вредновању накнаде и успостављају одређене критеријуме који се морају узети у обзир.[78] Приликом процене тржишне вредности инвестиције, српско-канадски БИТ (2014), али и неки други споразуми, као што је Свеобухватни економски и трговински споразум из 2016. године између Канаде и ЕУ[79] (у даљем тексту: ЦЕТА), садрже и узимање у обзир „других критеријума, према потреби", што, према неким ауторима, може имплицирати право арбитражних судова да разматрају питања одрживог развоја.[80]

Чини се да оптимални приступ представља успостављање услова за дозвољене регулативне активности, као што су циљеви одрживог развоја, недискриминаторна природа мера, пропорционалност мера и друго. Будући арбитражни случајеви показаће да ли су ови услови довољно јасно формулисани како би се дозвољене и легитимне регулативне мере разликовале од оних које представљају индиректну експропријацију.

4.2. Поштен и правичан третман

Стандард поштеног и правичног третмана (енгл. *Fair and equitable treatment*, у даљем тексту: ФЕТ) такође се у пракси перципира као препрека имплементацији циљева одрживог развоја.[81] ФЕТ је за инвеститоре нарочито значајан у погледу мера државе које утичу на легитимна очекивања страних инвеститора, а које не представљају експропријацију, јер арбитражни судови су у досадашњој пракси у већој мери проналазили кршење ФЕТ-а, него незаконити експропријацију.[82] Међутим, ФЕТ је као стандард неодређен, што утиче на непредвидивост арбитражних одлука и посредно на спремност државе да ово питање регулише у јавном интересу.

Арбитражни судови су развијали опсежно али и различито тумачење овог стандарда.[83] Из тог разлога, реформисани међународни инвестициони споразуми садрже различите приступе како би се проблем неодређености ФЕТ-а ублажио. Тако, један од приступа је потпуно изостављање ФЕТ-а,

---

[78] На пример, канадско-српски БИТ (2014), чл. 10, ст. 2.

[79] ЦЕТА, (2016), чл. 6Cf.

[80] Zagel, G., *op. cit*, 52.

[81] *Ibid*., 42.

[82] Schreuer, C., „Fair and equitable treatment", in: A. K. Hoffmann (Ed.), *Protection of foreign investment through modern treaty arbitration: diversity and harmonization*, Association Suisse de l'Arbitrage, Basel, 2010, 125-135; 133. Наведено према: Zagel, G., *op. cit*.

[83] Правни аутори наводе да се као елементи стандарда поштеног и правичног третмана углавном јављају поступање са дужном пажњом и пружање заштите инвестицији; забрана ускраћивања правде; забрана арбитрарног и дискриминаторског поступања; заштита легитимних очекивања инвеститора; заштита од узнемиравања и савесно поступање државе. Ракић, Г., „Поштен и правичан третман страног улагача као правни стандард у међународном инвестиционом праву", (докторска дисертација), Правни факулет у Новом Саду, 2019, 288.

који се критикује из више разлога[84]. Прво, сами елементи ФЕТ-а, као што су владавина права, транспарентност, стабилност, добро управљање, су садржани у циљевима одрживог развоја у контексту мирног и инклузивног друштва. Друго, ФЕТ може пронаћи своју примену кроз клаузулу најповлашћеније нације, која упућује на примену других споразума који не искључују ФЕТ.[85]

Као најбоља алтернатива предлаже се укључивање детаљне листе елемената ФЕТ-а, како би се арбитрима пружила боља упутства приликом тумачења и примене ове клаузуле. На пример, ЦЕТА предвиђа мере које представљају кршење ФЕТ-а: (а) ускраћивање правде у кривичном, грађанском или управном поступку; или (б) фундаментално кршење прописаног поступка, укључујући суштинско кршење транспарентности и препреке ефикасном приступу правди, у судским и управним поступцима; или (в) очигледна арбитрарност; или (г) циљана дискриминација на очигледно погрешним основама, као што су пол, раса или верска уверења; или (д) узнемиравање, принуда, злоупотреба моћи или слично понашање у лошој вери.[86]

Други приступ представља појашњење односа између ФЕТ-а и легитимних очекивања инвеститора. На пример: „*За већу сигурност, сама чињеница да Страна предузме или не предузме радњу која може бити у супротности са очекивањима инвеститора не представља кршење овог члана (ФЕТ-а), чак и ако постоји губитак или штета за инвестицију као резултат*“.[87] Овом одредбом се легитимна очекивања заправо елиминишу као елемент ФЕТ-а. С друге стране, ЦЕТА предвиђа да арбитражни суд, приликом разматрања поштеног и правичног третмана, може узети у обзир изјаве дате инвеститору како би се подстакао на улагање, које су створиле легитимно очекивање и на које се инвеститор ослањао при одлуци да изврши или задржи покривено улагање, али које је друга страна накнадно изневерила.[88]

Дакле, у савременој правној доктрини се сматра да би ФЕТ требало задржати у структури инвестиционих споразума, али уз специфицирање његових елемената, као што су принципи владавине права, поштене управе, транспарентности и понашања држава домаћина у доброј вери. Такође, препоручљиво је да се прецизирају услови за прихватљиве промене правног оквира државе домаћина, како не би дошло до кршења легитимних очекивања инвеститора.

---

[84] Споразум о слободној трговини између држава ЕФТА и држава Централне Америке (2013). Доступно на https://www.efta.int/media/documents/legal-texts/free-trade-relations/central-america/EFTA-Central-America-free-trade-agreement.pdf (09.05.2023).

[85] Zagel, G., *op. cit*., 37.

[86] ЦЕТА (2016), чл. 8.10.

[87] Споразум између Сједињених Америчких Држава, Сједињених Мексичких Држава и Канаде (2018), чл. 14.6.4. (превод аутора). Доступно на: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6008/download (09.05.2023).

[88] ЦЕТА (2016), чл. 8.10., ст. 4.

4.3. Услови учинка

Основни облик ограничења слободе инвестирања представља условљавање инвеститора да његово улагање мора да има одређене карактеристике, како би било прихваћено у држави пријема улагања. То су тзв. услови учинка инвестиције (енгл. *performance requirements*). У контексту одрживог развоја, многи од ових услова могу да буду значајни. На пример, правила о употреби локалних ресурса могу допринети економском расту, повећању запослености, смањењу неједнакости и слично. Захтеви за учинком могу да имају вишеструко позитиван утицај, на пример кроз увођење нових технологија, које би имале позитиван утицај на конкурентност државе пријема улагања.

Међутим, многи међународни инвестициони споразуми забрањују условљавање страног инвеститора одређеним учинком његове инвестиције. На пример, забрана условљавања инвеститора запошљавањем локалних радника може да отежа постизање самог циља одрживог развоја, који предвиђа пуну и продуктивну запосленост и пристојан рад за све жене и мушкарце. Ове одредбе могу стога бити у супротности са одређеним циљевима одрживог развоја јер клаузула о забрани захтева учинка смањује флексибилност креатора домицилне политике на различите начине.

5. ПРОЦЕСНОПРАВНЕ ОДРЕДБЕ И ОДРЖИВИ РАЗВОЈ

Поред супстанцијалних одредби, поједини аспекти процесноправних одредби о решавању инвестиционих спорова такође могу да имају утицаја на питања одрживог развоја. У контексту савремених тенденција реформе инвестиционих споразума и механизма решавања арбитражних спорова јављају се и карактеристични елементи измене и допуне клаузуле о решавању спорова. Како наводи проф. Станивуковић, у новијим споразумима и моделима споразума, та клаузула прераста у читав одељак споразума, који предвиђа одређена решења релевантна и за циљеве одрживог развоја.[89]

Према ауторки Загел (Zagel), могућност инвеститора да доведе у питање регулативне мере државе, недоследност арбитражних одлука, ограничена могућност њихове контроле, као и трајање и трошкови арбитражних поступака утичу на одрживи развој, и то на два начина. Са једне стране, државе се либе да доносе прописе у вези са одрживим развојем (тзв. *chilling effect*), а са друге стране смањују се средства доступна за имплементацију циљева одрживог развоја.[90]

[89] Станивуковић, М. Д, Основни елементи за реформу клаузуле о решавању спорова између улагача и државе у двостраним споразума Србије о заштити инвестиција, *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније*, Правни факултет у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, 2022, 57-84; 57 и даље.

[90] Zagel, G., *op. cit*. 42.

5.1. Заједнички комитети

Бројни савремени споразуми успостављају институционални оквир у виду заједничких комитета или одбора (*Joint Committees*) који имају различите задатке, као што су надзор над спровођењем споразума, идентификација и препоручивање мере или иницијативе за промовисање и повећање токова инвестиција између држава уговорница, успостављање листе арбитара који ће решавати потенцијални спор, и тумачење одредби споразума.

За питања одрживог развоја, нарочито је значајно јачање улоге државе у инвестиционој арбитражи кроз тумачење одредби споразума заједничких комитета, при чему је то тумачење обавезујуће за арбитражни суд у било ком тренутном или будућем спору, и свака арбитражна одлука мора бити у складу са том заједничком одлуком.[91]

5.2. Превенција инвестиционих спорова

Други аспект процесноправних одредби потенцијално важан за одрживи развој јесте превенција инвестиционих спорова, јер се на тај начин штеде материјални и људски ресурси. Превенција спорова садржана је у многим споразумима, уз различите модалитете. Тако, мароканско-нигеријски БИТ успоставља заједнички комитет, састављен од представника обе стране, који има и задатак да учествује у „*настојању страна уговорница да сва питања или спорове у вези са улагањем реше на пријатељски начин*“.[92]

Осим тога, у многим споразумима предвиђају се обавезујуће или необавезујуће консултације и преговори пре покретања арбитраже.[93] Дакле, предупређивање спорова служи да се пронађу решења и да се разговара о мерама државе без укључивања арбитражних судова.

5.3. Контрола арбитражних одлука

Одсуство или недовољна контрола арбитражних одлука једна је од кључних замерки која се упућује механизму решавања инвестиционих спорова. Иако Вашингтонска конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (у даљем тексту: ИКСИД Конвенција) садржи одређене могућности контроле арбитражних одлука, сматра

---

[91] Споразум о слободној трговини између Аустралије и Кореје (2014), чл. 9.18, ст. 2. Доступно на https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2971/download (09.05.2023).

[92] БИТ између Марока и Нигерије (2016), чл. 26(1).

[93] Споразум о слободној трговини између Аустралије и Кореје (2014), чл. 11.15. Доступно на https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2971/download (09.05.2023).

се да су постојећи механизми недовољни, јер се односе само на процедуралне аспекте арбитражног поступка, а не и на мериторно разматрање судова.

У неким споразумима, као што је ЦЕТА, већ се налазе реформисане одредбе којима се предвиђа успостављање сталног инвестиционог и жалбеног суда, што би требало да побољша уједначеност и предвидљивост арбитражних одлука. Тиме се повећава легитимност одлука, што одговора захтевима владавине права из циљева одрживог развоја, а са друге стране, увођење апелационог механизма има индиректан позитиван ефекат и на спремност да се усвоје регулативне мере одрживости државе пријема улагања.[94]

5.4. Неосновани тужбени захтеви

Још један елемент процесноправних одредби инвестиционих споразума који може да има ефекат на одрживи развој јесу одредбе о одбацивању неоснованих тужбених захтева у раној фази поступка. Како већина традиционалних БИТ-ова не садржи правила о одбацивању очигледно неоснованих захтева, одговор је на арбитражним судовима, што ствара неизвесност.

Да би се спречила неизвесност, неколико реформисаних споразума о улагањима садржи правила о том питању. На пример, ЦЕТА предвиђа рано одбацивање захтева у случају да је улагање извршено лажним представљањем, корупцијом или понашањем које представља злоупотребу поступка. Постојање неког од ових разлога значи превремено одбацивање тужбе. Тужбе се такође могу одбацити у раној фази ако су очигледно без правног основа или уколико нису засноване на закону.[95] Ова правила иду у прилог одрживом развоју јер спречавају неосновано оспоравање мера држава донетих у јавном интересу, као и зато што се тиме скраћују арбитражни поступци, спречавају злоупотребе инвестиционе арбитраже и штеде средства.

5.5. Противтужбе држава

Путем института противтужбе, државе могу да искажу своје аргументе, као и да постигну смањење трошкова спајањем поступка. Међутим, досадашња арбитражна пракса показује да се противтужба још увек ретко користи као инструмент за утврђивање одговорности улагача у било којој области, иако ИКСИД конвенција и УНЦИТРАЛ Правила о арбитражи предвиђају могућност подношења противтужбе, под одређеним условима. Абитражни судови су различито тумачили допуштеност противтужби, будући

[94] Zagel, G., *op. cit*., 45.

[95] Поступак такође може бити предмет раног одбацивања од стране суда, у складу са чланом 8.32 и 8.33. Ове одредбе омогућавају да се избегну неосноване тужбе или друге злоупотребе.

да она у суштини зависи од начина на који је формулисана арбитражна клаузула у одговарајућем БИТ-у. На пример, у предмету Салука против Чешке (*Saluka v. Czech Republic*), арбитражни суд је утврдио своју надлежност у „*свим споровима... у вези са инвестицијом*“, на основу члана 8 чешко-холандског БИТ-а, чиме се начелно дозвољава поступање по противтужби државе.[96]

Са друге стране, у спору Русалис против Румуније (*Roussalis v. Romania*)[97] који се одвијао под окриљем ИКСИД-а, арбитражни суд је сматрао да се члан 9. грчко-румунског БИТ-а (1997) не може тумачити тако да обухвата и противтужбе држава.[98] Ипак, у скорије време се јављају инвестициони споразуми који изричито омогућују подношење противтужбе од стране тужене државе. На пример, БИТ између Словачке Републике и Ирана (2016) предвиђа могућност да држава поднесе противтужбу засновану на повреди инвеститорових обавеза да се придржава закона државе пријема улагања, садржаних у том споразуму[99]. Цитирана одредба служи томе да се држави омогући да поднесе противтужбу у циљу заштите јавног интереса, односно неких од циљева одрживог развоја и спречe неосновани поступци инвеститора.

5.6. Транспарентност арбитражног поступка

У последње време све више се инсистира на транспарентности арбитражних поступака, а нарочито на јавној доступности арбитражних одлука, па тако и све већи број међународних споразума о заштити улагања садржи одредбе о процедуралној транспарентности, које могу бити различите. Пример је чл. 31 БИТ-а између Србије и Канаде (2014), који предвиђа да су арбитражне одлуке и други документи начелно доступни јавности, као и да су рочишта отворена за јавност, осим у изузетним случајевима, када се ради о поверљивим информацијама.[100] Осим тога, одређене одредбе се позивају на директну примену УНЦИТРАЛ Правила о транспарентности, као што је случај у ЦЕТА, који чак и проширује поменута правила.

---

[96] *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic* (UNCITRAL), Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, 7 May 2004, пасус 39.

[97] *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Award, 7 Dec 2011, пасус 869 и даље.

[98] У члану 9 грчко-румунског БИТ-а (1997), прописано је да, уколико се спорови између инвеститора и државе пријема улагања *у вези са њеним обавезама из БИТ-а* не могу решити у року од шест месеци, *заинтересовани инвеститор* може поднети спор било надлежним судовима Стране уговорнице на чијој територији је улагање извршено или међународној арбитражи. Доступно на https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6544/download (09.05.2023).

[99] БИТ између Словачке и Ирана (2016), чл. 14(3). Доступно нахttps://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3601/download (09.05.2023).

[100] БИТ између Републике Србије и Канаде (2014), чл. 31.

6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Евидентно је да се одрживи развој све више јавља као појам на који треба обратити пажњу у контексту страних улагања, иако је међународно право страних улагања примарно фокусирано на њихову заштиту.[101] Многи новији инвестициони уговори и модел БИТ-ови укључују одређене одредбе које се експлицитно или имплицитно баве различитим аспектима одрживог развоја. На основу анализе мапираних споразума, процентуално највећи број њих садржи одредбе о заштити животне средине, а најмањи одредбе о друштвено одговорном пословању. Може се закључити да инвестициони споразуми прате опште друштвена кретања, односно да се укључивање „модерних" одредби поклапа са развојем концепта одрживог развоја и све већом спецификацијом његових циљева. Јављају се и обавезе за страног улагача, позивањем на поштовање правила домаћег законодавства, или ређе, наметањем конкретнијих обавеза инвеститору у самом међународном споразуму. Веома мали проценат споразума садржи већину или све одредбе и циљеве одрживог развоја анализиране у овом раду.

Међутим, као отворено остаје питање како арбитражни судови анализирају проблеме одрживог развој и како процењују на који начин су државе ограничене у доношењу регулативних мера. Многи правни писци сматрају да арбитражни судови до сада нису били превише успешни у адекватном обраћању пажње на интересе државе пријема улагања при тумачењу стандарда третмана страног инвеститора. У будућности остаје да се види како ће бити тумачене одредбе новијих споразума, јер је изгледно да ће број спорова који се тичу мера државе пријема улагања усмерених на одрживи развој бити све већи.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Atanacković, U., „Društveno odgovorno poslovanje kao savremeni koncept biznisa", *Škola biznisa* 1/2011, 143–148.

Bjorklund, A. K., „Sustainable Development and International Investment Law", in: *Research Handbook on Environment and Investment Law* (K. Miles, ed.), Edward Elgar Publishing, 38–68, 2019.

Brundtland, G. H., *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, United Nations General Assembly document A/42/427, 1987.

[101] Bjorklund, A. K., „Sustainable Development and International Investment Law", in: *Research Handbook on Environment and Investment Law* (K. Miles, ed.), Edward Elgar Publishing, 38–68, 2019.

Gordon, K. & Pohl, J., „Environmental Concerns in International Investment Agreements: A Survey“, *OECD Working Papers on International Investment* 2011/01, OECD Publishing, Paris, 2011. https://doi.org/10.1787/5kg9mq7scrjh-en.

Дивљак, Д., „Правни значај заштите животне средине у праву страних улагања“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* XLVII(2)/2013, 199–213.

Dolzer, R. & Schreuer, C., *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

Ђундић, П., „Експропријација у међународном приватном праву инвестиција“ (докторска дисертација), Правни факултет у Новом Саду, 2010.

Ђундић, П., „Потенцијална реформа српске мреже двостраних споразума о заштити и подстицању улагања: прилика за нови почетак“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2022, 145–169.

Ђундић, П., „Процесне претпоставке за примену клаузуле о ускраћивању погодности у инвестиционој арбитражи: зашто је тешко рећи не?“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 53(3)/2019, 933–954.

Zagel, G., „Achieving Sustainable Development Objectives in International Investment Law“, in: *Handbook of International Investment Law and Policy*, (J. Chaisse, L. Choukroune & J. Sufian, Eds.), 1 ed., Springer Nature, 2020, 1–55. https://doi.org/10.1007/978-981-13-5744-2_57-1

International Institute for Sustainable Development (IISD), *A Sustainability Toolkit for Trade Negotiators: Trade and Investment as vehicles for achieving the 2030 Sustainable Development Agenda*. Доступно на: https://www.iisd.org/toolkits/sustainability-toolkit-for-trade-negotiators/about-us/ (14.09.2022).

Maupin, J. A., „Public and Private in International Investment Law: An Integrated Systems Approach“, *Virginia Journal of International Law* 54/2014, 367–435. https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3128/

Павићевић, В. „Реформа билатералних инвестиционих споразума – од кризе легитимитета до инструмента социјалне и еколошке правде“, *Стране инвестиције у Србији – нови погледи* (др Сања Јелисавац Трошић, ур.), Институт за међународну политику и привреду, Београд, 2019, 188–208.

Peels, R., Echeverria Manrique, E., Aissi, J. & Schneider, A., ILO Research Paper No. 13, *Corporate social responsibility in international trade and investment agreements: Implications for states, business and workers*, 2016. Доступно на: wcms_476193.pdf (ilo.org) (12.09.2022).

Ракић, Г., „Поштен и правичан третман страног улагача као правни стандард у међународном инвестиционом праву“ (докторска дисертација), Правни факултет у Новом Саду, 2019.

Ridi, N., „Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified“, *European Journal of International Law* 27(2)/2016, 545–551. https://doi.org/10.1093/ejil/chw025

Schacherer, S. & Hoffmann, R. T. „International investment law and sustainable development“. in: *Research Handbook on Foreign Direct Investment,* Edward Elgar Publishing, 2019, 563–595.

Schrijver, N., „Chapter 16 2019 AIIB Law Lecture: The Rise of Sustainable Development in International Investment Law“, in: *The Role of International Administrative*

Law at International Organizations, Brill | Nijhoff, Leiden, 2020. doi: https://doi.org/10.1163/9789004441033_017

Schrijver, N., *The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status*, Brill | Nijhoff, Leiden, 28 Feb. 2009. doi: https://doi.org/10.1163/9789047444466.

Schreuer, C., „Fair and equitable treatment“, in: A. K. Hoffmann (Ed.), *Protection of foreign investment through modern treaty arbitration: diversity and harmonization*, Association Suisse de l'Arbitrage, Basel, 2010, 125–135.

Станивуковић, Маја Д., Основни елементи за реформу клаузуле о решавању спорова између улагача и државе у двостраним споразума Србије о заштити инвестиција, *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније*, Правни факултет у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, 2022, 57–84.

Titi, C., „The Right to Regulate in International Investment Law (Revisited)“, *Courses of the Summer School on Public International Law 18*, International and Comparative Law Research Center, 2022. Доступно на: https://iclrc.ru/storage/publication_pdf/SSPIL-2021_18_Catharine-Titi_1652862758.pdf (11.12.2022).

Titi, C., „Police Powers Doctrine and International Investment Law“, in: F. Fontanelli, A. Gattini and A. Tanzi (Eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Brill, 2018, p. 323–343.

UNCTAD, *Recent Developments in the IIA Regime: Accelerating IIA Reform,* 2021. Доступно на: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2021d6_en.pdf (11.12.2022).

UNCTAD, *Expropriation, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II,* New York, Geneva, UN, 2012.

UN General Assembly, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, A/RES/70/1, 2015. Доступно на: https://www.refworld.org/docid/57b6e3e44.html (04.09.2022).

United Nations, *Agenda 21: programme of action for sustainable development*, Negotiated by Governments at the United Nations Conference on Environment and Development (UNCED), 3–14 June 1992, Rio de Janeiro, Brazil, 1992. A/CONF.151/26/REV.1. United Nations, New York. Доступно на: http://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf (14.09.2022).

Chi, M., *Sustainable development provisions in investment treaties*. ARTNeT Secretariat, United Nations ESCAP, 2018. Доступно на: https://www.unescap.org/sites/default/files/SustainableDevelopmentProvisionsinInvestmentTreaties.pdf (11.12.2022).

Milica D. Njegovan
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
njegovanmilica@yahoo.com
ORCID ID: 0000-0002-3651-5714

Sustainable Development Goals in International Investment Promotion and Protection Agreements

Abstract: *Sustainable development goals represent the paradigm of international politics of the 21st century. Their importance is also reflected in the growing number of national and international legal sources that directly or indirectly prescribe provisions for their affirmation. The international investment law, as a diverse set of international legal sources traditionally focused on the protection of foreign investments, has been increasingly linked to the requirements for contributing to the sustainable development of the host state. This paper analyzes the provisions of international investment agreements (IIAs) in the context of various aspects of sustainable development. Preambles, substantive and procedural provisions of bilateral and other international agreements containing provisions on investment protection were analyzed. The conclusion is that in the existing corpus of IIAs, still a smaller number of them contain provisions important for sustainable development, but that a trend can be observed of increasingly frequent incorporation of these "modern" provisions into newly signed agreements, as well as into the modern model BITs.*

Keywords: *sustainable development, international investment law, International investment agreements (IIAs), investment arbitration.*

Датум пријема рада: 11.05.2023.
Датум прихватања рада: 10.11.2023.

Прегледни рад 343.431: 316.37
doi:10.5937/zrpfns57-45000

Nataša M. Pajić
University of Belgrade
Faculty of Security Studies
pajic.natasa@gmail.com
ORCID ID: 0009-0007-7231-1421

HUMAN TRAFFICKING AS A THREAT TO PERSONAL SECURITY*

Abstract: *The subject of this article is human trafficking in the context of endangering personal security, with an individual as a referent object in need of protection. The author employs a literature review as the primary research method. The aim is to synthesize available scholarly literature and gain insights into existing theoretical generalizations and findings of empirical research examining human trafficking as a threat to personal security. Given the multidisciplinary nature of the subject, the analysis encompasses scholarly articles from various fields, particularly security studies and migration studies. The findings reveal that victims experience physical, psychological and sexual violence throughout different stages of the trafficking process, extending beyond the exploitation phase, as commonly acknowledged. The primary objective of employing various forms of violence is to maintain victims in a submissive and slave-like position, reinforcing the belief that escape is impossible. It is worth noting that researchers primarily focus on sexual exploitation, resulting in a larger body of work addressing women and girls as victims of human trafficking. Future research should aim to explore further other less visible forms of human trafficking, which may have equally severe implications for personal security. Additionally, the ongoing challenge of identifying these victims perpetuates the vicious circle of victimization. For holistic insights, it is necessary to examine this issue from a broader perspective on human security.*

Keywords: *human trafficking, personal security, human security, exploitation, violence.*

---

* This text is, in part, an outcome of the author's work on the master's thesis titled "Human Trafficking as a Threat to Human Security", which the author successfully defended in September 2017 at the Faculty of Security Studies, University of Belgrade.

INTRODUCTION

In the post-Cold War era, there has been a growing scholarly interest in human trafficking as a global security threat. Significant changes that have taken place in every aspect of life, along with the evolving security, political, and socio-economic circumstances, have compelled a shift from the traditional security paradigm. Consequently, non-military threats began to seize the attention of researchers. At the onset of the 21st century, academic interest in human trafficking gained further momentum due to international initiatives aimed at preventing and suppressing this criminal phenomenon. This criminal activity, known for generating significant profits and its intricate connection to other forms of organized crime, prompts authors to predominantly examine it within the framework of national and international security threats. Such an approach is shaped by traditional state-centric security perspectives. In this context, even though human security is primarily jeopardized, the security of individuals often receives less attention, hence the need to highlight this aspect of human trafficking research in this paper. While human trafficking affects all countries, available data underscores the vulnerability of individuals from underdeveloped regions and countries in transition. Human trafficking is a characterized by high dark figure, with a large number of cases going undetected and victims of human trafficking being often treated as illegal migrants or prostitutes. It is precisely this strong association and intertwining with migration, smuggling, and prostitution that hinder the timely identification of trafficking victims and the provision of adequate (legal) protection. By gaining insights into various ways personal security is jeopardized, it is possible to expand the existing lists of indicators for identifying potential human trafficking victims. Simultaneously, this can contribute to enhancing the protective mechanisms for victims by comprehensively recognizing their needs and providing conditions for their well-being based on a human-centered approach.

The paper presents relevant theoretical insights and empirical research findings that have delved into the link between personal security and human trafficking. Subsequently, the text provides a concise overview of personal security, followed by an examination of the fundamental definitions and characteristics of human trafficking. The central section of the paper strives to address the core question guiding this study: What values of personal security are threatened by human trafficking, and in what ways?

THE CONCEPT OF PERSONAL SECURITY

In the period following World War II, research predominantly centered on national security. However, the discourse on security underwent a substantial

transformation after the end of the Cold War. This shift brought individual security concerns to the forefront. Broadening the security agenda brought non-military threats into the research spotlight while deepening the concept of security resulted in introducing individual security as a level of analysis, with the individual as the referent object in need of protection. The Copenhagen School, led by Buzan, played a pivotal role in this transition, using the terms "individual security" and "personal security" interchangeably.[1] Some authors, like Ejdus, discuss the lowest level of analysis centered on individual protection, but they prefer using the term "human security" over "individual security".[2]

The concept of human security gained prominence in the 1990s, giving substance to the notion of individual security. It should be emphasized that the establishment of this concept in security studies at the end of the last century does not mean that the idea of individual security is relatively new. In fact, "the concept of human security has its roots tracing back to the Enlightenment era when personal freedoms were contrasted with the absolutist rule".[3] Attracting significant attention in both academic and political circles, human security rose to prominence with the release of the 1994 Human Development Report. This report defined human security as protection from persistent threats and disruptive forces in everyday life, essentially framing it as freedom from fear and freedom from want.[4] Within the academic community, two primary approaches have emerged for interpreting human security: *the maximalist approach*, which comprehensively defines human security across seven dimensions (personal security, political security, economic security, health security, community security, food security, environmental security), and *the minimalist approach*, which narrowly defines human security as protection from violence and related threats (personal security).[5] As Bajpai observes, personal security underscores the imperative of safeguarding physical safety from violence and criminal activities, with women and children being singled out as particularly vulnerable categories.[6] In summary, it is imperative to consider not only objective indicators of security but also the subjective experience of safety.

While a universal definition of a threat remains elusive, a review of the literature suggests that a threat materializes as an undesirable event that causes

[1] Barry Buzan, *People, States & Fear*, Boulder 1991, 35.

[2] Filip Ejdus, *Međunarodna bezbednost: Teorije, sektori i nivoi*, Beograd 2012, 212-213.

[3] Ivica Đorđević, *Ljudska bezbednost – Globalni kontekst i primena u Srbiji*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2013, 75.

[4] Milan Lipovac, Luka Glušac, „Perspektive koncepta ljudske bezbednosti", *Kultura polisa* 2/2011, 60.

[5] Shahrbanou Tadjbakhsh, Anuradha Chenoy, *Human security: Concepts and implications*, Routledge, London 2007, 48-49.

[6] Kanti Bajpai, *Human security: Concept and measurement*, University of Notre Dame, Notre Dame 2000, 15.

adverse consequences by exploiting a vulnerability.[7] A human factor or *force majeure* can initiate an unwanted event that ultimately endangers or destroys a certain value. Speaking of danger, which manifests as a challenge, risk, or threat, Ejdus defines a threat as a clear intention to harm or destroy a particular value.[8][9] Regardless of the approach they advocate, as the primary direct threats to personal security authors cite war, intrastate conflicts, terrorism, crime, human trafficking (especially of women and children), the use of child soldiers, and drug trafficking, while the deprivation of basic needs, serious illnesses, and accidents are considered indirect threats.[10] Therefore, the dehumanization of individuals through human trafficking is identified as one of the most serious threats to personal security.

THE CONCEPT OF HUMAN TRAFFICKING

When it comes to defining human trafficking in academic circles, there is no universal definition that encapsulates the various elements of this criminal activity. A review of existing literature indicates significant variation in definitions among authors. These differences stem from their theoretical perspectives, a commitment to specific conceptual solutions, and in some cases, personal beliefs aimed at achieving particular political objectives. In this regard, Jennifer Lobasz's approach is intriguing, as she defines human trafficking as a "fundamentally contested concept".[11] According to her perspective, human trafficking is a social construct, and the meaning of this term is closely tied to a specific political context. As highlighted by sociologist Velibor Lalić, human trafficking inherently raises questions of freedom, particularly given the enslaved status of victims.[12] While some perceive human trafficking as a form of slavery,[13] others contend that it arises as a result of migration pressures at closed state borders.[14] The absence of a single and clear definition of human trafficking often leads to conflation with prostitution and smuggling. In contrast to these practices, human trafficking ex-

[7] Douglas Landoll, *The security risk assessment handbook: A complete guide for performing security risk assessments*, Auerbach Publications, Boca Raton 2006, 22-24.

[8] F. Ejdus, 36-37.

[9] It is evident that Ejdus is talking about direct threats, but they can also be indirect, and intention is not necessary for their existence.

[10] K. Bajpai, 40-41.

[11] Jennifer Lobasz, *Victims, villains, and the virtuous constructing the problems of "human trafficking"* (Doctoral dissertation), University of Minnesota, Minnesota 2012, 3.

[12] Velibor Lalić, *Trgovina ljudima u Bosni i Hercegovini*, Defendologija centar za bezbjednosna, sociološka i kriminološka istraživanja, Banja Luka 2007, 11.

[13] Arun Kumar Acharya, "Trafficking of Women in Mexico and Their Health Risk: Issues and Problems", *Social Inclusion* 1/2015, 105.

[14] Omar Mahmoud, Christoph Trebesch, "The economics of human trafficking and labour migration: Micro-evidence from Eastern Europe", *Journal of comparative economics* 2/2010, 173.

cludes an element of voluntariness, it can be domestic (unlike smuggling, which entails cross-border movement), and it is conducted for the purpose of exploiting victims through some form of coercion.[15] The lack of proper differentiation can result in secondary victimization due to inadequate responses from security providers.

Nonetheless, it is important to emphasize that authors unanimously agree that human trafficking represents a grave violation of human rights and a victim's dignity.[16] Hence, irrespective of the theoretical standpoint they adopt, researchers often rely on the definition found in the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children: "Trafficking in persons shall mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs".[17] Although human trafficking constitutes a highly intricate process, it can be delineated into three fundamental phases: recruitment (often involving friends, relatives, and fraudulent job offers, among other methods), transportation, and the exploitation of victims.[18]

The etiology of human trafficking is exceptionally complex. While there is no precise profile of a human trafficking victim, various socio-economic factors (such as poverty and economic migration), cultural elements (specific traditional practices and customs), political conditions (porous borders, corruption, wars), and individual circumstances and characteristics (such as gender, age, lifestyle, disrupted family relationships) can render individuals vulnerable to human trafficking.[19]

Owing to its clandestine and illicit nature, measuring the extent of human trafficking is challenging, making it difficult to provide accurate assessments of this phenomenon. Authors rely on estimates from international organizations,

---

[15] Саша Мијалковић, *Трговина људима*, Беосинг, Београд 2005, 70-72.

[16] Alja Klopcic, "Trafficking in human beings in transition and post-conflict countries", *Human Security Perspectives* 1/2004, 10.

[17] Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime [*Протокол за превенцију, сузбијање и кажњавање трговине људским бићима, нарочито женама и децом, којим се допуњава Конвенција Уједињених нација против транснационалног организованог криминала*], UNTS v. 2237 (p. 319), adopted on 15 November 2000, entered into force on 25 December 2003, the Republic of Serbia ratified the Protocol, "Official Gazette of the FRY" – International Treaties, No. 6/2001 [„Службени лист СРЈ" — Међународни уговори, бр. 6/2001], art. 3, para. (a).

[18] V. Lalić, 24-32.

[19] *Ibid*, 35-41.

particularly the International Labor Organization, whose recent estimates cite a figure of 50 million victims, a number surpassing the 2016 estimates by as much as 10 million.[20] The increase in the number of victims is closely tied to political and socio-economic developments that have unfolded since the late 20th century and in the early years of the 21st century. This period witnessed the dissolution of the USSR, a deterioration in the living standards in numerous Eastern European countries (commonly recognized as source countries), and the liberalization of borders, alongside increased cross-border mobility driven by globalization. As a result, scholars pinpoint globalization as a significant factor that substantially facilitates human trafficking.[21] Furthermore, a positive correlation between the outbreak of the global coronavirus pandemic in 2020 and an increase in human trafficking has also been observed but remains insufficiently examined.[22]

The primary driver of this criminal activity is the enormous profit generated from the sale and exploitation of victims. As per available estimates, human trafficking for sexual exploitation yields an annual income ranging from $99 billion to $150 billion, while labor exploitation accounts for an additional $51 billion.[23] The core principles of this illicit activity revolve around the dynamics of supply and demand, and an increase in its scope occurs when traffickers assess that the benefits will outweigh the costs and risks of discovery.[24]

IMPACT OF TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS ON PERSONAL SECURITY

The impact of human trafficking on personal security is widely regarded by most authors as a direct threat to an individual's physical and psychological integrity and life. In this context, based on an analysis of existing academic literature, it can be stated that authors conceptualize human trafficking as a threat to personal security through various forms of exploitation and violence. Given that violence is deployed to sustain the subordinate status of victims, authors frequently operationalize the compromised personal security of victims through various forms of violence, including sexual (such as rape and other forms of sexual abuse),

[20] Joan Reid, Bryanna Fox, "Reforming the Criminal Justice Response to Human Trafficking Victims and Offenders: An Introduction", *Victims & Offenders* 3/2023, 393.

[21] See Arun Kumar Acharya, Adriana Salas Stevanato, "Algunas consideraciones teóricas acerca del tráfico de mujeres en el contexto de la globalización", *Revista de Ciencias Sociales* 2/2008, 220-239.

[22] See Elizabeth Such *et al*., "The Risks and Harms Associated with Modern Slavery during the COVID-19 Pandemic in the United Kingdom: A Multi-Method Study", *Journal of Human Trafficking* 2023, *https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/23322705.2023.2194760*, 3 June 2023.

[23] J. Reid, B. Fox, 393.

[24] A. K. Acharya, A. S. Stevanato, 235.

physical (comprising assault, torture, strangulation, and even murder), and psychological violence (encompassing humiliation, threats, manipulation, and intimidation), while some authors also incorporate a range of deprivations (sleep, food). The degree of violence depends on several factors, particularly the purpose or form of exploitation.

An analysis of existing studies, which seek to examine the scope and severity of violence endured by victims of human trafficking, reveals the prevalence of diverse forms of abuse across all stages of the trafficking process, commencing from recruitment and transportation. This exposure to violence often persists even after victims have exited the human trafficking network, frequently due to challenges in the reintegration process. The authors generally acknowledge the role of violence in establishing control over victims, particularly during the phase of exploitation. However, there remains a divergence of opinions concerning the degree and frequency of such violence.

Violence during the recruitment phase may or may not be encountered. Authors observe that the use of force for recruitment is notably less common in comparison to alternative recruitment methods, such as deceptive job offers.[25] Emotional manipulation plays a particularly significant role in attracting victims.

The lives of trafficking victims, as a fundamental value of personal security, are particularly endangered during the transportation phase since traffickers seek to evade immigration authorities and conceal their criminal activity by all means.[26] This phase is accompanied by the use of physical violence, threats, sexual violence, and even the death of victims if they attempt to escape and seek help.[27] Velibor Lalić cites a case where several women, who were victims of human trafficking, were thrown into the sea near Taiwan after traffickers received information that the ship on which they were held would be inspected by authorities.[28]

On a daily basis, victims are subjected to verbal and psychological abuse, death threats, sleep and food deprivation, which have proven to be more effective mechanisms for keeping victims submissive than extreme physical violence.[29] However, it is worth noting that the majority of studies primarily focus on the sexual exploitation of victims, mainly women and girls. On the other hand, research on human trafficking for labor exploitation relies more on indicators of

---

[25] A. Klopcic, 11.

[26] A. K. Acharya, 104.

[27] Ligia Kiss *et al*., "Paper: violence, abuse and exploitation among trafficked women and girls: a mixed-methods study in Nigeria and Uganda", *BMC Public Health* 22/2022, *https://bmcpublichealth.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12889-022-13021-2*, 5 June 2023.

[28] V. Lalić, 28.

[29] A. K. Acharya, 108; See Susie Baldwin, Anne Fehrenbacher, David Eisenman, "Psychological coercion in human trafficking: an application of Biderman's framework", *Qualitative health research* 9/2015, 1171-1181; Siddhartha Sarkar, "Trafficking of Women and Girls for Sex Trade from Nepal to India", *Challenge* 5/2016, 434-458.

labor exploitation than on examining the prevalence of violence. As a result, data in this field are relatively scarce, but they still indicate a significant presence of physical violence. However, it often happens that authors generalize their findings regarding the level of violence, without distinguishing between different forms of exploitation, leading to a false image of the extent and prevalence of violence.

On the other hand, the absence of sexual and physical violence does not imply the absence of human trafficking; coercion can be enacted through other means such as psychological manipulation and threats, which can have severe consequences for the victim's mental health.[30] Victims' resistance is frequently diminished when threats are aimed at their loved ones and family members, and in the same way, victims are conditioned to perform their tasks proficiently and generate sufficient income.[31] Traffickers frequently employ threats by exploiting the victims' vulnerable position, insinuating that their connections within the police force will recapture them should they attempt an escape, and they also manipulate the fear of victims being treated as criminals and illegal migrants by security forces, effectively dissuading any endeavors to break free from the pernicious cycle of human trafficking.[32] A sense of insecurity is pervasive and it is perpetually upheld through an unsafe living and working environment.

Starting from the fact that violence is a basic characteristic of human trafficking, Heidi Stöckl and her colleagues conducted research on a sample of 10,369 human trafficking victims.[33] To gain insight into the prevalence of abuse in the human trafficking process and describe documented cases of violence among victims, the authors used the largest database of human trafficking victims, the IOM Victim of Trafficking Database (VoTD). The findings of the research indicate that violence is highly prevalent (physical and/or sexual violence was present in over 50% of cases) and that it has a distinct gender dimension, specifically, there are patterns of violence. Younger victims (18-24) were exposed to a higher degree of violence compared to all other age groups, which may indicate potential resistance to traffickers or that other categories were more compliant. Young women and girls were more frequently subjected to both physical and sexual violence, as well as individuals who experienced some form of deprivation and/or forced drug and alcohol use. Furthermore, a higher degree of violence was observed among victims of trafficking for begging and in the sectors of production and agriculture. As the results showed, in as many as 75% of cases, traffickers used threats to

[30] Siân Oram *et al*., "Prevalence and risk of violence and the physical, mental, and sexual health problems associated with human trafficking: systematic review", *PLoS medicine* 5/2012, *https://journals.plos.org/plosmedicine/article?id=10.1371/journal.pmed.1001224*, 1 June 2023.

[31] S. Baldwin, A. Fehrenbacher, D. Eisenman, 1175.

[32] *Ibid.*

[33] Heidi Stöckl *et al*., "Human trafficking and violence: Findings from the largest global dataset of trafficking survivors", *Journal of Migration and Health* 4/2021, *https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2666623521000404*, 1 June 2023.

individuals and their families as a means of control, especially towards the victims of international trafficking who used counterfeit documents, while the level of violence was significantly higher in the case of domestic trafficking victims.[34] In this study, a particularly interesting observation is the positive correlation between a victim's relatively higher socio-economic status prior to entering the human trafficking chain and a higher degree of violence experienced during the human trafficking process. This is a significant finding because poor economic conditions, low standards of living, and poverty are frequently identified in the majority of research as some of the most significant factors contributing to individuals' vulnerability.[35]

Due to the analytical purpose of this paper, the insights gained into the examined topic will be further delineated through an exploration of the diverse exploitative practices to which victims of human trafficking are subjected.

Diverse forms of exploitation experienced by victims of human trafficking

Sexual exploitation serves as the comprehensive term encompassing a spectrum of activities to which victims may be coerced, including forced prostitution, sex tourism, pornography production, and more. The predominant focus of research in this domain is on women and girls as victims.[36] When it comes to the temporal dimension of sexual exploitation, the duration varies on a case-by-case basis, yet a significant correlation emerges between the victim's age and the duration of sexual exploitation. Younger victims typically endure longer periods of exploitation, substantiating the heightened demand for girls and young women in this context.[37] In this regard, Kimberly McCabe offers a typology of victims subjected to sexual exploitation. She distinguishes between a) victims who entered the trafficking chain through coercion, force, or deception, and b) women who initially engaged in prostitution but eventually found themselves entangled in a situation of involuntary exploitation.[38] There are numerous debates about prostitution and human trafficking, and these phenomena are often intertwined, which can have serious consequences for trafficking victims. Prostitution is considered to be a socially undesirable phenomenon that carries the stigma of both the community and providers of social services and security. This can lead to secondary

[34] *Ibid.*

[35] See Olubukola Adesina, "Modern day slavery: poverty and child trafficking in Nigeria", *African Identities* 2/2014, 165-179.

[36] See Cindy Miller-Perrin, Sandy Wurtele, "Sex trafficking and the commercial sexual exploitation of children", *Women & Therapy* 1-2/2017, 123-151.

[37] S. Sarkar, 454.

[38] Kimberly McCabe, "Common forms: sex trafficking", *Human trafficking: Interdisciplinary perspectives* (ed. Mary Burke), Routledge, New York 2013, 137.

victimization of the victim or the failure to identify her as a victim.[39] In this context, advocates for the legalization of prostitution are becoming increasingly vocal, believing that this approach will reduce human trafficking for sexual exploitation. However, research findings mostly suggest the opposite outcome of what is expected: the legalization of prostitution tends to increase demand, thereby increasing the scope of trafficking in women.[40]

Regarding the research design of existing studies on trafficking for sexual exploitation, qualitative research, such as case studies, dominates in this field, which is significant for gaining in-depth insights into the various ways that trafficking endangers the values of personal security. These studies are often limited in geographical scope, focusing on specific countries or smaller spatial units within them. The majority of studies concentrate on Southeast Asian countries, followed by Africa and Latin America, which is not surprising given that these regions are particularly affected by human trafficking. Moreover, in the context of sex trafficking, the European Union (EU) has been acknowledged as the leading region, with specifics of the process varying between member states.[41] Donna Hughes highlights a concerning issue: children constitute one-fifth of the sexually exploited victims in the EU.[42] It is particularly worrying that there are almost no studies addressing the sexual exploitation of boys and men, despite reports from various organizations indicating the existence of this aspect of trafficking. The sexual exploitation of boys is notably present in Afghanistan, which can be linked to their cultural practice called "Bacha Bazi". Although the vast majority of authors warn that human trafficking for sexual exploitation of women is the most prevalent form of this criminal activity,[43] it is important to keep in mind that this form of abuse is also the most visible, and to some extent, there is reporting of this criminal activity. This is not the case with other forms of human trafficking, which are often neglected in academic debates and studies, and they remain undocumented and invisible to security providers as well.

When it comes to human trafficking for the purpose of labor exploitation, the concept itself is rather ambiguous, marked by a lack of precise definitions,

---

[39] See Ramona Vijeyarasa, "The State, the family and language of 'social evils': restigmatizing victims of trafficking in Vietnam", *Culture, health & sexuality* S1/2010, S89-S102.

[40] Seo-Young Cho, Axel Dreher, Eric Neumayer, "Does legalized prostitution increase human trafficking?", *World Development* 1/2013, 67-82.

[41] Donna Hughes, "Trafficking in human beings in the European Union: Gender, sexual exploitation, and digital communication technologies", *Sage Open* 4/2014, *https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2158244014553585*, 3 June 2023.

[42] *Ibid.*

[43] Authors can also be biased in their assessments and research, especially if they strongly adhere to certain theoretical approaches, such as feminism, which perceives women as the sole victims. See Lauren McCarthy, "Human trafficking and the new slavery", *Annual Review of Law and Social Science* 1/2014, 221-242.

which makes operationalization, comparison, and generalization of findings challenging. Common ground among various definitions is the absence of the victim's consent, the presence of coercion, and the imposition of penalties to compel individuals into certain labor activities. The boundary between labor exploitation as a form of human trafficking and other forms of labor abuse that may fall under labor law is particularly unclear.[44] Victims of trafficking can be found in various exploitative situations, and some common indicators include unpaid overtime work, reduced wages or complete lack of compensation, retention of personal documents, restricted freedom of movement, exposure to hazardous working conditions without safety procedures, lack of free time, as well as inadequate healthcare, accommodation, and nutrition.[45] False promises of legitimate employment are the most common recruitment method. Physical violence and threats are also prevalent, and victims are often controlled by threats of being arrested as illegal migrants.[46] This form of human trafficking is mainly present in the textile industry, construction, the service sector, factories, plantations, and farms.[47] Relatively few studies focus on forced labor in households, which is the least visible form of labor trafficking, and as some authors point out, it is widespread and often involves the exploitation of children.[48] Several studies have highlighted a positive correlation between human trafficking for labor exploitation (including children) and global economic openness.[49] "Poverty and inequality in wealth distribution force workers to migrate and accept jobs in poor conditions, subjecting them to exploitation. Additionally, employers' demand for cheap labor and the involvement of organized criminal groups in recruiting and exploiting workers have created an environment for human trafficking for the purpose of labor exploitation."[50] Human trafficking for labor exploitation is almost inseparable from labor migration,[51] so

[44] Samir Rizvo, Eldan Mujanović, „Trgovina ljudima radi eksploatacije radne snage: političke dileme", *Kriminalističke teme* 1-2/2014, 39.

[45] Monika Smit, "Trafficking in human beings for labour exploitation. The case of the Netherlands", *Trends in Organized Crime* 2-3/2011, 190; See Ana Maria Buller *et al*., *Labour exploitation, trafficking and migrant health: Multi-country findings on the health risks and consequences of migrant and trafficked workers*, International Organization for Migration, Geneva 2015.

[46] M. Smit, 194.

[47] *Ibid*, 188-189.

[48] O. Adesina, 165-166.

[49] See Jenny Bryson Clark, Denese McArthur, "The Political and Economic Transition from Communism and the Global Sex Trafficking Crisis: A Case Study of Moldova", *Journal of Intercultural Studies* 2/2014, 128-144; Dursun Peksen, Shannon Lindsey Blanton, Robert Blanton, "Neoliberal Policies and Human Trafficking for Labor: Free Markets, Unfree Workers?", *Political Research Quarterly* 3/2017, *https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1065912917710339*, 2 June 2023.

[50] S. Rizvo, E. Mujanović, 39.

[51] See Jiyoung Song, "Redefining Human Security for Vulnerable Migrants in East Asia", *Journal of Human Security* 1/2015, 45-56.

victims of trafficking are often treated as illegal migrants,[52] further contributing to the low visibility of this phenomenon and relativizing the position of labor exploitation victims compared to those who are sexually exploited. It should be noted that most authors analyze data from international organizations' reports, which further reinforces the perception of the widespread nature of trafficking for sexual exploitation in comparison to labor exploitation. Additionally, these reports primarily focus on international trafficking, neglecting domestic human trafficking.

Even fewer studies delve into organ trafficking. This form of human trafficking occurs when organs are taken from a victim through deception or coercion, without their knowledge during a medical procedure, or when victims have consented to sell their organ(s), but were deceived regarding payment.[53] The illicit market for human organs continues to expand as the demand for organs surges each year, while the number of donations remains stagnant, so vulnerable groups, including the impoverished, homeless individuals, illegal migrants, refugees, and children, are increasingly falling prey to organ traffickers.[54] In the realm of research, while it is acknowledged that the violent extraction of organs is particularly prevalent in conflict situations, the primary focus of authors centers on cases where donors initially agree to sell an organ but are deceived in the process.[55] Men predominantly opt to sell an organ, either to attain economic security or due to being trapped in debt bondage.[56]

Other forms of human trafficking, including trafficking for begging, forced marriages, involvement in criminal activities, trafficking of women for childbirth, or trafficking of children for participation in armed conflicts, although acknowledged, have received considerably less scholarly attention. These forms are often mentioned in passing, with a notable absence of in-depth analyses that could offer valuable insights.

CONCLUDING REMARKS

As a complex and multidimensional issue, human trafficking threatens all levels of security. However, it is noticeable that a large number of papers analyze this phenomenon as a threat to national and international security. Prior to impact-

[52] See Nicola Piper, "A Problem by a Different Name? A Review of Research on Trafficking in South-East Asia and Oceania", *International migration* 1□2/2005, 203-233.

[53] Danijela Frangež, Ales Bučar Ručman, "Specific forms of human trafficking in Slovenia: overview and preventive measures", *Police Practice and Research* 3/2017, 232.

[54] Alireza Bagheri, "Child organ trafficking: global reality and inadequate international response", *Medicine, Health Care and Philosophy* 2/2016, 239.

[55] See Farhan Navid Yousaf, Bandana Purkayastha, "I am only half alive: Organ trafficking in Pakistan amid interlocking oppressions", *International Sociology* 6/2015, 637-653.

[56] *Ibid*, 645-646.

ing society, the state, and the international system, human trafficking directly imperils individuals, including their personal safety and well-being, hence the need for heightened attention to this facet of endangerment. As the findings of previous research have shown, the central phase of human trafficking is exploitation, with victims being exposed to various forms of violence (physical, sexual, psychological) throughout the entire trafficking process. Authors generally agree on the negative consequences, while debates persist regarding the severity and frequency of violence, as well as the prevalence of specific exploitative practices. It is worth noting that researching human trafficking comes with numerous methodological challenges, especially concerning the issue of sample representativeness, which can result in a false image of the actual state of affairs. Given the entanglement of human trafficking with issues like migration and prostitution, it becomes evident that this field is highly politicized, which undoubtedly affects both research efforts and the findings of some studies. Most studies are unidimensional, concentrating solely on one form of exploitation or one specific category of victims, often sidelining other forms of human trafficking that warrant more significant attention. Trafficking in women for sexual exploitation is the most extensively researched form, which can be attributed to its visibility, greater accessibility for sampling within the population, and the dominant feminist theoretical approach that initially shaped the academic discourse on human trafficking. The increasing demand for cheap labor underscores the necessity to refocus research efforts on this form of human trafficking, particularly emphasizing forced labor within households. In conclusion, the lives of individuals and their physical integrity are dominant values threatened by human trafficking, although not the only ones. Therefore, there is a need to adopt a broader concept of human security.

REFERENCES

Alireza Bagheri, "Child organ trafficking: global reality and inadequate international response", *Medicine*, *Health Care and Philosophy* 2/2016, 239-246.

Alja Klopcic, "Trafficking in human beings in transition and post-conflict countries", *Human Security Perspectives* 1/2004, 7-12.

Ana Maria Buller *et al*., *Labour exploitation, trafficking and migrant health: Multi-country findings on the health risks and consequences of migrant and trafficked workers*, International Organization for Migration, Geneva 2015.

Arun Kumar Acharya, "Trafficking of Women in Mexico and Their Health Risk: Issues and Problems", *Social Inclusion* 1/2015, 103-112.

Arun Kumar Acharya, Adriana Salas Stevanato, "Algunas consideraciones teóricas acerca del tráfico de mujeres en el contexto de la globalización", *Revista de Ciencias Sociales* 2/2008, 220-239.

Barry Buzan, *People, States & Fear*, Boulder 1991.

Velibor Lalić, *Trgovina ljudima u Bosni i Hercegovini*, Defendologija centar za bezbjednosna, sociološka i kriminološka istraživanja, Banja Luka 2007.

Danijela Frangež, Ales Bučar Ručman, "Specific forms of human trafficking in Slovenia: overview and preventive measures", *Police Practice and Research* 3/2017, 230-244.

Donna Hughes, "Trafficking in human beings in the European Union: Gender, sexual exploitation, and digital communication technologies", *Sage Open* 4/2014, *https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2158244014553585*, 3 June 2023.

Douglas Landoll, *The security risk assessment handbook: A complete guide for performing security risk assessments*, Auerbach Publications, Boca Raton 2006.

Dursun Peksen, Shannon Lindsey Blanton, Robert Blanton, "Neoliberal Policies and Human Trafficking for Labor: Free Markets, Unfree Workers?", *Political Research Quarterly* 3/2017, *https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/10659129-17710339*, 2 June 2023.

Elizabeth Such *et al*., "The Risks and Harms Associated with Modern Slavery during the COVID-19 Pandemic in the United Kingdom: A Multi-Method Study", *Journal of Human Trafficking* 2023, *https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/23322705.2023.2194760*, 3 June 2023.

Ivica Đorđević, *Ljudska bezbednost – Globalni kontekst i primena u Srbiji*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2013.

Jennifer Lobasz, *Victims, villains, and the virtuous constructing the problems of "human trafficking"* (Doctoral dissertation), University of Minnesota, Minnesota 2012.

Jenny Bryson Clark, Denese McArthur, "The Political and Economic Transition from Communism and the Global Sex Trafficking Crisis: A Case Study of Moldova", *Journal of Intercultural Studies* 2/2014, 128-144.

Jiyoung Song, "Redefining Human Security for Vulnerable Migrants in East Asia", *Journal of Human Security* 1/2015, 45-56.

Joan Reid, Bryanna Fox, "Reforming the Criminal Justice Response to Human Trafficking Victims and Offenders: An Introduction", *Victims & Offenders* 3/2023, 393-398.

Kanti Bajpai, *Human security: Concept and measurement*, University of Notre Dame, Notre Dame 2000.

Kimberly McCabe, "Common forms: sex trafficking", *Human trafficking: Interdisciplinary perspectives* (ed. Mary Burke), Routledge, New York 2013, 133-148.

Lauren McCarthy, "Human trafficking and the new slavery", *Annual Review of Law and Social Science* 1/2014, 221-242.

Ligia Kiss *et al*., "Paper: violence, abuse and exploitation among trafficked women and girls: a mixed-methods study in Nigeria and Uganda", *BMC Public Health* 22/2022, *https://bmcpublichealth.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12889-022-13021-2*, 5 June 2023.

Milan Lipovac, Luka Glušac, „Perspektive koncepta ljudske bezbednosti", *Kultura polisa* 2/2011, 57-76.

Monika Smit, "Trafficking in human beings for labour exploitation. The case of the Netherlands.", *Trends in Organized Crime* 2-3/2011, 184-197.

Nicola Piper, "A Problem by a Different Name? A Review of Research on Trafficking in South East Asia and Oceania", *International migration* 1-2/2005, 203-233.
Olubukola Adesina, "Modern day slavery: poverty and child trafficking in Nigeria", *African Identities* 2/2014, 165-179.
Omar Mahmoud, Christoph Trebesch, "The economics of human trafficking and labour migration: Micro-evidence from Eastern Europe", *Journal of comparative economics* 2/2010, 173-188.
Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime [*Протокол за превенцију, сузбијање и кажњавање трговине људским бићима, нарочито женама и децом, којим се допуњава Конвенција Уједињених нација против транснационалног организованог криминала*], UNTS v. 2237 (p. 319), adopted on 15 November 2000, entered into force on 25 December 2003, the Republic of Serbia ratified the Protocol, "Official Gazette of the FRY" – International Treaties, No. 6/2001 [„Службени лист СРЈ" — Међународни уговори, бр. 6/2001].
Ramona Vijeyarasa, "The State, the family and language of 'social evils': re-stigmatising victims of trafficking in Vietnam", *Culture, health & sexuality* S1/2010, S89-S102.
Samir Rizvo, Eldan Mujanović, „Trgovina ljudima radi eksploatacije radne snage: političke dileme", *Kriminalističke teme* 1-2/2014, 39-58.
Саша Мијалковић, *Трговина људима*, Беосинг, Београд 2005.
Seo-Young Cho, Axel Dreher, Eric Neumayer, "Does legalized prostitution increase human trafficking?", *World Development* 1/2013, 67-82.
Shahrbanou Tadjbakhsh, Anuradha Chenoy, *Human security: Concepts and implications*, Routledge, London 2007.
Siân Oram *et al*., "Prevalence and risk of violence and the physical, mental, and sexual health problems associated with human trafficking: systematic review", *PLoS medicine* 5/2012, *https://journals.plos.org/plosmedicine/article?id=10.1371/journal.pmed.1001224*, 1 June 2023.
Siddhartha Sarkar, "Trafficking of Women and Girls for Sex Trade from Nepal to India", *Challenge* 5/2016, 434-458.
Susie Baldwin, Anne Fehrenbacher, David Eisenman, "Psychological coercion in human trafficking: an application of Biderman's framework", *Qualitative health research* 9/2015, 1171-1181.
Farhan Navid Yousaf, Bandana Purkayastha, "I am only half alive: Organ trafficking in Pakistan amid interlocking oppressions", *International Sociology* 6/2015, 637-653.
Filip Ejdus, *Međunarodna bezbednost: Teorije, sektori i nivoi*, Beograd 2012.
Heidi Stöckl *et al*., "Human trafficking and violence: Findings from the largest global dataset of trafficking survivors", *Journal of Migration and Health* 4/2021, *https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2666623521000404*, 1 June 2023.
Cindy Miller-Perrin, Sandy Wurtele, "Sex trafficking and the commercial sexual exploitation of children", *Women & Therapy* 1-2/2017, 123-151.

Наташа М. Пајић
Универзитет у Београду
Факултет безбедности
pajic.natasa@gmail.com
ORCID ID: 0009-0007-7231-1421

Трговина људима као претња личној безбедности

Сажетак: *Предмет истраживања овог рада јесте трговина људима у контексту угрожавања личне безбедности у чијем средишту је појединац као референтни објекат којем је потребна заштита. Аутор се ослања на преглед литературе као основни методолошки поступак с циљем синтезе доступне академске грађе и стицања увида у постојећа теоријска уопштавања и налазе емпиријских истраживања која трговину људима испитују као претњу личној безбедности. Мултидисциплинарна природа предмета истраживања условила је анализу научних радова из различитих области, а посебно студија безбедности и студија миграција. Налази постојећих истраживања указују на то да су жртве изложене физичком, психичком и сексуалном насиљу током различитих фаза процеса трговине људима, а не само током фазе експлоатације. Основни циљ примене различитих видова насиља јесте одржавање подређеног и робског положаја у којем се жртва нашла и оснаживање уверења да нема излаза из те ситуације. Приметно је да се истраживачи првенствено фокусирају на сексуалну експлоатацију. Отуда, највећи број радова се бави женама и девојчицама као жртвама трговине људима. Будуће студије би требало да се фокусирају на истраживање осталих облика трговине људима који су мање видљиви и имају исте или озбиљније последице по безбедност људи. Проблем идентификације тих жртава је и даље присутан, те оне остају у зачараном кругу виктимизације. За холистичке увиде потребно је овај проблем посматрати у контексту људске безбедности схваћене у ширем смислу.*

Кључне речи: *трговина људима, лична безбедност, људска безбедност, експлоатација, насиље.*

Датум пријема рада: 13.06.2023.
Датум достављања коначне верзије рада: 05.07.2023.
Датум прихватања рада: 12.07.2023.

ПРЕТХОДНО САОПШТЕЊЕ

Претходно саопштење 341.9:341.238
doi:10.5937/zrpfns57- 40597

Björn Steinrötter
University Potsdam
steinroetter@uni-potsdam.de
ORCID ID: 0000-0003-0303-9974

THE PRINCIPLE OF EQUIVALENCE OF LEGAL SYSTEMS IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND ITS CONTRIBUTION TO THE FOUNDATION AND PRESERVATION OF PEACE*

Abstract: *Private international law (PIL) might seem disconnected from peacebuilding and peacekeeping efforts. However, this perception falls short. PIL, contrary to public international law's direct peacekeeping potential, indirectly contributes to peace by fostering mutual respect between states. The relationship between PIL and peace stems from the recognition and respect states show for each other's legal systems. PIL operates on the principle of comity, where states acknowledge the applicability of foreign laws to resolve cases. In essence, while PIL's impact on peace is indirect and modest, its emphasis on mutual respect and fair treatment contributes to peaceful relations between states, making it an important element in the broader context of peacebuilding and peacekeeping efforts. Private international law (PIL) does not determine substantive fairness for parties but focuses on localizing cases at a meta-level of conflict-of-laws. This localization is guided by party, trade, and regulatory interests, and is rooted in neutrality and respect for other legal systems. While the principle of equivalence and neutrality remains foundational in PIL, exceptions and limitations have been established over time to address specific scenarios, ensuring a balanced approach that respects both foreign legal systems and fundamental legal principles.*

Keywords: *Private International Law, peacebuilding and peacekeeping, mutual respect, comity, equivalence.*

What contribution can private international law (PIL) as a part of conflict-of-law regulations make to peacebuilding and peacekeeping? At first glance, one

* This paper is based on a lecture held by the author at the International Conference "Peace & Law" in Novi Sad, June 2022. The form of a lecture is retained.

might answer: certainly not too much. After all, according to its name, it appears to be *private law*, i.e. a field of law that deals with legal issues only at the horizontal level of private parties. Moreover, private international law does not even determine how a legal dispute is ultimately decided, because it deals only with the preliminary question of *which legal system actually applies* to a private law dispute in a cross-border case.

How is this very special legal field supposed to be related to peace? Perhaps it can be indirectly related to peace – legal peace – between individuals, but in no case to peace between states. Right?

I would like to demonstrate to you today that such a view falls somewhat short. Rather, it is quite true that private international law *can make a small, modest, but nevertheless not-to-be-underestimated contribution to peace, even between states*. There are not even many fields of law that are able to demonstrate respect between states as clearly as private international law does.

Needless to say: In contrast to public international law, which can provide direct and far-reaching peacekeeping, private international law's contributions in this regard are more indirect and limited – at least at the legal level. However, public international law *might* perhaps have at times – and I am not an expert here – a certain enforcement deficit at the factual level. In contrast, private international law – at least in its classical form, being far less "political" – does not have this kind of shortcoming. It may have only a *small* impact on peace, but it is an impact you can pretty much count on. However, recently PIL seem to have experienced several "politicisation pushes", so it remains to be seen whether I will have to change my optimistic initial assessment in the course of my talk...

To start with, it would be useful to clarify some terminology. I am using the term 'private *international* law', but this term is somewhat misleading. Traditionally, and originally, private international law actually meant *national* law which is "activated" in *international situations,* i.e. in cross-border situations, and only then becomes relevant. This means that it is *not necessarily the sources of law* that are international, but *rather the circumstances* that are ultimately resolved on the basis of national law.[1] It is true, of course, that there is an increasing amount of private international law in the form of EU regulations and, already for some time now, also in international treaties; but, at its very foundation, private international law is national law. And with this national law we can show our respect for other states. Of course, we can also do this as EU Member states with EU private international law towards non-EU states, or we can do this as states that have entered into a PIL treaty towards states that have not.

[1] Cf. *v. Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Vol. I, 2nd ed. 2003, § 1 para. 3 et seqq; *Raape*, Internationales Privatrecht, 4th ed. 1955, p. 7; critically, *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 5th ed. 2004, § 1 V 1.

In a moment, I will explain how this expression of respect works.

Let me come back to the terminology first: the "private" element of private international law also seems a little misleading. It is true that private international law is concerned with determining which national private law should be used to resolve a particular legal dispute. However, this does not necessarily mean that private international law itself is *private* law.[2] Since it decides how to apply national law and thus ultimately determines the scope of sovereignty, a *classification as part of public law* also seems *quite arguable*. You may be familiar with a similar discussion from civil procedural law, which is considered part of public law since it deals with the regulation of a state, i.e. the sovereign activity of the courts.[3]

This may make it clearer already that private international law – although *in concreto* it only deals with disputes between individuals – *also features a larger dimension*: it has a much broader effect than merely on the horizontal level between private parties. *In private international law, states allow the legal systems of other states to take precedence over their own legal systems if and when these simply fit the case better.*

And with this trust that a state puts in these foreign private legal systems it at the same time pays respect to the other states. When states show each other respect and appreciation, then, this can – of course – only be helpful for peacekeeping.

So, *how exactly* does private international law ensure this respect and acknowledgement?

Well, first of all, it is assumed that private international law is based on the mutual recognition of the particular states' legal systems and sometimes it is even said that this recognition arises from a corresponding duty under public international law.[4] This duty would follow, among other things, from the *concept of comity* (in Latin: *comitas*).[5] In concrete terms, this means, for example, that a state whose private international law only led to the application of its *own* domestic law would act *just as contrary to public international law* as a state that *excluded* the private law of a certain other state from application *per se*.[6]

In practice, the effects of this mutual respect can be seen in the fact that national courts have to apply foreign private law in private cross-border disputes. The precondition for this, of course, is that a certain foreign law is applicable pursuant to PIL rules. But then, the judges *have to* apply the foreign law whether they want to or not – and often they do not want to, not out of a lack of respect,

---

[2] However, the prevailing opinion sees it this way: cf. *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 5th ed. 2004, § 1 V 1.; *Raape*, Internationales Privatrecht, 4th ed. 1955, p. 6.

[3] *Kaufmann*, JZ 1964, 482.

[4] *Raape*, Internationales Privatrecht, 4th ed. 1955, p. 15.

[5] *Weller,* IPRax 2011, 429 (430); cf. *Siehr*, Internationales Privatrecht, 2001, p. 365 et seq.

[6] *Raape*, Internationales Privatrecht, 4th ed. 1955, p. 15.

but because they know domestic law better and have been trained in it.[7] In this respect, one can even say that *the classical conflict-of-law approach counteracts the very natural "striving home tendencies" of courts and the intuitive tendency to consider domestic legal norms as qualitatively superior*.[8]

Private international law in its classic form understands as *one of its central goals* the "*equal treatment of natives and foreigners and thus the avoidance of discrimination* on the basis of foreign contact".[9] In principle, this requires that foreign law is accepted as equivalent to the domestic legal system.[10] This approach is perfectly in line with Art. 3 of the UN Declaration on a Culture of Peace.[11] According to this, and I quote, the "fuller development of a culture of peace is integrally linked to [...] mutual respect and understanding".

This principle of the equal value of all legal systems or – in other words – the "spirit of liberality and tolerance towards other legal systems"[12] can be traced back to *Friedrich Carl von Savigny*. His method is known as the "classic" private international law doctrine. *Savigny* wrote in Volume 8 of his famous "System des heutigen Römischen Rechts" from 1849 – and now I quote my own translation of his German text – "This is the result of the desirable reciprocity in the treatment of legal relations, and of the equality in the judgment of natives and foreigners which arises from it [...]. For this equality must lead to the complete development that not only is the foreigner not set back against the native in each individual state [...], but also that the legal relations, in the case of a collision of laws, *have to expect the same assessment, without distinction whether the judgment is pronounced in this or that state*."[13] From this starting point, *Savigny* concluded that the applicability of a law could not depend on what the judge simply determines to be the "*best*" law in the sense of a better law approach. Rather, the legal regime that has to be applied is the one to which "the legal relationship *belongs* or *is subject to* according to its characteristic nature",[14] i.e. which is most appropriate from a *geographical-functional point of view*.[15]

Before that, in cross-border cases it was only asked how far one's own national law actually wanted to be applied, and foreign law was warded off at national borders. In this respect, one sometimes spoke of a "principle of territoriality".[16]

---

[7] Cf. *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 5th ed. 2004, § 7 I. with further references.

[8] *Weller,* IPRax 2011, 429 (431).

[9] Staudinger/*Looschelders*, Einleitung IPR, 2018, para. 56.

[10] MüKoBGB/v. *Hein*, 8th ed. 2020, Art. 6 EGBGB para. 1.

[11] A/RES/53/243, 6 October 1999.

[12] MüKoBGB/v. *Hein*, 8th ed. 2020, Art. 6 EGBGB para. 1.

[13] *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Vol. VIII, 1849, p. 26 et seq.

[14] *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Vol. VIII, 1849, p. 28; see also *v. Gierke*, Deutsches Privatrecht I, 1885, p. 217.

[15] MüKoBGB/v. *Hein*, 8th ed. 2020, Einleitung zum Internationalen Privatrecht, para. 32.

[16] *Weller,* IPRax 2011, 429 (430); *Weller,* ZGR 2010, 679 (687 et seq.); in detail on the history of PIL: *Kegel/Schurig,* Internationales Privatrecht, 9th ed. 2004, § 3.

Against this background, *Savigny's* new approach of determining case by case where to locate the "seat" of the respective legal relationship has often been called the "Copernican turn of private international law".[17] From then on, when formulating rules for PIL, one would inquire "from the facts of the case" as to which legal system should govern the case.[18]

Bearing this in mind, it becomes understandable that the ideal in a conflict of laws is also its structuring as a *loi uniforme,* i.e. that in principle, from the point of view of e.g. the Serbian, Hungarian or German judge, *all private law systems of the world can potentially be invoked for application*. If additionally the conflict-of-law rules of the individual states converge, *Savigny's* approach then leads to an international decision harmony.[19] This convergence in the design of the conflict-of-law rules is also a PIL ideal. It follows the insight that a decision on the same or similar facts should not depend on the randomness of the jurisdiction, and in particular that there should not be contradictory judgments.[20] The convergence of PIL rules is being realised to a large extent by the Europeanisation of private international law, i.e. the standardisation through PIL regulations, in particular the so-called Rome Regulations.[21]

The assumption of the equivalence of and neutrality towards foreign private law regimes according to *Savigny* is reflected in today's both continental European national law and EU conflict-of-law regulations in the *principle of the closest connection*, according to which the applicable legal system should be the one that is the most relevant ("closest") to the concrete facts of the case.[22] It is therefore a matter of finding the private law to which the facts or the legal question arising from them have the strongest relationship in social, economic, and cultural terms.[23] This principle of the closest connection is considered one of the most important principles in private international law.[24] It serves as the starting point for the various connecting factors of PIL, which are often specified in the conflict-of-law rules, e.g. the habitual residence of the seller or the location of a property, the place the damage occurred, and so on. However, these specifications can then also be

[17] As *pars pro toto*: *Rauscher*, Internationales Privatrecht, 5th ed. 2017, para. 32.

[18] *Kühne* in Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, Die Entsavignysierung des Internationalen Privatrechts insbesondere durch sog. Eingriffsnormen, p. 815 (816).

[19] Cf. *Raape*, Internationales Privatrecht, 4th ed. 1955, p. 2.

[20] *Rauscher*, Internationales Privatrecht, 5th ed. 2017, para. 56.

[21] *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 5th ed. 2004, § 6 III; *Rauscher*, Internationales Privatrecht, 5th ed. 2017, para. 59.

[22] *Kühne* in Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, Die Entsavignysierung des Internationalen Privatrechts insbesondere durch sog. Eingriffsnormen, p. 815 (816); Staudinger/ *Looschelders* Einleitung IPR, 2019, para. 3.

[23] *v. Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Vol. I, 2nd ed. 2003, § 7 para. 109; *Rauscher*, Internationales Privatrecht, 5th ed. 2017, para. 51.

[24] *v. Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Vol. I, 2nd ed. 2003, § 7 para. 108.

corrected in individual cases if a legal system other than the one currently invoked has an even closer connection,[25] e.g. in Art. 41 (1) German EGBGB.[26] Such an "escape clause" is a useful tool, since the legislative stipulations can only depict the typified rule case, but not atypical cases, in which the decision must often revert to the principle of the closest connection in its pure form.[27]

In all of this – and it should be emphasised once again – private international law is *not* concerned with achieving a *substantively fair result* for the actual parties involved. Private international law has *nothing* to do with the substantive decision. This is then made on the basis of the applicable substantive law, meaning the applicable contract law, tort law, etc. Rather, PIL is a matter of localizing the facts of the case or the legal questions arising from them *in a just manner at the meta-level of a conflict of laws*.[28] In other words, private international law *has its own justice content*. According to the interest theory of *Gerhard Kegel,* it is primarily a matter of party, trade, and regulatory interests, not of substantive assessments (meaning a substantively fair solution in the final outcome of the *specific* case).[29] As that determination of the abstract appropriate legal system is "result-blind", *Leo Raape*[30] has vividly spoken of a "leap into the dark".

However, even *Savigny* already recognised the possibility of restrictions on his tolerant approach "with regard to some types of laws whose special nature is contrary to such a free treatment of the community of law among different states".[31] *Savigny* here meant fields of law that are "based on reasons of the public good" (in Latin: publica utilitas), having "a political, a police or a national economic character".[32] These legal fields or provisions, which he described as "anomalous law", were beyond the "free treatment of the legal community among different states", so that here *any* consideration of a conflict of laws was *a priori* ruled out and only the respective state's own law could be decisive.[33] Also *Gerhard Kegel* considered state interests to be eligible for consideration by way of exception.[34] This possibility of limitation is traditionally found in *public policy / ordre public clauses* such as in Art. 21 of the Rome I Regulation, for example.[35] This norm

---

[25] *v. Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Vol. I, 2nd ed. 2003, § 7 para. 108.

[26] MüKoBGB/v. *Hein*, 8th ed. 2020, Einleitung zum Internationalen Privatrecht, para. 32; Weller, IPRax 2011, 429 (433).

[27] *v. Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Vol. I, 2nd ed. 2003, § 7 para. 110.

[28] *Rauscher*, Internationales Privatrecht, 5th ed. 2017, para. 49.

[29] *Kegel* in Festschrift für Hans Lewald, 1953, p. 259 (273 et seqq.); Duden/*Reibetanz/Wendland*, IPR für eine bessere Welt, 2022, p. 17 (19).

[30] *Raape*, Internationales Privatrecht. 4th ed. 1955, p. 87.

[31] *Savigny,* System des heutigen Römischen Rechts, Vol. VIII, 1849, p. 32.

[32] *Savigny,* System des heutigen Römischen Rechts, Vol. VIII, 1849, p. 36.

[33] *Savigny,* System des heutigen Römischen Rechts, Vol. VIII, 1849, pp. 32 et seq., 61.

[34] *Kegel* in Festschrift für Hans Lewald, 1953, p. 259 (277 et seq.).

[35] Cf. Duden/*Reibetanz/Wendland*, IPR für eine bessere Welt, 2022, p. 17 (19).

reads as follows, and other ordre public clauses have more or less the same content: "The application of a provision of the law of any country specified by this Regulation *may be refused only* if such application is *manifestly incompatible* with the public policy (ordre public) of the forum".

The fact that there must be a certain substantive control and possibility of correction also in the classic "result-blind" private international law was back then and still is now plausible, indisputable, and reasonable. However, the wording of the ordre public clause I have just read for you also makes it clear that these are to be *applied quite restrictively*. Consequently, no problem with the principle of equivalence arises for this reason alone.

Over the decades, however, *further limitations* on the principle of the closest connection implementing mutual recognition have become established.

First of all, the conflict-of-law rules themselves are subject to the values of the national constitutions,[36] a circumstance which was seen differently for a long time (at least in Germany) following the argument that conflict-of-law rules are neutral towards substantive law values as well as social and economic policy objectives and could *therefore a priori not be measured against the standard of the constitution*.[37] However, the opposite seems to be a commonplace nowadays, and in any case it is not a fundamental violation of the principle of equivalence.

Moreover, the increasing expansion of the principle of party autonomy – not yet considered by *Savigny* in detail – i.e. the possibility for the parties involved to *choose the law applicable* to the facts of the case, could *prima facie* contribute to the erosion of the equivalence postulate.[38] The principle of free choice of law was first recognised in international contract law, but it is increasingly expanding so that there is now also a choice of law in the field of international tort law,[39] but also in international family law,[40] inheritance law,[41] and so on.[42] This principle is derived from fundamental human rights as a part of freedom of action and the free development and expression of personality.[43] Of course, party autonomy is in addition also a matter of efficiency and therefore a practicality consideration.[44] And a second, closer look shows that even if the question will be relevant for the parties involved as to which substantive law is *better* for them *in terms of content*,

[36] BVerfG 04.05.1971, 1 BvR 636/68 = BVerfGE 31, 58 – "Spanierbeschluss".

[37] BGH 12.02.1964, IV AR (VZ) 39/63 = NJW 1964, 976.

[38] Cf. *Kühne* in Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, Die Entsavignysierung des Internationalen Privatrechts insbesondere durch sog. Eingriffsnormen, p. 815 (817 et seq.)

[39] Art. 14 Rome II Regulation.

[40] Art. 5 Regulation (EU) No. 1259/2010.

[41] Art. 22 Regulation (EU) No. 650/2012.

[42] See *Steinrötter*, Beschränkte Rechtswahl im Internationalen Kapitalmarktprivatrecht und akzessorische Anknüpfung an das Kapitalmarktordnungsstatut, 2014, p. 58 with further references.

[43] *Weller,* IPRax 2011, 429 (431f.).

[44] Duden/*Reibetanz/Wendland*, IPR für eine bessere Welt, 2022, p. 17 (20 f.).

the idea of equivalence is also recognisable in this respect. It is the endeavour of national and supranational legislators to restrict the choice of law *as little as possible*, so that all parties can at least *widely* agree without discrimination against the validity of *all* private law systems in the world. However, there *are* some restrictions: mandatory domestic norms (in Latin: *ius cogens*) cannot usually be deselected in purely domestic cases; and, in the case of *ius cogens* provisions of Union law origin, these cannot be selected in purely EU constellations.[45] Furthermore, sometimes certain criteria are set for which private law can be chosen, e.g. in EU conflict-of-law rules on divorce inter alia the law of the forum *or* the law of the State of nationality of either spouse at the time the agreement is concluded.[46] Ultimately, it is important to note that these limitations on party autonomy are precisely not for political reasons but are *primarily a corrective towards the principle of the closest connection*. Therefore, it can be concluded that there is no substantial problem with the concept of equivalence here either.

In addition, however, there are further – and maybe more notable – possible exceptions to the principle of the closest connection and thus to a "result-blind", neutral connection. These exceptions are associated with the catch phrase *politicisation of conflicts of laws*.[47]

On the one hand, there are so-called "*overriding mandatory provisions*" (cf. Art. 9 Rome I Regulation), while on the other hand there are PIL norms that are intended to *protect the structurally inferior party*, e.g. the consumer from the professional (Art. 6 Rome I Regulation). The reason given for these deviations from the equivalence principle is that the fundamental equivalence of legal systems cannot justify a specific "indifference to the violation of elementary national legal principles".[48]

In view of *Savigny's* principle of the equivalence of legal systems and tolerance of foreign ideas of private law, the possibility of enforcing one's own ideas of justice regarding the *lex fori* via so-called *overriding mandatory provisions* has been criticised in part, although PIL rules have led to the application of a foreign law. What exactly are those overriding mandatory provisions? Art. 9 (1) Rome I Regulation defines them as "provisions the respect for which is regarded as crucial

---

[45] E.g. Art. 3 para. 3, para. 4 Rome I Regulation.

[46] E.g. Art. 5 Regulation (EU) No. 1259/2010: "1. The spouses may agree to designate the law applicable to divorce and legal separation provided that it is one of the following laws:

(a) the law of the State where the spouses are habitually resident at the time the agreement is concluded; or

(b) the law of the State where the spouses were last habitually resident, in so far as one of them still resides there at the time the agreement is concluded; or

(c) the law of the State of nationality of either spouse at the time the agreement is concluded; or

(d) the law of the forum."

[47] Gebauer/Huber/*Gebauer/Huber*, Politisches Kollisionsrecht. Sachnormzwecke, Hoheitsinteressen, Kultur, 2021, p. VII (IX et seqq.).

[48] MüKoBGB/v. *Hein*, 8th ed. 2020, Art. 6 EGBGB para. 1.

by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organisation, to such an extent that they are *applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the contract* under this Regulation." The reasoning is therefore the same as with ordre public clauses – both legal figures refer to public interests and want to enforce them. The difference is that the ordre public just wards off foreign law, while overriding mandatory provisions are themselves enforced as substantive law provisions against foreign law. This means that at the starting point there is a *loi uniforme* application instruction, which can potentially lead to the application of any private law system in the world. However, certain norms (especially) of the party's own legal system are nevertheless binding as overriding mandatory provisions; they "pierce", so to speak, the foreign law, which remains applicable in all other respects. The *criticism* here is that for the purpose of enforcing one's own[49] substantive law, the fundamental equivalence of all legal systems is increasingly being sacrificed via the aforementioned legal figure[50] – and this for the purpose of enforcing public interests, not for the purpose of balancing private interests.[51] And indeed, the purpose of overriding mandatory norms is to enforce certain (regulatory) goals of (first and foremost) economic law – detached from the question of which private law would otherwise apply. Overriding mandatory provisions from currency law, foreign exchange law, and foreign trade law can be described as almost classic ones here.[52] In addition, there are those from capital market, cartel, and media law.[53] Here, it is *important to note* that overriding mandatory provisions are also to be handled restrictively, as, e.g. recital 32 Rome II Regulation also points out. *If this restrictive handling is the case*, we still have no problem with *Savigny's* precious notion of equivalence.

In parts even more critically reviewed,[54] however, are those conflict-of-law rules that are primarily dedicated to socio-political and thus tangible substantive goals, in that they are intended to protect the structurally weaker party. Such special conflict-of-law rules can be found for the protection of consumers in Art. 6 Rome I Regulation, protection of insurance policyholders in Art. 7 Rome I Reg-

[49] In contrast, EU conflict-of-law rules seem to largely exclude the enforcement of foreign overriding mandatory rules beyond Art. 9(3) Rome I Regulation; Gebauer/Huber/*Gebauer/Huber*, Politisches Kollisionsrecht. Sachnormzwecke, Hoheitsinteressen, Kultur, 2021, p. VII (XIV).

[50] *Kühne* in Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, Die Entsavignysierung des Internationalen Privatrechts insbesondere durch sog. Eingriffsnormen, p. 815 (826, 829).

[51] *Kühne* in Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, Die Entsavignysierung des Internationalen Privatrechts insbesondere durch sog. Eingriffsnormen, p. 815 (829).

[52] *Kühne* in Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, Die Entsavignysierung des Internationalen Privatrechts insbesondere durch sog. Eingriffsnormen, p. 815 (820).

[53] See the overview in BeckOGK/*Maultzsch* Art. 9 Rom I-VO, para. 224 et seqq.

[54] From the 1960s onwards, the "political school" of PIL saw things differently; cf. e.g. *W.-H. Roth,* AcP 220 (2020), 458 (470 et seqq.).

ulation, and protection of employees in Art. 8 Rome I Regulation. In order to get an impression of what I am talking about and as a *pars pro toto* of these "PIL protection rules", the consumer protection provision in Art. 6 Rome I Regulation should be briefly presented: Pursuant to Art. 6(1) Rome I Regulation, "a contract concluded by a natural person for a purpose which can be regarded as being outside his trade or profession (the consumer) with another person acting in the exercise of his trade or profession (the professional) *shall be governed by the law of the country where the consumer has his habitual residence*, provided that the professional:

(a) pursues his commercial or professional activities in the country where the consumer has his habitual residence, or

(b) by any means, directs such activities to that country or to several countries including that country, and the contract falls within the scope of such activities."

Detached from *Savigny*'s criteria, the contract law of the state in which the consumer habitually resides is thus regularly invoked. The classic approach would – as a specification of the principle of the closest connection – lead to the law of the state of the habitual residence of the person *who provides the performance characteristic of the contract*, e.g. seller or service provider. The difference between the two approaches is evident.

But, also the choice of law is restricted in favour of the consumer. According to Art. 6(2) Rome I Regulation, "[s]uch a choice may not, however, have the result of depriving the consumer of the protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by agreement by virtue of the law which, in the absence of choice, would have been applicable on the basis of paragraph 1", i.e. that the ius cogens of the law of the habitual residence of the consumer applies also in cases where another contract law has been chosen. So, we get a legal mix of the chosen law and the ius cogens of the consumer's state of residence, if this is more favourable for the consumer than the chosen law.

This example appears to make clear that the principle of equivalence may *no longer be fully applicable in modern PIL*. Especially in the latter cases of PIL "protection rules", some are observing a partial "erosion" of this principle, attributed, among other things, to the Europeanisation of conflicts of laws.[55] Some say that PIL rules are no longer primarily oriented towards international decision harmony and the neutrality of the connection as guiding principles, but rather towards the promotion of the European internal market, increased legal certainty, and protection of the structurally weaker party, e.g. the consumer.[56] In this context, one will also hears of the "*materialisation*" of private international law.[57]

---

[55] *Kühne* in Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, Die Entsavignysierung des Internationalen Privatrechts insbesondere durch sog. Eingriffsnormen, p. 815 (816 et seqq.).

[56] *Weller,* IPRax 2011, 429 (433)

[57] *Kühne* in Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, Die Entsavignysierung des Internationalen Privatrechts insbesondere durch sog. Eingriffsnormen, p. 815 (817).

Criticism starts above all at the limitations to the principle of the closest connection, e.g. in the case of Art. 6 (1) Rome I Regulation, which would lead, especially in the case of third countries, to *conflicts being resolved in favour of European law*,[58] and would then be accompanied by *discrimination against third-state law.* In particular, the shifting of connecting factors within the framework of protective regulations for weaker parties is seen by some legal scholars as a turning away from *Savigny's* equivalence postulate: with this, materialisation of PIL would lead to the result that *equivalence would no longer be the orientation point*; instead, the respective state's own, assumed better, substantive law would be enforced.[59] It would often be a matter of simply enforcing substantive Union law against third countries, which has also been described as "Euro-chauvinism in conflict of laws".[60]

This aspect of the materialisation or politicisation of private international law is currently of great interest in the PIL community. For example, the PIL Young Legal Scholar Conference next year in Vienna will address the topic "Respect for strangers – empty formula or guiding principle in private international law?"[61] The previous year's conference was already entitled "PIL for a better world".[62] The symposium on the occasion of the 85th birthday of *Erik Jayme*, a great conflict-of-laws expert of our time, also dealt with "political PIL".[63]

"Political" and "private international law" – two terms that have been (re)[64] associated with each other *increasingly* over the last 50 years and which show that the conflict of laws, which in its manifestation since *Savigny* has been praised for its recognition of the equal value of foreign private law systems, *is suspected of possibly not being as tolerant as it once was.* Is this *suspicion valid?*

Sure, it cannot be denied that a certain materialisation and politicisation of private international law has taken place. However, this does not mean that the principle of equivalence has been abandoned. In the *vast* majority of cases, EU private international law continues to contain neutral conflict-of-law rules and

---

[58] Duden/*Reibetanz/Wendland*, IPR für eine bessere Welt, 2022, p. 17 (20) with further references.

[59] Cf. *Kühne* in Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, Die Entsavignysierung des Internationalen Privatrechts insbesondere durch sog. Eingriffsnormen, p. 815 (817); *Weller,* IPRax 2011, 429 (435).

[60] Thus *Kühne* in Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, Die Entsavignysierung des Internationalen Privatrechts insbesondere durch sog. Eingriffsnormen, p. 815 (828).

[61] https://jus.sfu.ac.at/de/forschung-fakultaet-fuer-rechtswissenschaften/tagung-internationales-privatrecht/.

[62] Duden (ed.), IPR für eine bessere Welt, 2022.

[63] Gebauer/Huber (eds.), Politisches Kollisionsrecht. Sachnormzwecke, Hoheitsinteressen, Kultur, 2021.

[64] Before *Savigny's* approach, the so-called statute theory applied, which was only concerned with the application of one's own law; see *Gebauer,* JZ 2011, 213 (213 et seq.).

implies a universal application thereof, even towards third countries.[65] Moreover, materialisation does not consequently mean "dull" enforcement of EU law, because in the relevant cases there is always a close connection to the EU,[66] although – this must be conceded – it is not always the *closest* connection in the sense of *Savigny*. Furthermore, materialisation does not at the same time mean "European unionisation". Often, e.g. in the context of Art. 6 Rome I,[67] third-country law remains applicable.[68] This is the case if the consumer is habitually resident in a third country. In addition, taking into account legal policy values at the level of private international law always entails their implementation at the conflict-of-law level, although it does not mean the concrete material realisation of a desired *result*.[69] Let me give you an example: Consumer protection in private international law means only that the consumer is protected from the threat of being excluded from the application of the law of his or her country of habitual residence. Only the content of this applicable private law system can decide whether it provides him or her with concrete protection in material terms.[70] It is therefore not at all a matter of invoking a particularly consumer-favourable substantive law, but rather – neutrally in relation to the substantive result – of applying the consumer's law of his or her habitual residence,[71] which the consumer admittedly knows particularly well, and is certainly an advantage for him or her.

To sum up: The principle of equivalence is still relevant in today's PIL. It still demonstrates respect among national private law systems as well as respect for third-state law in EU PIL.

After all, private international law is unquestionably a stone in the mosaic of human peace. One *tiny* stone only. But, one that has maintained its shine and does not appear so easily broken – despite the recent tendencies towards materialisation.

Even such relatively small aspects can in the end contribute to showing respect for other states and thus serve as a tool to achieve a peaceful coexistence. No more. But also, no less.

---

[65] Duden/*Reibetanz/Wendland*, IPR für eine bessere Welt, 2022, p. 17 (31).

[66] Duden/*Reibetanz/Wendland*, IPR für eine bessere Welt, 2022, p. 17 (31).

[67] However, this is to be assessed differently in the case of Art. 7 and Art. 3(4) Rome I Regulation.

[68] Duden/*Reibetanz/Wendland*, IPR für eine bessere Welt, 2022, p. 17 (30).

[69] *Rauscher*, Internationales Privatrecht, 5th ed. 2017, para. 74; cf. also Gebauer/Huber/*Gebauer/Huber*, Politisches Kollisionsrecht. Sachnormzwecke, Hoheitsinteressen, Kultur, 2021, p. VII (XIV).

[70] *Rauscher*, Internationales Privatrecht, 5th ed. 2017, para. 75.

[71] Gebauer/Huber/*Gebauer/Huber*, Politisches Kollisionsrecht. Sachnormzwecke, Hoheitsinteressen, Kultur, 2021, p. VII (XIV).

REFERENCES

BeckOGK/*Maultzsch* Art. 9 Rom I-VO
Duden/*Reibetanz/Wendland*, IPR für eine bessere Welt, 2022.
Gebauer, JZ 2011.
Gebauer/Huber, Politisches Kollisionsrecht. Sachnormzwecke, Hoheitsinteressen, Kultur, 2021.
Kaufmann, JZ 1964.
Kegel in Festschrift für Hans Lewald, 1953.
Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, 9th ed. 2004.
Kropholler, Internationales Privatrecht, 5th ed. 2004.
Kühne in Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, Die Entsavignysierung des Internationalen Privatrechts insbesondere durch sog. Eingriffsnormen
MüKoBGB/v. *Hein*, 8th ed. 2020.
Raape, Internationales Privatrecht, 4th ed. 1955.
Rauscher, Internationales Privatrecht, 5th ed. 2017.
Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Vol. VIII, 1849.
Staudinger/*Looschelders* Einleitung IPR, 2019.
Staudinger/*Looschelders*, Einleitung IPR, 2018.
Steinrötter, Beschränkte Rechtswahl im Internationalen Kapitalmarktprivatrecht und akzessorische Anknüpfung an das Kapitalmarktordnungsstatut, 2014.
V. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, Vol. I, 2nd ed. 2003.
V. Gierke, Deutsches Privatrecht I, 1885.
W.-H. Roth, AcP 220 (2020)
Weller, IPRax 2011, 429 (430); cf. *Siehr*, Internationales Privatrecht, 2001.
Weller, ZGR 2010.

Бјорн Штајнретер
Универзитет у Потсдаму
steinroetter@uni-potsdam.de
ORCID ID: 0000-0003-0303-9974

Принцип једнакости правних система у међународном приватном праву и његов допринос успостављању и очувању мира

Сажетак: *На први поглед може деловати да Међународно приватно право (МПП) нема везе са напорима за успостављање и очување мира. Међутим, ова перцепција није утемељена. Супротно непосредном потенцијалу међународног јавног права за очување мира, МПП индиректно доприноси миру подстицањем међусобног поштовања између држава. Однос између МПП и мира произлази из поштовања које државе исказују према правним системима других држава. МПП функционише на основу принципа узајамног уважавања, где државе признају примењивост страних закона за решавање случајева. У суштини, иако је утицај МПП-а на мир индиректан и скроман, његов наглазак на међусобном поштовању и правичном поступању доприноси помирљивом тону у односу између држава, чинећи га важним елементом у ширем контексту изградње и очувања мира. МПП нема непосредни допринос у постизању суштинске правичност међу странама спора, већ се фокусира на локализацију случајева на мета-нивоу сукоба закона. Ова локализација се води страначким, трговинским и регулаторним интересима и укорењена је у неутралности и поштовању других правних система. Иако принцип еквиваленције и неутралности остаје темељни у МПП-у, су временом успостављени изузеци и ограничења како би се адресирали специфични сценарији, осигуравајући уравнотежен приступ који поштује и стране правне системе и темељне правне принципе.*

Кључне речи: *међународно приватно право, успостављање и одржавање мира, узајамно поштовање и уважавање, једнакост.*

Датум пријема рада: 19.6.2023.
Датум достављања коначне верзије рада: 9.11.2023.
Датум прихватања рада: 9.11.2023.

Претходно саопштење 008: 34(4)
doi:10.5937/zrpfns57-46285

Helmut Weber
University of Potsdam, Humboldt University Berlin, Germany; retired
helmweber@t-online.de
ORCID ID: 0009-0006-5823-5306

THE INTERRELATIONSHIP BETWEEN CULTURE, LAW AND PEACE: CONNECTIONS AND FRICTIONS

Abstract: *The text explores the connections and tensions between culture, law, and peace. It contemplates culture's relationship with law, ranging from 'high culture' as art to broader definitions of culture as all things made by humans. The author defines culture as extra-legal norms. While many cultural norms don't clash with law, conflicts emerge where they coincide but differ. The text examines instances of conflicts between legal and cultural norms and their resolutions, focusing on German legal and cultural developments. The author offers examples that demonstrate how conflicts between law and culture can be resolved through legislative changes, external influences, and gradual shifts in societal attitudes. The author concludes that peace prevails where legal and cultural rules align.*

Keywords*: culture, law, peace, conflict, resolutions.*

I.

A conference on **Peace**, organised by **Law** faculties, conducted in the European capital of **Culture**[1]. So – what is the interrelationship between peace and law and culture, what are the connections, what are the frictions between these notions?

As lawyers, we know about the law and its important role (albeit too often not powerful enough) to upheld peace, both as between nations and within a nation.

[1] Note: Internet links – all data as retrieved on 14 October 2022.

International Scientific Conference "Peace and Law – European Peace Agreements in the Broader Social Context" held on 24 June 2022 in Novi Sad, Serbia, organized by the Faculty of Law, University of Novi Sad.

It is somewhat different, though, with the notion of 'culture'. What is the connection of law with culture? And what exactly is 'culture' anyway?

Some years ago, I was responsible for the admission of graduate students for the Centre of British Studies at Berlin's Humboldt University. In the admission interviews, I sometimes put exactly this question to the applicants: "What is culture?"

The answers varied widely.

On the one hand, some students did not try to find a definition. They said, "Culture, well, that is opera, poetry, painting." If such examples (sociologists might group them under the heading of 'high culture') signify the scope, and thus the limits, of 'culture', then there are *some* points of contact with the law, like copyright law or questions of artistic freedom and censorship, but in general, law and culture would be two quite separate fields.

At the other extreme, some students, occasionally invoking the Latin or even Indo-European etymological roots of the word 'culture', gave an all-encompassing definition: 'Culture is everything that is not nature', they said, or 'Culture is everything that is man-made'. Seen in this way, 'law' in its totality *is* 'culture', a part, a subdivision of 'culture'.

Frictions, then, may occur not between 'law' and 'culture' as such, but between 'law' and other subdivisions of 'culture', in particular to those in a sense adjacent or neighbouring subdivisions like morals, customs, traditions which – like 'law' – contain rules of conduct, behavioural standards, social norms.

So, for the purpose of this talk, I shall take as 'culture' the sum of such extra-legal rules, standards, codes, norms.

Many such cultural norms are quite outside the much narrower legal sphere – most of what is written in conduct books or courtesy books on rules of etiquette, for example, has no legal relevance whatsoever. The law does not care whether one follows the dress code for a 'black tie' or a 'white tie' invitation or not – so, in such cases, there are no conflicts.

Then there are cultural rules coinciding with legal rules. "Thou shalt not kill" is (with too many exceptions worldwide) as a general rule common to the legal and the cultural sphere, so there are no conflicts either – the legal and cultural rules are even reinforcing each other.

Conflicts arise only where legal and cultural rules and norms cover the same ground, but differ.

In rather static societies, this will not often be the case. Past differences will, in the course of time, have been settled by either the law relenting or the cultural rules adjusting or by both giving some way towards a pragmatic *modus vivendi*.

In more dynamic societies, however, such conflicts will ever so often arise anew. This may occur through cultural rules evolving while the state of the law remains unchanged. Or, it may occur through new laws while existing cultural rules are still being adhered to.

In short: when we have a progressive society with conservative lawmakers or *vice versa* a conservative society with progressive lawmakers.

At this point, I should add that I am using the words 'progressive' and 'conservative' in their literal sense of 'moving on' or 'moving forward' and of 'maintaining' or 'safeguarding', without regard to any particular or specific policies or aims.

In the usual political and sociological parlance, of course, 'progressive' stands for specific policies striving to raise society to a new and advanced higher level not previously achieved, sometimes with an ideal utopia in mind, be it socialist, religious, technological or else.

As antonym to 'progressive', dictionaries give us 'regressive' or 'reactionary'. In the political and sociological field, the latter word is often used for those who yearn for 'the good old days', when life was easy, people were decent, rulers were benign and honest: when justice reigned according to the 'the good old law'[2].

Thus, progressives and reactionaries will usually differ in their specific policies and objectives and will often pursue even completely contrary ones. Structurally, however, they are alike in that they want to change the status quo and create (or recreate) something different. For want of a better word to encompass both, I will therefore use the word 'progressive' for all who want to move on to overcome the (conservative) status quo in whatever direction and with whatever specific policies or goals.

II.

Based on this terminology, let us look now at some instances of frictions or discrepancies between legal and cultural norms, in order to see what types of frictions occur and what they tell us about the resolutions of the resulting conflicts – or the failure to resolve them.

I shall take my examples from the German or (for the post World War II period until 1990) West German legal and cultural developments of the last hundred or so years.

1) First example: 'Kuppelei'. A hundred years ago, various activities regarded as immoral were grouped together under this heading and were punishable as a criminal offence, among them pandering and procuring, but also the simple renting out of a room or an apartment to an unmarried couple; and in private law any such contracts were void as *contra bonos mores* (or 'sittenwidrig' in German). But later, in several successive legislative and judicial steps, the legal ambit of

[2] Michael T. Clanchy, "Remembering the Past and the Good Old Law", *History*, Vol. 55, 1970, pp 165-176; for a literary example see Ludwig Uhland's ballad *Das gute, alte Recht*.

'Kuppelei' as a criminal offence was gradually reduced, and today the former 'Kuppelei'-sections of the criminal code are limited to certain activities in relation to sexual acts towards persons under age or to the exploitation of prostitutes.[3]

How did this come about? Although, up until and into the 1980s, the majority of Germans disapproved of concubinage and the cohabitation of unmarried couples in a general moral sense or at least as improper[4], a growing part of the population, at least since the 1960s, didn't regard renting an apartment to such a couple as a matter for criminal prosecution by the state. The lawmakers relented, and in 1973 the statutory prohibition of 'Kuppelei' was repealed.

Even more interesting is the private law side of this development. Whereas statutory criminal offences must be clearly defined and precisely delineated, and as such enacted or repealed by parliament, private law sometimes works with broad general clauses like 'sittenwidrig' which give some latitude to the courts in determining what exactly constitutes or violates the 'bonos mores' at any given time. Changes in the general perception of proper or at least acceptable behaviour, i.e. cultural changes, can so seep into the application of the law and bring the law in line with the cultural attitudes of the time without legislative action to change the law in a formal sense. And in private law, there is no public prosecutor bound to take action, so the old proverb 'Where there is no plaintiff, there is no judge' applies – with fewer people regarding something as 'sittenwidrig', fewer court cases will be initiated. In this way, conflicts between 'law' and 'culture' sometimes just 'fizzle out' without much ado in the end. The latest reported case[5] I could find on 'Sittenwidrigkeit' of a room renting contract to an unmarried couple dates from 1975.

2) Second example: The Fire Service Levy (or 'Feuerwehrabgabe' in German). In the old times, the neighbours or sometimes teams from a guild or other groups helped in the case of a fire in an ad-hoc way. Then, in the mid-19th century, organised fire brigades were set up locally, manned sometimes by professionals, more often by volunteers. 'Manned' was to be taken literally: all fire guards, analogous to soldiers at the time, were men. The setting up of such fire brigades became connected with a statutory duty for men to serve in them if needed. Not all men were needed, however; in fact, only a minority. So, for those men who did not actually serve in fire brigades, a levy towards financing the brigades was

---

[3] 'Kuppelei' ('lenocinium'; pandering, procuring), §§ 180 f StGB (German Criminal Code, sections 180 and 181, versions of 1871, 1900, 1927, 1968/1970, 1973).- *RGSt* 8, 172 (Decisions of the Reichsgericht in criminal matters, vol., 8, p. 172); 71, 13 (vol. 71, p. 13); *BGHSt* (Decisions of the Federal Court of Justice in criminal matters) 6, 46 (vol. 6, p. 46).- § 138 I BGB (German Civil Code, section 138, subsection 1).

[4] Christine Schlaga, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, *https://www.grin.com/document/112016*, p. 22.

[5] Amtsgericht (AG) Emden (District Court Emden), U. ('Urteil' – judgement) v. ('vom' – dated) 11 February 1975 , Az ('Aktenzeichen' – court file number) 5 C 788/74: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1975, p. 1363.

introduced in some territories. In the Kingdom of Württemberg in the southwest of Germany, for example, this happened in 1885.[6]

One hundred years later, the levy was still charged, and it was still a levy on men only. It had become an anachronism. By then, some women served as professional fire fighters and many women served as regular volunteers in local fire brigades[7], but non-serving women were not charged with the levy, unlike non-serving men. The old duty to help against fires had *de facto* turned into a kind of tax to be paid by men only. Society had moved on, but the law was stuck.

In this case, the lawmakers did *not* relent, and the courts upheld the old law, referring to old precedents, not looking in any depth at the social and cultural reality, nor at the constitutional imperative of equal rights for men and women. As late as 1987 and 1994, the Federal Constitutional Court[8] and the Federal Administrative Court[9] gave short shrift to plaintiffs who sued against the levy, and did not admit the suits for decision.

When something is stuck, an external factor may be needed to get it moving again. Here it was the European Court of Human Rights in Strasbourg, appealed to by one of the plaintiffs. The Court held that the Fire Service Levy, imposed on men only, constituted a violation of Art. 14 (prohibition of discrimination) of the European Convention of Human Rights.[10] A year later the German Federal Constitutional Court, in a separate case, followed suit and declared the levy as unconstitutional, on the basis, this time, of thorough legal and factual deliberations.[11] And another year later, the lawmakers, here the state parliament of Baden-Württemberg, repealed the whole section about the levy in the Fire Service Act[12].

3) Third example: Seatbelts. From 1974 on, new cars in Germany had to be equipped with seatbelts.[13] Two years later, it became mandatory to use these seat-

---

[6] Art. 22 Landesfeuerlöschordnung für das Königreich Württemberg, dated 7 June 1885, Regierungsblatt für das Königreich Württemberg 1885, p. 235 (244).

[7] E.g. Bavaria: 2,658 female volunteer fire fighters in 300 local fire brigades in 1978; Hamburg: professional female fire fighters from 1985 on (*Brandwacht – Zeitschrift für Brand- und Katastrophenschutz*, vol. 71, 4/2016, p. 121).

[8] BVerfG, B. ('Beschluss' – court order) v. 31 January 1987, Az: 1 BvR 1476/86 (Verfassungsbeschwerde, Nichtannahme). The court even heaped scorn on the plaintiff by imposing an abuse fee, § 34 BVerfGG (sect. 34, Act on the Federal Constitutional Court).

[9] BVerwG, B. v. 17 January 1994, Az: 8 B 235/93, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 1995, p. 390 (Nichtzulassungsbeschwerde, Zurückweisung); see also Michael Sachs, *Juristische Schulung (JuS)* 1994, p. 1069.

[10] EGMR, U. v. 18.07.1994, Az: 12/1193/407/486, *NVwZ* 1995, 365.

[11] BVerfG, B. v. 24 January 1995, Az: 1 BvL 18/93, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts *(BVerfGE)* vol. 92, p. 91.

[12] Gesetz zur Änderung des Feuerwehrgesetzes, 12 February 1996, GBl. ('Gesetzblatt'– Law Gazette) 1996, p. 171.

[13] § 35 a VII Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung (StVZO), BGBl. I, 1973, S. 645 (Federal Law Gazette I, 1973, p. 645); initially for front seats only.

belts while driving.[14] This new law, however, was a 'lex imperfecta' – failure to comply with the law did not incur any fine. Nevertheless, and disregarding the significant decline in road crash fatalities where mandatory seatbelt legislation had already been in force at the time, e.g. in Australia[15], there was a lot of resistance against the obligatory use of the seatbelts. Some people were generally opposed to any new government regulation prescribing certain behaviour; others felt being restricted in their movements, or as if tied up by the belt; or were afraid of getting injured by the belt in the case of a crash, or not being able to leave the car fast enough; and for some it was just 'unmanly' to wear a seatbelt, something for 'sissies', with those who wore it regarded as 'pedants' or 'sticklers'. Some opponents even showed a degree of hostility towards those who used seatbelts.[16] And the media did their bit The widely read news magazine 'Der Spiegel', for example, put an injured woman on its cover, a seatbelt, and the words "Shackled to the car"[17]. So, it took another eight years with only a slow increase in the share of people who followed the law until fines for non-compliance were added.[18] It was a relatively modest fine[19], yet with marked effect. Within months, the share of people who did use the belts moved up to more than 90%[20]. Today, several decades later, the respective figure is 98%[21]. In other words, nearly everyone wears seatbelts in cars. It has become a matter of course, a routine: get in the car, sit down, buckle up, nothing to think about anymore, no vestiges of 'unmanliness' or 'pedantry'. So, in this case we had progressive lawmakers and a conservative population, at first reluctant to follow the law or even hostile towards the new legal rules. In the course of time, however, the cultural rules have fallen in line with the legal rules – mere habituation may have been a factor, but also the increasingly obvious benefit of wearing the belts: In 2018, the remaining 2% of non-users accounted for 28% of the fatalities.[22]

---

[14] § 21a Straßenverkehrsordnung (StVO) i.d.F. v. ('in der Fassung vom' – version of) 24 November 1975, m.W.v. ('mit Wirkung vom'– with effect from) 1 January 1976.

[15] E.g. Australia: P.W. Milne, *Fitting and Wearing of Seat Belts in Australia. The History of a Successful Countermeasure*, 2nd ed., Canberra 1985; F.T. McDermott / D.E. Hough, "Reduction in Road Fatalities and Injuries after Legislation for Compulsory Wearing of Seat Belts. Experience in Victoria and the Rest of Australia", *British Journal of Surgery* 66, 1979, p 518.

[16] Der Spiegel No. 50/1975, 7 November 1975, pp. 41-52.

[17] Der Spiegel No. 50/1975, 7 November 1975, p. 1.

[18] § 49 I Nr. 2a StVO Straßenverkehrsordnung (StVO) i.d.F. v. 6 July 1984, mit Wirkung vom 1 August 1984.

[19] 40 DM.

[20] Arvid Kaiser, "Was Gurtpflicht und Impfpflicht gemeinsam haben", *Spiegel Online*, 7 December 2021: *https://www.spiegel.de/auto/gurtpflicht-wie-die-debatte-der-70er-jahre-dem-streit-um-die-impfpflicht-gleicht-a-a67acb6e-7cc1-4f47-8532-994eb75395de.*

[21] ADAC (Allgemeiner Deutscher Automobil-Club): *https://www.adac.de/verkehr/verkehrs-sicherheit/unterwegs/gurtpflicht* (on front seats).

[22] UDV (Unfallforschung der Versicherer): *https://www.udv.de/udv/presse/gurtverweigerung-kostet-200-menschenleben-79086.*

4) Fourth example: Speed limits on roads. Nearly all countries around the globe have general maximum speed limits for road traffic. Germany is the exception. There have always been advocates for change, for introducing a general upper speed limit. The main arguments – at different times – were road safety, stable traffic flow, reduction of petrol consumption, climate protection, and others. The defenders of the status quo argued that all these presumed advantages of a general speed limit would turn out to be far smaller than claimed or even non-existent. For many, however, their main point was the unwillingness to be restricted by the state in their freedom to decide for themselves how fast to drive: the right to drive fast as an element of liberty. In 1974, the leading German automobile club with at the time about 4 million members came out strongly against government plans for a general speed limit. A vociferous campaign ensued with the slogan "Freie Fahrt für freie Bürger" (roughly: Free driving for free citizens). The government dropped the plans for a mandatory speed limit and instead invented a 'Richtgeschwindigkeit'[23], a recommended maximum speed of 130 km/h without any fines for disregarding the recommendation, another *lex imperfecta*. Today, nearly half a century later, nothing has changed, no government, left or right, has tried again. A few years ago, a New York Times journalist wrote: "As far as quasi-religious national obsessions go for large portions of a country's population, the German aversion to speed limits on the autobahn is up there with gun control in America and whaling in Japan."[24]

III.

If we compare these four examples, we see that in the first two the cultural side was the progressive side, the legal side lagging behind, but eventually giving in, although in the second example not before a strong external nudge. In the third and fourth examples, it was or is the other way round, the cultural side conservative, opposing change. Change in the third example came when the lawmakers after long hesitation plucked up their courage and passed effective legislation. No riots broke out (and the government of the time was even re-elected). So, in the first three cases, legal and cultural rules are in accordance now, there are presently no significant controversies. In so far, peace prevails in society. And in the fourth case, change may be in sight. The government is still hesitating, but the most recent opinion polls show a majority of Germans, in spite of their presumed

[23] Autobahn-Richtgeschwindigkeits-Verordnung, BGBl I 1974, 685 (Federal Law Gazette I, 1974, p. 685).

[24] Katrin Bennhold, 4 February 2019: *https://www.nytimes.com/2019/02/03/world/europe/germany-autobahn-speed-limit.html*.

'quasi-religious obsession', actually to be in favour of a mandatory maximum speed limit.[25]

Admittedly, my four examples are of comparatively moderate momentousness. Looking around the globe and into the past, one can easily find much more drastic contemporary or historical examples of conflicts between legal and cultural norms; examples of progressive activist lawmakers putting their communities into straitjackets of required behaviour, with all deviation severely and even violently or deadly punished, as – or as if – a heresy; or of diehard conservative communities just as vigorously resisting (or sometimes stealthily defying) change; either or both sides often ideologically entrenched. But going into the details of such more severe examples in their different political or religious and historical contexts would require sufficient separate time for the individual cases. My focus in this presentation, however, is on the structure of such conflicts and the mechanisms, which facilitate or impede their resolution. In the rest of my allotted time, I would therefore like to address one general aspect that is characteristic for many recent legal/cultural controversies.

Law is a tool for lawmakers to regulate many facets of society: economy, finance, infrastructure, transportation, and so on. Many of these laws, or projected laws, are complex, very technical, interacting with other laws in various ways, sometimes with competing or conflicting goals. Cultural counterarguments to such projected laws are of course legitimate, if applicable. But for opponents of a particular regulation it can always be tempting to use the high prestige reference point 'culture' to fortify their position. "This cannot be changed – it is part of our culture" sounds so much better than saying "I just don't like the change". And "This must be changed – my (or our) culture demands it", sounds better than "I just want the change". Arguing on the basis of culture is, in a sense, claiming the moral high ground against mundane and boring financial or economic arguments while at the same time sparing oneself the trouble of dealing thoroughly with the details of the merits or demerits of the projected regulation or the consequences of its abandonment.

In recent years, this approach has been amplified by bolstering up the notion of 'culture' with the notion of 'identity': cultural identity. On the political right it usually appears as 'national identity' and is – not always, but typically – used defensively, to fend off unwelcome changes, unwelcome new ideas, in particular unwelcome ideas from abroad; a conservative stance. On the political left, in the context of 'identity politics', it is used – not always, but typically – aggressively, demanding change in form of specific policies for particular groups in society, groups based on gender, race, religion, or other significant factors; a progressive stance.

[25] E.g. polls by the Umweltbundesamt (Federal Environment Agency): *https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/479/publikationen/ubs_2020_0.pdf* (p. 73) and by Allianz Direct Auto-Report: *https://www.allianzdirect.de/zahlen-daten-fakten/autoreport/tempolimit/.*

This approach can be very effective because it often leads to an asymmetrical discussion. If a cultural norm is a part of the identity, of the defining 'self', of members of a nation or of a particular group in society, then an attempt to change or abolish the norm, or to refuse to enact it, can be perceived as hostility towards the group or its members, even as an attack on the group, or as proof that the proponents are not really 'true'[26] members of the group or of the nation, if not foreign enemies. The other side is then no longer taken as a *bona fide* participant in a fact-based discussion about the merits or demerits of a proposition, so their arguments need not or perhaps even must not be considered. The position of those arguing on the basis of their proclaimed identity is, in a way, immunised against counter-arguments.

Sometimes such positions get fortified even further: when politicians talk of the 'sacred'[27] national identity, or when a renowned catholic writer, apparently regarding the traditional Tridentine Mass Rite of 1570 as part of Roman Catholic identity, questions even the pope's authority to restrict the use of that rite[28], thus elevating 'tradition' into something quasi-immutable if not eternal.

But traditions have started once – they can end. Or, more often, they can change, be modified, adapted to changed circumstances. And 'identity' is not a uniform petrified quality, either.

Without going into psychological and sociological details[29], one can say that identities – whether individual identities, identities as members of a group or group identities –, however perceived, are multi-layered composites of qualities, beliefs, traits, appearances, expressions, of varied significance[30], with sometimes quite accidental elements of no inherent or prior significance at all[31], possibly varying situationally and contextually, and fluid in time. Thus, a proposed new legal norm rejected as contrary to cultural identity will usually not be in conflict with that

---

[26] Cf. the 'True Finns': *https://en.wikipedia.org/wiki/Finns_Party* (Note 1); in the European Parliament, the party's MEPs are members of the group 'Identity and Democracy': *https://www.idgroup.eu/perussuomalaiset*. More generally: Jan-Werner Mueller, *What is Populism?*, Philadelphia 2016, pp. 3-4 and passim.

[27] 'heilig', see e.g. László Tróczányi, "Demokratie, Identität und Rechtsstaat – Die Europäische Integration und die Mitgliedstaaten", in: Attila Badó (ed.): *Deutsch-Ungarisches Symposium 2018*, Potsdam, Universitätsverlag, pp. 19-29; p. 24.

[28] Martin Mosebach, Interview, *Welt am Sonntag* (German Sunday paper), 26 December 2021.

[29] For a starting point see: *https://en.wikipedia.org/wiki/Identity_(social_science)*, note 1 and detailed further references.

[30] Cf. Amartya Sen, *Identity & Violence*, London 2006, pp. xi-xiv, 18-39; Kwame Anthony Appiah, *The Lies that Bind – Rethinking Identity*, London 2018, pp. 3-32, 189-211 and passim.

[31] See e.g. the much discussed 'Robbers Cave Experiment', and in particular Appiah's take on it (K. A. Appiah, pp. 29-30). Or, as a recent example, the effects of New Jersey (more or less accidentally) being the last US state to maintain the complete prohibition of self-service petrol stations: *The Economist,* 9 April 2022, p. 34; *https://edition.cnn.com/2022/06/18/energy/new-jersey-oregon-pump-your-own-gas/index.html*.

identity as such, but with one or several of its constituent elements. Therefore, a rational debate about the relative importance of the legal and social norms in question should be possible.

In other words, my claim that something – like a proposed new legal norm – violates my individual or collective culture or cultural identity should not close the debate. It should, on the contrary, widen it. In how far would the norm violate my identity? Which element of my culture or identity would be affected? What is the relative importance of that particular element for my overall culture or identity? What is the relative weight of that particular element compared with the possible merits of the proposed norm? All this should be open for honest debate when the conservative side rejects change or, *mutatis mutandis*, when the progressive side requests change.

Even such broad and open discussion will, of course, often *not* lead to agreement. But, after a decision has been taken, it may facilitate the acceptance of the decision on the opposing side. My earlier third example, mandatory seat belts, might be instructive. The topic in all its aspects had been discussed extensively over years. A sizeable part of the population remained opposed. Then, after fines for non-compliance were enacted, most of the opponents changed their behaviour and complied with the law in remarkably short time. It is easy to assume that fear of the fines caused the change in behaviour, but I would argue that that is only part of the explanation. For sure, the introduction of fines was the 'trigger', but by the time the fines were introduced eventually, most people knew that wearing the belts was the reasonable thing to do. Grumbling a bit about being coerced to wear them in order to avoid fines (and grumbling about the politicians responsible for the fines), may have allowed previous opponents to save face, so to speak, to change their behaviour without admitting that their opposition had perhaps been somewhat unreasonable in the first place.

So, even if the broad debate does not lead straightaway to consensus about the proposed change, the knowledge of all the arguments might lead to a compromise, to a solution tolerable for the respective other side, to a pragmatic *modus vivendi*, or at least to some degree of acceptance of the solution on the 'losing' side of the dispute, and thus, to that extent, to peace in society.

REFERENCES

Michael T. Clanchy, "Remembering the Past and the Good Old Law", *History*, Vol. 55, 1970.

Ludwig Uhland's ballad *Das gute, alte Recht*.

StGB (German Criminal Code, sections 180 and 181, versions of 1871, 1900, 1927, 1968/1970, 1973).

RGSt 8, 172 (Decisions of the Reichsgericht in criminal matters, vol., 8); 71, 13 (vol. 71).

BGHSt (Decisions of the Federal Court of Justice in criminal matters) 6, 46 (vol. 6).
BGB (German Civil Code)
Christine Schlaga, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, *https://www.grin.com/document/112016*.
Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1975.
Landesfeuerlöschordnung für das Königreich Württemberg, dated 7 June 1885, Regierungsblatt für das Königreich Württemberg 1885.
Brandwacht – Zeitschrift für Brand- und Katastrophenschutz, vol. 71, 4/2016.
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1995.
Michael Sachs, *Juristische Schulung (JuS)* 1994.
Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts *(BVerfGE)* vol. 92.
Gesetz zur Änderung des Feuerwehrgesetzes, 12 February 1996, GBl. ('Gesetzblatt'– Law Gazette) 1996.
Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung (StVZO), BGBl. I, 1973 (Federal Law Gazette I, 1973).
Straßenverkehrsordnung (StVO) i.d.F. v. ('in der Fassung vom' – version of) 24 November 1975, m.W.v. ('mit Wirkung vom'– with effect from) 1 January 1976.
P.W. Milne, *Fitting and Wearing of Seat Belts in Australia. The History of a Successful Countermeasure*, 2nd ed., Canberra 1985.
F.T. McDermott / D.E. Hough, "Reduction in Road Fatalities and Injuries after Legislation for Compulsory Wearing of Seat Belts. Experience in Victoria and the Rest of Australia", *British Journal of Surgery* 66, 1979.
Der Spiegel No. 50/1975, 7 November 1975.
Straßenverkehrsordnung (StVO) i.d.F. v. 6 July 1984, mit Wirkung vom 1 August 1984.
Arvid Kaiser, "Was Gurtpflicht und Impfpflicht gemeinsam haben", *Spiegel Online*, 7 December 2021: *https://www.spiegel.de/auto/gurtpflicht-wie-die-debatte-der-70er-jahre-dem-streit-um-die-impfpflicht-gleicht-a-a67acb6e-7cc1-4f47-8532-994eb75395de*.
ADAC (Allgemeiner Deutscher Automobil-Club): *https://www.adac.de/verkehr/verkehrssicherheit/unterwegs/gurtpflicht*.
UDV (Unfallforschung der Versicherer): *https://www.udv.de/udv/presse/gurtverweigerung-kostet-200-menschenleben-79086*.
Autobahn-Richtgeschwindigkeits-Verordnung, BGBl I 1974, 685 (Federal Law Gazette I, 1974).
Katrin Bennhold, 4 February 2019: *https://www.nytimes.com/2019/02/03/world/europe/germany-autobahn-speed-limit.html*.
https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/479/publikationen/ubs_2020_0.pdf
Allianz Direct Auto-Report: *https://www.allianzdirect.de/zahlen-daten-fakten/autoreport/tempolimit/*.
'True Finns': *https://en.wikipedia.org/wiki/Finns_Party* (Note 1).
https://www.idgroup.eu/perussuomalaiset.
Jan-Werner Mueller, *What is Populism?*, Philadelphia 2016.
László Tróczányi, "Demokratie, Identität und Rechtsstaat – Die Europäische Integration und die Mitgliedstaaten", in: Attila Badó (ed.): *Deutsch-Ungarisches Symposium 2018*, Potsdam, Universitätsverlag.

Martin Mosebach, Interview, *Welt am Sonntag* (German Sunday paper), 26 December 2021.
https://en.wikipedia.org/wiki/Identity_(social_science).
Amartya Sen, *Identity & Violence*, London 2006.
Kwame Anthony Appiah, *The Lies that Bind – Rethinking Identity*, London 2018.
The Economist, 9 April 2022; *https://edition.cnn.com/2022/06/18/energy/new-jersey-oregon-pump-your-own-gas/index.html*.

Хелмут Вебер
Универзитет у Потсдаму, Хумболтов универзитет у Берлину; у пензији
helmweber@t-online.de
ORCID ID: 0009-0006-5823-5306

Међусобни однос између културе, права и мира: везе и сукоби

***Сажетак**: Текст истражује везе и тензије између културе, права и мира. Разматра однос културе према праву, обухватајући „високу културу“ као уметност, али и ширу дефиницију културе схваћене као све оно што су створили људи. Аутор схвата културу као ванправне норме. Иако многе „културне“ норме нису у сукобу са законом, међу њима су могући конфликти. Текст испитује примере сукоба између правних и културних норми и њихова решења, фокусирајући се на немачке правне и културне токове. Аутор наводи примере који показују како се сукоби између права и културе могу решити путем законодавних промена, спољних утицаја и постепених промена у друштвеним ставовима. Аутор закључује да мир преовладава тамо где постоји подударност између правних и културних норми.*

***Кључне речи**: култура, право, мир, конфликт, разрешавање кнфликата.*

Датум пријема рада: 01.09.2023.
Датум прихватања рада: 10.11.2023.

Претходно саопштење 340.132(430)
doi:10.5937/zrpfns57-39383

Martin Schlüter
Rechtsanwalt und Notar a.D., ehemals Lehrbeauftragter an den Universitäten Münster und Potsdam, Deutschland
schlueterhamm@t-online.de
ORCID ID: 0000-0003-2339-7226

RECHTSKRAFT UND IHRE DURCHBRECHUNG IM DEUTSCHEN RECHT*

***Zusamenfassung**: Der vorliegende Text behandelt das Konzept der „Rechtskraft" im deutschen Recht. Ziel der Rechtskraft ist es, den Parteien Klarheit über ihre rechtlichen Beziehungen zueinander und möglicherweise zu Dritten zu verschaffen. Dies soll Unsicherheiten bezüglich ihrer Rechte und Pflichten vermeiden und sicherstellen, dass gerichtliche Entscheidungen nicht mehr geändert werden können. Die Beachtung der Rechtskraft dient auch dem Schutz der Justiz vor unnötigem Aufwand durch erneute Behandlung bereits entschiedener Rechtsstreitigkeiten. In der Praxis werfen die Prinzipien der Rechtskraft Fragen auf, insbesondere hinsichtlich ihrer Definition und den daraus resultierenden Konsequenzen. Die Möglichkeit, die Rechtskraft im deutschen Recht zu durchbrechen, besteht in vielen Fällen aufgrund sowohl gesetzlicher Bestimmungen als auch Überlegungen der Rechtsprechung und juristischen Wissenschaft. Die Einschränkungen der Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen nur in Ausnahmefällen möglich sind. Obwohl solche Durchbrechungen die Einzelfallgerechtigkeit fördern können, beeinträchtigen sie das wichtige Prinzip der Rechtssicherheit und sollten daher nur selten in Betracht gezogen werden.*

***Schlüsselwörter**: Gerichtsverfahren, Rechtskraft, Durchbrechung, Einzelfallgerechtigkeit, Rechtssicherheit.*

1. Der Begriff der „Rechtskraft" ist für jede gerichtliche Verfahrensart von Bedeutung. Solche Rechtsstreitigkeiten sind zumeist darauf gerichtet, eine endgültige Regelung herbeizuführen. Etwas anderes gilt nur in den Fällen, in denen

[1] Саопштење је резултат излагања на међународној научној конференцији „Мир и право – Европски мировни споразуми у ширем друштвеном контексту" одржаној 24. и 25. јуна 2022. године на Правном факултету у Новом Саду под покровитељством Фондације „Нови Сад – Европска престоница културе".

eine vorläufige Regelung erreicht werden soll, etwa im Rahmen einer einstweiligen Verfügung oder einstweiligen Anordnung.

Das deutsche Recht kennt in den unterschiedlichen Rechtsgebieten sowohl im Bereich des öffentlichen als auch des privaten Rechts den Terminus „Rechtskraft". Die Rechtskraft soll zum einen den Prozessparteien endgültig aufzeigen wie ihre Rechtsbeziehungen untereinander und gegebenenfalls auch im Verhältnis zu Dritten gestaltet sind. Sie sollen Klarheit über ihre Rechte und Pflichten haben und nicht befürchten müssen, dass die vom Gericht getroffene Entscheidung wieder geändert wird. Die Beachtung der Rechtskraft einer Entscheidung schützt aber auch die Justiz davor, einen unnötigen Aufwand durch erneute Behandlung eines schon entschiedenen Rechtsstreits betreiben zu müssen.

Materielle Rechtskraft kann aber nur eintreten, wenn die Entscheidung nicht mehr durch Rechtsbehelfe oder Rechtsmittel in Zweifel gezogen werden kann, das Urteil also auch formell rechtskräftig ist. Ein noch nicht rechtskräftiges Urteil kann im Zivilprozess zwar nach §§ 708 ff. Zivilprozessordnung (ZPO) vorläufig vollstreckbar sein, rechtskräftig wird es jedoch erst wenn alle Rechtsmittel- bzw. Rechtsbehelfsfristen abgelaufen sind. Die Rechtskraft ist selbst dann aufgeschoben, wenn das Rechtsmittel offensichtlich unbegründet oder im Einzelfall nicht einmal statthaft ist (etwa mangels einer ausreichenden Beschwer). Rechtskraft tritt erst ein, wenn das angerufene Rechtsmittelgericht selbst das Rechtsmittel zurückgewiesen hat.

Die Rechtsmittelfristen sind in den einzelnen Verfahrensordnungen, etwa für den Verwaltungsprozess in § 121 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), für sozialrechtliche Rechtsstreitigkeiten in § 141 Sozialgerichtsprozess (SGG) und für Steuerverfahren in § 110 Finanzgerichtsordnung (FGO) geregelt. Auch im Strafrecht tritt formelle Rechtskraft erst ein, wenn gegen die Entscheidung keine Rechtsmittel mehr gegeben sind, gegebenenfalls auch aufgrund eines übereinstimmenden Rechtsmittelverzichts. Das deutsche Recht kennt deshalb konsequenterweise auch keine vorläufige Strafvollstreckung, wie dies etwa in dem in der deutschen Boulevardpresse im Frühjahr 2022 intensiv abgehandelten Fall des Tennisstars Boris Becker in England praktiziert wird. Hier konnte die Strafvollstreckung bereits beginnen, bevor klar war, ob Rechtsmittel eingelegt werden würden. In Deutschland hätte allenfalls die Möglichkeit bestanden, wegen denkbarer Fluchtgefahr des Herrn Becker ihn in einer Untersuchungshaft zu belassen. Auch ein offensichtlich überführter Mörder darf nicht in Strafhaft genommen werden, wenn das gegen ihn ergangene Urteil noch angefochten werden kann. Auch in dieser Phase kommt dem Angeklagten die Unschuldsvermutung zu.

2. Mit diesen allgemeinen Grundsätzen lassen sich allerdings in der Praxis die Fragen, ob Rechtskraft vorliegt und welche Schlussfolgerungen sich konkret hieraus ergeben, noch nicht abschließend lösen. Dies folgt für den Zivilprozess etwa aus § 322 ZPO, der lautet:

„Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, **als über den durch *die Klage*** oder durch die Widerklage *erhobenen Anspruch entschieden ist.*"

Macht beispielsweise ein Kläger Schadensersatzansprüche in Höhe von 100.000 € geltend, möchte aber zur Reduzierung der Verfahrenskosten zunächst nur einen (erstrangigen) Teilbetrag von 10.000 € einklagen, so wird das Urteil auch nur in Höhe des eingeklagten Betrages rechtskräftig.[2] In dem konkret entschiedenen Fall war der BGH jedoch zu der Auffassung gelangt, der Kläger habe nicht nur einen Teil seines Entschädigungsanspruchs, sondern den Gesamtanspruch geltend machen wollen.[3] Maßgeblich für die Frage, was rechtskräftig entschieden ist, ist der Urteilstenor, der allerdings unter Berücksichtigung der Entscheidungsgründe auszulegen ist. Ein Gericht wäre somit nicht gehindert, in einem Folgeprozess, in dem die restlichen 90.000 € eingeklagt werden, anders zu entscheiden, als dies das Erstgericht in Bezug auf den Teilanspruch getan hat. Etwas anderes würde nur gelten, wenn etwa durch ein Feststellungsurteil auch über den bisher nicht beziffert eingeklagten Betrag eine Regelung erfolgt wäre.

3. Rechtskraft tritt nur hinsichtlich der Entscheidung selbst, also des Urteilstenors, ein nicht hinsichtlich der maßgeblichen Begründung. Wird eine Klage etwa mit der Begründung abgewiesen, das vom Kläger behauptete Vertragsverhältnis zwischen den Parteien sei nicht rechtswirksam zustande gekommen, hindert dies die dadurch benachteiligte Partei nicht, etwa für andere Zeiträume ihre vermeintlichen Forderungen geltend zu machen, weil ihrer Auffassung nach doch ein Vertragsverhältnis zustande gekommen ist.

4. Es bedarf also im Einzelfall der sorgfältigen Prüfung, was überhaupt Gegenstand des Vorprozesses und Inhalt der getroffenen Entscheidung ist. Hiervon hängt ab, ob zwischen den Parteien überhaupt noch sachlich in einen neuen Prozess eine Entscheidung ergehen kann. Handelt es sich um eine bereits rechtskräftig entschiedene Sache, liegt also eine res iudicata vor, ist das erneut angerufen Gericht an einer sachlichen Entscheidung gehindert.

5. Rechtskraft tritt grundsätzlich nur zwischen den Parteien des Vorprozesses ein. Ausnahmen gibt es insoweit etwa aufgrund des neuen Unterlassungsklagegesetzes (UKlaG), wobei ein klagebefugter Verein ein Unternehmen die Verwendung bestimmter allgemeiner Vertragsformularformeln verbieten lassen kann. Das Unternehmen, etwa eine Bank, darf dann die vom Gericht verbotene Klausel auch im Verhältnis zu ihren einzelnen Kunden, die am Prozess selbst gar nicht beteiligt waren, nicht mehr verwenden. Hier liegt also eine Rechtskrafterstreckung vor. Ähnliches gilt für die sogenannte Musterfeststellungsklage bestimmter Verbände nach § 606ff. BGB. Nach § 614 BGB bindet das rechtskräftige Musterfest-

[2] BGH NJW 1961, 917; weitere Nachweise bei Münchener Komm./*Gottwald* § §22 Rn.128; abweichend *Musielak/Voith/Musielak* ZPO § 322 Rn71, 73ff.: Bei Klageabweisung des geltend gemachten Mehrbetrages sei eine neue Klage zwar nicht unzulässig, wohl aber unbegründet.

[3] aA insoweit *Zeiss* NJW 1968, 1305

stellungsurteil auch in einem Verfahren zwischen einem (in Erstprozess angemeldeten) Verbraucher und dem Beklagten „*soweit dessen Entscheidung die Feststellungsziele und den Lebenssachverhalt der Musterfeststellungsklage betrifft*".

Auch durch eine Streitverkündung im Vorprozess (§§ 74, 68 ZPO) kann sich eine Bindungswirkung des Ersturteils auf einen Folgeprozess mit dem Streitverkündeten ergeben.

6. Im Verfahren zwischen anderen Beteiligten hat ansonsten die von einem Gericht getroffene Entscheidung keine Rechtskraftwirkung. Aber auch der im Vorprozess mit anderen Beteiligten selbst tätige Richter ist an seine frühere Rechtsauffassung nicht gebunden. Dies gilt sogar für Entscheidungen, die das in Zivilverfahren oberste Gericht, der Bundesgerichtshof (BGH), in anderen Verfahren getroffen hat. Untergerichte sind rechtlich grundsätzlich nicht verpflichtet, die Rechtsmeinungen von höheren oder gleichgestellten Gerichten zu übernehmen. So ist etwa kein Amtsrichter gezwungen, sich der Rechtsansicht des Bundesgerichtshofs in einem anderen Verfahren anzuschließen. Die Parteien erhalten dann allerdings die Gelegenheit, die Entscheidung dieses Amtsrichters durch Rechtsmittel prüfen zu lassen. Es gibt also im deutschen Recht keine Prioritätswirkung aufgrund gerichtlicher Entscheidungen in anderen Verfahren. In der Praxis werden sich Untergerichte allerdings ganz überwiegend an die Rechtsprechung von Obergerichten (Oberlandesgerichten) oder obersten Gerichten (etwa BGH) halten, wenn nicht abzusehen ist, dass etwa aufgrund von wissenschaftlicher Kritik diese Gerichte an ihrer Rechtsprechung nicht mehr festhalten werden. Kein Gericht ist aber gezwungen, solche Entscheidungen, die es selbst für falsch hält, seinem eigenen Urteil zugrunde zu legen. Nur dann, wenn das betreffende höhere Gericht das ihm zur Überprüfung vorgelegte Urteil aufgehoben und die erneute Verhandlung vor einem Untergericht vorgeschrieben hat, besteht in diesem konkreten Fall eine Bindungswirkung des Untergerichts.

7. Auch die Prozessparteien, erst recht nicht wissenschaftliche Kommentatoren, sind nicht verpflichtet, sich der Rechtsauffassung von Gerichten, auch nicht von solchen der obersten Gerichte, anzuschließen. Höchstrichterliche Urteile aber einfach nicht zur Kenntnis zu nehmen, wäre rechtswidrig.[4] Der Hinweis darauf, man halte ein solches Urteil aus bestimmten Gründen für falsch, ist aber keine Missachtung des Gerichts. Eine Ausnahme gibt es lediglich bezüglich tragender Entscheidungsgründe in einem Urteil des Bundesverfassungsgerichts. Ein solches ist für staatliche Stellen und damit auch für Gerichte verbindlich (§ 31 BVerfGG). Dies schließt allerdings eine wissenschaftliche Kritik an solchen Entscheidungen nicht aus.

8. Auch im Bereich des öffentlichen Rechts sind die beteiligten Stellen, etwa die Finanzverwaltung, nicht gesetzlich verpflichtet, Erkenntnisse etwa des Bun-

[4] Lange NJW 2002, 3657, 3659; *Rüfner*, DRiZ 1992, 457 (460f.).

desfinanzhofs in anderen Verfahren in die Verwaltungspraxis zu übernehmen. Tatsächlich ergehen in nicht seltenen Fällen sogenannte „Nichtanwendungserlasse“, also Anweisungen an die Finanzbehörden, dem Ministerium unliebsame Entscheidung in anderen Verfahren generell nicht anzuwenden. Es wird dann den Steuerpflichtigen überlassen, ihrerseits erneut auch in ihrer eigenen Angelegenheit Rechtsmittel einzulegen. Diese Praxis ist zwar, was das Verhältnis zwischen Exekutive und Judikative angeht, nicht unproblematisch.[5] Hinzu kommt, dass nicht selten die Finanzverwaltung dann auf dem Weg über das Gesetzgebungsverfahren durch Neuformulierung der entsprechenden Vorschrift die ihr unerwünschte Entscheidung des Bundesfinanzhofs korrigieren lässt. Nichtanwendungserlasse führen „zu einer beträchtlichen Rechtsverwirrung“ [6] und sollten daher nur mit großer Zurückhaltung angewendet werden.

9. Der Eintritt der formellen Rechtskraft führt zur materiellen Rechtskraft. Diese bindet zunächst einmal die Parteien selbst, sie bindet aber auch das Gericht. Wird beispielsweise durch ein Feststellungsurteil bestimmt, dass der Beklagte für einen bestimmten Schaden verantwortlich ist, kann das Gericht im Folgeprozess, bei dem es um die Höhe des Schadens geht, nicht von der Verantwortlichkeit des Beklagten absehen. In der Praxis ist es allerdings nicht selten problematisch, ob tatsächlich der Erstprozess und der Folgeprozess denselben Streitgegenstand haben und daher eine Bindungswirkung durch das erste Urteil eingetreten ist. Ist dies der Fall, fehlt es für einen weiteren Prozess am Rechtsschutzinteresse. Die neue Klage ist von Amts wegen ohne erneute Sachprüfung als unzulässig abzuweisen. Selbst wenn also beide Parteien übereinstimmend eine neue Entscheidung begehren sollten, wäre das Gericht nicht befugt, ein neues Urteil in der bereits rechtskräftig entschiedenen Sache zu erlassen.

10. Die Durchbrechung der Rechtskraft im deutschen Recht teils aufgrund gesetzlicher Bestimmungen, teils aufgrund von Überlegungen der Rechtsprechung und der juristischen Wissenschaft ist in etlichen Fällen möglich.

10.1. Durch Verordnung vom 21. Februar 1940 war eine sogenannte Nichtigkeitsbeschwerde des damaligen Oberreichsanwalts eingeführt worden. Diese war gegen rechtskräftige Urteile des Amtsrichters, einer Strafkammer oder eines Sondergerichts binnen eines Jahres nach Eintritt der Rechtskraft möglich, „*wenn das Urteil wegen eines Fehlers bei der Anwendung des Rechts auf die festgestellten Tatsachen ungerecht ist*. In der Praxis bestanden somit für diese regelmäßig zulasten des Angeklagten eingelegte Beschwerde keine näheren Voraus-setzungen. Es wurde nicht einmal ein konkreter Rechtsfehler verlangt, sondern für die Nichtigkeitsbeschwerde sollte es ausreichen, wenn

[5] Vgl. u.a. *Ardizzoni* NJW 2004, 2413.
[6] Vgl. auch Ossenbühl AöR 92, (1967) 478, 479; *Rüfner* DRiZ 1992, 457, 460.

das Urteil „*ungerecht*“ war. Diese Möglichkeit ist von der Bundesrepublik Deutschland nach 1945 zurecht nicht mehr aufrechterhalten worden, das Recht der DDR erkannte jedoch noch einen sogenannten Kassationsantrag, der innerhalb eines Jahres nach Rechtskraft zu stellen war.

10.2. Alle Prozessordnungen sehen unter im Einzelnen näher bezeichneten Voraussetzungen die Möglichkeit einer Nichtigkeitsklage bei schwerwiegenden Mängeln des Urteils vor, etwa bei nicht ordnungsgemäßer Besetzung des Gerichts (vergleiche etwa § 579 ZPO). Daneben gibt es die sogenannte Restitutionsklage (vergleiche § 580 ZPO). Diese ist etwa dann möglich, wenn das Urteil auf einem Meineid beruht oder wenn nachträglich festgestellt wird, dass für die Verurteilung maßgebliche Urkunden gefälscht oder verfälscht waren Trotz bereits eingetretener Rechtskraft ist eine Restitutionsklage auch dann zulässig, wenn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in dem angefochtenen Urteil eine Menschenrechtsverletzung gesehen (§ 580 Nummer 8 ZPO).

10.3. Von größerer praktischer Bedeutung ist eine Durchbrechung der Rechtskraft dann, wenn eine Verfassungsbeschwerde gegen ein Urteil Erfolg gehabt hat. Dann ist das Urteil zwar zunächst rechtskräftig geworden, da die Einlegung der Verfassungsbeschwerde die Rechtskraft nicht hemmt; das rechtskräftige Urteil wird jedoch vom Bundesverfassungsgericht konstitutiv aufgehoben (§ 95 Abs. 2 Bundesverfassungsgerichtsgesetz). Hier existiert also eine ähnliche Regelung, wie sie das serbische Recht für den Fall einer Revision kennt.

10.4. Für den Bereich des Strafrechts hat es in jüngster Zeit (Inkrafttreten am 30.12.2021) eine Erweiterung der Möglichkeit zur Wiederaufnahme des Verfahrens auch zulasten des Angeklagten gegeben. Bei bestimmten schwerwiegenden Delikten kann eine Wiederaufnahme auch dann erfolgen, „*wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die allein oder in Verbindung mit früher erhobenen Beweisen dringende Gründe dafür bilden, dass der freigesprochene Angeklagte wegen Mordes (§ 211 des Strafgesetzbuches), Völkermordes (§ 6 Absatz 1 des Völkerstrafgesetzbuches), des Verbrechens gegen die Menschlichkeit (§ 7 Absatz 1 Nummer 1 und 2 des Völkerstrafgesetzbuches) oder Kriegsverbrechens gegen eine Person (§ 8 Absatz 1 Nummer 1 des Völkerstrafgesetzbuches) verurteilt wird.*“ (§ 362 Nummer 5 StPO). Diese Regelung war jedoch schon vor Inkrafttreten des Gesetzes sehr umstritten, vielfach wird insbesondere auch unter Hinweis auf Art. 103 Abs.3 GG, der eine Mehrfachbestrafung wegen derselben Tat verbietet, die Verfassungswidrigkeit dieser Norm angenommen.[7] Selbst der Bundespräsident, der das Gesetz zwar letztlich unterzeichnet hat, hat in einem Schreiben

[7] Beck OK /*Singelnstein* StPO § 362 Rn. 11 mwN.. *Arnemann* NJW – Spezial 2021, 440; *Aust/ Schmidt* ZRP 2020, 251; *Schiffbauer;* NJW 2021, 2097, *Jahn* JUS 2022, 554.

an die anderen Verfassungsorgane angeregt, das Gesetz erneut parlamentarisch überprüfen zu lassen.[8]

Der Gesetzesänderung war eine längere öffentliche Diskussion mit einer Petition vorausgegangen, die die Eltern einer vor 40 Jahren unter besonders brutalen Umständen ermordeten jungen Frau initiiert hatten. Der im Vorprozess Angeklagte war zwar zunächst wegen Mordes und Vergewaltigung verurteilt warten, das Urteil wurde dann vom Bundesgerichtshof aufgehoben und er wurde mangels Beweises freigesprochen. Inzwischen dürfte seine Tatbeteiligung aufgrund einer damals noch nicht möglichen Genanalyse nachzuweisen sein. Das Oberlandgericht Celle hat inzwischen das freisprechende Urteil aufgehoben, es wird ein neues Verfahren stattfinden.[9] Ob dieser fürchterliche Einzelfall Grund dafür sein kann, in einen tragenden Grundsatz des deutschen Strafprozessrechts einzugreifen, lässt sich nicht ohne weiteres beurteilen. Es werden das weitere Gesetzgebungsverfahren und gegebenenfalls eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts abzuwarten sein. Interessant ist aber, dass das am Ende des letzten Jahres in Kraft getretene „*Gesetz zur Herstellung der materiellen Gerechtigkeit*“ aber bereits erkennen lässt, dass auch der Gesetzgeber einen Gegensatz zwischen materieller Gerechtigkeit und der durch die Annahme der Rechtskraft geschaffenen Rechtssicherheit sieht.

11. Dieser Gegensatz ist aber nicht nur in diesem Zusammenhang bedeutsam. Rechtskräftige Urteile dürften zwar in der Mehrzahl der Fälle inhaltlich zutreffend oder zumindest vertretbar sein, dies ändert aber nichts daran, dass es auch „falsche“ rechtskräftige Urteile gibt und auch in Zukunft geben wird, die mit den in den Prozessordnungen vorhandenen formellen Möglichkeiten nicht (mehr) angegriffen werden können. Der bereits von mehr als 100 Jahren verstorbene herausragende Rechtsgelehrte Josef Kohler, einer der produktivsten Juristen, die es in Deutschland gegeben haben dürfte, hat in einem Aufsatz aus dem Jahr 1916 „*aequitas gegen res iudicata*“ [10] die Problematik überzeugend behandelt und sich hierbei auch auf einen weiteren früheren Aufsatz von ihm aus dem Jahre 1893 [11] bezogenen. Kohler stellt sehr plastisch fest

„*Was falsch ist, ist falsch und bleibt falsch, und wenn es auch durch 1000 Urteile bestätigt wurde*“.

Schon nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts aus dem Jahr 1937 ist davon auszugehen, dass nicht nur die zielgerichtete sittenwidrige Herbeiführung eines Urteils gegen die guten Sitten verstoßen kann, sondern dass auch andere

[8] Zwischenzeitlich hat das Bundesverfassungsgericht durch Urteil vom 31.10.2023 die Neufassung für verfassungswidrig erklärt, vgl. https://www.bverfg.de/e/rs20231031_2bvr090022.html

[9] 20.04.2022 – 2 Ws 62/22, 2 Ws 86/22

[10] AcP 114 (1916) 270.

[11] AcP 80 (1893) S. 52f.

Fälle denkbar sind, die über den Arglisteinwand (Exceptio doli) dazu führen, dass sich der durch ein derartig falsches Urteil Begünstigte auf die Entscheidung nicht berufen kann. Wird etwa auf eine solche Weise ein Vollstreckungsbescheid sittenwidrig erwirkt, kann sich der Schuldner im Rahmen der Vollstreckung auf diesen Einwand stützen.[12] Dem Gläubiger, der trotzdem den sittenwidrig erlangten Titel als Grundlage für eine Vollstreckung nehmen will, kann entgegengehalten werden, dass er selbst hierdurch eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung nach § 826 BGB begeht oder begeben würde.[13]

Auch die Voraussetzungen für eine solche nur ausnahmsweise gegebene Rechtsverteidigung können im Rahmen dieser Darstellung nicht abschließend behandelt werden.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen zwar von erheblicher Bedeutung für das deutsche Prozessrecht ist, dass aber – sei es durch gesetzgeberische Entscheidung, sei es durch die Entwicklung der Rechtsprechung – in Ausnahmefällen Einschränkungen möglich sind. Diese Durchbrechungen mögen der Einzelfallgerechtigkeit diesen, beeinträchtigen aber das hohe Gut der Rechtssicherheit und sind daher stets nur in Ausnahmefällen in Betracht zu ziehen.

LITERATURVERZEICHNIS

Arnemann Carolin, „Ausweitung der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten“, Neue Juristische Wochenschrift –Spezial 14/2021, 417-448

Aust Helmut Philipp, Schmidt Richard, „Ne bis in idem und Wiederaufnahme – Verfassungsrechtliche Grenzen aktueller Reformvorschläge der Erweiterung von § 362 StPO“, Zeitschrift für Rechtspolitik, 2020, 251

Beck OK /Tobias Singelnstein Strafprrozessordnung § 362

Dietmar Völker, Marco Ardizzoni, „Rechtsprechungsbrechende Nichtanwendungsgesetze im Steuerrecht – neue bedenkliche Gesetzgebungspraxis“, Neue Juritische Wochenschrift, Vol. 57, N. 34, 2004, 2413-2420.

Hölder E., Der allgemeine Theil des deutschen Civilgesetzentwurfes in zweiter Lesung, Archiv für die civilistische Praxis, 80. Bd., H. 1 (1893), 1-62.

Jauernig BGB 18. Auflage 2021, § 826

Kohler Josef, „Aequitas gegen res judicata“, Archiv für die civilistische Praxis, 114. Bd., H. 2 (1916), 270-280

[12] Deutsch die Ausnutzung eines dem durch ein rechtskräftig ist aber falsches Urteil begünstigte kann somit unter Umständen vorgeworfen werden, dass er eine sittenwidrige Schädigung im Rahmen des § 826 BGB

[13] vergleiche BGH NJW 1987,3256 mwN ; s. auch *Jauernig* BGB18.Auflage 2021 § 826 Rn. 14 ff. mwN auch zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

Lange Hans-Friedrich, „Die Nichtanwendung von Urteilen des BFH durch die Finanzverwaltung – Nichtanwendungserlass und Nichtveröffentlichung“, Neue Juristische Wichenschrift, 2002, 3657.
Münchener Komm./Peter Gottwald § 22
Matthias Jahn zum Beschluss v. 20.04.2022 – 2 Ws 62/22, Juristische Schulung, 2022, 554
Musielak/Voith/Musielak ZPO § 322
Ossenbühl Fritz, „Die Bindung der Verwaltung an die höchstrichterliche Rechtsprechung“, Archiv des öffentlichen Rechts, 92, 4 (1967), 478-495.
Rüfner, Deutsche Richterzeitung, 1992, 457
Schiffbauer Björn, „Unerträglich“ als valides Argument des Gesetzgebers? – Aktuelle Normsetzung und das Konzept des Rechts, Neue Juristische Wichenschrift, 2021, 2097
Zeiss, „Rechtskrafterstreckung bei Teilklagen“, Neue Juristische Wichenschrift 1968, 1305.
BGH NJW 1961, 917
BGH NJW 1987, 3256
www.bundespraesident.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/12/211222-Gesetzesausfertigung-StPO-362.html

Martin Schlüter
Lawyer and Notary Public, former Lecturer at the Universities of Münster and Potsdam, Germany
schlueterhamm@t-online.de
ORCID ID: 0000-0003-2339-7226

Judgement's Finality and its Breakthrough in German Law

Abstract: *The text discusses the concept of finality in German law. The purpose of finality is to provide clarity to parties about their legal relationships and, possibly, with third parties. This aims to avoid uncertainties regarding their rights and obligations and ensures that judicial decisions cannot be altered. Adhering to finality also protects the judiciary from unnecessary efforts by preventing the reconsideration of already settled legal disputes. In practice, the principle of finality raises questions, especially regarding its definition and the resulting consequences. The possibility of breaking finality in German law exists in a few cases due to both legal provisions and considerations of case-law and scholarship. Departing from the concept of finality of judicial decisions is possible only in exceptional cases. Although such exceptions may enhance individual justice, they impact the crucial principle of legal certainty and should therefore be considered in very few cases.*

Keywords: *court proceedings, finality, breakthrough, individual justice, legal certainty.*

Мартин Шлитер
Адвокат и нотар у пензији, бивши предавач на Универзитету у Минстеру и Потсдаму, Немачка
schlueterhamm@t-online.de
ORCID ID: 0000-0003-2339-7226

Правноснажност и пробијање правноснажности у немачком праву

Сажетак: *Текст разматра концепт правноснажности у немачком праву. Правноснажност одлуке треба да обезбеди странама у спору извесност у њиховом правним односима. Ово својство одлуке треба да отклони нејасноће у вези са правима и обавезама странама спора. Ово својство такође штити и правосуђе од потребе за поновним разматрањем већ решених правних спорова. У пракси, принцип правноснажности отвара бројна питања, посебно у вези са одређењем њеног појма и последицама које она повлачи. У немачком праву у неколико случајева постоје одступања од, тј. пробијања правноснажности. Неки од њих проистичу из самог закона, док су се други временом искристалисали у јудикатури и доктрини. Одступање од концепта правноснажности судских одлука могуће је само у изузетним случајевима. Иако такви изузеци могу побољшати индивидуалну правду, они нарушавају принцип правне сигурности и стога би их требало свести на најмању могућу меру.*

Кључне речи: *судски поступци, правноснажност, пробијање правноснажности, индивиауална правда, правна сигурност.*

Датум пријема рада: 27.07.2022.
Датум прихватања рада: 21.09.2022.

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 Мунћан (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 Brauneder (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), prof. dr András Téglési (Мађарска), 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, др Слобода Мидоровић, Оливера Јокић.

Компјутерска обрада текста
Владимир Ватић, „Графит”

Штампа:
„Футура”, Нови Сад
Тираж: 100 примерака

2023

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