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 4 (2023)

НОВИ САД, 2023.

ЗРПФНС, година LVII Нови Сад, бр. 4 (2023)

УДК 3 ISSN 0550-2179 eISSN 2406-1255

САДРЖАЈ
TABLE OF CONTENTS

Љубомир С. Стајић
Ненад П. Радивојевић
Владан М. Мирковић
Неки аспекти безбедносне културе у информационим технологијама 1031

Драго Љ. Дивљак
Правни систем Светске трговинске организације и електронска трговина . . . 1055

Maša M. Kulauzov
Milan M. Milutin
A Brief Review of Sources on *Emendatio Morae* in the Digest of Justinian 1073

Петар М. Ђундић
Европски суд за људска права, члан 8. Европске конвенције о људским правима и признање истополних бракова склопљених у иностранству 1093

Бојан Н. Тубић
Стефан Н. Радојчић
Заштита права на имовину у пракси Суда правде ЕУ – дозвољеност ограничења . 1121

Хаџи Живорад М. Миленовић
Примена установе окривљеног сарадника као могући фактор подстицаја младих на организовани криминал 1143

Ненад С. Тешић
О извршењу на дигиталним добрима 1161

Далибор Б. Ђукић
Аутономија верских организација у правном поретку Републике Србије 1207

Иван Д. Милић
О појединим прекршајним одредбама из Закона о дувану 1223

Александар Т. Антић
Бојан П. Урдаревић
Нека отворена питања везана за минималну зараду у Републици Србији 1241

Александра С. Секулић
Пробијање правне личности из угла судске праксе 1259

ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ АУТОРЕ

Горан Р. Марковић
Ванредно стање у Републици Српској: правно уређење 1279

Tamás Antal
Changes in the English Jury in the 19th and 20th Centuries 1307

Slavko I. Čandrlić
Analysis of Theresian General Health Regulations from 1770 and Health Regulations in Croatia and Slavonia During the Second Half of the 19th Century 1321

Брано Ђ. Хаџи Сшевић
Ванредно стање у Републици Српској: последице примене 1333

Carlo Piparo
Criminal Liability Models and Criminal Participation in the Digital Environment: a Modern Challenge in the Perspective of Italian Constitutionalism 1357

Списак рецензената у Зборнику радова, год. LVII (2023) 1379

Оригиналан научни рад 351.74:008]:004
doi:10.5937/zrpfns57-48426

Љубомир С. Стајић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
Lj.Stajic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-7594-5741

Ненад П. Радивојевић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
N.Radivojevic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-0630-0632

Владан М. Мирковић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
V.Mirkovic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9995-8598

НЕКИ АСПЕКТИ БЕЗБЕДНОСНЕ КУЛТУРЕ У ИНФОРМАЦИОНИМ ТЕХНОЛОГИЈАМА*

Сажетак: *Информационе технологије (ИТ) су, између осталог, настале како би очувале и унапредиле живот и рад човека на пољу комуникације, образовања, очувања здравља, заштите животне средине и сл. Међутим, све технолошке иновације су поред позитивних имале и оне негативне последице по само друштво (и његову безбедност). Тако је и развој ИТ праћен бројним проблемима, питањима и контроверзама који у одређеној мери и у одређеним случајевима могу довести до угрожавања (појединца, група, компанија, државе, међународне заједнице и човечанства у целини). То је наметнуло потребу ангажовања свих (постојећих и нових) друштвених потенцијала како би се идентификовали сви они проблеми и последице које по друштво остављају како развој тако и примена ИТ. Један од тих потенцијала или*

* Рад је настао као резултат рада на научно-истраживачком пројекту *„Правна традиција и нови правни изазови“* у 2023. години, а чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

механизама који друштву стоје на располагању јесте и безбедносна култура (у ИТ). Безбедносна култура је апсолутно позитивна категорија, а њена основна функција јесте превенција настанка угрожавајућих појава и остваривање оптималног стања безбедности. С тим у вези, предмет овог рада јесте анализа неких аспеката безбедносне културе у ИТ (првенствено етичких, социолошких, економских и правних). Циљ рада је проширење теоријског фонда знања из области безбедносне културе у ИТ, као и практично унапређење деловања и рада свих који учествују у креирању (развоју) и примени ИТ.

Кључне речи: *безбедност, информационе технологије, безбедносна култура, безбедносна култура у информационим технологијама, информационо-безбедносна култура.*

1. УВОД

Једна од основних преокупација човека од његовог настанка до данас била је како да опстане, а онда и како да се развија и напредује, односно како да буде безбедан.[1] Данас се све више говори о тзв. четвртој индустријској револуцији која је везана за развој дигиталних и информационих технологија (у даљем тексту: ИТ), или како кажу поједини аутори, „информационе технологије врше неупитну трансформацију (информациона револуција) из индустријског у информатичко друштво, најављујући нову дигиталну еру“.[2] С тим у вези је и крилатица „Све што ради – аутоматизује се, све што вреди – дигитализује се“.[3]

Основна функција ИТ је (или би бар требало да буде) унапређење људског живота, рада, комуникације, образовања, здравља, културе, безбедности и др. Иде се чак дотле да се тврди да су кључне карактеристике савременог друштва управо развој и употреба ИТ. Због тога се све више користе термини „информационо доба“, „технолошко-информационо доба“, „дигитална ера“, „информатичко друштво“, „информационо друштво“, односно друштво чији су опстанак и развој засновани на ИТ. У академским круговима, али и пракси постављају се питања како и колико ИТ (првенствено сајбер простор, интернет, вештачка интелигенција) утичу на остваривање националне безбедности, а онда и међународних односа, као и обрнуто, који су утицаји међународних односа у сајбер домену.[4] ИТ данас све више постају елемент моћи држава,

---

[1] Љубомир Стајић, *Основи система безбедности – са основама истраживања безбедносних појава*, Нови Сад 2021, 38.

[2] Саша Мијалковић, Вера Арежина-Ђерић, Горан Бошковић, „Корелација информационе и националне безбедности“, *Научно-стручно саветовање ЗИТЕХ*, Београд 2010.

[3] *Ibid*.

[4] Вид. Nazli Chucri, David D. Clark, *International Relations in the Cyber Age, The Co-Evolution Dilemma*, Cambridge Massachusetts 2018.

поред моћи знања, војне моћи, економске и политичке моћи. То је између осталог и довело до својеврсне „трке“ великих сила у погледу доминације у овој сфери људске делатности.

Треба бити свестан да су све технолошке иновације у људском друштву поред позитивних имале и оне негативне последице по само друштво (и његову безбедност). Једна од највидљивијих јесте и то да ИТ данас нису подједнако доступне свима.[5] Социјално раслојавање је приметно и у овој сфери, како унутар државе тако и између држава. Врло лако и врло често ИТ могу прерасти у генератор социјалних разлика у друштву,[6] што само по себи представља извор угрожавања. С тим у вези, одговорност за то сносе како крајњи корисници ИТ, тако и компаније које раде на развоју и иновацијама у ИТ сфери. Посебно, одговорност је и на државама и међународној заједници, као и струковним удружењима (националног и међународног карактера) да својим нормативним активностима уреде основна и најважнија питања развоја и употребе ИТ.

Један од „нових“ приступа који друштву стоји на располагању када су у питању развој и примена ИТ, а који ће бити у функцији остваривања безбедности, јесте концепт безбедносне културе. Када су у питању безбедност друштва и ИТ, безбедносна култура нам указује да морамо бити свесни да колико год ИТ убрзавају и олакшавају свакодневни рад и живот човека, толико са друге стране доносе и реалну опасност њене злоупотребе, са не тако занемарљивим последицама. Због тога посебну пажњу треба посветити питањима даљег развоја ИТ, а посебно вештачке интелигенције око које постоје бројна отворена, нерешена питања и контроверзе.[7] Питање остваривања

[5] Опште је позната чињеница да ИТ и вештачка интелигенција нису подједнако развијене и у употреби у свим државама. Светски лидери у овој области су пре свега САД, Кина, Руска Федерација, Велика Британија, Јапан, Јужна Кореја, поједине државе чланице ЕУ.

[6] Поједини аутори указују управо на ову врсту изазова када је у питању примена вештачке интелигенције, а то су социјалне разлике њене примене, односно замена и потискивање људског рада. Аутоматизација појединих процеса свакако доводи до смањења трошкова и повећања добити, али ће то нужно резултовати губитком посла на хиљаде и милионе људи. Такав ток догађаја ће неминовно довести до даљег продубљења поларизације савременог друштва. Србобран Бранковић, „Вештачка интелигенција и друштво“, *Српска политичка мисао* 2/2017, 30. Занимљиво је да је на овакав развој догађаја указивао професор Радомир Лукић још давне 1976. године, истичући да савремени друштвени процеси (у овом случају роботизација) „човека претварају у ствар, а друштвене односе у односе између ствари уместо између људи“. Такође, проф. Лукић посебно указује на то да „техника није сама себи циљ него средство за остваривање једног битног циља – а то је стварање потпунијег, савршенијег и срећнијег човека и друштва“. Радомир Лукић, *Социологија морала*, Београд 1976, 590 и 594.

[7] Један од најнових примера јесте да је највиши финансијски регулатор у Сједињеним Америчким Државама по први пут упозорио да употреба вештачке интелигенције представља ризик за финансијски систем. Савет за надзор финансијске стабилности (*FSOC*), тим водећих регулатора широм америчке владе, формално је класификовао вештачку интелигенцију као „рањивост у настајању“. Савет упозорава да „вештачка интелигенција има

људских права у дигиталној ери је нешто на шта посебно треба обратити пажњу.[8] Даље, довољно је навести пример да данас сви објекти и системи који чине критичну инфраструктуру[9] у једној држави функционишу и раде на платформама, програмима, софтверима и информационим системима, односно ИТ. Не треба бити толико маштовит да се замисле стравичне последице по безбедност друштва и државе, настале услед сајбер напада на објекте (електро)енергетског система,[10] нуклеарна постројења, хемијске индустрије, здравственог система, железничког саобраћаја, авиосаобраћаја и сл. Непосредне последице би осетили и сви грађани.

2. ПОЈАМ ИНФОРМАЦИОНИХ ТЕХНОЛОГИЈА И ЊИХОВ УТИЦАЈ НА БЕЗБЕДНОСТ

У најопштијем смислу, под ИТ подразумевамо рачунаре и телекомуникациону опрему за прикупљање, аутоматску обраду, складиштење и пренос података. Сматра се да се израз ИТ, у смислу у којем га данас познајемо, први пут појавио 1958. године. Наиме, синтагма ИТ се састоји из речи информација и технологија, при чему се информација дефинише као знање стечено истраживањем, проучавањем или инструкцијама, док се технологија дефинише као практична примена знања.[11] Према Међународној професионалној

потенцијал да подстакне иновације и подстакне ефикасност, али његова употреба у финансијским услугама захтева промишљену примену и надзор за управљање потенцијалним ризицима“. https://euractiv.mondo.rs/ekonomija/a5281/Vestacka-inteligencija-je-opasnost-za-finansijski-sistem-upozorava-FSOC.html?utm_source=kurir_biznis&utm_medium=euractiv_widget&utm_campaign=naslovna/infobiz, 16. децембар 2023.

[8] Остваривање права на приватност и слободу изражавања, право на заштиту података о личности, ауторска и друга сродна права и др.

[9] У складу са чл. 4, ст. 1 Закона о критичној инфраструктури (*Службени гласник РС*, број 87/18), критичну инфраструктуру чине „системи, мреже, објекти или њихови делови, чији прекид функционисања или прекид испоруке роба односно услуга може имати *озбиљне последице на националну безбедност*, *здравље и животе људи, имовину*, *животну средину*, *безбедност грађана*, *економску стабилност*, односно *угрозити функционисање Републике Србије*“. Чл. 6, ст, 1 су одређени сектори у којима се врши идентификација и одређивање критичне инфраструктуре. То су: *енергетика, саобраћај, снабдевање водом и храном, здравство*, *финансије*, *телекомуникационе и информационе технологије*, *заштита животне средине и функционисање државних органа*. Битно је напоменути да су управо ИТ одређене као један од сектора који чини критичну инфраструктуру. Са безбедносног аспекта је још значајније то што сви остали сектори функционишу на платформама (софтверима, хардверима и др.) који чине ИТ.

[10] Електропривреда Србије је била објекат хакерског напада 19. децембра 2023. године. Према првим извештавањима медија, у питању је био хакерски напад крипто-типа. https://www.b92.net/biz/vesti/srbija/hakeri-napali-eps-sistem-se-uspesno-oporavlja-2452512, 19. децембар 2023.

[11] Мирјана Петковић, Јелена Лукић, „Утицај информационе технологије на дизајн организације: пример организације у здравству“, *Социологија* 3/2013, 441.

организацији из области информационих технологија (*ISACA*), ИТ (енгл. *information tehnology*) обухватају „хардвер, софтвер, комуникациона и друга средства која се користе за унос, складиштење, обраду, пренос и излаз података у било ком облику“.[12] ИТ се такође дефинише и као „изучавање, дизајн, развој, имплементација и подршка или управљање у рачунарским информационим системима, софтверским апликацијама и хардвером“. Међутим, треба рећи да појам ИТ често обухвата и знатно шире поље области технологије, почев од свега онога чиме се ИТ професионалци баве, односно инсталација апликативних програма, њихово пројектовање, умрежавање и инжењеринг рачунарских хардвера, дизајнирање софтвера и база података као и управљање и администрација информационим системом,[13] па све до развоја и употребе вештачке интелигенције.

Треба напоменути да су у употреби и термини информационо-комуникационе технологије (ИКТ) или информационо-телекомуникационе технологије (ИТТ), чији је циљ да се укаже на значај ИТ у остваривању комуникације која се одвија путем телефона (данас „паметних“ телефона), каблова, интернета, рачунара и др. Њихов првенствени значај за друштво јесте могућност скупљања и обраде великих количина података и информација, а онда и њихова употреба путем истих ИТ. Ово су уједно и једни од највећих бенефита по друштво. Треба напоменути да у савременом друштву, у великим системима који функционишу на бази великог броја података и информација, време и континуитет остваривања пословања или делатности је кључан фактор опстанка и развоја. Типичан пример тога јесте остваривање неких од права грађана пред државним органима, јавним службама, привредним субјектима, образовним и здравственим установама. Не тако давна пандемија КОВИД-19 је указала на значај одржавања континуитета образовног процеса у образовном систему или пословања привредних субјекта, а све у условима физичке изолованости која је требало да спречи ширење вируса.

Свему томе треба додати и до скоро незамисливе могућности развоја и употребе вештачке интелигенције која је у функцији олакшања и унапређења људског рада у индустрији, лечења појединих болести,[14] инвалидитета,

[12] ISACA, Glossary. Доступно на: https://www.isaca.org/-/media/files/isacadp/project/isaca/resources/glossary/glossary.pdf, 25. октобар 2023.

[13] https://sr.wikipedia.org/wiki/Informaciona_tehnologija, 20. септембар 2023.

[14] Уз помоћ вештачке интелигенције научници Брод института (*Broad Institute*) у Масачусетсу испитали су и тестирали милионе хемијских једињења и пронашли нови тип антибиотика, који је у стању да онеспособи две врсте бактерија које су постале имуне на постојеће антибиотике. https://zdravlje.kurir.rs/vesti/4321134/otkrivena-nova-vrsta-antibiotika-uz-pomoc-vestacke-inteligencije, 21. децембар 2023.

унапређења образовног процеса,[15] правничке професије,[16] екологије и заштите животне средине, пољопривреде, метеорологије и др. Међутим, треба бити свестан и уважити и одређена ограничења, па и могућности злоупотреба ИТ и вештачке интелигенције.

Јасно је да је функционисање модерног друштва и човека данас незамисливо без ИТ, односно да нема области нити посла (сем простог ручног рада) где нису заступљене ИТ. Као такве, оне у великој мери утичу и на остваривање безбедности у друштву. Због тога питање развоја и употребе ИТ и остваривања информационе безбедности постају доминантна питања националне,[17] али и осталих нивоа безбедности. Свакодневно смо сведоци све већег броја безбедносних проблема у вези са ИТ,[18] што је у већини држава покренуло бројне иницијативе ка новим приступима (правним, безбедносним, политичким, етичким и др.) њеном даљем развоју и употреби.

3. КЛАСИФИКАЦИЈА ПОСЛЕДИЦА РАЗВОЈА И УПОТРЕБЕ ИНФОРМАЦИОНИХ ТЕХНОЛОГИЈА ПО ДРУШТВО

Узимајући у обзир да последице развоја и употребе (коришћења) ИТ може имати различите последице по развој и функционисање друштва, неопходно је извршити класификацију тих последица. Уважавајући научни приступ, последице могу бити класификоване у складу са следећим критеријумима:

I. Према исходу последица:
   1) Позитивне и
   2) Негативне.

II. Према области друштвеног живота у којима се последице испољавају:
   1) Безбедност (систем безбедности);

---

[15] О променама у образовању које генериште Четврта индустријска револуција вид. Јован Базић, „Трендови промена у друштву и образовању које генерише Четврта индустријска револуција“, *Социолошки преглед* 4/2017, стр. 526-546.

[16] О алатима за подршку правничкој професији који користе технике вештачке интелигенције вид. Марко Марковић, Стеван Гостојић, Драго Инђић, „Вештачка интелигенција и право: преглед техника и алата за аутоматизацију задатака“, *Инфо М* 73/2021, 42-48.

[17] О утицају ИТ на националну безбедност вид: Kamran Yeganegi, Zahra Arbabi Asma Ibrahim Hussein, „The role of information technology in national security“ *Journal of Physics: Conference Series* 1/2020; Dušan Proroković, Marko Parezanović, „Artificial Inteligence and Psyhological – Propaganda Operations in the Context of Threat to National Security”, *The Policy of National Security* 2/2023, 13-32; Ненад Путник, *Сајбер рат и сајбер мир*, Београд 2022; Драган Младеновић, *Међународни аспекти сајбер ратовања*, Београд 2012.

[18] Ту свакако убрајамо све бројније појавне облике сајбер криминала, сајбер нападе на државне органе и јавне службе и установе, лажне дојаве о подметнутим бомбама у образовним и другим установама, могућности вођења сајбер ратовања, вршњачког насиља у сајбер (дигиталном) окружењу, интернет преваре и крађе идентитета и сл.

2) Економија;
3) Финансије;
4) Здравство;
5) Екологија (животна средина);
6) Наука и образовање;
7) Политика;
8) Право;
9) Морал и др.

III. Према субјектима на којима се последице испољавају:
1) Појединац (деца, стари, радници и др.);
2) Привредни субјекти (организација, корпорација);
3) Држава и државни органи;
4) Јавне службе и установе;
5) Друштво;
6) Међународна заједница.

IV. Према простору у којем се последице испољавају:
1) Сајбер простор (дигитални свет) и
2) Физички простор (реални свет).

V. Према предвидљивости последице:
1) Последице које се могу предвидети и
2) Последице које се не могу предвидети.

VI. Према последицама које настају с обзиром на медијум из палете ИТ:
1) Интернет;
2) Друштвене мреже;
3) Електронска средства информисања, алати за електронска плаћања и трговину и др.;
4) Паметни телефони, таблети, рачунари, рутери;
5) Електронска пошта;
6) Виртуелни системи, вештачка интелигенција и др.

VII. Према директности утицаја на безбедност друштва:
1) Директне (непосредне) последице и
2) Индиректне (посредне) последице.

VIII. Према намери изазивања последице:
1) Намерно изазване;
2) Случајне (ненамерне) и
3) Мешовите.

IX. Према ефектима које последице изазивају:
1) Краткорочне;
2) Средњорочне и
3) Дугорочне.

4. БЕЗБЕДНОСНА КУЛТУРА У ИНФОРМАЦИОНИМ ТЕХНОЛОГИЈАМА

Како би се друштво заштитило од негативних последица развоја и употребе ИТ, у сваком друштву треба радити на развоју и унапређењу безбедносне културе. Безбедносна култура као релативно нов концепт развијен у оквиру науке безбедности, врло брзо је нашао своју примену и у области ИТ.[19] Наиме, примена безбедносне културе у ИТ предмет је научне и стручне анализе како у свету[20] тако и код нас.

Постало је јасно да је за питање заштите информационе безбедности неопходно присуство значајног нивоа појединачне и колективне свести о потреби заштите, односно о потреби постојања и развоја безбедносне културе свих учесника у процесу развоја и примене ИТ. Основу безбедносне културе у ИТ чини пре свега свест[21] о постојању безбедносне претње, односно знања о изворима, облицима и носиоцима угрожавања у информационој сфери (ИТ и информациона безбедност), као и знања и вештине о одговарајућим механизмима правне, организационе, техничке и безбедносне заштите. То значи да безбедносна свест, као и знања и вештине из области безбедности морају бити присутни како у процесу конципирања, иновација и развоја ИТ (изражених пре свега у процесу предвиђања могућих негативних импликације те технологије приликом њене примене у друштву, а услед којих може доћи до угрожавања безбедности појединца или неког другог нивоа безбедности), тако и приликом њене употребе (примене). Са друге стране, безбедносна свест, знања[22] и вештине корисника ИТ указују на то да поред заштите

---

[19] Када су у питању ИТ, у питању је тзв. информациона култура, односно информационо-безбедносна култура као интегрална компонента безбедносне културе. Примена безбедносне културе је између осталог изражена и у следећим областима друштвеног живота и деловања: нуклеарна безбедносна култура, здравствена безбедносна култура, саобраћајна безбедносна култура, еколошка безбедносна култура и др.

[20] О различитим аспектима, дефиницијама и приступима информационо-безбедносној култури вид. Mohammed Alnatheer, „A Conceptual Model to Understand Information Security Culture“, *International Journal of Social Science and Humanity* 2/2014, 104-108; Adela da Veiga, Nico Martins, „Defining and identifying dominant information security cultures and subcultures“, *Computers & Security* 70/2017, 72-94; Betsy Uchendu, Jason Nurse, Maria Bada, Steven Furnell, „Developing a cyber security culture: Current practices and future needs“, *Computers & Security* 109/2021, Article 102387.

[21] Или како поједини аутори кажу „безбедносна свест“. Она подразумева схватање и разумевање ризика који ИТ са собом носе. Слободан Петровић, „Безбедносна свест, обука и едукација – критичне компоненте заштите кибер-простора“, *Научно-стручно саветовање ЗИТЕХ*, Београд 2006.

[22] Када су у питању знања, потребно је споменути спроведено емпиријско истраживање о факторима везаним за понашање у сајбер безбедности код средњошколаца у нашој земљи. Истраживањем је утврђено да *ученици немају потребна знања нити адекватну свест о прет-*

интереса и потреба корисника ИТ треба да се заштите и сва хардверска и софтверска материјална добра како корисника тако и свих оних са којима корисник ступа у контакт путем ИТ. Само тада можемо говорити о безбедности свих и за све, о безбедности где сваки члан друштва поред тога што брине о себи брине и о безбедности других чланова друштва. Управо та свест о значају да се брине о туђој као и о сопственој безбедности (у информационој сфери), чини основу безбедносне културе у ИТ.

Безбедносна култура у ИТ или информациона-безбедносна култура подразумева и одређену активност или понашање, а која су заснована на претходно наведеним знањима и вештинама. Поред индивидуалног нивоа, ово је нарочито битно у организацијама, па се у том смислу информационо-безбедносна култура схвата као интегрални део организационе културе.[23] Томе у прилог говоре и ставови страних аутора који културу информационе безбедности (информационо-безбедносну културу) дефинишу као претпоставку о томе који се тип понашања у области безбедности информација прихвата и подстиче како би се инкорпорирале карактеристике безбедности информација као начин на који се ствари раде у организацији.[24] Слично томе, поједини домаћи аутори информационо-безбедносну културу одређују као „јединство знања, перцепције, уверења и ставова запослених о информационој безбедности организације и потреби примене мера и поступака (дефинисаних политиком информационе безбедности и формализованих процедурама) и њиховог усклађеног поступања у свакодневној примени тих мера, као и способност препознавања претњи, минимизирања ризика и доношења одлука из домена сопствене одговорности у вези са безбедношћу ИКТ система“.[25]

На крају, у покушају да сублимирамо претходно наведено, безбедносну културу у ИТ можемо дефинисати као скуп усвојених ставова, знања, вештина и правила из области (информационе) безбедности, испољених као понашање и процес, о потреби, начинима и средствима заштите личних, корпоративних,

---

њама у сајбер простору. Иако постоје значајни ресурси на интернету, као и бројни туторијали, они се нису показали као ефикасна средства за учење ученика. Како аутори истраживања истичу, ово може бити сигнал образовним институцијама да активније приступе побољшању знања о сајбер безбедности на структурални начин и да науче ученике да се заштите од сајбер напада. Практичне импликације истраживања су да ученици треба да имају ефективну обуку у средњој школи о безбеднијем понашању. Ana Kovačević, Nenad Putnik, Oliver Tošković, „Factors Related to Cyber Security Behavior“, *IEEE Access* 8/2020, 125140-125148.

[23] О организационој култури, а нарочито у безбедносним организацијама вид. Chad Whelan, „Organisational culture and cultural shange: A network perspective”, *Australian & New Zeland Journal of Criminology* 4/2016, 583-599.

[24] Adele Martins, Jan Eloff, „Information Security Culture“, *Security in the Information Society – Visions and Perspectives* (eds. M. Adeeb Ghonaimy, Mahmoud T. El-Hadidi, Heba K. Aslan), IFIP Advances in Information and Communication Technology 86/2022, 205-206.

[25] Анђелија Ђукић, Дејан Вулетић, „Основи информационо-безбедносне културе у организацији“, *Безбедност* 3/2022, 146.

државних, националних и међународних вредности од свих извора, облика и носилаца угрожавања информационе безбедности без обзира на место или време њиховог испољавања.[26]

5. НЕКИ АСПЕКТИ БЕЗБЕДНОСНЕ КУЛТУРЕ У ИНФОРМАЦИОНИМ ТЕХНОЛОГИЈАМА

Значај ИТ, а онда и развоја безбедносне културе у ИТ можемо сагледати из више различитих углова, гледишта или аспеката. Овим питањем се баве различите науке и научне дисциплине и свака од њих полази од свог предмета истраживања. Наиме, добробити безбедносне културе у ИТ можемо сагледати кроз више различитих аспеката и то: етички, организациони, социолошки, економски, политички, научно-образовни, правни, психолошки, антрополошки, културолошки, филозофски, војни и други.[27] Наведено нам указује да је приликом анализирања питања развоја и употребе ИТ, а онда и улоге и значаја безбедносне културе у ИТ потребан мултидисциплинаран и холистички приступ. Наравно, неопходно је и указати на то да се поједини аспекти преклапају, прожимају и допуњују, што само још једном потврђује став да је у истраживању ових феномена неопходан мултидисциплинаран и холистички приступ. Узимајући у обзир потребе и обим овог рада, ми ћемо се у овом раду осврнути на следеће аспекте безбедносне културе у ИТ: етички, социолошки, економски и правни.

5.1. Етички аспекти безбедносне културе у ИТ

Као што смо раније напоменули, ИТ у значајној мери мењају стил живота савременог човека, мењају друштвене обичаје и обрасце понашања. Због тога је неопходно одређена етичка питања разматрати као део развоја и употребе ИТ на начин да не дође до угрожавања. Та етичка питања су данас доминантна како на међународном,[28] тако и националном, државном нивоу.

---

[26] Љубомир Стајић, Саша Мијалковић, Светлана Станаревић, *Безбедносна култура*, Нови Сад 2013, 43; Љ. Стајић, 76.

[27] Упор. Љ. Стајић et al., 51-68.

[28] Етичка питања у области ИТ на међународном плану су данас нарочито заступљена у области вештачке интелигенције. Наиме, на Самиту о управљању вештачком интелигенцијом Светског економског форума у Сан Франциску, чији је домаћин био Центар за четврту индустријску револуцију (*C4IR*), Србија се као 33. држава придружила Алијанси управљања вештачком интелигенцијом. Циљ Самита, који је окупио лидере и стручњаке из преко 200 водећих светских компанија, организација, био је *да се промовишу одговорне иновације вештачке интелигенције*, стављајући *етичке смернице* као *приоритет у технолошком напретку.*

Када је у питању развој ИТ, постојање и развијеност безбедносне културе у великој мери зависи од постојања и развијености моралних вредности и моралних правила једног друштва, моралних начела и принципа којима се појединици и компаније, које се баве развојем ИТ,[29] руководе у свом свакодневном раду и пословању. Етичко процењивање вредности у смислу шта је добро, а шта лоше, директно се одражава на (безбедносно) понашање и реаговање које настаје у процесу развоја и иновација ИТ.[30] То значи да од тога шта друштво, али и компаније и њихови инжењери – програмери, девелопери прихватају као добро, а шта лоше кад је у питању развој ИТ, директно зависи и каква ће бити безбедносна култура. Због тога је неопходно пре свега сагледати све оне негативне аспекте (даљег) развоја ИТ, јер поставља се питање да ли ће већ увелико одмакао процес развоја ИТ (а нарочито вештачке интелигенције) моћи да се заустави и спречи настанак неких будућих проблема изражених кроз угрожавање читавог друштва. Због тога је неопходно развијати професионалну етику у ИТ компанијама. Поштовање норми професионалне етике је индикатор развијене безбедносне културе.

Код безбедносне културе у примени ИТ од стране индивидуалних корисника је веома важно да човек сам себи издаје одређену моралну заповест. Та заповест мора бити заснована на свести о значају безбедносних правила и проце-

https://www.kurir.rs/vesti/drustvo/4295068/za-brzi-razvoj-vestacke-inteligencije-srbija-se-na-samitu-u-san-francisku-pridruzila-alijansi-upravljanja-ai, 19. новембар 2023. Такође, На пленарној седници конференције „AI Journey“ у Москви, која је посвећена вештачкој интелигенцији, руски председник Владимир Путин је нагласио да технолошки свет будућности треба да буде вишеполарни, те да је човечанство дужно да изради механизме и правила у сфери коришћења вештачке интелигенције који су прихватљиви за све. Путин је истакао да руско искуство у коришћењу вештачке интелигенције може бити употребљено и приликом утврђивања *међународних етичких стандарда* у тој области, како би се дошло до уравнотеженог система *који је у интересима свих, а не само одређених земаља*. https://sputnikportal.rs/20231124/putin-tehnoloski-svet-buducnosti-mora-biti-visepolarni-covecanstvo-pocinje-novo-poglavlje-1164202018.html?fbclid=IwAR3srVnaqouiWSiU58oCvV9AgoWBG8Sif_70hEXc7xhjuKvRdd-PyhVPYcM, 24. новембар 2023. УНЕСКО је дефинисао први глобални универзални стандард за етику вештачке интелигенције у чијој изради је учествовала Србија са својим стручњацима. Овај етички оквир који садржи бројне препоруке за „здрав“ развој и коришћење вештачке интелигенције усвојиле су 193 земље чланице УНЕСКА у новембру 2021. године. У питању је Препоруке о етици система вештачке интелигенције (*Recommendation on the Ethics of AI*). Принципи из Препорука садржани су и у Етичким смерницама за развој, примену и употребу поуздане и одговорне вештачке интелигенције у нашој земљи. Етичке смернице доступне на: https://www.ai.gov.rs/tekst/sr/586/eticke-smernice.php, 14. децембар 2023.

[29] Једна од најновијих области примењене етике јесте компјутерска етика. Вид. Драгана Ђорић, „Увод у компјутерску етику“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2015, 1813-1830 и D. Mika Hester, Pol Dž. Ford, *Kompjuteri i etika u sajber dobu*, Beograd 2009.

[30] Треба напоменути да су етичке вредности променљива категорија, односно како поједини аутори наводе да „етика није једном дато схватање доброг и лошег; њена садржина је променљива јер се базира на променљивом, друштвено прихватљивом схватању доброг и лошег.“ Д. Ђорић, 1814.

дура, знању, вештинама и технологији заштите, а не да она долази као осећање наметања од стране неког другог, споља, у виду неке императивне норме.

Одређујући свој морални однос према другима, целом друштву или самом себи, појединац тај однос мора сагледати и кроз призму безбедносног деловања. Основни услов морално прихватљивог безбедносног деловања када су у питању ИТ јесте да се претходно усвоји систем вредности ка коме је то деловање усмерено. Тај систем вредности се односи и на потребу заштите информационе безбедности како појединца, тако и пословних субјекта, државе и читавог друштва. Узимајући у обзир наведено, етички аспект безбедносне културе у ИТ се између осталог огледа у:[31]

- обављању функције информационе безбедности поштовањем етичких принципа (у смислу прихватања оног позитивног и исправног када је у питању развој ИТ – развој ИТ који је у функцији развоја и безбедности човека; када је у питању примена ИТ, да се она користи на начин да се други корисници и њихове вредности не угрозе);
- ширењу позитивног стања информационе безбедности у систему: грађанин-грађанин, грађанин-организација/корпорација, грађанин-држава, држава-међународна заједница и обрнуто;
- деловању на савест и свест свих припадника друштва о томе шта је морално (не)исправно када су у питању развој и употреба ИТ, као и њиховог утицаја на остваривање безбедности друштва;
- познавању система моралних вредности одређених категорија носилаца угрожавања информационе безбедности (хакери, организоване криминалне групе, компаније које се баве производњом вируса, терористичке организације и др.);
- инкорпорирању етичких стандарда из области ИТ у одговарајуће законске, подзаконске и друге акте у области информационе безбедности;
- промени моралних (етичких) начела у сфери ИТ, што треба да доведе и до промене понашања како креатора тако и корисника ИТ, али и читавог друштва;
- изградњи и поштовању кодекса професионалне етике у ИТ индустрији, којих ће се придржавати сви запослени.

5.2. Социолошки (друштвени) аспект безбедносне културе у ИТ

Када су у питању ИТ и могућности њене (зло)употребе у друштву, можемо рећи да је на настанак безбедносне културе као нове дисциплине утицао:

- постигнут степен информационо-технолошког напретка, праћених свешћу, знањима, али и потребама друштва и човека да добробити ИТ подреди

[31] Упор. Љ. Стајић et al., 52-53.

својим потребама у свакодневном личном, пословном, политичком и уопште друштвеном животу;
- потреба друштва да сопствену (информациону) безбедност подигне на виши ниво, нарочито код тако масовне и значајне сфере друштвеног живота као што је употреба ИТ;
- потреба да се теоријска и практична знања о безбедносној култури у ИТ на систематизован начин, учине доступним већем броју грађана, привредних субјеката и државних органа.

Као што смо навели, безбедносна култура је своју примену у друштву пронашла и у области ИТ – информационо-безбедносна култура. Оправдање за тим проналазимо у све бројнијим и деструктивнијим појавама у сфери информационе безбедности, која захтевају нове приступе промишљању о ИТ у друштву, као и нове механизме заштите. Ако се однос друштво-безбедносна култура схвата као допуњујући однос, у коме је безбедносна култура интегрални део друштва, онда је информационо-безбедносна култура интегрални део савременог (информационог) друштва, односно саставни део његовог живљења.

У друштву се формирају одређене виталне вредности, од којих је даљи развој ИТ (који ће бити у функцији остваривања безбедности) свакако један од њих. С тим у вези, у друштву се идентификују и сви они, са аспекта безбедности, негативни обрасци понашања који ће као такви бити санкционисани моралним и(ли) правним нормама. Због тога се каже да од способности друштва да идентификује и анализира све оне последице развоја и примене ИТ са негативним предзнаком, зависи и његова безбедност.[32] То значи идентификацију свих оних извора, облика и носилаца угрожавања информационе безбедности. Након тога следи друштвена реакција у виду нових политика безбедности у информационој сфери која укључује усвајање правних аката, стратешких документа и (ре)организацију система националне безбедности, праћених перманентним развојем безбедносне културе како на нивоу појединца тако и на нивоу читавог друштва.

Од развијености безбедносне културе у ИТ код свих чланова друштва зависи и остваривање оптималног стања (информационе, као интегралног дела индивидуалне, националне, корпоративне и међународне) безбедности. Јасно је да ниво развијености безбедносне културе у ИТ није подједнако развијен у свим друштвима као и међу њеним члановима. Посебну пажњу

[32] Још је давних дана академик Михајло Марковић упозоравао на то да „када говоримо о благодетима *друштва информатике*, треба бити критичнији према тамним његовим странама“. Он даље наводи да ће „електронска револуција све више појединце излагати притиску порука и сугестија које ће свесно, и, још више, несвесно обликовати ставове и аспирације грађана и на тржишту роба и на тржишту идеја“. Михајло Марковић, „Етички проблеми науке“, *Проблеми науке у будућности – искуства и виђења* (ур. академик Милош Мацура, академик Драгомир Виторовић), Београд 1991, 146.

треба посветити развоју информационо-безбедносне културе корисника, а нарочито деце и младих као лица која данас највише користе ИТ. Као најподложнији различитим облицима сајбер угрожавања, на развоју њихове безбедносне културе треба највише радити. Највећу улогу у томе имају и најзначајније друштвене институције: породица, васпитно-образовни систем, медији и др.

Да би безбедносна култура у ИТ имала позитивне ефекте у друштву неопходно је:[33]

- јасно разграничити прихватљиве од неприхватљивих мотива и циљева развоја ИТ, као и образаца рада и понашања приликом коришћења ИТ;
- правовремено реаговати на девијације, проблематичне појаве настале услед развоја и почетне примене ИТ,[34] као и проблематично и непожељно понашање појединих запослених/службеника (непрофесионално и небезбедно понашање у раду и непоштовање основних принципа безбедносне културе);[35]
- промовисати оне законе, стандарде и правила понашања у области ИТ које треба да разуме, а онда и прихвати већина људи који користе ИТ;
- прихватити чињеницу да различите друштвене групе имају различите ставове, захтеве и потребе по питању информационе безбедности, што се директно рефлектује и на садржај њихове безбедносне културе;
- утицати на то да одређене друштвене групе (деца и млади), институције (привредни сектор, јавне службе, установе и предузећа, полиција, службе безбедности и други професионални субјекти система националне безбедности и др.) али и компаније из сфере ИТ имају виши ниво развијености безбедносне културе;
- константно радити на унапређењу и прилагођавању безбедносне културе савременим безбедносним проблемима у области угрожавања информационе безбедности, користећи све расположиве друштвене ресурсе.

---

[33] Упор. Љ. Стајић et al., 56.

[34] Ово се нарочито односи на бројна упозорења светске стучне и научне јавности која се односе на даљи развој вештачке интелигенције. Једна од области забринутости када је у питању вештачка интелигенција јесте појава дубоке лажи (енгл. *deepfake*). Наиме, у питању је компјутерска манипулација чији је резултат опонашање стварних личности и догађаја, а која је, захваљујући све развијенијим способностима вештачке интелигенције, омогућила да се без много муке праве компромитујући видео-клипови или аудио-снимци. Могућности које је на овај начин отворила вештачка интелигенција донеле су нове страхове и потрагу за оним што је аутентично или јединствено, изворно. https://www.nin.rs/drustvo/vesti/41852/ima-li-razloga-za-strah-od-vestacke-inteligencije, 6. децембар 2023.

[35] Примера ради, непрофесионално и небезбедно понашања приликом употребе ИТ обухвата оне случајеве у којима запослени службене рачунаре користе у приватне сврхе, преко њих посећују бројне недозвољене, пиратске сајтове, при чему са њих „скидају“ одређене садржаје (филмове, музичке материјале, софтверске програме и сл.).

5.3. Економски аспект безбедносне културе у ИТ

ИТ су данас један од главних генератора економског раста и развоја, што утиче и на остваривање економске безбедности.[36] То се директно одражава и на промене у радном процесу у виду механизације, компјутеризације, роботизације, аутоматизације, који су засновани на ИТ. Перманентност иновација у ИТ је императив даљег развоја појединих држава, али и привредних субјеката чији се организација и пословање заснива на тим истим технологијама.[37] Због тога је на међународном плану све израженија „трка" за водећом позицијом светског лидера у области ИТ, а нарочито када је у питању вештачка интелигенција.[38] Са друге стране, успех пословања бројних компанија у условима све бржих иновација у ИТ зависи од развијености безбедносне културе на свим нивоима (од топ менаџера, преко извршног нивоа до свих запослених). То значи да се ИТ користе уз поштовање одређених образаца безбедносног понашања, односно поштовањем одређених принципа и правила изражених кроз безбедносне процедуре.

Економски аспект безбедносне културе у ИТ има више позитивних утицаја на остваривање безбедности друштва, а то су:[39]

- усвајањем основних, а онда и специјализованих знања и вештина из области ИТ и информационе безбедности, спречава се и смањује број сајбер угрожавања, чиме се чине значајне економске уштеде (како за појединца, тако и организацију и систем безбедности), а чиме се остварује економска безбедност;
- развијена безбедносна култура у ИТ утиче на усвајање ставова и доношење правних прописа о развоју, коришћењу, поступању и извозу ИТ и знања које могу имати безбедносне импликације (пре свих ИТ у војној индустрији и за потребе других безбедносних органа);
- земље са развијеном безбедносном културом у ИТ имају мање шансе да постану жртве сајбер угрожавања, а чије последице се мере у милијардама долара и повећавају из године у годину;[40]

---

[36] О економској безбедности вид. Горан Милошевић, Љубомир Стајић, *Економска безбедност*, Нови Сад 2022.

[37] ИТ утичу и на остваривање организационе структуре компанија или појединих јавних установа. Вид. Миленко Мацура, „Утицај информационих технологија на дизајн организације", *Инфо М* 39/2017, 15-18; М. Петковић, Ј. Лукић, 439-460.

[38] Што наравно ни у ком случају, са аспекта безбедности и безбедносне културе, не би требало да буде и средство за остваривање доминације над неким државама.

[39] Упор. Љ. Стајић et al., 63.

[40] У 2020. укупни економски трошкови сајбер криминала се процењују на око 1000 милијарди америчких долара годишње, у односу на 600 милијарди америчких долара годишње у 2018. КОВИД-19 и све већа употреба дигиталних технологија у свету након пандемије додатно су повећали економску важност сајбер ризика. Eling Martin, Elvedi Mauro, Falco Greg,

– земље са развијеном безбедносном културом у ИТ имају веће шансе за страна улагања, односно страни капитал захтева поштовање одређених међународних безбедносних стандарда где је безбедност у информационим технологијама незаобилазна и одмах иза физичке безбедности.

5.4. Правни аспекти безбедносне културе у ИТ

Угрожавања информационе безбедности су данас све заступљенија и све деструктивнија и прете да ставе у други план све оне позитивне аспекте које ИТ са собом носе. У том новом информационом (дигиталном, сајбер) окружењу право добија нову друштвену функцију. Због тога се као један од најактуелних правних изазова данашњице наводи правно регулисање најважнијих питања развоја и примене ИТ у друштву. Оно постаје императив времена, као и околности и потреба технолошког развоја у којем живимо. Право као скуп норми и правила којима се уређује понашање људи поводом односа у које ступају, представља један од главних инструмената који треба да омогући спречавање могућих злоупотреба ИТ. Правне норме (националне или међународне), исто као и моралне, морају пратити развој свих оних људских делатности које су од виталног значаја за друштво, како би биле ефикасна брана свим могућим угрожавајућим појавама.

Када су у питању развој употреба ИТ данас, право има двоструки задатак. Прво је да правним субјектима (физичким и правним лицима) омогући да остварују одређени интерес у друштву, ступајући у одређене односе.[41] У овом случају би то било наставак даљих иновација и развоја, а онда и употребе ИТ у различитим сферама друштва. Други задатак се односи на усмеравање или ограничавање понашања и деловања физичких и правних лица на начин да их спречава или санкционише за непоштовање унапред одређених правила понашања. То значи да су унапред предвиђена правила понашања која уређују развој и употребу ИТ, као и санкције за њихово непоштовање.

Област употребе ИТ је регулисана нормама различитих грана права (управног, кривичног, грађанског, привредног и др.). Приметне су тенденције развоја нових грана права попут права информационе или информационо-комуникационе технологије које обухватају правне норме које регулишу друштвене односе у вези са употребом информационе и комуникационе технологије. Битно је напоменути да ове правне норме нису систематизоване у једном закону већ су, као што смо рекли, расуте у бројним другим правним областима (грађанско, кривично, управно, трговинско, привредно и др.) и налазе се у бројним општим и специјалним законима. Заједничко им је то што

„The Economic Impact of Extreme Cyber Risk Scenarios“, *North American Actuarial Journal* 3/2023, 1-15.

[41] Али интерес који је у складу са друштвеним потребама и етичким принципима.

регулишу односе људи поводом употребе ИТ.[42] Правни субјекти који подлежу овим нормама су физичка лица (грађани, појединици) и правна лица (компаније и друге организација јавног или приватног карактера).

Како сам појам безбедносне културе у ИТ обухвата и скуп правила (па и правних правила), правни аспект безбедносне културе у ИТ пре свега треба посматрати управо у том контексту. То је постојања правила која се испољавају кроз понашање које је у складу са правном нормом и које је у функцији заштите одређених вредности (у овом случају су то информација, право на заштиту податка о личности, право на приватност, ауторска и друга сродна права, право на информисаност, право на слободу изражавања и др.).

Правно уређење ИТ представља основ за сва друга деловања у информационој сфери, па и безбедносно. Оно обухвата понашања и деловања људи почев од развоја ИТ (које се пре свега односи на ИТ компаније) па све до њене употребе код крајњих корисника. Због тога су нека од ових питања постала предмет уређености и бројних стратешких и правних докумената како на националном нивоу тако и у оквиру Европске уније.[43]

Правни аспект безбедносне културе у ИТ има више позитивних утицаја на остваривање безбедности друштва, а то су:

- јасно и прецизно одређење циљева развоја ИТ, као и њиховог (безбедног) коришћења;
- регулисање права и обавеза учесника на тржишту ИТ;
- јасно и прецизно регулисање права, обавеза и одговорности правних и физичких лица када су у питању развој и употреба ИТ;
- јасно и прецизно регулисање различитих области примене ИТ у друштву;
- јасно и прецизно идентификовање и одређење безбедносних ризика у ИТ;
- устројавање система националне безбедности (одређивање субјеката, уређење њихове надлежности, овлашћења, одговорности, контроле и др.) који ће бити у могућности да се ефикасно супротстави безбедносим ризицима у ИТ сфери;
- регулисање мера (техничке, организационе, правне, безбедносне) заштите и одређење носилаца за њихово спровођење како у јавном тако и у приватном сектору;
- регулисање надлежности појединих државних органа као субјеката који ће спроводити надзор над применом правне и друге регулативе и стандарда у ИТ индустрији, као и свим другим елементима ИТ које користе сви грађани као крајњи корисници;

[42] Предраг Димитријевић, *Право информационе технологије*, Ниш 2011, 10.

[43] Једно од њих је свакако и вештачка интелигенција. Вид. Стефан Андоновић, „Стратешко-правни оквир вештачке интелигенције у упоредном праву“, *Страни правни живот* 3/2020, 111-123.

- јасно и прецизно регулисање области критичне инфраструктуре (која обухвата и сектор ИТ[44] која је у директној међузависности са осталим секторима);
- формирање националног тела[45] које ће се бавити питањима превенције (укључујући и развој и примену безбедносне културе у ИТ) и координације свих активности из области заштите информационе безбедности.

6. ЗАКЉУЧАК

ИТ су постале саставни део развоја савременог друштва. Данас је готово назамисливо обављање неког посла, делатности без постојања и примене ИТ. Као такве, оне су у значајној мери промениле и унапредиле људски живот и рад, а самим тим и његову безбедност. Један од основних циљева развоја и употребе ИТ и јесте да побољша живот и рад човека у његовим свакодневним активностима, почев од комуникације, образовања, функционисања државних органа, јавних служби, унапређења безбедности животне средине и сл. Међутим, као и сваки технолошки развој тако је и развој ИТ праћени одређеним ограничењима, проблемима, контровезама и нерешеним питањима, који у одређеним ситуацијама и у одређеној мери могу довести до угрожавања. То се исто односи и на примену (употребу) ИТ. Због тога све више на значају добија информациона безбедност, као интегрална компонента безбедности појединца, али и корпоративне, националне и међународне безбедности.

Треба бити свестан да развој и употреба ИТ могу довести до различитих последица по друштво, као и да поред оних позитивних димензија развоја и примене ИТ, оне могу имати и негативну димензију. Друштво данас све више постаје свесно могућности да ИТ могу бити злоупотребљене, односно њене угрожавајуће димензије. То свакако пред друштвом намеће потребу изналажења „нових“ друштвених ресурса, потенцијала и(ли) механизама како би се такве злоупотребе спречиле или како би се евентуалне последице свеле на минимум. Један од тих механизама јесте безбедносна култура, која све више налази своју примену у ИТ.

Основу безбедносне културе у ИТ (информационо-безбедносне културе) чини постојање свести о свим безбедносним ризицима и проблемима до којих доводи развој ИТ, као и свести о могућностима угрожавања приликом њиховог коришћења. Та свест мора бити праћена перманетним усвајањем

---

[44] Вид. Татјана Бугарски, Милана Писарић, „Правно уређење безбедности информационе критичне инфраструктуре“, *Правни и безбедносни аспекти управљања ризицима од природних и антропогених катастрофа* (ур. Владимир М. Цветковић), Београд 2022, 31-41.

[45] Вид. Закон о информационој безбедности, *Службени гласник РС*, бр. 6/2016, 94/2017 и 77/2019, чл. 14 и 15.

нових и проширивањем постојећих знања и вештина из области ИТ и информационе безбедности. Поред свести, неопходно је постојање знања и вештина о изворима, облицима и носиоцима угрожавања информационе безбедности, као и начинима и средствима њене заштите. Не треба изгубити из вида чињеницу да је човек и даље кључни чинилац технолошког развоја и да од његових способности, афинитета, мотивације, карактера, емоција, моралних начела, али и свести, знања и вештина зависи у ком правцу ће се даље одвијати развој и употреба ИТ.

Посебно треба истаћи да безбедносна свест, као и знања и вештине из области безбедности морају бити присутни у свим фазама и аспектима развоја и примене ИТ. На то јасно указују и неки аспекти безбедносне културе које смо у раду анализирали, а то су етички, социолошки, економски и правни. Они свакако нису и једини. Будућа истраживања свакако треба усмерити ка различитим аспектима безбедносне културе у ИТ, узимајући у обзир последице које развој и употреба ИТ остављају на друштво. Испреплетаност, као и прожимање и допуњавање појединих аспеката безбедносне културе у ИТ указује да приступ истраживању ових феномена мора бити мултидисциплинаран и холистички. С тим у вези, како би се развој и примена ИТ у друштву наставили, а друштво остало безбедно, непходно је наставити са даљим истраживањима улоге и значаја који безбедносна култура има у тим процесима.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Adele Martins, Jan Eloff, „Information Security Culture“, *Security in the Information Society – Visions and Perspectives* (eds. M. Adeeb Ghonaimy, Mahmoud T. El-Hadidi, Heba K. Aslan), IFIP Advances in Information and Communication Technology 86/2022.

Adela da Veiga, Nico Martins, „Defining and identifying dominant information security cultures and subcultures“, *Computers & Security* 70/2017.

Ana Kovačević, Nenad Putnik, Oliver Tošković, „Factors Related to Cyber Security Behavior“, *IEEE Access*, vol. 8, 2020.

Анђелија Ђукић, Дејан Вулетић, „Основи информационо-безбедносне културе у организацији“, *Безбедност* 3/2022.

Betsy Uchendu, Jason Nurse, Maria Bada, Steven Furnell, „Developing a cyber security culture: Current practices and future needs“, *Computers & Security* 109/2021.

Горан Милошевић, Љубомир Стајић, *Економска безбедност*, Нови Сад 2022.

D. Mika Hester, Pol Dž. Ford, *Kompjuteri i etika u sajber dobu*, Beograd 2009.

Драган Младеновић, *Међународни аспекти сајбер ратовања*, Београд 2012.

Драгана Ђорић, „Увод у компјутерску етику“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2015.

Dušan Proroković, Marko Parezanović, „Artificial Inteligence and Psyhological – Propaganda Operations in the Context of Threat to National Security”, *The Policy of National Security* 2/2023.

Eling Martin, Elvedi Mauro, Falco Greg, „The Economic Impact of Extreme Cyber Risk Scenarios“, *North American Actuarial Journal* 3/2023.

ISACA, Glossary. Доступно на: https://www.isaca.org/-/media/files/isacadp/project/isaca/resources/glossary/glossary.pdf

Јован Базић, „Трендови промена у друштву и образовању које генерише Четврта индустријска револуција“, *Социолошки преглед* 4/2017.

Kamran Yeganegi, Zahra Arbabi, Asma Ibrahim Hussein, „The role of information technology in national security“, *Journal of Physics: Conference Series* 1/2020.

Љубомир Стајић, Саша Мијалковић, Светлана Станаревић, *Безбедносна култура*, Нови Сад 2013.

Љубомир Стајић, *Основи система безбедности – са основама истраживања безбедносних појава*, Нови Сад 2021.

Марко Марковић, Стеван Гостојић, Драго Инђић, „Вештачка интелигенција и право: преглед техника и алата за аутоматизацију задатака“, *Инфо М* 73/2021.

Миленко Мацура, „Утицај информационих технологија на дизајн организације“, *Инфо М* 39/2017.

Мирјана Петковић, Јелена Лукић, „Утицај информационе технологије на дизајн организације: пример организације у здравству“, *Социологија* 3/2013.

Михајло Марковић, „Етички проблеми науке“, *Проблеми науке у будућности – искуства и виђења* (ур. академик Милош Мацура, академик Драгомир Виторовић), Београд 1991.

Mohammed Alnatheer, „A Conceptual Model to Understand Information Security Culture“, *International Journal of Social Science and Humanity* 2/2014.

Nazli Chucri, David D. Clark, *International Relations in the Cyber Age, The Co-Evolution Dilemma*, Cambridge Massachusetts 2018.

Ненад Путник, *Сајбер рат и сајбер мир*, Београд 2022.

Предраг Димитријевић, *Право информационе технологије*, Ниш 2011.

Радомир Лукић, *Социологија морала*, Београд 1976.

Саша Мијалковић, Вера Арежина-Ђерић, Горан Бошковић, „Корелација информационе и националне безбедности“, *Научно-стручно саветовање ЗИТЕХ*, Београд 2010.

Слободан Петровић, „Безбедносна свест, обука и едукација – критичне компоненте заштите кибер-простора“, *Научно-стручно саветовање ЗИТЕХ*, Београд 2006.

Србобран Бранковић, „Вештачка интелигенција и друштво“, *Српска политичка мисао* 2/2017.

Стефан Андоновић, „Стратешко-правни оквир вештачке интелигенције у упоредном праву“, *Страни правни живот* 3/2020.

Татјана Бугарски, Милана Писарић, „Правно уређење безбедности информационе критичне инфраструктуре“, *Правни и безбедносни аспекти управљања ризицима од природних и антропогених катастрофа* (ур. Владимир М. Цветковић), Београд 2022.

Chad Whelan, „Organisational culture and cultural shange: A network perspective”, *Australian & New Zeland Journal of Criminology* 4/2016.

ПРАВНИ ИЗВОРИ

Закон о критичној инфраструктури, *Службени гласник РС*, бр. 87/18.
Закон о информационој безбедности, *Службени гласник РС*, бр. 6/16, 94/17 и 77/19.

ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

Amerika prvi put upozorava! Veštačka inteligencija je opasnost za finansijski sektor, https://euractiv.mondo.rs/ekonomija/a5281/Vestacka-inteligencija-je-opasnost-za-finansijski-sistem-upozorava-FSOC.html?utm_source=kurir_biznis&utm_medium=euractiv_widget&utm_campaign=naslovna/infobiz
Hakeri napali EPS: Sistem se uspešno oporavlja, https://www.b92.net/biz/vesti/srbija/hakeri-napali-eps-sistem-se-uspesno-oporavlja-2452512
Informaciona tehnologija, https://sr.wikipedia.org/wiki/Informaciona_tehnologija
Otkrivena nova vrsta antibiotika uz pomoć veštačke inteligencije: Uništava one bakterije koje su postale otporne, https://zdravlje.kurir.rs/vesti/4321134/otkrivena-nova-vrsta-antibiotika-uz-pomoc-vestacke-inteligencije
Za brži razvoj veštačke inteligencije: Srbija se na Samitu u San Francisku pridružila Alijansi upravljanja AI, https://www.kurir.rs/vesti/drustvo/4295068/za-brzi-razvoj-vestacke-inteligencije-srbija-se-na-samitu-u-san-francisku-pridruzila-alijansi-upravljanja-ai
Путин: Технолошки свет будућности мора бити вишеполаран, човечанство почиње ново поглавље, https://sputnikportal.rs/20231124/putin-tehnoloski-svet-buducnosti-mora-biti-visepolarni-covecanstvo-pocinje-novo-poglavlje-1164202018.html?fbclid=IwAR3srVnaqouiWSiU58oCvV9AgoWBG8Sif_70hEXc7xhjuKvRdd-PyhVPYcM
Etičke smernice za razvoj, primenu i upotrebu pouzdane i odgovorne veštačke inteligencije, https://www.ai.gov.rs/tekst/sr/586/eticke-smernice.php
Ima li razloga za strah od veštačke inteligencije, https://www.nin.rs/drustvo/vesti/41852/ima-li-razloga-za-strah-od-vestacke-inteligencije

Ljubomir S. Stajić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
Lj.Stajic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-7594-5741

Nenad P. Radivojević
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
N.Radivojevic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-0630-0632

Vladan M. Mirković
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
V.Mirkovic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9995-8598

Some Aspects of Security Culture in Information Technologies

Abstract: *Information technologies (IT), among other things, were created to preserve and improve human life and work in the field of communication, education, health preservation, environmental protection, etc. However, all technological innovations, in addition to positive ones, can have negative consequences for society itself (and its security). Thus, the development of IT is accompanied by numerous problems, questions and controversies that to a certain extent and in certain cases can lead to endangerment (individuals, groups, companies, states, the international community and humanity as a whole). This imposed the need to engage all (existing and new) social potentials in order to identify all the problems and consequences that the development and application of IT can leave for society. One of those potentials or mechanisms available to society is the security culture (in IT). Security culture is an absolutely positive category, and its basic function is to prevent endangerment and to provide an optimal state of safety and security. In this regard, the subject of this work is the analysis of various aspects of security culture in IT (primarily ethical, sociological, economic and legal). The aim of the work is to expand the theoretical fund of knowledge in the field of security culture in IT, as well as to practically improve the actions and work of all those who participate in the creation (development) and application of IT.*

Keywords: *security, information technologies, security culture, security culture in information technologies, information security culture.*

Датум пријема рада: 25.12.2023.
Датум достављања коначне верзије рада: 18.01.2024.
Датум прихватања рада: 18.01.2024.

Оригиналан научни рад 339.54:061.1(100)]: 004.738.5
doi:10.5937/zrpfns57-48281

Драго Љ. Дивљак
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Divljak@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-7698-0189

ПРАВНИ СИСТЕМ СВЕТСКЕ ТРГОВИНСКЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ И ЕЛЕКТРОНСКА ТРГОВИНА

Сажетак: *У раду се разматра више битних питања везаних за регулисање електронске трговине и њихову инкорпорацију у правни систем СТО. У првом реду предмет истраживања је релевантност постојећег правног оквира за ову нову област, уз посебан фокус на Општи споразум о трговини услугама. У том оквиру се разматра и приступ праксе решавања спорова у датом сегменту. У раду се разматрају и институционални напори који су предузети у СТО са циљем да се регулише електронска трговина. Посебно се систематизијују и критички анализирају неки од могућих праваца деловања и дају предлози за реално спроводљива решења за проблем правне регулације у датој области.*

Закључује се да је електронска трговина пред СТО поставила комплексан правни изазов на који је нужно ургентно и што целовитије одговорити. Међутим, постојећа правна правила ове организације су само у мањем делу примењива на дату област. Покушаји да се релевантност датих правила прошири путем праксе решавања спорова у СТО, имају ограничен домет. С друге стране, активности на институционалном унапређењу путем преговара у СТО су блокирани због различитих позиција земаља чланица. Стога сматрамо неопходним креирање реалистичког приступа који би био широко прихватљив, а који би комбиновао израду најопштијих правила, уз истовремено решавање практичних питања везаних за електронску трговину.

Кључне речи: *Правни систем, Светска трговинска организација, електронска трговина, правни изазови, робе, услуге, могући правци деловања.*

1. УВОД

Последњих деценија светска економија се радикално мења настанком електронских технологија и развојем економије засноване на знању. Експанзиван раст електронске трговине има многобројне позитивне друштвене и економске учинке,[1] али и потенцијал да изазове поремећаје без преседана на структуру и образац међународне трговине и њено регулисање.[2] Овакав развој је нужно на националном и међународном плану на дневни ред ставио и доношење одговарајуће правне регулативе за електронску трговину. У том оквиру, она и за Светску трговинску организацију (у даљем тексту: СТО), поставља широке изазове, на које треба адекватно одговорити.[3]

У том контексту, сматрамо актуелним и потребним да у раду који следи размотримо више битних питања везаних за регулисање електронске трговине и њихову инкорпорацију у правни систем СТО. У првом реду се разматра релевантност постојећег правног оквира за ову нову област, уз посебан фокус на Општи споразум о трговини услугама. У том оквиру се разматра и приступ праксе решавања спорова у датом сегменту. Исто тако у раду се истражују институционални напори који су предузети у СТО са циљем да се регулише електронска трговина. Посебно се систематизују и критички анализирају неки од могућих праваца деловања и дају предлози за реално спроводљива решења за проблем правне регулације у датој области.

2. ПРИМЕНА АКТУЕЛНОГ ПРАВНОГ СИСТЕМА НА ОБЛАСТ ЕЛЕКТРОНСКЕ ТРГОВИНЕ

2.1 Директна примена правила СТО

На међународном мултилатералном нивоу у оквиру СТО, не постоје правила која се односе искључиво на област електронске трговине.[4] Ова ситуација је логична, јер у то време није било могуће предвидети далекосежну и брзу еволуцију и развој електронске технологије и њен тровински утицај.

---

[1] Federico Marengo, „*Regulating Data Transfers through the International Trade Regime*", 17 Manchester J. INT'l ECON. L. 266, 2020, 266

[2] Rajan Sabitha Neeraj, "*Trade Rules for the Digital Economy: Charting New Waters at the WTO*", 18 WORLD TRADE REV. S121, 2019,122

[3] Од оснивања Светске трговинске организације (СТО) 1995. године, најснажнији економски раст је имала управо електронска трговина. економски развој. Упор: Stewart A. Baker, Peter Lichtenbaum, Maury D. Shenk, Matthew S. Yeo, "*E-Products and the WTO*". In Int'l L. (Vol. 35), 2001, 5

[4] Karolina Mickutė, "*The Role of the WTO DSB in Modernizing WTO Law on E Commerce*", International Comparative Jurisprudence, *5*(2), 2019, 119

Међутим, споразуми СТО који регулишу данашњи мултилатерални трговински систем покривају широк спектар аспеката прекограничне трговине и стога потенцијално могу бити и примењиви на електронску трговину, иако су настали у времену када се за ту трговину није ни знало. У том контексту, као претходно питање се поставља релевантност постојећег правног система СТО, односно његова „опремљеност“ да се бави овим процесом.

И заиста, у групи посебних споразума и анекса, можемо пронаћи делове њихове регулативе које су директно примењиве на електронску трговину. У том контексту, треба посебно споменути Споразум о информационим технологијама (Information Technology Agreement (ITA)).[5] Он се односи на питање трговине производима информационе и комуникационе технологије, који су неопходни, јер формирају инфраструктуру за ову трговину, као што су рачунари и телекомуникациона опрема. Исто тако, правила СТО о обавезама у финансијским услугама садржи поједине одребе које се могу односити на област електронске трговине.[6]

И комуникационе и инфраструктурне услуге су посебно важне за успех електронске трговине, будући да услуге изнад свега омогућавају основни приступ за даље комерцијалне трансакције. То укључује принципе политике конкуренције како би се осигурао приступ јавности телекомуникационе мреже.[7] Стога није ни чудно да се и посебан Анекс који се односи на телекомуникације директно реферише на неке аспекте електронске трговине.[8]

2.2. Релевантност основних споразума СТО за област електронске трговине

2.2.1. Релевантност Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине и Општег споразума о царинама и трговини

Од правила која се директно али и парцијално односе на електронску трговину, значајније је утврдити релевантност најзначајнијих споразума СТО који се односе на робе, услуге и права индустријске својине и утврдити могућност и меру потенцијалне примене њихових правила и на електронску трговину.

---

[5] Споразум о информационим технологијама је вишестрани споразум који ступио је на снагу 1997. године.

[6] Пар. (n) WTO Understanding on Commitments in Financial Services provides се односи на мере које спречавају пренос информација или обраду финансијских информација, укључујући пренос података електронским путем.”

[7] Bashar H. Malkwaj, “*E-Commerce in Light of International Trade Agreements: The WTO and the United States-Jordan Free Trade Agreement*”, 15 INT’l J.L. & INFO. TECH. 153, 2007, 156

[8] Art. 5(c) Анекса о телекомуникацијама – Annex on Telecommunications.

Што се тиче индустријске својине, ситуација је јасна. Очигледно је да је заштита права индустријске својине од виталног значаја за здрав развој електронске трговине. Стога и Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (TRIPS) може бити делом релевантан и за електронску трговину. Тако овај споразум покрива права интелектуалне својине за технологије које омогућавају електронску трговину, као што су рачунари, софтвер, рутери, мреже и кориснички интерфејси. Поред тога, трансакције електронске трговине могу укључивати електронске производе са садржајем заштићеним ауторским правима који доприноси његовој вредности, као што су електронске књиге.[9]

Међутим, ситуација у погледу адекватне примене и релевантности правила Општег споразума о царинама и трговини (у даљем тексту: GATT) и Општег споразум о трговини услугама (у даљем тексту: GATS) за област електронске трговине није најјаснија. У том контексту, износе се и ставови да је постојећа правна основа у СТО добро прилагођена за унапређење електронске трговине иако не садржи посебна правила која се односе на њу, а све то по основу примене принципа СТО о недискриминацији, транспарентности и отворености тржишта.[10] Овакви ставови се изводе из једноставне премисе да је ова трговина само један облик трговине, а да је само различит начин како се она обавља. Сходно томе се закључује да су правила СТО директно примењива на трговину без обзира да ли се она обавља на електронски или на други начин. Овакво једноставно опште резоновање које даје „идеално“ решење, нажалост у пракси није потврђено.

У датом оквиру, приликом разматрање примене GATT-а на електронску трговину, морамо кренути од тога да се он традиционално односи на робу која има физичке атрибуте, док за електронски производ тај елемент потпуно недостаје или има само секундарни значај. То значи да потпуно ослањање на примену правила GATT-а не одговара стварној природи електронске трговине, јер се она не могу у потпуности и директно применити не електронску трговину. Они евентуално могу покривати неке уже сегементе електронске трговине, нпр. електронски наручену робу или робу која је претражена и пронађена путем електронских средстава.[11] С друге стране, постоји широк спектар електронских производа у нематеријалном облику, за које GATT очигледно није примењив,[12] за разлику од њихових пандана у материјалном облику.

---

[9] Yun Zhao, “*Liberalization of Electronic Commerce in Mainland China and Hong Kong under the WTO-CEPA Regime*”, 19 INT’l REV. L. Computers & TECH. 183, 2005, 192

[10] H. M. Bashar, 168

[11] Y. Zhao, 187

[12] Yasmin Ismail, “*E-commerce in the World Trade Organization*”. International Institute for Systainaable Development and CUTS International, 1-2, 2020, 6

2.2.2 Релевантност Општег споразум о трговини услугама

У корпусу основних споразума СТО, најкомплекснија је позиција GATS-а. Неспорно је да његов потенцијал у погледу релевантности за електронску трговину израженије него код GATT-а. Сматра се да би он, у складу са својим предметом могао бити централно место за утемељење ове врсте трговине у правни оквир СТО.[13] Наиме, већи део електронске трговине очигледно укључује трансакцију услугама и тиме потпада под оквир GATT-а, осим за део електронске трговине који се односи на електронске проозводе, где ситуација није најјаснија.[14]

Исто тако, GATS је од посебног значаја за електронску трговину и из других разлога. Прво, комуникационе услуге које пружају приступ овој врсти трговине потпадају под овај споразум. Друго, извршење електронске трансакције захтева инфраструктурне услуге (дистрибуција, плаћање и сл.) чија либерализација исто потпада под GATS. Исто тако, GATS се сматра релевантим и због тога што већина садржаја који су предмет трансакција електронске трговине спада у делокруг GATS-а. Он регулише приступ тржишту и обавезе националног третмана без обзира на избор технолошких средстава путем којих се они испоручују.

Потецијал примене правила GATS-а на електронску трговине је афирмисан у и пракси решавања спорова СТО, чиме се се недостатак системских правила СТО у овој области покушава једним делом надокнадити. Међутим, упркос правним могућностима, спорови ове врсте нису чести. Неспремност да се спором реше недоумице и празнине GATS -а у овој области није везана само за његове недостатаке, већ и за комплексност дате материје.[15]

У покушају да прошири важење постојећих правила СТО на електронску трговину, пракса решвања спорова ове организације упориште покушава пронаћи у начелу технолошке неутралности. Такав правац кретања је био видљив већ у првом спору из ове области, САД – Мере утицаја на прекогранично обављање услуга коцкања и клађења,[16] који се односио се на различите мере САД на ограничавање датих прекограничних услуга. На питање да ли су обавезе САД о слободи прекограничних услуга рекреативне природе подразумевају и услуге прегокраничног коцкања технологијом која није

---

[13] Wentong Zheng, "*The Digital Challenge to International Trade Law*", 52 N.Y.U. J. INT'l L. & POL. 539, 2020, 581

[14] Andrew D. Mitchell, "*Towards Compatibility: The Future of Electronic Commerce Within the Global Trading System*", 4 J. INT'L ECON. L. 683, 2001, 703

[15] Andrew D. Mitchell ,Neha Mishra, "*Data at the Docks: Modernizing International Trade Law for the Digital Economy*", 20 VAND. J. ENT. & TECH. L. 1073, 2018, 1096

[16] Appellate Body Report, United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, 2005

постојала у тренутку доношења GATS-а, тела за решавања спорова СТО су дала позитиван одговор, применивши принцип технолшке неутралности. У складу са њим, обавезе из GATS-а примењују се на услуге „пружене било којим технологијом“, па и на оне пружене технологијама које нису постојале када је GATS усвојен.[17] Тиме је посредним путем, применом овог концепта проширена примена GATS-а и на електронску трговину.

У случају Кина – Мере које утичу на права трговања и услуге дистрибуције одређених публикација и производа за аудио-визуелну забаву[18] питање је било да ли је у Кини слободан приступ свом тржишту „услуга дистрибуције звучних снимака“ укључивао „дистрибуцију звучних записа путем електронских средстава”. Међутим, при решавању избегнуто је директно реферисање на приницп технолошке неутралности и уместо тога испитано је значење услова под којим је Кина преузела дату обавезу. Закључено је да су такве обавезе довољно генеричне да се њихов садржај може променити током времена.[19]

У још једном спору, Кина – Одређене мере које утичу на услуге електронског плаћања,[20] питање је било ли се обавезе Кине на слободан приступ свом тржишту услуга плаћања и преноса новца могу применити и на услуге електронског плаћања, ако такве обавезе нису изричито наведене у њеним обавезама. Испитујући значење релевантних термина који се користе за описивање услуга садржаних у обавезама Кине, а водећи рачуна о предмету и сврси GATS-а, примењено је екстензивно значење ових термина и самим тим дошло је до проширења кинеских обавеза у датом сегменту.

Видљиво је да је у ова два последња случаја дата предност технолошки неутралном тумачењу обавезе које су чланице преузеле у својим GATS распоредима, иако се нису формално директно позивале на овај принцип.[21] Последично гледано, наведена пракса показује да би се мало електронских услуга могло квалификовати као „нове услуге“, уз све реперкусије које из тога следе.[22]

---

[17] H. M. Bashar, 159

[18] Panel Report, „*China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*“, 7.1154, WTO Doc. WT/DS363/R (adoptedJan. 19, 2010) [hereinafter China-Publications and Audiovisual Products]

[19] W. Zheng, 583

[20] „*United States, China-Certain Measures Affecting Electronic Payment Services*“, at 1-2, WTO Doc. WT/DS413/1, Sept. 15, 2010

[21] Appellate Body Report, „*China-Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*“, T 396, WTO Doc. WT/DS363/AB/R (adopted Jan. 19, 2010) [hereinafter China-Publications and Entertainment Products Appellate Body Report].

[22] A. D. Mitchell, N. Mishra, 1091

Изнета пракса решавања спорова илуструје изражени потенцијал GATS-а да и у околностима недостатка системског приступа за регулацију електронске трговине, постане најрелевантнији регулаторни овир за електронску трговину у СТО. [23] Међутим, у пракси је таква његова способност додатно лимитирана коришћењем превазиђеног система класификација услуга, због чега GATS не представља адекватан оквир за пословне секторе електронске економије,[24] јер није еволуирао истим темпом којим иде основни технолошки развој. Наиме, многе електронске и рачунарске услуге често комбинују више услуга,[25] што подразумева да могу спадати у више од једне категорије или сектора услуга, што засада GATS споразум не препознаје. Све то ствара неусклађеност између трговинских прописа и модерних пословних модела, што није лако решиво.[26]

3. УНАПРЕЂЕЊЕ ПРАВНОГ СИСТЕМА СТО

Претходни приказ релевантности постојећег правног система СТО за област електронске тровине у СТО показује да је он значајно испод потреба и као такав неодговарајући, па и застарео.[27] Стога је потребан ургентан искорак у овој области у погледу унапређења правног система СТО. С тим у вези, постоји општа сагласност да то треба учинити благовремено и на смислен начин,[28] али су изражене дилеме који начин и у ком обиму то учинити.[29] У том погледу су могућа краткорочна, парцијална и „клиничка“ решења, али и она дугорочна, целовита на концептуалној основи. У функционалном смислу се то своди на избор између примене мањих корекција постојећег правог оквира, надоградње постојећих споразума СТО или креирање нових комплексних правила специфичних за електронску трговину.

У даљем раду фокус ће бити на институционалним покушајима и предлозима за надградњу правног система СТО. У том оквиру сматрамо потребним да се посебно осврнемо на предлоге које су усмерени на тзв. „интерну“ надоградњу.

---

[23] Y. Zhao, 189.

[24] A. D. Mitchell ,N. Mishra, 1089-90

[25] F. Marengo, 268.

[26] О томе: World Trade Organization, „*Declaration on Global Electronic Commerce of 20 May 1998*“, WTO Doc. WT/MIN(98)/DEC/2

[27] Robert. W. Staiger, “*Does Digital Trade Change the Purpose oF a Trade Agreement*?” (Very Preliminary), 2021, 1

[28] A. D. Mitchell, N. Mishra, 1073,

[29] Y. Ismail, 24

3.1. Институционални покушаји унапређења правног система СТО

Недостатак целовитије и кохерентније регулаторне основе за електронску трговину у СТО, навео је ову оганизацију да се 1998. године систематски позабави овом облашћу. Тада је на Другој министарској конференцији усвојена Декларација о глобалној електронској трговини. Она позива на успостављање „свеобухватног програма рада за испитивање свих питања везаних у вези са глобалном електронском трговином."[30] Исте године је Генерални савет СТО израдио Програм рада о електронској трговини[31] који је истраживачке и информативне природе, а који је обавезао органе СТО меродавне за поједине сегменте међународне трговине да „истраже однос између постојећих споразума СТО и електронске трговине."[32]

У датом контексту, пред СТО су биле постављене бројне теме и питања. У функционалном смислу они се у највећем делу могу свести на уклањање баријера у тој области. Постоји и мноштво парцијалних проблема који траже адекватан регулаторни одговор у оквиру ове организације.[33] Исто тако, било је потребно разрешити међусекторска питања везана за електронску трговину, укључујући однос између ове трговине и традиционалних облика трговине, наметање царина на електронским преноси и сл.[34] Посебно изазовно је питање третмана електронских производа.

И поред већег броја наменских дискусија, оне су биле прилично споре,[35] подељене између органа СТО[36] и нису довеле до било каквог напретка у правцу целовите системске регулације електронске међународне трговине. То је логично, јер су у читав овај процес САД, Кина и Европска унија ушле са различитим концептуалним амбицијама.[37] У практичној равни, највећа

[30] У Декларацији се утврђује да ће рад укључити релевантна тела Светске трговинске организације узети у обзир економске, финансијске и развојне потребе земаља у развоју.

[31] Work Programme on Electronic Commerce (Work Progamme).

[32] W. Zheng, 555.

[33] Међу њима се могу се издвојити : појмовно одређење електронске трговине, класификација садржаја електронских преноса, примена концепта технолошке неутралности и питање „сличности" елекронских продуката као и питања везана за развој, укључујући приступ инфраструктури и технологији, фискалне и приходне импликације електронске трговине. Упор.: H. M. Bashar, 168

[34] Y. Zhao, 186

[35] Y. Ismail,10

[36] Y. Ismail, 9

[37] САД су су залагале за амбициозни споразумом високог стандарда, док је Кина преферирала да преговори требало да „поставе разуман ниво амбиција" с обзиром на различите нивое економског равоја земаља чланица, као и различитих историјских прилика и културних традиција. Предлог ЕУ је лавирао негде између САД И Кине у погледу амбициозности. Rachel F. Fefer, "*Internet regimes and WTO E-commerce negotiations*", Congressional Research Service, 62, 2020, 20.

препрека је био начин на који електронске производе треба инкорпорисати у постојећи СТО правни оквир.[38]

И поред свега, ипак су направљени мањи помаци. Први се односи на увођење привременог мораторијума на царине за електронске трансакције. Он је уведен управо због неслагања око класификације електронских производа и његово важење је обнављањо и на каснијим Министарским конференцијама СТО.

Други позитиван искорак је учињен званичним појмовним дефинисањем електронске трговине, што је требало да послужи као референтна тачка за даљи рад. Наведени Програм рада дефинисао је електронску трговину као „производњу, дистрибуцију, маркетинг, продају или испоруку роба и услуга електронским путем.“ Ова дефиниција се може оценити као доста широка и заснива се на концепту природе услуге или производа и начина дистрибуције услуге или роба, при чему покрива и случајеве у којима се цела трансакција одвија електронским путем.[39]

3.2. Предлози за „интерну“ надградњу правног система СТО

Неуспеси институционалног унапређења правног система СТО иницирали су ширу расправу о могућим начинима превладавања незадовољавајућег стања у погледу правне регулације електронске трговине. У првом плану су нам предлози који захтевају посебан ангажман органа и тела СТО, те их можемо квалификовати као предлог и за „интерну“ надградњу.

3.2.1. „Правосудни“ активизам тела за решавање спорова

У ситуацији када у оквиру СТО не постоји политичка воља за системско решавање проблема непостојања посебних правила о електронској трговини, расте притисак да се за решавање ангажују правни механизма тела ове организације надлежних за решавање спорова.[40] Овакав правац размишљања у основи има захтев да се улога тих тела ојача и прошири тако да они тумаче одредбе споразума СТО на екстензиван начин, чиме би се могло одговорити и на потребе електронске трговине.

Овај приступ који се именује као тзв. „правосудни“ активизам, заснива се на ставу да су споразуми СТО непотпуни уговори, тако да је оваква интервенција инхерентна таквом систему.[41] Исто тако самтра се да тела за

[38] W. Zheng, 553

[39] Пар. 10. Work Programme on Electronic Commerce (Work Progamme).

[40] K. Mickutė, 125

[41] Patrick J. Kelly, “*Judicial activism at the World Trade Organization: Developing principles of self-restraint*”, Nw. J. Int’l L. & Bus., 22, 2001, 367

решавања спорова у СТО имају неопходне алате и капацитете да се ангажују у модернизацији права СТО. У таквом концепту, процес решавања спорова има за циљ не само решавање конкретног спора међу државама, већ и доношење одлука којом се надограђују и ажурурају постојећа правила СТО.[42] На тај начин тела за решавање спорова имају потенцијалну могућност да модернизују право СТО и у контексту електронске трговине.[43]

И заиста, напред изнети случајеви дају повода за закључак да је та пракса у одређеној мери већ присутна.[44] У том погледу се оправдано оцењује да је „правосудни“ активизам посебно исказан у случају САД – Мере које се односе на прекогранично клађење и коцкање, а нешто у мањој мери и код друга два презентована случаја.[45]

Иако би се могло расправљати да је „правосудни“ активизам можда неопходан у тренутном окружењу, јер су други начини доношења правила о електронској трговини у СТО замрли или блокирани, то ипак само по себи не може бити оправдање за овако интензиван искорак из формалне улоге ових тела, где они сами себи дају широку дискрецију и у доношењу нових правила приликом у процесу тумачења постојећих. Није спорно да тела за решавање спорова СТО могу имати значајан утицај на трговину прилагођавањем њених правила у погледу електронске трговине,[46] али не на начин да одступају од њихове основне улоге да само тумаче постојећа правила и утврђују садржаје присутних правних стандарда.[47] За њихову модернизацијску улогу у овој области, тешко је наћи правно упориште, јер су они овлашћени да примењу постојећа правила, а не да самостално креирају сопствена,[48] при чему су и њихова овлашћења ограничена правима држава чланица.[49]

Исто тако, оваква пракса изазива оправдану забринутост не само због прекорачења овлашћења тела за решавања спорова СТО, већ и због тога што се на тај начин истовремено недозвољено умањују уговорена права држава чланица СТО.[50] Међутим, суштински највећи недостак датог приступа се налази у чињеници да она има „клинички“ карактер којим се реагује на појединачни проблем, а не његово системско решавање. Правосудни активизам,

---

[42] О идентификацији „правосудог„ активизма, шире: Shin-yi Peng, “*Regulating new services through litigation? Electronic commerce as a case study on the evaluation of ’ judicial activism’ in the WTO*”, Journal of World Trade, 2014

[43] K. Mickutė, 124-125

[44] K. Mickutė,125

[45] Ibid

[46] K. Mickutė, 125

[47] Joel Trachtman, “*The Domain of WTO Dispute Resolution*”, 40 HARV. INT’L L. J. 333, n. 41, 1999, 376

[48] K. Mickutė, 123

[49] P. J. Kelly, 367

[50] P. J. Kelly, 356

чак и кад би се беспоговорно прихватио, може имати функцију премошћавања ситуације, а не креирања целовитог система правила за електронску трговину.

3.2.2. Активирање овлашћења органа СТО

Један од мање амбциозних предлога интерне надоградње је могућност активирања овлашћења органа СТО, посебно Генералног савета да, не само да тумачи споразуме СТО разјашњавањем широких стандарда у постојећим споразумима, већ и да по основу обавезујуће одлуке врши и измене и допуне постојећих споразума. Сматра се да споразуми СТО дају могућност да примарни органи СТО преузму и ограничену улогу креатора правила СТО,[51] што је хипотетички могуће применити и у области електронске трговине.

Међутим, у пракси СТО, није никад дошло до коришћења ових овлашћења, што свакако није случајно, и за основ има две чињенице. Прво, за доношење одлука се захтева висок censuz за одлучивања од три четвртине гласова. Друго, фундаментални недостатак је што се на овај начин органи СТО користе за процесе стварања нових обавеза држава, што баш и није компатибилно са природом СТО. Поврх тога, овај приступ у примени има и ограничене домете, због тога што одлуке донете на овај начин обавезују само земље које су прихватиле дати предлог.

4. КАКО ДАЉЕ?

4.1. Отежавајући фактори за конципирање решења

Несумњиво је да је проблем међународне регулације електронске трговине значајан и ургентан.[52] Исто тако је јасна важна улога СТО у стварању безбедне, предвидљиве и поуздане глобалне регулативе. У конципирању могућег концепта адекватног решења, потребно је напоменути да је овај процес оптерећен отежавајућим факторима и инхерентним изазовима, који су и допринели неуспесима у преговорима о електронској трговини.[53]

Прво, материја је нова и изузетно специфичне, сложене и динамичне природе која одступа од традиционалних система. Наиме, електронска трговина је новији феномен, који појмовно и терминолошки није стандардизован у потпуности.[54] С друге стране, она креира већи број питања и проблема које

[51] P. J. Kelly, 360.

[52] Stefan Mai, "*International co-ordination of e-commerce",* IWP Discussion Paper (No. 2002/3), 2002, 16

[53] R. F. Fefer, 1

[54] Тако се термини „електронска трговина" и „дигитална трговина" често, али не увек, користе наизменично. Y. Ismail, 3, 24.

није једноставно разрешити. Исто тако, институционални оквир и постављање норми СТО је није посебно прикладан за континуирано прилагођавање овако динамичној метерији, јер се ради о феномену који се веома брзо мења, а чије пуне импликације још нису очигледне или у потпуности видљиве. Преговори се воде дуги низ година, напредују споро и стално су под претњом да застаре, јер се ова трговина технолшки изузетно брзо и стално развија.[55] У том контексту, свакако је потребан одговарајући иновативан приступ, довољно широк да обухвати и неминовни даљи технолошки развој.

Друго, материја има значајне политичке и практичне економске импликације за све државе. Електронска трговина не само да утиче на међународну трговину, већ дотиче и деликатна политичка питања.[56] Исто тако, различите владе перципирају различите трошкове и користи које произилазе из ове трговине на основу њиховог нивоа економског развоја. Све то продукује значајне разлике у ставовима и интересима значајних светских економских субјеката као што су Кина, ЕУ и САД,[57] али и између земаља у развоју и развијених земаља што продукује и њихове дивергентне, па чак и конфликтне позиције.[58] Посебно је рањива позиција најмање развијених земања, јер она диктира њихову дугорочну позицију у временима интензивног технолошког развоја. Сматра се да су ове разлике, практично у највећој мери и допринеле неуспелом покушају СТО да се ухвати у коштац са изазовима електронске трговине.[59]

Треће, посебно актуелни турбулентни политички процеси у свету, ратови и антагонизми који се изражавају масовним коришћењем економских санкција као политичких инструмената, стварају изразито неповољан амбијент за било какву сагласност важних актера светске трговине о било ком питању, а посебно тако сложеном као што је електронска трговина.

4.2. Могући правци деловања

Сигурно најоптималнији правац регулаторног деловања СТО је креирање нових, посебних и свеобухватних правила која би се односила на све аспекте електронске трговине. Међутим, овакао амбициозан пројект, како то показују искуства преговора о електронској трговини и СТО, извесно је осуђен на неуспех. У складу са тим, а с обзиром и на све околности под којима светски систем трговине тренутно функционише, врло вероватно није вредно труда да земље чланице ове организације троше драгоцене институционалне ресурсе на амбициозне преговоре о новим свеобухватним мул-

[55] F. Marengo, 280
[56] A. D. Mitchell, N. Mishra, 1096.
[57] Y. Ismail, 24
[58] R. F. Fefer, 1
[59] W. Zheng, 562

тилатералним правилима о трговини, који неће донети резултате, а могли би даље да поделе већ расцепкану светску трговачку структуру.[60] Стога је потребно тражити адекватно рационално и поступно решење, засновано на реално могућем деловању, јер би исхитрени кораци могли поткопати напоре за усаглашеним ставом.[61] Наиме, упркос наведеним оклоностима, тешко је прихватити да је било какав продор у третману електронске трговине у СТО није могућ, као што се то некада чини.[62]

У складу са изнетим, сматрамо рационалним да се примени концепт корак по корак заснован на реално могућем напретку који може развити поверење међу члановима СТО. Мишљења смо да је потребно да се напор усмери у два могућа правца.

Први је фокусирање на усвајање основних оквирних правила и примена широко прихваћених правних принципа СТО на електронску трговину, посебно оних о недискиримнацији, слободном приступу тржишту, али и принципу технолошке равноправности.[63] Приступ је заснован на тражењу „највећег могућег заједничког садржаоца“ међу земљама чланицама, као основу за постепено грађење сагласности за креирање свеобухватног правног режима о дигиталној трговини.[64] Он може бити реализован и коришћењем плуралитетних споразума као међукорака.

Други приступ, такође може бити користан за реализацију датог циља. Уместо да се напор усмери на крупна концепутална питања, потребно је променити фокус и у први план ставити практична питања, која ће с једне стране представљати какав такав искорак у тој сфери, а с друге стране створити здраву основу за даљи регулаторни продоре у ооj области. Напредак по том основу не мора бити мање значајан, јер из друге визуре, нека од тих нерешених питања немају толики практични значај колики им се придаје и делимично вештачки успоравају процес преговора у оквиру ове организације.

Гледано из дате прагматске перспективе, сматрамо да се проблем који је изазвао највише спорења у преговорима унутар СТО, а то је квалификација електронских производа, може једноставно превазићи уз минималну надоградњу постојећег режима СТО, трајним укидањем царина на све врсте дигиталних производа, без обзира на медиј или класификацију, што је суштински прихваћено и од стране најзначајнијих економских актера у свету.[65]

[60] W. Zheng, 564

[61] K. Mickutė, 119

[62] Jane K. Winn, “*Introduction: Borderless Electronic Commerce Symposium*”, 35 INT’l L. 1, 2001, 1

[63] F. Marengo, 283

[64] W. Zheng, 568

[65] Предлози САД, Кине и ЕУ укључују привремено продужење СТО мораторијум на царине на електронске преносе, али и њихове позиције као и код осталих чланова, разликују се у погледу тога да ли о треба да буде трајно. R. F. Fefer, 22.

То решење, у потпуности је садржано већ у постојећем привременом мораторијуму на увођење царина на електронске преносе, али би се он сада само учинио трајним. Међутим, иако на први поглед дати мораторијум делује као једноставно и привлачно, он свакако није идеално решење.[66] Посебно су дискутабилне и његове фискалне последице, нарочито за мање развијене земље,[67] које на тај начин губе значајне приходе, због чега се неке од њих директно противе таквој мери.[68] Међутим, овај недостатак би се могао избећи диференцираним олакашицама за ову групу земаља.

У практичној равни, посебно је значајно правно регулисање баријера у електронској трговини, нарочито оних нецаринског карактера, које су све присутније. Међу њима, изразиту пажњу треба посветити тзв. мерама локализације података, који „посебно ограничавају или забрањују пренос података преко границе земље.[69] Поред мера локализације података, пажњу треба усмерити и на друге нецаринске баријере које такође ограничавају слободан проток електронске трговине, као што су заштита података и приватности, ограничавање електронске трговине путем повећања административних трошкова и трошкова усклађености и сл. [70]

Овакав приступ који подразумева фокус на најопштијим правилима и практичним питањима, могао би да упркос свему, буде повољна основа за даље системско решавање проблема правне регулације електронске трговине, посебно ако би се комбиновао са диферницијалним третманом земаља у развоју. Овакви искораци, уз већ приказану делимичну релевантост постојећег правног режима СТО на формалном нивоу и у пракси решавања спорова, свакако би могли да одоворе на хитне потребе електронске трговине и да успоставе потребан премошћавајући механизам до пожељног целовитог решења за ову област.

5. ЗАКЉУЧАК

Електронска трговина је пред Светску тровинску организацију поставила комплексне правне изазове на који је нужно ургентно и што целовитије одговорити. Међутим, постојећа правна правила ове организације су само у мањем делу примењива на дату област. Покушаји да се релевантост датих

[66] Сматра се да је теоријски проблематичан, да је од ограниченог практичног значаја и као такав неефикасан у уклањању баријера електронској трговини. Упор: W. Zheng, 577

[67] Икао постоје и ставови да би ти губици били мали јер је ефективно теже применити царине на ту врсту преноса. Шире: Aaditya Mattoo & Ludger Schuknecht, "*Trade Policies for Electronic Commerce*" 10 World Bank Policy Research Working Papers, Paper No. 2380, 2000

[68] Такав став заступа Индонезија.

[69] W. Zheng, 551

[70] W. Zheng, 552

правила прошири путем праксе решавања спорова у СТП, имају ограничен домет. С друге стране, активности на инситуционалном унапређењу путем преговара у СТО су блокирани због различититх позиција земаља чланица. Стога сматрамо неопходним креирање релистичког приступа који би био шире прихватљив, а који би комбиновао израду најопштијих правила, уз истовремено решавање практичних питања везаних за електронску трговину.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Baker, Stewart A.; Lichtenbaum, Peter; Shenk, Maury D.; Yeo Matthew S. „E-Products and the WTO“, In Int'l L. (Vol. 35, p. 5), 2001

Bashar, H. Malkwaj. „E-Commerce in Light of International Trade Agreements: The WTO and the United States-Jordan Free Trade Agreement*“, 15 INT'l J.L. & INFO. TECH.* 153, 2007

Celli, Umberto Jr. „Technologies and the Trade in Goods and Services in the WTO“, *17 BRAZ. J. INT'l L.* 391, 2020

Fefer, Rachel F. „Internet regimes and WTO E-commerce negotiations“, *Congressional Research Service, 62,* 2020

Ismail, Yasmin. „E-commerce in the World Trade Organization“, *International Institute for Systainaable Development and CUTS International*, 1-2., 2020

Janow, M. E.; Mavroidis,

P. C. „Digital trade, e-commerce, the WTO and regional frameworks“, *World Trade Review*, *18*(S1), S1-S7, 2019

Kelly, J. Patrick. „Judicial activism at the World Trade Organization: Developing principles of self-restraint“, *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, *22*, 353., 2001

Mai, Stefan. *International co-ordination of e-commerce* (No. 2002/3). IWP Discussion Paper, 2002

Marengo, Federico. „Regulating Data Transfers through the International Trade Regime“, 17 Manchester J. INT'l ECON. L. 266, 2020

Mattoo, Aaditya; Schuknecht Ludger. “Trade Policies for Electronic Commerce 10”, (*World Bank Policy Research Working Papers, Paper No. 2380*, 2000).

McRae, Donald M. „The WTO in International Law: Tradition Continued or New Frontier?“, *3 J. INT'L. ECON. L.* 27,

Messerlin, Patrick A. „Three Variations on 'the Future of the WTO'“, *8 J. INT'l ECON. L.* 299, 2005

Mickutė, Karolina. „The Role of the WTO DSB in Modernizing WTO Law on E-Commerce“, *International Comparative Jurispru-dence*, *5*(2), 119-126, 2019

Mitchell, D. Andrew. „Towards Compatibility: The Future of Electronic Commerce Within the Global Trading System“, *4 J. INT'L ECON. L.* 683, 2001

Mitchell, D. Andrew; Mishra, Neha. „Data at the Docks: Modernizing International Trade Law for the Digital Economy“, *20 VAND. J. ENT. & TECH. L.* 1073, 2018

Mulopulos, Sam. „Digital Trade Zones: Answering Impediments to International Trade in Information“, *21 CHAP. L. REV.* 443, 2018

Neeraj, Rajan Sabitha. „Trade Rules for the Digital Economy: Charting New Waters at the WTO“, *18 WORLD TRADE REV.* S121, 2019

Peng, Shin-yi. „Regulating new services through litigation? Electronic commerce as a case study on the evaluation of ’judicial activism’ in the WTO“, *Journal of World Trade, 2014*

Staiger, Robert W. „Does Digital Trade Change the Purpose oF a Trade Agreement? (Very Preliminary).“, 2021

Trachtman, Joel. „The Domain of WTO Dispute Resolution“, *40 HARV. INT’L L. J.* 333, n. 41, 1999

Weber, Rolf H. „International E-Trade“, *41 INT’l LAW.* 845, 2007

Winn, Jane K. „Introduction: Borderless Electronic Commerce Symposium“, *35 INT’l L.* 1, 2001

Zhao, Yun. „Liberalization of Electronic Commerce in Mainland China and Hong Kong under the WTO-CEPA Regime“, *19 INT’l REV. L. Computers & TECH.* 183, 2005

Zheng, Wentong. „The Digital Challenge to International Trade Law“, *52 N.Y.U. J. INT’l L. & POL.* 539, 2020

Drago Lj. Divljak
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Divljak@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-7698-0189

Legal System of the World Trade Organization and Electronic Commerce

Abstract: *The paper discusses several important issues related to the regulating of electronic commerce and their incorporation into the WTO legal system. First of all, the subject of the study is the relevance of the existing legal framework for this new area, with a special focus on the General Agreement on Trade in Services. Within that framework, the approach to the practice of dispute resolution in the given segment is considered. The paper also discusses the institutional efforts undertaken in the WTO with the aim of regulating electronic commerce. In particular, some of the possible courses of action are systematized and critically analyzed and suggestions are made for realistically feasible solutions to the problem of legal regulation in the given area.*

The paper concludes that electronic trade has posed a complex legal challenge to the WTO, which must be answered urgently and as comprehensively as possible. However, the existing legal rules of this organization are only partially applicable to the given area. The attempts to extend the relevance of the given rules through the practice of dispute resolution in WTO have a limited scope. On the other hand, the activities on institutional improvement through negotiations in the WTO are blocked due to the different positions of the member countries. Therefore, we are of the opinion it necessary to create a realistic approach that would be widely acceptable, and which would combine the development of the most general rules, while simultaneously resolving practical issues related to electronic commerce.

Keywords: *Legal system, World Trade Organization, electronic commerce, legal challenges, goods/merchandise, services, possible courses of action.*

Датум пријема рада: 18.12.2023.
Датум достављања коначне верзије рада: 9.1.2024.
Датум прихватања рада: 9.1.2024.

Оригиналан научни рад 347.425(37)
347.447.7(37)
doi:10.5937/zrpfns57-48377

Maša M. Kulauzov
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Kulauzov@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-2805-7773

Milan M. Milutin
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Milutin@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-4025-5222

A BRIEF REVIEW OF SOURCES ON *EMENDATIO MORAE* IN THE DIGEST OF JUSTINIAN*

***Abstract**: Purgatio or emendatio morae would in the literal translation into English mean purging the default. In Roman classical law, it amounted to the possibility of the debtor in default, firstly, to fulfil the primary obligation and, secondly, to remediate potential legal effects of the consequences of mora debitoris. There were other ways of purging the default as well. As a consequence of emendatio morae, debtor's obligations, both primary and secondary ones, would cease to exist and the consequences of mora debitoris would cease to produce legal effects. Therefore, purgatio morae consisted of two elements: debtor's offer to completely fulfil the prestation owed as well as his offer to remediate the legal effects of the consequences of the default.*

***Keywords**: debtor's default purging, purgatio morae, emendatio morae, debtor's default, mora debitoris, mora solvendi.*

---

* This article is the result of research on the Project "Legal Tradition and New Legal Challenges" in 2023, which is conducted by the University of Novi Sad, Faculty of Law Novi Sad. (Рад је резултат истраживања на Пројекту „Правна традиција и нови правни изазови" у 2023. чији носилац је Универзитет у Новом Саду Правни факултет у Новом Саду.)

1. INTRODUCTION

Debtor's default is an unfulfilment of a possible, due and actionable obligation for which the debtor is responsible. In other words, there are five cumulative conditions for the occurrence of *mora debitoris*: the fulfilment of the prestation owed must be (1) due, (2) possible, (3) actionable and (4) unperformed and the debtor must be (5) responsible for it.

The debtor in default had at his disposal the possibility to fulfil the original prestation, remediate the effects of the consequences of *mora debitoris* which had already occurred and to prevent the further ones. In Roman classical law, this possibility was called *purgatio*[1] or *emendatio*[2] *morae*, which in a literal translation into English would mean purging, i.e., correcting the default. Apart from that, default purging occured in case of the creditor's refusal to receive the prestation fulfilment, as well as in case of a novation of the original obligation.

2. PURGATIO THROUGH FULFILMENT OF PRIMARY AND SECONDARY OBLIGATIONS

Default purging implied the debtor's offer to fulfil the prestation and remediate any damage the creditor suffered due to his delay. Therefore, in order for the debtor to purge the default, his offer must include the compensation of both the original debt and every subsequently arising claim on that basis.[3]

2.1. Prestation Fulfilment

In classical law, the fulfilment of a prestation is denoted by the expression *solutio*.[4] It is a regular way of extinguishing the obligation.[5] In Roman classical law, issues related to the fulfilment of prestations were regulated in great detail,

---

[1] On the term *purgare*, v. reference to „Purgare" in Hermann Heumann, Emil Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz 1958.

[2] On the term *emendatio*, v. reference to "*emendation*", Charlton T. Lewis, Charles Short, *A Latin Dictionary*, Oxford. Clarendon Press. 1879, available at

https://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.04.0059%3Aentry%3Demendatio, accessed on 3rd November, 2023.

[3] V. sources in the Chapter 2.2. Remediation of the effects of the consequences of *mora debitoris.*

[4] On the term *solutio*, v. reference to „Solutio" in H. Heumann, E. Seckel, *op. cit*.

[5] Due to the historical development that preceded the determination of the rules on payment, in the minds of classical lawyers, it was inseparable from the extinguishment of the obligation by means of an apparent payment (*imaginaria solutio*). By apparent payment, classical jurists meant the performance of actions prescribed by law that give the appearance of performance of prestation and lead to the extinguishment of the obligation. А. Маленица, В. Цветковић-Ђорђевић, *Римско право – институти приватног права*, Нови Сад 2018, 174.

as evidenced by the fact that the section on fulfilments and liberations (from obligation) with 108 fragments is among of the most extensive ones in the Justinian's Digest.[6]

The fact that fulfilment of prestation is a regular way of extinguishing the obligation could easily be found in classical sources.[7] All issues related to the fulfilment of the prestation can be classified into the following questions: 1) who performs the prestation, 2) to whom, 3) what is its content, 4) when, 5) where and 6) how is it performed.

2.1.1. Active Subject of the Fulfilment

The person who fulfils the prestation must have the business capacity or must have the consent of the tutor or curator to fulfil it. The fulfilment of the prestation is usually performed by the debtor. However, fulfilment can also be performed by a third party, except in case of the *intuitu personae* obligations. A third party can perform the performance at the debtor's behest, at his own discretion, and even against the debtor's will.[8]

2.1.2. Passive Subject of the Fulfilment

The fulfilment of the prestation is by the nature of things done to the creditor. However, it can also be performed to others: to a person authorised by the creditor with a power of specific action of fulfilment reception, to a person who is generally authorized to manage his affairs, to the *adstipulator*, i.e. the person to whom the debtor undertakes to fulfil the same performance which he owes to the creditor,[9] to the creditor's tutor and guardian, and even to a person without

---

[6] Max Kaser, *Roman Private Law*, 2. edition, translated by Rolf Dannenbring, London 1968, 218; *ibid*.

[7] Gai. Inst. 3.168

Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius, quod debeatur...

D. 50.16.176 Ulpianus libro 45 ad Sabinum

"Solutionis" verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet. "Solvere " dicimus eum, qui fecit quod facere promisit.

[8] M. Kaser, 218-219; А. Маленица, В. Цветковић-Ђорђевић, 174.

D. 3.5.38 Gaius libro tertio de verborum obligationibus

Solvendo quisque pro alio licet invito et ignorante liberat eum: quod autem alicui debetur, alius sine voluntate eius non potest iure exigere. Naturalis enim simul et civilis ratio suasit alienam condicionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem non posse.

[9] V. an interesting text on the position of the creditor posterior to the prestation fulfilment done to the *adstipulator*.

D. 45.1.131.1 Scaevola libro 13 quaestionum

Qui fundum sibi aut Titio dari stipulatur, quamvis fundus Titio traditus sit, nihilo minus petere fundum potest, ut sibi de evictione promittatur: nam interest eius, quia mandati actione

any authority (*negotiorum gestor*).[10] The prestation fulfilment cannot be performed against the creditor's will, but if the creditor subsequently approves it, the performance is valid. This results, among other things, from the just mentioned text D. 3.5.38. Furthermore, if the creditor denies the previously given authorisation, and the debtor, not knowing about it, fulfils the prestation to that unauthorised person, he is released from the obligation. Fulfilment by deposit is also valid, if the creditor is unknown, absent or refuses to receive it.[11]

The death of the creditor, except in the case of *intuitu personae* obligations, did not extinguish the debtor's obligation to fulfil the prestation, but instead of making it to the creditor, the fulfilment was made to his heir, both before and after the occurrence of *mora debitoris*.[12] The same conclusion is reached in one of the texts by *Sextus Pomponius*, in which one of the two creditors is no longer alive, so his heir enters into his rights and obligations.[13]

2.1.3. Content of the Fulfilment

The debtor is obliged to fulfil the prestation in full. The creditor does not have to receive partial or in any way deficient fulfilment and such a refusal does

---

fundum recepturus sit a Titio. Sed si donationis causa Titium interposuit, dicetur traditione protinus reum liberari.

[10] This was explained in detail by prof. Valentina Cvetković-Đorđević, referring to Julian's text D. 46.3.34.3 in which the collection is carried out by an authorised procurator. V. Валентина Цветковић-Ђорђевић, *Negotiorum gestio у римском праву с освртом на српско право*, Београд 2020, 72.

[11] M. Kaser, 219; А. Маленица, В. Цветковић-Ђорђевић, 174.

D. 46.3.12 Ulpianus libro 30 ad Sabinum

pr. Vero procuratori recte solvitur. Verum autem accipere debemus eum, cui mandatum est vel specialiter vel cui omnium negotiorum administratio mandata est.

1. Interdum tamen et non procuratori recte solvitur: ut puta cuius stipulationi nomen insertum est, si quis stipuletur sibi aut Titio.

2. Sed et si quis mandaverit, ut Titio solvam, deinde vetuerit eum accipere: si ignorans prohibitum eum accipere solvam, liberabor, sed si sciero, non liberabor.

3. Alia causa est, si mihi proponas stipulatum aliquem sibi aut Titio: hic enim etsi prohibeat me Titio solvere, solvendo tamen liberabor, quia certam condicionem habuit stipulatio, quam immutare non potuit stipulator.

4. Sed et si non vero procuratori solvam, ratum autem habeat dominus quod solutum est, liberatio contingit: rati enim habitio mandato comparatur.

[12] D. 22.1.27 Africanus libro octavo quaestionum

Cum patri familias mora facta sit, iam in herede eius non quaeritur mora: nam tunc heredi proximo hereditario iure ea competet ideoque ad ceteros quoque deinceps transmittitur.

[13] D. 38.1.4 Pomponius libro quarto ad Sabinum

A duobus manumissus utrique operas promiserat: altero ex his mortuo nihil est, quare non filio eius, quamvis superstite altero, operarum detur petitio. Nec hoc quicquam commune habet cum hereditate aut bonorum possessione: perinde enim operae a libertis ac pecunia credita petitur. Haec ita Aristo scripsit, cuius sententiam puto veram: nam etiam praeteritarum operarum actionem dari heredi extraneo sine metu exceptionis placet. Dabitur igitur et vivo altero patrono.

not constitute grounds for creditor's default (*mora creditoris, mora accipiendi*). If, on the other hand, he receives it, he does not lose the right to settle the difference until full fulfilment.[14]

2.1.3.1. Partial fulfilment

There were exceptions to the rule that the creditor did not have to receive a partial fulfilment. In case of some obligations, the debtor's financial circumstances were taken into account, so the creditor had to settle for partial fulfilment. Such was the case with obligations based on gifts. The gift-giver could refuse to give the entire promised gift on the grounds that it would put him in a difficult financial situation (so-called *beneficium competentiae*). Furthermore, the creditor could not refuse partial payment even when successive obligations were in question, because payments arrival at time intervals was normal for them.[15]

2.1.3.2. *Datio in solutum*

The debtor can offer to fulfil some other prestation instead of the one owed. The creditor is not obliged to accept it. If he does so, a *datio in solutum* occurs and the obligation is extinguished. According to the lawyers of the Proculeian school, that extinguishment is a consequence of the application of the existing law (*ipso iure*), while according to the Sabinian school, extinguishment occurs only after an objection (*ope exceptionis*) to the lawsuit in which the creditor demands the fulfilment of the original obligation.[16]

2.1.3.3. Eviction

In terms of fulfilment, complications may arise if an eviction occurs, i.e. if the third party, proving its right, takes away the thing that was given in the name

[14] D. 46.3.27 Ulpianus libro 28 ad edictum

Etiam circa stipulationem et ex testamento actionem, si res tradita fuerit quae debebatur, quamdiu aliquid iuri rei deest, adhuc tamen ipsa res petenda est: ut puta possum fundum petere, licet mihi traditus sit, si ius quoddam cautionis supererit.

[15] M. Kaser, 220; А. Маленица, В. Цветковић-Ђорђевић, 174-175.

D. 12.1.21 Iulianus libro 48 digestorum

Quidam existimaverunt neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere et reliqua persequi, neque eum, qui fundum suum diceret, partem dumtaxat iudicio persequi: sed in utraque causa humanius facturus videtur praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur, cum ad officium eius pertineat lites deminuere.

[16] M. Kaser, 220; А. Маленица, В. Цветковић-Ђорђевић, 174-175.

Gai. Inst. 3.168

Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius, quod debeatur. unde quaeritur, si quis consentiente creditore aliud pro alio soluerit, utrum ipso iure liberetur, quod nostris praeceptoribus placuit, an ipso iure maneat obligatus, sed aduersus petentem per exceptionem doli mali defendi debeat, quod diuersae scholae auctoribus uisum est.

of payment. Classical jurists believe that in such a case the obligation is not extinguished, because, as Marcian says, the creditor would not have taken the thing if he knew that it would not belong to him in its entirety. The creditor had to receive a payment different from what was owed only in the case of *facultas alternativa*.[17]

2.1.3.4. Debt on Several Grounds

When the debtor owes on more than one basis, and then makes the payment, classical law regulates which prestation is considered fulfilled. The basic rule is that the prestation determined by the debtor is considered fulfilled.[18]

If he has not made the determination, prestation determined by the creditor is considered fulfilled, although he must take into account the debtor's interest according to the following rules: interest is charged before the principal, earlier due claims before the later ones, those that are more difficult for the debtor before the easier ones. These solutions show how much classical law takes fairness into account.[19]

---

[17] M. Kaser, 147; А. Маленица, В. Цветковић-Ђорђевић, 174-175.

D. 46.3.46 Marcianus libro tertio regularum

pr. Si quis aliam rem pro alia volenti solverit et evicta fuerit res, manet pristina obligatio. Etsi pro parte fuerit evicta, tamen pro solido obligatio durat: nam non accepisset re integra creditor, nisi pro solido eius fieret.

1. Sed et si duos fundos verbi gratia pro debito dederit, evicto altero fundo remanet integra obligatio. Tunc ergo res pro re soluta liberationem praestat, cum pro solido facta est suscipientis.

[18] *Ibid*.

D. 46.3.101.1 Paulus libro 15 responsorum

Paulus respondit aliam causam esse debitoris solventis, aliam creditoris pignus distrahentis: nam cum debitor solvit pecuniam, in potestate eius esse commemorare, in quam causam solveret: cum autem creditor pignus distraheret, licere ei pretium in acceptum referre etiam in eam quantitatem, quae natura tantum debebatur, et ideo deducto eo debitum peti posse.

[19] *Ibid*.

D. 46.3.1 Ulpianus libro 43 ad Sabinum

Quotiens quis debitor ex pluribus causis unum debitum solvit, est in arbitrio solventis dicere, quod potius debitum voluerit solutum, et quod dixerit, id erit solutum: possumus enim certam legem dicere ei quod solvimus. Quotiens vero non dicimus, in quod solutum sit, in arbitrio est accipientis, cui potius debito acceptum ferat, dummodo in id constituat solutum, in quod ipse, si deberet, esset soluturus quoque debito se exoneraturus esset, si deberet, id est in id debitum, quod non est in controversia, aut in illud, quod pro alio quis fideiusserat, aut cuius dies nondum venerat: aequissimum enim visum est creditorem ita agere rem debitoris, ut suam ageret. Permittitur ergo creditor constituere, in quod velit solutum, dummodo sic constituamus, ut in re sua constitueret, sed constituere in re praesenti, hoc est statim atque solutum est:

D. 46.3.97 Papinianus libro secundo definitionum

Cum ex pluribus causis debitor pecuniam solvit, utriusque demonstratione cessante potior habebitur causa eius pecuniae, quae sub infamia debetur: mox eius, quae poenam continet: tertio quae sub hypotheca vel pignore contracta est: post hunc ordinem potior habebitur propria quam aliena causa, veluti fideiussoris. Quod veteres ideo definierunt, quod verisimile videretur diligentem debitorem admonitum ita negotium suum gesturum fuisse. Si nihil eorum interveniat, vetustior contractus ante solvetur. Si maior pecunia numerata sit, quam ratio singulorum exposcit,

2.1.4. Time of Fulfilment

Regardless of the default, the time of fulfilment of the performance is either determined by the parties[20], or it is determined by the nature of the matter (for example grapes[21] and grain are delivered after harvest, the time required to arrive at the agreed place of performance is taken into account,[22] time required for the

nihilo minus primo contractu soluto, qui potior erit, superfluum ordini secundo vel in totum vel pro parte minuendo videbitur datum.

D. 46.3.5pr. Ulpianus libro 43 ad Sabinum

In his vero, quae praesenti die debentur, constat, quotiens indistincte quid solvitur, in graviorem causam videri solutum, si autem nulla praegravet, id est si omnia nomina similia fuerint, in antiquiorem. Gravior videtur, quae et sub satisdatione videtur, quam ea quae pura est.

D. 46.3.8 Paulus libro decimo ad Sabinum

Illud non ineleganter scriptum esse Pomponius ait, si par et dierum et contractuum causa sit, ex omnibus summis pro portione videri solutum.

[20] Examples of parties agreeing upon the deadline of performance fulfilment are numerous.

D. 45.1.49.3 Paulus libro 37 ad edictum

Si promissor hominis ante diem, in quem promiserat, interpellatus sit et servus decesserit, non videtur per eum stetisse.

D. 45.1.41 Ulpianus libro 50 ad Sabinum

pr. Eum, qui "kalendis ianuariis" stipulatur, si adiciat "primis" vel "proximis", nullam habere dubitationem palam est: sed et si dicat "secundis" vel "tertiis" vel quibus aliis, aeque dirimit quaestionem. Si autem non addat quibus ianuariis, facti quaestionem inducere, quid forte senserit, hoc est quid inter eos acti sit (utique enim hoc sequimur quod actum est), easque adsumemus. Si autem non appareat, dicendum est quod Sabinus, primas kalendas ianuarias spectandas. Plane si ipsa die kalendarum quis stipulationem interponat, quid sequemur? Et puto actum videri de sequentibus kalendis.

1. Quotiens autem in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur, nisi si locus adiectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri. Verum dies adiectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur: ex quo apparet diei adiectionem pro reo esse, non pro stipulatore.

2. Idem in idibus etiam et nonis probandum est et generaliter in omnibus diebus.

[21] D. 18.6.1.4 Ulpianus libro 28 ad Sabinum

Si doliare vinum emeris nec de tradendo eo quicquam convenerit, id videri actum, ut ante evacuarentur quam ad vindemiam opera eorum futura sit necessaria: quod si non sint evacuata, faciendum, quod veteres putaverunt, per corbem venditorem mensuram facere et effundere: veteres enim hoc propter mensuram suaserunt, si, quanta mensura esset, non appareat, videlicet ut appareret, quantum emptori perierit.

[22] *D. 45.1.137.2 Venonius libro primo stipulationum*

Cum ita stipulatus sum "Ephesi dari?" inest tempus: quod autem accipi debeat, quaeritur. Et magis est, ut totam eam rem ad iudicem, id est ad virum bonum remittamus, qui aestimet, quanto tempore diligens pater familias conficere possit, quod facturum se promiserit, ut qui Ephesi daturum se spoponderit, neque duplomate diebus ac noctibus et omni tempestate contempta iter continuare cogatur neque tam delicate progredi debeat, ut reprehensione dignus appareat, sed habita ratione temporis aetatis sexus valetudinis, cum id agat, ut mature perveniat, id est eodem tempore, quo plerique eiusdem condicionis homines solent pervenire. Eoque transacto, quamvis Romae remanserit nec possit Ephesi pecuniam dare, nihilo minus ei recte condicetur, vel quia per ipsum steterit, quo minus Ephesi daret, vel quoniam per alium Ephesi possit dari vel quia ubique potest solvere: nam et quod in diem debetur, ante solvi potest, licet peti non potest. Quod si duplomate

construction of a building,[23] etc.), or the performance is immediately due for collection[24]. Of course, when prestation fulfilment consists in inaction, one cannot speak of the time of fulfilment in the abovementioned sense. An example of this is obliging the debtor not to build anything on his land. Fulfilment of this prestation lasts as long as the obligation does.[25] However, the question of the time of prestation fulfilment becomes less important after the occurrence of the default and the debtor should offer to fulfil the prestation as soon as possible if he wants to purge it.

2.1.5. Place of Fulfilment

The place of fulfilment, just like the time of fulfilment, is determined by the contract. If nothing is agreed, the place is determined according to the nature of the performance – eg. if a worker is being hired to extract stone, he is obliged to come to the quarry from which the stone is extracted. If the nature of the fulfilment does not determine the place of fulfilment, generic items are submitted to the place of the competent court where the creditor would have the right to sue the debtor, which is usually the debtor's domicile, and individual items where they are located. The type of claim by which the right is protected also has an influence on the place of performance.[26] If the creditor will not or cannot receive the fulfilment, the fulfilment is valid when its object is deposited in the temple or in another place designated by the judge.[27]

---

usus aut felici navigatione maturius quam quisque pervenerit Ephesum, confestim obligatus est, quia in eo, quod tempore atque facto finitum est, nullus est coniecturae locus.

[23] D. 45.1.14 Pomponius libro quinto ad Sabinum

Si ita stipulatus essem abs te "domum aedificari?" vel heredem meum damnavero insulam aedificare, celso placet non ante agi posse ex ea causa, quam tempus praeterisset, quo insula aedificari posset: nec fideiussores dati ante diem tenebuntur:

[24] V. D. 45.1.41, but also:

D. 50.17.14 Pomponius libro quinto ad Sabinum

In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur.

[25] M. Kaser, 220; А. Маленица, В. Цветковић-Ђорђевић, 174-175.

[26] *Ibid*., 220; *ibid*., 175. V. again D. 50.17.14 Pomponius libro quinto ad Sabinum (fn. 25) as well as

D. 5.1.38 Licinius libro quarto regularum

Quod legatur, si quidem per personalem actionem exigetur, ibi dari debet ubi est, nisi si dolo malo heredis subductum fuerit: tunc enim ibi dari debet ubi petitur. Praeterea quod pondere aut numero aut mensura continetur, ibi dari debet ubi petitur, nisi si adiectum fuerit "centum modios ex illo horreo" aut "vini amphoras ex illo dolio". Si autem per in rem actionem legatum petetur, etiam ibi peti debet ubi res est. Et si mobilis sit res, ad exhibendum agi cum herede poterit, ut exhibeat rem: sic enim vindicari a legatario poterit.

[27] *Ibid*.

D. 13.4.2.8 Ulpianus libro 27 ad edictum

Nunc de officio iudicis huius actionis loquendum est, utrum quantitati contractus debeat servire an vel excedere vel minuere quantitatem debeat, ut, si interfuisset rei Ephesi potius solvere

2.1.6. Manner of Fulfilment

The debtor is obliged to fulfil the prestation in the agreed manner, and if nothing is specified in terms of the manner, then in such a way that the creditor realises his right in full. That is why when the *res mancipi* handover is agreed upon, the informal handover of the thing is not enough, but the debtor has the obligation to make the creditor the owner through *mancipatio* or *iniurecessio*.[28]

2.2. Remediation of the Effects of the Consequences of *Mora Debitoris*

If there were no consequences of debtor's default, the debtor would, by fulfilling the prestation, i.e. the original obligation, purge the default. However, in case consequences of *mora debitoris* occurred, in order to purge the default, the debtor was obliged to remediate the effects of the consequences of *mora debitoris*.

Contrary to popular opinion, *perpetuatio obligationis* was not a consequence of debtor's default. The consequences of *mora debitoris* were (1) transfer of risk of the occurrence of damage caused by *casus* or *vis maior* from the creditor to the debtor, (2) transfer of risk of the impossibility of prestation fulfilment caused by *casus* or *vis maior* from the creditor to the debtor as well as (3) the occurrence of debtor's obligation for which it had previously been agreed that *mora debitoris* would present its suspensive condition.[29]

Precisely because of the fact that damage due to debtor's default does not have to occur, the consequence of *mora debitoris* is not the debtor's obligation to compensate for damage, but the transfer, from the creditor to the debtor, of the risk of damage occurrence caused by non-fulfilment of performance. The same argument applies to the second consequence as well: the impossibility of performance does not even have to occur in case of a default, which is why the consequence of debtor's default is not the perpetuation of the obligation, but the transfer, from the creditor to the debtor, of the risk of the impossibility of performance caused by *casus* or *vis maior*. Only the consequence of the passing of the risk can, by the realization of that eventuality, be the *perpetuatio obligationis*. The third consequence

---

quam eo loci quo conveniebatur, ratio eius haberetur. Iulianus Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem, cuius interdum potuit interesse Ephesi recipere: itaque utilitas quoque actoris veniet. Quid enim si traiecticiam pecuniam dederat "dederit" Ephesi recepturus, ubi sub poena debebat pecuniam vel sub pignoribus, et distracta pignora sunt vel poena commissa mora tua? Vel fisco aliquid debebatur et res stipulatoris vilissimo distracta est? In hanc arbitrariam quod interfuit veniet et quidem ultra legitimum modum usurarum. Quid si merces solebat comparare: an et lucri ratio habeatur, non solius damni? Puto et lucri habendam rationem.

[28] *Ibid*.

[29] Милан Милутин, „Дужничка доцња у римском класичном праву", докторска дисертација, (Milan Milutin, "*Mora Debitoris* in Roman Classical Law", doctoral dissertation) 166-171 and 220-224, available at https://nardus.mpn.gov.rs/handle/123456789/18339?locale-attribute=en, accessed 8th December, 2023.

of *mora debitoris* is less controversial: it amounts to contracting either a *stipulatio poenae* or an interest in case of debtor's default. If and when *mora debitoris* occurs as a suspensive condition, this debtor's obligation also arises.[30]

Anyhow, default purging implied the debtor's offer to fulfil the prestation and remediate any damage the creditor suffered due to his delay.[31] The confirmation of this assertion could be found in the following text by Quintus Cervidius Scaevola, which is included in the 1st Title of the 45th Book of Digest, named "*De verborum obligationibus*".

> D. 45.1.135.2 Scaevola libro quinto responsorum
>
> *Seia cavit Lucio Titio, quo mandante eo hortos emisset, cum pretium omne cum usuris ab eo recepisset, se in eum proprietatem hortorum translaturam: deinde in continenti inter utrumque convenit, ut intra kalendas apriles primas universam summam mandator numeraret et hortos acciperet. Quaeritur, cum ante kalendas apriles non omne pretium cum usuris a Lucio Titio Seiae solutum sit, interposito tamen modico tempore reliquum pretium cum usuris Seiae Titius solvere paratus fuerit neque Seia accipere voluit et usque in hodiernum per Titium non stet, quo minus reliquum solveret, an nihilo minus Lucius Titius, si Seiae universam pecuniam solvere paratus sit, ex stipulatu agere possit. Respondit posse, si non multo post optulisset nec mulieris quicquam propter eam moram interesset: quod omne ad iudicis cognitionem remittendum est.*

Therefore, in order for the debtor to purge the default, his offer must include the compensation of both the original debt and every subsequently arising claim on that basis. This is particularly evident from the part of the text in which it is stated that "*si non multo post optulisset nec mulieris quicquam propter eam moram interesset*".

Paul is consistent in his stance:

> D. 45.1.91.3 Paulus libro 17 ad Plautium[32]

---

[30] *Ibid*.

[31] M. Kaser, 160. On *purgatio morae*, v. also a text from the time of the European *ius commune*, Stephano Forcatulo, *De mora, et eius effectibus, ac purgatione, tripertita tractatio*, Paris 1578, 35 ff.

[32] This text was exposed to serious criticism. A colorful debate developed around it, especially in connection with the term *culpa*: Alfred Pernice, „Verschulden und Verzug", *Marcus Antistius Labeo: das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II-2, (8th Book) Halle 1900, 132 ff.; Otto von Gradenwitz, „Quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung (ZSS),* 34/1913, 259 ff.; Erich Genzmer, „Der subjektive Tatbestand des Schuldnerverzugs im klassischen römischen Recht", *ZSS,* 44/1924, 99 ff., 118 ss.; Hans Niedermeyer, „Studie zu wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der Mora seit Sabinus", *Festschrift Fritz Schulz*, I, Weimar 1951, 448 ff.; Andrea Guarneri Citati, „Contributi alla dottrina della mora", *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 11/1923, 230; Theo Mayer-Maly, „Perpetuatio obligationis D. 45.1.91",

Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt,[33] *quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intellegendum sit. Et quidem si effecerit promissor, quo minus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio: si vero moratus sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora. Et Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Sticho quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo: in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose, inquit, erratur. Et sane probabilis haec sententia est, quam quidem et Iulianus sequitur: nam dum quaeritur de damno et par utriusque causa sit, quare non potentior sit qui teneat, quam qui persequitur?*

One can draw more than one conclusion on *mora debitoris* from this text. Firstly, the debtor in default can purge his *mora* by a subsequent offer to fulfil the prestation. In support of this, Paul presents the identical position of Celsus. Secondly, this appears to be a question of goodness and equity. This, actually, confirms the conclusion from a text of *Aelius Marcianus* from the 1st Title of the 22nd Book of Digest, entitled "*De usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora*". Marcian states that the default is determined on a case-to-case basis, without rigid rules, as it is more of a factual than a legal matter.

D. 22.1.32pr. Marcianus libro quarto regularum

Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus oportuno loco non solverit: quod apud iudicem examinabitur: nam, ut et Pomponius libro duodecimo epistularum scripsit, difficilis est huius rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intellegatur, neque constitutione ulla neque iuris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti quam iuris.[34]

In the previously diplayed text, the one by Paul (D. 45.1.91.3 Paulus libro 17 ad Plautium), an attentive reader did not fail to notice that in terms of this question, *in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose, inquit, erratur.*

IVRA – Rivista internazionale di diritto romano e antico (IVRA) 7, 1956, 17 ss.; Salvatore jr. Riccobono, "Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano, sino all'età degli Antonini", *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 29/1962, 121.

[33] The first sentence of the available text raises the question of meaning of the *constitutio veterum*. During the exegesis, the first question that arises is how this *constitutio veterum* (i.e. the rule of pre-classical jurists) was worded. It is traditionally accepted that it probably read like this: *Quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuatur obligatio.* A. Pernice (1895), 22, 23 and 109, v. T. Mayer-Maly, 17 as well. A special impact on the development of this topic was made by Gradenwitz (259 ff.), who went even further, claiming that the whole concept of *constitutio veterum* is inauthentic. V. H. Niedermeyer, 448.

[34] For the analysis of the 3rd paragraph of this fragment, v. Contardo Ferrini, „La consunzione processuale dell' „*actio de peculio*"", *Opere di Contardo Ferrini, 3: „Studi vari di diritto romano e moderno (sulle Obbligazioni, sul Negozio giuridico, sulle Presunzioni)"*, Milano 1929, 293.

The fact that mistakes in practice were common in terms of this issue, especially under the influence of distinguished jurists, was not only natural and logical, but also a confirmation of the absence of firm rules on *mora debitoris* and the responsibility for its occurrence. It was reasonable to expect that various factual circumstances led to different adjudications and that there was a significant disagreement regarding the correctness of the arguments used.

This appears to have been a major topic, because, according to Paul, Julian wrote about it as well. He poses the following question: why should the creditor be favoured when the responsibilities for the non-fulfilment of the prestation were equal. It is plausible that, in various factual descriptions of specific disputes regarding default, one could find the contributions of both the debtor and the creditor to the occurrence of *mora*. In other words, *mora debitoris* and *mora creditoris* were intertwined, and the advantage was indeed given to the debtor who had, after offerring the fulfilment, been refused by the creditor. Although Paul does not indicate in which text Julian follows this view, support for this view can be found in two subsequent texts, one by *Pomponius* and the other by *Marcellus*.

18.6.18 Pomponius libro 31 ad Quintum Mucium

Illud sciendum est, cum moram emptor adhibere coepit, iam non culpam, sed dolum malum tantum praestandum a venditore. Quod si per venditorem et emptorem mora fuerit, Labeo quidem scribit emptori potius nocere quam venditori moram adhibitam, sed videndum est, ne posterior mora damnosa ei sit. Quid enim si interpellavero venditorem et non dederit id quod emeram, deinde postea offerente illo ego non acceperim? Sane hoc casu nocere mihi deberet. Sed si per emptorem mora fuisset, deinde, cum omnia in integro essent, venditor moram adhibuerit, cum posset se exsolvere, aequum est posteriorem moram venditori nocere.

Pomponius explains this rule with a temporal argument, although its essence remains the same. In his text on default in sales, he states that when both parties are in *mora*, the party who later fell into default is liable. This is natural considering the fact that the refusal to accept the prestation fulfilment, turns *mora* from *debitoris* to *creditoris*.[35]

D. 46.3.72pr. Marcellus libro 20 digestorum

Qui decem debet, si ea optulerit creditori et ille sine iusta causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea sine sua culpa perdiderit, doli mali exceptione potest se tueri, quamquam aliquando interpellatus non solverit:

[35] This text begins with an important incidental observation that when one party defaults, the other is only liable for intent. This, of course, refers to the topic of the consequences of debtor's default (and not its purging), which, apart from a review at the beginning, this paper does not deal with.

Three paragraphs further, Paul specifies the ways of purging the default in the mentioned case. If it is a prestation that is possible, the slave can still be surrendered. If he is no longer alive, its value can be claimed. Claims security and even novation can be contracted for it, provided that it is done between the original contracting parties.

D. 45.1.91.6 Paulus libro 17 ad Plautium

Effectus huius constitutionis ille est, ut adhuc homo peti possit: sed et acceptum ei posse ferri creditur et fideiussorem accipi eius obligationis nomine. Novari autem an possit haec obligatio, dubitationis est, quia neque hominem qui non est neque pecuniam quae non debetur stipulari possumus. Ego puto novationem fieri posse, si hoc actum inter partes sit, quod et Iuliano placet.

The information in the following text by Labeo is unusual. When both the buyer and the seller are in default in terms of delivery and receipt, only the buyer is considered in default.

D. 19.1.51pr. Labeo libro quinto posteriorum a Iavoleno epitomatorum

Si et per emptorem et venditorem mora fuisset, quo minus vinum praeberetur et traderetur, perinde esse ait, quasi si per emptorem solum stetisset: non enim potest videri mora per venditorem emptori facta esse ipso moram faciente emptore.

Unfortunately, while waiting for clarification of this position, the reader is left without an answer, because in the next sentence the position is practically repeated, without presenting any argumentation. The perplexity becomes even greater by the fact that *emptio-venditio* was a consensual contract during the classical period, which means that prestation is not conditioned by the counterprestation.

3. PURGATIO THROUGH NOVATION AND OTHER ACTIVE CREDITOR'S CONTRIBUTIONS TO THE PURGING

Purgatio morae did not always have to be done by the debtor, or at least not only by the debtor. Thus, an example of default purging by means of novation can be found in the following text by *Venonius*, in which it is learned that the destruction of the thing owed after the debtor's default occurrence did not prevent novation, which, due to the termination of the previous obligation, led to the *purgatio morae*.

D. 46.2.31pr. Venonius libro tertio stipulationum

Si rem aliquam dari stipulatus sum, deinde eandem sub condicione novandi animo ab eodem stipuler, manere oportet rem in rebus humanis, ut novationi locus sit, nisi si per promissorem steterit, quo minus daret. Ideoque si hominem mihi dare

te oporteat et in mora fueris, quo minus dares, etiam defuncto eo teneris: et si, priusquam decederet, cum iam mora facta sit, eundem a te sub condicione stipulatus fuero et servus postea decesserit, deinde condicio exstiterit, cum iam ex stipulatu obligatus es mihi, novatio quoque fiet.

In a little more detail, this issue is explained in the following text by Ulpian, in which he gives an example of a novation of an obligation by adding conditions, and compares two situations. In one, the slave owed dies before the condition occurs, which means that the default does not even occur. However, in the other, the debtor falls into default, a novation is carried out by adding conditions, and the slave dies before the fulfilment of the condition. Ulpian has no doubt that the default has been purged and that the slave owed has not become the subject of a conditional obligation, because the condition was not fulfilled before the impossibility of performance occurred. Therefore, the novation clears the default.

D. 46.2.14pr. Ulpianus libro septimo disputationum

Quotiens quod pure debetur, novandi causa sub condicione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum, cum condicio extiterit. Et ideo si forte Stichus fuerit in obligatione et pendente condicione decesserit, nec novatio continget, quia non subest res eo tempore, quo condicio impletur. Unde Marcellus et si post moram Stichus in condicionalem obligationem deductus sit, purgari moram nec in sequentem deduci obligationem putat.

Debtor's default could also be purged by the creditor granting the debtor additional time to fulfil the prestation. This practically meant that the deadline for fulfilment has been moved, that is, it has not yet occurred, so that one condition[36] is missing for the delay to occur. An example of purging the default by giving additional time for fulfilment is discussed in detail in the following text by Proculus.

D. 45.1.113pr. Proculus libro secundo epistularum

Cum stipulatus sim mihi, procule, si opus arbitratu meo ante kalendas iunias effectum non sit, poenam, et protuli diem: putasne vere me posse dicere arbitratu meo opus effectum non esse ante kalendas iunias, cum ipse arbitrio meo aliam diem operi laxiorem dederim? Proculus respondit: non sine causa distinguendum est interesse, utrum per promissorem mora non fuisset, quo minus opus ante kalendas iunias ita, uti stipulatione comprehensum erat, perficeretur, an, cum iam opus effici non posset ante kalendas iunias, stipulator diem in kalendis augustis protulisset. Nam si tum diem stipulator protulit, cum iam opus ante kalendas iunias effici non poterat, puto poenam esse commissam nec ad rem pertinere, quod aliquod tempus ante kalendas iunias fuit, quo stipulator non desideravit id ante kalendas iunias effici, id est quo non est arbitratus ut fieret quod fieri non poterat. Aut si hoc falsum

[36] Stated at the beginning of this paper as condition number 1.

est, etiam si stipulator pridie kalendas iunias mortuus esset, poena commissa non esset, quoniam mortuus arbitrari non potuisset et aliquod tempus post mortem eius operi perficiendo superfuisset. Et propemodum etiam si ante kalendas iunias futurum esse coepit opus ante eam diem effici non posse, poena commissa est.

However, the default could also be purged by the fact that creditor had agreed to the same prestation with another debtor.

D. 46.3.72.2 Marcellus libro 20 digestorum
Sed quid si ignorante debitore ab alio creditor eum stipulatus est? Hic quoque existimandus est periculo debitor liberatus, quemadmodum si quolibet nomine eius servum offerente stipulator accipere noluisset.

Similarly, according to Ulpian, the consequence of re-contracting the fulfilment of the same prestation with the same debtor, was equated with purging of default.

D. 46.2.8pr. Ulpianus libro 46 ad Sabinum
Si Stichum dari stipulatus fuerim et, cum in mora promissor esset, quo minus daret, rursus eundem stipulatus fuero, desinit periculum ad promissorem pertinere quasi mora purgata.

It can be assumed that all the elements of the obligation would remain the same, except perhaps the deadline, which is why this example becomes similar to novation, but also to the example in which the creditor gives the debtor additional time to fulfil the performance.

Last, but not least, default purging also occurred when the creditor refused the offer of regular payment.[37] The confirmation of this assertion from the previous paragraph (namely that default purging also occurred when the creditor refused the offer of regular payment), as well as the general contention that the debtor cleanses the default by offering the payment, could be found in the following text by *Julius Paulus Prudentissimus*, located in the same Title of the Digest.

D. 45.1.73.2 Paulus libro 24 ad edictum
Stichi promissor post moram offerendo purgat moram: certe enim doli mali exceptio nocebit ei, qui pecuniam oblatam accipere noluit.

4. CONCLUSION

The debtor in default could remedy the default and prevent further effects of the consequences of *mora debitoris*, i.e. purge the default. He could do this by fulfilling

[37] M. Kaser, 160. On *purgatio morae*, v. also a text from the time of the European *ius commune*, S. Forcatulo, 35 ff.

the primary obligation and repairing any damage that may have occurred, as well as by paying the default interest or contractual penalty, in case they had been agreed upon. However, the default could have been purged in other ways as well: when the creditor refused the offer of regular payment, by novation, release from debt, postponement of the date of fulfilment, by agreeing on conditions, etc. Not only is life wider than legal norms, but the freedom of the contracting parties is also wider than them. Respecting the principle that he who can do more, can also do less, it was possible to purge the default, not only by the debtor's actions, but also by the good will of the creditor.

5. REFERENCES

5.1. SOURCES

- The Institutes of Gaius 3.168, – The paper uses the text of the Institutes of Gaius according to the edition *Gai Institutionum Commentarii Quattuor*, Ed. VI, Emil Seckel et Bernhard Gustav Adolf Kvebler, Libsiae MCMIII:
  1. Gai. 3.168.
- Justinian's Digest – The paper uses the text of Justinian's Digest according to the edition „Iustiniani Digesta" (Recognovit Theodorus Mommsen / Retractavit Paulus Krueger), *Corpus Iuris Civilis*, vol. I, Berlin 1872, available at https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/, accessed on 9th December, 2023. In the first volume of this edition, Justinian's Institutions and Justinian's Digest were published, the first of which was edited by Paul Krieger (Krueger), and the second by Teodor Mommsen (Mommsen):
  1. D. 3.5.38
  2. D. 5.1.38
  3. D. 12.1.21
  4. D. 13.4.2.8
  5. D. 18.6.1.4
  6. D. 18.6.18
  7. D. 19.1.51pr.
  8. D. 22.1.27
  9. D. 22.1.32pr.
  10. D. 38.1.4
  11. D. 45.1.14
  12. D. 45.1.41
  13. D. 45.1.49.3
  14. D. 45.1.73.2
  15. D. 45.1.91.3

16. D. 45.1.91.6
17. D. 45.1.113pr.
18. D. 45.1.131.1
19. D. 45.1.135.2
20. D. 45.1.137.2
21. D. 46.2.8pr.
22. D. 46.2.14pr.
23. D. 46.2.31pr.
24. D. 46.3.1
25. D. 46.3.5pr.
26. D. 46.3.8
27. D. 46.3.12
28. D. 46.3.27
29. D. 46.3.46
30. D. 46.3.72pr.
31. D. 46.3.72.2
32. D. 46.3.97
33. D. 46.3.101.1
34. D. 50.16.176
35. D. 50.17.14

5.2. LITERATURE

Маленица Антун, Цветковић-Ђорђевић Валентина, *Римско право – институти приватног права*, Нови Сад 2018.

Милан Милутин, „Дужничка доцња у римском класичном праву“, докторска дисертација, (Milan Milutin, "*Mora Debitoris* in Roman Classical Law", doctoral dissertation) 166-171 and 220-224, available at https://nardus.mpn.gov.rs/handle/123456789/18339?locale-attribute=en, accessed 8th December, 2023.

Цветковић-Ђорђевић, Валентина, *Negotiorum gestio у римском праву с освртом на српско право*, Београд 2020.

Ferrini, Contardo, „La consunzione processuale dell' „actio de peculio““, *Opere di Contardo Ferrini, 3: „Studi vari di diritto romano e moderno (sulle Obbligazioni, sul Negozio giuridico, sulle Presunzioni))"*, Milano 1929, 287-303.

Forcatulo, Stephano, *De mora, et eius effectibus, ac purgatione, tripertita tractatio*, Paris 1578.

Genzmer, Erich, „Der subjektive Tatbestand des Schuldnerverzugs im klassischen römischen Recht“, *ZSS,* 44/1924, 86-163.

Gradenwitz, Otto von, „Quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem“, *ZSS,* 34/1913, 255-274.

Guarneri Citati, Andrea, „Contributi alla dottrina della mora“, *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 11/1923, 161-328.

Heumann, Hermann, Seckel, Emil, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, Graz 1958.

Kaser, Max, *Roman Private Law*, 2. издање, превео Ролф Даненбринг (Dannenbring), London 1968a.

Lewis, Charlton T., Charles Short, *A Latin Dictionary*, Oxford 1879, available at https://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.04.0059%-3Aentry%3Demendatio, accessed on 3rd November, 2023.

Mayer-Maly, Theo, "Perpetuatio obligationis: D. 45.1.91", *IVRA*, 7/1956, 6-23.

Niedermeyer, Hans, „Studie zu wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der Mora seit Sabinus", *Festschrift Fritz Schulz*, I, Weimar 1951, 399-457.

Pernice, Alfred, „Verschulden und Verzug", *Marcus Antistius Labeo: das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II-2, (8. књига) Halle 1900. (D. 2.2.1, VII-260 страница)

Riccobono, Salvatore, jr., "Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano, sino all'età degli Antonini", *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 29/1962, 105-458.

Маша М. Кулаузов
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет Нови Сад
M.Kulauzov@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-2805-7773

Милан М. Милутин
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет Нови Сад
M.Milutin@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-4025-5222

Кратак преглед извора о *emendatio morae* у јустинијановим дигестама

Сажетак: *Purgatio или emendatio morae би у дословном преводу на српски језик значило чишћење доцње. У римском класичном праву, под овим терминима се подразумевала могућност задоцнелог дужника, прво, да испуни примарну престацију и, друго, да отклони потенцијална правна дејства последица дужничке доцње. Постојали су и други начини чишћења доцње. Као последица наступања emendatio morae, дужникове облигације, како примарна, тако и секундарна, престале би да постоје, и последице дужничке доцње би престале да производе правна дејства. Дакле, purgatio morae састојала се из два елемента: дужникове понуде да у потпуности испуни дуговану престацију и његове понуде да отклони правна дејства последица дужничке доцње.*

Кључне речи: *чишћење дужничке доцње, purgatio morae, emendatio morae, дужничка доцња, mora debitoris, mora solvendi.*

Датум пријема рада: 22.12.2023.
Датум прихватања рада: 30.01.2024.

Оригиналан научни рад 341.6:342.7-055.34(4)
doi:10.5937/zrpfns57-48218

Петар М. Ђунђић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
P.Djundic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9223-6373

ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЉУДСКА ПРАВА, ЧЛАН 8. ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА И ПРИЗНАЊЕ ИСТОПОЛНИХ БРАКОВА СКЛОПЉЕНИХ У ИНОСТРАНСТВУ*

***Сажетак**: Захтеви које пред судове стављају извори који регулишу људска права значајно утичу на примену механизма међународног приватног права. Ова констатација се посебно односи на ситуације у којима је потребно пружити дејство промени личног и породичног статуса која је извршена у иностранству. Рад се односи на проблем признавања истополних бракова склопљених у иностранству. У њему се анализирају најважније одлуке Европског суда за људска права у вези са обавезама држава чланица Савета Европе да омогуће правну заштиту и признање истополним заједницама живота, у складу са чланом 8. Европске конвенције о људским правима (заштита приватног и породичног живота). Анализа показује да је данас потпуно јасно да ове државе имају позитивну обавезу успостављања адекватног правног оквира који би партнерима у истополној заједници омогућио уживање извесних субјективних права. Таква обавеза се прошире и на истополне бракове склопљене у иностранству и, када је Србија у питању, намеће неодложну законодавну интервенцију.*

***Кључне речи**: међународно приватно право, Европска конвенција о људским правима, истополни бракови, заштита приватног и породичног живота.*

---

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

1. УВОД – ОБАВЕЗА ПРУЖАЊА ДЕЈСТВА СТАТУСУ СТЕЧЕНОМ У ИНОСТРАНСТВУ, ЉУДСКА ПРАВА И МЕЂУНАРОДНО ПРИВАТНО ПРАВО

Просторна и временска преносивост личног и породичног статуса физичких лица представља област у којој долази до очигледне интеракције материје људских права и правила међународног приватног права. Појам „статус" означава правни положај лица у оквиру једног друштва и односи се на различите аспекте живота појединца који се тичу његове личности и односа са другим индивидуама (лично име, односе поводом брака, усвојења, старатељства итд.).[1] Инструменти заштите људских права утичу на примену механизма међународног приватног права приликом одлучивања судова и других органа примене права о признање (пружању дејства) статуса који је претходно, у складу са правом одређене државе, стечен у иностранству.

Питањем интеракције људских права и међународног приватног права бави се и Институт за међународно право. Ова организација је 2021. године усвојила Резолуцију о људским правима и међународном приватном праву (у даљем тексту: Резолуција), пружајући своје виђење о начину на који се може остварити заштита људских права приликом регулисања прекограничних приватноправних односа. Међу одредбама које се тичу регулисања међународне надлежности, одређивања меродавног права и признања и извршења страних одлука у контексту заштите и промоције људских права, налази се и она која се односи на статус. Према тој одредби, поштовање права на породични и приватни живот захтева признање личног статуса који је стечен у иностранству, под условом да је лице у питању имало довољну везу са државом порекла и са државом чије је право било примењено, те да не постоји очигледна повреда јавног поретка државе у којој се признање овог статуса захтева.[2]

Према извештају уз нацрт Резолуције који је сачинио Фаусто Покар (*Fausto Pocar*), њен циљ није да представља каталог постојећих правила и начела људских права и међународног приватног права, већ да покуша да успостави одговарајућу равнотежу између две области у прекограничним односима.[3] Као што се може видети из претходно поменутог члана 10. Резолуције, пружање дејства личном и породичном статусу стеченом у иностранству јесте циљ којем би државе требало да стреме, али Резолуција оставља

---

[1] Вид. F. Salerno, The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law, *Recueil des cours*, vol. 395/2019, 21.

[2] The Institute of International Law, 4th Commission, *Human Rights and Private International Law*, Online Session – 2021, 4 September 2021, Article 10.

[3] F. Pocar, *Human Rights and Private International Law*, *Draft Resolution Explanatory Report*, 27 January 2021, пасус бр. 10.

простора за одбијање да се стечени статус призна када би то било супротно јавном поретку државе признања и када није постојало оправдање за заснивање надлежности органа који је одлучивао о статусу, нити за примену одређеног права, оличено у стварној вези између лица о чијем статусу се ради и одговарајуће државе.

Резолуција очигледно почива на идеји координације између људских права и инструмената међународног приватног права, као што су клаузула јавног поретка, забрана изигравања закона и успостављања прекомерне међународне надлежности. Овакав начин размишљања полази од премисе да регулисање прекограничних односа на начин који гарантује остваривање људских права не треба да искључу примену правила међународног приватног права и алата који припадају овој дисциплини. Људска права утичу на примену поменутих правила, обезбеђујући руководна начела и одређујући правац деловања норми међународног приватног права, али теорија, концепти и методи који се примењују у прекограничним односима и даље припадају међународном приватном праву.[4]

Међутим, државе које су чланице Савета Европе су до сада више пута биле у прилици да се увере како Европски суд за људска права (у даљем тексту: Суд) нема много разумевања за суптилни међусобни однос између субјективних права гарантованих Европском конвенцијом о људским правима (у даљем тексту: Конвенција) и инструментаријума међународног приватног права. Ова констатација се посебно односи на обавезу држава да пруже дејство личном и породичном статусу који је стечен у иностранству.

Нормативна основа која отежава државама чланицама да одбију преношење статуса стеченог на територији друге државе налази се у члану 8. Конвенције, који гарантује поштовање приватног и породичног живота, уз право власти да задиру у овај живот само у случајевима који су предвиђени ставом 2. истог члана.[5] Текст члана 8. даје основа за закључак да је очување статуса стеченог у иностранству вредност сама по себи и да ужива заштиту на основу Конвенције. Сумирајући праксу Суда у овој материји, Салерно (*Salerno*) истиче да државе уговорнице Конвенције уживају широку слободу у прописивању услова који морају бити испуњени како би се статус квалификовао за признање, али, са друге стране, будући да одбијање да се лицу

[4] Вид. M. J. A. Oyarzabal, The Influence of Public International Law upon Private International Law in History and Theory and in the Formation and Application of the Law, *Recueil des cours*, vol. 428/2023, 218, 219.

[5] Члан 8 Конвенције (*Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003) гласи:

„*Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке.*

Јавне власти неће се мешати у вршење овог права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других.“

призна лични или породични статус који је претходно стечен представља задирање у права из члана 8, на државе се пребацује одговорност да докажу како је одбијање његовог признања неопходно у демократском друштву, у циљу заштите интереса које наводи став 2. члана 8. Конвенције.[6]

Другим речима, механизми који се у међународном приватном праву користе како би се домаћи правни поредак заштитио од вредности које су супротне основама друштвеног уређења (клаузула јавног поретка), спречиле злоупотребе система колизионих правила (изигравање закона), па чак и колизионе норме које указују на меродавност права које онемогућава признавање дејстава односу заснованом у иностранству, могу да се користе само ако воде остваривању интереса који Суд види као вредан заштите. Тако је, на пример, када је у питању признање усвојења заснованог у иностранству, Суд закључио да је држава повредила право на породични живот подноситељке представке, тако што је одбила да призна усвојење пуноважно засновано у иностранству, позивајући се на примену сопствене колизионе норме према којој је за услове заснивања усвојења било меродавно право државе признања, са крајњим исходом да ови услови нису били испуњени.[7] Интерес државе признања да буде примењена њена колизиона норма и, следствено томе, њено супстанцијално право које је забрањивало потпуно усвојење особама које нису у браку, не може да оправда задирање у породични живот подноситељке представке, у ситуацији када су између ње и њене усвојене ћерке фактички постојале породичне везе, када је усвојење било пуноважно засновано према праву државе порекла,[8] и када је ранија пракса органа државе признања створила код подноситељке представке легитимна очекивања да ће усвојење бити признато.[9] На сличан начин, Суд начелно прихвата постојање права државе да одбије признање усвојења у иностранству због повреде јавног поретка, али је спреман да констатује да активирање ове клаузуле представља повреду члана 8. Конвенције, када нађе да је задирање у права подносиоца представке несразмерно друштвеном интересу који се штити установом јавног поретка.[10]

На основу овакве праксе у стварима које се односе на пружање дејства статусу стеченом у иностранству, у литератури се истиче да, иако члан 8. Конвенције не значи бланкетну обавезу државе да допусти признање статуса, он ипак ствара окружење у којем постоји подстицај да се признање дозволи.[11]

---

[6] F. Salerno, *op. cit*., 57.

[7] Wagner and J.W.L.M. v. Luxembourg, 76240/01, 28 June 2007, пасус бр. 131.

[8] *Ibid*., пасуси бр. 133, 135.

[9] *Ibid*., пасус бр. 130.

[10] Вид. *Negrepontis-Giannisis v. Greece*, 56759/08, 3 May 2011, пасуси бр. 67, 76.

[11] Вид. L. R. Kiestra, *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, the Hague, 2014, 224, 227.

Говори се и о постојању позитивне обавезе државе да, у сопственом законодавству, обезбеди одговарајуће механизме за „пресељење“ статуса пуноважно стеченог у иностранству, при чему ограничења која држава поставља у том смислу морају бити пропорционална легитимним циљевима који се њима остварују.[12]

Водећи рачуна о значају праксе Европског суда за људска права у домаћем правном поретку и претходно описани утицај људских права на традиционалне механизме међународног приватног права, циљ овог рада јесте да испита ставове Суда у односу на још увек контроверзно друштвено питање – пружање правне заштите и признање дејстава истополним браковима склопљеним у иностранству.

У пракси Суда, као што ће бити објашњено у наставку, прави се јасна разлика између истополних бракова, са једне стране, и других облика истополних заједница живота које производе правне последице. Србија припада кругу држава чије законодавство не признаје дејство заједницама живота лица истог пола. Са друге стране, већина чланица Савета Европе у овом тренутку нуди оваквим заједницама неку врсту правне заштите, у облику права на склапање брака, регистрованог партнерства или другог облика правно регулисане заједнице лица истог пола.[13] С тим у вези, могуће је да се домаћи судови или други органи суоче са дилемом у погледу тога да ли се оваквим заједницама могу пружити дејства у домаћем правном поретку, онда када су формиране у држави чије их законодавство познаје. Потребно је напоменути и да је феномен некомпатибилности домаћег права у овом смислу са правима појединих европских (и не само европских) држава релативно давно уочен у домаћој доктрини међународног приватног права. Стога се у појединим радовима разматрају питања у вези са квалификацијом оваквих заједница за потребе примене одговарајућих колизионих норми пред домаћим судовима[14] и признањем дејстава истополним браковима или другим облицима правно признатих заједница лица истог пола[15] коришћењем традиционалних инструмената међународног приватног права, као што су решавање претходног

[12] F. Salerno, *op. cit*., 156. Такође, J. J. Fawcett, M. N. Shúilleabháin, S. Shah, *Human Rights and Private International Law*, Oxford, 2016, 584.

[13] Према стању у септембру 2023. године, ово се односи на 30 од 46 чланица Савета Европе. Вид. *Koilova et Babulkova c. Bulgarie*, 40209/20, 5 septembre 2023, пасус 61.

[14] Вид. M. Pavlović, Kolizionopravni aspekti istopolnog registrovanog partnerstva zaključenog u inostranstvu: nekoliko napomena iz ugla domaćeg međunarodnog privatnog prava, *Pravni zapisi*, god. XIII, br. 1/2022, 177-211.

[15] Термин „истополне заједнице“ који се користи у овом раду се употребљава у најширем смислу, тј. као заједнички израз за правно заштићене заједнице лица истог пола, без обзира да ли је у питању брак, грађанска заједница (енгл. *civil union*), регистровано партнерство (енгл. *registered partnership*) или нека друга форма у којој се овим заједницама живота пружа правна заштита.

питања и супституција.[16] Као што се може закључити на основу анализе праксе Суда у овој материји која је дата у наставку рада, обавеза пружања дејства истополним заједницама формираним у иностранству је последица ставова које је Суд заузео у вези са општом обавезом држава уговорница да оваквим заједницама обезбеде правну заштиту, без обзира да ли се ради о заједницама насталим у иностранству или онима које парнери желе да формирају у држави уговорници. Због тога се у наставку рада говори о пракси Суда која се не односи само на иностране истополне бракове, већ генерално на обавезе држава у контексту истополних заједница и њихове заштите на основу члана 8. Конвенције.

2. ПРАВО НА ЗАШТИТУ ПОРОДИЧНОГ ЖИВОТА И ОБАВЕЗА ДРЖАВЕ ДА ОМОГУЋИ ПРАВНУ ЗАШТИТУ ИСТОПОЛНИМ ЗАЈЕДНИЦАМА

Члан 8. Конвенције пружа заштиту личном и породичном животу. Европски суд за људска права је, прихватајући да питање сексуалне оријентације једног лица представља сферу приватног живота,[17] дуго оклевао да истополним заједницама призна право на заштиту породичног живота. У предмету Мата Естевез против Шпаније (*Mata Estevez v. Spain*), Суд је одбацио као недопуштену представку шпанског држављанина који је тврдио да су шпанске власти повредиле његово право на поштовање приватног и породичног живота и члан 14. Конвенције (забрана дискриминације), тако што су одбиле да му признају право да наследи пензију свог партнера са којим је био у хомосексуалној заједници дуже од десет година.[18]

Одбијање је било последица чињенице да је шпанско законодавство дозвољавало надлеђивање пензија само преживелом супружнику или, изузетно, ванбрачним партнерима који нису могли да ступе у брак због забране развода која је постојала у Шпанији све до 1981. године.

Суд је у образложењу одлуке констатовао, позивајући се на устаљену праксу, да трајне хомосексуалне заједнице између два мушкарца не спадају

[16] Вид. G. Knežević, V. Pavić, Homoseksualni brakovi u međunarodnom privatnom pravu Srbije, у књизи: R. Knez, S. Kraljić, D. Stojanović (ур.), *Evropski sodni prostor*, Maribor, 2005, 79-87, 86; M. Jovanović, Inostrane registrovane istopolne zajednice života pred kolizionim pravilima srpskog međunarodnog privatnog prava: crno-beli odraz slike duginih boja?, у књизи: T. Varady *et al*. (ур.), *Liber amicorum Gašo Knežević*, Beograd, 2016, 167-190, 181-185; M. Stančić, Nasledna prava supružnika iz istopolnog braka zaključenog u inostranstvu i primena supstitucije, *Revija za evropsko pravo*, XVIII, br. 2-3/2016, 53-78.

[17] Види E. Kamarad, Necessity of Recognition of Same-Sex Marriages Concluded Abroad, *The Asian Yearbook of Human Rights and Humanitarian Law*, vol. 3/2019, 38-54, 44.

[18] *Mata Estevez v. Spain*, 56501/00, 10 May 2001.

у домашај права на породични живот у смислу члана 8. Конвенције.[19] Оправдање за овај став Суд је пронашао у недостатку консензуса међу државама уговорницама у вези са потребом да се стабилним *de facto* хомосексуалним заједницама пружи законска и судска заштита.[20] Последица непостојања заједничког става држава чланица у овом смислу, према ставу Суда, била је да ове државе и даље уживају широку слободу процене (енгл. *wide margin of appreciation*) приликом одлучивања да ли ће таквим заједницама пружити правну заштиту.[21] Са друге стране, Суд је прихватио да се емотивна и сексуална веза подносиоца представке везује за његов лични живот, те да дискриминација на основу сексуалне оријентације може представљати повреду чланова 8. и 14. Конвенције, али да је његов различит третман био оправдан имајући у виду легитиман циљ чијем остваривању је тежило шпанско законодавство – заштита породице засноване на брачним везама.[22]

Преокрет у вези са питањем да ли истополне заједнице представљају објекат заштите права на породични живот наступио је 2010. године, доношењем одлуке у предмету Шалк и Копф против Аустрије (*Schalk and Kopf v. Austria*).[23] Предмет се односио на представку коју су поднела двојица аустријских држављана, због одбијања аустријских органа управе и Уставног суда да им признају право на склапање брака. Подносиоци представке су тврдили да су жртве дискриминације, будући да им није дозвољено да склопе брак као што то могу да учине хетеросексуални парови, односно због тога што им није омогућено да њихова веза буде призната пред законом на други начин.[24]

Одлука Суда у овом предмету била је значајно опредељена чињеницом да је Аустрија у међувремену усвојила Закон о регистрованим партнерствима, који је у овој земљи почео да се примењује 1. јануара 2010. године.[25] Суд је, међутим, одбио захтев Аустрије да констатује да је ствар решена и да обрише представку са листе случајева, у складу са чланом 37. Конвенције.[26]

Одлучујући о тврдњи да су подносиоци представке били изложени дискриминацији у вези са поштовањем њихових права из члана 8. Конвенције, Суд је одступио од устаљене праксе која је истополним заједницама одрицала право на заштиту породичног живота.[27] Претходно, Суд је констатовао да је у овој пракси прихваћено да емотивне и сексуалне везе истополних

[19] *Ibid*., 4. У овом пасусу Суд наводи раније одлуке Европске комисије за људска права у којима се заузима поменути став.

[20] *Ibid*.

[21] *Ibid*.

[22] *Ibid*., 5.

[23] *Schalk and Kopf v. Austria*, 30141/04, 24 June 2010.

[24] Пасус 3.

[25] Подносиоци су поднели представку пред Судом у августу 2004. године.

[26] Пасуси бр. 35-38.

[27] *Ibid*., пасус 94.

парова уживају заштиту под окриљем приватног живота, али да не представљају „породични живот“, чак ни када се ради о дугорочним везама партнера који живе заједно.[28]

Кључни разлог за измену става Суд је пронашао у еволуцији друштвеног схватања о потреби успостављања правне заштите истополних заједница – од 2001. године, када је донета одлука у предмету Мата Естевез против Шпаније, значајан број држава уговорница је пружио правну заштиту истополним паровима, а „*брза еволуција друштвеног схватања*“ у овом погледу може се идентификовати и на основу прописа Европске уније.[29] Резултат ових промена био је закључак да би било вештачки задржати схватање да, за разлику од парова различитог пола, истополни партнери не могу уживати заштиту породичног живота на основу члана 8, те да „*веза подносилаца представке, истополног пара који живи заједно у стабилном, de facto партнерству потпада под појам „породичног живота“, као што би то био случај са везом пара различитог пола у истој ситуацији*.“[30]

Пошто је закључио да чланови истополне заједнице уживају право на заштиту породичног живота, следећи корак за Суд био је да утврди да ли су подносиоци представке били изложени дискриминацији због чињенице да им, за разлику од парова различитог пола, није било дозвољено да формализују своју везу склапањем брака или на други начин. Полазна премиса била је да су истополни партнери једнако способни као и партнери различитог пола да уђу у стабилну и посвећену везу, односно да им је једнако неопходно законско признавање и заштита њихове везе.[31]

Будући да је претходно нашао да државе нису обавезне да истополним партнерима омогуће склапање брака у смислу члана 12. Конвенције,[32] Суд је закључио да подносиоци представке нису били изложени дискриминацији у уживању права на породични живот због тога што им је забрањено да склопе брак.[33] Друга притужба – да подносиоцима представке није обезбеђен алтернативни начин правне заштите њихове везе – постала је ирелевантна

---

[28] *Ibid*., пасус 92.

[29] *Ibid*., пасус 93. Треба, међутим, констатовати да је, према анализи самог Суда, број држава уговорница Конвенције чије право је омогућавало неки вид правног дејства истополним заједницама у време доношења одлуке и даље у убедљивој мањини: 19 од тадашњих 47 чланица Савета Европе пружало је могућност овим лицима да закључе брак или да званично региструју своју заједницу. Вид. пасусе 27, 28.

[30] *Ibid*., пасус 94.

[31] *Ibid*., пасус 99.

[32] Вид. више о томе у следећем делу рада. Суд је истовремено поновио став да појам „породице“ није ограничен само на оне везе које имају своју основу у браку, те да породица може настати на основу фактичких односа. Тиме је омогућио себи да дође до закључка који је уследио – да су истополне заједнице део „породичног живота“. Вид. пасус 91.

[33] *Ibid*., пасус 101.

због чињенице да је у Аустрији, у време доношења одлуке у овом предмету, већ почео да се примењује Закон о регистрованом партнерству.[34] Једини начин на који је Аустрија могла да буде одговорна за повреде одредаба чланова 14. и 8. Конвенције био би, према томе, закључак Суда да је морала да подносиоцима представке омогући формализацију партнерства пре 1. јануара 2010. године.

У вези са овим последњим питањем, Суд је изнео коментар који на најбољи начин одсликава тадашње стање несигурности у вези са позитивном обавезом држава да омогуће признавање дејства истополним заједницама. Прво, у образложењу одлуке се констатује појава „*настајућег европског консензуса*“ у погледу законског признавања поменутих заједница.[35] Затим се истиче како већина држава и даље не признаје правна дејства истополним заједницама.[36] Коначно, закључује се да изостанак консензуса у овом смислу пружа државама широку слободу процене у вези са *временом* увођења законске регулативе.[37]

Изостанак европског консензуса који помиње Суд, према томе, по свему судећи не значи да су државе и даље слободне у процени да ли ће увести законодавне измене које би истополним заједницама омогућиле одговарајуће дејство, али им пружа право да одлуче у ком тренутку ће такво законодавство имплементирати. Овакав закључак је вероватно резултат специфичних околности случаја – чињенице да је законодавна интервенција у Аустрији предузета док је поступак пред Судом још увек био у току – па због тога није јасно какву би одлуку Суд донео да су околности биле другачије. Другим речима, да ли би изостанак европског консензуса (за који се констатује да је у настајању) омогућио туженој држави да избегне одговорност за повреду права на породични живот и дискриминацију, да није усвојила поменути пропис?

Потребно је нагласити да је питање консензуса држава уговорница од изузетног значаја за анализу коју спроводи Суд. Наиме, ако у вези са применом члана 8. Конвенције Суд утврди да постоји консензус у вези са одређеним контроверзним друштвеним питањем, слобода процене коју државе уживају приликом одлучивања о томе да ли ће увести мере усмерене на заштиту одређеног права је знатно сужена. Исто се односи на разматрање оправдања за неувођење ових мера – Суд ова оправдања подвргава знатно строжој провери у случају постојања консензуса.[38]

---

[34] *Ibid*., пасуси 102, 103.

[35] *Ibid*., пасус 105.

[36] *Ibid*.

[37] *Ibid*. Ова констатација је омогућила закључак да аустријски законодавац не може бити одговоран због тога што није раније донео Закон о регистрованом партнерству. Вид. пасус 106.

[38] Вид. H. Fenwick, D. Fenwick, Fully Recognizing Both Dignity and Equality Values under the Emergent ECHR Right to a Same Sex Registered Partnership, у књизи: C. Ashford, A. Maine

Одлуком у предмету Олиари и остали против Италије (*Oliari and others v. Italy*),[39] донетом пет година након оне у предмету Шалк и Копф против Аустрије, Суд поново разматра постојање позитивне обавезе државе да пружи неку врсту правног дејства истополним заједницама. У овом случају Суд је закључио да је Италија повредила обавезе на основу члана 8. Конвенције, тако што је пропустила да подносиоцима представке омогући приступ правном оквиру који би обезбедио признање и заштиту њихових заједница.[40]

Три истополна пара су поднела представку Суду, жалећи се на повреду чланова 8, 12. и 14, због тога што им Италија није омогућила приступ правном оквиру који би обезбедио правну заштиту њихових заједница у облику брака или регистрованог партнерства, чинећи тако дискриминацију на основу сексуалне оријентације.[41] Италијанско право тога времена, наиме, није дозвољавало лицима истог пола склапање брака, али ни регистрованог партнерства.

Суд је у овом предмету започео своју анализу понављањем става да истополни парови уживају право на заштиту породичног живота.[42] Такође, обавеза држава чланица да обезбеде поштовање породичног живота подразумева позитивну обавезу – да делују како би омогућиле ефикасно остваривање права предвиђених чланом 8. Конвенције.[43] Начин остваривања позитивне обавезе подложан је извесној слободи процене коју државе имају, при чему ширина слободе зависи од више фактора: постојања европског консензуса у вези са значајем интереса које је потребно заштити и најбољег начина да се то учини, али и потребе да се пронађе равнотежа између заштите приватног и друштвеног интереса.[44] Као што је већ претходно речено, слобода државе је већа уколико поменути консензус не постоји и уколико сопствено понашање може да оправда заштитом интереса заједнице у целини.[45]

Примењујући овако дефинисана начела на конкретан случај, Суд је истакао да „*шанка већина*“ чланица Савета Европе (24 од 47 држава) у том тренутку пружа некакав облик правне заштите истополним заједницама – у виду признавања права на брак или регистроване ванбрачне заједнице (регистрована партнерства).[46] Идентичне тенденције Суд је идентификовао у глобалним размерама, у законодавствима других држава.[47]

(eds.), *Research Handbook on Gender, Sexuality and the Law*, Cheltenham, Northampton, 2020, 123-125.

[39] *Oliari and others v Italy*, 18766/11 and 36030/11, 21 July 2015.

[40] *Ibid*., пасуси 187, 185.

[41] *Ibid*., пасус 3.

[42] *Ibid*., пасус 99.

[43] *Ibid*., пасус 159.

[44] *Ibid*., пасус 162.

[45] *Ibid.,* пасуси 162, 175.

[46] *Ibid.,* пасус 178.

[47] *Ibid.*

Ипак, обавеза Италије да истополним заједницама пружи правно дејство није била заснована само на чињеници да је већина држава уговорница Конвенције то учинила. Суде је, наиме, покушао да идентификује друштвени интерес који би могао да оправда пропуштање тужене државе да делује. За разлику од интереса партнера у истополној заједници да ова заједница буде призната пред законом и да им се омогући уживање основних права без ометања,[48] Италија није успела да јасно означи интерес заједнице који би спречио законодавну интервенцију.[49] Штавише, тужена држава је изричито порицала да је пропуштање да уведе одговарајући законодавни оквир покушај заштите традиционалног концепта породице или друштвеног морала, већ је истицала да осетљивост питања захтева да јој се пружи слобода у одлучивању о времену и начину на који ће пружити заштиту овим заједницама.[50]

Два фактора су посебно утицала на закључак суда да Италија није деловала у циљу заштите друштвеног интереса. Прво, Суд је указао на сукоб између друштвене стварности и права.[51] Подносиоци представки су живели отворено у Италији, у друштву у којем постоји готово опште прихватање хомосексуалних парова и подршка за заштиту њихових права,[52] док им, са друге стране, законодавство ове државе није омогућавало да њихова заједница буде призната на било који начин. Осим тога, Суд је имао у виду и чињеницу да су највиши италијански судови више пута позивали италијанског законодавца да интервенише и омогући регулисање истополних заједница одговарајућим прописима.[53]

Под притиском Европског суда за људска права, Италија је у мају 2016. године донела закон којим је лицима истог пола омогућила регистрацију грађанских заједница.[54]

Једна од новијих одлука Европског суда за људска права посебно је значајна са аспекта друштвеног интереса који би државе могле да истакну као разлог за одбијање да се истополним заједницама призна правно дејство и заштита пред законом. У питању је предмет Федотова и остали против Русије (*Fedotova and others v. Russia*).[55]

Представке у овом случају су поднела три истополна пара због одбијања руских органа да им дозволе склапање брака позивајући се, између осталог,

[48] *Ibid*., пасус 174.
[49] *Ibid*., пасус 176.
[50] *Ibid*.
[51] *Ibid*., пасус 173.
[52] *Ibid.,* пасус 181.
[53] *Ibid*., пасуси 180, 184.
[54] Вид. S. Marinai, Recognition in Italy of Same-sex Marriages Celebrated Abroad: the Importance of a Bottom-up Approach, *European Journal of Legal Studies*, vol. 9, no. 1/2016, 10-37, 11.
[55] *Fedotova and others v. Russia*, 40792/10, 30538/14, 43439/14, 13 July 2021.

на Породични закон Руске Федерације који је међу условима за склапање брака наводио постојање слободног и узајамног пристанка мушкарца и жене.[56]

Суд је у овом случају започео анализу констатацијом да члан 8. Конвенције не намеће изричито обавезу држави да призна правно дејство истополним заједницама, али да ова одредба захтева успостављање правичне равнотеже између интереса истополних партнера и интереса друштва у целини.[57] Суд је јасно идентификовао интерес истополних парова да њихова заједница буде призната пред законом, односно тешкоће које проистичу за ова лица у недостатку законског регулисања заједнице (немогућност посећивања партнера за време лечења, коришћења финансијских и стамбених подстицаја, међусобног наслеђивања итд.).[58] Затим је прешао на анализу интереса које је Русија истакла као разлоге за одбијање да се истополним заједницама пружи правно дејство: заштита интереса традиционалне породице засноване на браку између мушкарца и жене, недостатак консензуса у Европи у вези са формалним признањем истополних заједница, интерес заштите малолетника од промоције хомосексуализма и оштро противљење домаће јавности истополним браковима.[59]

Од свих наведених разлога Суд је делимично уважио као легитиман само онај који се односи на потребу пружања заштите традиционалном браку, али је истакао да није у стању да утврди на који начин би формално признавање истополних заједница пред законом угрозило традиционални брак, будући да оно не би спречавало лица различитог пола да ступају у брак или да уживају користи које из брака проистичу.[60]

Интересантан је и осврт Суда на аргумент који се односи на неприхватање истополних бракова од стране руске јавности – став већине нема исти значај у случајевима када се односи на проширивање заштите према Конвенцији и, са друге стране, када се ова већина противи пружању заштите приватног и породичног живота значајном делу становништва.[61] У овом другом случају, било би у нескладу са вредностима Конвенције када би уживање права која она успоставља за мањинске групе било условљено њиховим прихватањем од стране већине.[62] Значајно је приметити да одлука у предмету Федотова уопште не помиње чињеницу постојања европског консензуса у вези са пружањем правне заштите истополним заједницама, што је аргумент који је фигурирао као значајан у предмету Олиари и остали против Италије.

---

[56] *Ibid*., пасуси 1, 24.
[57] *Ibid*., пасус 49.
[58] *Ibid*., пасуси 49, 51.
[59] *Ibid*., пасуси 32-35.
[60] *Ibid*., пасус 54.
[61] *Ibid.,* пасус 52.
[62] *Ibid*.

Изостанак ове анализе је упадљив и због тога што се Русија, као што је претходно речено, позивала на недостатак тог консензуса као један од аргумената у својој одбрани.[63]

Коначно, Суд је закључио да је Русија имала могућност слободне процене у вези са тим који од облика регистровања истополних заједница ће дозволити, узимајући у обзир конкретан друштвени и културни контекст, али да је одбијањем да се овим заједницама пружи било какав вид правне заштите ова слобода прекорачена, чиме је Русија повредила члан 8. Конвенције.[64]

На захтев Руске Федерације, одлука која је донета у наведеном предмету је прослеђена на разматрање Великом већу Суда, у складу са чланом 43. Конвенције.[65] Велико веће је потврдило закључак из раније донете одлуке да је Русија повредила члан 8. Конвенције пропуштањем да реализује обавезу пружања правне заштите истополним заједницама.

Два аспекта пресуде Великог већа су посебно значајна. Прво, члан 8. Конвенције намеће позитивну обавезу државама чланицама Савета Европе да обезбеде правни оквир који допушта истополним паровима адекватно признање и заштиту њихове везе.[66] Друго, слобода процене држава у погледу тога да ли ће оваква заштита итополних заједница бити омогућена је значајно смањена.[67] С тим у вези, строга контрола разлога које би државе користиле да одбију извршење поменуте обавезе је оправдана не само због тога што захтев истополних партнера за правним признањем и заштитом њихове заједнице представља посебно важан аспект њиховог личног и друштвеног идентитета,[68] већ и због постојања „*јасної и шекућеї*“ тренда пружања заштите овој врсти заједница у правима држава чланица.[69] Тиме је аргумент „европског консензуса“ који упадљиво недостаје у преиспитиваној одлуци поново враћен у средиште анализе у пресуди Великог већа.

Анализиране одлуке имају несумњив утицај и на питање да ли члан 8. Конвенције намеће државам признања обавезу да признају дејство истополним заједницама формираним у иностранству. Од јануара 2023. године и доношења пресуде Великог већа у предмету Федотова нема дилеме у погледу

---

[63] *Ibid*., пасус 33.

[64] *Ibid*., пасус 56.

[65] Овај члан омогућава свакој од странака да, у року од три месеца од доношења пресуде, захтева да се предмет изнесе пред Велико веће. Према ставу 2 члана 43 Конвенције, Веће прихвата захтев ако се предмет тиче значајног питања за тумачење Конвенције или озбиљног питања од опште важности.

[66] *Fedotova and others v. Russia*, 40792/10, 30538/14, 43439/14, Grand Chamber, 17 January 2023, пасус 178.

[67] *Ibid*., пасус 187.

[68] *Ibid*., пасуси 184, 185.

[69] *Ibid*., пасуси 175, 187. Велико веће наводи да 30 држава чланица омогућава истополним заједницама неки вид признања и правне заштите.

тога да државе имају обавезу да истополним заједницама пруже адекватан правни оквир који ће омогућити заштиту ових заједница. При томе, као што показује пракса Суда у вези са захтевима за признање истополних бракова склопљених у иностранству која ће бити приказана у наставку, садржина обавезе држава се практично не разликује у односу на ситуације које нису прекограничног карактера, тј. у односу на оне када се формирање правно признате истополне заједнице први пут захтева пред домаћим органима једне државе.

Са друге стране, приказане одлуке остављају отвореним питање шта значи позитивна обавеза да се истополним заједницама омогући *адекватан* правни оквир. Значење те обавезе је у досадашњој пракси суда делимично дефинисано и то на негативан начин – ова обавеза не значи обавезу омогућавања истополним партнерима да склопе брак.

3. ПРАВО ДРЖАВЕ ДА НЕ ДОЗВОЛИ СКЛАПАЊЕ ИСТОПОЛНИХ БРАКОВА

За разлику од обавезе држава чланица да истополним заједницама живота омогуће адекватну правну „видљивост“, Суд је за сада доследно на линији да ова обавеза не подразумева дозволу истополним партнерима да ступе у брак.

То следи из праксе која се односи на примену члана 12. Конвенције (право на склапање брака).[70] Готово без изузетка, у предметима у којима је Суд разматрао тврдње истополних парова да је поступање држава представљало повреду права на породични живот, истовремено је одлучивао о алтернативним тврдњама подносилаца представки да им је повређено право на склапање брака.

Релативна учесталост представки у којима истополни парови тврде да ускраћивање приступа браку представља повреду њихових људских права, последица је чињенице да је забрана истополних бракова још увек широко распрострањена на тлу Европе.[71] Наиме, тек 18 од 46 чланица Савета Европе дозвољава приступ овој установи када су у питању лица истог пола.[72]

---

[70] Члан 12 Конвенције: „*Мушкарци и жене одговарајућег узраста имају право да ступају у брак и заснивају породицу у складу са унутрашњим законима који уређују вршење овог права*.“

[71] Вид. P. Johnson, S. Falcetta, Same sex marriage and Article 12 of the European Convention on Human Rights, у књизи: C. Ashford, A. Maine (eds.), *Research Handbook on Gender, Sexuality and the Law*, Cheltenham, Northampton, 2020, 91-103, 94.

[72] Вид. M. Shahid, Equal Marriage Rights and European Courts, *ERA Forum*, vol. 23, 3/2023, 397-411, 398.

Недостатак „европског консензуса“ у овом контексту, друштвени и културни значај установе брака и, посебно, сам текст члана 12. Конвенције утицали су на формирање става Суда по овом питању.

Владајуће схватање у вези са евентуалном обавезом државе да лицима истог пола дозволи склапање брака износи се у предмету Шалк и Копф против Аустрије.[73] Пре него што је одлучивао о тврдњама подносилаца представке о томе да је Аустрија повредила њихово право на породични живот, Суд је морао да се осврне на питање да ли члан 12. Конвенције гарантује овим лицима право на склапање брака. Негативан одговор на ово питање[74] резултат је, првенствено, језичког и историјског тумачења поменутог члана. Према гледишту Суда, одредба члана 12. Конвенције, за разлику од осталих одредаба овог инструмента које гарантују одговарајуће право „свакоме“ или предвиђају да „нико“ неће бити изложен забрањеном третману, изричито и свесно резервише право на склапање брака за мушкарце и жене.[75] У време настанка текста Конвенције, такође, нема сумње да је појам брака схватан у традиционалном смислу – као заједница између партнера различитог пола.[76] Суд је прихвати аргумент да је Конвенција живи инструмент који би требало тумачити у складу са савременим условима,[77] али је истакао и да, без обзира на значајне друштвене промене које утичу на установу брака, не постоји европски консензус у вези са допуштеношћу истополних бракова.[78] У контексту еволуције схватања о улози и друштвеном значају брака, Суд је нашао да Повеља Европске уније о основним правима више не подразумева да је брак установа резервисана за лица различитог пола, али да овај документ такође препушта државама одлуку о томе да ли ће истополним паровима дозволити приступ браку.[79] Слично томе, иако наведене друштвене промене значе да право на брак не мора у свим случајевима остати резервисано за лица различитог пола, дубоко укорењено друштвено и културно значење брака које се разликује од једног до другог друштва, води ка томе да одлука о допуштености истополних бракова остаје резервисана за појединачне државе.[80]

Став Суда да истополни парови немају право на склапање брака, односно да државе нису дужне да овим лицима дозволе приступ браку остао је непромењен до данас.[81] Инсистирање на јасној разлици између обавезе прихватања

[73] *Schalk and Kopf v. Austria*.
[74] *Ibid*., пасус 63.
[75] *Ibid.,* пасус 55.
[76] *Ibid*.
[77] *Ibid*., пасус 57.
[78] Ibid., пасус 58.
[79] Ibid., пасус 60.
[80] Ibid., пасуси 61, 62.
[81] Закључак суда о примени члана 12 Конвенције на истополне парове из предмета Шалк и Копф поновљен је и у касније донетим одлукама. Вид. P. Johnson, S. Falcetta, *op. cit*., 99-101.

истополних бракова, са једне стране, и прихватања неког од осталих облика правно признатих истополних заједница, са друге, видљиво је из поступања Суда у бројним случајевима. На пример, у предмету Федотова и остали против Русије, Суд одбија аргумент тужене државе у вези са противљењем већег дела друштва увођењу истополних бракова, наводећи да се већина становника Русије противи истополним браковима, али да се то не односи на неку од преосталих форми којима се истополним заједницама може пружити правни значај.[82] Ипак, ово разликовање је у практичном смислу најзначајније у контексту слободне процене државе у вези са испуњењем позитивне обавезе да истополним заједницама призна правно дејство и пружи заштиту пред законом, у складу са чланом 8. Конвенције. Док државе чланице више не могу да бирају да ли ће поменуту обавезу испунити, оне имају релативну слободу избора у погледу природе правног режима који регулише права истополних парова, при чему се посебно истиче да овај режим не мора нужно да се јави у форми истополног брака.[83]

4. ОБАВЕЗА ПРИЗНАВАЊА ДЕЈСТВА ИСТОПОЛНИМ БРАКОВИМА СКЛОПЉЕНИМ У ИНОСТРАНСТВУ

Чињенице да су државе чланице Савета Европе у обавези да успоставе адекватан правни режим који би истополним заједницама омогућио правно дејство и заштиту пред законом, те да немају обавезу да дозволе склапање истополних бракова, од кључног су значаја за примену члана 8. Конвенције у контексту признавања страних истополних бракова.

У временском распону од 2017. до 2023. године, Суд је имао прилику да се изјасни о два спора покренута због одбијања држава да пруже одговарајуће дејство истополним браковима склопљеним у иностранству. У оба ова случаја чињенично стање је били слично – подносиоци представки су у већини били држављани држава у којима је захтевано признање и законодавства ових држава нису, у тренутку подношења представки пред Судом, пружала истополним заједницама било какво дејство и заштиту.

У првом од ова два предмета – Орланди и остали против Италије (*Orlandi and Others v. Italy*) – поступак је покренуло шест истополних парова (11 италијанских држављана/држављанки и један канадски држављанин), због одбијања италијанских органа да изврше регистрацију њихових бракова закључених у Канади, САД и Холандији, односно због немогућности да сопственим заједницама обезбеде одговарајуће дејство, због тога што Италија

[82] *Fedotova and others v. Russia*, пасус 56.
[83] *Fedotova and others v. Russia*, Grand Chamber, пасус 188.

није дозвољавала закључивање истополних бракова, нити било који други облик истополних заједница. На тај начин, према наводима подносилаца представки, ова држава је повредила чланове 8, 12. и 14. Конвенције.[84]

Анализа коју је спровео Суд у овом предмету се у великој мери заснивала на закључцима које је претходно донео у предмету Олиари и остали против Италије: државе су још увек слободне да дозволе приступ склапању брака само лицима истог пола, али је истополним паровима потребно пружити правно признање и заштиту њиховог односа.[85] Одбијање државе да ово учини мора бити засновано на доминантном друштвеном интересу, који Италија није била у стању да идентификује.[86] Италија је, међутим, у мају 2016. године донела Закон бр. 76/2016 којим се лицима истог пола омогућава склапање тзв. грађанских заједница и партнерима у овој заједници пружају многа права која су до тада била резервисана за супружнике.[87] Такође, уследила је и законодавна интервенција у материји међународног приватног права – од фебруара 2017. године, брак који би италијански држављанин склопио у иностранству са особом истог пола производи дејства грађанске заједнице, у складу са италијанским законодавством.[88]

Према схватању Суда, законодавна интервенција у питању је подобна да задовољи минималне стандарде Конвенције и пружа партнерима у грађанској заједници заштиту њихових основних потреба.[89] Међутим, с обзиром на то да су измене италијанског права предузете тек током 2016. и 2017. године, Суд се окренуо испитивању да ли је одбијање тужене државе да региструје бракове подносилаца представки у било којој форми пре ових измена повредило њихова права на основу члана 8. Конвенције.[90]

Суд је у својој анализи још једном показао слух за разликовање обавеза државе када је у питању прихватање истополних бракова, са једне стране, и обавеза да се истополним паровима пружи друга адекватна врста правне заштите, са друге.

У вези са првом обавезом – обавезом Италије да изједначи истополне бракове склопљене у иностранству са браковима по италијанском праву – Суд је

---

[84] *Orlandi and Others v. Italy*, 26431/12, 26742/12, 60088/12, 14 December 2017, пасус 3. За детаљан приказ одлуке у овом предмету вид. М. Павловић, Пресуда Европског суда за људска права у предмету Орланди и остали против Италије – признање истополног брака закљученог у иностранству, *Зборник радова „Усклађивање правног система Србије са стандардима ЕУ“*, Крагујевац, 2023, 561-586.

[85] *Orlandi and Others v. Italy*, пасус 192.

[86] *Ibid*.

[87] Вид. S. Marinai, *op. cit*., 11.

[88] Вид. М. Павловић, Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Орланди и остали против Италије* – признање истополног брака закљученог у иностранству, 568.

[89] *Orlandi and Others v. Italy*, пасуси 194, 195.

[90] *Ibid*., пасус 196.

нашао да тужена држава ужива широку слободу процене у вези са питањем да ли је овакво поступање неопходно. То проистиче из чињенице да су, у релевантном моменту, само три од 27 држава чланица чије законодавство није дозвољавало склапање истополних бракова, истовремено допуштале признање страних истополних бракова у форми брака.[91] Због тога је тужена држава имала право да одбије да изједначи стране истополне бракове са браковима склопљеним према италијанском праву ако за то постоји легитимни јавни интерес. Међутим, супротно тврдњама тужене државе,[92] овај интерес Суд није пронашао у томе што би регистрација иностраних истополних бракова у форми брака била супротна јавном поретку Италије (будући да је и сам Касациони суд Италије утврдио да овакви бракови склопљени у иностранству нису супротни јавном поретку),[93] већ у чињеници да тужена држава има право да штити ред у сопственом правном поретку: тако што ће сопственим држављанима онемогућити у иностранству приступ установама које нису дозвољене према домаћем праву (истополни бракови).[94]

Са друге стране, одбијање италијанских власти да региструју истополне бракове у питању у било којој другој форми, пре доношења Закона бр. 76/2016, и да им омогуће формално признање и заштиту њихове заједнице, оставило је подносиоце представки у „*правном вакуму*“, при чему се понашање државе није могло оправдати постојањем општег интереса.[95] На тај начин је Италија повредила њихово право на приватни и породични живот у смислу члана 8 Конвенције.[96]

Друга одлука која се односи на обавезу државе да пружи дејства истополном браку склопљеном у иностранству донета је недавно, у предмету Коилова и Бабулкова против Бугарске (*Koilova et Babulkova c. Bulgarie*).[97] Поступак пред Судом у овом случају су покренуле две бугарске држављанке које су склопиле брак 2016. године, у Уједињеном Краљевству. Представка је поднета због наводне повреде чланова 8, 12. и 14. Конвенције, услед одбијања

---

[91] *Ibid*., пасус 205.

[92] *Ibid*., пасус 167.

[93] *Ibid*., пасуси 61-65. Одлучујући у поступку који су покренула двојица подносилаца представке у предмету Орланди и остали против Италије, због одбијања локалних власти да региструју њихов брак предходно склопљен у Холандији, Касациони суд је нашао да овај брак није могуће регистровати, али не због тога што би он био супротан јавном поретку, непостојећи или ништав, већ зато што, у недостатку интервенције италијанског законодавца, овај брак не може да производи одговарајућа правна дејства у Италији. Вид., такође, М. Павловић, Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Орланди и остали против Италије* – признање истополног брака закљученог у иностранству, 569-571.

[94] *Orlandi and Others v. Italy*, пасус 207.

[95] *Ibid.,* пасус 209.

[96] *Ibid*., пасус 211.

[97] *Koilova et Babulkova c. Bulgarie*, 40209/20, 5 septembre 2023.

локалних власти у Софији да унесу у матичну књигу промену брачног статуса прве подноситељке представке, те да је означе као особу која се налази у браку.[98]

Закључци Суда у овом предмету могу да буду од посебног значаја за Србију, имајући у виду јасну аналогију између положаја Бугарске и наше земље у два кључна аспекта проблема. Наиме, као што је то случај са Уставом Србије,[99] Устав Бугарске такође предвиђа да је брак заједница између мушкарца и жене.[100] Такође, нормативно стање у овој земљи у вези са правним значајем истополних заједница кореспондира са стањем у Србији: истополним заједницама живота се не пружа правно дејство и заштита.

Одлука Суда у случају Коилова и Бабулкова против Бугарске је донета под великим утицајем одлуке Великог већа у предмету Федотова и остали против Русије, из јануара 2023. године. Ослањајући се на поменуту одлуку Великог већа, Суд констатује постојање позитивне обавезе држава чланица да истополним паровима омогуће признање пред законом и правну заштиту њихове заједнице.[101] Са друге стране, државе нису дужне да овакву заштиту обезбеде у форми истополних бракова.[102]

У погледу слободне процене држава у вези са имплементацијом позитивне обавезе у питању, Суд је поновио раније изнето схватање да је та слобода сужена, имајући у виду чињеницу да се пружање правне заштите истополним заједницама тиче важних аспеката личног и друштвеног идентитета лица која су њихови чланови, те да постоји јасан тренд у Европи у вези са прихватањем неопходности правног регулисања истополних заједница.[103] Као и у предмету Федотова и остали против Русије, слобода државе се изричито помиње у контексту одлучивања о томе да ли ће заштита бити обезбеђена кроз увођење истополних бракова или неког другог облика правно признатих заједница лица истог пола.[104]

Одбијање Бугарске да пружи било какво правно дејство браку подноситељка представки било би оправдано, према анализи Суда, само ако би понашање државе представљало правичну равнотежу између заштите преовлађујућег општег интереса, са једне стране, и интереса ових лица, са друге.[105] Због тога је било потребно идентификовати општи интерес који је могао да послужи туженој држави као оправдање у датом случају.

[98] *Ibid*., пасуси 4, 5.

[99] Члан 62. став 2. Устава Србије: „*Брак се закључује на основу слободно датог пристанка мушкарца и жене пред државним органом*."

[100] *Koilova et Babulkova c. Bulgarie,* пасус 8.

[101] *Ibid*., пасус 39.

[102] *Ibid.,* пасус 38.

[103] *Ibid.,* пасус 40.

[104] *Ibid.,* пасус 59.

[105] *Ibid*., пасус 41.

Суд је у вези са овим приметио да Бугарска, за разлику од Русије у случају Федотова и остали против Русије, не тврди да би прихватање истополних заједница било супротно потреби да се очувају вредности повезане са традиционалним концептом породице, да је бугарска јавност непријатељски расположена према хомосексуланим односима или да заштита малолетника захтева да се спречи промоција хомосексуализма.[106] Уместо тога, тужена држава је оспоравала да јој члан 8. Конвенције намеће позитивну обавезу правног признавања истополних заједница и позвала је Суд да допусти друштвеним и законодавним променама које су у току у Бугарској да се одиграју што би, према тврдњама ове државе, неминовно довело до прихватања ових заједница у правном поретку у будућности.[107] Такође је истакла да би интервенција на међународном плану у вези са овим друштвеним процесом била преурањена, те да су бугарске власти у најбољој позицији да процене осећања националне заједнице о овом питању и да одреде модалитет и тренутак у којем је потребно увођење конкретног правног оквира у овом контексту.[108]

Анализирајући разлоге које је тужена држава изнела, Суд је нашао да, за разлику од подноситељки представке које имају легитиман интерес да њихова заједница буде призната пред законом, како би могле да уживају субјективна права која се односе на имовину, породицу или наслеђивање на исти начин као и партнери различитог пола,[109] није у стању да идентификује постојање општег интереса на страни Бугарске који би имао предност у односу на основне интересе подноситељки представке.[110] То је омогућило закључак да је Бугарска прекорачила границе слободне процене и прекршила позитивну обавезу успостављања конкретног правног оквира којим се пружа признање и заштита истополним заједницама.[111]

На основу анализе праксе Суда у вези са признањем истополних бракова склопљених у иностранству, могуће је извести следеће закључке:

1. Државе чланице Савета Европе су дужне да пруже дејство истополним браковима који су склопљени у иностранству. Колизионе норме и други инструменти међународног приватног права државе признања не играју значајну улогу у овом контексту. Добра илустрација је одлука Суда у предмету Коилова и Бабулкова против Бугарске – одговорност тужене државе

---

[106] *Ibid*., пасус 55.

[107] *Ibid*. У вези са овим последњим, потребно је скренути пажњу на констатацију Суда, изречену на другом месту у образложењу, да Бугарска није исказала никакву решеност да у будућности измени законодавни оквир, како би супружницима који су закључили истополни брак у иностранству био допуштен упис ове промене у књигама грађанских стања. Вид. пасус 44.

[108] *Ibid*., пасуси 57, 58.

[109] *Ibid*., вид. пасусе 52, 53.

[110] *Ibid*., пасус 64.

[111] *Ibid*., пасус 65.

за повреду члана 8. Конвенције је настала због одбијања да се истополном браку који су две бугарске држављанке закључиле у Уједињеном Краљевству пружи дејство, без обзира на то што се према бугарској колизионој норми способност за склапање брака процењује према националном праву сваког од супружника,[112] па овакав брак никада не би могао бити склопљен применом бугарског права. У доктрини међународног приватног права се приступ који Суд користи назива принципом признавања ситуација створених у иностранству,[113] принципом признавања правних односа и стања,[114] односно доктрином стечених права.[115] Он подразумева да је за признавање статуса („ситуација") лица стеченог у иностранству довољно да је статус пуноважно стечен у држави порекла.[116]

2. Обавеза признавања дејства истополним браковима који су склопљени у иностранству не значи, међутим, обавезу да се брак изједначи са браком склопљеним према праву државе признања. Штавише, из праксе која је овде приказана следи да државе немају обавезу да истополним партнерима дозволе склапање брака, па сходно томе да немају ни обавезу да истополни брак склопљен у иностранству изједначе са браком на начин на који ову установу дефинише домаће право. Овај закључак јасно следи и из одлуке Суда у предмету Орланди и остали против Италије – обавезу Италије на основу члана 8. Конвенције Суд је сматрао испуњеном од тренутка када је ова држава дозволила истополним паровима да формирају грађанску заједницу, односно од када је истополним браковима склопљеним у иностранству омогућила дејства грађанске заједнице према италијанском праву. Важно је напоменути и то да италијански Закон бр. 76/2016 који у овај правни поредак уводи институт грађанских заједница овим заједницама пружа дејства која су ужа у односу на дејства брака према италијанским прописима – дете рођено у овој заједници је дете само биолошког родитеља, а не и другог партнера и ова лица не могу да се заједнички јаве као усвојиоци детета.[117]

3. Будући да је обавеза признања страног истополног брака испуњена „спуштањем" овог брака на ниво неког другог облика законски признате заједнице истополних лица, остаје отвореним питање конкретних дејстава која се оваквим браковима морају признати да би држава признања испунила позитивну обавезу на основу члана 8. Конвенције. Суд се до сада није детаљно

---

[112] *Ibid*., пасус 12. У образложењу се наводи одредба члана 76. став 1. Закона о међународном приватном праву Бугарске.

[113] Вид. F. Salerno, *op. cit*., 55-57.

[114] Вид. М. Јовановић, *op. cit*., 181, 182.

[115] Вид. А. Јакшић, *Међународно приватно право (општа теорија)*, Београд, 2017, 164-168.

[116] Вид. F. Salerno, *op. cit*., 55.

[117] Вид. S. Marinai, *op. cit*., 11.

бавио питањем различитих дејстава брака, са једне стране, и других облика заједница живота истополних партнера, са друге. У предмету Федотова и остали против Русије, Велико веће начелно истиче да заштита коју државе чланице пружају истополним паровима мора бити „*адекватна*“.[118] Суд помиње и извесне аспекте који су саставни део живота ових парова и који би требало да буду регулисани, као што су имовински (издржавање, опорезивање и наслеђивање) и лични односи (права и обавезе које се односе на међусобно помагање).[119] Међутим, још увек не постоји листа минималних дејстава која се морају пружити истополним заједницама у смислу члана 8. Конвенције.

5. ПРИЗНАЊЕ ИНОСТРАНИХ ИСТОПОЛНИХ БРАКОВА У СРБИЈИ

Као што је претходно већ истакнуто, Србија спада у круг држава које истополним заједницама живота не пружа било какав вид правног признања и заштите. Покушај доношења Закона о истополним заједницама, на основу нацрта који је припремило Министарство за људска и мањинска права и друштвени дијалог, пропао је због противљења различитих утицајних делова друштва оваквом нормирању.[120]

Признавање бракова склопљених у иностранству се у домаћем правном поретку примарно односи на упис брака у матичне књиге венчаних и рођених, на основу одговарајуће јавне исправе коју је издао надлежни орган у држави у којој је брак склопљен.[121]

Када су у питању истополни бракови склопљени у иностранству, изгледа да у домаћој доктрини нема спора о томе да регистрација оваквих заједница живота у Србији није могућа, било због тога што су овакви бракови супротни јавном поретку,[122] било због тога што нема еквиваленције између истополних бракова и појма брака који се уписује у евиденцију грађанских стања и који, према домаћем праву, представља заједницу живота између жене и мушкарца.[123]

---

[118] *Fedotova and others v. Russia*, Grand Chamber, пасус 190.

[119] *Ibid*.

[120] Вид. Д. Симовић, О. Јовић-Прлаиновић, Контроверзе правног уређивања истополних заједница у Републици Србији у светлости међународног права и упоредног права, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, том 55, бр. 4/2021, 1095-1118, 1097, 1098.

[121] Вид. М. Станивуковић, П. Ђундић, С. Ђајић, *Међународно приватно право – посебни део*, Београд, 2022, 261. Такође, А. Јакшић, *Међународно приватно право*, Београд, 2021, 530, 531.

[122] Вид. М. Станивуковић, П. Ђундић, С. Ђајић, *op. cit*., 264.

[123] Вид. G. Kneževič, V. Pavić, *op. cit*., 84. Такође, А. Јакшић, *Међународно приватно право*, 531. Дефиниција брака у српском законодавству је непромењена у односу на Закон о

Нормативно стање у нашој земљи, према томе, је слично ономе које постоји у Бугарској, односно стању законодавства у Италији пре легислативне реформе која се помиње у образложењу одлуке у предмету Орланди и остали против Италије. С тим у вези са намеће следеће питање: на који начин органи Републике Србије могу ускладити своје поступање са обавезама које следе из члана 8. Конвенције и предупредити одговорност за повреду права на приватни и породични живот лица која су склопила истополни брак у иностранству?

У домаћој доктрини Јакшић посебно инсистира на томе да одлуке и ставови Европског суда за људска права имају директно обавезујуће дејство у националним правним системима, да одлуке Суда креирају материјалноправне норме и у односима са иностраним елементом, те да директна примена ових норми представља нужност у савременом међународном приватном праву.[124]

Ово, међутим, не значи да би матичар у Србији могао да, позивом на праксу Суда у материји која се односи на обавезе држава на основу члана 8. Конвенције, једноставно упише истополни брак склопљен у иностранству у одговарајуће матичне књиге и тако га практично изједначи са браком у смислу одредаба Породичног закона. Ово не само због тога што се појам брака према домаћем праву не може прилагодити тако да обухвати заједнице живота које се у страним јурисдикцијама називају истополним браковима, већ би било проблематично из додатних разлога. Такво поступање би ишло изнад и преко онога што Суд захтева од судова и органа управе држава чланица у контексту права на поштовање приватног и породичног живота, будући да државе нису дужне да допусте склапање истополних бракова нити да признају овакве бракове склопљене у иностранству. Такође, једноставно изједначавање оваквих бракова са домаћим браковима би могло да представља и дискриминацију домаћих држављана који нису у позицији да издејствују склапање тавог брака пред иностраним органом.

Са друге стране, истополни брак склопљен у иностранству не би могао да се уподоби ни неком другом правно признатом облику заједнице живота лица истог пола, због тога што оваквом прилагођавању недостаје нормативна основа у домаћем правном поретку – супстанцијалне норме које би регулисале међусобне односе партнера истог пола који живе у стабилној и трајној заједници.

На основу свега реченог потпуно је јасно да законодавна интервенција на пољу уређења истополних заједница живота у Србији више не трпи одлагање.

браку и породичним односима СР Србије (1980): „*Брак је законом уређена заједница живота жене и мушкарца*“ (чл. 26. ст. 1). Идентично одређење појма брака садржи чл. 3. ст. 1 Породичног закона.

[124] А. Јакшић, *Међународно приватно право (општа теорија)*, 190, 191.

То је посебно очигледно после доношења одлуке Великог већа Суда у предмету Федотова и остали против Русије, у којој је имплементација адекватног законодавног оквира који би пружио правну заштиту истополним заједницама недвосмислено означена као позитивна обавеза држава чланица према члану 8. Конвенције. Доношењем прописа који би регулисао лична и имовинска дејства и односе партнера у оваквој заједници, у форми регистрованог партнерста или сличном облику, било би постигнуто усклађивање законодавства са обавезама које намеће Конвенција. Такође, било би обезбеђено поштовање одредбе из члана 62. став 2. Устава Србије која резервише склапање брака за супружнике различитог пола. Наиме, аргумент да би доношење прописа који би истополним заједницама пружао заштиту изван брака било супротно поменутој уставној одредби је очигледно неодржив, посебно имајући у виду доследну праксу Суда која јасно разликује бракове од других облика правно признатих заједница живота и која не инсистира на томе да се оваквим заједницама морају пружити дејства која би била једнака дејствима брака.

У контексту питања на које се односи овај рад, признање дејства истополним браковима склопљеним у иностранству би требало решити по угледу на италијанско право – прописивањем да се оваквим браковима у Србији признају дејства која имају регистроване заједнице истополних лица према специјалном пропису чије се доношење предлаже.

6. ЗАКЉУЧАК

Захтев да се дозволи преношење личног и породичног статуса стеченог у иностранству преко државних граница, у складу са нормама које штите људска права физичких лица, значајно утиче на примену традиционалних метода међународног приватног права. У специфичном положају се налазе државе чланице Савета Европе, чија дужност у поменутом смислу проистиче из члана 8. Конвенције који се односи на поштовање приватног и породичног живота. Пракса Европског суда за људска права ограничава слободу држава да ускрате дејства статусу који је јено лице пуноважно стекло у страној држави. Ово се односи и на дејства истополних бракова – доношењем одлуке Великог већа у предмету Федотова и остали против Русије отклоњена је дилема у погледу постојања позитивне обавезе држава да истополним заједницама живота пруже одговарајућу правну заштиту. Иако то још увек не значи и обавезу да државе изједначе истополне бракове склопљене у иностранству са браковима према домаћем праву, партнерима у оваквим заједницама живота се мора обезбедити минимална заштита која подразумева уређење њихових односа на плану имовинских и личних односа. То истовремено

значи да државе чланице чије законодавство не нуди истополним паровима никакав облик правног признања и заштите њихове заједнице, у које спада и Република Србија, више не могу да одлажу законодавну реформу. Доношењем прописа којим би се регулисала субјективна права и односи партнера у истополним заједницама живота, Србија би испунила своју позитивну обавезу у складу са чланом 8. Конвенције, не само у односу на лица која би захтевала да се њиховом истополном браку склопљеном у иностранству призна правни значај, већ и у односу на истополне парове који желе да формализују своју заједницу у нашој земљи.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

J. J. Fawcett, M. N. Shúilleabháin, S. Shah, *Human Rights and Private International Law*, Oxford, 2016.

H. Fenwick, D. Fenwick, Fully Recognizing Both Dignity and Equality Values under the Emergent ECHR Right to a Same Sex Registered Partnership, у књизи: C. Ashford, A. Maine (eds.), *Research Handbook on Gender, Sexuality and the Law*, Cheltenham, Northampton, 2020.

А. Јакшић, *Међународно приватно право (општа теорија)*, Београд, 2017.

А. Јакшић, *Међународно приватно право*, Београд, 2021.

P. Johnson, S. Falcetta, Same sex marriage and Article 12 of the European Convention on Human Rights, у књизи: C. Ashford, A. Maine (eds.), *Research Handbook on Gender, Sexuality and the Law*, Cheltenham, Northampton, 2020.

M. Jovanović, Inostrane registrovane istopolne zajednice života pred kolizionim pravilima srpskog međunarodnog privatnog prava: crno-beli odraz slike duginih boja?, у књизи: T. Varady *et al*. (ур.), *Liber amicorum Gašo Knežević*, Beograd, 2016, 167-190.

E. Kamarad, Necessity of Recognition of Same-Sex Marriages Concluded Abroad, *The Asian Yearbook of Human Rights and Humanitarian Law*, vol. 3/2019, 38-54.

L. R. Kiestra, *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, the Hague, 2014.

G. Knežević, V. Pavić, Homoseksualni brakovi u međunarodnom privatnom pravu Srbije, у књизи: R. Knez, S. Kraljić, D. Stojanović (ур.), *Evropski sodni prostor*, Maribor, 2005, 79-87.

S. Marinai, Recognition in Italy of Same-sex Marriages Celebrated Abroad: the Importance of a Bottom-up Approach, *European Journal of Legal Studies*, vol. 9, no. 1/2016, 10-37.

M. J. A. Oyarzabal, The Influence of Public International Law upon Private International Law in History and Theory and in the Formation and Application of the Law, *Recueil des cours*, vol. 428/2023.

M. Pavlović, Kolizionopravni aspekti istopolnog registrovanog partnerstva zaključenog u inostranstvu: nekoliko napomena iz ugla domaćeg međunarodnog privatnog prava, *Pravni zapisi*, god. XIII, br. 1/2022, 177-211.

М. Павловић, Пресуда Европског суда за људска права у предмету Орланди и остали против Италије – признање истополног брака закљученог у иностранству, *Зборник радова „Усклађивање правног система Србије са стандардима ЕУ“*, Крагујевац, 2023, 561-586.

F. Pocar, *Human Rights and Private International Law*, *Draft Resolution Explanatory Report*, 27 January 2021.

F. Salerno, The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law, *Recueil des cours*, vol. 395/2019.

Д. Симовић, О. Јовић-Прлаиновић, Контроверзе правног уређивања истополних заједница у Републици Србији у светлости међународног права и упоредног права, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, том 55, бр. 4/2021, 1095-1118.

M. Shahid, Equal Marriage Rights and European Courts, *ERA Forum*, vol. 23, 3/2023, 397-411.

M. Stančić, Nasledna prava supružnika iz istopolnog braka zaključenog u inostranstvu i primena supstitucije, *Revija za evropsko pravo*, XVIII, br. 2-3/2016, 53-78.

М. Станивуковић, П. Ђундић, С. Ђајић, *Међународно приватно право – посебни део*, Београд, 2022.

The Institute of International Law, 4th Commission, *Human Rights and Private International Law*, Online Session – 2021, 4 September 2021.

Petar M. Đundić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
P.Djundic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9223-6373

European Court of Human Rights, Article 8 of the European Convention on Human Rights and Recognition of Same-Sex Marriages Concluded Abroad

***Abstract**: The requirements put before the courts by sources that regulate human rights significantly affect functioning of the mechanism of Private International Law. This statement particularly applies to situations in which it is necessary to give effect to the change of personal and family status acquired abroad. The paper refers to the problem of recognition of same-sex marriages concluded abroad. It analyzes the most important decisions of the European Court of Human Rights regarding the obligation of the member states of the Council of Europe to provide legal protection and recognition to same-sex unions, in accordance with Article 8 of the European Convention on Human Rights (protection of private and family life). The analysis shows that today it is undoubtedly clear that these states have a positive obligation to establish an adequate legal framework that would allow partners in a same-sex union to enjoy certain subjective rights. The obligation in question also extends to same-sex marriages concluded abroad and, when it comes to Serbia, requires immediate legislative intervention.*

***Keywords**: Private International Law, European Convention on Human Rights, same-sex marriages, protection of private and family life.*

Датум пријема рада: 13.12.2023.
Датум прихватања рада: 04.01.2024.

Оригиналан научни рад 341.645:347.233
doi:10.5937/zrpfns57-48473

Бојан Н. Тубић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
b.tubic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-1590-3638

Стефан Н. Радојчић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
s.radojcic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-4423-1033

ЗАШТИТА ПРАВА НА ИМОВИНУ У ПРАКСИ СУДА ПРАВДЕ ЕУ – ДОЗВОЉЕНОСТ ОГРАНИЧЕЊА*

Сажетак: *Пракса Суда правде ЕУ утиче на разумевање и заштиту људских права у Европској унији, па тако и на право на имовину. Људска права у Европској унији су регулисана Повељом о основним људским правима, а узимају се у обзир и стандарди установљени Европском конвенцијом о људским правима и праксом Европског суда за људска права. У овом раду је дат преглед како је дефинисано право на имовину и како је примењено у појединим случајевима пред Судом ЕУ, конкретно, у односу на то када је ограничење овог права противправно. На тај начин је извршена анализа начина на који се у пракси примењује тест пропорционалности – односно одмеравање између општег и појединачног интереса, кад се ради о неометаном уживању права на имовину. Неки од приказаних случајева су атипични по својим чињеницама и правном контексту у коме су донете одабране одлуке. Управо због тога у раду се ближе приказује еволутивна димензија унијског права, односно правнокреативна и интерпретативна улога Суда правде ЕУ.*

Кључне речи*: право на имовину, Суд правде ЕУ, Европска унија, начело пропорционалности.*

---

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

1. УВОД

Право на имовину представља једно од најзначајнијих људских права и заштићено је националним и међународним правом. Оно има снажно политичко и идеолошко значење које се везује за институт приватне својине и представља уставно и фундаментално право у свим националним системима у Европи. Неповредивост права на имовину је прокламована чланом 17 француске Декларације о правима човека и грађанина из 1789. године[1] и након тога је присутна у националним правним системима. Право на имовину је регулисано и на наднационалном нивоу, у међународним и регионалним инструментима за заштиту људских права. На пример, оно је прописано у члану 17 Универзалне декларације о правима човека и грађанина,[2] чланом 1 Протокола 1 уз Европску конвенцију о људским правима,[3] као и чланом 17 Повеље ЕУ о основним људским правима.[4]

Предмет овог рада је заштита права на имовину у пракси Суда правде Европске уније. Биће приказано како је овај Суд у својој досадашњој пракси одлучивао по овом питању. Када говоримо о овом Суду, потребно је да се осврнемо на утицај Европског суда за људска права, чија пракса је од значаја, не само у међународним, него и у националним оквирима и који је поставио стандарде заштите права на имовину. Због тога ће бити поменута и пракса овог суда, која има значај за одлучивање Суда правде ЕУ у случајевима заштите права на имовину.

Истраживачки део рада фокусиран је на одлуке донете од стране Суда праве Европске уније, а раније Суда Европских заједница. Анализираним одлукама приказана је интерпретативна и правнокреативна улога Суда правде Европске уније у заштити права на имовину. Осврт је учињен како на поступак одлучивања о претходном питању, тако и у односу на мериторно одлучивање – пресуду Суда правде ЕУ. На тај начин у раду је присутан приказ различитих процесноправних механизама којима се остварује заштита права на имовину пред овим Судом. С обзиром на то да се ради о веома широком праву, које обухвата много правних елемената, фокус истраживања усмерен је, између осталог, на следећа питања. У одређеним случајевима, право на имовину разматрано је у контексту других значајних питања међународног

---

[1] The Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, https://www.elysee.fr/en/french-presidency/the-declaration-of-the-rights-of-man-and-of-the-citizen

[2] Универзална декларација о људским правима, Universal Declaration on Human Rights, General Assembly Resolution 217 A, 10 December 1948.

[3] Члан 1 Протокола 1 уз Европску конвенцију о људским правима и основним слободама, „Службени лист СЦГ – Међународни уговори“, бр. 9/2003.

[4] Повеља ЕУ о основним правима, 2000, Charter of Fundamental Rights of the European Union, Official Journal of the European Communities, 2000/C 364/01).

права, као нпр. примена резолуција Савета безбедности УН. Затим, изабрани су специфични случајеви из области пољопривреде, односно виноградарства и производње сира. Одабрани случајеви илуструју однос међународног и комунитарног права, али и однос комунитарног и националног права. Такође, обе посматране области имају значајне социјално-економске реперкусије, па су из тих разлога одабране за анализу.

Предметне одлуке Суда имају значајан имовинскоправни утицај на велики број произвођача, великих привредних друштава, као и на милионе потрошача. Имајући у виду да се тема рада односи на питање судске заштите људских права, аутори су се задржали у том домену, без даље економскоправне анализе. У том смислу, акценат је стављен на улогу државе у ограничењу права на имовину, односно на омогућавање мирног уживања права на имовину.

2. ПОЈАМ ПРАВА НА ИМОВИНУ

Повеља ЕУ о основним правима у члану 17 став 1[5] дефинише право на имовину и то на сличан начин како је предвиђено у члану 1 Протокола 1 уз Европску конвенцију,[6] али члан 17 став 2 додаје да ће и интелектуална својина бити заштићена, што није експлицитно дефинисано наведено у Европској конвенцији о људским правима и протоколима. Суд правде није разрадио дефиницију овог појма. У складу са праксом имовина мора да има комерцијалну вредност. Из овога произилази да пуки комерцијални интереси или прилике, чије су несигурности део саме суштине економске активности, не уживају заштиту на основу члана 17 Повеље.[7]

У случају *Booker Aquaculture* у погледу обавезе да се уништи рибљи фонд из санитарних разлога, Суд правде је приметио да риба која треба да буде уништена није имала тржишну вредност, јер је рибљи фонд био оболео. Стога, губитак који су узгајивачи претрпели због овога је проистекао из чињенице да нису могли да изаберу најпогодније време за њихову продају.[8] У складу са тим, заштита која се пружа праву на имовину не протеже се и на комерцијалне ризике, па је Суд заузео став да је оспоравана мера, која није обезбедила накнаду за уништену рибу, била у складу са основним људским правом на имовину.[9]

[5] Ibid., члан 17, став 1.

[6] Члан 1 Протокола 1 уз Европску конвенцију о људским правима и основним слободама, op. cit.

[7] Case C-398/13 P, Case T- 189/14 Inuit Tapiriit Kanatami and Others v. European Commission, 2015, пара 60.

[8] Joined Cases C-20 and 64/00 Booker Aquaculture Ltd and Hydro Seafood GSP Ltd v The Scottish Ministers, 2003, пара 84.

[9] Ibid., пара 93.

У својој пракси Суд правде је заузео јасан став да се члан 17 Повеље ЕУ примењује на права која имају имовинску вредност.[10] Суд је дао заштиту класичним имовинским правима, али и економским интересима створеним на основу ЕУ или националног права, као што су на пример права емитовања[11] или права интелектуалне својине.[12] Суд правде обавља судску контролу у погледу легитимитета, легалитета и сразмерности било ког мешања у имовинска права.

Велики значај за дефинисање и разумевање права на имовину имају пресуде Европског суда за људска права. Једна од најзначајнијих јесте она у случају Споронг и Лонрот против Шведске, где је навео да се три различита правила налазе члану 1 Протокола 1 уз Европску конвенцију о људским правима. Прво се дефинише начело мирног уживања имовине, у ставу 1 овог члана. Затим, правило из овог члана обухвата и лишавање имовине и подвргава га одређеним условима. Такође, треће правило предвиђа да су државе овлашћене да контролишу коришћење имовине у складу са општим интересом, спровођењем таквих закона које сматра неопходним за постизање овог резултата.[13] Члан 1 Протокола 1 штити имовину која подразумева сву покретну и непокретну имовину и не постоји једна коначна листа ствари које имају економску вредност.[14] На пример, у пракси Европског суда за људска права је, између осталог, утврђено и да патенти представљају имовину.[15]

Право на имовину није апсолутно право, већ је могуће да га држава ограничи под одређеним условима.[16] Мешање државе у право на имовину мора да буде законито, као и да постоји правична равнотежа, што значи да држава треба да тежи легитимном циљу у јавном интересу и то на пропорционалан начин.[17]

Суд правде ЕУ користи критеријум „сама суштина права на имовину“ када процењује да ли одређено регулисање односно располагање имовином представља експропријацију. Судови у оваквим ситуацијама разматрају да ли власник и даље може да има неку корист од своје имовине и да ли је конкретна имовина лишена сваке економске вредности. Може се закључити да је концепт

---

[10] Case C-283/11 Sky Osterreich GmbH v. Osterreichischer Rundfunk, 2013, пара 34.

[11] Ibid., пара 35.

[12] Case T-189/14 Deza, a.s. v European Chemicals Agency, 2017.

[13] Case of Sporrong and Lonnroth v. Sweden (Article 50), Application no. 7151/75, 7152/75, Judgment of 18 December 1984.

[14] B. Rainey, P. McCormick, C. Ovey, The European Convention on Human Rights, Oxford, 2017, стр. 563.

[15] Application No. 12633/87 Smith Kline and French Laboratories Ltd. V. The Netherlands, одлука Комисије од 4. октобра 1990.

[16] Видети: Бојан Тубић, „Ограничења права на неометано уживање имовине у пракси Европског суда за људска права“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 4/2017*, 1669-1683.

[17] Case of Beyeler v. Italy, Application no. 33202/96, Judgment of 5 January 2000.

експропријације у оквиру права ЕУ упоредив са оним лишавањима имовине на основу права установљеног Европском конвенцијом о људским правима.[18]

У члану 17 Повеље ЕУ о основним правима, говори се о правичној и благовременој накнади. Општи правобранилац Бот је заузео став да не постоји опште начело које захтева накнаду за штету коју власнику проузрокује национална мера донета при имплементацији права Европске уније.[19] Након ступања на снагу Уговора из Лисабона, право на правичну надокнаду у случају лишавања имовине произлази из члана 17 Повеље ЕУ, а које мора да буде тумачено у светлу члана 1 Протокола 1 уз Конвенцију.[20] У случају лишења имовине, разумна накнада ће бити плаћена.[21] Суд правде је у складу са овим мишљењем општег правобраниоца потврдио да право на надокнаду директно произилази из члана 17 Повеље.[22]

Могуће је да се претпостави да ће Суд правде одлучивати у складу са праксом Европског суда за људска права због члана 52 став 3 Повеље ЕУ о основним правима, који предвиђа да ће свако право које одговара ономе, гарантованом Европском конвенцијом о људским правима, бити тумачено у складу са праксом Европског суда за људска права.[23]

Након Лисабонског уговора питање људских права је добило на значају у правном поретку ЕУ. Упркос различитим приступима, два европска суда су успела да развију један снажан осећај сарадње што је довело до повезивања њихових правних поредака у појединим областима, међу којима је и право на заштиту имовине.[24]

3. ЉУДСКА ПРАВА У ПРАКСИ СУДА ПРАВДЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Један од првих случајева у којима је Суд разматрао питања људских права је био случај *Internationale Handelsgesellschaft*,[25] у којем се расправљало

---

[18] Sabrina Praduroux, "Property and Expropriation: Two Concepts Revisited in the Light of the Case Law of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice", *European Property Law Journal 2/2019*, 172-191, 179.

[19] Joined cases C-78/16 and 79/16 Giovanni Pesce and Others v. Presidenza del Consiglio dei Ministri, Opinion of Advocate General delivered on 12 May 2016, пара 129.

[20] Ibid., пара 132-133.

[21] Ibid., пара 137.

[22] Joined cases C-78/16 and 79/16 Giovanni Pesce and Others v. Presidenza del Consiglio dei Ministri, Judgment of the Court 9 June 2016, пара 132.

[23] Sabrina Praduroux, op. cit. 182.

[24] Sonia Morano-Foadi and Stelios Andreadakis, "The Convergence of the European Legal System in the Treatment of Third Country Nationals in Europe: The ECJ and ECtHR Jurisprudence", *The European Journal of International Law, 4/2011*, 1071-1088, 1086.

[25] *Case 11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelleflfr Getreide und Futtermittel*. [1970] ECR.

о начелу пропорционалности у контексту комунитарног права.[26] Након ове пресуде Суд је разматрао велики број других случајева који су се бавили правом на имовину. У наставку текста биће детаљно приказано неколико случајева који су специфични по томе што су изазвали реакцију оба европска суда, или су се односили на питање односа међународног и комунитарног права у контексту заштите права на имовину, као и они који су изазвали значајне последице по велики број људи, а у вези са питањем дозвољености ограничења права на имовину. На овај начин аутори желе да прикажу неке посебности у пракси Суда која је веома екстензивна у погледу права на имовину.

3.1. Случај Босфорус

Турска авиокомпанија, Босфорус, изнајмила је и регистровала два авиона која су припадала компанији са седиштем у Савезној Републици Југославији и довезла је један у Даблин у Ирској, да би одржавање урадила једна ирска компанија. Ирске власти су запленилe авион на основу Уредбе ЕЗ 990/93/ЕЗ која је била део режима санкција УН против Савезне Републике Југославије. Босфорус се обратио ирским судовима тврдећи да је одлука Министра саобраћаја повредила право на имовину ове компаније. Врховни суд ове државе је поднео Суду правде ЕУ предлог за одлучивање о претходном питању.

Суд правде ЕУ је у својој пресуди од 30. јула 1996. године изјавио да када се упоређује са циљем од општег интереса који је толико важан за међународну заједницу, а који се састоји од окончања ратног стања у региону и масовних кршења људских права и међународног хуманитарног права у Босни и Херцеговини, заплена конкретног авиона, који је био у власништву предузећа са седиштем или пољем деловања у Савезној Републици Југославији, не може да буде посматрано као неодговарајуће, или непропорционално.[27] Суд је заузео став да је авион подносиоца представке испунио критеријуме да буде обухваћен пољем примене Уредбе ЕЗ. Међутим, поменута Уредба није могла да прекрши право подносиоца представке у погледу имовине, јер је заплена била оправдана важношћу циљева који су се желели постићи, а то је спречавање повреда интегритета и безбедности Босне и Херцеговине. Овај основни циљ од општег интереса је јасно произлазио из Резолуције УН, која је примењеа на комунитарном нивоу.[28] Пресуда Суда је била да је заплена авиона била одговарајућа и сразмерна и одбио је аргументе подносиоца представке да је дошло до повреде начела сразмерности.

---

[26] Eve Chava Landau, "A New Regime of Human Rights in the EU?", *European Journal of Law Reform, 4/*2008, 557-576, 557.

[27] Case C-84/95 Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS v Minister for Transport, Energy & Communications, Ireland and the Attorney General, 1996, ECR, I-3953. пара 26.

[28] Ibid., пара 45.

Врховни суд Ирске је, 29. новембра 1996. године, усвојио жалбу ирског Министарства саобраћаја, поштујући одлуку о претходном питању Суда правде ЕУ. После овога, Босфор Ервејз је поднео тужбу Европском суду за људска права поводом задржавања авиона од стране ирских власти како би се утврдило да ли је Ирска повредила члан 1 Протокола 1 уз Европску конвенцију о људским правима. Суд је донео одлуку да није дошло до повреде члана 1 Протокола 1, односно повреде права на имовину. Он је прихватио да мешање у право на имовину подносиоца представке није последица вршења дискреционих овлашћења од стране ирских власти, већ представља њихово поступање у складу са правним обавезама из комунитарног права[29] Овај случај је показао да одлуке и други акти држава чланица, иако из области права Европске уније, могу бити у надлежности Европског суда за људска права.[30] Поједини аутори сматрају да је Европски суд за људска права показао да неће у потпуности контролисати акте тадашње Заједнице, већ ће се више бавити општом, апстрактном контролом комунитарног система.[31]

У овом случају је разматран један аспект ограничења права на имовину и то пред два европска суда.

3.2. Случајеви Јусуф и Кади

Посебно су биле значајне одлуке Суда правде у вези са људским правима, у случајевима борбе против тероризма и мера које су доношене тада а које су имале последице по имовину лица. Ово се десило у случајевима Јусуф и ал Баракат[32] и Кади.[33] у којима је Првостепени суд, по тужбама за поништај, испитивао легалност неколико уредби које је Европска заједница усвојила у циљу спровођења мера које је донео Савет безбедности УН путем својих резолуција, усвојених на основу Главе VII Повеље УН. Савет безбедности је, као део мера усвојених за борбу против тероризма, захтевао од свих држава да имплементирају низ санкција, укључујући и замрзавање имовине кон-

[29] Application No. 45036/98 Bosphorus v Ireland, пресуда 30. јун 2005.

[30] С. Ђајић, Однос Европског суда правде и Европског суда за људска права – Bosphorus (C-84/95), Европско законодавство бр. 5/2003; N. Lavranos, Concurrence of Jurisdiction between the ECJ and other International Courts and Tribunals, European Environmental Law Review, 2005, стр. 219.

[31] Kathrin Kuhnert, "Bosphorus – Double Standards in European Human Rights Protection?, *Utrecht Law Review 2/2006*, 177-189, 185.

[32] Case T-306/01 Yusuf and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities, Judgment of the Court of First Instance of 21 September 2005.

[33] Case T-315/01 Yassin Abdullah Kadi v Council of the European Union and Commission of the European Communities, Judgment of the Court of First Instance of 21 September 2005.

кретних лица.[34] Ово су ЕУ и Европска заједница имплементирале кроз Заједничке позиције и уредбе. Кади и Јусуф су тражили поништај ових уредби у делу који се односио на њих, позивајући се, између осталог, на то да су оне повредиле њихова људска права и то право на правично суђење, право на имовину и право на делотворан правни лек. Није било могуће да се обрате директно Комитету УН за санкције, јер ово тело није прихватало непосредно обраћање појединаца, већ само држава чланица.

Првостепени суд је сматрао да обавеза заштите људских права представља правило *jus cogens* у међународном праву и да свака резолуција Савета безбедности и након тога свака активност ЕУ предузета да се имплементира таква резолуција која крши људска права, мора да буде ништава у међународном праву. Поставља се питање која људска права спадају у ову категорију? У погледу наводног кршења права на имовину, Првостепени суд је нашао да замрзавање имовине није имало за циљ да конкретно лице подвргне нехуманом или понижавајућем поступању.[35] Такође, Суд је истакао да само арбитрерно лишење имовине може да буде сматрано за кршење права на имовину заштићено *jus cogens* правилима. Разлог за то је члан 17 став 2 Универзалне декларације о људским правима, који прописује да нико неће бити арбитрерно лишен имовине.[36] Првостепени суд се позвао на ову декларацију и Међународни пакт о грађанским и политичким правима[37] и усвојио претпоставку да су права по својој природи *jus cogens* она која се налазе у ова два међународна документа. Ово поједини аутори сматрају спорним, јер није спроведена детаљна студија, а није узето у обзир ни међународно обичајно право.[38] Првостепени суд је донео одлуку да конкретно лишавање имовине не може да буде сматрано арбитрерним, неодговарајућим и несразмерним.[39]

У правној доктрини је одлука Првостепеног суда била критикована.[40] Суд правде ЕЗ је у жалбеном поступку у овим случајевима одлучио да може

[34] Alicia Hinarejos, "Recent Human Rights Developments in the EU Courts: The Charter of Fundamental Rights, the European Arrest Warrant and Terror Lists, *Human Rights Law Review 7/2007*, 793-811.

[35] Case T-315/01, Kadi, op.cit., пара 240.

[36] Члан 17 став 2 Универзалне декларације о људским правима, op.cit.

[37] Међународни пакт о грађанским и политичким правима, „Службени лист СФРЈ", бр. 7/71.

[38] Tawhida Ahmed and Israel de Jesus Butler, "The European Union and Human Rights: An international Law Perspective", *The European Journal of International* Law, 4/2006, 771-801, 781.

[39] Yusuf, 2005, ECR II-3649, пара 293-302.

[40] N. Lavranos, Judicial Review of UN Sanctions by the Court of First Instance, European Foreign Affairs Review 11, 2006, стр. 480; N. Lavranos, UN Sanctions and Judicial Review, Nordic Journal of International Law, Vol. 76, 1/2007, стр. 13-15; M. Bulterman, Fundamental Rights and the United Nations Financial Sanctions Regime: The Kadi and Yusuf judgements of the CFI of the European Communities, Leiden Journal of International Law, 19/2006, стр. 770.

да одлучује о захтевима за поништај оспораване Уредбе.[41] Суд је истакао уставну аутономију и примат правног поретка ЕУ, тврдећи да је ЕУ заједница заснована на владавини права и да је поштовање људских права саставни део њеног правног поретка. Такође, заузео је став да обавезе из једног међународног уговора не могу да угрозе уставна начела Уговора о ЕУ.[42] Суд се упустио у контролу дате мере према стандардима ЕУ у погледу људских права и нашао је да је право Кадија на ефикасну судску заштиту повређено пропуштањем да буде обавештен о разлогу због кога се нашао на листи за санкције. Такође, Суд је утврдио да је дошло и до повреде права на имовину у овом случају.

Овај случај је испитивао дозвољеност ограничења права на имовину у контексту примене резолуција Савета безбедности које су инкорпорисане у право Европске уније и ограничавале имовинска права приватних лица.

3.3. Случај Хауер

Предметна пресуда је донета је од стране Суда Европских заједница 1979. године у познатом случају *Hauer (Hauer v Land Rheinland-Pflaz)*. Предмет је настао након што се Управни суд у немачком граду Нојштат ан дер Вајнштрасе *(Neustadt an der Weinstraße)*[43], обратио Суду предлогом за одлучивање о претходном питању.

У овом случају, предлог се односио на чл. 2 Уредбе о мерама намењеним да прилагоде виноградарски потенцијал захтевима тржишта[44] (у даљем тексту Уредба 1162/76), а у светлу чл. 1 немачког Закона о вину *(Weinwirtschaftsgesetz)*[45]. Чланом 2 ове Уредбе предвиђена је привремена забрана засаде нових плантажа вина, у периоду од 01. децембра 1976. до 30.11.1978. године. Касније је период примене Уредбе продужен до 30. новембра 1979. године.[46] У преамбули Уредбе наведени су разлози са успостављање овог

[41] Case C-415/05 P Yusuf and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities, 2008, Case C-402/05 P Yassin Abdullah Kadi v Council of the European Union and Commission of the European Communities, 2008.

[42] Б. Тубић, Судска контрола легалности међународних уговора које закључује Европска заједница, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1-2/2008*, стр. 779.

[43] У преводу назив овог града гласи *Нови град на путу вина*.

[44] Уредба о мерама намењеним да прилагоде виноградарски потенцијал захтевима тржишта (*Council Regulation (EEC) No 1162/76 of 17 May 1976 on measures designed to adjust wine-growing potential to market requirements, as amended by Council Regulation (EEC) No 2776/78 of 23 November 1978*) (Уредба 1162/76).

[45] У овом тексту се из практичнх разлога користи превод Закон о вину, а пун назив овог Закона гласи: Закон о мерама у области виноградарства (*Gesetz über Maßnahmen auf dem Gebiete der Weinwirtschaft*).

[46] Уредба о другој измени Уредбе бр. 1162/76 о мерама намењеним да прилагоде виноградарски потенцијал захтевима тржишта (*Council Regulation (EEC) No 2776/78 of 23*

правног режима у индустрији вина. Постојао је значајан дисбаланс на тржишту вина који је могао да угрози неометано функционисање заједничког тржишта. Извештај сачињен у складу са посебном Уредбом чији предмет је заједничка организација тржишта вина[47], показао је да би у наредних неколико година производња вина превазишла реалне потребе на европском тржишту. Стога су биле неопходне адекватне мере превенције стварања прекомерних залиха вина, ради успостављања тржишног баланса у краткорочном и у дугорочном смислу.

У том смислу Савет је имао у виду подобност различитих региона ЕЗ за узгој винских сорти и постојање одрживих алтернатива пољопривредних усева у њима. Стога су постојала и три изузетка од привремене забране успостављене Уредбом[48].

Лиселот Хауер (*Liselotte Hauer*) била је власница земљишта за које је тражила дозволу како би засадила виноград. Међутим, надлежни органи су одбили њен захтев, а касније и приговор поводом одбијајуће одлуке. Образложење је гласило да њено земљиште није подобно за узгој винове лозе, у смислу чл. 1(2) Закона о вину, и да је Уредбом 1162/76 успостављена привремена забрана подизања нових плантажа винове лозе. Власница предметног земљишта изјавила је затим жалбу Управном суду. У току поступка савезна држава Рајна Палатинат (*Land Rheinland-Pfalz*) истицала је своју спремност да изда тражену дозволу, али након протека рока забране који је успостављен Уредбом 1162/76. Насупрот томе, жалилац Хауер истицала је да је захтева за добијање дозволе поднет значајно пре ступања на снагу Уредбе. Односно она је поднела захтев 06. јуна 1975. године а забрана је почела да важи 01. децембра 1976. године. Због тога је тврдила да је и одлука у овом предмету требало да буде донета пре ступања на снагу Уредбе.

Из наведених разлога, Управни суд застао је са поступком одлучивања и упутио је предлог за одлучивање о претходном питању Суду правде ЕЗ. Предлог је садржао два питања:

1) Да ли се чл. 2(1) Уредбе 1162/76 односи и на захтеве за подизање нових плантажа винове лозе, који су предати пре ступања на снагу Уредбе 1162/76?

   и ако је одговор на прво питање позитиван,

2) Да ли се чл. 2(1) Уредбе 1162/76 треба тумачити у светлу *инклузивне* примене, односно да ли примена овог члана остаје иста без обзира на

November 1978 amending for the second time Regulation (EEC) No 1162/76 on measures designed to adjust wine-growing potential to market requirements).

[47] Уредба бр. 816/70 о увођењу додатних правила за заједничку организацију тржишта вина (*Regulation (EEC) No 816/70 of the Council by 28 April 1970 laying down additional provisions for the common organisation of the market in wine*).

[48] Чл. 2(2) Уредбе 1162/76.

питање подобности земљишта, како је дефинисано у чл. 1(2) и чл. 2 Закона о вину?

У свом изјашњењу, Влада Федералне Републике Немачке навела је да би на оба питања Суд требало да одговори потврдно. Немачка Влада изнела је следеће аргументе. У погледу члана 2(1) Уредбе 1162/76 и првог питања, Влада је сматрала да се исти односи и на ситуације поднетих захтева за дозволе, о којима још није било одлучено. Овај аргумент заснован је на језичком тумачењу члана 2, којим није предвиђен изузетак од спорне забране, у односу на предате захтеве о којима није одлучено. У супротном, постојала би експлицитна одредба која би регулисала ову ситуацију. Затим у преамбули Уредбе 1162/76 је као један од њених циљева наведено окончање значајног дисбаланса – вишка понуде (залиха) на тржишту вина. Како би се овај циљ остварио, предвиђена забрана морала је бити општа и ефективна. Зато је период почетка примене забране везан за издавање дозвола, а не за тренутак подношења захтева. Оваква интерпретација члана 2(1) је у складу са суприматијом комунитарног права, принципом правне сигурности и заштитом легитимних очекивања. Заштита стечених права могућа је када се „новим режимом“ задире у већ постојећу правну позицију.

У односу на друго питање пред Судом, Влада је навела да је инклузивно тумачење чл. 2(1) Уредбе 1162/76 у складу са текстом одредбе и са циљем уређења конкретног питања. Такође, истакнуто је то да не постоји обавеза рестриктивног тумачења у комунитарном праву. Стога је Влада сматрала да ограничење располагања земљиштем у сврху формирања плантажа није неприхватљиво мешање у уживање фундаменталног права појединца. Мера предвиђена Уредбом 1162/76 не производи негативан ефекат на суштину права на имовину.

Мера не ограничава власничка права коришћења земљишта, осим у једном од многобројних начина коришћења и то у ограниченом трајању. Такође, Влада се позивала на принцип пропорционалности, за који је сматрала да није био нарушен. У ужем смислу, тест пропорционалности је сложен трипартитни тест, укључујући још критеријуме неопходности и подобности.[49] У ширем смислу, начело пропорционалности у контексту комунитарног права има значај једног од два основна принципа којима је уређено вршење надлежности Уније. Процес „миграције“ одлучивања о примени начела пропорционалности (у ширем смислу), из националног уставноправног оквира у оквире права ЕУ, у стручној литератури сматра се успешном парадигмом.[50]

[49] Xavier Groussot, “Proportionality in Sweden: The Influence of European Law,” *Nordic Journal of International Law, 3-4/2006*, 451-472, 455.

[50] Valentina Vadi, “The Migration of Constitutional Ideas to Regional and International Economic Law: The Case of Proportionality,” *Northwestern Journal of International Law & Business, 3/2015*, 557-590, 573.

Становиште Владе било је да се ограничењем из Уредбе 1162/76 није задирало у слободу избора професије или у слободну трговину[51]. Влада је указала и на то да чл. 2(2)(б) Уредбе 1162/76 предвиђа изузетак од забране у односу на нове плантаже у склопу развојних планова који привлаче инвестиционе подстицаје. На истом становишту био је и Савет ЕЗ, уз још неколико појашњења. Не постоји опште правно начело које би штитило подносиоца одређеног захтева у управном поступку од погоршања његовог правног положаја[52]. У одсуству дерогирајућег прописа, измењеним прописима се модификују будући аспекти ситуација насталих у време важења ранијег прописа. Овај принцип је примењив и на већ започете управне поступке.

Суд правде ЕЗ одговорио је потврдно на оба питања, на тај начин уваживши напред наведене аргументе Владе. Практично, суштина уживања имовинских права је подложна ограничењима, а због општег интереса.[53]

Дакле, Суд је разматрао однос националног законодавства и комунитарне Уредбе, у светлу ограничења права на имовину. Специфичност предмета огледа се у томе што је наступило ограничење развојне компоненте овог права, а у циљу чувања баланса понуде и тражње на тржишту. Поготово је занимљиво то што је Федерална Република Немачка тумачила Уредбу тако да иста пружа правни основ да се ограничење подизања нових плантажа односи и на предате захтеве, о којима још није одлучено. Суд је закључио да није нарушен принцип пропорционалности. Ограничење наметнуто Законом о вину било је у општем интересу, тј. представљало је легитимни циљ. Ова одлука указује на то да тумачење заштите интереса појединца у светлу теста пропорционалности, подлеже пажљивој оцени конкретних околности случаја, где се уједно врши оцена неопходности и подобности ограничења. Потврђено је, такође, да државе уживају широко поље слободне процене, у овом случају, кад се ради о управноправним процесним институтима. Наравно, тиме је остварен утицај на суштинска питања примене ограничења из Уредбе. Суд правде ЕЗ дао је предност предмету, циљу и сврси Уредбе, над формалноправним питањима управног поступка државе чланице.

---

[51] *Liselotte Hauer v Land Rheinland-Pfalz*, Reference for a preliminary ruling: Verwaltungsgericht Neustadt an der Weinstraße – Germany, Prohibition on new planting of vines, Case 44/79. Judgment of the Court of 13 December 1979, *European Court Reports 1979 -03727. Лиселот Хауер против Рајне-Палатинат, Предлог за одлучивање о претходном питању: Управни суд у Нојштату ан дер Вајнштрасе, Забрана успостављања нових плантажа винове лозе, Предмет 44/79, Пресуда од 13. децембра 1979,* Извештаји Суда ЕЗ *1979 -03727,* стр. 3734.

[52] *Ibid.*, стр. 3738.

[53] Alina Mihaela Conea, "Case Law of the Court of Justice of European Union: A Visit to the Wine Cellar," *Lex ET Scientia International Journal, no. 2/2018*, 139-159, 144.

3.4. Случај „пармезан“

Наредна анализирана пресуда настала је у поступку покренутом од стране Европске комисије (у даљем тексту Комисија), против Савезне Републике Немачке. Предмет поступка је било коришћење ознаке производа тј. назива сира „пармезан“ (*Parmesan*), а што је производ са заштићеном ознаком порекла (*PDO Parmigiano Reggiano*). Комисија је сматрала да СР Немачка омогућује присвајање репутације изворног – оригиналног сира, тиме што је одбила да процесуира случајеве коришћења назива „пармезан“ за производе који не одговарају захтевима специфицираним под заштићеном ознаком порекла.

Конкретно, став Комисије гласио је да поступање тужене државе није у складу са чланом 13, став 1, тачка б Уредбе о заштити географског порекла и ознака порекла за пољопривредне и прехрамбене производе[54]. Поменутом одредбом регистроване ознаке порекла заштићене су од било какве злоупотребе, евокације или имитације.[55] Заштита важи и у случају када је заштићени назив преведен или му додати изрази попут „стил, „врста“, „метод“ итд. Комисија је истакла то да се легитимна очекивања потрошача морају поштовати, у погледу квалитета и географског порекла производа. Комисија је даље навела да је управо заштита легитимних очекивања потрошача смисао иницирања поступака од стране јавних власти у складу са чланом 13 Уредбе 2081/92, а што је СР Немачка прекршила нечињењем. Ипак, влада СР Немачке супротставила је томе аргумент како је усвојила бројне законске одредбе које омогућују заштиту од незаконитог коришћења ознаке *PDO Parmigiano Reggiano*. С тим у вези, влада је сматрала да није неопходно да државни органи покрећу поступак поводом повреде члана 13 Уредбе 2081/92, нити је то према одредбама Уредбе њена обавеза.

Према члану 2, став 2, тачка а предметне Уредбе, ознака порекла се односи на назив региона, специфичног места или, у изузетним случајевима, државе, а што је коришћено ради описа пољопривредног производа или намирница. У питању су пољопривредни производи или намирнице настале у одређеном региону, специфичном месту или држави, чији квалитет или карактеристике настају због специфичног географског окружења. Ради се о препознатљивим прозводима са инхерентним природним факторима и начином производње, чија производња и припрема се одвија у дефинисаном

[54] Уредба о заштити географског порекла и ознака порекла за пољопривредне и прехрамбене производе (*Council Regulation (EEC) No 2081/92 of 14 July 1992 on the protection of geographical indications and designations of origin for agricultural products and foodstuffs, Official Journal L 208, 24/07/1992 P. 0001 – 0008)*

[55] *Ibid,* чл. 13(1).

географском подручју. Називи који су генеричког карактера не могу бити регистровани и не спадају под домене заштите овом Уредбом.[56]

Став Комисије заснивао се на томе да ефективна заштита сложених назива производа обухвата све њихове конститутивне елементе.[57] С тим у вези, Комисија је навела да у конкретном случају није тражена заштита појединачних елемената ознаке порекла – назива *Parmigiano Reggiano*. Сходно томе, важно је истаћи и Уредбу о регистрацији географских ознака и ознака порекла по поступку утврђеном у члан 17 Уредбе (ЕЕЗ) број 2081/92[58]. У фуснотама ове Уредбе посебно је наведено да ли је за поједине елементе сложених назива посебно тражена заштита или не. Кад се ради о сиру *Parmigiano Reggiano*, није уметнута фуснота, што је наглашено у предметној пресуди.

Са друге стране СР Немачка изнела је аргумент да члан 13 Уредбе 2081/92 обухвата заштиту ознаке порекла само у прецизној форми како је и регистрована. Влада се позвала и на случај *Bigi*[59], тврдећи да је управо у овом предмету Италија потврдила да циљно није тражила заштиту ознаке

[56] Чл. 3(1) Уредбе 2081/92: „Називи који су постали генерички не могу бити регистровани. За сврхе ове Уредбе, „назив који је постао генерички" означава назив пољопривредног производа или намирнице који је, иако потиче из места или региона где је овај производ или намирница изворно настао или стављен на тржиште, постао заједнички назив за пољопривредни производ или намирницу."

[57] *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany*, Failure of a Member State to fulfil obligations – Regulation (EEC) No 2081/92 – Protection of geographical indications and designations of origin for agricultural products and foodstuffs – 'Parmigiano Reggiano' cheese – Use of the name 'Parmesan' – Obligation on a Member State to proceed on its own initiative against the abuse of a protected designation of origin, Case C-132/05, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 26 February 2008, *European Court Reports 2008 I-00957. Европска комисија против СР Немачке, Пропуштање државе да испуни обавезе – Уредба бр. 2081/92 – Заштита географкскої порекла и ознаке порекла пољопривредних производа и намирница – „Пармиђано Рађано" сир – Употреба назива „пармезан" – Обавеза државе чланице да по сопственој иницијативи процесуира злоупотребу заштићене ознаке порекла, Предмет Ц-132/05, Пресуда Суда правде ЕУ (Велико веће) од 26. фебруара 2008. године,* параграф 20.

[58] Уредба бр. 1107/96 о регистрацији географског порекла и ознака порекла у складу са процедуром превдиђеном у члану 17 Уредбе бр. 2081/92 (*Commission Regulation (EC) No 1107/96 of 12 June 1996 on the registration of geographical indications and designations of origin under the procedure laid down in Article 17 of Council Regulation (EEC) No 2081/92, Official Journal L 148 , 21/06/1996 P. 0001 – 0010).*

[59] *Criminal proceedings against Dante Bigi*, third party: Consorzio del Formaggio Parmigiano Reggiano, Reference for a preliminary ruling: Tribunale di Parma – Italy, Regulation (EEC) No 2081/92 – Protection of geographical indications and designations of origin of agricultural products and foodstuffs – Article 13 – System of derogations – Scope, Case C-66/00, Judgment of the Court of 25 June 2002, *European Court Reports 2002 I-05917. Кривични поступак против Дантеа Бипија, трећа страна: Конзорцијум дел Формађо Пармиђано Рађано, Предлої за одлучивање о претходном питању: Окружни суд у Парми – Италија, Уредба бр. 2081/92 –* Уредба о заштити географског порекла и ознака порекла за пољопривредне и прехрамбене производе – Члан 13 – Систем дерогације – Обим, Предмет Ц-66/00, Пресуда од 25. јуна 2022. године, Извештаји Суда правде ЕУ *2002 I-05917.*

„пармезан“ (*Parmesan*). Такође, у поменутом предмету Суд је навео како је „пармезан“ далеко од генеричког појма.[60]

Стога је владин аргумент гласио да појам „пармезан“ не ужива заштиту под чланом 13 Уредбе 2081/92. Такође, влада је указала на то да је неопходно у сваком конкретном случају испитати да ли коришћење превода представља евокацију ознаке. Како је влада навела, кад је у питању СР Немачка, „пармезан“ је одувек тумачен као генерички назив за тврди рендани сир или онај који је намењен за рендање.[61]

Насупрот томе, тумачење које је изнела Комисија гласи да је „пармезан“ исправан превод ознаке *PDO Parmigiano Reggiano*, те да сир „пармезан“ историјски потиче из специфичног географског подручја у Италији. Због тога је изнет став да овај појам није генерички назив који би се могао тумачити одвојено од добро познатог *PDO Parmigiano Reggiano*. Према мишљењу Комисије, могуће је да одређена ознака производа током времена постане генеричка, у смислу да потрошачи престану да је доживљавају искључиво као ознаку географског порекла, него као ознаку одређене врсте производа. Међутим, мишљење Комисије је да „пармезан“ никада није изгубио географску конотацију. У том светлу, истичемо да овај сир мора бити произведен од млека добијеног у италијанским провинцијама Парма, Ређо Емилија, Модена или Болоња, где се такође одвија процес ферментације.[62]

Суд је одбио тужбу Комисије. У образложењу пресуде наведено је да Комисија није доказала да непоступање СР Немачке, тј. да непокретање поступака због означавања производа који не испуњавају услове за *PDO Parmigiano Reggiano* као „пармезан“, представља кршење Уредбе. Занимљив је

[60] Lilian V. Faulhaber, “Cured Meat and Idaho Potatoes: A Comparative Analysis of European and American Protection and Enforcement of Geographic Indications of Foodstuffs,” Columbia Journal of European Law, 3/2005), 623-664, 640. Питање продаје и ознаке пармезана присутно је и на америчком тржишту. Lina Monten, “Geographical Indications of Origin: Should They Be Protected and Why – An Analysis of the Issue from the U.S. and EU Perspectives,” Santa Clara Computer & High Technology Law Journal, 2/2006, 315-350, 339.

[61] *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany*, Failure of a Member State to fulfil obligations – Regulation (EEC) No 2081/92 – Protection of geographical indications and designations of origin for agricultural products and foodstuffs – ‘Parmigiano Reggiano’ cheese – Use of the name ‘Parmesan’ – Obligation on a Member State to proceed on its own initiative against the abuse of a protected designation of origin, Case C-132/05, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 26 February 2008, *European Court Reports 2008 I-00957. Европска комисија против СР Немачке, Пропуштање државе да испуни обавезе – Уредба бр. 2081/92 – Заштита географскої порекла и ознаке порекла пољопривредних производа и намирница – „Пармиђано Ређано“ сир – Употреба назива „пармезан“ – Обавеза државе чланице да по сопственој иницијативи процесуира злоупотребу заштићене ознаке порекла, Предмет Ц-132/05, Пресуда Суда правде ЕУ (Велико веће) од 26. фебруара 2008. године,* параграф 41.

[62] Kaiko Shimura, “How to Cut the Cheese: Homonymous Names of Registered Geographic Indicators of Foodstuffs in Regulation 510/2006,” *Boston College International and Comparative Law Review, 1/2010*, 129-152, 130.

и став Суда у погледу вршења инспекцијског надзора над коришћењем ознаке порекла производа. У пресуди се наводи како то не може бити одговорност Немачке, него само државе порекла производа, што је у овом случају Италија.[63] Коначно, Суд је навео да се не може закључити да законодавне мере усвојене у СР Немачкој не пружају довољну могућност заштите ознаке порекла производа.

Дакле, Комисија је тужбом против Савезне Републике Немачке иницирала поступак заштите имовинских права произвођача пармезана али и потрошача, сматрајући да наведена држава крши права на ознаку порекла дозвољавајући присвајање ове ознаке, производима који не испуњавају услове аутентичности пармезана. Комисија је настојала да заштити легитимна очекивања потрошача. Тужба је била усмерена ка томе да је тужена држава пропустила да покрене одговарајуће поступке против „прекршилаца". Ипак, Суд је одбијањем тужбе, закључио да непоступање СР Немачке није кршење односне Уредбе. Суд свој закључак није засновао на неискоришћеним управноправним – инспекцијским овлашћењима и поступањима, тужене државе, него на нечињењу државе порекла производа – Италије. Наводећи да је Италија превасходно одговорна за заштиту ознаке порекла производа, Суд је користио циљно тумачење Уредбе. Правни, али и економски интерес за заштиту ознаке пармезан, по критеријуму претежности има Италија. СР Немачка испунила је своју позитивну обавезу, тиме што је усвојила законски оквир подобан да се тражи ефикасна заштита ознаке порекла. Нечињење СР Немачке, у погледу подношења пријава и тужби ради заштите ознаке „пармезан", није диспропорционално угрозило појединачне имовинскоправне интересе, у односу на општи интерес. И у овом предмету, Суд је екстензивно тумачио унијско право у контексту евентуалног кршења комунитарних гаранција људских права, од стране тужене државе.

4. ЗАКЉУЧАК

Заштита људских права у Европској унији је значајно унапређена од настанка ове међународне организације. Суд правде ЕУ је кроз своју праксу посматран као мотор развоја ЕУ интеграције и био је, а и сада је посвећен тзв. европском пројекту односно европској идеји. Он је заправо трансформисао право ЕУ у један моћан инструмент, кроз развој начела примата над националним правом и начела непосредног дејства, а дао је свој допринос

[63] Christian Hauer, "Using the Designation 'Parmesan' for Hard Cheese (Grated Cheese) of Non-Italian Origin: Judgment of the ECJ of 26 February 2008 in Case C-132/05 (Commission of the European Communities vs. Federal Republic of Germany)," *European Food and Feed Law Review, 6/2008*, 387-393, 387-388.

и на пољу заштите људских права. Посебан допринос овој заштити је дала и Европска конвенција о људским правима, као и пракса Европског суда за људска права. У неким случајевима, као што је Босфорус, оба европска суда су разматрала ово питање. Иако још увек није начињен и корак приступања ЕУ Европској конвенцији међузависност ова два суда и два система заштите људских права је све интензивнија.

У случајевима Јусуф и Кади, Првостепени суд је заузео став да кршење субјективних права која признаје право Европске заједнице, чак и оних фундаменталне природе, не може да оправда правну контролу Уредбе ЕЗ која инкорпорира резолуцију Савета безбедности УН у правни поредак Европске заједнице. Суд ЕЗ је, ипак, у жалбеном поступку у овим случајевима одлучио да поништи оспоравану Уредбу.

Пред Судом правде ЕУ налазила су се сложена питања у анализираним предметима, са великим практичним друштвеним и економским значајем. У погледу предмета Хауер и „пармезан“, запажамо да Суд у својим одлукама води рачуна о томе да државе уживају широко поље слободне процене, при уређењу режима права на имовину. За тумачење контекста остваривања гаранција из корпуса права на имовину, важно је истаћи да у овим предметима није утврђена повреда права на имовину. Поједина ограничења у домену права на имовину, иако могу да изгледају диспропорционално или неоправдано оштро по својој природи, не морају нужно да крше права појединаца. Ово наводимо управо из разлога што се остваривањем легитимног циља и заштитом општег интереса, уједно штити и интерес појединаца, укључујући у том циљу и наметање одређених ограничења права при уживању права на имовину.

Исто тако, кад се ради о заштити права установљених у корист појединца – заштита ознаке географског порекла, уочава се да је Суд ставио акценат на суштину овог питања и циљно тумачио примењиво право. Наиме, заштита овог права примарно је обавеза државе у којој се налази конкретна географска локација настанка производа. За остале државе довољно је да омогуће ефикасну правну заштиту ознаке географског порекла производа који потиче из друге државе. Тиме је омогућено да се интерес појединаца адекватно заштити, уколико постоји основана претпоставка да је прекршен. Треће државе нису дужне да покрећу судске поступке у таквим ситуацијама, ради заштите права на имовину.

Имајући у виду напред наведене закључке, може се констатовати да систем права Европске уније омогућује ефикасну заштиту права на имовину, у чему пресудну улогу има Суд правде ЕУ. Наведена чињеница једнако се примењује на ситуације када је оправдано дати примат општем интересу, као и у ситуацијама где је претежнији интерес појединаца.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Б. Тубић, „Ограничења права на неометано уживање имовине у пракси Европског суда за људска права“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 4/2017*, 1669-1683.

Б. Тубић, Судска контрола легалности међународних уговора које закључује Европска заједница, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1-2/2008*, 763-783.

Међународни пакт о грађанским и политичким правима, “Службени лист СФРЈ”, бр. 7/71.

Повеља ЕУ о основним правима, 2000, Charter of Fundamental Rights of the European Union, Official Journal of the European Communities, 2000/C 364/01).

Протокола 1 уз Европску конвенцију о људским правима и основним слободама, „Службени лист СЦГ – Међународни уговори“, бр. 9/2003.

С. Ђајић, Однос Европског суда правде и Европског суда за људска права – Bosphorus (C-84/95), Европско законодавство бр. 5/2003;

Универзална декларација о људским правима, Universal Declaration on Human Rights, General Assembly Resolution 217 A, 10 December 1948.

Уредба о заштити географског порекла и ознака порекла за пољопривредне и прехрамбене производе (*Council Regulation (EEC) No 2081/92 of 14 July 1992 on the protection of geographical indications and designations of origin for agricultural products and foodstuffs, Official Journal L 208 , 24/07/1992 P. 0001 – 0008).*

Уредба бр. 1107/96 о регистрацији географског порекла и ознака порекла у складу са процедуром превдиђеном у члану 17 Уредбе бр. 2081/92 (*Commission Regulation (EC) No 1107/96 of 12 June 1996 on the registration of geographical indications and designations of origin under the procedure laid down in Article 17 of Council Regulation (EEC) No 2081/92, Official Journal L 148 , 21/06/1996 P. 0001 – 0010).*

Уредба бр. 816/70 о увођењу додатних правила за заједничку организацију тржишта вина (*Regulation (EEC) No 816/70 of the Council by 28 April 1970 laying down additional provisions for the common organisation of the market in wine*).

Уредба о другој измени Уредбе бр. 1162/76 о мерама намењеним да прилагоде виноградарски потенцијал захтевима тржишта (*Council Regulation (EEC) No 2776/78 of 23 November 1978 amending for the second time Regulation (EEC) No 1162/76 on measures designed to adjust wine-growing potential to market requirements*).

Уредба о мерама намењеним да прилагоде виноградарски потенцијал захтевима тржишта (*Council Regulation (EEC) No 1162/76 of 17 May 1976 on measures designed to adjust wine-growing potential to market requirements, as amended by Council Regulation (EEC) No 2776/78 of 23 November 1978*).

Alicia Hinarejos, “Recent Human Rights Developments in the EU Courts: The Charter of Fundamental Rights, the European Arrest Warrant and Terror Lists, *Human Rights Law Review 7/2007*, 793-811.

Alina Mihaela Conea, “Case Law of the Court of Justice of European Union: A Visit to the Wine Cellar,” *Lex ET Scientia International Journal, no. 2/2018*, 139-159.

Application No. 45036/98 Bosphorus v Ireland, пресуда 30. јун 2005.
Application No. 12633/87 Smith Kline and French Laboratories Ltd. V. The Netherlands, одлука Комисије од 4. октобра 1990.
B. Rainey, P. McCormick, C. Ovey, The European Convention on Human Rights, Oxford, 2017
Case 11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelleflfr Getreide und Futtermittel. [1970] ECR.
Case C-283/11 Sky Osterreich GmbH v. Osterreichischer Rundfunk, 2013.
Case C-398/13 P, Case T- 189/14 Inuit Tapiriit Kanatami and Others v. European Commission, 2015.
Case C-415/05 P Yusuf and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities, 2008.
Case C-402/05 P Yassin Abdullah Kadi v Council of the European Union and Commission of the European Communities, 2008.
Case C-84/95 Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS v Minister for Transport, Energy & Communications, Ireland and the Attorney General, 1996, ECR, I-3953.
Case of Beyeler v. Italy, Application no. 33202/96, Judgment of 5 January 2000.
Case of Sporrong and Lonnroth v. Sweden (Article 50), Application no. 7151/75, 7152/75, Judgment of 18 December 1984.
Case T-189/14 Deza, a.s. v European Chemicals Agency, 2017.
Christian Hauer, "Using the Designation 'Parmesan' for Hard Cheese (Grated Cheese) of Non-Italian Origin: Judgment of the ECJ of 26 February 2008 in Case C-132/05 (Commission of the European Communities vs. Federal Republic of Germany)," *European Food and Feed Law Review, 6/2008*, 387-393.
Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany, Failure of a Member State to fulfil obligations – Regulation (EEC) No 2081/92 – Protection of geographical indications and designations of origin for agricultural products and foodstuffs – 'Parmigiano Reggiano' cheese – Use of the name 'Parmesan' – Obligation on a Member State to proceed on its own initiative against the abuse of a protected designation of origin.
Case C-132/05, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 26 February 2008, *European Court Reports 2008 I-00957. Европска комисија против СР Немачке, Пропуштање државе да испуни обавезе – Уредба бр. 2081/92 – Заштита географкскої порекла и ознаке порекла пољопривредних производа и намирница – „Пармиђано Рађано" сир – Употреба назива „пармезан" – Обавеза државе чланице да по сопственој иницијативи процесуира злоупотребу заштићене ознаке порекла, Предмет Ц-132/05, Пресуда Суда правде ЕУ (Велико веће) од 26. фебруара 2008. године.*
Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany, Failure of a Member State to fulfil obligations – Regulation (EEC) No 2081/92 – Protection of geographical indications and designations of origin for agricultural products and foodstuffs – 'Parmigiano Reggiano' cheese – Use of the name 'Parmesan' – Obligation on a Member State to proceed on its own initiative against the abuse of a protected designation of origin, Case C-132/05, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 26 February 2008, *European Court Reports 2008 I-00957. Европска комисија против СР Немачке, Пропуштање државе*

да испуни обавезе – Уредба бр. 2081/92 – Заштита географкскої порекла и ознаке порекла пољопривредних производа и намирница – „Пармиђано Ређано“ сир – Употреба назива „пармезан“ – Обавеза државе чланице да по сопственој иницијативи процесуира злоупотребу заштићене ознаке порекла, Предмет Ц-132/05, Пресуда Суда правде ЕУ (Велико веће) од 26. фебруара 2008. године.

Criminal proceedings against Dante Bigi, third party: Consorzio del Formaggio Parmigiano Reggiano, Reference for a preliminary ruling: Tribunale di Parma – Italy, Regulation (EEC) No 2081/92 – Protection of geographical indications and designations of origin of agricultural products and foodstuffs – Article 13 – System of derogations – Scope, Case C-66/00, Judgment of the Court of 25 June 2002, *European Court Reports 2002 I-05917. Кривични поступак против Дантеа Бипија, трећа страна: Конзорцијум дел Формађо Пармиђано Ређано, Предлої за одлучивање о претходном питању: Окружни суд у Парми – Италија, Уредба бр. 2081/92 –* Уредба о заштити географског порекла и ознака порекла за пољопривредне и прехрамбене производе – Члан 13 – Систем дерогације – Обим, Предмет Ц-66/00, Пресуда од 25. јуна 2022. године, Извештаји Суда правде ЕУ *2002 I-05917.*

Eve Chava Landau, “A New Regime of Human Rights in the EU?”, *European Journal of Law Reform, 4/*2008, 557-576.

Joined Cases C-20 and 64/00 Booker Aquaculture Ltd and Hydro Seafood GSP Ltd v The Scottish Ministers.

Joined cases C-78/16 and 79/16 Giovanni Pesce and Others v. Presidenza del Consiglio dei Ministri, 2016.

Kaiko Shimura, “How to Cut the Cheese: Homonymous Names of Registered Geographic Indicators of Foodstuffs in Regulation 510/2006,” *Boston College International and Comparative Law Review, 1/2010*, 129-152.

Kathrin Kuhnert, “Bosphorus – Double Standards in European Human Rights Protection?, *Utrecht Law Review 2/2006*, 177-189.

Lilian V. Faulhaber, “Cured Meat and Idaho Potatoes: A Comparative Analysis of European and American Protection and Enforcement of Geographic Indications of Foodstuffs,” Columbia Journal of European Law, 3/2005), 623-664.

Lina Monten, “Geographical Indications of Origin: Should They Be Protected and Why – An Analysis of the Issue from the U.S. and EU Perspectives,” Santa Clara Computer & High Technology Law Journal, 2/2006, 315-350.

Liselotte Hauer v Land Rheinland-Pfalz, Reference for a preliminary ruling: Verwaltungsgericht Neustadt an der Weinstraße – Germany, Prohibition on new planting of vines, Case 44/79. Judgment of the Court of 13 December 1979, *European Court Reports 1979 -03727. Лиселот Хауер против Рајне-Палатинат, Предлої за одлучивање о претходном питању: Управни суд у Нојштату ан дер Вајнштрасе, Забрана успостављања нових плантажа винове лозе, Предмет 44/79, Пресуда од 13. децембра 1979,* Извештаји Суда ЕЗ *1979 -03727.*

N. Lavranos, Judicial Review of UN Sanctions by the Court of First Instance, European Foreign Affairs Review 11, 2006, стр. 480;

N. Lavranos, UN Sanctions and Judicial Review, Nordic Journal of International Law, Vol. 76, 1/2007, стр. 13-15; M. Bulterman, Fundamental Rights and the United

Nations Financial Sanctions Regime: The Kadi and Yusuf judgements of the CFI of the European Communities, Leiden Journal of International Law, 19/2006.

N. Lavranos, Concurrence of Jurisdiction between the ECJ and other International Courts and Tribunals, European Environmental Law Review, 2005.

Sabrina Praduroux, "Property and Expropriation: Two Concepts Revisited in the Light of the Case Law of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice", *European Property Law Journal 2/2019*, 172-191.

Sonia Morano-Foadi and Stelios Andreadakis, "The Convergence of the European Legal System in the Treatment of Third Country Nationals in Europe: The ECJ and ECtHR Jurisprudence", *The European Journal of International Law, 4/2011*, 1071-1088.

T-306/01, Kadi, 2005, ECR II-3533; T-315/01, and Yusuf, 2005, ECR II-3649.

Tawhida Ahmed and Israel de Jesus Butler, "The European Union and Human Rights: An international Law Perspective", *The European Journal of International* Law, 4/2006, 771-801.

The Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, https://www.elysee.fr/en/french-presidency/the-declaration-of-the-rights-of-man-and-of-the-citizen

Valentina Vadi, "The Migration of Constitutional Ideas to Regional and International Economic Law: The Case of Proportionality," *Northwestern Journal of International Law & Business, 3/2015*, 557-590.

Xavier Groussot, "Proportionality in Sweden: The Influence of European Law," *Nordic Journal of International Law, 3-4/2006*, 451-472.

Bojan N. Tubić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
B.Tubic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-1590-3638

Stefan N. Radojčić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Radojcic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-4423-1033

Protection of the Right то Property in The Jurisprudence of the Court of Justice of the EU: Permissibility of Limitation

Abstract: *The jurisprudence of the Court of Justice of the EU affects the understanding and protection of human rights in the European Union, including the right to property. Human rights in the European Union are regulated by the Charter of Fundamental Human Rights, and the standards established by the European Convention on Human Rights and the jurisprudence of the European Court of Human Rights are also taken into account. This paper provides an overview of how the right to property is defined and how it was applied in certain cases before the Court of Justice of the EU, concretely, in relation to the fact whether a certain limitation of this human right is unlawful. In this way, an analysis of the procedure in which the proportionality test is applied in practice was carried out – that is, the balancing between general and individual interest, when it comes to the unrestricted enjoyment of the right to property. Some of the presented cases are atypical in terms of their facts and the legal context in which the selected decisions were given. It is precisely for this reason that the paper presents the evolving dimension of the Union law, that is, the legally creative and interpretive role of the Court of Justice of the EU.*

Keywords: *the right to property, the Court of Justice of the EU, European Union, principle of proportionality.*

Датум пријема рада: 3.1.2024.
Датум достављања коначне верзије рада: 1.2.2024.
Датум прихватања рада: 1.2.2024.

Прегледни рад 343.121:343.9.02-053.6
doi:10.5937/zrpfns57-47400

Хаџи Живорад М. Миленовић
Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Учитељски факултет
hadzi.zivorad.milenovic@pr.ac.rs
ORCID ID: 0009-0009-4453-565X

ПРИМЕНА УСТАНОВЕ ОКРИВЉЕНОГ САРАДНИКА КАО МОГУЋИ ФАКТОР ПОДСТИЦАЈА МЛАДИХ НА ОРГАНИЗОВАНИ КРИМИНАЛ*

Сажетак: *У раду се проучава правна установа судске и тужилачке праксе окривљени сарадник ка могући фактор подстицаја младих на организовани криминал посматрана из перспективе ученика гимназије. Пошло се од опште претпоставке да бенефиције које се гарантују окривљеним сарадницима могу бити подстицаји младих на организовани криминал и од посебних претпоставки да ће истраживањем бити издвојени фактори који према проценама ученика детерминишу правну установу окривљени сарадник као могућем фактору подстицаја младих на организовани криминал и да на такве процене ученика значајно не утиче разред који похађају и успех у току школовања. Да би се то утврдило, у марту 2023. на узорку од 96 ученика гимназије, спроведено је истраживање приказано у овом раду. Подаци прикупљени Скалером – ПУСТП-ОС-МФПМОК (α = 0,762) и обрађени дескриптивном статистиком, факторском анализом и анализом варијансе потврдили су све хипотезе истраживања. Резултати истраживања приказани су у форми закључка и дате су правне и педагошке импликације.*

Кључне речи: *окривљени сарадник, јавно тужилаштво, васпитање, васпитно деловање, култ звезда.*

---

* Истраживање је спроведено у Гимназији на подручју Републике Србије, за које је добијена сагласност савета родитеља и руководства гимназије. Обзиром на осетљивост истраживане теме, подаци о гимназији који су познати уредништву часописа се у интересу ученика неће јавно објављивати.

1. УВОД

Данашња омладина се суочава с различитим социјалним и политичким проблемима. Суочени с наведеним проблемима, неки млади се и недовољно школују. Своју афирмацију често налазе у навијачним групама и осталим формалним и неформалним групама које не фаворизују учење и рад, већ насиље и окренутост према киминалу. Допринос томе дају и медији, који о криминалу извештавају сензационално, што код младих може довести до стварања култа звезда проналазећи узор у криминалцима. Услед недостатка себства, самосвојности и остварења као целосне личности у друштву, све то може постати фактор подстицаја младих на организовани криминал.

Организовани криминал се разликује од класичног криминала. Органи гоњења код организованог криминала уместо с појединцем „...имају посао с добро структуираном организацијом с чврстом унутрашњом хијерархијом, дисциплином, високом конспирацијом, детаљно разрађеном стратегијом и тактиком маскирања криминалне делатности и избегавања кривичне одговорности“.[1] Организоване криминалне групе, поред добре организације и хијерархије, карактерише и камуфлажа. Своју криминалну делатност обављају и преко легалних привредних субјеката. Имају и добро организовани систем избегавања кривичне одговорности. Кривична дела врше посебно обучени криминалци који иза себе ретко остављају трагове кривичних дела или намерно остављају трагове који ће истрагу усмерити у погрешном правцу. Организоване криминалне групе на различите начине застрашују или подмићују предложене и потенцијалне сведоке у кривичним поступцима, оштећене грађане и руководиоце или власнике привредних субјеката, судске вештаке, поступајуће јавне тужиоце и судије и остале учеснике у кривичним поступцима. У томе им помажу везе у полицији, правосуђу и осталим државним структурама. Карактерише их и интернационализација зато што одређена кривична дела врше заједничким делатностима, разменом или унајмљивањем специјализованих извршилаца.

Отежано је и проналажење сведока с циљем разоткривања организованих криминалних група, њених чланова и расветљавања кривичних дела која су учинили. Једини начин проналажења сведока јесте добровољни пристанак неког од чланова организоване криминалне групе да сведочи. Као проблем појављује се начин како исте придобити за сарадњу, а посебно проблем заштите таквих сведока и чланова њихових породица.[2]

---

[1] Иштван Фејеш, „Сведок сарадник“, *Гласник адвокатске коморе Војводине*, Вол. 7, но. 65/10, 2005, 490.

[2] Драгутин Аврамовић, Илија Јованов, „Мит о независности судства“, *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад,* Вол. 55, но. 2, 2021; Navaro Konsuelo, Mier Havijer, *WINPRO –*

2. ПРАВНА УСТАНОВА *ОКРИВЉЕНИ САРАДНИК*

У Србији је 2005. донет *Кривични законик*,[3] који предвиђа посебна кривична дела организованог криминала, тероризма и корупције. Доношењем *Законика о кривичном поступку* 2011.[4] предвиђена је могућност потписивања *Споразума о сведочењу окривљеног* (чл. 320). Споразум се закључује између *јавног тужиоца* и окривљеног за кривична дела у односу на која се у смислу члана 162. став 1. тачка 1. законика примењују посебне доказне радње.[5] При закључивању *Споразума о сведочењу окривљеног* је у смислу члана 320. став 2. законика од значаја да је окривљени „...у потпуности признао да је учинио кривично дело, под условом да је значај његовог исказа за откривање, доказивање или спречавање кривичног дела из члана 162. став 1. тачка 1. овог законика претежнији од последица кривичног дела које је учинио (окривљени сарадник).“[6] Ова могућност темељи се на чињеници да претходна правна установа *сведок сарадник* уведена у судску и тужилачку праксу 2002. новелирањем *Законика о кривичном поступку* из 2001,[7] није дала очекиване ефекте због чега се у судску и тужилачку праксу 2011. уводи правна установа *окривљени сарадник.* Без обзира што је законодавац после девет година преименовао правну установу *сведок сарадник* у *окривљени сарадник* и изменио неке одредбе о њој, не дира се у њен суштински правни континуитет. Доношењем *Закона о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, тероризма и корупције*, 2016.[8] (коме је је претходио *Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организо-*

Smjernice o merama zaštitze svedoka u međunarodnom pravu i pravu Republike Srbije, Brisel, 2018; Zivorad Milenovic*, Institututes of prosecutor's office as a factor of incentive for young people to commit criminal ofences*, in: Dusan Kolaric (Ed), International thematic collection of works *Archibald Reiss days*, Academy of criminalistic and police studies in Belgrade, 2016; Снежана Бркић, „Заштита сведока у законодавству Србије и перспективе развоја“, *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад,* Вол. 39, но. 1, 2005; Σβγιετλανα Ντραγκοβιτς, „Σχεδιο προστασιασ μαρτυρωνστη βοσνια – Ερζεγοβινη”, *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад,* Вол. 60, но. 2, 2019.

[3] *Законик о кривичном поступку*, „Сл. гласник РС“, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

[4] *Законик о кривичном поступку* „Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – одлука УС и 62/2021 – одлука УС.

[5] Катарина Живановић, „Споразум о сведочењу окривљеног“, *Ревија за криминологију и кривично право*, Вол. 57, но. 1, 2019, 77-97.

[6] *Законик о кривичном поступку*, *op. cit.*, 2016.

[7] *Законик о кривичном поступку* „Сл. лист СРЈ“, бр. 70/2001, и 68/2002 и „Сл. гласник РС“, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – др. закон и 72/2009).

[8] *Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, тероризма и корупције*, 2016. „Сл. гласник РС“, бр. 94/2016, бр. 87/2018 – др. закон и 10-2023.

ваног криминала, корупције и других посебно тешких кривичних дела из 2002)[9] ближе је уређена делатност и организација државних органа с циљем ефикаснијег деловања у сузбијању и спречавању организованог криминала и заштите сведока који су с јавним тужилаштвом потписали споразум о сведочењу и добили статус *окривљеног сарадника*. Прецизније се уређују и надлежности органа за поступање против кривичних дела организованог криминала, тероризма и корупције, али и обука, заштита, безбедоносна провера и остало, све с циљем избора најстручнијих, најодговорних и најсавеснијих припадника.[10]

Окривљени сарадник може бити сваки припадник организоване криминалне групе, осим њеног организатора, који је у потпуности признао да је учинио кривично дело у односу на које се примењују посебне доказне радње, који је пристао да сведочи у корист јавног тужилаштва и помогне у разоткривању осталих чланова и организатора криминалне групе, њихову организацију и делатност, сва извршена кривична дела и пружи доказе о њима што би требало да доведе до осуђујуће пресуде. *Окривљени сарадник* се не ослобађа кривичне одговорности, већ му се на предлог јавног тужилаштва од стране суда изриче минимална казна или оптимална казна у односу на максимално предвиђену казну за учињено кривично дело.

3. МЕТОДОЛОШКИ АСПЕКТ ИСТРАЖИВАЊА

Проблем истраживања темељи се на широј истраживачкој платформи овог и сличних проблема истраживања.[11] Полазећи од резултата наведених истраживања и проблема овог спроведеног истраживања који се односи на правну установу *окривљени сарадник* као могућем подстицају младих на организовани криминал, циљ истраживања је идентификација процена ученика/ца о правној установи *окривљени сарадник* као могућем подстицају младих на организовани криминал.

У истраживању се пошло од опште претпоставке да бенефиције које се на овај начин гарантују припадницима организованих криминалних група

---

[9] *Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, корупције и других посебно тешких кривичних дела,* 2002. „Сл. гласник РС“, бр. 42/2002, 27/2003, 29/2004, 58/2004 – др. закон, 45/2005, 62/2005, 72/2009, 72/2011 – др. закон и 101/2011 – др. закон.

[10] Божидар Бановић, Вељко Турањанин, „Споразум о сведочењу осуђеног у кривичном процесном законодавству Републике Србије“, *Безбедност*, Вол. 56, но. 2, 2014.

[11] Z. Milenovic*, op. cit*., 2016; Живорад Миленовић, „Образовање у функцији сузбијања насиља навијачких група на фудбалским утакмицама“, *Безбедност,* Вол. 54, но. 1, 2012; Живорад Миленовић, *Рад и преваспитање осуђених лица*, Београд, Задужбина Андрејевић, 2010; Живорад Миленовић, „Међузависност рада осуђених лица и њиховог васпитања и преваспитања у пенолошкој установи“, *Београдска дефектолошка школа*, Вол. 14, но. 1, 2008.

за сарадњу с јавним тужилаштвом могу у одређеним систуацијама бити фактор подстицаја младих на организовани криминал. Пошло се и од посебних претпоставки да ће истраживањем бити издвојени фактори који указују на обележја правне установе *окривљени сарадник* као могућем подстицају младих на организовани криминал и да на такве процене ученика значајно не утичу разред који похађају и успех који су остварили у првом полугодишту школске 2022/2023. када је истраживање спроведено.

Истраживање је спроведено на *узорку* од 96 ученика једне гимназије на подручју Србије. Према разреду који похађају структура узорка је: првог и другог по 22 (22,90%), трећег – 45 (46,90%) и четвртог – 7 (7,30%); и према успеху у претходном полугодишту: довољних – 5 (5,20%), добрих – 6 (6,30%), врло добрих – 32 (33,30%) и одличних – 53 (55,20%). Узорак је намеран и репрезентативан је за одабрану популацију ученика.

Коришћене су историјска, дескриптивна, компаративна и трансферзална истраживачка метода. *Истраживачке технике* су анкетирање и скалирање. Коришћен је *комбиновани инструмент* Скала процена ученика средњих школа о правној установи *окривљени сарадник,* као могућем фактору подстицаја младих на организовани криминал (Скалер – ПУСТП-ОС-МПМОК). У упутству за попуњавање комбинованог инструмента била су дата основна обележја правне установе *окривљени сарадник* с циљем упознавања ученика са истом, како би могли да дају што прецизније одговоре на задате тврдње. Инструмент се састоји од уводних питања (разред који ученици похађају и њихов успех у првом полугодишту школске 2022/2023) и тростепене скале интензитета сагласности Ликертовог типа (слажем се, нисам сигуран/а и не слажем се) која се састоји од 25 тврдњи.

а1 Понекад ми падне на ум да уђем у криминалну групу како бих себи прибавио/ла корист а да онда преко адвоката понудим услуге јавном тужилаштву и будем минимално кажњен/а.

а2 Не бих имао/ла ништа против да због криминала који би ми донео материјалну корист прихватим да будем *окривљени сарадник* и тиме добијем минималну казну за учињена кривична дела.

а3 Неки млади се свесно одлучују на криминал знајући да ће ако постану сарадници јавног тужилаштва имати бенефите.

а4 Корисно је бити сарадник јавног тужилаштва јер у неким земљама постоји могућност добијања другог идентитета, стана, довољно новца за живот, пресељења и запослења за целу породицу у трећој држави која је чланица Европске уније.

а5 Мислим да се *окривљени сарадници* знајући да им нико ништа не може понашају осионо и на суду не говоре истину већ оно што се од њих очекује да кажу.

а6 Уносно је бити *окривљени сарадник* на суду.

а7 Знам младе људе који се баве криминалом који ће у моменту када буду откривени понудити своје услуге јавном тужилаштву.

а8 Лица у статусу *окривљеног сарадника* доприносе порасту организованог криминала.

а9 *Окривљени сарадници* би евентуално могла бити лица која су учинила лакше кривично дело.

а10 Чуо/ла сам да *окривљени сарадници* чине кривична дела и за време трајања суђења док су у овом статусу и под заштитом државних органа иако су потписали изјаву да се више неће бавити криминалом.

а11 *Окривљени сарадници* се на суду понашају као да су јавни тужиоци.

а12 Од када сам чуо/ла да је на суду могуће бити *окривљени сарадник* и да због тога некога минимално казне иако је учинио/ла најтежа кривична дела немам поверење у јавно тужилаштво и судове.

а13 *Окривљени сарадници* су заштићенији од јавних личности.

а14 Знам за суђења у којима су *окривљени сарадници* лица која су као чланови криминалних група учинила најтежа кривична дела.

а15 Не осећам се спокојно што криминалци добијају минималне казне и временом се слободно шетају улицама града у коме живим.

а16 *Окривљени сарадник* не би смело бити лице које је извршило најтежа кривична дела ма колико помогло јавном тужилаштву.

а17 Лице у статусу *окривљеног сарадника* се може злоупотребити тако што се инструира да не говори истину на суду.

а18 *Окривљени сардници* су увек познати криминалци.

а19 Недопустиво је да извршиоци најтежих кривичних дела буду минимално кажњени зато што сарађују с јавним тужилаштвом.

а20 Добијање статуста *окривљени сардник* је директно против Устава државе јер омогућава да криминал и злочин остану некажњени.

а21 Сарадници јавних тужилаштава су лоши људи и цинкароши.

а22 *Окривљени сарадници* су због страха од високе казне затвора пристали да сарађују с јавним тужилаштвом.

а23 Страшно је слушати сведоке који на суду признају да су учествовали у растурању дроге, отмицама, мучењу људи, убиствима...

а24 Мислим да су *окривљени сарадници* добри људи јер су се покајали и помогли да се остали чланови криминалне групе осуде.

а25 *Окривљеним сарадницима* не треба давати никакве бенефите јер им је довољно то што им је пружена прилика да на суду растерете своју душу због свег зла које је нанели другима и друштву.

Скалер је конструисан за потребе овог истраживање. На самом истраживању су испитиване неке његове метријске карактеристике.

Табела 1. *КМО и Бартлетов тест сферичности*

КМО		0,606
Бартлетов тест сферичности	χ^2	608,900
	df	300
	p	0,000

Кајзер-Мејер-Олкинов показатељ (КМО тест) је показао довољну вредност (КМО = 0,606). Бартлетов тест сферичности је достигао статистичку значајност на нивоу $p<0,001$ ($p = 0,000$) (Табела 1). Поузданост инструмента испитивана је Кронбах алфа коефицијентом који је показао добру вредност ($\alpha = 0,762$). Вредности комуналитета (h) су у свим случајевима веће од граничне вредности $h = 0,300$ и крећу се од $h = 0,393$ код ајтела 25, до $h = 0,645$ код првог ајтема (Табела 3), чиме је задовољен општи Тостенов критеријум. На овај начин је потврђена факторабилност матрице, прилагођеност скалера узорку истраживања, оправданост факторске анализе и поузданост скалера.

Подаци прикуљени истраживањем обрађени су дескриптивном статистиком, факторском анализом с *Varimax* методом и анализом варијансе. Резултати истраживања приказани су табелама.

4. РЕЗУЛТАТИ ИСТРАЖИВАЊА

Подаци прикупљени Скалером ПУСТП-ОС-МПМОК, најпре су били подвргнути анализи главних компоненти, факторском анализом с *Varimax* методом.

Табела 2. *Вредности карактеристичних корена*

Главне компоненте	Карактеристични корен	% објашњене варијансе	Кумулативни % објашњене варијансе
1.	4,364	17,456	17,456
2.	2,334	9,338	26,794
3.	2,012	8,049	34,842
4.	1,550	6,202	41,044
5.	1,440	5,758	46,802
6.	1,391	5,565	52,366

Применом *Гутман-Кајзеровог критеријума* издвојено је шест главних компоненти с карактеристичним кореном већим од 1, које укупно објашњавају 52,366% заједничке варијансе (Табела 2).

Табела 3. *Ротирана матрица факторске структуре*

Ајтем	Компоненте						h
	I	II	III	IV	V	VI	
a22	**0,725**						0,588
a23	**0,707**						0,562
a17	**0,645**						0,519
a18	**0,546**						0,430
a21	**0,495**				0,397		0,575
a1	**-0,482**		0,417	0,352	0,331		0,645
a20	**0,472**				0,349		0,500
a16		**0,703**					0,543
a19		**0,598**					0,465
a7		**-0,530**		0,331			0,485
a3		**0,505**				0,329	0,547
a5	0,405	**0,473**					0,562
a14			**0,780**				0,628
a12			**0,673**				0,568
a4			**0,568**				0,478
a9			-0,353	**0,662**			0,616
a10				**0,611**			0,431
a11	0,389			**0,530**			0,516
a25				**0,360**			0,393
a6					**0,745**		0,581
a2					**0,683**		0,623
a13						**0,685**	0,525
a24						**0,544**	0,438
a8						**0,440**	0,452
a15		0,418				**0,424**	0,520

Према подацима приказаним у Табели 3 се види да је издвојено шест фактора. Први одређује седам ајтема: 22, 23, 17, 18, 21, 1 и 20; објашњава 17,456% заједничке варијансе (Табела 2); обзиром да је код ајтема 1 утврђен негативни предзнак, први фактор је назван *заштита криминала насупрот проценама ученика/ца о правној установи „окривљени сарадник“ као могућем подстицају младих на организовани криминал.* Други одређује пет ајтема: 16, 19, 7, 3 и 5; објашњава 9,338% заједничке варијансе (Табела 2); обзиром да је код ајтема 7 утврђен негативни предзнак, други фактор је назван *заштита*

криминалаца насупрот проценама ученика/ца о познавању лица која се баве криминалом и која ће у одређеном моменту понудити услуге јавном тужилаштву. Трећи одређују три ајтема: 14, 12 и 4; објашњава 8,049% заједничке варијансе (Табела 2); назван је *неповерење у правосуђе.* Четврти одређују четири ајтема: 9, 10, 11 и 25; објашњава 6,202% заједничке варијансе (Табела 2); назван је *правда и правичност као сигурност грађана.* Пети одређују два ајтема: 6 и 2; објашњава 5,758% заједничке варијансе (Табела 2); назван је *бенефиције због сарадње с јавним тужилаштвом.* Шести одређују четири ајтема: 13, 24, 8 и 15; објашњава 5,565% заједничке варијансе (Табела 2); назван је *подстицај младих на организовани криминал.*

На основу резултата факторске анализе је уочљиво да манифестне варијабле приказане у Табели 3. експлицитно или имплицитно указују на правну установу *окривљени сарадник* која у одређеној ситуацији може бити фактор подстицаја младих на организовани криминал. Закључује се да резултати факторске анализе значењем ајтема суштински не одступају од прве посебне хипотезе, што је оправдало експликацију резултата факторске анализе.

Овакви резултати се разликују од резултата компаративне анализе истраживања спроведеног на узорку младих укључених у организоване криминалне групе или повезаних с њима на подручју Града Ниша у Србији и у Босни и Херцеговини на подручју Града Сарајева у Федерацији Босне и Херцеговине и Општини Пале на подручју Источног Сарајева у Републици Српској[12] У овом истраживања су углавном били издвојени фактори који указују на подстицаје младих у вршењу кривичних дела, доприноса порасту криминала и заштити криминалаца, док је на узорку ученика/ца гимназије у Србији издвојено дупло више фактора који указују на шири дијапазон процена у погледу правне установе *окривљени сарадник* као могућег фактора подстицаја младих на организовани криминал. Ученици/це гимназије су поред ајтема који указују да правна установа *окривљени сарадник* може бити подстицај младих на организовани криминал, високо вредновали и ајтеме који указују на неповерење у правосуђе и неспокојство због умањења казне извршиоцима најтежих кривичних дела, што је разумљиво, јер лица из овог узорка нису припадници организованих криминалних група, него ученици гимназије коју углавном уписују најбољи основци.

Анализом варијансе истражен је утицај разреда који ученици/це похађају и успеха у првом полугодишту школске 2022/2023. на њихове процене о правној установи *окривљени сарадник* као могућем подстицају младих на организовани криминал. Према разреду који похађају, ученици/це су били подељени у четири групе: 1 (први); 2 (други); 3 (трећи); и 4 (четврти). Према успеху у првом полугодишту школске 2022/2023. ученици/це су били поде-

[12] Z. Milenovic, *op. cit.*, 2016.

љени у пет група: 1 (недовољан); 2 (довољан); 3 (добар); 4 (врло добар); и 5 (одличан). Како је истраживањем утврђено да није било недовољних ученика/ца, они су тиме подељени у четири групе.

Табела 4. *Разред и успех ученика/ца и њихове процене о правној установи „окривљени сарадник" као могућем подстицају младих на организовани криминал (ANOVA)*

	Збир квадрата	df	Средњи скор	F	p
Разред	5647,957	92	61,391	0,914	0,438
Општи успех	5783,341	92	62,862	0,174	0,913

У односу на процене ученика/ца о правној установи *окривљени сарадник* као могућем подстицају младих на организовани криминал, није утврђена статистички значајна разлика у резултатима четири групе ученика/ца према разреду који похађају: F (3; 92) = 0,914; p = 0,438; и општем успеху: F (3; 92) = 0,174; p = 0,913 (Табела 4) Закључује се да резултати истраживања статистички значајно не одступају од друге и треће посебне хипотезе.

Добијени резултати су у сагласју с бројним резултатима заступљеним у националним и светским публикацијама. У њима у погледу процена о правним установама као могућим подстицајима младих на организовани криминал постоји сагласност да је то могуће без обзира на узраст младих. То подједнако потврђују резултати истраживања посматраних с педагошког аспекта[13] и андрагошког аспекта.[14] Показују и одвојена истраживања спроведена на узорку младих у раној младости у Србији и Босни и Херцеговини[15] и ученика гимназије у овом истраживању, што се може тумачити утицајем различитих фактора социјалне и политичке природе с којима се суочавају млади у земљама западног Балкана.

Добијене резултате потврђују и многа друга истраживања. У истраживању спроведеном 2018. на узорку осуђених припадника организованих криминалних група у Мексику је утврђено да њихов образовни профил значајно утиче на процене које имају о разлозима због којих су се одлучили да се баве криминалом, што је углавном било условљено могућношћу запошљавања и висине материјалних примања за обављени рад.[16] Већи образовни

[13] Alia Wulff, Ira Hyman, „Crime Blindness: The Impact of Inattentional Blindness on Eyewitness Awareness, Memory, and Identification", *Applied Cognitive Psychology*, Vol. 36, no. 1, 2022.

[14] Kevin Roessger, Elizabeth Roumell, James Weese, James, „Rethinking Andragogical Assumptions in the Global Age: How Preferences for Andragogical Learning Vary across People and Cultures", *Studies in Continuing Education*, Vol. 44, no. 1, 2022.

[15] Z. Milenovic, *op. cit.*, 2016.

[16] Rebecca Danielle Strickland, „"Moving the Rubble": Reflection, Conscientization, and Transformative Learning with Men Incarcerated for Organized Crime in Mexico", *Journal of Transformative Education*, Vol. 20, no. 4, 2022.

ниво и бољи успех у учењу су претпоставка на којој се темељи чињеница да су такве особе упознатије с негативним утицајима криминала и у образовању и бољем успеху виде начин сузбијања криминала, као што је утврђено и у истраживању међузависности образовања и насиља навијачких група на фудбалским утакмицама,[17] али и међузависности образовања и успеха у учењу и организованог криминала.[18] Резултати истраживања указују на потребу да проблем правне установе *окривљени сарадник* буде стална тема истраживања и предмет академских расправа у различитим научним областима (социолошким, правним, педагошким, психолошким...).

5. ЗАКЉУЧЦИ И ПРЕПОРУКЕ

У овом раду је на емпиријском нивоу истраживана тема из области правних наука с педагошког аспекта. На основу резултата истраживања и критичких анализа приказаних у раду се закључује да данашње друштво с циљем заштите дефинисаних вредности предузима различите мере у сузбијању негативних и друштвено неприхватљивих облика понашања појединаца, а последњих деценија и организованих криминалних група. Обзиром на њихову строгу хијерархију и сложеност њиховог разоткривања и прикупљања доказа, у судску и тужилачку праксу је најпре 2002. уведена правна установа *сведок сарадник* која је 2011. преименована у *окривљени сарадник*. Лица у овом статуту с једне стране доприносе разоткривању осталих чланова криминалне групе и њиховог организатора и расветљавању кривичних дела која су учинили и прикупљању материјалних доказа што доводи до осуђујућих пресуда, а с друге стране имају гаранцију државног органа да ће бити кажњена минималном казном или оптимално прилагођеном казном за дела чије су извршење у потпуности признала. Искључиво с правног аспекта, то је корисно и оправдано јер доприноси економичности судских поступака и борби против организованог криминала, тероризма и корупције.

[17] Ж. Миленовић, *Op. cit.*, 2012.

[18] Adil Kasim, Said Karim, Syamsuddin Muchtar, „Abdul Asis, School Drug Education and Leadership Agility: Narcotics Crime Study in Children“, *Asian Journal of University Education*, Vol. 17, no. 4, 2021; Maja Nenadovic, Kerim Somun, „Teaching about Sexual Violence as Part of Mass Atrocity Crimes: Model International Criminal Court Non-Formal Educational Program“, *Review of Education, Pedagogy & Cultural Studies*, Vol. 43, no. 2, 2021; Magdalini Karyda, „The Influence of Neighbourhood Crime on Young People Becoming Not in Education, Employment or Training“, *British Journal of Sociology of Education*, Vol. 41, no. 3, 2020; Bohdan Braiko, „The Content of Professional Training of Masters in National Security at the UK Universities“, *Comparative Professional Pedagogy*, Vol. 9, no. 2, 2019; Amie Schuck, „Evaluating the Impact of Crime and Discipline on Student Success in Postsecondary Education“, *Research in Higher Education*, Vol. 58, no. 1, 2017; Yvonne Stys, Rick Ruddell, „Organized Crime Offenders in Canada: Risk, Reform, and Recidivism“, *Journal of Offender Rehabilitation*, Vol. 52, no. 2, 2013.

Са спекта педагогије као најопштије науке о васпитању, на развој и васпитање деце и омладине и васпитно деловање на њих на дневном нивоу утичу бројни фактори – наслеђе, породица, група вршњака, средина, њихово делање у различитим животно-практичним ситуацијама у породици, школи и друштвеној заједници, медији и остали. На основу резултата истраживања се може уочити извесна несагласност у погледу ефикасности примене правне установе *окривљени сарадник* у борби против организованог криминала, тероризма и корупције и могућности (не)васпитног деловања ове установе на личност васпитаника да постане члан организоване криминалне групе и у будућности се бави криминалом. У спрези с утицајем различитих фактора материјалне и социјалне природе и општег стања у друштву, бенефиције које добијају лица за која се зна да су стекла велику материјалну корист бавећи се организованим криминалом, правна установа *окривљени сарадник* у одређеним ситуацијама може бити фактор подстицаја младих на организовани криминал. Свему томе доприносе и медији који о сведочењима лица којима је додељен статус *окривљени сарадник* извештавају на дневном нивоу и готово сензационално, што код деце и младих може довести до формирања култа звезда, па им ова лица могу бити узор и повод да исте опонашају у свакодневном животу, исто као што опонашају спортисте и остале успешне јавне личности, па чак и да за себе користе њихове надимке. Овакве појаве негативно утичу на васпитање деце и омладине, па их је због тога потребно спречити.

Општи је закључак да проучавана правна установа *окривљени сарадник* у судској и тужилачкој пракси има несумњиви значај у расветљавању кривичних дела из области организованог криминала, тероризма и корупције и у овом или сличним облицима постоји у многим земљама света. Са друге стране се оправдано поставља питање има ли места опстанку правне установе *окривљени сарадник* ако постоје чињенице које указују на њено могуће негативно дејство на васпитање деце и младих. Разумно решење је потребно тражити у преиспитивању или барем у ограничености и другачијем облику примене проучаване правне установе која неће негативно утицати на васпитање деце и младих. Питање које се намеће – Како то учинити? Ово би свакако требао бити предмет преиспитивања кривчнопроцесне научне теорије и судске и тужилачке праксе.

На факултетима правних наука остаје обавеза да осавремењују студијске програме и континуирано уводе иновативне научне садржаје о правној установи *окривљени сарадник* и сличних правних установа у научну кривичноправну и кривичнопроцесну теорију. Обавеза је и на породици као темељној друштвеној заједници да створи здраву основу за развој, васпитање и образовање деце и да на њих континуирано васпитно делује на дневном нивоу усмеравајући их у правцу неговања и поштовања позитивних друштвених

и прихватљивих норми и вредности. Значајну улогу имају и предшколске установе у васпитању деце предшколског узраста који представља период раног старта у њиховом развоју, васпитању и учењу; основне и средње школе и њихови наставници који уз партнерски однос с родитељима и тимовима за подршку требају превентивно деловати и спречавати све могуће видове девијантног понашања ученика. У ефикасном и компромисном решавању овог проблема потребна је и системска подршка друштвене заједнице.

Овим истраживањем су отворена и нека друга питања сузбијања насиља и девијантног понашања ученика у основним и средњим школама. Једно од њих се односи на обавезу преиспитивања улоге, пре свега потребе постојања правне, друштвене и полицијске установе *школски полицајац*, какав је његов досадашњи допринос и да ли његово присуство у школи или поред ње, школу евентуално етикетира као потенцијалну криминалну установа, јер јој је поред видео надзора, физичког и техничког обезбеђења, дежурних ученика и дежурних наставника потребан и униформисани полицијски службеник (последњих месеци и више њих) и како све то у психолошком и педагошком смислу утиче на ученике/це основних и средњих школа. Од медија се очекује да о криминалу извештавају само на основу извора из правосуђа и полиције. То се посебно значајним чини када су у питању портали појединих медијских кућа на којима се без икакве контроле могу поставити непроверене информације са сензационалним насловима. Од истраживача у области правних, педагошких, психолошких, социолошких и осталих наука се очекује да допринесу да овај проблем постане предмет сталне академске расправе и да се поново баве овим или сличним проблемом и тиме с једне стране допринесу ефикаснијем деловању правосуђа у борби против организованог криминала, тероризма и корупције, а с друге стране квалитетнијем развоју, васпитању и образовању деце и младих.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Аврамовић Драгутин, Јованов Илија, „Мит о независности судства“, *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад,* Вол. 55, но. 2, 495-510, 2021.

Бановић Божидар, Турањанин Вања, „Споразум о сведочењу осуђеног у кривичном процесном законодавству Републике Србије“, *Безбедност*, Вол. 56, но. 2, 77-96, 2014.

Braiko Bohdan, „The Content of Professional Training of Masters in National Security at the UK Universities“, *Comparative Professional Pedagogy*, Vol. 9, no. 2, 49-56, 2019.

Бркић Снежана, „Заштита сведока у законодавству Србије и перспективе развоја“, *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад,* Вол. 39, но. 1, 157-177, 2005.

Живановић Катарина, „Споразум о сведочењу окривљеног за кривична дела организованог криминала“, *Ревија за криминологију и кривично право*, Вол. 57, но. 1, 77-97, 2019.

Karyda Magdalini, „The Influence of Neighbourhood Crime on Young People Becoming Not in Education, Employment or Training“, *British Journal of Sociology of Education*, Vol. 41, no. 3, 393-409, 2020.

Kasim Adil, Karim Said, Muchtar Syamsuddin, Asis Abdul, Tenri Andi, „School Drug Education and Leadership Agility: Narcotics Crime Study in Children”, *Asian Journal of University Education*, Vol. 17, no. 4, 388-398, 2021.

Konsuelo Navaro, Havijer Mier, *WINPRO – Smjernice o merama zaštitze svedoka u međunarodnom pravu i pravu Republike Srbije*, Brisel 2018.

Миленовић Живорад, „Оразовање у функцији сузбијања насиља навијачких група на фудбалским утакмицама“, *Безбедност,* Vol. 54, no. 1, 7-23, 2012.

Миленовић Живорад, *Рад и преваспитање осуђених лица*, Београд 2010.

Миленовић Живорад, „Међузависност рада осуђених лица и њиховог васпитања и преваспитања у пенолошкој установи“, *Београдска дефектолошка школа*, Вол. 14, но. 1, 133-143, 2008.

Milenovic Zivorad, *Institututes of prosecutor's office as a factor of incentive for young people to commit criminal ofences,* in: Dusan Kolaric (Ed), *Archibald Reiss days*, 446-458, Belgrade 2016.

Nenadovic Maja, Somun Kerim, „Teaching about Sexual Violence as Part of Mass Atrocity Crimes: Model International Criminal Court Non-Formal Educational Program“, *Review of Education, Pedagogy & Cultural Studies*, Vol. 43, no. 2, 69-84, 2021.

Нтраγковитς Сβγιετλανα, „Σχεδιο προστασιασ μαρτυρωνστη βοσνια – Ерζεγοβινη”, *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад,* Вол. 60, но. 2, 433-448, 2019.

Schuck Amie, „Evaluating the Impact of Crime and Discipline on Student Success in Postsecondary Education“, *Research in Higher Education*, Vol. 58, no. 1, 77-97, 2017.

Stys Yvonne, Ruddell Rick, „Organized Crime Offenders in Canada: Risk, Reform, and Recidivism“, *Journal of Offender Rehabilitation*, Vol. 52, no. 2, 75-97, 2013.

Roessger Kevin, Roumell Elizabeth, Weese James, „Rethinking Andragogical Assumptions in the Global Age: How Preferences for Andragogical Learning Vary across People and Cultures“, *Studies in Continuing Education*, Vol. 44, no. 1, 14-38, 2022.

Strickland Rebecca Danielle, „“Moving the Rubble”: Reflection, Conscientization, and Transformative Learning with Men Incarcerated for Organized Crime in Mexico“, *Journal of Transformative Education*, Vol. 20, no. 4, 379-395, 2022.

Фејеш Иштван, „Сведок сарадник“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, Bol. 77, но. 65/10, 490-504, 2005.

Wulff Alia, Hyman Ira, „Crime Blindness: The Impact of Inattentional Blindness on Eyewitness Awareness, Memory, and Identification“, *Applied Cognitive Psychology*, Vol. 36, no. 1, 166-178, 2022.

Законик о кривичном поступку. Сл. гласник РС, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – одлука УС и 62/2021 – одлука УС (2011).

Законик о кривичном поступку. Сл. лист СРЈ, бр. 70/2001, и 68/2002 и Сл. гласник РС, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – др. закон и 72/2009 (2001).

Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, корупције и других посебно тешких кривичних дела. Сл. гласник РС, бр. 42/2002, 27/2003, 29/2004, 58/2004 – др. закон, 45/2005, 62/2005, 72/2009, 72/2011 – др. закон и 101/2011 – др. закон (2002).

Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, тероризма и корупције. Сл. гласник РС, бр. 94/2016, бр. 87/2018 – др- закон и 10-2023 (2016).

Кривични законик. Сл. гласни РС, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 і 35/2019 (2005).

Hadži Živorad M. Milenović
University in Priština – Kosovska Mitrovica
Faculty of Teacher Education
hadzi.zivorad.milenovic@pr.ac.rs
ORCID ID: 0009-0009-4453-565X

Application of the Institution of the Accused Associate as a Factor in Inciting Youth to Organized Crime[19]

Abstract: *In this paper, the legal institution of judicial and prosecutorial practice an accused accomplice as a potential factor in inciting young individuals to organized crime. In organized crime, law enforcement agencies instead of individuals deal with a well-structured organization with a solid internal hierarchy, discipline, high level of conspiracy, elaborated strategy, and tactics of concealing criminal activities and evading criminal responsibility. A legal establishment known as "accused accomplice" has been established into Serbian judicial and prosecution system in an effort to identify members of criminal organizations, their associates, and organizers. It's possible that at some point, given the advantages promised to alleged accomplices, youth involvement in organized crime would be encouraged.*

The research's goal is to determine how students perceive the accused accomplice legal institution as a possible inducement for young people to join organized crime. It is assumed that teenage involvement in organized crime may be encouraged by the rewards promised to members of these organizations for cooperation with the law enforcement. A study was carried out in March 2023 on a sample of 96 high school students, as described in this report, to ascertain this. All research hypotheses were supported by the data obtained using the Scaler – LIJPP – AA – PFIIYTOC (α = .762) and examined using descriptive statistics, factor analysis, and analysis of variance.

The importance of the analyzed legal institution in the struggle against corruption, terrorism, and organized crime cannot be denied. As a result, it is widespread throughout the world. On the other hand, if there are findings indicating the researched legal institution has a negative impact on the upbringing of children and youth, the question of whether there is room for its existence emerges.

[19] The research was conducted in a high school located in Republic Serbia, with the consent of the Parents' Council and the school administration. Due to the sensitivity of the research topic and the obtained results, information about the specific high school will not be publicly disclosed in the interest of the students. The details regarding the name and location of the high school are known to the journal's editorial team.

By reassessing or implementing the accused accomplice legal institution in a way that won't adversely effect children's and youths' upbringing, a compromise solution must be sought.

Keywords: *an accused accomplice, public prosecution, upbringing, educational activity, celebrity cult.*

Датум пријема рада: 3.11.2023.
Датум достављања коначне верзије рада: 30.12.2023.
Датум прихватања рада: 3.1.2024.

Оригиналан научни рад 347.2:004
347.952.1
doi:10.5937/zrpfns57-48237

Ненад С. Тешић
Универзитет у Београду
Правни факултет
nenad.tesic@ius.bg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9101-7371

О ИЗВРШЕЊУ НА ДИГИТАЛНИМ ДОБРИМА*

Сажетак: *У центру наше анализе у овој прилици нашло се принудно намирење извршних поверилаца из дигиталних добара. При том, потраживање може да гласи на криптo добра, али и на националну или страну валуту. Иако законодавац не искључује могућност да се у извршном поступку намире и потраживања обезбеђена залогом, такав развој догађаја ће у пракси бити сразмерно мање заступљен. По правилу ће, за случај неизмирења уговорне обавезе, заложни поверилац, путем самоизвршивог (паметног) уговора, за себе уговорити вансудско намирење преузимањем предмета залоге. Стога је акценат у раду стављен на принудно намирење оних потраживања која нису обезбеђена. Дигитална имовина је посебним законом изречно регулисана у српском праву. Међутим, принудном извршењу на дигиталним добрима није поклоњена примерена пажња. Законодавац у материјалноправној норми крајње штуро упућује да ће се у погледу извршења на дигиталној имовини примењивати Закон о извршењу и обезбеђењу, а да ни односна пороцеснoправна норма о извршењу на другим имовинским правима извршног дужника (патент, жиг и друго) није много опширнија. Од ступања на снагу Закона о дигиталној имовини, у овом погледу се ништа значајније није променило, правна књижевност је остала нема у погледу принудног намирења необезбеђених поверилаца из дигиталне имовине. Изгледа да у судској пракси није било предлога за извршење на дигиталној имовини, тако да домаћи судови нису обајављивали свој став овим поводом. Код таквог стања ствари, пред правним писцима се отварају два пута: један једно-*

* Рад је настао у оквиру истраживања на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду, „Савремени проблеми правног система Србије“ за 2023. годину. Аутор дугује нарочиту захвалност професору Грађанског процесног права, др Марку Кнежевићу, са Универзитета у Новом Саду, за пријатељско читање овог рада и указивање на значајне мањкавости које су одговарајућим интервенцијама у тексту, надам се сведене на разумну меру.

ставнији и добро поплочан који почива на тврдњи да је принудно извршење на дигиталним добрима у српском праву до изречної законскої нормирања посебної средства извршења недопуштено и другі „путељак кроз трње“ по коме је на основу постојећих прописа у нашем праву допуштено извршење на дигиталним добрима, али да би имајући у виду императив правне сигурности и међународне акте усмерене на хармонизацију права извршења de lege ferenda, без одлагања, требало детаљно формулисати процесне норме у погледу посебної средства извршења које би нарочито водиле рачуна о природи и специфичним одликама дигиталних добара.

Кључне речи: *дигитална имовина.- извршење.- намирење необезбеђеної потраживања.- забрана располагања.- контрола приватної кључа.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

1.1. Дигитална имовина као важан сегмент дигиталне трансформације

Научни и технолошки развој убрзано мења друштвено-економске односе у свету. Неки од резултата дигиталне трансформације су, интернет интелигентних уређаја, (*internet of things*), 3Д принтери, вештачка интелигенција (*artificial intelligence*) и сл.[1] Један од импресивних успеха тзв. четврте индустријске револуције[2] је и технологија нанизаних блокова (*blockchain technology*).[3] Ова технологија се обично описује као кључно средство за иновације у Европи и свету, и између осталог је оваплоћена у свом првом и за сада вероватно најзначајнијем производу: виртуелној валути – *Bitcoin*. Може се рећи да је ова виртуелна валута својеврсно језгро из кога је све почело и из кога су се касније разгранале бројне подврсте дигиталних добара.[4] Жива економска интеракција поводом дигиталних добара отворила је бројне дилеме у приватном праву, као што су заштита потрошача дигиталне

[1] Опширније о процесу дигиталне трансформације. Ненад Тешић, „Бити или не бити – Да ли је дигитална трансформација у време пандемије COVID-19 спас за потрошаче, или их, у контексту нове реалности на тржишту, чини нарочито рањивим?“ *Архив за правне и друштвене науке* 3-4/2021, 252.

[2] Ратко Узуновић, „Индустрија 4.0” – револуција или еволуција,“ 03.01.2023. https://www.politika.rs/scc/clanak/531192/Industrija-4-0-revolucija-ili-evolucija, 04. септембар 2023.

[3] „Blockchain: a key enabler to innovation in Europe and the world, Shaping Europe's digital future“, 08 July 2022 https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/events/blockchain-key-enabler-innovation-europe-and-world, 04.09.2023.

[4] Ненад Тешић, „Само је небо граница, О заснивању залоге на дигиталним добрима“, *Усклађивање пословної права Србије с правом Европске уније* -2022, (ур. Вук Радовић), Београд 2022, 252.

имовине,[5] начин њеног наслеђивања,[6] али и уоште теме о употреби савремених *blockchain* технологија у приватном праву у сфери евиденције права на непокретностима[7] и покретним стварима,[8] генерисању електронских заступника за гласање на скупштини акционара[9] и сл. Између осталог, постављено је и питање да ли дигитална добра, осим што служе за инвестирање, као средство размене и плаћања могу да имају и функцију имовине подобне за принудно намирење потраживања?[10]

1.2. Нормативни оквир

Законом о дигиталној имовини[11] регулисана су бројна приватноправна питања, као што је залагање дигиталне имовине,[12] регистар заложног права на дигиталној имовини,[13] вансудско намирење из заложене дигиталне имовине, забележба спора, фидуција на дигиталној имовини,[14] и сл.

---

[5] Опширније Татјана Јованић, „Криптовалуте као нови изазов заштите потрошача“, *http://pravnifakultet.rs/wp-content/uploads/2021/06/20-Tatjana-Jovanic.pdf,* 04.09.2023. Борко Михајловић, „Заштита потрошача на тржишту дигиталне имовине“, *Зборник радова „XXI век – век услуга и Услужног права“*, Крагујевац, 2021.

Ágnes Horváth, Protection of consumers provided in the proposal for a regulation of markets in cryptoassets, http://pravnifakultet.rs/wp-content/uploads/2021/06/21-Agnes-Horvath.pdf, 04. септембар 2023.

[6] Jainam Chirag Shah, *et al.* „Crypto-Wills: Transferring Digital Assets by Maintaining Wills on the Blockchain”, Apr 2020, In book: Communication and Intelligent Systems.

[7] Tatjana Josipović, „Izazovi digitalizacije zemljišnih knjiga načelo publiciteta stvarnih prava Vs načelo zaštite osobnih podataka“, *Liber amicorum profesor dr Mirko Vasiljević* (ur. Dušan V. Popović), Beograd 2021, 679–703. Vermont Secretary of State. 2019. „*Blockchains for Public Recordkeeping and for Recording Land Records“*, A White Paper of the Vermont State Archives and Records Administration. January 15th.

[8] Yaman Gürsel, Keeping up with the Times: The Transformation of the Publicity Regime with New Movable Property Security Rights and Developments in Blockchain Technology, European Property Law Journal, vol. 9, no. 2-3/2020, 73 и даље.

[9] Rainer Kulms, „Blockchain law: An introduction“, *Pravo i privreda*, vol. 57, 7–9/2019, 320 и даље.

[10] „Принудно остварити једно новчано потраживање у извршном поступку подразумева принудно остварење имовинске одговорности (nem. zwangsweise Realisierung der Vermögenshaftung) – имовина доступна заплени служи као фонд одговорности намирењу повериоца. Према томе, имовина једног дужника није никаква „општа залога“, већ фонд одговорности.“ Убедљиве аргументе у прилог овом ставу даје проф. Кнежевић. Вид.: Марко Кнежевић, „Пленидбено заложно право на покретним стварима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2022, 461.

[11] Закон о дигиталној имовини –ЗДИ, *Сл. гласник РС,* бр. 153/2020. Овај Закон је ступио на снагу 29. децембра 2020. године, а примењује се од 29. јуна 2021. године.

[12] Опширније вид.: Н. Тешић, (2022) 252 и даље.

[13] ЗДИ чл. 117.

[14] Уопште о фидуцијарном преносу својине као средству обезбеђења потраживања. Ненад Тешић, „Фидуцијарни пренос својине као средство обезбеђења потраживања”, *Правни живот* 10/2002, 107 и даље.

Према ЗДИ, на „поступак принудног намирења потраживања извршних поверилаца на дигиталној имовини сходно се примењују одредбе закона којим се уређују извршење и обезбеђење“.[15]

На сличан начин, законодавац поступа код колективног намирења поверилаца у погледу положаја заложног повериоца и фидуцијара[16] у стечају. „У случају стечајног поступка над имовином залогодавца, на намирење из вредности предмета заложног права примењују се правила закона којим се уређује стечај“.[17] Сумаран законодавни приступ отвара бројне дилеме. Остаје нејасно: која извршна исправа може бити основ за извршење на дигиталним добрима, које потраживање може да се намирује, како определити средство и предмет извршења, како пронаћи предмет извршења и повезати га недвосмислено са извршним дужником, како спречити извршног дужника да и поред покретања извршног поступка располаже дигиталним добрима која су предмет извршења, како спровести извршење у што краћем року, водећи рачуна о ефикасности поступка, али не занемарујући интересе извршног дужника и трећих лица?

Образложење за такво поступање може се наћи у опредељењу законодавца да не треба мешати материјалноправне и процесне норме, а у одређеној мери и ставу да је намирење повериоца кроз извршни поступак у пословној пракси мало вероватно. За сада нема јавно објављених информација да је Министарство правде у оквиру напора на модернизацији српског законодавства основало радну групу са задатком формулисања нацрта измена и допуна ЗИО којим би се детаљно регулисало посебно средство извршења на дигиталним добрима, али ни гласова да изостанак такве регулативе ствара било какве проблеме на тржишту.

2. ШТА БИ БИЛО, КАД БИ БИЛО?

2.1. Потенцијални извршни повериоци

ЗИО дефинише извршног повериоца као „лице чије се потраживање намирује у извршном поступку или обезбеђује у поступку обезбеђења.”[18]

[15] ЗДИ чл. 14, ст. 5.

[16] ЗДИ чл. 122, ст. 1.

[17] „Осим ако није другачије прописано овим законом”. ЗДИ чл. 102. У нормативном смислу, законодавац се код колективног намирења поверилаца јасно определио да је ЗДИ *lex specialis* у односу на закон којим је регулисан стечај. У погледу извршења и обезбеђења на дигиталној имовини, изостала је фраза „осим ако није другачије прописано овим законом”, тако да однос Закона о извршењу и обезбеђењу и ЗДИ није прецизиран самим законом. У случају потребе за тумачењем, по природи ствари, суд би закључио да је у погледу извршења на дигиталним добрима ЗИО *lex specialis* у осносу на ЗДИ:

[18] Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО, *Сл. гласник РС,* бр. 106/2015, 106/2016 – аутентично тумачење, 113/2017 – аутентично тумачење, 54/2019, 9/2020 – аутентично тумачење и 10/2023 – др. Закон, чл. 2, ст. 1, тач. 2.

Финансијским институцијама под контролом Народне банке Србије (НБС) је Законом забрањено да прихватају дигиталну имовину као средство обезбеђења.[19] Из тог разлога, може се очекивати да ће потраживања обезбеђена дигиталним добрима у Републици Србији углавном припадати зајмодавцима који не долазе из сектора банкарства, већ, пре свега, оним повериоцима који врше позајмљивање преко интернет платформи (*peer-to-peer lending*).[20] Ако ће обезбеђена потраживања претежно бити генерисана из алтернативних извора финансирања,[21] онда ће, тим пре, необезбеђена потраживања према имаоцима дигиталних добара припадати повериоцима који зајам одобравају на неки нетрадиционалан начин.[22]

2.2. Потенцијални извршни дужници

ЗИО дефинише извршног дужника као „лице према коме се потраживање намирује у извршном поступку или обезбеђује у поступку обезбеђења".[23]

Ако се извршење спроводи у односу на дигитална добра, као потенцијални извршни дужник јавља се њихов власник, односно лице које има својство имаоца дигиталне имовине којом може слободно располагати. Сличну формулацију садржи ЗДИ по којој залогодавац дигиталне имовине не мора бити искључиво њен власник, већ и лице које има својство имаоца дигиталне имовине којом може слободно располагати, с тим да није одређен круг субјеката који могу стећи такво својство. Срећом, имаоци дигиталне имовине су изричито дефинисани одговарајућом одлуком надзорног органа. Између осталих, то су лица која су стекла виртуелну валуту учествовањем у пружању услуге рачунарског потврђивања трансакција у информационим системима који се односе на одређену виртуелну валуту (оргинарни стицаоци) или на основу непосредне куповине од продавца виртуелних валута

[19] ЗДИ чл. 13, ст. 6.

[20] „*P2PL* се дефинише као коришћење електронске платформе која повезује зајмодавце и зајмопримце ради одобравања необезбеђеног зајма или зајма обезбеђеног хипотеком на непокретности". International Financial Consumer Protection Organisation (FinCoNet), *Report on the Digitalisation of ShortTerm, High-Cost Consumer Credit,* 20 November 2017. Према неким ауторима, peer-to-peer (P_2P) пословање ће временом као економски ефикаснија форма организације евентуално преовладати у односу на традиционални банкарски бизнис модел. Rainer Lenz, „Peer-to-Peer Lending: Opportunities and Risks" *European Journal of Risk Regulation*, 7(4) 2016, 688 и даље.

[21] Банке обично нису спреме да прате технолошке *start up* –ове, па у овој области примат имају високо ризични *Venture Capital* и *Private Equity* фондови. Douglas Cumming, Sofia Johan*, Venture capital and private equity contracting* (2nd ed). (2013) Cambridge, Massachusetts.

[22] Ryan Middleton, Noah Walters, „What is crypto lending? Key legal considerations for lenders", https://www.dentons.com/en/insights/articles/2021/december/10/what-is-crypto-lending-key-legal-considerations-for-lenders, 04. септембар 2023.

[23] ЗИО чл. 2, ст. 1, тач. 3.

(деривативни стицаоци) , независно од пружаоца услуга повезаних с виртуелним валутама.[24] У овом погледу од великог је значаја успостављање евиденције ималаца виртуелних валута.[25] С тим да НБС може техничким упутством ближе уредити начин остваривања увида у податке из евиденције ималаца виртуелних валута путем апликативних решења.

Као потецијални извршни дужници, у овом контексту, се појављују углавном технолошки *start up*-ови,[26] на њиховом путу до стицања статуса *scale- up* компанија.[27]

У неким случајевима за вођење извршног поступка ће бити од значаја и податак о дужнику извршног дужника. На пример, ако је природа дигиталног добра таква да извршном дужнику доноси одређено потраживање према трећем лицу.[28]

2.3. Потенцијалне извршне исправе

Према ЗИО, „извршна исправа је подобна да се на основу ње донесе решење о извршењу ако садржи податке о извршном повериоцу, извршном дужнику и предмет, врсту и обим испуњења обавезе“. Повериоцу који је засновао обезбеђење на дигиталним добрима углавном и не треба извршна исправа, пошто ће заложни поверилац посебном уговорном одредбом о на-

[24] Одлука о ближим условима и начину вођења евиденције ималаца виртуелних валута. тачка 3.2.

[25] У овом погледу је значајно нагласити да упис у ову евиденцију не зависи од воље имаоца, већ постоји обавезност уписа. Према Закону, пружаоци услуга повезаних с виртуелним валутама дужни су да Народној банци Србије достављају податке о правним лицима и предузетницима који су корисници виртуелних валута. ЗДИ чл. 85, ст. 1. Између осталог и адресу виртуелних валута коју корисник виртуелних валута користи, односно користио је за извршење трансакције с виртуелним валутама, а ако користи неколико адреса – све адресе виртуелних валута. Притом пружаоци услуга повезаних с виртуелним валутама одговарају за тачност и потпуност података, ЗДИ чл. 85, ст. 2.

[26] Joern H. Block, *et al*. „The entrepreneurial finance markets of the future: A comparison of crowdfunding and initial coin offerings,” *Small Business Economics, 57*(2) 2021, 865 i dalje.

[27] Angelo Cavallo, *et al*. „Fostering digital entrepreneurship from startup to scaleup: The role of venture capital funds and angel groups,” *Technological Forecasting and Social Change, 145/*2019, 24 и даље.

[28] У Републици Србији, компанији Финспот је одобрено објављивање белог папира за иницијалну понуду 35.250 Финспот факторинг токена, номиналне вредности 1.000 динара и укупне вредности емисије 35,25 милиона динара. Вид.: „У први српски дигитални токен ФИН до сада уложено више од 100.000 евра“, 24.6.2022, https://biznis.rs/vesti/u-prvi-srpski-digitalni-token-fin-do-sada-ulozeno-vise-od-100-000-evra, 04.09.2023. Ови дигитални токени су пласирани на тржиште са слоганом „кад порастем бићу велика лова” и „и паре имају право на раст” обећавајући инвеститорима зараду и до 10%годишње.“Токенизација, Нова финансијска решења. Јер и паре имају право на раст“. https://finspot.com/index.php/tokenizacija/?utm_campaign=Fin_Digitalni_Tokeni_jan_2023&utm_source=Finspot_750x200&utm_medium=%2FBlic_750x200, 04. септембар 2023.

мирењу за себе уговорити могућност присвајања предмета залоге. Такав уговор неће имати својство извршне исправе, као што је то случај код извршне хипотеке,[29] нити ће се као извршна исправа користити извод из регистра као код регистроване залоге.[30] Уговорени услови залагања могу бити спроведни у дело помоћу самоизвршивог паметног уговора[31] (*self-executing contracts written in coding language*). Ако дужник не испуни обавезу о доспелости споразум бива активиран и оптерећено добро доспева под потпуну контролу обезбеђеног повериоца који га присваја по одређеној цени на име намирења или му омогућава принудно намирење кроз уновчење предмета залоге. Као што смо већ указали, у овом раду акценат смо ставили на намирење необезбеђених поверилаца који ће извршни поступак, по правилу, иницирати на основу домаћих и страних извршних исправа:[32] пресуда, али и арбитражних одлука.[33] Сведоци смо убрзаног развоја „индустрије специјализованих арбитража са извршењима на blockchain- u, pa se budućnosti može očekivati да ће стране бирати меродавно право и јурусдикцију на основу њеног приступа споровима везаним за блокчеин и могућности за ефикасно аутоматско извршење.“[34] Изгледа да ће се због специфичне бестелесне природе дигиталних добара, с једне стране и просечног трајања парничног поступка, с друге стране, пред српским судовима у пракси редовно подносити предлози за одређивање привремене мере. Ако поверилац не успе са захтевом за привремену меру, каснија правноснажна и извршна пресуда у његову корист неће имати већи практични значај.

---

[29] Ненад Тешић, „О извршности заложне изјаве“ *Правни живот* 10/2019, 489 и даље.

[30] Ненад Тешић, „О извршности извода из регистра залога“ *Усклађивање пословног права Србије с правом Европске уније* – 2020, (ур. Вук Радовић), 513 и даље.

[31] Nick Szabo, *The Idea of Smart Contracts*, 1997, http://szabo.best.vwh.net/idea.html, 04.09.2023. Упркос, добрих страна паметних уговора, неколико недостатака утичу на њихову недовољну заступљеност, изражене безбедносне претње, различите правне дилеме и сл. Shafaq Naheed Khan, *et al*, „Blockchain smart contracts: Applications, challenges, and future trends, Peer-to-Peer Networking and Applications” volume 14, 18 April 2021, 2901–2925, Springerlink. https://link.springer.com/article/10.1007/s12083-021-01127-0, 04. септембар 2023.

[32] „Страна извршна исправа извршава се исто као домаћа, ако гласи на приватноправно потраживање и призната је пред домаћим судом“. ЗИО чл. 46, ст. 1.

[33] Maxim Chevalier, „Arbitration Tech Toolbox: Is a Mexican Court Decision the First Stone to Bridging the Blockchain Arbitral Order with National Legal Orders?”, March 4, 2022. Софтвер за on-chain извршење би унео револуцију у повраћај дигиталних добара и умањио траснакционе трошкове, док би међународна арбитража била најбоље место да се искористи пун потенцијал такве иновације. Filippo Zuti Giachetti, Cross-Jurisdictional, Quasi-Instantaneous Enforcement: Fact Or Fiction?, https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/04/12/cross-jurisdictional-quasi-instantaneous-enforcement-fact-or-fiction/, 04. септембар 2023.

[34] („Handling of execution issues may be central to the choice of court”). Zhen Er Low, Commentary, „Execution of Judgements on the Blockchain- A Practical Legal Commentary”, *Harv. J.L. & Tech. Dig.* 14/2021, https://jolt.law.harvard.edu/d, 04. септембар 2023.

2.4. Које потраживање би се намиривало?

Према ЗИО „потраживање" означава право извршног повериоца да захтева од извршног дужника одређено: давање, чињење, нечињење или трпљење.

Појам извршење на дигиталним добрима обухвата:

– поступак којим се захтева предаја индивидуално одређеног дигиталног добра, на пример *NFT*-а одређеног аутора, одређеног назива који припада одређеној колекцији и сл.[35]
– поступак намирења новчаног потраживања исказаног у домаћој или страној националној валути (*fiat currency*)
– поступак намирења потраживања исказаног у дигиталној валути (*digital currency*).[36]

3. ШТА БИ БИО ПРЕДМЕТ ИЗВРШЕЊА?

Предмети извршења се могу дефинисати као ствари и права која су у промету у нису изузета од принудног извршења. Подели предмета извршења на ствари и права може се придодати и трећа категорија – дигитална добра која су релативно нови имовински феномен чији развој почиње 2008 године креирањем *Bitcoin*-а.[37] У међувремену, тржишна вредност ове имовине и заступљеност тзв. крипто економије значајно је порасла,[38] па су се природно наметнула и питања о дигиталном извршењу које као сложен појам обухвата извршење у односу на дигитална добра.[39]

[35] На пример Мајк Винкелман (*Mike Winkelmann*) – дигитални уметник познатији као Беепле је на аукцији организованој од стране аукцијске куће Кристи продао свој NFT- колаж под називом: „Everydays – The First 5000 Days" за 69 милона долара. Вид.: Jacob Kastrenakes, „Beeple sold an NFT for $69 million", Mar 11, 2021, https://www.theverge.com/2021/3/11/22325054/beeple-christies-nft-sale-cost-everydays-69-million, 04. септембар 2023.

[36] Mildred Chidinma Okoye, Jeremy Clark, „Toward Cryptocurrency Lending" In: Zohar, A., et al. *Financial Cryptography and Data Security.* FC 2018. Lecture Notes in Computer Science, vol 10958. 2019. Springer, Berlin, Heidelberg.

[37] Иако се у српском језику израз „добро" једнако користи за имовинска и неимовинска добра. Чини се да је у конкретном случају довољно разумљиво ако употребимо једноставнији израз „дигитално добро" без наглашавања да су предмет извршења искључиво „имовинска добра", с тим да се у зависности од околности може користити и потпунији израз „дигитална имовинска добра", као антоним синтагми „дигитална лична добра".

[38] F. Zuti Giachetti, (2023), https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/04/12/cross-jurisdictional-quasi-instantaneous-enforcement-fact-or-fiction, 04. септембар 2023.

[39] Према Global Code of Digital Enforcement који предлаже стандардну процедуру за заплену дигиталних добара у приватној својини, израз дигитално извршење (eng. „digital enforcement") се не односи само на процесне аспекте извршења (*e-enforcement*), већ и на материјалноправне аспекте извршења у односу на дигитална добра. С тим да је е-извршење могуће и у односу на дигитална добра. Global Code of Digital Enforcement, UIHJ Publication, November 2021, https://www.uihj.com/downloads-2/global-code-of-enforcement/, 04. септембар 2023.

Не постоји јединствена дефиниција дигиталних добара (*digital assets*), с тим што треба нагласити се упоредо са овим термином, користи и појам крипто-добра (*crypto-assets*). За потреба овог рада, навешћемо неколико могућих дефиниција дигиталних добара које заједно осликавају вишезначност овог појма, његово садашње разумевање, али и евентуалне правце будућег развоја.

„ММФ дефинише дигитална добра као дигиталну представу вредности која је могућа услед напредне криптографије и технологије дистрибуиране главне књиге (*distributed ledger technology*). Ова добра су деноминована у сопственим јединицама и могу се преносити међу припадницима групе без посредника.[40]

UNIDROIT радна група за дигитална добра и приватно право (*Digital Assets and Private Law Working Group*) дигитална добра разуме као електронски запис који се састоји од информација ускладиштених у електронском или другом бестелесном медију коме је могуће изнова приступити или електронски запис који је подобан да буде предмет контроле.[41]

Комитет за Једнообразни трговачки законик и непредне техологије у САД (*Uniform Commercial Code and Emerging Technologies Committee*), дефинише дигитално добро као електронски запис који је подобан да контролу (*electronic record which is capable of being subject to control*).[42]

Европска комисија у предлогу Уредбе о тржиштима крипто добара (*Markets in Crypto-Assets (MiCA)* чије се усвајање ускоро очекује, дефинише крипто добра тако да подразумевају дигиталну представу вредности и права које се могу преносити и складиштити електронски користећи технологију дистрибуиране главне књиге или сличну технологију.[43]

У српском праву, „дигитална имовина, односно виртуелна имовина, означава дигитални запис вредности који се може дигитално куповати, про-

---

[40] Donge He, 'Monetary Policy in the Digital Age' IMF Finance & Development, June 2018, Vol 55, No 2 .

[41] *(„Electronic record" consists of information stored in an electronic or other intangible medium, which is capable of being retrieved" and "an electronic record which is capable of being subject to control"*). UNIDROIT, Digital Assets and Private Law Working Group, Study LXXXII – W.G.5 – Doc. 3: Master Copy of the Principles, plus Commentary (with Questions), March 2022, 7: https://www.unidroit.org/wpcontent/uploads/2022/03/W.G.5.-Doc.-3-Master-Copy-Principles-plus-Comments-with-Questions.pdf, 04. септембар 2023.

[42] Financial Action Task Force (FATF) дефинише виртуелна добра као дигиталну представу вредности којом се може дигитално трговати, која се може користити за плаћање или у инвестициону сврху. Виртуелне валуте не укључују дигиталне представе валута које издаје држава (*fiat currencies*), хартије од вредности и слична финансијска добра нормирана другом регулативом.

[43] *('Cryptoassets' to encompass any 'digital representation of value or rights which may be transferred and stored electronically, using distributed ledger technology or similar technology*). Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937 (MiCA).

давати, размењивати или преносити и који се може користити као средство размене или у сврху улагања, при чему дигитална имовина не укључује дигиталне записе валута које су законско средство плаћања и другу финансијску имовину која је уређена другим законима, осим када је Законом другачије прописано".[44]

3.1. Како прибавити податке о дигиталним добрима?

За претпоставити је да ће због тешкоћа у проналажењу дигиталних добара, извршни повериоци у српском праву подносити предлог за извршења на целокупној имовини извршног дужника, да би касније у поступку спровођења извршења јавни извршитељ користећи јавноправна овлашћења прибавио прецизније податке о потенцијалном дигиталном добру извршног дужника подобном за уновчење. Упркос иницијално распрострањеном ставу да дигитална добра омогућавају анонимни пренос, временом се у међународној пракси испоставило да је могуће испратити улазне и излазне трансакције на дигиталним новчаницима и повезати их са стварним идентитетима њихових власника.[45]

ЗДИ прописује да Народна банка Србије (НБС) у електронском облику води евиденцију података о имаоцима виртуелних валута.[46] Са овом нормом је комплементарно правило да су пружаоци услуга повезаних с виртуелним валутама дужни да НБС достављају податке о правним лицима и предузетницима који су корисници виртуелних валута.[47] Иако подаци из ове евиденције нису јавно доступни[48] и на њих се примењују правила о пословној

[44] ЗДИ чл. 2, ст. 1, тач. 1. Тако о различитим дефиницијама појма дигиталних добара и Н. Тешић, (2022), 266.

[45] С тим у вези развила се нова услужна делатност компанија специјализованих за blockchain аналитику и форензичке истраге дигиталних трансакција. „A new industry has emerged of companies specializing in blockchain analytics services and forensic financial investigations of digital transactions". https://www.law.com/newyorklawjournal/2022/12/09/judgment-enforcement-in-the-new-age-of-digital-,

assets/?slreturn=20230705051219, 04. септембар 2023. Процес често укључује форензичку анализу њиховог рачунара или телефона да би се идентификовала адреса новчаника, а затим следи накнадна анализа. ITbiz, „Муж током развода сакрио пола милиона долара у биткоине: Новац су пронашли крипто ловци", 23.05.23, https://biznis.telegraf.rs/it-biz/3683736-muz-sakrio-imovinu-u-bitkoine, 04. септембар 2023.

[46] ЗДИ чл. 85, ст. 4.

[47] ЗДИ чл. 75, ст. 1. Између осталог пословно име или скраћено пословно име корисника виртуелних валута, адресу седишта корисника виртуелних валута, а за корисника који је страно правно лице и назив државе, матични број корисника виртуелних валута, односно другу одговарајућу идентификациону ознаку за корисника виртуелних валута који је страно правно лице (нпр. евиденциони број који одређује надлежни државни орган), порески идентификациони број корисника виртуелних валута.

[48] ЗДИ чл. 85, ст. 6.

тајни,[49] пружаоци услуга повезаних с дигиталном имовином и други обвезници чувања пословне тајне су у одређеним случајевима ослобођени ове дужности. Између осталог, пружаоци услуга повезаних са дигиталном имовином могу трећим лицима саопштити или доставити податке у вези са поступком извршења или обезбеђења на имовини корисника дигиталне имовине, на основу захтева суда, јавног извршитеља или другог надлежног органа у том поступку.[50]

Иако је у погледу прибављање података о имовини извршног дужника, ЗИО отишао у погрешном правцу – затвореног броја података подобних за прибављање (numerus clausus), тако да прецизно наводи које податке су државни органи, имаоци јавних овлашћења, друга правна лица и предузетници дужни да бесплатно доставе суду и јавном извршитељу, а тичу се извршног дужника. Између осталог: бројеве рачуна финансијских инструмената и стање на њима: бројеве рачуна, штедних улога и депозита код банака, стање и промет на њима и податке о пленидбама на њима, списак података о имовини дужника у погледу којих постоји законска дужност достављања било би могуће допунити тако да обухвата и податке о јавном и приватном кључу за контролу дигиталне имовине. На међународним форумима се указује да у потрази за дигиталним добрима, извршитељи могу да користе јавно доступне регистре, с тим да се у погледу приступа осталим регистрима прави разлика између концепта по коме је у сваком конкретном случају потребно доказивати легитимни интерес (*demonstrating a legitimate interest*) и, за нас, прихватљивијег приступа да такво доказивање од стране субјекта коме су поверена јавноправна овлашћења није потребно.[51]

3.2. Како правилно описати дигитални предмет извршења?

Прецизна техничка идентификација, на пример навођење тачне јавне адресе, приликом формулисања предлога за извршење на дигиталним имовинским добрима би, по правилу, била отежана.[52] У већини случајева, шира

[49] Закон о заштити пословне тајне, *Сл. гласник РС*, бр. 53/2021.

[50] ЗДИ чл. 87, ст. 4, тач. 8. Сматрамо да би у конкретном случају било правилније да је законодавац уместо фразе да обвезник чувања пословне тајне „може“ саопштити и доставити податке у случају када се подаци захтевају по налогу суда, по налогу полицијских и пореских органа, од стране надлежног органа у поступку извршења и обезбеђења употребио израз да обвезник „мора“ саопштити и доставити.

[51] UNIDROIT, Enforcement on digital assets, Report, Working Group on Best Practices for Effective Enforcement Fifth meeting (hybrid) Rome, 12-14 December 2022, UNIDROIT 2023 – LXXVIB – W.G.5 – Doc. 7, January 2023, 15, https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2023/01/Doc.-7-Report.pdf, 04. септембар 2023.

[52] World Bank Group, Distributed Ledger Technology & Secured Transactions: Legal, Regulatory and Technological Perspectives – Guidance Notes Series Note 1: Collateral Registry, Secured Transactions Law and Practice May, 2020, 26.

формулација ће се сматрати довољном, тако да је предмет извршења могуће индивидуализовати (*одредив предмет извршења*). На пример, да се извршење предложи на свим дигиталним имовинским добрима одређеног имаоца (*all digital assets*) или свим дигиталним валутама једног имаоца (*all cryptocurrencies*)[53] повереним на чување и администрирање одређеном депозитару са одговарајућом лиценцом НБС. Међутим, у оним ситуацијама када се предлог за извршење односи на индивидуално одређено дигитално добро, нпр. *NFT*, по правилу, ће поред назива аутора и назива саме „дигиталне сличице" бити неопходна и прецизна техничка идентификација, на пример навођење тачне јавне адресе дигиталног добра као јединствене ознаке виртуелног места које садржи податке о одређеном дигиталном добру (*одређен предмет извршења*). На пример у случају *Osbourne v Persons Unknown & Anor*, енглески *High Court* је препознао дигитално добро као имовину у односу на коју је могуће донети привремену меру (*proprietary freezing injunction*), што се дешавало и раније, с том разликом што је у случају Озборн – *NFT* званично препознат као посебно крипто добро, различито од криптовалута и то имајући у виду његову незамењиву природу (*non-fungible nature*).[54] Такав предлог за извршење је лакше формулисати ако је на основу евиденције ималаца могуће извршног дужника повезати са тачно одређеном адресом или адресама, у складу са обавезом свих пружалаца услуга да доставе НБС адресу виртуелних валута коју корисник виртуелних валута користи или је користио.[55] Чини се да би формулација предлога за извршење на дигиталним добрима требала да буде слична предлогу за попис покретних ствари, када је позната адреса седишта извршног дужника, да се попис изврши на адреси седишта или било којој другој адреси на којој се налазе покретне ствари извршног дужника. С тим да би у случају извршења усмереног на уновчење дигиталног добра, предлог могао да гласи да се изврши забрана располагања и упис залоге у погледу дигиталног добра извршног дужника на одређеној јавној адреси, која је под контролом извршног дужника или је поверена одређеном депозитару, као и дигиталног добра на било којој другој јавној адреси извршног дужника која је под његовом контролом или је од извршног дужника поверена на чување неком депозитару.

---

[53] UNCITRAL Model Law, supra note 4, Model Registry Provisions, Art. 11.

[54] *Osbourne v Persons Unknown & Anor [2022] EWHC 1021 (Comm) (10 March 2022).*

Приликом детерминисања испуњености услова за привремену меру примењен је тест из случаја *National Provincial Bank Ltd v Ainsworth* [1965] A.C. 1175. Vid.: Julius Stobbs, Louis Adcock, (Stobbs IP)/August 4, 2022 https://trademarkblog.kluweriplaw.com/2022/08/04/nfts-defined-as-property-but-do-they-have-value/, 04. септембар 2023.

[55] ЗДИ чл. 85, ст. 2, тач. 7.

4. ШТА БИ БИЛО СРЕДСТВО ИЗВРШЕЊА?

У правној теорији и пракси још увек није дефинитивно разрешена дилема, да ли су дигиталне валуте дигитална роба (*commodities*), хартије од вредности (*securities*), новац (*units of money*),[56] или категорија за себе – добра *sui generis*. Прихваћени став у погледу правне природе криптовалута, у многоме опредељује и начин спровођења извршења. Према ЗДИ, може се обезбедити новчано потраживање у домаћој или страној валути у складу са законом, као и неновчано потраживање изражено у дигиталној имовини.[57] ЗДИ се овом нормом определио да је *потраживање у дигиталним добрима неновчано*, па макар оно било исказано у криптовалути. Начин извршења ће у многоме зависити од тога да ли је захтева предаја одређеног дигиталног добра или се захтева принудно намирење потраживања уновчењем дигиталног добра у имовини дужника.

4.1. Ако потраживање гласи на предају индивидуално одређеног дигиталног добра

Ако кажемо да средство извршења зависи од потраживања и предмета извршења, онда би за оне ситуације када извршни поверилац предлогом захтева предају индивидуално одређеног дигиталног добра, на пример *NFT*-а,[58] законодавац морао допунити списак средстава извршења ради остваривања неновчаног потраживања предајом дигиталног добра.[59] Слично правило које важи у ситуацији када индивидуално одређена ствар није нађена код дужника требало би усвојити и у погледу индивидуално одређеног дигиталног добра. На пример, ако индивидуално одређено дигитално добро није нађено

[56] J.G. Allen, „Property in Digital Coins“, *European Property Law Journal* Vol. 8, 1/2019, 64.

[57] ЗДИ чл. 101, ст. 1.

[58] Професор *Moringiello* се у овом погледу изјаснио да власник *NFT*-а има право на пренос, да га преда неком другом, да искључи све друге, што су све атрибути својине (*„[a]n owner of an NFT has the right to transfer it, give it to someone else, exclude others from it. These are all of the attributes of property*”). https://news.artnet.com/market/uk-high-recognizes-nfts-as-property-2108605, 04. септембар 2023.

[59] Средства извршења ради остваривања неновчаног потраживања јесу: предаја покретних ствари извршног дужника, испражњење и предаја непокретности извршног дужника, чињење, нечињење или трпљење извршног дужника, предаја детета и извршење других одлука у вези с породичним односима, враћање запосленог на рад, деоба сувласничке ствари и издејствовање изјаве воље. ЗИО чл. 54, ст. 3. У правној књижевности се аргументовано указује на неприхватљивост таквог редакторског приступа у ЗИО, јер се као средство извршења наводи садржина захтева/потраживања. Ако се пође од устаљене дефиниције средства извршења као радње или скупа радњи којима се принудно остварује једно потраживање, онда су средства извршења ових захтева нешто друго: на пример, одузимање покретне ствари, или код незаменљивих чинидби новчано кажњавање, итд. О томе Марко Кнежевић у: Ранко Кеча, Марко Кнежевић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2023, 554-555.

код извршног дужника, извршни поверилац може у року од осам дана од када је обавештен о томе предложити да се дигитално добро процени и да потом јавни извршитељ донесе решење које има дејство решења о извршењу којим се извршни дужник обавезује да плати извршном повериоцу процењену вредност ствари.[60] Ако извршни поверилац не поднесе предлог у року, извршни поступак се обуставља.[61]

Ако се индивидуално одређено дигитално добро налази код депозитара, ваљало би усвојити слично правило о праву избора извршног повериоца ако друго лице не преда индивидуално одређену ствар. На пример, ако друго лице није вољно да преда индивидуално одређено дигитално добро или тврди да добро није код њега, извршни поверилац може у року од осам дана од када је обавештен о томе предложити јавном извршитељу да донесе закључак којим на извршног повериоца преноси потраживање извршног дужника на предају дигиталног добра.[62] Уместо тога, али у истом року, извршни поверилац може да предложи да се дигитално добро процени и да јавни извршитељ донесе решење које има дејство решења о извршењу којим се извршни дужник обавезује да плати извршном повериоцу процењену вредност дигиталног добра.[63]

4.2. Ако потраживање гласи на предају замењивих дигиталних добара

Ризик од исчезавања код индивидуално одређеног дигиталног добра, као што је одређени *NFT* у мањој мери погађа извршног повериоца. Више дилема се отвара када је обавеза извршног дужника исказана у криптовалути. За ситуацију када извршна исправа гласи тако да је извршни дужник обавезан да преде 10 биткоина повериоцу, суд би вероватно закључио да су у питању замењива дигитална добра, па би *de lege ferenda* требало усвојити правило о могућности куповине криптовалута на другој страни. На пример, да у ситуацији ако заменљива дигитална добра нису нађена код извршног дужника или друго лице није вољно да их преда или тврди да нису код њега, јавни извршитељ може, на захтев извршног повериоца, овластити извршног повериоца да купи дигитално добро на другој страни и одредити му рок за то. Извршни поверилац који купи замењиво дигитално добро на другој страни,

[60] Тржишну вредност дигиталног добра би процењивао јавни извршитељ. Упор.: ЗИО чл. 345.

[61] Опширнији коментар чл. 345, ЗИО, вид.: Младен Николић, Небојша Шаркић, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу са судском праксом*, Београд 2020, 579-582.

[62] Упор.: ЗИО чл. 346, ст. 1. За коментар овог члана 346 ЗИО види: Гордана Станковић, Душица Палачковић, Александра Трешњев, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, Београд, 2020, 1131-1132.

[63] Упор.: ЗИО чл. 346, ст. 2.

може у року од осам дана од куповине предложити да јавни извршитељ донесе решење које има дејство решења о извршењу којим се извршни дужник обавезује да му плати вредност ствари коју је купио.[64] Обзиром да у овој ситуацији постоји опасност да се поверилац остане „кратких рукава" и у погледу дуга исказаног у криптовалути (изворни дуг), тако и у погледу новчаног износа за који је купио нову дигиталну валуту (изведени дуг), у пракси ће поверилац, по правилу, захтевати полагање новчаног износа за куповину дигиталних добара на другој страни. Извршни поверилац би имао право да у року од осам дана од када је обавештен да дигитална добра нису нађена код извршног дужника, да друго лице није вољно да их преда или тврди да нису код њега, предложи да јавни извршитељ донесе решење које има дејство решења о извршењу којим се извршни дужник обавезује да код суда, односно јавног извршитеља положи новчани износ потребан да извршни поверилац купи дигитално добро на другој страни. Закључак о полагању новчаног износа ради куповине дигиталних добара на другој страни, јавни извршитељ би извршавао по службеној дужности.[65]

4.3. Ако потраживање гласи на домаћу или страну валуту

4.3.1. „Ко ше има, шај ше нема"

Пре усвајања ЗИО, у српском праву, постојала је дилема да ли је дозвољено извршење на неком праву које није својина на ствари, потраживање, право из финансијског инструмента, удео у привредном друштву, односно да ли је допуштено извршење на патенту, жигу, имовинским компонентама ауторског и сродних права, плодоуживању и слично? [66] Усвајањем Новела из 2019 године ова законска празнина је попуњена, општом нормом по којој се извршење на другим имовинским правима извршног дужника (патент, жиг и друго) спроводи њиховом пленидбом, уписом у одговарајући регистар и уновчењем уз сходну примену одредаба овог закона којима се уређује извршење на покретним стварима ради намирења новчаног потраживања, осим одредаба о електронском јавном надметању.[67] Поставља се питање да ли се чл. 338а ЗИО односи само на друга имовинска права извршног дужника која се, по својој природи, могу сврстати у интелектуалну својину, на друга имовинска права која су нашем правном систему била препозната у време усвајања Новела или је општост предметне норме таква да се протеже и на сва будућа имовинска права подобна за принудно уновчење, као што је на пример, дигитална имовина нормирана у нашем праву од 2020 године? Ако

[64] Упор.: ЗИО чл. 349.
[65] Упор.: ЗИО чл. 350.
[66] М. Кнежевић у: Р. Кеча, М. Кнежевић (2023), 651.
[67] ЗИО 338а.

је једини уверљив одговор такав да се законодавац није ограничио на права интектуалне својине, нити на регулисана имовинска права, тј. да је фразом друга имовинска права обухваћена и дигитална имовина, остаје недоумица, да ли би у сваком конкретном случају применом једне прилично сумарне формулације из чл. 338а ЗИО било могуће спровести извршење на читавој палети различитих имовинских права обухваћених једним генеричним именом – дигитална имовина?

Ако анализирану норму применимо на дигитална добра, прва радња извршења била би њихова пленидба. Извршна радња пленидбе се појављује и код других средстава извршења, на пример код извршења на новчаном потраживању извршног дужника, потраживање извршног дужника је заплењено када се *решење о извршењу достави дужнику извршног дужника*,[68] док се код извршења на хартијама од вредности *новчано потраживање из хартија од вредности плени тако што јавни извршитељ одузима хартију од вредности извршном дужнику и задржава је*.[69] Код извршења на другим имовинским правима редактори закона не наводе која радња би се сматрала пленидбом и у каквом је односу ова радња са забраном располагања и стицањем права на намирење, што прилично отежава примену односне норме у случају извршења на дигиталној имовини.

Као радња која се надовезује на пленидбу код извршења на другим имовинским правима наводи се упис у одговарајући регистар. Остаје нејасно шта се уписује у регистар, да ли се забележава решење о извршењу, да ли се уписом стиче заложно право (на пример, као код извршења на уделима у привредно друштву)[70] или је заложно право стиче самом пленидбом (на пример као код извршења на новчаном потраживању извршног дужника).[71] Укратко, опште средство извршења новчаног потраживања на другим имовинским правима, као нека врста „девојке за све“, није подобно за извршење на дигиталним добрима, јер му недостаје извршна радња успостављања фактичке контроле над предметом извршења која је како ћемо касније објаснити од нарочитог значаја за успешност принудног намирења из ове врсте добара. Сходна примена правила о уновчењу покретних ствари чини се није прикладна код уновчења дигиталних добара, због битно различите природе покретних ствари, с једне стране и бестелесних добара, с друге стране. Остаје замагљен начин на који се врши процена предмета извршења, као и да ли се дигитална имовина продаје на јавној продаји односно путем непосредне погодбе, или се продаја предмета извршења врши на регулисаном тржишу односно путем мултилатералне трговачке платформе и сл?

[68] ЗИО 263, ст. 1.
[69] ЗИО чл. 323, ст. 1.
[70] ЗИО чл. 319, ст. 3.
[71] ЗИО чл. 264, ст. 1.

4.3.2. „Ко ше нема, шај ше сања"

Ако је потраживање које се принудно намирује исказано у новцу (националној или страној валути), средство извршења на дигиталним добрима би требало посебно уредити, чине се на начин који би највише личио на извршење на финансијским инструментима који се дефинишу као хартије од вредности, инструменти тржишта новца и други финансијски инструменти у дематеријализованом облику одређени законом којим се уређује тржиште капитала и уписани у Централни регистар, нормирани Законом о тржишту капитала.[72] До детаљног нормирања овог средства извршења остаје нам само да спекулишемо о томе који би скуп радњи такво средство извршења требало да подразумева.

4.3.3. „Не може су ухваШиШи сенка"

Чини се да би до норочитих дилема у нормирању и касније у примени могао довести предлог за извршење на дигиталном добру које више није на интернету, већ на хладном новчанику (*cold storage*). Ово због различите природе материјалних и дигиталних добара из које произилазе и различита правила извршења на овим добрима. Хладни новчаник (екстерна меморија) је материјално добро – покретна ствар у односу на коју се извршење спроводи пописом, проценом и продајом, док би се извршења на бестелесној дигиталној имовини ради намирења новчаног потраживања према актуелном ЗИО спроводило пленидбом, уписом у регистар и уновчењем. Поверилац у чију корист је пописана покретна имовина – хардвер на коме су похрањена дигитална добра (на пример криптографски кључеви за успостављање контроле), теоријски не би могао да се наплати уновчењем дигиталних добара. Ипак, у пракси заплена такве опреме би значајно убрзала и поједноставила наплату у корист повериоца: с једне стране, дужник би имао мотив да у што краћем року добровољно измири дуг како би повратио контролу над дигиталним добрима, с друге стране, трећа лица би била спрема да због онога што је на њој ускладиштено, плате за такву опрему много више од њене тржишне цене.

4.4. Забрана располагања

Према ЗИО, немају правно дејство акти правног или фактичког располагања предметом извршења или обезбеђења од дана доношења решења о извршењу на основу извршне или веродостојне исправе или решења о обезбеђењу.[73]

---

[72] ЗИО чл. 2, ст. 1, тач. 11.

[73] ЗИО чл. 19, ст. 1. Правила о забрани располагања сходно се примењује и на закључак јавног извршитеља. ЗИО чл. 19, ст. 1.

Поставља се питање која грађанскоправна санкција погађа такав правни посао, ако извршни дужник ипак располаже предметом извршења после доношења решења о извршењу? Чини се да су овом погледу редактори закона направили приличну конфузију. Према ономе како је стилизован чл. 19 ЗИО, правни посао закључен супротно прописаној забрани располагања је ништав. Таквим располагањем повређени су појединачни интереси извршног повериоца, али и интереси који су фундаментални и леже у основама друштва.[74] Ако би се занемарила њихова заштита правни промет, односно један његов сегмет, могућност принудног остварења субјективног права ангажовањем апарата државне принудне не би имао смисла. Ако је тако важан аспект живота свих грађана угрожен одређеним поступком, појединачни интерес се издиже на ниво општег (генерализација појединачног интереса).[75]

С друге стране, код пописаних покретних ствари, и то исправно, као последицу заплене предмета извршења, што никако временски не коинцидира са даном доношења решења о извршењу, повреда забране располагања повлачи одсуство дејства акта располагања у извршном поступку у коме је настала.[76] Такав нормативни приступ даје основа за тумачење да није реч о ништавости, већ да посао располагања упркос забрани не производи дејство само у односу на извршног повериоца, на начин који је типолошки исти као код ванстечајног побијања.[77]

Сличан закључак може се извести и у погледу санкције која погађа правни посао располагања упркос забрани ако се извршење спроводи на

---

[74] Прописивањем апсолутне ништавости („*Nichtigkeit*, *nullity*") чува се јавни интерес. У уговорима противним јавном поретку, реч је о повреди највиших интереса друштва, односно општих интереса. Јожеф Салма, *Облигационо право*, Нови Сад 2007, 400.

[75] Неопходно је разликовати законска ограничења уговарања, код којих закључење уговора упркос забрани вређа јавни поредак, па их прати санкција ништавности, од оних ограничења уговарања, код којих поступање супротно забрани вређа правило усмерено на дисциплиновање правног промета. Уговори закључени супротно овој другој забрани, по правилу, нису ништави и прати их само казнена (на пример, прекршајна) санкција (*lex minus quam perfecta*). Опширније о концепцији степеноване противправности вид.: Ненад Тешић, О противправности цесије у блокади – Прилог теорији о постојању забрањених уговора које не прати санкција ништавости, *Анали Правног факултета у Београду, Посебан број у част проф. Константиновића*, год. 70, 5/2022, 355 и даље.

[76] ЗИО чл. 223, ст. 2.

[77] „Догматички гледано, треће лице у том случају одговара за туђ дуг, и то предметом стицања, и то је структурално идентична ситуација као код побијања правних радњи дужника". Закон о облигационим односима – ЗОО, *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. 280 и даље. М. Кнежевић, (2022), 484-485. Између ова два института постоје и одређене разлике. На пример, за побијање правне радње дужника је неопходна активност лица у чијем интересу је побојност установљена (тужба или приговор), док посао располагања по заплени предмета извршења не производи дејство у односу на повериоца *ex lege*.

непокретности. Уписом забележбе решења о извршењу, извршни поверилац стиче право да се намири на непокретности (право на намирење) и ако друго лице касније стекне својину на њој.[78] Ово практично значи да је ускраћивање дејства послу располагања ограничено: субјекатски, али и вредносно. Располагање не производи дејство у односу на извршног повериоцу који може да настави поступак и против прибавиоца предмета извршења, у оном обиму који је потребан за намирење потраживања одређеног извршном исправом. Нови власник је дужан да трпи намирење, с тим да му се враћа вишак вредности (остатак цене) који преостане по намирењу.[79] Према ЗИО, на основу решења о извршењу, односно закључка јавног извршитеља, надлежни орган је дужан да изврши упис забране располагања у одговарајући регистар.[80] Нажалост ЗДИ није прописао у који регистар би се вршио упис забране располагања дигиталним добрима, природно би било да то буде евиденција ималаца дигиталних добара коју води НБС или алтернативно регистар заложног права у који би се уписала и залога на предмету извршења.

4.5. Заснивање залоге

Код дигиталних добара залагање предајом заложном повериоцу није могуће.[81] Крипто залагање не почива ни на регистрацији ради постизања дејства према трећим лицима, већ се углавном користи технологија закључавања (*lockout technology*) која омогућава зајмодавцу да оптерећеном добру привремено ускрати прометљивост.[82] ЗДИ се опредељује за нешто конзервативнији приступ који је усклађенији са правилима о залагању покретних ствари у српском позитивном праву. „Заложно право се стиче уписом у регистар заложног права који води пружалац услуга повезаних с дигиталном имовином који има дозволу надзорног органа за вођење регистра заложног права на дигиталној имовини, као и за чување и администрирање дигиталне имовине за рачун корисника и са тим повезане услуге".[83]

---

[78] ЗИО чл. 155, ст. 4.

[79] ЗИО чл. 197, ст. 4.

[80] ЗИО чл. 19.

[81] Чини се да је такав приступ последица распрострањеног става да се бестелесна добра по својој природи и не могу држати у поседу. City of London Law Society, „Digital assets: the limits of the concept of possession" 2021, 7: https://www.citysolicitors.org.uk/storage/2021/08/Digital-Assets-The-Limits-of-the-Concept-of-Possession13-08-21.pdf, 04.09.2023. Према неким ауторима, у овом погледу је могућа примена истих правила као за финансијски колатерал. Hin Liu, Louise Gullifer, „Financial collateral arrangements in the digital asset world", *JIBFL* 8/2022, 527.

[82] Paul Gertler, Brett Green, Catherine Wolfram, *Digital Collateral*, Working Paper 28724, April 2021, https://www.nber.org/papers/w28724, 04. септембар 2023.

[83] ЗДИ чл. 99, ст. 1

Надзорни орган на својој интернет презентацији објављује списак свих пружалаца услуга повезаних с дигиталном имовином који воде регистар заложног права на дигиталној имовини.[84]

Српски законодавац се определио за плуралитет регистара, регистри дигиталних залога су приватни и остављено им је на вољу ако желе да формирају заједнички регистар.[85]

У сличној ситуацији код залагања финансијских инструмената врши се упис решења у ЦРХВ, што подразумева упис забране располагања и заложног право, чини се да би и код дигиталних добара много боље решење био неки јединствени регистар ималаца права и залога. НБС истина води евиденцију ималаца, али се у њих не уписују залоге, него у посебне регистре, с тим што је могућ и упис забележба спора поводом залоге. Отварају се дилеме, да ли регистратор дигиталне залоге одлучује о упису или га само спроводи? Да ли лице које има дозволу за вођење регистра може да одбије упис који је наложио јавни извршитељ. На пример, ако не постоји ваљан доказ да извршни дужник на предмету залоге има право својине, нити да има својство имаоца дигиталне имовине којом може слободно располагати. Поставља се питање коме би извршни поверилац могао да се жали ако се регистратор оглуши о захтев за упис залоге поднет од јавног извршитеља по службеној дужности. Поверилац, би вероватно могао да захтева од НБС да спроведе поступак контроле пружалаца услуга повезаних с дигиталном имовином,[86] али његов циљ је сасвим другачије природе упис залоге ради принудног уновчења дигиталних добара.

Једна од битних чињеница у скупу правних чињеница неопходних за заснивање заложног права на дигиталним добрима у српском праву је поверавање оптерећеног добра на чување и администрирање пружаоцу услуга повезаних са дигиталном имовином који има дозволу и за вођење регистра заложног права на дигиталној имовини.[87] Према ЗДИ, услуга чување и администрирања дигиталне имовине за рачун корисника дигиталним имовине и са тим повезане услуге обухвата контролу над средствима помоћу којих се приступа дигиталним добрима (нпр. криптографски кључеви), као и са тим повезане услуге.[88] Чини се да би подзаконским актима требало прецизније дефинисати шта се сматра контролом и преузимањем контроле. Таквим по-

[84] ЗДИ чл. 117, ст. 2.

[85] Н. Тешић (2022), *op. cit.*, 275.

[86] У српском праву се пословање пружалаца услуга повезаних с виртуелним валутама налази у режиму лиценцираних делатности. Јована Михајловић, Ивана Даниловић Терзић, „Пружаоци услуга повезаних с виртуелним валутама – поједини и статусноправни аспекти“, *Право и привреда,* 1/2022, 146.

[87] ЗДИ чл. 99, ст. 2.

[88] ЗДИ чл. 3, ст. 2.

ступањем би се отклониле недоумице у којој мери садржина појма контроле над средствима помоћу којих се приступа дигиталним добрима из српског права одговара концепту контроле из упоредног права. До тада би се овај појам могао тумачити у складу са разумевањем контроле исказаним у међународним принципима усмереним ка хармонизацији приватног права у сфери дигиталних добара.

4.5.1. Појам контроле и како је успоставити?

Према *UNIDROIT* принципима, залога на дигиталним добрима производити дејство према трећим лицима успостављањем контроле[89] на дигиталним добрима, ако је испуњен један од критеријума:

а) обезбеђени поверилац контролише дигитална добра.

б) депозитар (*custodian*) управља оптерећеним добром у име обезбеђеног повериоца. [90]

Према Комисији за право Енглеске и Велса, контрола подразумева могућност да се остала лица искључе у односу на дигитално добро (приватни кључ), могућност да се ово добро користи и способност да се идентификује са претходним критеријумима.[91]

Ова Комисија је препоручила увођење треће групе имовинских добара – информациона добра (*data objects*). Ова добра чине подаци у електронској форми који постоје независно од субјекта и од правног система и погледу којих постоји ривалитет (*rivalrous*), тако да два субјекта не могу истовремено уживати исто добро.[92] Према овој Комисији, ималац информационог добра би требало да има контролу над самим добром (*owner of a data object should hold „control" over the asset*).[93]

---

[89] Појам контроле над дигиталним добрима опширно је дефинисан у UNIDROIT принципима. Section III: Control Principle 6: Definition of control, UNIDROIT, Master Copy of the Draft Principles and Comments, Digital Assets and Private Law Working Group Seventh session (hybrid) Rome, 19-21 December 2022, Study LXXXII – W.G.7 – Doc. 2, December 2022, 24, https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2022/12/W.G.7-Doc.-2-Draft-Principles-and-Commentary.pdf, 04. септембар 2023.

[90] Principle 15: Control as a method of achieving third party effectiveness, *ibid,* 48.

[91] Shawn Amick, *Law Commission of England Proposes New Form of Property for Bitcoin*, 2022, https://bitcoinmagazine.com/legal/uk-wants-new-form-of-property-for-bitcoin, 04. септембар 2023.

[92] (*(1) be composed of data represented in an electronic medium, including in the form of computer code, electronic, digital or analogue signals; (2) exist independently of persons and exist independently of the legal system; and (3) be rivalrous*). Digital Assets – Summary of the Consultation Paper – AWS, https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2022/07/Digital-Assets-Summary-Paper-Law-Commission-1.pdf, 6, 04. септембар 2023.

[93] S. Amick, *op. cit*.

Ако кажемо да је „Ахилова пета“ извршења на дигиталним добрима успостављање контроле над предметом извршења, норме ЗИО би овом питању морале да посвете посебну пажњу.[94] Приступ дигиталним новчаницима је криптографски заштићен помоћу приватних кључева. Ако дужник одбије да информише јавног извршитеља о приватном кључу, тешко је изнаћи ефикасну меру у поступку која би омогућила приступ дигиталном предмету извршења. Јавни извршитељ није надлежан да спроводи истражне радње,[95] нити има неопходно знање за „хаковање” дигиталног новчаника извршног дужника. На међународним форумима је постављено питање да ли је неопходно извршитељима дати шира овлашћења, од којих би се једно састојало у могућности да заплени сервер на коме су ускладиштене криповалуте.[96] Природа дигиталних добара је таква да се у многим случајевима: лица у дужничко поверилачком односу, платформе које су посредовале у њиховом односу, као и сервери за складиштење налазе у различитим јурисдикцијама. Чини се да би приликом оцене реалности потенцијалног ширења овлашћења јавног извршитеља ове околности нарочито требало имати у виду.

4.5.2. Криптo кључ

На овом мести је важно направити разлику између јавног и приватног кључа. „Јавни криптографски кључ обезбеђује дигитално добро на DLT мрежи и представља адресу на којој је дигитално добро лоцирано на мрежи. Приватни кључ је код који омогућава приступ добрима на адреси која је представљена кроз кореспондентни јавни кључ“.[97] Ако правну формулацију забране располагања и заснивања залоге поједноставимо и сведемо на њену

[94] (*In any process that entails a person (such as a public authority) taking control of a digital asset, it will be very difficult in practice to do so if the person currently in control is not willing to transfer control. It will therefore be necessary for a court to order that person to make a change of control, or to otherwise enable access to the asset, and, therefore, it would be advisable for procedural law, and its operation, to facilitate this*). UNIDROIT 2022, Study LXXXII – W.G.7 – Doc. 4, December 2022, Section VI: Enforcement a. Principle 18 1, https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2022/12/W.G.7-Doc.-4-Section-VI-Enforcement.pdf, 04. септембар 2023.

[95] (*With the use of tools such as blockchain explorers, certain information about any transaction and asset could be found. While this information did not offer the real identity of a party, and did not meet a 'Know Your Customer (KYC)' standard, it did satisfy a certain 'Know Your Transaction (KYT)' standard*). Andrew M. Hinkes https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2022/08/Enforcement-and-DA-Side-Event-Draft-Summary-Conclusions-Final.pdf, 04. септембар 2023.

[96] European Law Institute, Case Study 1, https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects/current-projects/access-to-digital-assets/case-studies/, 04. септембар 2023.

[97] World Bank Goup, Secured Transactions, Collateral Registries and Movable Asset-Based Financing Knowledge Guide November, 2019. 28. О пресудном значају приватног крипто кључа у свету биткоина сведочи фраза: „no keys, no cheese“. Michael Rasor, „Bitcoin as Collateral for a Commercial Loan: No Keys, No Cheese“, 25 May 2021. https://cavitch.com/bitcoin-as-collateral-for-a-commercial-loan-no-keys-no-cheese/, 04. септембар 2023.

суштину. За повериоца је од правне забране расплагања далеко значајније да извршни дужник изгуби фактичку контролу над приватним кључем оног рачуна на коме су дигитална добра смештена. Правнотехнички овај циљ се може остварити на два начина.

1) Налагањем дужнику предаје приватног кључа јавном извршитељу који спроводи извршење. Недостатак овог приступа што јавни извршитељ, по правилу, нема одговарајућу безбедност ИКТ система,[98] тј. техничке и сигурносне капацитете да сачува тајност поверених података,[99] или 2) на други у овом моменту целисходнији начин да се дужнику наложи поверавање приватног кључа на чување и администрирање субјекту који је овлашћен за ту дигиталну услугу и има лиценцу за вођење регистра залога који би одмах могао да упише забрану располагања и заложно право у погледу предмета извршења. Ако је дигитално добро од стране извршног дужника већ поверено депозитару лицензираном од НБС, онда би се решењем о извршењу налагао упис забране располагања и залоге, као и забрана враћања приватног кључа извршном дужнику.

5. ДУЖНОСТ САРАДЊЕ

5.1. Дужникова дужност сарадње

Према ЗПД, „привредно друштво које послује у Републици које има својство извршног дужника у смислу закона којим се уређују извршење и обезбеђење дужно је да сарађује са надлежним органима у извршном поступку у складу с тим законом, као и да пружи обавештења и достави све податке који су потребни ради спровођења извршења на дигиталним имовини, укључујући средства помоћу којих се приступа дигиталној имовини (нпр.

[98] „Информациона безбедност представља скуп мера које омогућавају да подаци којима се рукује путем ИКТ система буду заштићени од неовлашћеног приступа, као и да се заштити интегритет, расположивост, аутентичност и непорецивост тих података, да би тај систем функционисао како је предвиђено, када је предвиђено и под контролом овлашћених лица". Закон о информационој безбедности, *Сл. гласник РС*, бр. 6/2016, 94/2017 и 77/2019, чл. 2, ст. 1, тач. 3.

[99] Морало би се повести рачуна о томе да канцеларија извршитеља буде опремљена одговарајућом електронском опремом која им омогућава сигуран депозит. (*custody of the assets*). Таква добра морају бити правилно заштићена у складу са мерама cyber – сигурности. Између осталог, како би се предупредило и неауторизовано располагање од стране суда или извршитеља, уз јасна правила у погледу одговорности за штету која се јавља у таквим ситуацијама. T. R. de las Heras Ballell, UNIDROIT, Enforcement on digital assets, Report, Working Group on Best Practices for Effective Enforcement Fifth meeting (hybrid) Rome, 12-14 December 2022, UNIDROIT 2023 – LXXVIB – W.G.5 – Doc. 7, January 2023. 12 -13, https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2023/01/Doc.-7-Report.pdf, 04. септембар 2023.

криптографске кључеве).“[100] Под криптографским кључем законодавац подразумева „приватни кључ (*private key, secret key*) – словно нумерички код, који се употребљава у криптографији као врста лозинке. Код криптовалута, приватни кључ се користи да ауторизује трансакције и да докаже власништво на блокчеин добрима. Приватни кључ је интрграли део криптовалуте и омогућава заштиту од крађе и неуторизованог приступа туђим добрима.“[101] Према овом моделу, поседовање приватног кључа је еквивалент контроли над одређеним блокчеин рачуном. Свако коме је познат приватни кључ рачуна може да предузима трансакцију у том погледу, из чега произилази да је тајност приватног кључа одлучујућа за блокчеин сигурност.[102] На међународним форумима се основано поставља питање целисходности прописивања дужникове дужности сарадње (*duty to cooperate*) у случају принудног извршења необезбеђеног потраживања од стране извршитеља које по дефиницији не почива на дужниковој сагласности.[103]

5.2. Дужност сарадње трећих лица

У упоредном праву се указује да је у ситуацији када сарадња од стране дужника недовољна и неефикасна, неопходно обезбедити дужност сарадње трећих лица (депозитара, крипто тржишта, платформи, посредника).[104] У Србији је дужност сарадње са органима у извршном поступку проширена на друга правна лица и предузетнике који послују у Републици и евентуално имају податке о дигиталној имовини и криптографски кључ, на пример она правна лица којима је дигитална имовина поверена на чување и администрирање (депозитари). Чување и администрирање дигиталне имовине за рачун корисника дигиталне имовине и са тим повезане услуге обухватају контролу над средствима помоћу којих се приступа дигиталној имовини

[100] ЗПД чл. 14, ст. 6.

[101] Jake Frankenfield, *Private Key: What It Is, How It Works, Best Ways to Store*, February 17, 2023, https://www.investopedia.com/terms/p/private-key.asp, 04. септембар 2023.

[102] Rob Behnke, *Stolen keys: 3 ways you can keep your private keys safe*, April 15th, 2021, https://www.halborn.com/blog/post/stolen-keys-3-ways-you-can-keep-your-private-keys-safe, 04. септембар 2023.

[103] („which by definition did not rely on the debtor's consent"). UNIDROIT, Enforcement on digital assets, Report, Working Group on Best Practices for Effective Enforcement Fifth meeting (hybrid) Rome, 12-14 December 2022, UNIDROIT 2023 – LXXVIB – W.G.5 – Doc. 7, January 2023 15, https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2023/01/Doc.-7-Report.pdf, 04. септембар 2023.

[104] (e.g., custodians, marketplaces, platforms, intermediaries etc.). Teresa Rodríguez de las Heras Ballell, UNIDROIT, Enforcement on digital assets, Report, Working Group on Best Practices for Effective Enforcement Fifth meeting (hybrid) Rome, 12-14 December 2022, UNIDROIT 2023 – LXXVIB – W.G.5 – Doc. 7, January 2023, 12 https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2023/01/Doc.-7-Report.pdf. 04. септембар 2023.

(нпр. криптографски кључеви), као и са тим повезане услуге (нпр. администрирање средствима обезбеђења).[105]

Према ЗДИ постоји обавеза достављања датума успостављања и престанка пословног односа с корисником виртуелних валута, као и датума друге промене у вези с тим пословним односом.[106]

Ако се направи паралела за извршењем на финансијским инструментима, према ЗИО, решење о извршењу на финансијским инструментима обавезно садржи и пословно име инвестиционог друштва које води рачун финансијских инструмената извршног дужника.[107] Код дигиталне имовине би то био депозитар ако је претходно дошло до поверавања на чување. Код осталих лица која врше повезане услуге се не налазе крипто кључеви, тако да би се њихова дужност сарадње могла огледати само у пружању обавештења и података.[108]

5.3. Изостанак санкције због несарадње

Норма о дужности сарадње извршног дужника у поступку спровођења извршења, као и трећих лица је остала без законом прописане санкције у случају повреде ове дужности. Поставља се питање да ли је описану правну празнину, могуће попунити путем законске аналогије? Сличну дужност сарадње закон прописује за залогавца дигиталне имовине[109] и дужника чији је дуг обезбеђен дигиталном имовином ако ово лице није уједно залогодавац,[110] с тим што је у погледу ових лица прописана и санкција за несарадњу са заложним повериоцем.[111] Ако повреди прописану дужност сарадње залогодавац, односно дужник када то није исто лице, дужан је да накнади штету коју трпи заложни поверилац. Сматрамо да у погледу санкције за несарадњу дужника и трећих лица није могуће применити законску аналогију *intra legem,* али јесте аналогију *extra legem*,[112] тј. опште правило да је свако дужан да се

[105] ЗДИ чл. 3, ст. 2.

[106] ЗДИ чл. 85, ст. 1, тач. 5.

[107] ЗИО чл. 312, ст. 2.

[108] У упоредном праву се прави разлика између дужности сарадње у погледу идентификовања и проналажења добара и дужности сарадње у омогућавању преноса контроле у циљу заплене. T. R. de las Heras Ballell, UNIDROIT 2023 – LXXVIB – W.G.5 – Doc. 7, January 2023, 12, https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2023/01/Doc.-7-Report.pdf, 04. септембар 2023.

[109] Залогодавац је дужан да сарађује са заложним повериоцем у поступку намирења повериочевог потраживања из предмета заложног права. ЗПД чл. 111, ст. 1. С тим што је дужност сарадње код залогодавца одвојена од дужности пружања обавештења ради спровођења намирења. ЗПД чл. 111, ст. 2.

[110] ЗПД чл. 111, ст. 3.

[111] Поред ове разлике, постоји и разлика у погледу субјеката сарадње, залогодавац је дужан да сарађује са заложним повериоцем, а извршни дужник са јавним извршитељем.

[112] О разлици између између аналогије *intra legem и extra legem* вид.: Горан Дајовић, „Схватити аналогију озбиљно: улога законске аналогије у стварању и тумачењу права", *Правни записи*, год. XI, 2/2020, 461 и даље.

уздржи од поступака којима другом проузрокује штету[113] и да ће онај ко другоме проузрокује штету за њу одговарати.[114] Нешто искуснијим практичарима у области принудног извршења је јасно да је прокламована дужност сарадње извршног дужника са извршитељем, лепа жеља која је у стварности „мртво слово на папиру". Извршном дужнику се много више „исплати" да сакрије дигиталну имовину,[115] пошто у том случају нема одакле да одговара ни за дуговано потраживање, ни за евентуалну накнаду штете због несарадње.[116] Нешто конкретнија је претња кривичноправном санкцијом, ако у радњама дужника постоје елементи бића кривичног дела – оштећење поверилаца.[117]

6. ПРОЦЕНА

Ако би за основу правила о процени дигиталне имовине узели правила о процени финансијских инструмената „вредност финансијских инструмената који се котирају на берзи јесте њихова просечна цена на берзи у последњих 30 дана пре процене, утврђена на основу берзанског извештаја"[118]

Ако се финансијски инструменти не котирају на берзи, јавни извршитељ поверава процену вредности финансијских инструмената овлашћеним лицима, према закону којим се уређују привредна друштва.

7. ПРОДАЈА

Актуелна норма у погледу извршења на другим имовинским правима предвиђа да се уновчење права из ове групе, у коју се могу сврстати и дигитална добра, врши уз сходну примену одредаба ЗИО којима се уређује извршење на покретним стварима ради намирења новчаног потраживања, осим одредаба

---

[113] ЗОО чл. 16.

[114] ЗОО чл. 185.

[115] Обично се „склањање" дужникових добара представи у јавности као хаковање. Ava Benny-Morrison, „US Probes How $372 Million Vanished in Hack After FTX Bankruptcy", Dec 27, 2022, https://www.msn.com/en-us/money/companies/us-probes-how-dollar372-million-vanished-in-hack-after-ftx-bankruptcy/ar-AA15IvaV?li=BBnb7Kz, 04. септембар 2023.

[116] Такви дужници углавном и немају другу имовину осим дигиталне. На пример, из Фејсбука истичу да је Либра првенствено намењена милијарди и 700 милиона корисника ове друштвене мреже широм света који немају рачун у банци. Додају да се највећи број корисника који немају банковни рачун налази у земљама у развоју и да се у највећем броју случајева ради о женама. Вид.: „Фејсбук крипто валута – шта све треба да знате", *BBC*, 18 јун 2019, https://www.bbc.com/serbian/lat/svet-48680353, 04. септембар 2023.

[117] Кривични законик – КЗ, *Сл. 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, чл. 233.

[118] ЗИО чл. 316, ст. 1.

о електронском јавном надметању. Сматрамо да би *de lege ferenda* принудна продаја дигиталних добара морала бити регулисана по узору на извршење на финансијским интрументима где јавни извршитељ доноси закључак о продаји финансијских инструмената који су предмет извршења када га Централни регистар хартија од вредности обавести да је уписао забрану располагања и заложно право, под условом да је решење о извршењу постало правноснажно.

Финансијске инструменте продаје инвестиционо друштво које води рачун финансијских инструмената извршног дужника. Чини се да ће код дигиталних добара као предмета извршења, у зависности од околности код кога је криптографски кључ, продају вршити јавни извршитељ одређен решењем о извршењу или депозитар дигиталне имовине по налогу извршитеља.

Финансијски инструменти продају се на регулисаном тржишту или на мултилатералној трговачкој платформи према закону којим се уређује тржиште капитала, а на *OTC* тржишту само ако се претходно процени њихова вредност и ако продаја на регулисаном тржишту или на мултилатералној трговачкој платформи остане без успеха. Уверени смо да би слично правило требало усвојити и за продају дигиталних добара, с тим што би било нужно дефинисати под којим околностима се узима да је продаја на регулисаном тржишту или мултилатералној трговачкој платформи остала без успеха, односно друге разлоге због којих се приступа продаји на *OTC* тржишту.[119]

8. ЗАКЉУЧАК О ПРЕДАЈИ

Купац у поступку изршења би морао да има дигитални новчаник, на који би му се на основу закључка о предаји пренела криптодобра по уплати цене. Закључак о предаји би слично као код материјалнх добара садржао налог за упис у евиденцију ималаца дигиталних добара и брисање терета у регистру заложног права. Овај закључак би се достављао купцу у извршном поступку, извршном повериоцу, извршном дужнику, депозитару коме је дигитална имовина поверена на чување, регистру заложног права у који је била уписана залога, евиденцији ималаца дигиталних добара, као и пореским органима.

9. ЗАКЉУЧАК О НАМИРЕЊУ

Имајући у види да заложни поверилац има право да из цене постигнуте продајом предмета заложног права наплати своје потраживање пре осталих

[119] *OTC* – тржиште дигиталне имовине је тржиште за трговање дигиталном имовином на ком се трансакције обављају директно између продавца и купца дигиталне имовине без обавезног учешћа пружаоца услуга повезаних с дигиталном имовином и изван платформи за трговање дигиталном имовином. ЗДИ чл. 2, ст. 1, тач. 14.

поверилаца залогодавца, јавни извршитељ би приликом доношења закључка о намирењу морао да води рачуна о томе постоји ли уписана залога на дигиталним добрима која су предмет извршења.

Ако се опет осврнемо на намирење продајом финансијских интрумената, где намирење извршног повериоца преносом права својине на финансијском инструменту није дозвољено,[120] није јасно шта је правнополитички циљ такве забране и чини се да би код дигиталних добара требало одступити од овог приступа. Ако је већ у складу ЗДИ да се заложни поверилац намири присвајањем предмета залоге,[121] зашто хирограферни поверилац не би у поступку принудног извршења могао да се намири присвајањем,[122]на пример, након што се испостави да јавна продаја *NFT*-а није успела, наравно уз вођење рачуна о правима заложних поверилаца.

Ако је дошло до уновчења, након намирења трошкова поступка, заложног и обичног повериоца вишак вредности остварен продајом дигиталног добра се враћа извршном дужнику? Чини се да би сходно начелу сразмере, јавни извршитељ морао водити рачуна о околности да ли је дигитално добро дељиво и ако јесте да уновчи само онај део дигиталног добра довољан за намирење извршног повериоца. Ако се уновчава само оно што је неопходно за намирење, онда се питање враћања вишка вредности и не отвара.

10. НЕКОЛИКО УПОРЕДНОПРАВНИХ СЛУЧАЈЕВА ИЗВРШЕЊА ЗА НАУК

10.1. Случај у коме је привремена мера усвојена у погледу NFT-а, у односу на извршног дужника означеног псеудонимом

У случају који се нашао пред Вишим судом у Сингапуру, предлагач мере је изгубио „посед“ у погледу *NFT*-а познатог као *Bored Ape Yacht Club* („BAYC”) ID #2162 (the „Bored Ape NFT”).[123] Како би спречио даље располагање овим добром, тужилац је поднео предлог за доношење привремене мере, против зајмодавца коме је претходно препустио NFT ради обезбеђења зајма.[124]

[120] ЗИО чл. 317, ст. 1.

[121] ЗДИ чл. 108.

[122] Законодавац се не изјашњава о могућности присвајања када на предмету залоге постоји више заложних поверилаца, за разлику од Закона о хипотеци, по коме је накнадни уговор којим се поверилац намирује присвајањем хипотековане непокретности могуће закључити само у случају ако на предмету хипотеке постоји један уписани хипотекарни поверилац. Закон о хипотеци, *Сл. гласник РС*, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 – одлука УС и 83/2015), чл. 27, ст. 3.

[123] Janesh s/o Rajkumar. v. Unknown Person (“Chefpierre”). [2022] SGHC 264.

[124] Споразум између уговорника се релизовао кроз паметни уговор као компјутерски програм који аутоматски спроводи скуп инструкција до испуњења задатих услова (“NFTfi’s

Тужилац је истакао да му је NFT неосновано одузет, да су NFT-еви у оквиру *BAYC* колекције веома популарни, да их поседују многе славне личности, укључујући Џастин Бибера (*Justin Bieber*), да се сматрају статусним симболом, као и да је предметни *NFT* једини такве врсте. Тужиоцу је тужени био познат само под псеудонимом *Chefpierre.eth*, с тим што се тужилац позивао на околност да *Chefpierre.eth* редовно поставља објаве на *Twitter*-у- и да је на основу тога могуће сазнати његов прави идентитет.[125] Тужилац, сингапурски држављанин, који послује и поседује имовину у Сингапуру, закључио је посао у погледу предметног *NFT* -ија из Сингапура је тврдио да је упркос томе што пребивалиште, боравиште или садашња локација туженог нису познати сингапурски суд надлежан за доношење привремене мере и да је немогуће наћи други одговарајући форум из разлога што *Bored Ape NFT* постоји само као рачунарски код на *Ethereum blockchain* – у који је децентрализован (*decentralised network of ledgers*), на начин да његово функционисање омогућавају рачунари широм света. Суд је усвојио захтев да привременом мером (*proprietary injunction*) забрањујући туженом да на било који начин располаже са предметним *NFT*-ом.

10.2. Случај у којем је привремена мера усвојена у погледу криптовалута, у корист анонимног предлагача и против непознатих извршних дужника

У случају *AA v Persons Unknown*[126] усвојена је привремена мера у односу на биткоине који су исплаћени на име откупнине из интернет изнуде, као последица претходног става суда да је за потребе изрицања привремене мере и замрзавања (*proprietary injunctions and freezing orders*) криптовалуте представљају имовину.[127] Суд је истако да крипто добра, као што је *Bitcoin*

Smart Program"). „The NFTfi's Smart Program allowed for the repayment of the loans as well as the unilateral "foreclosure" on the NFTs by the lender if the specified payment was not made by the stipulated date. The claimant, on the basis of these terms, had successfully borrowed and paid back numerous cryptocurrency loans using the Bored Ape NFT as collateral." Janesh s/o Rajkumar. v. Unknown Person ("Chefpierre") [2022] SGHC 264.

[125] „The identity of the person behind the pseudonym "chefpierre.eth" was unknown. In their skeletal submissions, the claimant relied on the case of Bloomsbury Publishing Group Ltd v News Group Newspapers Ltd [2003] 1 WLR 1633 for the proposition that an injunction could be granted against unknown persons provided the description of these unknown persons was sufficiently certain to identify the persons falling within and outside of that description. "

[126] *AA v Persons Unknown Re Bitcoin* [2019] EWHC 2556 (Comm) (17 January 2020) (unreported), 21 December 2020 (Commercial Court).

[127] Freezing of cryptocurrencies in fraud: part 2, February 2020, https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/bf95e1b1/freezing-of-cryptocurrencies-in-fraud-part-2, 04. септембар 2023.

сматра имовином.[128] У конкретном случају првотужени хакер је успео да се убаци у ИТ систем канадске осигуравајуће компаније и захтева исплату у биткоинима у замену за софтвер потребан за поновни приступ подацима у систему. Осигуравајућа компанија је исплатила хакеру $950,000 да би истрага показала да је значајан део Биткоина пренет на посебан новчаник друготуженог повезан са берзом *Bitfinex*, под управом трећетуженог и четвртотуженог. Кључни допринос ове одлуке се огледа у околности да је привремена мера усвојена у односу на све тужене уз замрзавање Биткоина. Притом је тужилац успео у свом предлогу без откривања идентитета остајући анониман током поступка. Према становишту енглеског трговинског суда, дигитална имовина је подобна за привремену меру, као што је забрана отуђења. У овом случају судија Брајан (Bryan) је доследно следио став исказан у одлуци суда у Сингапуру: *B2C2 Limited v Quoine PTC Limited*,[129] по којој су криптодобра имовина, зато што су: одредива, препознатљива трећима, подобна за преузимање (од стране трећих лица) и имају одређени степен постојаности.[130] Такав приступ је заступљен и у другим случајевима у којима је суд усвојио

[128] *„I consider that cryptoassets such as Bitcoin are property*". Bryan J concludes in AA v Persons Unknown [2019] EWHC 3556 (Comm) the English High Court. Vid.: Bitcoin is Property A Look at the Decision in AA v Persons Unknown, https://www.howardkennedy.com/latest/article, 04.09.2023. Претпоставља се да ће ова одлука значајно утицати на различита питања из пословног окружења: опорезивање, креирање обезбеђења, правила о стечају и др. David O'Donovan, English High Court Recognizes Cryptoassets to be a Form of Property: Considerations Following AA v Persons Unknown, February 5, 2020, https://www.jdsupra.com/legalnews/english-high-court-recognizes-67427/bitcoin-is-property-a-look-at-the-decision-in-aa-v-persons-unknown, 04. септембар 2023.

[129] Према становишту суда у Сингапуру криптовалуте су врста имовине подобна за чување у форми *trust* –а. The Singapore Court of Appeal in the seminal case of Quoine Pte Ltd v B2C2 Ltd [2020] SGCA(I) 02 ("Quoine v B2C2"). Опширније вид.: Jacqueline Teo, Tan Hsuan Boon, „Ruscoe v Cryptopia: Determining The Legal Nature And Status Of Cryptocurrency", June 2, 2020, https://wst.com.sg/ruscoe-v-cryptopia-determining-the-legal-nature-and-status-of-crypto-currency/, 04. септембар 2023. Сличан став по коме су дигитална добра имовина подобна за „trust" заузео је и суд на Новом Зеланду In *Ruscoe v Cryptopia Ltd (in Liquidation)* [2020] NZHC 728 the New Zealand High Court. Jack Pembroke-Birss, Michael Sinclair, „Cryptocurrencies are property capable of being held on trust", New Zealand High Court holds, May 2020, https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/d6ea37bd/cryptocurrencies-are-property-capable-of-being-held-on-trust-new-zealand-high-court-holds, 04. септембар 2023.

[130] („*definable, identifiable by third parties, capable in their nature of assumption by third parties, and having some degree of permanence*") чиме су испуњени услови из класичне дефиниције имовине Лорда Вилберфорса (Wilberforce) изнете у случају *National Provincial Bank v Ainsworth* [1965] 1 AC 1175. *AA v Persons Unknown*, Re Bitcoin [2019] EWHC 2556 (Comm) (17 January 2020) (unreported), 21 December 2020 (Commercial Court). Опширније вид.: „Crypto Assets Case Law: How far have we come?" 18 August 2022, https://www.addleshawgoddard.com/en/insights/insights-briefings/2022/dispute-resolution/crypto-assets-case-law-how-far-have-we-come/, 04. септембар 2023.

мере „замрзавања" (*worldwide freezing order – WFO*).[131] На пример: Виши суд у Сингапуру се у случају *CLM v CLN* [2022] SGHC 46 огласио надлежним да донесе привремену меру (*injunctive relief*) којом забрањује непознатим имаоцима (*persons unknown*) [132] да на било који начин располажу идентификованим криптодобрима или умањују њихову вредност, сматрајући довољним да су ови непознати субјекти одредиви.[133] При чему је довољним за идентификацију сматрао следећи опис тужених: „Лица или субјекти који су извели, учестовали или помогли у крађи тужиочевих криптодобара око 8. јануара 2021..."[134]

11. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА ПРЕПОРУКЕ *DE LEGE FERENDA*

11.1. Дигитална добра као предмет извршења будућности

У правној књижевности се учврстио став да узимајући у обзир њихову природу, дигитална добра могу бити објекат екслузивне контроле и да на њима постоји имовински интерес. Као таква ова добра имају своју тржишну вредност и могу бити предмет принудног извршења: како би се вратила законитом имаоцу или била принудно уновчена да би се из остварене вредности намирило дуговано потраживање. Одређена добра у Републици Србији су законом изузета од принудног извршења, на пример: кућни љубимци, породичне фотографије и сл.[135] Међутим, дигитална добра су пример да постоје и добра која су у материјалноправном пропису препозната као имовина подобна за принудно извршење, али у процесноправном пропису још увек није детаљно нормирано посебно средство извршења новчаног потраживања из дигиталних добара, што значајно отежава, а у неким случајевима би и сасвим онемугућило принудно намирење извршног повериоца. Из тога разлога, држимо да би било неопходно допунити Закон о извршењу и обезбеђењу посебним поглављем о извршењу на дигиталним добрима уз одређене

[131] Bitcoin is Property A Look at the Decision in AA v Persons Unknown, https://www.howardkennedy.com/latest/article/bitcoin-is-property-a-look-at-the-decision-in-aa-v-persons-unknown, 04. септембар 2023.

[132] In *Robertson v Persons Unknown (unreported)*, 16 July 2019, (Commercial Court), тужилац је захтевао привремену меру (*freezing order*) у односу на непозната лица у погледу 100 биткоина.

[133] („sufficiently certain to identify both those who are included and those who are not"). *CLM v CLN* [2022] SGHC 46.

[134] *Singapore high court grants proprietary and injunctive relief*, 31 March 2022, https://www.simmons-simmons.com/en/publications/cl1etoua71f0h0a425chqi8mv/singapore-high-court-grants-proprietary-and-injunctive-relief, 04. септембар 2023.

[135] ЗИО чл. 218.

корекције општих правила извршења које би водиле рачуна о специфичној природи дигиталних добара. Круг добара које сматрамо дигиталном имовином интензивно расте и еволуира, тако да се у овом моменту тешко могу наслутити његове коначне границе. Извесно је међутим да ће дигитална имовина непрестано добијати на значају и да из угла правне сигурности, извршење на разноврсним дигиталним добрима није прихватљиво регулисати једном омнибус нормом којом су уједно нормирана и сва извршења на другим имовинским правима. Имајући у виду тешкоће у дефинисању нових појмова, нарочито концепта у интензивном развоју, прихваћена нормативна решења морају бити прилагодљива. Иако сва криптодобра немају исте одлике, према неким изворима кроз процес уопштавања је могуће идентификовати неке њихове битне атрибуте: а) бестелесност,[136] б) криптографска аутентификација, в) употреба технологије дистрибуиране главне књиге, г) децентрализованост и д) владавина консензуса.[137] Према нашем уверењу, за правилно структуирање извршења на дигиталним добрима важно је претходно разумети да су дигитална добра посебна категорија предмета извршења која се значајно разликује од ствари и права подобних за извршење[138] и то пре свега по неколико кључних особина: децентрализованост, волатиност и исчезљивост.

11.2. Одлике дигиталних добара од пресудног значаја за структуирање правила извршења

11.2.1. Децентрализованост

Blockchain се дефинише као „дистрибуирана главна књига на *peer-to-peer* мрежи, која је криптографски заштићена, на коју се само могу додавати подаци, која је непромењива и која се може ажурирати искључиво помоћу консензуса или слагања између равноправних рачунара на мрежи.“[139] У ширем

[136] На пример, дигитални новчићи као што је Биткоин или Итиријум могу бити креирарани (изрударени) и ускладиштени само у виртуелној форми као рачунарски код. Tobias Glas, „Digital Assets“, January 2022, In book: *Asset Pricing and Investment Styles in Digital Assets*, https://www.researchgate.net/publication/360711324_Digital_Assets, 04. септембар 2023.

[137] The LawTech Delivery Panel, Legal statement on cryptoassets and smart contracts, UK Jurisdiction Taskforce, November 2019, 10, https://www.addleshawgoddard.com/globalassets/insights/6.6056_jo_cryptocurrencies_statement_final_web_111119-1.pdfstr., 04. септембар 2023.

[138] („to take account of the distinctive features of digital assets.”) UNIDROIT 2022, Digital Assets and Private Law Working Group Seventh session (hybrid) Rome, 19-21 December 2022, UNIDROIT Study LXXXII – W.G.7 – Doc. 4 English only December 2022, Section VI: Enforcement a. Principle 18: 1, https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2022/12/W.G.7-Doc.-4-Section-VI-Enforcement.pdf, 04. септембар 2023.

[139] Imran Bashir, *Mastering Blockchain: Deeper insights into decentralization, cryptography, Bitcoin and popular Blockchain frameworks*. Birmingham: Packt, 2017.

смислу, један сегмент децентрализовних финансија (*DeFi*) које имају за циљ да помере технологију и трансакционе процесе од централних институција ка појединачним субјектима.[140] Иако је на почетку немогућност хаковања истицана као једна од предности криптовалута због примене криптографије и принципа децентрализоване мреже,[141] у новије време је такав приступ показао и значајне недостатке на пример, забележен је велики број крађа крипто имовине.[142]

11.2.2. Исчезљивост (disappearability)

Када кажемо да дигитална добра лако исчезавају тиме не мислимо да су она подложна фактичком уништењу коме су мање виша подложна сва материјална и нематеријална добра. Особина дигиталних добара коју смо назвали „исчезљивост" је последица лаког затирања трагова фактичког и правног располагања, што доводи у питање право следовања што доводи у питање право следовања како ималаца дигиталних добара, тако и оних који имају iura in re aliena. Дигитална добра брзо и лако – „једним кликом", прелазе са једног рачуна на други рачун, са новчаника на интернету на новчаник ван интернета, од једног имаоца на другог или у деловима на много нових ималаца, из једне дигиталне валуте у другу, из једне јурисдикције у другу и сл., што значајно отежава поступак принудног извршења, а неким случајевима га чини фактички немогућим.

11.2.3. Волатилност

Једна од кључних особина криптовалута је њихова волатилност, није редак случај да ова добра данас вреде много, а већ сутра немају готово никакву вредност.[143] Извршни поверилац који има решење о извршењу у односу

---

[140] Bitpanda, https://www.bitpanda.com/academy/en/lessons/what-is-decentralised-finance-defi, 04. септембар 2023.

[141] Другачији превод који би се у српском језику могао користити за исти појам – DLT је технологија децентрализоване главне књиге или технологија дистрибуиране базе података. Опширније о могућим применама децентрализоване технологије приликом свакодневног плаћања вид.: Kris Baranjuk, „Новац и технологија: Блокчејн – револуција која се није сасвим догодила", *BBC,* 27 фебруар 2020, https://www.bbc.com/serbian/lat/svet-51550331, 04. септембар 2023.

[142] Хакери су напали водећу јапанску берзу криптовалута *Likvid*, а процене су да је украдено скоро 100 милиона долара. Из компаније су објавили да су неки од њихових дигиталних новчаника „компромитовани". Исте године је украдено 600 милиона долара од платформе за дигиталне токене *Poly Network*. Вид.: *Јапан и сајбер криминал: Хакери украли скоро 100 милиона долара у криптовалутама,* 20 август 2021, https://www.bbc.com/serbian/lat/svet-58279238, 04. септембар 2023.

[143] У новије време се појављују дигиталне валуте које претендују на нижи ниво волатилности. На пример, *PayPal* је лансирао властити *stabilcoin* деноминиран у америчким

на одређена дигитала добра су сусреће са иманентним ризиком, свестан околности да „у трептају ока“ вредност предмета извршења може потпуно опасти.

Децентрализација и нерегулисаност система сматрала се предношћу, али се показала и као главни узрок велике волатилности криптодобара, чија цена на тржишту битно осцилира искључиво у зависности од односа понуде и тражње.[144]

Такве особине дигиталних добара повлаче за собом потребу за прилагођавањем општих правила извршења у односу на специфичан предмет. Ако имамо на уму да потраживања која се принудно намирују из дигиталних добара, по правилу, произилазе из неиспуњених уговора, онда се филозофска основа спречавања изигравања поверилаца у материјалноправној сфери налази у начелима савесности и поштења и *pacta sunt servanda,* који у процесноправној сфери имају свој пандан у ефикасности поступка. *Ако су дигитална добра, по својој природи, изузетно изазовна за извршење, онда би процесна правила о радњама извршења на овом предмету, требало прилагодити, тако да у погледу хитности и ефикасности буду у разумној мери наклоњенија повериоцу („creditor-friendly”), не занемарајући притом начело сразмере у извршењу, као ни дужност јавног извршитеља да штити фундаментална права и поступа у складу са етичким принципима, на пример, да води рачуна о заштити података о личности и сл.*

11.3. Начело нарочите хитности

Природа дигиталних добара која подразумева децентрализованост, волатилност и исчезљивост је таква да извршење у односу на дигитална добра мора бити засновано на начелу нарочите хитности.[145] Ако је извршни поступак иначе хитан, онда би поступање приликом принудног намирења из дигиталних добара морало бити „суперхитно“, по скраћеној процедури и без застоја. Начело нарочите хитности би у закону требало доследно спровести, на пример,

доларима под називом PayPal USD (PYUSD). PIUSD ће издавати компанија за крипто финансијске услуге Pakos Trust, са седиштем у Њујорку и биће у потпуности подржан депозитима у америчким доларима, краткорочним обвезницама трезора и сличним готовинским еквивалентима. Вид.: *PayPal лансирао своју криптовалуту: “Имају моћ да трансформишу цео финансијски систем”* 9.08.2023. https://www.b92.net/biz/vesti/svet/paypal-lansirao-svoju-kriptovalutu-imaju-moc-da-transformisu-ceo-finansijski-sistem-2378009, 04. септембар 2023. Према речима гувернера Банке Русије, ова држава од 1. августа 2023, излази на тржиште са својом дигиталном валутом издатом од централне банке (CBDC). Helen Partz, *Putin signs law on introduction of digital ruble in Russia*, https://cointelegraph.com/news/digital-ruble-putin-signs-law-on-introduction-of-digital-ruble-in-russia, 04. септембар 2023.

[144] Денис Бутерин, Еда Рибарић, Сузана Савић, *Битцоин – нова глобална валута, инвестицијска прилика или нешто треће*, file:///C:/Users/Korisnik/Downloads/zbornik-veleri-3-130-hr%20(1).pdf, 04. септембар 2023.

[145] Извршни поступак и поступак обезбеђења јесу хитни. ЗИО чл. 15.

скраћивањем рокова: за одлучивање о захтеву за одређивање привремене мере, за доношење решења о извршењу, одлучивање по жалби, за процену вредности и оглашавање јавне продаје (ако се продаја врши на ОТС тржишту) и сл.

11.4. Привремене мере као правило

Поставља се питање да ли ће неки дужник чекати правноснажност и извршност пресуде када „у неколико секунди“ може да склони своју дигиталну имовину, наравно уз излагање тужби *actio Pauliana* – за побијање дужникових правних радњи,[146] (од које поверилац због продуженог трајања парнице неће имати нарочите користи). Поверилац ће, по правилу, у односу на дигитална добра захтевати неку врсту привремене мере (*pre-judgment attachment*) као процесног средства обезбеђења о коме би суд требало да одлучи у што краћем року. Према ЗИО, „у предлогу за обезбеђење прецизно се назначавају потраживање чије се обезбеђење захтева, законски разлози за обезбеђење, чињенице и докази из којих произлази вероватност постојања законских разлога за обезбеђење и врста средства обезбеђења”.[147] Ако поверилац добије меру обезбеђења, потенцијално извршење по извршној пресуди у његову корист ће учинити далеко једноставнијим. С друге стране, ако поверилац не успе са захтевом за одређивање привремене мере, покретање парнице у намери да се утврђено потраживање касније наплати из дигиталних добара туженог у пракси се преображава у „апсолутно неподобан покушај”. Из тог разлога се чини да би законодавац код привремених мера у погледу дигиталних добара у одређеној обиму требало да поједностави процедуру, односно олакша услове за њихово доношење. Ово би нарочито требало да се односи на опасност по потраживање, односно да ће без привремене мере извршни дужник осујетити или знатно отежати наплату потраживања тиме што ће своју имовину или средства отуђити, прикрити или на други начин њима располагати.[148]

Упоредноправна пракса указује на такав приступ. У случају *Winklevoss Capital Fund v. Charles Shrem*,[149] суд је усвојио захтев тужиоца у погледу привремене мере (*prejudgment attachment*), забрањујући располагање у погледу 5000 биткоина, или у односу на еквивалентну вредност у другим виртуелним валутама.[150]

---

[146] „Сваки поверилац чије је потраживање доспело за исплату, и без обзира кад је настало, може побијати правну радњу свог дужника која је предузета на штету поверилаца“. ЗОО чл. 280, ст. 1.

[147] ЗИО, чл. 415, ст. 2.

[148] ЗИО чл. 449, ст. 1 и ст. 2.

[149] *(S.D.N.Y. Oct. 26, 2018) (No. 18-cv-08250-JSR, ECF No. 30)*

[150] („freezing 5,000 bitcoin or its equivalent value in (...) other virtual currencies.”) Seth M. Cohen, Alan M. Mendelsohn, *Judgment Enforcement in the New Age of Digital Assets*, 09.12.2022, https://www.law.com/newyorklawjournal/2022/12/09/judgment-enforcement-in-the-new-age-of-digital-assets/?slreturn=20230705051219, 04. септембар 2023.

У случају *Morozov v. ICOBOX Hub*,[151] тужилац је успео са захтевом за забрану приступа (*restraining order*), уз сведочење туженог у погледу његових финансија и добара која би могла да се користе за намирење по правноснажној пресуди укључујући дигитална добра – Биткоине.[152]

11.5. Прилагођавање мере забране располагања потреби за екстра-територијалним дејством

Забрана располагања дигиталним добром, било да се заснива на привременој мери, било на решењу о извршењу, морала би имати интернационално дејство које није ограничено за неку државну територију и правни поредак. У савременој правној књижевности таква мера се углавном описује као „глобална наредба замрзавања" (*world-wide freezing order*),[153] са претензијом на универзално дејство и могућност примене без потребе за претходним признањем од стране различитих националних судова.

11.6. Прилагођавање правила у погледу индивидуализације извршног дужника

Код принудног извршења на дигиталним добрима је неопходно строго формална правила, какве су иначе норме у извршном поступку применити на имовинска добра креирана у окружењу које је и настало са примарном намером да буде неформално.[154] Отуда би у интересу заштите правне сигурности у неким елеметима требало одступити од строгих правила о обавезној садржини предлога за извршење. Из напред наведеног разлога, законом би требало омогућити да поверилац захтева привремену меру у односу на одређено дигитално добро без прецизног навођења лица код којих се дигитално добро налази – у односу на неодређена лица.

11.7. Уновчење пре правноснажности решења

Према ЗИО, непокретности или покретне ствари на којима се намирује новчано потраживање не могу бити продате пре правноснажности решења

[151] *2020 WL 5665639 (S.D.N.Y. May 5, 2020).*

[152] *ibid*.

[153] Ова наредба је позната и као „Марева привремена мера" (Mareva injunction), правно средство доступно повериоцима који страхују да ће дужник располагати својим добрима или их преместити изван повериочевог домета. О историјском развоју овог правног средства вид.: Heidi Maguire, *Worldwide freezing order versus contumelious behavior*, February 18, 2022, https://www.wolterskluwer.com/en-au/expert-insights/worldwide-freezing-order-versus-contumelious-behaviour, 04. септембар 2023.

[154] Примера ради крипто валута Доџкоин (Dogecoin) је изворно креирана као шала, али је временом добила тржишну вредност постајући предмет инвестирања и трговине.

о извршењу.[155] Такво правило важи и за финансијске инструменте.[156] Чини се да би, имајући у виду, начело нарочите хитности требало омогућити продају дигиталних добара пре правноснажности решења о извршењу. С тим да би новчана средства остварена продајом остајала на наменском рачуну извршитеља. На пример, у једном случају, суд у САД је, наредио туженом да пренесе органу надлежном за принудно извршење сва добра, укључујући криптовалуте у његовом поседу, како би се обезбедило потраживање описано донетом мером. У погледу криптовалута, суд је наложио туженом да обезбеди идентификациони број дигиталног новчаника и електронски приступни кључ службенику који спроводи меру, као и да оконча пренос из криптовалута у кеш депозит на означеном рачуну.[157]

11.8. Прилагођавање правила у погледу месне надлежности суда

Према ЗИО „за одлучивање о предлогу за извршење или обезбеђење опште месно надлежан је суд на чијем подручју извршни дужник има пребивалиште или боравиште, односно седиште".[158] У погледу извршења на дигиталним добрима, законодавац би слично као код финансијских интрумената могао прописати да је месно надлежан суд који је надлежан за извршење на новчаном потраживању извршног дужника.[159] Према овој норми, „за одлучивање о предлогу за извршење ради намирења новчаног потраживања на новчаном потраживању извршног дужника месно је надлежан – ако извршни дужник нема пребивалиште или боравиште у Републици Србији – и суд на чијем је подручју пребивалиште дужника извршног дужника, а ако он нема пребивалиште у Републици Србији – суд на чијем подручју је боравиште дужника извршног дужника".[160] Уз одговарајућу допуну у погледу дигиталних добара, да се ако ни дужник извршног дужника нема пребивалиште, односно боравиште у Републици Србији надлежност може успоставити на основу пребивалишта извршног повериоца. Исто правило могло би се усвојити и за ситуацију када је дужник непознат или је непознато његово пребивалиште.

---

[155] ЗИО чл. 135, ст. 2.

[156] ЗИО чл. 315, ст. 1.

[157] (...) „the court ordered the defendant to provide the digital wallet identification number and electronic access key to the officer executing the attachment, and to complete the transfer from cryptocurrency to cash deposited into a designated account". *Handley v. La Melza*, 2022 WL 3137718, at *3 (C.D. Cal. July 13, 2022).

[158] ЗИО чл. 7.

[159] ЗИО чл. 311.

[160] ЗИО 256, ст. 1.

11.9. Ширење круга лица којима се врши достављање

Решење о извршењу које се, осим странкама, доставља и другима, доставља јавни извршитељ.[161]Решење о извршењу на дигиталној имовини, јавни извршитељ би достављао извршном повериоцу, извршном дужнику, депозитару коме је дигитална имовина поверена на чување и администрирање, евиденцији ималаца дигиталних добара при НБС и дужнику извршног дужника.

11.10. Ширење могућности постављања привременог заступника

Норму о дужности постављања привременог заступника од стране јавног извршитеља у случају прекида поступка[162] требало би законом проширити и на случајеве када поверилац захтева привремену меру у односу на одређено дигитално добро без навођења имаоца – у односу на једно или више непознатих лица. Целисходно је да непознатом имаоцу суд одреди привременог заступника коме би доставио предлог за одређивање привремене мере. Привременом заступнику би тако била дата могућност да се у име непознатог имаоца изјасни на наводе из предлога. Ако Суд одлучи о привременој мери, без достављања предлога другој страни, јавни извршитељ ће поставити привременог заступника непознатом дужнику (дужницима), како би овај сходно правилима струке заштитио интересе таквих дужника користећи правна средства у поступку, на пример, изјављујући жалбу на решење о извршењу.

11.11. Навођење крипторачуна извршног повериоца

Ако се предлогом за извршење захтева предаја индивидуалних дигиталних добара, поверилац мора да отвори крипто рачун (дигитални новчаник) на који ће ова добра принудно пренети по решењу о извршењу. Ако извршни поверилац тражи намирење новчаног потраживања из дигиталних добара не мора да отвори и назначи крипто новачник до момента утврђења да продаја предмета извршења на пример *NFT*-а на регулисаном тржишту или на мултилатералној трговачкој платформ, као ни на *OTC* тржишту није успела, па се поверилац определи за намирење присвајањем.

---

[161] ЗИО, чл. 70, ст. 3.

[162] Ако извршни поступак буде прекинут по сили закона, јавни извршитељ, на предлог странке или по службеној дужности, поставља привременог заступника странци, и наставља поступак и пре него што престане разлог због кога је прекинут. ЗИО чл. 29, ст. 1.

11.12. Додатна обука јавних извршитеља и опремање канцеларија

Извршење извршне исправе (пресуде, арбитражне одлуке и сл) у односу на дужника који је ималац дигиталних добара, као што су крипто валуте и крипто токени је правно питање који превазилази националне оквире. Европски суд за људска права (*ECHR*) сматра извршење сегментом права на правично суђење, према чл. 6 Конвенције.[163] Из тог разлога је важно да се кроз континуирану едукацију,[164]обезбеди висок ниво дигиталне писмености јавних извршитеља.[165] Додатне обуке и подизање стандарда у погледу електронске сигурности извршитељских канцеларија се чине неопходним у контексту одговорног коришћења вештачке интелигенције и омогућавања извршитељима да успоставе механизам паметног извршења (*smart enforcement mechanism*).[166]

Дигитална стварност има своју правну димензију (неписана правила, прописе, судску праксу), али и техничку димензију. Ако ова два аспекта не успоставе блиску сарадњу и сукобљавају се за превласт, у крајњем исходу могу само да закоче један другог. Отуда се у сфери дигиталних добара све више указује на потребу усаглашеног приступа који равномерно комбинује право и технологију.[167]

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Литература

Allen J.G., Property in Digital Coins, *European Property Law Journal* Vol. 8, 1/2019.

Amick Shawn, Law Commission of England Proposes New Form of Property for Bitcoin, https://bitcoinmagazine.com/legal/uk-wants-new-form-of-property-for-bitcoin, 04.09.2023.

---

[163] ECHR, Hornsby v Greece, req. n. 18357/91, 19 March 1997, § 4. Вид.: https://www.stradalex.com/en/sl_src_publ_jur_int/document/echr_18357-91_001-58020 and https://rm.coe.int/european-commission-for-the-efficiency-of-justice-cepej-good-practice-/16807477bf#_ftn4, 04. септембар 2023.

[164] „Enforcement of court decisions and the way forward to digital enforcement“, *Law in transition* 2022, file:///C:/Users/Korisnik/Downloads/law-in-transition-2022-english-digital-enforcement%20(1).pdf, 43. 04. септембар 2023.

[165] Global Code of Digital Enforcement, Global Code of Digital Enforcement, UIHJ Publication, November 2021, https://www.uihj.com/downloads-2/global-code-of-enforcement/, 04. септембар 2023.

[166] Marion Ho-Dac, Towards a Global Code of Digital Enforcement, 22 march 2022, https://eapil.org/2022/03/22/towards-a-global-code-of-digital-enforcement/, 04. септембар 2023.

[167] Само такав приступ омогућава да се разуме динамика и сложеност конкретног екосистема. European Commission, Thibault Schrepel, „Smart contracts and the digital single market through the lens of a „law + technology" approach", 13, https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/smart-contracts-and-digital-single-market-through-lens-law-plus-technology-approach, 04. септембар 2023.

Baranjuk Kris, „Новац и технологија: Блокчејн – револуција која се није сасвим догодила“, *BBC* 27 februar 2020, https://www.bbc.com/serbian/lat/svet-51550331, 04.09.2023.

Bashir Imran, *Mastering Blockchain: Deeper insights into decentralization, cryptography, Bitcoin and popular Blockchain frameworks*. Birmingham: Packt, 2017.

Benny-Morrison Ava, „US Probes How $372 Million Vanished in Hack After FTX Bankruptcy“, Dec 27, 2022, https://www.msn.com/en-us/money/companies/us-probes-how-dollar372-million-vanished-in-hack-after-ftx-bankruptcy/ar-AA15IvaV?li=BBnb7Kz, 04.09.2023.

Behnke Rob, „Stolen keys: 3 ways you can keep your private keys safe”, April 15th, 2021, https://www.halborn.com/blog/post/stolen-keys-3-ways-you-can-keep-your-private-keys-safe, 04.09.2023.

Bitcoin is Property A Look at the Decision in AA v Persons Unknown, https://www.howardkennedy.com/latest/article, 04.09.2023.

Block Joern H., Groh Alexander, Hornuf Lars, Vanacker Tom, Vismara Silvio, „The entrepreneurial finance markets of the future: A comparison of crowdfunding and initial coin offerings”, *Small Business Economics, 57*(2) 2021, 865–882.

„Blockchain: a key enabler to innovation in Europe and the world, Shaping Europe's digital future“, 08 July 2022, https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/events/blockchain-key-enabler-innovation-europe-and-world, 04.09.2023.

Buterin Denis, Ribarić Eda, Savić Suzana, *Bitcoin – nova globalna valuta, investicijska prilika ili nešto treće*, file:///C:/Users/Korisnik/Downloads/zbornik-veleri-3-130-hr%20(1).pdf

Cavallo Angelo, Ghezzi Antonio, Dell'Era, Claudio, Pellizzoni, Elena, „Fostering digital entrepreneurship from startup to scaleup: The role of venture capital funds and angel groups,“ *Technological Forecasting and Social Change, 145* 2019, 24–35

Chevalier Maxime, Arbitration Tech Toolbox: Is a Mexican Court Decision the First Stone to Bridging the Blockchain Arbitral Order with National Legal Orders? March 4, 2022.

Chidinma Okoye Mildred, Clark Jeremy, Toward Cryptocurrency Lending. In: Zohar, A., et alia. *Financial Cryptography and Data Security*. FC 2018. Lecture Notes in Computer Science, vol 10958. 2019. Springer, Berlin, Heidelberg.

Cohen Seth M., Mendelsohn Alan M., *Judgment Enforcement in the New Age of Digital Assets*, 09.12.2022**,** https://www.law.com/newyorklawjournal/2022/12/09/judgment-enforcement-in-the-new-age-of-digital-assets/?slreturn=20230705051219, 04.09.2023.

„Crypto Assets Case Law: How far have we come?“ 18 August 2022, https://www.addleshawgoddard.com/en/insights/insights-briefings/2022/dispute-resolution/crypto-assets-case-law-how-far-have-we-come/, 04.09.2023.

Cumming Douglas, Johan Sofia, *Venture capital and private equity contracting* (2nd ed). (2013) Cambridge, Massachusetts.

Дајовић Горан, „Схватити аналогију озбиљно: улога законске аналогије у стварању и тумачењу права”, *Правни записи* Год. XI, 2/2020, 461-503

Digital Assets – Summary of the Consultation Paper – AWS, https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2022/07/Digital-Assets-Summary-Paper-Law-Commission-1.pdf, 04.09.2023.

Enforcement of court decisions and the way forward to digital enforcement, *Law in transition* 2022, file:///C:/Users/Korisnik/Downloads/law-in-transition-2022-english-digital-enforcement%20(1).pdf, 04.09.2023.

European Commission, Schrepel, Thibault, "Smart contracts and the digital single market through the lens of a "law + technology" approach", https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/smart-contracts-and-digital-single-market-through-lens-law-plus-technology-approach, 04.09.2023.

European Law Institute, Case Study 1, https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects/current-projects/access-to-digital-assets/case-studies/, 04.09.2023.

Frankenfield Jake, *Private Key: What It Is, How It Works, Best Ways to Store*, February 17, 2023, https://www.investopedia.com/terms/p/private-key.asp, 04.09.2023.

Freezing of cryptocurrencies in fraud: part 2, February 2020, https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/bf95e1b1/freezing-of-cryptocurrencies-in-fraud-part-2, 04.09.2023.

Gertler Paul, Green Brett, Wolfram Catherine, *Digital Collateral*, Working Paper 28724. April 2021, https://www.nber.org/papers/w28724, 04.09.2023.

Glas Tobias, „Digital Assets", In book: *Asset Pricing and Investment Styles in Digital Assets*, January 2022, https://www.researchgate.net/publication/360711324_Digital_Assets, 04.09.2023.

Global Code of Digital Enforcement UIHJ Publication, November 2021, https://www.uihj.com/downloads-2/global-code-of-enforcement/

Gürsel, Yaman, Keeping up with the Times: The Transformation of the Publicity Regime with New Movable Property Security Rights and Developments in Blockchain Technology, European Property Law Journal, vol. 9, no. 2-3/ 2020, 73-132

He Donge, *Monetary Policy in the Digital Age*, IMF Finance & Development, June 2018, Vol 55, No 2

Ho-Dac Marion, Towards a Global Code of Digital Enforcement, 22 march 2022, https://eapil.org/2022/03/22/towards-a-global-code-of-digital-enforcement/, 04.09.2023

O'Donovan David, *English High Court Recognizes Cryptoassets to be a Form of Property: Considerations Following AA v Persons Unknown*, February 5, 2020, https://www.jdsupra.com/legalnews/english-high-court-recognizes-67427/bitcoin-is-property-a-look-at-the-decision-in-aa-v-persons-unknown, 04.09.2023.

International Financial Consumer Protection Organisation (FinCoNet), *Report on the Digitalisation of ShortTerm, High-Cost Consumer Credit,* 20 November 2017

Low, Zhen Er, Commentary, *Execution of Judgements on the Blockchain- A Practical Legal Commentary*, Harv. *J.L. & Tech. Dig.* (2021), 14, https://jolt.law.harvard.edu/d, 04.09.2023

Josipović Tatjana, „Izazovi digitalizacije zemljišnih knjiga načelo publiciteta stvarnih prava Vs načelo zaštite osobnih podataka", *Liber amicorum profesor dr Mirko Vasiljević* (ur. Dušan V. Popović), Beograd 2021, 679–703

Jovanić Tatjana, „Kriptovalute kao novi izazov zaštite potrošača", *http://pravnifakultet.rs/wp-content/uploads/2021/06/20-Tatjana-Jovanic.pdf,* 04.09.2023

The LawTech Delivery Panel, Legal statement on cryptoassets and smart contracts, UK Jurisdiction Taskforce, November 2019, 10, https://www.addleshawgoddard.com/globalassets/insights/6.6056_jo_cryptocurrencies_statement_final_web_111119-1.pdfstr

Lenz Rainer, „Peer-to-Peer Lending: Opportunities and Risks“ *European Journal of Risk Regulation*, 7(4) 2016, 688–700

Kastrenakes Jacob, *Beeple sold an NFT for $69 million*, Mar 11, 2021, https://www.theverge.com/2021/3/11/22325054/beeple-christies-nft-sale-cost-everydays-69-million, 04.09.2023.

Кеча Ранко, Кнежевић Марко, *Грађанско процесно право*, Београд 2023

Naheed Khan Shafaq, Loukil Faiza, Ghedira-Guegan Chirine, Benkhelifa Elhadj & Bani-Hani Anoud, „Blockchain smart contracts: Applications, challenges, and future trends“, Peer-to-Peer Networking and Applications, vol. 14, 18 April 2021, 2901–2925, Springerlink. https://link.springer.com/article/10.1007/s12083-021-01127-0, 04.09.2023.

Кнежевић Марко, „Пленидбено заложно право на покретним стварима”, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 2/2022, 459-491

Kulms Rainer, „Blockchain law: An introduction“, *Право и привреда*, vol. 57, 7–9/2019

Николић Младен, Шаркић Небојша, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу са судском праксом*, Београд 2020.

Maguire Heidi, *Worldwide freezing order versus contumelious behavior*, February 18, 2022, https://www.wolterskluwer.com/en-au/expert-insights/worldwide-freezing-order-versus-contumelious-behaviour, 04.09.2023.

Middleton Ryan , Walters Noah, „What is crypto lending? Key legal considerations for lenders“, https://www.dentons.com/en/insights/articles/2021/december/10/what-is-crypto-lending-key-legal-considerations-for-lenders, 04.09.2023.

Михајловић Борко, „Заштита потрошача на тржишту дигиталне имовине“, *Зборник радова „XXI век – век услуга и Услужног права“*, Крагујевац 2021, 369-381

Михајловић Јована, Даниловић Терзић Ивана, „Пружаоци услуга повезаних с виртуелним валутама –поједини и статусноправни аспекти“, *Право и привреда,* бр. 1/2022, 138-160

Partz Helen, *Putin signs law on introduction of digital ruble in Russia*, https://cointelegraph.com/news/digital-ruble-putin-signs-law-on-introduction-of-digital-ruble-in-russia, 04.09.2023.

Pembroke-Birss Jack, Sinclair Michael, „Cryptocurrencies are property capable of being held on trust“, New Zealand High Court holds, May 2020, https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/d6ea37bd/cryptocurrencies-are-property-capable-of-being-held-on-trust-new-zealand-high-court-holds, 04.09.2023.

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937 (MiCA).

Rasor Michael, „Bitcoin as Collateral for a Commercial Loan: No Keys, No Cheese“, 25 May 2021. https://cavitch.com/bitcoin-as-collateral-for-a-commercial-loan-no-keys-no-cheese/, 04.09.2023.

Horváth Ágnes, *Protection of consumers provided in the proposal for a regulation of markets in cryptoassets*, http://pravnifakultet.rs/wp-content/uploads/2021/06/21-Agnes-Horvath.pdf, 04.09.2023.

Hinkes Andrew M. Workshop on Issues Related to Enforcement in Digital Assets (10 June 2022) Summary Conclusions Prepared by the UNIDROIT Secretariat in July 2022, https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2022/08/Enforcement-and-DA-Side-Event-Draft-Summary-Conclusions-Final.pdf, 04.09.2023.

Jainam Chirag Shah, Mugdha Bhagwat, Dhiren Patel, Mauro Conti, Crypto-Wills: Transferring Digital Assets by Maintaining Wills on the Blockchain, In book: Communication and Intelligent Systems, Apr 2020.

Salma Jožef, *Obligaciono pravo*, Novi Sad 2007.

Julius Stobbs, Louis Adcock, August 4, 2022 https://trademarkblog.kluweriplaw.com /2022/08/04/nfts-defined-as-property-but-do-they-have-value/ 04.09.2023.

Станковић Гордана, Палачковић Душића, Трешњев Александра, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, Београд, 2020

Teo Jacqueline, Hsuan Boon Tan, „Ruscoe v Cryptopia: Determining The Legal Nature And Status Of Cryptocurrency“, June 2, 2020, https://wst.com.sg/ruscoe-v-cryptopia-determining-the-legal-nature-and-status-of-cryptocurrency/, 04.09.2023.

Тешић Ненад, „Фидуцијарни пренос својине као средство обезбеђења потраживања”, *Правни живот* 10/2002, 107 – 115

Тешић Ненад, „О извршности заложне изјаве“ Правни живот 10/2019, 489-518

Тешић Ненад, „О извршности извода из регистра залога“ Усклађивање пословног права Србије с правом Европске уније – 2020, (ур. Вук Радовић), 513-541

Тешић Ненад, „Бити или не бити – Да ли је дигитална трансформација у време пандемије COVID-19 спас за потрошаче, или их, у контексту нове реалности на тржишту, чини нарочито рањивим? “ *Архив за правне и друштвене науке* 3-4/2021, 61-102

Тешић Ненад, „Само је небо граница, О заснивању залоге на дигиталним добрима“, *Усклађивање пословног права Србије с правом Европске уније* – 2022, (ур. Вук Радовић), Београд 2022, 252–296

Тешић Ненад, „О противправности цесије у блокади – Прилог теорији о постојању забрањених уговора које не прати санкција ништавости“, *Анали Правног факултета у Београду, Посебан број у част проф. Константиновића*, год. 70, св. 5, 2022, 355-395

Zuti Giachetti Filippo, Cross-Jurisdictional, Quasi-Instantaneous Enforcement: Fact Or Fiction?, https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/04/12/cross-jurisdictional-quasi-instantaneous-enforcement-fact-or-fiction, April 12, 2023, (04.09.2023).

UNIDROIT, Digital Assets and Private Law Working Group, Study LXXXII – W.G.5 – Doc. 3: Master Copy of the Principles, plus Commentary (with Questions), March 2022, https://www.unidroit.org/wpcontent/uploads/2022/03/W.G.5.-Doc.-3-Master-Copy-Principles-plus-Comments-with-Questions.pdf, 04.09.2023.

UNIDROIT, Master Copy of the Draft Principles and Comments, Digital Assets and Private Law Working Group Seventh session (hybrid) Rome, 19-21 December 2022, Study LXXXII – W.G.7 – Doc. 2, December 2022, https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2022/12/W.G.7-Doc.-2-Draft-Principles-and-Commentary.pdf., 04.09.2023.

UNIDROIT, Enforcement on digital assets, Report, Working Group on Best Practices for Effective Enforcement Fifth meeting (hybrid) Rome, 12-14 December 2022, UNIDROIT 2023 – LXXVIB – W.G.5 – Doc. 7, January 2023, https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2023/01/Doc.-7-Report.pdf, 04.09.2023.

„У први српски дигитални токен ФИН до сада уложено више од 100.000 евра“, 24.6.2022, https://biznis.rs/vesti/u-prvi-srpski-digitalni-token-fin-do-sada-ulozeno-vise-od-100-000-evra, 04.09.2023.

Узуновић, Ратко, „Индустрија 4.0" – револуција или еволуција, 03.01.2023. https://www.politika.rs/scc/clanak/531192/Industrija-4-0-revolucija-ili-evolucija. (04.09.2023).

Vermont Secretary of State. 2019. „*Blockchains for Public Recordkeeping and for Recording Land Records",* A White Paper of the Vermont State Archives and Records Administration. January 15th.

World Bank Group, *Distributed Ledger Technology & Secured Transactions: Legal, Regulatory and Technological Perspectives – Guidance Notes Series Note 1: Collateral Registry, Secured Transactions Law and Practice*, May, 2020,

World Bank Goup, *Secured Transactions, Collateral Registries and Movable Asset-Based Financing Knowledge Guide*, November, 2019.

Nenad S. Tešić
University of Belgrade
Faculty of Law
nenad.tesic@ius.bg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9101-7371

On Enforcement in Digital Assets

Abstract: *Digital assets are becoming increasingly important in today's society. Crypto currencies and crypto-tokens are considered as property by market participants and, more recently, by the courts. Recognition of the economic value of digital assets has also raised the issue of the possibility of forced execution on this subject – matter. As of 2020, digital property in the Republic of Serbia is regulated by a special law, including the collection of claims secured by digital assets. However, for the execution of unsecured claims on digital assets, the legislator refers to the general rules of the Law on Enforcement and Security. Such a legislative approach raises numerous dilemmas. It remains unclear: which enforceable title can be used as a basis for execution against digital assets; what kind of claims can be settled in this way; how the creditor has to specify the subject – matter of the enforcement; how to prevent the debtor from disposing of digital assets despite the commencement of enforcement procedure; how to secure the cooperation of debtors as well as third parties (i.e. custodians) in terms of information disclosure, transfer of private key etc.*

The very nature of crypto assets implies decentralisation, volatility and the ability to vanish ("disappearability"). These inherent characteristics make crypto-assets the challenging subject for enforcement. Accordingly the legal rules in this case should be fine-tuned in a way that is to a reasonable extent creditor-friendly in terms of efficiency, without neglecting the appropriate balance with the principle of proportionality in enforcement, as well as the compliance of enforcement agents' actions with fundamental rights and ethical principles, such as the protection of privacy etc.

Digital assets can easily be transferred – "in the blink of an eye" – from one account to another, from an online wallet to an offline wallet, from one owner to another or (divided into smaller parts) to multiple owners, from one digital assets to another, from one jurisdiction to several etc., which makes the enforcement process extremely complex and, in some cases, even impossible. Therefore, enforcement procedure on digital assets must be particularly urgent.

In this context, it is common for the creditor to request some form of interim measure – a pre-judgment attachment of digital assets – which the court should decide on in a short period of time.

Ideally, this measure should have global effect, not limited to a single state or jurisdiction. In legal literature, such a measure is generally referred to as a "worldwide freezing order", which is intended to be universally enforceable without prior recognition by national courts. In addition, the law should allow the creditor to seek an injunction in respect of specific digital assets without identifying the holder(s) – in relation to unknown person(s).

Keywords: *Digital assets, Enforcement procedure, Unsecured claim, Freezing Order, Private key control.*

Датум пријема рада: 18.12.2023.
Датум прихватања рада: 3.1.2024.

Оригиналан научни рад 2-78:3.072.1]: 340(497.11)
doi:10.5937/zrpfns57-47951

Далибор Б. Ђукић
Универзитет у Београду
Правни факултет
dalibor.djukic@ius.bg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-1447-7128

АУТОНОМИЈА ВЕРСКИХ ОРГАНИЗАЦИЈА У ПРАВНОМ ПОРЕТКУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ*

Сажетак: *Право верских организација да самостално одлучују о чисто верским питањима и да уређују своју интерну организацију спада међу основне предуслове за остваривање како колективног, тако и индивидуалног аспекта верске слободе. Обим и садржина верске аутономије могу се разликовати у зависности од модела односа државе и цркава и верских заједница. Основна хипотеза рада је да заштита верске аутономије у Србији не одступа до општих међународних стандарда успостављених међународним конвенцијама за заштиту људских права и судском праском Европског суда за људска права. И поред задовољавајућег правног оквира заштите верске аутономије, простора за унапређење има када је реч о поштовању права различитих фракција насталих поделом унутар некада јединствене верске организације.*

Кључне речи: *слобода вероисповести, верска аутономија, Закон о црквама и верским заједницама, Република Србија, правни поредак.*

1. УВОД

Верска аутономија представља једну од најинтригантнијих, али и најпопуларнијих тема државно-црквеног права. Скоро да нема државе у којој институционална самосталност верских организација није на посебан начин регулисана. Неретко је црквена или верска аутономија уставна категорија. У државама у којима то није случај, верској аутономији је поклоњена посебна пажња у законодавству које регулише правни положај верских организација. Разлог за то је чињеница да без самосталног одлучивања о чисто верским

* Рад је настао као резултат Пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Савремени проблеми правног система Србије“ за 2023. годину.

питањима, верске организације губе свој верски карактер и могу доћи у опасност да се „утопе“ у државни апарат и претворе у државни или јавни сервис.

У модерним системима односа државе и цркава и верских заједница, посебна пажња се посвећује заштити верске аутономије, јер без ње није могуће ни остваривање слободе вероисповести. Без обзира да се ради о систему државне цркве, строге или кооперативне одвојености, верске организације уживају самосталност када је реч о уском кругу питања чисто верског карактера. Несумњиво, модел државно-црквених односа може утицати на обим и садржину верске аутономије, али не би смео да доведе до њеног укидања или прекомерног ограничења.

Предмет рада су обим и садржина верске аутономије у упоредном праву са посебним освртом на српску регулативу која уређује заштиту верске аутономије. Основна хипотеза рада је да заштита верске аутономије у Србији не одступа од општих међународних стандарда успостављених међународним конвенцијама за заштиту људских права и судском праском Европског суда за људска права. Да би наведена хипотеза била доказана, у раду ће најпре бити анализиран појам верске аутономије и њена садржина са краћим освртом на различита упоредноправна решења (2). Затим ће бити анализирани спорови који се тичу примене аутономних прописа верских организација (3), као и спорови који се тичу подела унутар верских организација (4). Последње поглавље посвећено је заштити верске аутономије у Србији, док је у закључку дата синтеза свих резултата анализе.

2. ПОЈАМ ВЕРСКЕ АУТОНОМИЈЕ

Верска аутономија представља један од предуслова постојања и остваривања верске слободе. Она, са једне стране, обухвата аутономију појединаца да слободно остварују своја верска права укључујући избор верских учења, вршење различитих религијских пракси и обреда, слободно испољавање верских уверења и сл. Са друге стране, а у вези са индивидуалном верском аутономијом, налази се аутономија верских организација које, између осталог имају право да самостално и слободно уређују своје верске послове, регулишу унутрашњу организацију и избор верских службеника, формирају сопствено аутономно право итд. Демаркација линије између домета императивних норми државног права и аутономних норми верског права спада међу најкомплекснија питања државно-црквеног права и често је узрок спорова између држава и цркава и верских заједница.

Могуће је идентификовати више приступа институционалној верској аутономији у различитим деловима света. У Немачкој се она везује за право

црква на самоодређење, које деривира из одредби Вајмарског устава и, уз слободу вероисповести и одвојеност државе и цркве, по мишљењу фон Кампенхаузена (*von Campenhausen*), представља трећи стуб система државно-црквених односа прокламованог немачким уставом.[1] У сличном правцу се креће и став П. Дејна (*P. Dane*) да у Сједињеним Америчким Државама доктрина верске аутономије заузима средњи положај између права на слободу манифестовања верских уверења (*the free exercise clause*) и клаузуле о забрани установљавања државне цркве (*the establishment clause*).[2] Верска аутономија, дакле, са једне стране представља *conditio sine qua non* остваривања верске слободе, док је са друге стране директна последица одвојености државе и верских организација.

Садржај верске аутономије није могуће прецизно одредити. У литератури се могу пронаћи различити погледи на домете аутономије верских организација. М. Радуловић даје релативно исцрпан преглед шта све може спадати у домен верске аутономије: „право на самоодређење, односно право да буде призната не само историјска него и есхатолошка димензија Цркве; – право да самостално уређују и спроводе свој поредак и организацију и да самостално и слободно обављају своје унутрашње и јавне послове; – право да буду носиоци и генератори правног субјективитета, односно да као правна лица *sui generis* својим организационим јединицама и установама дају и укидају својство правног лица; – јемство државе да неће ометати примену аутономне правне регулативе цркава и верских заједница, да ће поштовати њихове правоснажне одлуке и да ће, на њихов захтев, пружати одговарајућу помоћ у спровођењу тих одлука, у складу са грађанским законима; – право да своју културу и своја духовна искуства преносе и шире преко јавног медијског сервиса, као и кроз образовни систем, односно право да организују и изводе наставу веронауке у државним и приватним школама; – право да самостално управљају својом имовином и новчаним средствима, у складу са сопственим аутономним прописима[3]. В. Ђурић овом списку додаје и изузимање верских службеника из надлежности редовних судова и њихово стављање под јурисдикцију верских судова, као и учествовање верских службеника у раду мешовитих судова.[4] У страној литератури се домен верске аутономије повезује са правом верских организација да самостално уређују своје учење, мисију, организациону и унутрашњу структуру и хијерархију,

[1] A. F. Campenhausen, „Church Autonomy in Germany“, in: G.Robbers, *Church Autonomy: A Comparative Survey*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2001, 77.

[2] P. Dane, „The Varieties of Religious Autonomy“, in: G. Robbers, *Church Autonomy: A Comparative Survey*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2001, 119.

[3] М.Радуловић, *Обнова српског државно-црквеног права*, Београд 2009, 117.

[4] В. Ђурић, „Хегемонија државног и аутономија црквеног права у СР Немачкој и Републици Србији”, *Страни правни живот* 3/2013, 81.

бирају и постављају службенике и остало особље, као и да детерминишу своју аутентичну природу и тежње.[5]

Овде треба напоменути да и стварање посебног аутономног верског права спада у домен верске аутономије. Цркве и верске заједнице јесу предмет регулисања државног права, али као верске организације не могу у потпуности бити објект државног законодавства, јер би то водило ка њиховој принудној секуларизацији. Речима Ч. Митровића, постоји област чисто црквеног права и законодавства и држава се мора уздржавати од било какве законодавне интервенције у тој области. Наравно, и област аутономног црквеног законодавства има своје границе у односу на државни правни поредак.[6] Када се црквено право посматра као један облик аутономног права, треба истаћи да постоји више врста аутономног црквеног права. Прво би било црквено право које се налази у зависном односу од државе, друго би било „нека врста мешовитог – децентрализованог јавног или придруженог друштвеног права" и на крају трећа врста би било црквено право у потпуности независно од државног права.[7] Из наведеног се може закључити да и аутономно верско право има комплексну природу, те да је граница између домета његових норми и норми државног права замагљена и тешко одредива. Самим тим постоји потенцијал да постане узрок спорења и тензија која могу нарушити односе између државе и верских организација и као и квалитет заштите слободе вероисповести.

Спорови у вези са верском аутономијом углавном се тичу примене верских прописа, подела унутар верских организација и судбине њихове имовине, радноправног статуса верских службеника и запослених код послодавца чија се делатност заснива на вери или уверењу и сл.

3. СПОРОВИ У ВЕЗИ ПРИМЕНЕ ВЕРСКИХ ПРОПИСА

Једно од кључних питања заштите верске аутономије јесте проблем државног признавања одлука и прописа верских организација, те у вези са тим питање правних ефеката које они производе. Једна од области у којој се преламају утицаји државног и верског права свакако је брачно и породично право. У већини држава верски брак је опционалан, док се верска брачна

[5] C. Durham, B. Scharffs, *Law and Religion: National, International, and Comparative Perspectives*, Wolters Kluwer, Alphen aan de Rijn 2019, 433.

[6] Ч. Митровић, *О законодавним границама између Цркве и државе*, Државна штампарија, Београд 1928, 5-6.

[7] Д. Митровић, „Сергије Викторович Троицки о месту црквеног права и његовом односу са државним правом", у А. Раковић, В. Ђурић, *Право, вера, култура*, *Зборник радова научног скупа Право и вера одржаног на Правном факултету и Православном богословском факултету у Београду 18-19. маја 2011*, Београд 2012, 78.

правила примењују у оквиру верских заједница. Такође, световни судови по правилу избегавају да се баве верским учењима, нормама верског права и одлукама органа цркава и верских заједница. Разлог је најчешће чињеница да се чланство у верским организацијама заснива на добровољности, као и да је реч о посебној врсти поступака о којима световни судови нису надлежни да одлучују.

Илустративан пример је случај из Канаде у којем је централно питање било да ли су световни судови надлежни да се баве питањем развода верског брака. Наиме, у складу са споразумом о разводу, муж је преузео обавезу да се појави пред рабинским судом како би жени издао *гет* (отпусно писмо) које је неопходно како би она могла да ступи у други у брак у складу са јеврејским законом.[8] Међутим, он је 15 година одбијао да се појави пред верским судовима па је супруга одлучила да против њега поднесе тужбу световном суду. Судови оба степена једногласно су одлучили да нису надлежни за решавање спорова такве врсте и да није одговорност државе да спроводи верске прописе. Насупрот томе, Врховни суд је нашао начин да верску обавезу преобрази у световну, тј. уговорну обавезу. Наиме, Врховни суд је већином гласова заузео став да је сам супружник споразумом о разводу своју обавезу из верске трансформисао у обавезу о којој световни судови могу да одлучују, јер је добровољно пристао на извршење те обавезе у уговору који нема верски карактер.[9] Оваквим тумачењем канадски судови су избегли да се баве деликатним питањем правних ефеката које производе верске обавезе, иако је било мишљења да је суд прешао линију интервенишући у унутрашњим верским питањима наметањем родне равноправности у домену верског развода.[10]

Сличан случај забележен је и у Уједињеном Краљевству. У јануару 2020. у Лондону је супружница јеврејског порекла покренула приватну тужбу против свог бившег мужа који је одбио да јој изда *гет*, тј. отпусно писмо. Иако су они већ били разведени по државним прописима, одсуство верског развода утицало је негативно на тужиљин живот у јеврејској заједници. Тужиља је тврдила да би понашање мужа требало да буде кривично гоњено као облик породичног злостављања. Под претњом кривичном санкцијом, бивши муж је пристао да тужиљи изда „отпусно писмо" након чега је она повукла тужбу.[11] Иако суд није донео пресуду у овом спору, чињеница је да

[8] C. Danon: *Zbirka pojmova iz judaizma*, SJOJ, Beograd 1996, 171.

[9] SCC (Supreme Court of Canada), Bruker v. Marcovitz, 2007 SCC 54, пресуда од 14. децембра 2007.

[10] R. Moon, „Divorce and the Marriage of Law and Religion Comment on Bruker v. Marcovitz", *Supreme Court Law Review*, 42/2008, 37-62.

[11] Vovk, D., *The Chained Wife Problem: Religious and Secular Perspectives*, *https://talkabout.iclrs.org/2020/02/18/chained-wife-problem-religious-and-secular-perspectives/*, 15. новембар 2023.

се полако отвара питање употребе кривичноправне заштите за постизање одређених ефеката у домену верског брака. То посебно може бити спорно из угла заштите верске аутономије.

Занимљиво је да су се пред канадским судовима појављивале потпуно обрнуте ситуације. У горе наведеним случајевима реч је била о верској обавези установљеној „световним уговором", док се спорови могу водити и око верских уговора који предвиђају „световне обавезе". Такав је случај са обавезом плаћања мехра (младожењиног брачног дара),[12] који је уговорен током склапања брачног уговора у складу са исламским правом. Приликом развода жена може имати право на исплату мехра, при чему се понекад од световних судова захтева да обезбеде извршење ове обавезе.[13]

Општински суд у Новом Пазару у сличном случају одбио је тужбени захтев за исплату мехра у износу од 8500 евра модификованог одложним условом. У пресуди је мехр квалификован као брачни уговор, а пошто није био склопљен у прописаној форми, заузет је став да тужбени захтев није основан. За Суд је мехр најпре елемент шеријатског брака, те је због тога основ уговора о мехру недопуштен.[14] У сваком случају, реч је о деликатном одмеравању у којој мери секуларни судови смеју да намећу извршавање обавеза проистеклих из склапања и развода верског брака.

4. СПОРОВИ ПРОИСТЕКЛИ ИЗ ПОДЕЛА УНУТАР ВЕРСКИХ ОРГАНИЗАЦИЈА

До сукоба и подела и унутар верских организација долази из различитих разлога. Понекад преовлађују верска питања, док се неретко као узрок појављују и административна и имовинска питања. За судове и државне органе поделе верских организација постају изазов у моменту када се од њих тражи да одлуче која од више новонасталих фракција задржава право својине на покретној и непокретној имовини или који ће од више верских лидера бити признат од стране државе. У таквим ситуацијама световне власти могу лако упасти у замку уређивања унутрашњих верских послова, чиме би озбиљно нарушиле верску аутономију верских организација и свих новонасталих фракција.

---

[12] S. Manić, „Pravna priroda mehra", u V. Čolović, *Uvod u šerijatsko pravo*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2020, 177 – 195.

[13] R. Jukier, J. Woehrling, „Religion and the Secular State in Canada", *Religion and the Secular State: National Reports*, Madrid 2015, 164.

[14] А. Човић, *Породично правни аспекти верских бракова*, Институт за упоредно право, Београд 2020, 167.

Европски суд за људска права развио је богату судску праксу решавајући спорове повезане са поделама унутар верских организација. Ово не би требало да чуди имајући у виду комплексност таквих спорова и повезаност верских подела са ширим друштвеним и политичким околностима. То је вероватно и разлог зашто се већина таквих спорова водила против држава источне Европе, међу којима доминирају оне из некадашњег совјетског блока. Општа транзиција која је захватила те државе повезана са формирањем нових независних држава и нација оставила је трага и на односе унутар верских организација.

У случају Митрополитске цркве Бесарабије против Молдавије Европски суд за људска права требало је да процени да ли одбијање молдавских власти да региструју Бесарабијску митрополију представља недозвољено мешање у права заштићена чл. 9 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, којим се штити слобода мисли, савест и вероисповести. У овом случају реч је била о подели унутар православне заједнице у Молдавији. Митрополитска црква Бесарабије основана је као независна православна црква која се убрзо након оснивања припојила Румунској православној цркви. У моменту њеног оснивања на територији Молдавије највећа и најзначајнија верска организација била је Православна црква Молдавије, која се налази под јурисдикцијом Московске патријаршије.

Аргументи које је Влада Молдавије изнела били су да Бесарабијској цркви није укинуто право на уживање слободе вероисповести јер одбијање регистрације није значило и забрану деловања. Затим је Влада тврдила да је православље признато у Молдавији још 1993. године када је призната и Православна црква Молдавије у оквиру Московске патријаршије, затим да Бесарабијска црква није нова верска организација, те да између њих у верском погледу нема никакве разлике. Влада је тврдила и да је оснивање Бесарабијске цркве представљало покушај успостављања новог административног тела унутар Православне цркве Молдавије и да ради заштите државне неутралности у верским пословима, Влада није смела да се меша у тај сукоб. Такође, влада је изразила страх да би признавање Бесарабијске цркве могло да угрози независност и територијални интегритет Молдавије, пошто је по њеном мишљењу иза овог сукоба стајао политички сукоб Русије и Румуније.

У вези са првим аргументом, Европски суд за људска права је заузео став да толерисање одређене верске организације не може да буде супституит за регистрацију. У вези са другим аргументом Суд је истакао да је неутралност државе неспојива са овлашћењем државе да процењује легитимност верских уверења. Овај став Суда је од посебног значаја за заштиту верске аутономије јер Суд није прихватио покушај Владе да легализује њене процене о томе да ли одређена верска организација представља део неке друге организације или је потпуно независна. Међусобни односи различитих верских група спадају у домен њихове верске аутономије и државни органи не би

смели да „утапају" једну верску организацију у другу на основу сопствених процена њихових верских учења. Обавеза неутралности и непристрасности, којом се заправо штити и верска аутономија, подразумева да држава треба да обезбеди услове за коегзистенцију и толеранцију између сукобљених група без условљавања државног признања претходним признањем од стране неке од сукобљених фракција. Суд није уважио ни аргумент о угрожености територијалног интегритет и суверенитета, те је нашао да је молдавска влада одбијањем да региструје Бесарабијску митрополију повредила чл. 9 Европске конвенције.[15]

Нешто другачији изазови настају када се држава нађе у ситуацији да треба да одреди која од више новонасталих фракција представља истинског наследника некада јединствене верске организације. Признавање таквог статуса може имати важне правне последице, укључујући признавање својинских права и државних привилегија које су припадале ранијој јединственој верској организацији. У случају Сериф против Грчке, држава је санкционисала лице које је тврдило да је муфтија, иако је држава већ признала друго лице за званичног муфтију исламске заједнице.[16] Као што је већ поменуто, држава је у обавези да остане неутрална и непристрасна кад је реч о сукобима унутар верских организација. И поред тога, држава може под одређеним условима да прихвати представнике одређене групе или фракције као званичне представнике верске организације за одређене потребе, као што је признавање и склапање верског брака. У сваком случају, држава не сме да силом закона успоставља јединство подељене верске организације или да приморава вернике да се повинују верском лидеру којег држава признаје.[17]

Сличан проблем појавио се у Србији због подела унутар исламске заједнице. Државни органи деловали су са позиција неутралности и заштите верске аутономије те стога нису регистровали као традиционалну верску заједницу ни Исламску заједницу Србије, ни Исламску заједницу у Србији. На тај начин избегли су да се ставе на страну било које од две велике фракције које претендују да буду једини истински наследник Исламске заједнице Југославије.[18] У сваком случају, нерешеност њиховог правног статуса на дужи рок може представљати препреку њиховом свакодневном функционисању и стварати оправдан страх од правне неизвесности.

---

[15] ECtHR, Metropolitan Church of Bessarabia and others v. Moldova, Application no. 45701/99, пресуда од 13. децембра 2001.

[16] ECtHR, Serif v. Greece, Application no. 38178/97, пресуда од 14. децембра 1999.

[17] C. Evans, C. A. Thomas. „Church-State Relations in the European Court of Human Rights", *Brigham Young University Law Review,* 3/2006, 720.

[18] А. Раковић, *Срби и религијски интервенционизам 1991–2015*, *Политички аспекти верских изазова српској држави и цркви после распада Југославије*, Хришћански културни центар др Радован Биговић, Београд 2015, 144–145.

Један од најмаркантнијих случајева који се тичу поделе верске организације са имовинскоправним последицама јесте Свето-Михајловска парохија против Украјине. Случај је повезан са поделом унутар православне заједнице у Украјини. Парохија која је поднела представку Европском суду за људска права основана је 1989. године и стекла је правни субјективитет 1993. године. Одмах по оснивању, парохија је приступила изградњи велелепног храма у Кијеву, да би до 1992. године променила неколико јурисдикција док коначно није прешла у састав Украјинске православне цркве Московске патријаршије. У то време било је дошло до поделе међу украјинским православцима тако да су две најбројније црквене организације биле Украјинска православна црква Московске патријаршије (УПЦ-МП) и Украјинска православна црква Кијевске патријаршије (УПЦ-КП) уз још неколико мањих православних црквених организација.[19] Иако је УПЦ-МП инсистирала да Свето-Михајловска парохија промени свој статут и уподоби га статутима осталих њених парохија, то се није догодило све до 1999. године. Те године дошло је кулминације сукоба са УПЦ-МП при чему је руководство парохије оптужено за злоупотребе фондова намењених изградњи цркве.

Крајем 1999. године Парохијски одбор донео је одлуку о поновној промени јурисдикције и преласку у састав УПЦ-КП. Истовремено, нови статут је поднет надлежним државним органима како би донете одлуке биле озваничене. Неколико дана касније, присталице УПЦ-МП који су углавном били чланови те парохије преузели су контролу над комплетном имовином парохије и на састанку којем је присуствовало преко 300 верника донели су одлуку о промени руководства и усвојили нови статут усаглашен са захтевима УПЦ-МП. Надлежни државни органи одбили су да региструју статут који је претходна управа парохије донела, судски поступци нису довели до промене одлуке државних органа, тако да је ранија управа донела одлуку о подношењу представке Европском суду за људска права. Европски суд је утврдио да је постојало мешање у слободу вероисповести подносиоца представке, те да одбијање регистрације новог статута није било неопходно у демократском друштву.[20] У сваком случају, главно питање није решено, а то је судбина имовине коју је парохија стекла. Ново руководство наставило је изградњу и увећање имовине парохије тако да би једноставно прихватање статусних измена из 2000. године нанело нову неправду тренутним корисницима те имовине.[21]

[19] Више о подели и заступљености православних цркава у Украјини вид. Д. Ђукић, „Изазови регулисања правног положаја верских организација током замрзнутих конфликата", у Р. Васић, Б. Чучковић, *Идентитетски преображај Србије Прилози пројекту 2017-колективна монографија*, Београд 2018, 182.

[20] ECtHR, Svyato-Mykhaylivska Parafiya v. Ukraine, Application no. 77703/01, пресуда од 14. јуна 2007.

[21] G. Druzenko, "Svyato-Mykhaylivska Parafiya v. Ukraine: A Thing Done by Halves?", BYU Law Review 3/2009, 574.

Када је реч о верској аутономији Европски суд је заузео став да државни органи не смеју да игноришу унутрашње прописе верских организација,[22] те да су оне слободне уреде начин примања нових чланова и искључивања постојећих чланова. Суд је, такође, заузео став да се унутрашња организација верских заједница и њихова правила о чланству морају посматрати као облици изражавања верских уверења и традиција.[23] Дакле, верска аутономија је директно повезана са манифестацијом верских уверења и може се посматрати као један њен појавни облик.

5. ВЕРСКА АУТОНОМИЈА У СРБИЈИ

Устав Републике Србије у чл. 11. прописује да је Република Србија световна држава а да су цркве и верске заједнице одвојене од државе.[24] О проблему прецизирања шта световност или секуларност државе заиста значи писано је јако пуно и то је тема која не престаје да интригира ауторе широм света.[25] У сваком случају, у световној држави не постоји институционална повезаност државе и верских организација, што значи да би бар у нормативном погледу требало да је верска аутономија адекватно заштићена. Наравно, не треба губити из вида да су постојале, те и да и даље постоје државе које у уставима прокламују секуларност, али истовремено повређују верску аутономију цркава и верских заједница и *de jure* и *de facto*.[26] У домаћој правној јавности вођена је расправа да ли се уставотворац определио за систем строге или кооперативне одвојености,[27] коју је заправо разрешио Уставни суд утврдивши да се у Републици Србији примењује систем кооперативне одво-

---

[22] ECtHR, Svyato-Mykhaylivska Parafiya v. Ukraine, пар. 149.

[23] ECtHR, Svyato-Mykhaylivska Parafiya v. Ukraine, пар. 150.

[24] Устав РС, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

[25] У домаћој научној јавности повела се занимљива расправа о начелу секуларности државе. Вид. М. Божић, „О дескриптивној денотацији термина и прескриптивној конотацији појма секуларизам“, *Правни записи* 2/2022, 697-702. М. Божић, „Чему секуларизам“, *Правни записи*, 2/2020, 663-668. М. Божић, „Секуларизам и уставна секуларност“, *Правни записи*, 2/2021, 631-633. С. Милошевић, „Ход по жици: о уставности ограничења слободе вероисповести у ванредном стању проглашеном у Србији услед епидемије болести COVID-19“, *Правни записи*, 1/2020, 173-203. С. Милошевић, „Секуларизам *vs.* уставна секуларност“, *Правни записи* 1/2021, 285-294. П. Митровић, Секуларна држава и религијска неутралност, *Правни записи* 1/2022, 285-304.

[26] Вероватно најмаркантнији пример је Турска.

[27] Т. Маринковић, „Прилог за јавну расправу о уставности Закона о црквама и верским заједницама“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2011, и С. Аврамовић, „Поимање секуларности у Србији – рефлексије са јавне расправе у Уставном суду“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2011.

јености државе и цркава и верских заједница.[28] У сваком случају, степен заштите верске аутономије не мора нужно да зависи од модела односа државе и верских организација.

Устав Републике Србије детаљније регулише колективни аспект слободе вероисповести у чл. 44 у којем се понавља да су цркве и верске заједнице одвојене од државе и да су „слободне да самостално уређују своју унутрашњу организацију, верске послове, да јавно врше верске обреде, да оснивају верске школе, социјалне и добротворне установе и да њима управљају, у складу са законом". Овим чланом прецизиран је садржај верске аутономије коју Устав гарантује свим црквама и верским заједницама.[29] Уставом загарантована самосталност верских организација ограничена је законом, што управо упућује на то да оне поседују ограничену аутономију чије границе утврђује законодавац.

Садржај верске аутономије не исцрпљује се само у њиховом праву да самостално структуришу своју унутрашњу организацију и самостално регулишу одређени круг питања. Закон о црквама и верским заједницама (ЗЦВЗ) прописује да су верске организације „независне од државе и једнаке пред законом".[30] Очигледна је разлика између термина одвојеност који се користи у Уставу и независност који уводи ЗЦВЗ.[31] Овде треба нагласити да је ово разликовање оправдано чињеницом да Устав говори о моделу односа државе и цркве, који се правилно назива моделом одвојености, док ЗЦВЗ уређује верску аутономију, због чега употреба придева „независне" није неприкладна.[32] Законодавац је успео да након бурне историје повређивања верске аутономије у Србији пружи висок степен заштите самосталности и аутономије верских организација.

Законом о црквама и верским заједницама додатно је разрађена садржина верске аутономије која се гарантује свим верским организацијама. У складу са чл. 6, ст. 3 оне имају право „да самостално уређују и спроводе свој поредак и организацију и да самостално обављају своје унутрашње и јавне послове". Осим наведеног, посебну правну заштиту уживају и аутономни прописи верских организација, чију примену држава не само да не може ометати (чл. 7, ст. 1), већ мора пружити одговарајућу помоћ за извршење правоснажних одлука и пресуда верских организација (чл. 7, ст. 2). Уставни суд је разматрајући усаглашеност наведених норми са Уставом РС заузео

[28] Уставни суд, IУз-455/2011, *Службени гласник РС*, бр. 23/2013.

[29] В. Ђурић, 94.

[30] Закон о црквама и верским заједницама, *Служени гласник РС*, бр. 36/06.

[31] Н. Ђурђевић, *Остваривање слободе вероисповести и правни положај цркава и верских заједница у Републици Србији*, Београд 2008, 125.

[32] Д. Ђукић, *Интерконфесионално законодавство у Југославији и Србији 1918-2006*, Београд 2022, 135.

став да одлуке органа верских организација не могу имати карактер извршних исправа, али да је „под одређеним условима, у оквиру уставних граница, и помоћ државе у извршењу „црквених" одлука могућа, али наравно, не на уштрб и не на рачун довођења евентуално у питање остваривања Уставом зајемчених права".[33] Помоћ државе при извршавању одлука верских органа (тзв. *brachium saeculare*) омогућава да одредбе аутономног верског права имају стварни ефекат и јача аутономију верских организација. Истом циљу доприноси и чињеница да се државна помоћ даје искључиво на захтев цркава и верских заједница.

6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Верска аутономија је један од основних предуслова за остваривање верске слободе. Као што је у раду указано, државе имају различите приступе овој материји. Област верске аутономије обухвата широк спектар права верских организација, укључујући право на самостално уређивање верских послова, формулисање верских доктрина и учења, избор верских службеника, управљање имовином, формирање аутономног верског права и сл. Границе између домета верске аутономије и императивних норми државног права неретко могу бити нејасне, па због тога постају извор спорова који могу угрозити остваривање слободе вероисповести и хармоничне односе између државе и верских организација.

Из анализе канадских случајева може се извести општи закључак да државни судови имају обавезу да избегавају одлучивање о правима и обавезама које проистичу из одредби аутономног верског права. Међутим, животне ситуације могу бити доста комплексније, па заштита људских права може захтевати судску интервенцију. Правна техника трансформације верске у грађанскоправну обавезу може бити од користи да се постигну оба циља: заштита угрожених права појединаца, али и њихова аутономија и право да не учествују у верским обредима и верским процедурама различитих врста. Као што је већ указано, и српски судови су одбијали да прихвате обавезност уговорних обавеза насталих као елемент склапања верског брака.

Када је реч о поделама унутар верских организација државни органи су дужни да поступају верски неутрално. Више случајева пред Европским судом за људска права је вођено јер су државе процењивале која од више новонасталих фракција је догматски или организационо ближа некада јединственој верској организацији. Такође, било је и случајева да држава преферира једну од верских организација или једно руководство верске организације

[33] Устав РС, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

из политичких разлога. Таквим поступањем не само да се негира једнакост и равноправност свих верских организација, већ се задире у њихову аутономију и интерну организацију. Када је реч о Србији, поделе унутар исламске заједнице представљају озбиљан изазов, који би требало решити признавањем статуса традиционалне верске заједнице Исламској заједници Србије која је поднела неопходну пријаву пре више од 15 година.

На крају може се закључити да прописи којима је уређена аутономија цркава и верских заједница у Републици Србији, гарантују широку аутономију верских организација. Она обухвата самосталност верских организација приликом доношења одлука којим се уређује веома широк круг верских питања. Најчешћи проблем са којим се суочавају верске организације, а тиче се њиховог аутомног деловања јесте признавање правног субјективитета њиховим организационим јединцима. Цркве и верске заједнице имају право оснивања, укидања и генерисања правног субјективитета њихових организационих јединица. Међутим, често је нејасно које све организационе јединице у складу са аутономним верским правом поседују правни субјективитет. Зато би требало унапредити систем регистрације тако да омогућава регистрацију свих ентитета којима верске организације у оквиру своје аутономије признају правни субјективитет.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Campenhausen A.F., „Church Autonomy in Germany“, in: G.Robbers, *Church Autonomy: A Comparative Survey*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2001.

Dane P., „The Varieties of Religious Autonomy“, in: G. Robbers, *Church Autonomy: A Comparative Survey*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2001.

Danon C., *Zbirka pojmova iz judaizma*, SJOJ, Beograd 1996.

Druzenko G., „Svyato-Mykhaylivska Parafiya v. Ukraine: A Thing Done by Halves?”, Brigham *Young University Law Review* 3/2009, 573-574.

Durham C., Scharffs B., *Law and Religion: National, International, and Comparative Perspectives*, Wolters Kluwer, Alphen aan de Rijn 2019.

ECtHR, Metropolitan Church of Bessarabia and others v. Moldova, Application no. 45701/99, пресуда од 13. децембра 2001.

ECtHR, Serif v. Greece, Application no. 38178/97, пресуда од 14. децембра 1999.

ECtHR, Svyato-Mykhaylivska Parafiya v. Ukraine, Application no. 77703/01, пресуда од 14. јуна 2007.

Evans C., Thomas C. A., „Church-State Relations in the European Court of Human Rights”, *Brigham Young University Law Review* 3/2006, 699-726.

Jukier R., Woehrling J., „Religion and the Secular State in Canada”, *Religion and the Secular State: National Reports*, Madrid 2015, 155-191.

Manić S., „Pravna priroda mehra”, u V. Čolović, *Uvod u šerijatsko pravo*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2020, 177–195.

Moon R., „Divorce and the Marriage of Law and Religion Comment on Bruker v. Marcovitz", *Supreme Court Law Review*, 42/2008, 37-62.

SCC (Supreme Court of Canada), Bruker v. Marcovitz, 2007 SCC 54, пресуда од 14. децембра 2007.

Vovk D., *The Chained Wife Problem: Religious and Secular Perspectives*, *https://talkabout.iclrs.org/2020/02/18/chained-wife-problem-religious-and-secular-perspectives/*, 15. новембар 2023.

Аврамовић С., „Поимање секуларности у Србији – рефлексије са јавне расправе у Уставном суду", *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2011.

Божић М., „О дескриптивној денотацији термина и прескриптивној конотацији појма секуларизам", *Правни записи* 2/2022, 697-702.

Божић М., „Секуларизам и уставна секларност", *Правни записи*, 2/2021, 631-633.

Божић М., „Чему секуларизам", *Правни записи*, 2/2020, 663-668.

Ђукић Д., „Изазови регулисања правног положаја верских организација током замрзнутих конфликата", у Р. Васић, Б. Чучковић, *Идентитетски преображај Србије Прилози пројекту 2017-колективна монографија*, Београд 2018, 181-195.

Ђукић Д., *Интерконфесионално законодавство у Југославији и Србији 1918-2006*, Београд 2022.

Ђурђевић Н., *Остваривање слободе вероисповести и правни положај цркава и верских заједница у Републици Србији*, Београд 2008.

Ђурић В., „Хегемонија државног и аутономија црквеног права у СР Немачкој и Републици Србији", *Страни правни живот* 3/2013.

Закон о црквама и верским заједницама, *Службени гласник РС*, бр. 36/06.

Маринковић Т., „Прилог за јавну расправу о уставности Закона о црквама и верским заједницама", *Анали Правног факултета у Београду* 1/2011.

Милошевић С., „Секуларизам *vs.* уставна секларност", *Правни записи* 1/2021, 285-294. Митровић П., Секуларна држава и религијска неутралност, *Правни записи* 1/2022, 285-304.

Милошевић С., „Ход по жици: о уставности ограничења слободе вероисповести у ванредном стању проглашеном у Србији услед епидемије болести COVID-19", *Правни записи*, 1/2020, 173-203.

Митровић Д., „Сергије Викторович Троицки о месту црквеног права и његовом односу са државним правом", у А. Раковић, В. Ђурић, *Право, вера, култура*, *Зборник радова научног скупа Право и вера одржаног на Правном факултету и Православном богословском факултету у Београду 18-19. маја 2011*, Београд 2012.

Митровић Ч., *О законодавним границама између Цркве и државе*, Државна штампарија, Београд 1928.

Радуловић М., *Обнова српског државно-црквеног права*, Београд 2009.

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

Уставни суд, ІУз-455/2011, *Службени гласник РС*, бр. 23/2013.

Човић А., *Породично правни аспекти верских бракова*, Институт за упоредно право, Београд 2020, 167.

Раковић А., *Срби и религијски интервенционизам 1991–2015*, *Политички аспекти верских изазова српској држави и цркви после распада Југославије*, Хришћански културни центар др Радован Биговић, Београд 2015.

Dalibor B. Đukić
University of Belgrade
Faculty of Law
dalibor.djukic@ius.bg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-1447-7128

Autonomy of Religious Organizations in the Legal Order of the Republic of Serbia

Abstract: *The right of religious organizations to independently decide on purely religious issues is one of the basic prerequisites is fundamental for upholding both communal and individual aspects of religiousfreedom. The scope and content of religious autonomy may differ depending on the model of the relationship between the state and churches and religious communities. The basic hypothesis of the paper is that the protection of religious autonomy in Serbia does not deviate from the general international standards established by international conventions for the protection of human rights and the jurisprudence of the European Court of Human Rights. However, there remains an opportunity for enhancement, particularly concerning the protection of rights for various factions resulting from divisions within formerly unified religious entities.*

Keywords: *freedom of religion, religious autonomy, Law on Churches and Religious Communities, Republic of Serbia, legal order.*

Датум пријема рада: 6.12.2023.
Датум прихватања рада: 3.1.2024.

Оригиналан научни рад 343.232:343.271]:633.71
doi:10.5937/zrpfns57-48236

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

О ПОЈЕДИНИМ ПРЕКРШАЈНИМ ОДРЕДБАМА ИЗ ЗАКОНА О ДУВАНУ*

Сажетак: *Против учиниоца прекршаја који је прописан Законом о дувану подноси се захтев за покретање прекршајног поступка. Уколико се у прекршајном поступку утврди његова одговорност судија прекршајног суда може му изрећи најстрожу новчану казну која је предвиђена како Законом о прекршајима тако и Законом о дувану. Осим што се Законом о дувану предвиђају прекршаји, у његовим одредбама се налазе и друге прекршајне одредбе које су од значаја како за материјално, тако и за процесно и извршно прекршајно право. Предмет овог рада су управо поједине прекршајне одредбе из Закона о дувану.*

Кључне речи: *Закон о прекршајима, Закон о дувану, кривично дело, прекршај, новчана казна.*

УВОД

Законом о прекршајима[1] се предвиђа да се прекршаји могу прописивати како законом тако и нижим правним актима. То се чини на начин што се

* Рад је написан у оквиру Пројекта „Сузбијање привредног криминала у Републици Србији – стање и перспективе“, који финансира Покрајински секретаријат за високо образовање и научноистраживачку делатност. Аутор је у оквиру истраживања на Пројекту објавио радове: Иван Милић, Поједини казнени и криминолошки аспекти кривичних дела против привреде, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2022, 835–855; Иван Милић, Специфичности прекршајног гоњења према Закону о пореском поступку и пореској администрацији, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2022, 1081–1096; Иван Милић, О појединим прекршајним одредбама из Закона о пореском поступку и пореској администрацији, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2023, 281–295.

[1] Закон о прекршајима, *Службени гласник РС*, бр. 65 од 25. јула 2013, 13 од 19. фебруара 2016, 98 од 8. децембра 2016 – УС, 91 од 24. децембра 2019 – др. закон, 91 од 24. децембра 2019, 112 од 12. октобра 2022 – УС.

у пропису којим се уређује *одређена област* друштвеног живота предвиђају и прекршаји. То се, по правилу, чини тако што се кршење одређене одредбе из конкретног прописа предвиђа као прекршај. Дакле, одређена радња-дело се квалификује као прекршај. Легитимно је да се само оне радње-дела која су друштено опасна квалификују као прекршаји, а не и она која то нису. Такође, мање друштвено опасна дела се квалификују као прекршаји, а она која су више друштвено опасна као кривична дела. О *тежини* друштвене опасности води се рачуна приликом прописивања казненог дела (кривичног дела, прекршаја или привредног преступа).

Област дувана у Републици Србији свакако се уређује прописма. Најзначајни пропис у овој области је пре свега Закон о дувану. Закон о дувану[2] донет је 2005. године и неколико пута је мењан и допуњаван.[3] Њиме се уређује једна значајна област. Између осталог њиме се уређује производња, обрада, прерада и стављања у промет дувана, производња, разврставање и промет дуванских производа.[4] Овим Законом се превиђају и прекршаји[5] због кршења одређених норми из самог Закона о дувану. Осим тога, њиме се предвиђају и друге прекршајне одредбе који су од значаја за сам прекршајни поступак. Такође, у њему се налазе и одредбе којима се предвиђају *одређене забране* за прекршајно кажњена лица.

У првом делу рада указаћемо на правне последице прекршајног кажњавања које предвиђа Закон о дувану. Циљ тог дела јесте указивање на нелегитимност прописивања таквих правних последица. Имајући у виду да прекршајно гоњење могу да предузимају само овлашћени органи или оштећени, предмет другог дела рада јесте прекршајно гоњење за прекршаје из овог закона. Након тога следи део које се тиче строгости новчане казне и начин прописивања ове казне. У том делу рада указује се на строгост Закона о

---

[2] Закон о дувану, *Службени гласник РС*, бр. 101 од 21. новембра 2005, 90 од 1. октобра 2007, 95 од 17. децембра 2010, 36 од 27. маја 2011, 93 од 28. септембра 2012, 108 од 6. децембра 2013, 95 од 8. децембра 2018, 91 од 24. децембра 2019. (у даљем тексу и ЗоД).

[3] У току рада аутора на истраживању о прекршајним одредбама у Закону о дувану *дошло* је до измене и допуне ЗоД. Наиме, Народна скупштина је 26. октобра 2023. године донела Закон о изменама и допунама Закона о дувану, *Службени гласник РС*, бр. 92 од 27. октобра 2023. (у даљем тексу ЗоИДЗоД). Њиме се предвиђају и одређене новине које се односе на *прекршајне одредбе*, али које не утичу на структуру и сам садржај овог рада. С тим у вези, у овом раду позиваћемо се на одредбе Закона о дувану без измена и допуна из ЗоИДЗоД. У погледу прекршаја, независно од тога што је дошло до промене закона, на учиниоца прекршаја примењује се онај закона који је важио у време извршења, осим ако нови закон није повољнији по учиниоца. Вид. чл. 6 Закона о прекршајима. Ово је и показатељ да су „прекршајни прописи“ или „прекршајне одредбе у прописима“ подложне честим изменама и допунама.

[4] Вид. чл. 1 ЗоД.

[5] Одређене *нелегалне радње* које за предмет извршења дела имају дуван свакако да могу да се квалификују и као кривично дело. Вид. https://www.srbija.gov.rs/vest/527533/krivicna-prijava-protiv-jedne-osobe-zbog-nedozvoljenog-prometa-duvanom.php на дан: 20. 11. 2023.

дувану у погледу прописивања новчане казне и његове контрадикторности са Законом о прекршајима. Последњи део рада посвећен је прекршајима нерегистрованог обављања делатности.

1. ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ПРЕКРШАЈНОГ КАЖЊАВАЊА

Како би се боље разумело питање правних последица прекршајног кажњавања, сматрамо да је неопходно да се прво укаже на правне последице осуде које су предвиђене Кривичним закоником.[6] Неопходно је дати *приказ* решења Кривичног законика који се односи на правне последице осуде, пре свега, да би се видело под којим условима може осуђени да трпи такве последице.[7] То је неопходно из разлога да би се указало на одредбе о правним последицама за *тежа* казнена дела, како би се дошло до одговора на питање да ли је оправдано да постоје и правне последице прекршајног кажњавања – последице за лакша казнена дела.

Кривичним закоником се предвиђа да осуђени може да трпи и одређене правне последице осуде. То је могуће уколико је осуђеном изречена *одређена* казна или је осуђен због одређеног кривичног дела. Само ако су изречене „строге казне“ могуће је да постоји могућност да ће осуђени да трпи и правне последице осуде.[8] Правне последице осуде могу да се пропишу само законом.[9] Дакле, правне последице осуде се не предвиђају кривичним законодавством, већ ванкривичним прописима из разних области друштвеног живота.[10] Оне наступају аутоматски по сили закона (*ex lege*) код осуде за одређена кривична дела или на одређене казне.[11]

Такође, Кривичним закоником[12] се прописују у чему се *састоје* правне последице осуде. Правне последице осуде се односе на престанак или губитак одређених права,[13] као и у забрани стицања одређених права[14].

---

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

[7] О правним последицама прекршајног кажњавања аутор је написао посебан рад. Вид. Ivan Milić, Pravne posledice prekršajnog kažnjavanja, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 5-8/2017, 253-263.

[8] О правним последицама осуде вид. Љубиша Лазаревић, *Коментар Кривичног законика*, Београд, 2006, 295-297.

[9] Вид. чл. 94 КЗ.

[10] Игор Вуковић, *Кривично право – Општи део*, Београд, 2021, 549.

[11] Zoran Stojanović, *Krivično pravo – Opšti deo*, Beograd, 2009, 319.

[12] Вид. чл. 95 КЗ.

[13] На пример, престанак радног односа.

[14] На пример, забрана заснивања радног односа.

Према Кривичном законику правне последице осуде *не могу* да наступе када је за кривично дело учиниоцу изречена новчана казна, условна осуда, ако не буде опозвана, судска опомена или кад је учинилац ослобођен од казне.[15]

Имајући у виду да правне последице осуде *не могу* да наступе ако је учиниоцу кривичног дела изречена „блажа кривична санкција", било би оправдано да прекршајно кажњено лице *не може* да трпи правне последице прекршајног кажњавања. До таквог закључка се долази пре свега имајући у виду *систем прекршајних казни* и саме прекршаје као блажа казнена дела у односу на кривична дела. На пример, ако се учиниоцу кривичног дела изрекне условна осуда осуђени *не може* да трпи правне последице осуде – а условна осуда се може изећи кад је учиниоцу кривичног дела утврђена казна затвора у трајању мањем од *две године* затвора.[16] Да би се изрекла условна осуда постоји и услов који се односи на запрећену казну, тако се ова мера упозорења не може изећи ако се за учињено кривично дело може изећи казна затвора у трајању од осам година или тежа казна.[17]

Са друге стране, *најдужа* казна затвора која може да се пропише за учињени прекршај је *шездесет дана*.[18] С тим у вези, чини се да би било заиста неоправдано (нелегитимно), посебно имајући у виду запрећену казну затвора, када би прекршајно кажњено лице могло да трпи правне последице кажњавања.

За разлику од Кривичног законика који садржи и одредбе о правним последицама осуде, у Закону о прекршајима се не налазе одредбе *о постојању могућности* да прекршајно кажњено лице трпи правне последице осуде. Дакле, не предвиђа се решење као што се оно прописује Кривичним закоником. У Закону о прекршајима[19] се у делу у којем се уређује давање података из *регистра санкција*[20] само предвиђа да се подаци из тог регистра под одређеним условима могу дати ако трају *правне последице казне.* Међутим, овакво решење у системском закону у области прекршаја је лоше решење, јер се Законом о прекршајима *не дозвољава* да се другим закон предвиде правне последице прекршајног кажњавања. Свакако њиме се ни не забрањује да се пропишу правне последице осуде, али би било заиста непотребно да се Законом о прекршајима предвиди таква забрана. Гледајући *логику* законодавца која се предвиђа Кривичним закоником у погледу прописивања одредаба о

[15] Вид. чл. 94 ст. 2 КЗ.

[16] Вид. чл. 66 ст. 1 КЗ.

[17] Вид. чл. 66 ст. 2 КЗ. Свакако да постоје и други услови неопходни за изрицање условне осуде, али они нису од толиког значаја на овом месту – за *објашњење* правних последица осуде и правих последица прекршајног кажњавања. Вид. чл. 66 ст. 3 и 4 КЗ.

[18] Вид. чл. 37 Закона о прекршајима.

[19] О правним последицама прекршајног кажњавања вид. Emir Ćorović, *Osnovi prekršajnog prava Crne Gore*, Podgorica, 2021, 180-182.

[20] Вид. чл. 330 чл. 2 ЗП.

правним последицама осуде, сматрамо да само ако се Законом о прекршајима предвиди да се другим законима могу прописати правне последице прекршајног кажњавања да се оне заиста и могу прописати.

Међутим, у вези са предметом овог рада и правним последица прекршајног кажњавања, у Закону о дувану се *предвиђају* правне последице прекршајног кажњавања. Правне последице прекршајног кажњавања се огледају у одузимању одређених дозвола и то, дозволе за призводњу дувана,[21] дозволе за обраду дувана,[22] дозволе за прераду дувана,[23] дозволе за производњу дуванских производа[24], дозволе за трговину на велико дуванским производима,[25] дозволе за трговину на мало дуванским производима[26], дозволе за увоз или[27] дозволе за извоз.[28]

Да би наступила правна последица прекршајног кажњавања потребно је, по правилу[29], да је *одговорно лице* имаоца одређене дозволе кажњено за прекршај који је прописан Законом о дувану. Према Закону о дувану за наступање правних последица прекршајног кажњавања није од значаја за који је прекршај кажњено *одговорно лице*. Такође, није од значаја висина новчане казне која је изречена учиниоцу прекршаја. Надаље, за прекршај за који је предвиђена новчана казна учиниоцу може да се уместо новчане казне, под законом прописаним условима изрекне опомена.[30] Међутим, иако је изречена опомена према Закону о дувану то није од значаја за наступање правне последице прекршајног кажњавања – правна последица ће и у случају изречене опомене да наступи.

Важно је само да је *одговорно лице* правноснажно кажњено. Правна последица наступа након правноснажности судске одлуке. Имајући у виду да се правна последица прекршајног кажњавања огледа у *одузимању дозволе*, посматрано из угла логике Кривичног законика, долази се до закључка да се последица огледа у *губитку права*.

Сада се поставља питање да ли се правна последица огледа у губитку одређеног права (у одузимању дозволе) и у *забрани* стицања одређеног права – у овом случају забране стицања одређене дозволе (дозволе која је одузета).

---

[21] Вид. чл. 13 ЗоД.
[22] Вид. чл. 21 ЗоД.
[23] Вид. чл. 25е ЗоД.
[24] Вид. чл. 34 ЗоД.
[25] Вид. чл. 42 ЗоД.
[26] Вид. чл. 48 ЗоД.
[27] Вид. чл. 56 ЗоД.
[28] Вид. чл. 63 ЗоД.
[29] Постоје и одређени изузеци. На пример, вид. чл. 25е ст. 1 тач. 3 ЗоД.
[30] Вид. чл. 50 Закона о прекршајима. О опомени као врсти прекршајне санкције вид. Иван Милић, Опомена као врста прекршајне санкције и њено (не)изрицање појединим учиниоцима прекршаја, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2017, 1699–1711.

Сада се опет јавља проблем, јер Закон о прекршајима, као што је већ речено, не садржи одредбе о правним последицама прекршајног кажњавања. С тим у вези, на основу Закона о дувану може се доћи до закључка да лице којем је одузета дозвола (према којем је наступила правна последица прекршајног кажњавања која се огледа у губитку дозволе) наступа и правна последица која се огледа у забрани стицања одређеног права – *забрани* стицања дозволе. Свакако да се сада поставља питање колико правна последица прекршајног кажњавања која се огледа у *забрани стицања одређене дозволе* може дуго да траје. У погледу забране добијања дозволе у Закону о дувану налазе се различита решења. Тако се предвиђа[31] да се *не може* поднети захтев[32] за добијање *одређене* дозволе у периоду од *три године*[33] или једне године[34] од дана одузимања дозволе.[35] Неспорно је да правне последице прекршајног кажњавања у појединим случајевима теже погађају *лице* на које се она односи него сама изречена казна.

Поставља се и питање да ли су прекршаји који су предвиђени Законом о дувану толико „друштвено опасни“ па се из тог разлога прописују и правне последице прекршајног кажњавања? Наступањем правних последица прекршајног кажњавања онемогућава се да учинилац прекршаја који је учинио прекршај који је прописан Законом о дувану убудуће чини прекршаје. Чини се да су за законодавца ово најтежи прекршаји. Међутим, и да је реч о тешким или најтежим прекршајима, Законом о прекршајима предвиђа се „механизам“ којим се онемогућава субјектима прекршаја да убудуће чини одређене прекршаје. Реч је о изрицању заштитних мера које се огледају у забрани вршења одређених делатности. Дакле, постоји могућност да суд изрекне заштитну меру и да се на тај начин онемогући даље чињење прекршаја, а не да унапред законодавац у Закону о дувану предвиђа обавезно наступање правних последица прекршајног кажњавања.

У вези са правним последицама прекршајног кажњавања у Закону о дувану још једна чињеница заслужује посебну пажњу. Наиме, права последица прекршајног кажњавања наступа ако је *одговорно лице* кажњено за прекршај који је предвиђен Законом о дувану. Када је реч о прекршајном кажњавању одговорног лица у правном лицу долази се до закључка да ће правно лице да трпи правне последице прекршајног кажњавања зато што је одговорно лице кажњено за прекршај који је прописан Законом о дувану.

[31] У погледу правних последица прекршајног кажњавања треба имати у виду чл. 13 Уредбе о поступку јавног тендера за добијање дозволе за обављање производње дуванских производа, *Службени гласник РС*, број 137 од 24. децембра 2004.

[32] Чини се да би било боље, пре свега номотехнички, када би се прописало да се н*е може издати дозвола у одређеном року.*

[33] Вид. чл. 42 ст. 5 ЗоД.

[34] Вид. чл. 48 ст. 6 ЗоД.

[35] С тим да се код „поновног добијања“ *појединих дозвола* у ЗоД не предвиђа овакво решење у погледу рока.

2. ПРЕКРШАЈНО ГОЊЕЊЕ

Сам начин прекршајног гоњења зависи од тога да ли је за прекршај предвиђена новчана казна у фиксном износу или није. Уколико је за прекршај предвиђена новчана казна у фиксном износу *учиниоцу прекршаја* се издаје прекршајни налог.[36] Уколико за прекршај *није* предвиђена новчана казна у фиксном износу против учиниоца прекршаја се подноси захтев за покретање прекршајног поступка месно надлежном прекршајном суду.

Захтев за покретање прекршајног поступка је „оптужни акт“ овлашћеног „тужиоца“. Тај оптужни акт пролази судску контролу – контролу од стране судије прекршајног суда. Закон о дувану не предвиђа прекршаје за које је прописана новчана казна у фиксном износу. За прекршаје предвиђена је новчана казна у распону. То значи да се против учиниоца прекршаја увек подноси захтев за покретање прекршајног поступка.

Захтев за покретање прекршајног поступка може да поднесе јавни тужилац, други овлашћени орган[37] или оштећени. У појединим случајевима, имајући у виду прописе којима су предвиђени прекршаји, није баш најјасније који је то *други овлашћени орган* који може да поднесе захтев за покретање прекршајног поступка. У том погледу, пре свега услед лоше прописаних решења или лошег тумачења прописа *дешава* се да се захтев за покретање прекршајног поступка *поднесе* од стране неовлашћеног органа. Свакако да прекршајни поступак може да се води само ако је захтев за покретање прекршајног поступка поднео *овлашћени* подносилац захтева за покретање прекршајног поступка.

У том погледу Закон о дувану је експлицитан – фитосанитарни инспектор је овлашћен да поднесе захтев за покретање прекршајног поступка због учињеног прекршаја који је њиме предвиђен. На овај начин се отклања дилема у погледу питања ко може бити *овлашћени тужилац* који може да гони учиниоце прекршаја који су прописани Законом о дувану.

3. СТРОГОСТ НОВЧАНЕ КАЗНЕ

Начин прописивања новчане казне одређује се Законом о прекршајима, а њиме се такође предвиђа и минимум и максимум висине новчане казне која се може прописати за прекршај. Законом новчана казна за прекршај може да

[36] О прекршајном налогу вид. Иван Милић, Прекршајни налог, *Безбједност, полиција, грађани*, 1-2/2015, 243-253.

[37] То су: органи управе, овлашћени инспектори и други органи и организације, које врше јавна овлашћења у чију надлежност спада непосредно извршење или надзор над извршењем прописа у којима су прекршаји предвиђени. Вид. чл. 179 ЗП.

се пропише у распону, фиксном износу или у сразмери. Висина новчане казне која може да се пропише законом зависи од тога да ли се она прописује за правно лице, одговорно лице, физичко лице или предузетника. Према Закону о прекршајима законом новчана казна[38] може се прописати у распону: 1) од 5.000 до 150.000 динара за физичко лице или одговорно лице; 2) од 50.000 до 2.000.000 динара за правно лице; 3) од 10.000 до 500.000 динара за предузетника. Да ли ће се прописати минимална, изнад минимума или максимална висина новчане казне треба да зависи од „друштвене опасности" прекршаја.

Ово су границе минимума и максимума новчане казне која може да се пропише и Законом о дувану. С тим у вези, Законом о дувану новчане казне које су прописане у распону прописане су у *максималној висини.* Долази се до закључка, имајући у виду прописане новчане казне у распону, да су за законодавца ово најтежи прекршаји.

3.1. „Новчана казна у сразмери"

Законом о прекршајима се омогућава да се за прекршаје у одређеној области може прописати и новчана казна *у сразмери* са висином причињене штете или неизвршене обавезе, вредности робе или друге ствари која је предмет прекршаја, али не више од двадесетоструког износа тих вредности с тим да не прелази петоструки износ највећих новчаних казни које се могу изрећи у случају када се новчана казна прописује у распону.[39] Само за прекршаје у одређеној области може да се пропише новчана казна у сразмери, и то само за прекршаје из области јавних прихода, јавног информисања, царинског, спољнотрговинског и девизног пословања, животне средине, промета роба и услуга и промета хартијама од вредности.[40]

Новчана казна на овај начин може да се пропише само *законом*, али не и актима ниже правне снаге. То значи да би и Законом о дувану новчана казна могла да се пропише на овакав начин. Законом о дувану је „покушано" да се новчана казна пропише у сразмери. Наиме, њиме се прописује: *новчаном казном у износу који одговара 25% укупног оствареног промета цигарета у претходних шест месеци казниће се за прекршај трговац на велико дуванским производима ако не изврши попис затечених залиха цигарета при свакој*

[38] Иста правила важе и када се новчана казна прописује уредбом. Вид. чл. 39 ст. 1 Закона о прекршајима.

[39] Тако се, на пример, Царинским законом прописује да ће се за поједине прекршаје правно лице казнити „новчаном казном од једноструког до петоструког износа вредности робе која је предмет прекршаја". Вид. чл. 265 Царинског закона, *Службени гласник РС*, бр. 95 од 8. децембра 2018, 91 од 24. децембра 2019 – др. закон, 144 од 27. новембра 2020, 118 од 9. децембра 2021, 138 од 12. децембра 2022.

[40] Вид. Бранислав Ристивојевић, Иван Милић, *Основи прекршајног права*, Нови Сад, 2023, 77-78.

промени износа акцизе на цигарете, укључујући и промену минималне акцизе на цигарете и не достави пописну листу Управи у прописаном року.[41] Реч је о прекршају који може да се изврши нечињењем. Дакле, овим чланом Закона о дувану се *не предвиђа* да се новчана казна прописује у *сразмери* како то дозвољава Закон о прекршајима, већ се новчана казна одређује у *процентима* и то од укупно оствареног промета (....).

Овакав начин прописивања новчане казне је заиста *необичан*, али није усамљен случај у нашим важећим прописима.[42] С тим у вези, за судију прекршајног суда, у случају када се против учиниоца прекршаја поднесе захтев за покретање прекршајног поступка за прекршај за који је прописана новчана казна *на овај начин*, постојаће одређени правни проблеми. Може се рећи да се проблем јавља тек у случају када судија утврди да је учињен прекршај из члана 89а Закона о дувану и да је окривљено лице одговорно за прекршај.

Проблем се јавља када судија треба да изрекне прекршајну санкцију. Уколико утврди постојање прекршаја и прекршајне одговорности, следећи корак који суд предузима је и индивидуализација прекршајне санкције. Судија у прекршајном поступку *одмерава казну* према правилима која су предвиђена Законом о прекршајима.[43] Када је реч о одмеравању новчане казне судија цени све олакшавајуће о отежавајуће околности и одмерава казну у оквиру прописаног распона. Такође, под законом прописаним условима казна може да се ублажи или пооштри. Свакако се уместо новчане казне учиниоцу прекршаја може изрећи опомена. Уколико је новчана казна прописана у сразмери, како то прописује Закон о прекршајима, и тада је суд у обавези да индивидуализује тако прописану новчану казну.[44]

Уколико би суд изрекао новчану казну на начин како је то прописано Законом о дувану, то значи да је пре изрицања новчане казне суд у обавези да утврди[45] колико је промета цигарета учинилац прекршаја остварио у претходних шест месеци. Након што је утврдио промет цигарета суд може да од тог укупног промета изрекне учиниоцу прекршаја новчану казну од 25%. Колико ће новца да износи 25% од *укупног промета* зависиће од тога колико је учинилац остварио промет. Дакле, гледано са позиције учиниоца

[41] Вид. чл. 89а ЗоД.

[42] О томе вид. Бранислав Ристивојевић, Иван Милић, *Коментар Закона о прекршајима*, Београд, 2023, 104-105.

[43] Вид. чл. 42 Закона о прекршајима.

[44] На пример, новчана казна која је прописана чланом 265 Царинског закона одмерава се од *једноструког* до *петоструког* износа вредности робе која је предмет прекршаја.

[45] Посебно је питање на који би начин суд имао могућност да утврђује остварени промет учиниоца прекршаја. Пре свега имајући у виду права и обавезе окривљеног лица у прекршајном поступку.

прекршаја за њега је повољније да је у протеклих шест месеца остварио што мање приходе, јер ће тако и висина новчане казне бити мања.

Долази се до решења да у овом случају суд *нема* могућност да *одмери* (индивидуализује) новчану казну на начин како то предвиђа Закон о прекршајима, већ суд изриче казну у износу од 25% од укупног оствареног промета цигарета у претходних шест месеци. Условно се може рећи да се на овај начин новчана казна „изриче“ у фиксном износу али *у проценту*, само што тај „фиксни износ“ зависи од висине оствареног промета цигарета.

Сада се, наравно, поставља питање да ли је овакво прописивање новчане казне у складу и са осталим одредбама Закона о прекршајима? Као што је речено, Законом о прекршајима се прописује на који начин може да се пропише новчана казна.[46] Њиме се, између осталог предвиђа и да:

1) Органи овлашћени за доношење прописа о прекршајима могу *прописивати* само санкције предвиђене Закон о прекршајима и у границама које одређује Закон о прекршајима.[47] Када је реч о новчаној казни Закон о прекршајима предвиђа да новчана казна може да се пропише у распону, фиксном износу или сразмери. Али, Закон о прекршајима не предвиђа могућност да се новчана казна прописује као што је то предвиђено Законом о дувану – новчана казна у износу који одговара 25% укупно оствареног промета цигарета у претходних шест месеци. Дакле, долази се до решења да је Закон о дувану у погледу ове прописане „новчане казне“ у колизији са Законом о прекршајима као системским законом у области прекршајног права.

2) Законом о прекршајима се, такође, предвиђа да за прекршај могу бити *изречене* само оне санкције које предвиђа Закон о прекршајима.[48] Имајући у виду да „новчана казна“ која је предвиђена Законом о дувану *није* санкција која је прописана Законом о прекршајима долази се до закључка да се она према одредби Закона о прекршајима *не може* ни изрећи.

3) Законом о прекршајима се прописује и то да је прекршај противправно дело које је законом или другим прописом надлежног органа одређено као прекршај и за које је прописана *прекршајна санкција*. Законом о дувану за „спорни прекршај“ предвиђена је новчана казна коју Закон о прекршајима не познаје.

Имајући у виду одредбе Закона о прекршајима и Закона о дувану у вези са „спорним прекршајем“ тј. са „спорном новчаном казном“ може се доћи до закључка да се новчана казна која је прописана Законом о дувану *не може* изрећи – јер није прописана на начин како то *дозвољава* Закон о пре-

[46] О новчаној казни за прекршај вид. Иван Милић, Прописивање, изрицање и извршење новчане казне, Међународни научни скуп *„Услуге и владавина права“,* Крагујевац, 2021, 895-909.

[47] Вид. чл. 4 ст. 2 Закона о прекршајима.

[48] Вид. чл. 5 ст. 1 Закона о прекршајима.

кршајима.[49] У том случају имамо *забрањену радњу* за коју је предвиђена новчана казна која се *не може* изрећи.

Заиста је недопустиво да се новчана казна пропише на начин који *не познаје* Закон о прекршајима. Недопустиво је да законодавац приликом доношења једног закона не води рачуна о томе шта пише у другом закону и то у овом случају системском закону. Таква „контрадикторна решења“ нарушавају правну сигурност.

4. ПРЕКРШАЈИ НЕРЕГИСТРОВАНОГ ОБАВЉАЊА ДЕЛАТНОСТИ

Законом о дувану у једном члану[50] предвиђа се и прекршај који може да учине „нерегистровани субјекти“. Наиме, да би било који „субјект“[51] могао да *поступа у складу* са Законом о дувану он мора да буде уписан у одговарајући регистар, односно одговарајућу евиденциону листу. С тим у вези, за „нерегистроване субјекте“ предвиђен је прекршај уколико предузимају одређење радње које под одређеним условима могу да предузимају само „регистровани субјекти“.

Наиме, прекршај постоји ако „нерегистровани субјект“ *набави и врши промет семена дувана, односно расада дувана, производи расад дувана, производи, обрађује, прерађује, односно врши промет дувана, обрађеног дувана, односно прерађеног дувана, обавља делатност производње и промета дуванских производа, без уписа у одговарајући регистар, односно одговарајућу евиденциону листу (члан 8. ст. 4. и 7. и чл. 11, 19, 25д, 32, 40, 45, 54, 61. и 64б).*

---

[49] У вези са начином прописивања новчане казне који *системски закон* не прописује, може се поставити и једно *хипотетичко* питање. На пример, ако би се неким законом којим се прописује кривично дело за то дело предвидело *обавезно кумулативно* изрицање казне затвора и условне осуде – да ли би суд био у обавези да изрекне тако прописане обе санкције? Одговор би био да не, јер се условна осуда према Кривичном законику изриче уместо казне затвора. Исти случај би био и ако би се за једно дело предвидело обавезно кумулативно изрицање условне осуде и судске опомене. Оваквих примера у пракси по знању аутора нема, јер би то заиста било неприхватљиво и што је важније супротно Кривичном законику. Међутим, када је реч о прекршајима заиста има свакаквих одступања од Закона о прекршајима. С тим у вези, навешћемо овде још један пример прописивања новчане казне који није у складу са Законом прекршајима. Уредбом о мерама за време ванредног стања, *Службени гласник РС*, бр. 31/2020, 36/2020, 38/2020, 39/2020, 43/2020, 47/2020, 49/2020, 53/2020, 56/2020, 57/2020, 58/2020, 60/2020, за правно лице била је прописана новчана казна од 1.500.000,00 до 2.000.000,00 *евра у динарској противвредности*, а за одговорно лице од 50.000,00 до 150.000,00 *евра у динарској противвредности*.

[50] Вид. чл. 93 Закона о дувану.

[51] О субјектима прекршаја вид. Ivana Radisavljević, Subjekti prekršajne odgovornosti u pravu Republike Srbije, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, 1/2022, 123-144.

За овај прекршај предвиђена је новчана казна у *распону*. Такође је и за овај прекршај предвиђена максимална новчана казна која може да се пропише за прекршај, и то: 1) од 100.000 до 2.000.000 динара за правно лице; 2) од 5.000 до 150.000 динара за одговорно лице у правном лицу; 3. од 10.000 до 500.000 динара за предузетника; 4) д 5.000 до 150.000 динара за физичко лице.[52]

Овај прекршај смо издвојили *не само* из разлога да укажемо на строгост новчане казне, већ да скренемо пажњу на однос прекршаја и кривичног дела. Неспорно је да се поједина кривична дела и прекршаји прописују на *идентичан начин*. Постоје одређена *дела – радње* која су истовремено прописана и као кривично дело и као прекршај – наравно у различитим прописима. У вези са прекршајем који је овде наведен *значајна* су пре свега два кривична дела из групе кривичних дела против привреде, али се никако не сме заборавити на *казнене одредбе* које су прописане Законом о пореском поступку и пореској администрацији.[53]

У појединим случајевим *биће прекршаја* о којем је овде реч идентично је као и биће одређеног кривичног дела.[54] У том случају исту „казнену радњу" је могуће квалификовати и као кривично дело и као прекршај. Неспорно је

---

[52] Незаконита продаја дуванских производа ствара и економске проблеме. Вид. Аварзид Васильевич Распутин, Незаконный оборот табачной продукции как элемент угрозы региональной экономической безопасности, *Академическая мысль*, № 2 (19) 2022, 57-58.

[53] Закон о пореском поступку и пореској администрацији, *Службени гласник РС*, бр. 80 од 26. новембра 2002, 84 од 5. децембра 2002 – исправка, 23 од 13. марта 2003 – исправка, 70 од 10. јула 2003, 55 од 21. маја 2004, 61 од 18. јула 2005, 85 од 6. октобра 2005 – др. законик, 62 од 19. јула 2006 – др. закон, 61 од 30. јуна 2007, 20 од 19. марта 2009, 72 од 3. септембра 2009 – др. закон, 53 од 29. јула 2010, 101 од 30. децембра 2011, 2 од 13. јануара 2012 – исправка, 93 од 28. септембра 2012, 47 од 29. маја 2013, 108 од 6. децембра 2013, 68 од 3. јула 2014, 105 од 3. октобра 2014, 91 од 5. новембра 2015 – Аутентично тумачење, 112 од 30. децембра 2015, 15 од 25. фебруара 2016, 108 од 29. децембра 2016, 30 од 20. априла 2018, 95 од 8. децембра 2018, 86 од 6. децембра 2019, 144 од 27. новембра 2020, 96 од 8. октобра 2021, 138 од 12. децембра 2022.

Из судске праксе: У ситуацији када је окривљен затечен на улици са седам килограма резаног дувана, не може се закључити аутоматски да је учинио кривично дело недозвољен промет акцизних производа из члана 176. став 1. Закона о пореском поступку и пореској администрацији, јер нема доказа да је дуван намеравао да продаје односно да га преноси ради продаје. (Пресуда Основног суда у Чачку, К. 164/21, од 14. 07. 2021. и Пресуда Вишег суда у Чачку, Кж. 197/21, од 28. 10. 2021). Извор: *Propisi online* на дан: 6. 11. 2023.

Када је окривљени од НН лица набавио резан дуван у количини од 50 кг, а који се сматра акцизним производом, без икакве документације, правилно је првостепени суд нашао да је тиме окривљени набавио резани дуван ради стављања у промет и тиме учинио кривично дело недозвољени промет акцизних производа из чл. 176. ст. 1. Закона о пореском поступку и пореској администрацији. (Пресуда Основног суда у Г. Милановцу, К 40/18, од 19. 11. 2020. и Пресуда Вишег суда у Чачку, Кж 9/21, од 28. 01. 2021). Извор: *Propisi online* на дан: 6. 11. 2023.

[54] Незаконита трговина дуваном различито се квалификује. Вид. В. А., Шестак, Н. Ю. Сливинская, Особенности борьбы с незаконным оборотом табачной продукции в Ирландии,

да може да се за исту „казнену радњу“ *води* само један казнени поступак. У овом случају потребно је да се против учиниоца *казненої дела* поднесе кривична пријава а не захтев за покретање прекршајног поступка. Дакле, да се учинилац гони због учињеног *шежеї* казненог дела.[55]

ЗАКЉУЧАК

Неспорно је да се у Закону о прекршајима налази велики број мањкавости. Није оправдано што се приликом измена и допуна Закона о прекршајима те мањкавости не отклањају. Неретко се приликом измена и допуна појединих одредаба Закона о прекршајима не води рачуна о усклађености тих измена и допуна са осталим одредбама закона које се не мењају.

Независно од тога што се прекршаји прописују прописима различите правне снаге, нужно је да постоје *усклађеносш* прописа. Нужно је да прописи који предвиђају прекршаје буду у складу са Законом о прекршајима као системским законом у области прекршајног права. Уколико прописи нису усклађени поставља се, пре свега, питање њиховог правилног тумачења и правне сигурности.

Законом о дувану предвиђају се прекршаји. Сасвим је оправдано што се њиме предвиђају прекршаји за кршење појединих његових одредаба. Међутим, одредбе Закона о дувану у погледу прекршајних одредаба (не само у погледу прописаних прекршаја) морају да буду у складу са одредбама Закона о прекршајима. Међутим, као што је то приказано у раду то није случај. У вези са предметом овога рада може се доћи до неколико закључака.

Законом о дувану се предвиђају правне последице прекршајног кажњавања, и то последице које се огледају у губитку и забрани стицања одређеног права – одређене дозволе. Правне последице прекршајног кажњава се Законом о дувану прописују иако се Законом о прекршајима не предвиђа могућност да се другим прописима такве последице пропишу.

Уколико се новчана казна не прописује у фиксном износу против учиниоца (тј. против осумњиченог) се подноси захтев за покретање прекршајног поступка. Закон о дувану предвиђа добро решење, јер изричито прописује ко може такав захтев за поднесе, а то је фитосанитарни инспектор.

Образование и право, № 7, 2021, 412; В. А. Грива, Административная ответственность за незаконный оборот табачной продукции, *Юристъ-Правоведъ*, 2019, № 1 (88), 50.

[55] Мада, кривично дело *није* увек најтеже казнено дело. О томе вид. Stanko Pihler, *Prekršajno pravo*, Novi Sad, 2000, 7; Иван Милић, Да ли је кривично дело увек најтеже казнено дело? (I део), *Зборник радова Правноī факулшеша у Новом Саду*, 3/2016, 937–955; Иван Милић, Да ли је кривично дело увек најтеже казнено дело? (II део), *Зборник радова Правноī факулшеша у Новом Саду*, 3/2017, 405–415.

Законом о дувану предвиђају се строге новчане казне. Њиме је искоришћена могућност коју предвиђа Закон о прекршајима у погледу максималне новчане казне која може да се пропише за прекршаје када се новчана казна прописује у распону. Међутим, Законом о дувану покушано је да се новчана казна пропише и у *сразмери* као што то омогућава чл. 39 ст. 3 Закона о прекршајима. Али, све је остало само на покушају, јер се Законом о дувану прописује новчана казна на начин који не познаје Закон о прекршајима.

Када је реч о прекршајима нерегистрованог обављања делатности који се предвиђају Законом о дувану, заиста је потребно правилно квалификовати *радњу казненог дела* и у зависности од тога *предузети* кривично или прекршајно гоњење.

Неспорно је да законописци приликом доношења прописа којима се предвиђају и прекршаји, између осталог, морају да воде рачуна да те одредбе буду усклађене са одредбама Закона о прекршајима. Потребно је да се приликом измена и допуна Закона о дувану његове одредбе усагласе да одредбама Закона о прекршајима.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Вуковић Игор, *Кривично право – Општи део*, Београд, 2021.

Грива, В. А., Административная ответственность за незаконный оборот табачной продукции, *Юристъ-Правоведъ*, 2019, № 1 (88).

Лазаревић Љубиша, *Коментар Кривичног законика*, Београд, 2006.

Милић Иван, Да ли је кривично дело увек најтеже казнено дело? (I део), *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2016.

Милић Иван, Да ли је кривично дело увек најтеже казнено дело? (II део), *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2017.

Милић Иван, О појединим прекршајним одредбама из Закона о пореском поступку и пореској администрацији, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2023.

Милић Иван, Поједини казнени и криминолошки аспекти кривичних дела против привреде, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2022.

Milić Ivan, Pravne posledice prekršajnog kažnjavanja, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 5-8/2017.

Милић Иван, Прекршајни налог, *Безбедност, полиција, грађани*, 1-2/2015.

Милић Иван, Прописивање, изрицање и извршење новчане казне, Међународни научни скуп *„Услуге и владавина права“*, Крагујевац, 2021.

Милић Иван, Специфичности прекршајног гоњења према Закону о пореском поступку и пореској администрацији, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2022.

Pihler Stanko, *Prekršajno pravo*, Novi Sad, 2000.

Radisavljević Ivana, Subjekti prekršajne odgovornosti u pravu Republike Srbije, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, 1/2022.

Распутин Аварзид Васильевич, Незаконный оборот табачной продукции как элемент угрозы региональной экономической безопасности, *Академическая мысль*, № 2 (19) 2022.

Ристивојевић Бранислав, Милић Иван, *Коментар Закона о прекршајима*, Београд, 2023.

Ристивојевић Бранислав, Милић Иван, *Основи прекршајног права*, Нови Сад, 2023.

Stojanović Zoran, *Krivično pravo – Opšti deo*, Beograd, 2009.

Ćorović Emir, *Osnovi prekršajnog prava Crne Gore*, Podgorica, 2021.

Шестак В. А., Сливинская Н. Ю., Особенности борьбы с незаконным оборотом табачной продукции в Ирландии, *Образование и право*, № 7, 2021.

* * *

Закон о дувану, *Службени гласник РС*, бр. 101 од 21. новембра 2005, 90 од 1. октобра 2007, 95 од 17. децембра 2010, 36 од 27. маја 2011, 93 од 28. септембра 2012, 108 од 6. децембра 2013, 95 од 8. децембра 2018, 91 од 24. децембра 2019.

Закон о изменама и допунама Закона о дувану, *Службени гласник РС*, бр. 92 од 27. октобра 2023.

Закон о пореском поступку и пореској администрацији, *Службени гласник РС*, бр. 80 од 26. новембра 2002, 84 од 5. децембра 2002 – исправка, 23 од 13. марта 2003 – исправка, 70 од 10. јула 2003, 55 од 21. маја 2004, 61 од 18. јула 2005, 85 од 6. октобра 2005 – др. законик, 62 од 19. јула 2006 – др. закон, 61 од 30. јуна 2007, 20 од 19. марта 2009, 72 од 3. септембра 2009 – др. закон, 53 од 29. јула 2010, 101 од 30. децембра 2011, 2 од 13. јануара 2012 – исправка, 93 од 28. септембра 2012, 47 од 29. маја 2013, 108 од 6. децембра 2013, 68 од 3. јула 2014, 105 од 3. октобра 2014, 91 од 5. новембра 2015 – Аутентично тумачење, 112 од 30. децембра 2015, 15 од 25. фебруара 2016, 108 од 29. децембра 2016, 30 од 20. априла 2018, 95 од 8. децембра 2018, 86 од 6. децембра 2019, 144 од 27. новембра 2020, 96 од 8. октобра 2021, 138 од 12. децембра 2022.

Закон о прекршајима, *Службени гласник РС*, бр. 65 од 25. јула 2013, 13 од 19. фебруара 2016, 98 од 8. децембра 2016 – УС, 91 од 24. децембра 2019 – др. закон, 91 од 24. децембра 2019, 112 од 12. октобра 2022 – УС.

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

Уредба о поступку јавног тендера за добијање дозволе за обављање производње дуванских производа, *Службени гласник РС*, број 137 од 24. децембра 2004.

Уредба о мерама за време ванредног стања, *Службени гласник РС*, бр. 31/2020, 36/2020, 38/2020, 39/2020, 43/2020, 47/2020, 49/2020, 53/2020, 56/2020, 57/2020, 58/2020, 60/2020.

Царински закон, *Службени гласник РС*, бр. 95 од 8. децембра 2018, 91 од 24. децембра 2019 – др. закон, 144 од 27. новембра 2020, 118 од 9. децембра 2021, 138 од 12. децембра 2022.

* * *

Пресуда Основног суда у Г. Милановцу, К 40/18, од 19. 11. 2020. и Пресуда Вишег суда у Чачку, Кж 9/21, од 28. 01. 2021. Извор: *Propisi online* на дан: 6. 11. 2023.

Пресуда Основног суда у Чачку, К. 164/21, од 14. 07. 2021. и Пресуда Вишег суда у Чачку, Кж. 197/21, од 28. 10. 2021. Извор: *Propisi online* на дан: 6. 11. 2023.

* * *

https://www.srbija.gov.rs/vest/527533/krivicna-prijava-protiv-jedne-osobe-zbog-ne-dozvoljenog-prometa-duvanom.php на дан: 20. 11. 2023.

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

Regarding Specific Provisions of the Tobacco Law

***Abstract**: Persons committing misdemeanors pursuant to the Tobacco Law are prosecuted pursuant to a misdemeanor notice. Should such person be found responsible in the ensuing procedure, the misdemeanor court may sentence him to the most severe fine foreseen in the Misdemeanor Law, as well as in the Tobacco Law. Apart from prescribing misdemeanors, the Tobacco Law also contains other provisions of importance for material and procedural misdemeanor law, as well as the enforcement of misdemeanor law. The subject of this paper are exactly these specific misdemeanor provisions from the Tobacco Law.*

***Keywords**: Misdemeanor Law, Tobacco Law, crime, misdemeanor, fine.*

Датум пријема рада: 18.12.2023.
Датум прихватања рада: 3.1.2024.

Прегледни рад 331.215.53:349.2(497.11)
doi:10.5937/zrpfns57-46090

Александар Т. Антић
Универзитет у Крагујевцу
Правни факултет у Крагујевцу
anticaleksandar89@gmail.com
ORCID ID: 0000-0002-4117-9401

Бојан П. Урдаревић
Универзитет у Крагујевцу
Правни факултет у Крагујевцу
burdarevic@jura.kg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-5635-2492

НЕКА ОТВОРЕНА ПИТАЊА ВЕЗАНА ЗА МИНИМАЛНУ ЗАРАДУ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ*

Сажетак: *Минимална зарада у Републици Србији утврђује се на основу минималне цене рада утврђене у складу са Законом о раду, радног времена и пореза и доприноса који се плаћају из зараде. Минимална зарада треба да буде минимални износ новца, који треба да омогући запосленима да подмире основне животне потребе. Нажалост, њен износ у пракси често није довољан за задовољење основних животних потреба запослених и чланова њихових породица. Послодавац треба да исплати минималну зараду када због поремећаја у пословању није у могућности да исплати зараду која би била већа од ње, тј. требало би да буде изузетна појава у свету рада и капитала. Међутим, минимална зарада постаје правило плаћања запослених у многим делатностима у Републици Србији.*

Једно од питања које се поставља везано за минималну цену рада је да ли се иста у складу са Одлукама Владе и Социјално-економског савета може посматрати као нето износ који се исплаћује за радно ангажовање свих лица по сату, без обзира на правни основ њиховог рада. Оваквом ставу у прилог говори и употребљена законска дефиниција „минимална цена рада“. Примера ради рад по уговору о привременим и повременим пословима је исто

* Рад је усмено саопштен на IV Међународној научној Конференцији, „Правна традиција и нови правни изазови“, која је одржана 13. и 14. октобра 2022. године у организацији Правног факултета Универзитета у Новом Саду.

„рад“ иако је рад ван радног односа. Према одредбама Закона о доприносима за обавезно социјално осигурање, рад у радном односу и рад по основу уговора о привременим и повременим пословима подједнако се посматрају из угла доприноса који се плаћају на зараду.

У светлу међународних стандарда рада, према Конвенцији Међународне организације рада број 131. о утврђивању минималних плата, свака чланица Међународне организације рада која ратификује ову Конвенцију обавезује се да успостави систем минималних зарада који покрива све групе радника, чији су услови запослења такви да би покриће било одговарајуће. Пошто је Република Србија ратификовала ову Конвенцију, она се директно примењује на све групе радника, укључујући и оне ангажоване на основу уговора о привременим и повременим пословима.

Када је у питању службенички систем, Закон о платама у државним органима и јавним службама предвиђа да коефицијент на основу којег се утврђује основна плата запослених у државним органима и јавним службама изражава сложеност посла, одговорност, услове рада и образовање. Коефицијент садржи и додатак на име накнаде за исхрану током рада и регрес за коришћење годишњег одмора.

Као спорно у пракси поставило се питање да ли запослени којима се исплаћује минимална зарада, имајући у виду одредбу претходно наведеног члана, имају право на додатак на име накнаде за исхрану у току рада и регреса за коришћење годишњег одмора, тј да ли минимална зарада у Републици Србији у себи садржи и ове додатке.

Аутори ће анализирати питања постављена у претходним деловима текста, али и друга питања у вези са минималном зарадом и изнети ставове за њихово решавање.

Кључне речи: *минимална зарада, Конвенција МОР 131, привремени и повремени послови, накнада за исхрану током рада, регрес за коришћење годишњег одмора.*

УВОД

Минимална зарада представља институт радног права који има двоструку улогу, у зависности од начина њеног нормирања. Са једне стране, минимална зарада одређује минималан износ накнаде за уложени рад који запослени може да добије обављајући одређене послове у радном односу код послодавца. Са друге стране, она је мера социјалне сигурности запосленог, и то као минималан износ накнаде који је запосленом гарантован у ситуацији када није могуће (из различитих разлога) обезбедити финансијска средства за исплату пуне, уговорене зараде.

У актима Међународне организације рада, минимална зарада (engl. *minimum wage*) дефинисана је као: „минимална надокнада коју је послодавац дужан да исплати радницима за рад извршен у одређеном периоду, а која не може бити смањена путем колективног или индивидуалног уговора о раду."[2] Са друге стране, Препорука бр. 135 Међународне организације рада дефинише минималну зараду као „један од елемената политике чији је циљ борба против сиромаштва и задовољавање основних потреба свих радника и њихових породица."[3]

У Директиви Европске Уније 2022/2041, од 19.10.2022. године, у члану 3. „минимална зарада" дефинише се као минимална зарада од рада одређена законом или колективним уговорима које је послодавац, укључујући и послодавца у јавном сектору, дужан исплатити радницима за рад обављен током одређеног временског периода, а „законска минимална зарада" значи минималну зараду одређену законом или другим обвезујућим правним одредбама, искључујући минималне зараде које су одређене колективним уговорима који су проглашени универзално примењивима без било каквог дискреционог права тела које их проглашава у погледу садржаја примењивих одредаба.[4]

У литератури се често минимална зарада сагледава из угла инструмента за побољшање расподеле прихода.[5] Концепт минималне зараде, до седамдесетих година прошлог века, генерално је посматран у позитивном светлу, да би се током осамдесетих година и спровођења политика структуралног прилагођавања, контекст у великој мери изменио. Овај период, довео је до тога да се минимална зарада посматра као угрожавајући за слободно функционисање тржишта рада, а тиме као и главни узрок повећања стопе незапослености и пада продуктивности. Из тих разлога многе државе су одбиле да ратификују међународне инструменте који се односе на минималну зараду, или су минималне зараде држале на веома ниском нивоу. Тек од деведесетих година XX века до данас, долази до препорода концепта минималне зараде када се и перцепција минималне зараде у великој мери променила.

Многи аутори су преиспитивали претпоставку да минимална зарада смањује стопу запослености и продуктивности. Спроведена емпиријска истраживања, у највећој мери, показала су да минимална зарада нема негативан

[2] ILO (2014), *General Survey of the reports on the Minimum Wage Fixing Convention*, 1970 (No. 131) and the *Minimum Wage Fixing Recommendation*, 1970 (No. 135).

[3] ILO (1970), *Recommendation 135 – Minimum Wage Fixing Recommendation,* 1970 (No. 135).

[4] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:32022L2041, 4. новембар, 2023. године.

[5] Jan Drahokoupil, *What role can minimum wages play in overcoming the low-wage model in central and eastern Europe?*, European trade union institute, Working Paper 2016.09, Brussels, 2016, p. 12

ефекат на запосленост, а неке студије су указале на позитиван ефекат минималне зараде на запосленост, али и на продуктивност.[6]

Настанак, прво финансијске, а затим и економске кризе из 2007. године, у значајној мери одразио се на висину зарада, па и минималне. Бројни радови показали су да ниске зараде, односно смањење потрошње, није начин за превладавање кризе.[7]

ОДРЕЂИВАЊЕ МИНИМАЛНЕ ЗАРАДЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Минимална зарада тренутно представља један од института радног права у Србији којима прети изобичајавање[8], односно озакоњење праксе која је директно супротна законским одредбама. Она је дефинисана Законом о раду Републике Србије као посебна мера заштите запослених у случајевима отежаног функционисања послодавца. То значи да она није уговорена зарада, нити то може бити. Ипак, она се често уговара и исплаћује мимо законских одредби.[9] Мишљења Министарства за рад поводом питања да ли је минимална зарада уговорена зарада, и даље су предмет стручне и академске расправе. Тако, на пример, у једном мишљењу констатује се да: „основна зарада по сату, обрачуната као производ цене рада и коефицијента посла, не може бити нижа од минималне цене рада за месец у коме се врши исплата, увећане за припадајући порез и доприносе.“[10] Даље се наводи да: „уколико је општим актом уређено да се основна зарада обрачунава као производ цене рада и коефицијента посла, вредност цене рада по сату може бити утврђена у мањем износу од минималне цене рада, али основна зарада по сату (обрачуната на основу наведених елемената), не може бити нижа од минималне цене рада која важи за месец у којем се врши исплата, увећане за припадајући порез и доприносе из зараде.“[11] У другом мишљењу Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања „основна зарада запосленог који је радио 120 сати у месецу не може бити мања од минималне зараде обрачу-

[6] *Ibid*, p.15

[7] Martin Myant, *Unit labour costs: no argument for low wages in eastern and central Europe*, ETUI, Working Paper 2016.9, Brussels, 2016.

[8] Марио Рељановић, *Изобичајавање радног права*, https://pescanik.net/izobicajavanje-radnog-prava/.

[9] Из доступних статистичких података није могуће утврдити колико њих има незаконито уговорену минималну зараду, а за колико запослених је она накнадно уведене одлуком послодавца у складу са Законом о раду.

[10] Мишљење Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања, Сектор за рад, бр. 011-00-662/2015- 02 од 2.7.2015. године.

[11] *Ibid.*

нате за 120 сати рада, па тако запослени има право на основну зараду по сату, најмање у висини минималне цене рада утврђене у складу са Законом."[12]

Закон је међутим још увек довољно јасан, иако су измене материје у погледу минималне зараде учињене управо у циљу даљег замагљивања сврхе постојања института минималне зараде[13]. Уколико се минимална зарада уговори као основна зарада запосленог, долази до истог прекршаја од стране послодавца као да је уговорена било која друга нижа накнада за вредност уложеног рада запосленог. Уговором о раду се дакле може уговорити било који износ који је виши од минималне зараде, односно минималне цене рада по радном часу. Међутим,уговор о раду који предвиђа исплату минималне зараде запосленом као редовне, уговорене зараде, није у складу са одредбама Закона о раду. Исто се односи и на опште акте послодавца којима се као основна зарада предвиђа минимална зарада, па тако у том случају запослени би имао право да тражи разлику између примљеног износа и реалног износа његовог уложеног рада.

Минимална зарада уређена је члановима 111-113. Закона о раду.[14]

Запослени има право на минималну зараду за стандардни учинак и време проведено на раду. Минимална зарада одређује се на основу минималне цене рада утврђене у складу са Законом о раду, времена проведеног на раду и пореза и доприноса који се плаћају из зараде. Општим актом, односно уговором о раду утврђују се разлози за доношење одлуке о увођењу минималне зараде.

По истеку рока од шест месеци од доношења одлуке о увођењу минималне зараде послодавац је дужан да обавести репрезентативни синдикат о разлозима за наставак исплате минималне зараде.

Послодавац је дужан да минималну зараду исплати запосленом у висини која се одређује на основу одлуке о минималној цени рада која важи за месец у којем се врши исплата.

Запослени који прима минималну зараду, има право на увећану зараду, на накнаду трошкова и друга примања која се сматрају зарадом у складу са законом. Основица за обрачун увећане зараде је минимална зарада запосленог.

Минимална цена рада утврђује се одлуком социјално-економског савета основаног за територију Републике Србије. Ако Социјално-економски савет не донесе одлуку у року од 15 дана од дана почетка преговора, одлуку о висини минималне цене рада доноси Влада Републике Србије, у наредном року од 15 дана сходно члану 112. Закона о раду.

---

[12] Мишљење Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања, бр. 011-00-168/2015-02 од 12.3.2015. године.

[13] Марио Рељановић, Алтернативно радно законодавство, Rosa Luxemburg Stiftung Southeast Europe: Centar za dostojanstven rad, 2019, стр. 75.

[14] Закон о раду, *„Сл. гласник РС", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење.*

При утврђивању минималне цене рада полази се нарочито од: егзистенцијалних и социјалних потреба запосленог и његове породице изражених кроз вредност минималне потрошачке корпе, кретања стопе запослености на тржишту рада, стопе раста бруто домаћег производа, кретања потрошачких цена, кретања продуктивности и кретања просечне зараде у Републици.

Чланом 5. Директиве Европске Уније 2022/2041, од 19.10.2022. године прописано је да национални критеријуми на основу којих се одређује законска минимална зарада укључују барем следеће елементе: куповну моћ законских минималних зарада узимајући у обзир трошкове живота, општи ниво зарада и њихову дистрибуцију, стопу раста зарада; дугорочне нивое и трендове кретања националне продуктивности. Наведени критеријуми имају одрђене сличности са оним прописаним Законом о раду, међутим у Директиви у односу на Закон о раду постоји разлика у погледу тога што, државе чланице могу додатно употребљавати механизам за аутоматску индексацију законских минималних зарада, на темељу било којих одговарајућих критеријума и у складу с националним законима и националним праксама, под условом да примена тог механизма не доводи до смањења законске минималне зараде. Државе чланице употребљавају индикативне референтне вредности како би усмеравале своју процену примерености законских минималних зарада. У ту сврху могу употребљавати индикативне референтне вредности које се обично употребљавају на међународном нивоу, као што су 60% медијалне бруто зараде и 50 % просечне бруто зараде, и/или индикативне референтне вредности које се употребљавају на националном нивоу.[15]

Одлука о утврђивању минималне цене рада садржи образложење које одражава све елементе минималне цене рада. Ако дође до значајне промене неког од елемената минималне цене рада, Социјално-економски савет је обавезан да размотри образложену иницијативу једног од учесника Социјално-економског савета за отпочињање преговора за утврђивање нове минималне цене рада.

Минимална цена рада утврђује се по радном часу без пореза и доприноса, за календарску годину, најкасније до 15. септембра текуће године, а примењује се од 1. јануара наредне године. Минимална цена рада не може се утврдити у нижем износу од минималне цене рада утврђене за претходну годину.

Одлука о висини минималне цене рада из члана 112. овог закона објављује се у „Службеном гласнику Републике Србије“.

Од 2009. године до 2023. године, минимална зарада је три пута била одређена на основу одлуке Социјално-економског савета и то за 2011. годину,

[15] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:32022L2041, 4. новембар 2023. године.

2012. годину и јануар – март 2013. године и за 2018. годину.[16] Приметно је да је при одређивању минималне цене рада у великој мери заступљенија Влада Републике Србије, од Социјално-економског савета, а што говори у прилог ставу да је социјални дијалог у Републици Србији, при одређивању минималне цене рада на јако ниском нивоу.

МИНИМАЛНА ЗАРАДА И ПРИВРЕМЕНИ И ПОВРЕМЕНИ ПОСЛОВИ

При аргументовању става да накнада, обрачуната по сату за рад по основу уговора о привременим и повременим пословима не сме бити нижа од минималне цене рада обрачунате по радном сату на почетку ћемо се осврнути на одредбе Закона о раду.

Сходно чл. 111. Закона о раду основ за тврдњу да се минимална цена рада не односи искључиво на рад у радном односу произилази из тога што се, минимална зарада одређује на основу минималне цене рада утврђене у складу са Законом о раду, времена проведеног на раду и пореза и доприноса који се плаћају из зараде. Дакле минималну цену рада можемо сходно претходно наведеном члану а у складу са Одлукама Владе и Социјално-економског савета посматрати као нето износ који се исплаћује за радно ангажовање свих лица по сату, без обзира на правни основ њиховог рада. Управо због тога је и употребљена законска дефиниција „минимална цена рада“, а не минимална цена рада за рад у радном односу или нешто слично. Рад по уговору о привременим и повременим пословима је исто „рад“ иако је рад ван радног односа.

На основу чл. 197. Закона о раду можемо закључити да се рад по основу уговора о привременим и повременим пословима, посматра у контексту радног односа у смислу минималних права која се гарантују радно ангажованом лицу. Ставом 1. тачком 2 претходно наведеног члана наведено је и да уговор о привременим и повременим пословима између осталог могу закључити лица која су запослена са непуним радним временом до пуног радног времена. Дакле из претходно наведене законске одредбе произилази да се одредбе о радном врему примењују и на радно ангажоване по основу уговора о привременим и повременим пословима и да га законодавац донекле изједначава са радним односом. Због привремености и повремености послова које лице обавља његов рад се не може изједначити са радним односом, јер радни однос подразума сталну потребу за радним ангажовањем

[16] http://www.socijalnoekonomskisavet.rs/cir/minimalna%20zarada%20cir.htm, 13. фебруар 2023

на одређеним радним задацима, али зато што је суштински рад на привременим и повременим пословима изједначен по својој садржини и карактеру са радом у радном односу не постоји могућност да једно лице закључи више уговора о привременим и повременим пословима којима ће бити предвиђено радно ангажовање дуже од пуног радног времена.

Такође, запослено лице са пуним радним временом сходно законској формулацији не може закључити уговор о привременим и повременим пословима, оно на пример може закључити уговор о делу, и то више њих, или уговор о допунском раду. Зашто не може закључити уговор о привременим и повременим пословима ако се одредбе Закона о раду не примењују на привремене и повремене послове већ постоји слобода уговарања? Дакле она је ограничена у интересу запослених одредбама о максималном радном времену, обавезама послодавца у погледу безбедности и здравља радно ангажованог лица, као и обавезом исплате накнаде која не може бити обрачуната по радном сату испод минималне цене рада одређене од стране надлежног органа.

Чланом 36. Закона о доприносима за обавезно социјално осигурање[17] наведено је да ако је основица доприноса, прописана законом, нижа од најниже месечне основице доприноса, обрачун и плаћање доприноса врши се на најнижу месечну основицу доприноса, ако законом није друкчије уређено. Претходно наведено ограничење не важи за накнаду која се исплаћује, између осталог и по уговору о делу. Дакле рад у оквиру радног односа и рад по основу уговра о привременим и повременим пословима посматра се из перспективе зараде изједначено. Минимална цена рада се примењује при обрачуну зарада и накнаде по основу уговора о привременим и повременим пословима. Сходно томе и основица за обрачун доприноса за социјално осигурање је иста.

Чланом 1. Конвенције Међународне организације рада број 131. о утврђивању минималних плата, с посебним освртом на земље у развоју [18] предвиђено је да се свака чланица Међународне организације рада која ратификује ову конвенцију обавезује да ће установити систем минималних надница који обухвата све групе радника чији услови запослења захтевају њихову заштиту. Пошто је претходно наведена конвенција ратификована она се

---

[17] Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање, *„Сл. гласник РС“, бр. 84/2004, 61/2005, 62/2006, 5/2009, 52/2011, 101/2011, 7/2012 – усклађени дин. изн., 8/2013 – усклађени дин. изн., 47/2013, 108/2013, 6/2014 – усклађени дин. изн., 57/2014, 68/2014 – др. закон, 5/2015 – усклађени дин. изн., 112/2015, 5/2016 – усклађени дин. изн., 7/2017 – усклађени дин. изн., 113/2017, 7/2018 – усклађени дин. изн., 95/2018, 4/2019 – усклађени дин. изн., 86/2019, 5/2020 – усклађени дин. изн., 153/2020, 6/2021 – усклађени дин. изн., 44/2021, 118/2021, 10/2022 – усклађени дин. изн., 138/2022 и 6/2023 – усклађени дин. изн.*

[18] Закон о ратификацији конвенције Међународне организације рада бр. 131 о утврђивању минималних плата, с посебним освртом на земље у развоју, *„Сл. лист СФРЈ“ Међународни уговори бр. 14/82.*

примењује и у Србији и то непосредно. Она се односи на све групе радника, па и на лица која раде по основу привремених и повремених послова. Није у Конвенцији употребљена формулација „запослени“, „лица у радном односу“ или слично што би нас навело на закључак да се она односи искључивао на лица у радном односу. Претходно наведени члан као и остале одредбе Конвенције, односе се на сва радно ангажована лица, па између осталих у нашем случају и на запослене по основу уговора о привременим и повременим послова.

МИНИМАЛНА ЗАРАДА У ЈАВНОМ СЕКТОРУ И ЊЕН ОДНОС СА ДОДАТКОМ ЗА ИСХРАНУ У ТОКУ РАДА И РЕГРЕСОМ ЗА КОРИШЋЕЊЕ ГОДИШЊЕГ ОДМОРА

У последњих неколико година, запажају се велике промене у етици и раду организација у јавном сектору посебно због увођења менаџерских пракси и тржишних механизама у њихов рад и преношењу путем уговора права на пружање јавних услуга приватним компанијама и невладиним организацијама чији рад контролишу бројне агенције.[19] Стога, је положај запослених у јавном сектору повезан са новим изазовима, између осталог и у погледу повећаног ангажовања по основу флексибилних облика рада и питања одређивања минималне зараде.

Законом о платама у државним органима и јавним службама[20], тј. чланом 4. истог закона, прописано је да коефицијент, на основу кога се одређује основна плата запослених, изражава сложеност послова, одговорност, услове рада и стручну спрему. Такође, нормирано је и да коефицијент садржи и додатак на име накнаде за исхрану у току рада и регреса за коришћење годишњег одмора, али његов износ није опредељен.

Чланом 5. истог закона, прописани су додаци на плату и опредељени њихови износи или наведено упућивање на прописе који их одређују. У случају додатка на име накнаде за исхрану у току рада и регреса за коришћење годишњег одмора, поред тога што самим чланом 4. Закона о платама у државним органима и јавним службама није опредељен његов износ, не постоји ниједан други пропис чијом би се применом могао определити износ овог додатка.

---

[19] M. Robinson, *From Old Public Administration to the New Public Service Implications for Public Sector Reform in Developing Countries*, UNDP Global Centre for Public Service Excellence, Singapore, 2015, 8.

[20] Закон о платама у државним органима и јавним службама, *„Сл. гласник РС“, бр. 34/2001, 62/2006 – др. закон, 63/2006 – испр. др. закона, 116/2008 – др. закони, 92/2011, 99/2011 – др. закон, 10/2013, 55/2013, 99/2014 и 21/2016 – др. Закон.*

Такође, током рада, односно током коришћења годишњег одмора запослени на које се примењује Закон о платама у државним органима и јавним службама имају одређене трошкове, а коефицијент је основ за обрачунавање њихове плате, која представља накнаду за њихов рад. Додатак на име накнаде за исхрану у току рада и регреса за коришћење годишњег одмора, не представља накнаду за рад, већ накнаду трошкова које запослени имају током свога рада, стога произилази да запослени из своје плате надокнађују трошкове исхране током рада, односно коришћења годишњег одмора (регрес за коришћење годишњег одмора суштински посматрано представља накнаду трошкова за коришћење годишњег одмора), а што значи да се њихова плата умањује за те износе. Имајући у виду претходно речено, њихова накнада за рад није правична, јер се умањује за износ претходно наведених трошкова, а што је у супротности са одредбом члана 60. Устава Републике Србије[21], којим је између осталог прописано да запослени имају право и на правичну накнаду за свој рад.

Запослени на које се примењује Закон о платама у државним органима и јавним службама су запослени који свој рад обављају углавном у општем режиму радних односа, тј. на уређење њиховог радноправног положаја у највећој мери се примењују одредбе Закона о раду. Ради се о запосленима који своје послове обављају у делатности просвете, здравства, социјалне заштите, културе...[22]

---

[21] Устав Републике Србије, *„Сл. гласник РС“, бр. 98/2006 и 115/2021.*

[22] Уз изузетак запослених у просвети, код којих је Законом о основама система образовања и васпитања, *„Сл. гласник РС“, бр. 88/2017, 27/2018 – др. закон, 10/2019, 27/2018 – др. закон, 6/2020, 129/2021 и 92/2023*, Законом о високом образовању, *„Сл. гласник РС“, бр. 88/2017, 73/2018, 27/2018 – др. закон, 67/2019, 6/2020 – др. закони, 11/2021 – аутентично тумачење, 67/2021, 67/2021 – др. закон и 76/2023,* Законом о основном образовању и васпитању, *„Сл. гласник РС“, бр. 55/2013, 101/2017, 10/2019, 27/2018 – др. закон, 129/2021 и 92/2023*, Законом о средњем образовању и васпитању *„Сл. гласник РС“, бр. 55/2013, 101/2017, 27/2018 – др. закон, 6/2020, 52/2021, 129/2021, 129/2021 – др. закон и 92/2023* и Законом о предшколском васпитању и образовау *„Сл. гласник РС“, бр. 18/2010, 101/2017, 113/2017 – др. закон, 95/2018 – др. закон, 10/2019, 86/2019 – др. закон, 157/2020 – др. закон, 123/2021 – др. закон и 129/2021*, уређено заснивање радног односа, разлози за престанак истог, као и поједина права и обавезе запослених и код којих се при уређивању положаја запослених Закон о раду не примењује готово свакодневно, у случају запослених у култури, социјалној заштити, здравственој заштити и случају ненаставног особља у високошколским установама, готово искључиво се примењује Закон о раду на уређење положаја запослених у овим делатностима. Закон о култури, *„Сл. гласник РС“, бр. 72/2009, 13/2016, 30/2016 – испр., 6/2020, 47/2021, 78/2021 и 76/2023*, Закон о социјалној заштити, *„Сл. гласник РС“, бр. 24/2011 и 117/2022 – одлука УС* и Закон о високом образовању у делу који се односи на ненаставно особље високошколских установа, садржи тек неколико одредба које се односе на положај запослених у овим областима, а сами ови прописи упућују да се на положај запослених у овим делатностима примењује Закон о раду. Такође, Закон о платама у државним органима и јавним службама, се примењује приликом одређивања основне зараде запослених у јавним службама и у још појединим

Чланом 118. Закона о раду прописано је да запослени имају право на накнаду трошкова између осталог и за исхрану у току рада, ако послодавац ово право није обезбедио на други начин и за регрес за коришћење годишњег одмора, при чему је одређено да накнада трошкова исхране у току рада мора бити изражена у новцу.

Сви запослени на које се примењују одредбе члана 118. Закона о раду имају право на накнаду трошкова за исхрану у току рада изражену у новцу, ако послодавац ово право није обезбедио на други начин и за регрес за коришћење годишњег одмора, осим запослених на које се примењују одредбе Закона о платама у државним органима и јавним службама, код којих су ови трошкови садржани у коефицијенту за обрачун и исплату плате, при чему као што смо већ навели упитно да ли је тај додатак и садржан у коефицијентима.

Уједно, чланом 118. Закона о раду прописано је да се накнада трошкова за исхрану у току рада изражена у новцу, ако послодавац ово право није обезбедио на други начин и за регрес за коришћење годишњег одмора одређују у складу са општим актом послодавца и уговором о раду. Дакле, није предвиђена могућност да се ови трошкови одреде посебним прописом.

Имајући у виду претходно речено, одредба члана 4. Закона о платама у државним органима и јавним службама у супротности је са чланом 118. Закона о раду, којим није предвиђена могућност да се ови трошкови одреде другим законом већ се само могу одредити општи актом послодавца и уговором о раду, односно претходно наведена одредба представља неједнако поступање и највероватније је супротна члану 23. Устава Републике Србије, с обзиром да су запослени на које се примењује Закон о платама у државним органима и јавним службама при одређивању њихове плате дискриминисани у односу на остале запослене на које се примењује Закон о раду, по основу тога што се њихова зарада исплаћује из буџетских средстава и због тога што им је послодавац јавна служба која се финансира из буџетских средстава[23], јер им се

областима повезаним са зарадом (на пример у случају увећане зараде по основу остваривања сопствених прихода на тржишту), док се у свим осталим областима, попут накнаде трошкова за долазак и одлазак са рада, трошкова насталих на службеном путовању у земљи и иностранству, увећане зараде...примењују одредбе Закона о раду.

С обзиром на то да положај запослених у јавним службама није на посебан начин у потпуности уређен посебним прописима, нити постоји тренутно посебан закон (уз изузетак Закона о запосленима у јавним службама, *„Сл. гласник РС“, бр. 113/2017, 95/2018, 86/2019, 157/2020 и 123/2021*, који се тренутно не примењује, односно његова примена је одложена до 2025. године), који се искључиво односи на радноправни положај запослених у јавним службама (постојећи закони уређују изворно делатност у којој послодавац запослених ради, а појединим својим одредбама уређују радни однос запослених), према мишљењу аутора у овом случају се не може говорити о постојању посебног режима радних односа, у пуном смислу.

[23] У случају постојања приватне јавне службе попут приватне предшколске установе или приватног геронтолошког центра, на овакав начин се не би обрачунавали накнада за

накнада за трошкове исхране у току рада не изражава у новцу, ако послодавац ово право није обезбедио на други начин и регрес за коришћење годишњег одмора, нити се претходно наведени трошкови одређују у складу са општим актом послодавца и уговором о раду, као што је то случај код осталих запослених на које се примењују одредбе Закона о раду.

Имајући у виду члан 4. Закона о платама у државним органима и јавним службама, као што смо више пута до сада навели, додатак на име накнаде за исхрану у току рада и регрес за коришћење годишњег одмора, саставни су део коефицијента на основу кога се у складу са чланом 2. Закона о оплатама у државним органима и јавним службама одређује основна плата запослених.

Производ коефицијента и основице одређене од стране надлежног органа основ су за обрачун и исплату плате запослених на које се примењује Закон о платама у државним органима и јавним службама. Уколико је овај производ испод минималне зараде, сходно одредбама Закона о раду и Конвенције Међународне организације рада број 131. о утврђивању минималних плата, запосленима се исплаћује минимална зарада одређена у складу са одредбама Закона о раду, које као што смо навели представљају разраду одредби Конвенције Међународне организације рада број 131. о утврђивању минималних плата.

С обзиром на претходно речено, уколико је плата обрачуната у складу са Законом о платама у државним органима и јавним службама, нижа од минималне зараде, исплаћује се минимална зарада обрачуната у складу са Законом о раду. У том случају се поставља питање који део тако исплаћене зараде представљају додатак на име накнаде за исхрану у току рада и регрес за коришћење годишњег одмора, с обзиром на то да је запосленом у том случају исплаћена само минимална зарада. Из претходно реченог произилази, да у овом случају запосленима није исплаћен додатак на име накнаде за исхрану у току рада и регрес за коришћење годишњег одмора, односно да сви запослени на које се примењује Закон о платама у државним органима и јавним службама немају додатак на име накнаде за исхрану у току рада и

трошкове исхране у току рада и накнада за коришћење годишњег одмора, већ би се исте изражавале на начин предвиђен Законом о раду. Стога произилази постојање дискриминације по основу тога што лица која раде за јавну службу чији је оснивач јавноправно тело и чије се зараде финансирају из буџетских средстава (поготово запослени који примају минималну зараду) немају права као њихове колеге које раде у приватним предшколским установама.

Не постоји позитивноправна дефиниција „личног својства“, на основу којег се одређује дискриминаторско понашање. Лично својство је особеност повезана са физичким лицем на основу којег се оно разликује у односу на остала физичка лица. Послодавац код кога конкретно лице ради и начин на који му се обрачунава зарада, су свакако особености повезане са личношћу једног лица, на основу којих се оно разликује у односу на остала лица, јер припада групи запослених који раде у јавним службама чији је оснивач јавноправно тело.

регрес за коришћење годишњег одмора. Када то не би био случај, приликом исплате минималне зараде иста би била увећана за додатак на име накнаде за исхрану у току рада и регрес за коришћење годишњег одмора, а што као што смо већ навели није случај, а јесте код осталих послодаваца код којих се зараде запосленима обрачунавају применом одредаба Закона о раду о минималној заради.

Међутим, Врховни касациони суд је заузео другачији став у Закључку Врховног касационог суда, који је усвојен на седници Грађанског одељења одржаној 5.7.2022. године. Наиме према ставу Врховног касационог суда запослени којима се плате исплаћују у висини вредности минималне зараде у јавним службама, као корисницима буџетских средстава, остварују право на накнаду трошкова исхране у току рада и регреса за коришћење годишњег одмора по основу рада, применом коефицијента за обрачун и исплату плата у којем је садржан додатак на име тих накнада и саставни је део коефицијента за сваког запосленог.

Доношењу Закључка Врховног касационог суда, претходиле су тужбе запослених који остварују минималну зараду, а којима је исплаћиван тачан износ минималне зараде за конкретни месец, без било каквог увећања које би представљало додатак за исхрану у току рада или регрес за коришћење годишњег одмора. У овим предметима, судска пракса је била неуједначена, па између осталих и судска пракса Врховног касационог суда, те је због тога донет предметни закључак.[24] Промена судске праксе изазива правну несигурност и слаби ауторитет правосуђа, те је стога постојао правни основ за доношење овог закључка.[25]

Такође, Врховни касациони суд је Изјашњењем Комори здравствених установа од 27.12.2021. године (дакле, само пола године пре доношења Закључка од 05.07.2022. године) појаснио да је став Врховног касационог суда да у случају када је запосленом исплаћивана минимална зарада, право на топли оброк и регрес које му припада према Закону о платама није реализовано и да је такво схватање у складу са уједначеном судском праксом у тумачењу и примени права, јер је у том спору битно другачије чињенично стање од ранијих одбијајућих пресуда за топли оброк и регрес запосленима који су примали основну плату већу од минималне зараде.[26]

---

[24] Примера ради Врховни Касациони суд је у својој Пресуди Рев2 1557/2019, од 13.02.2020. године, заузео став који је супрутан наведеном закључку, а у Пресуди Рев2. 1177/22 од 08. 06. 2022. године, став који је у складу са садржином закључка.

[25] Предраг Трифуновић, Нека спорна питања у радноправној пракси – проблем „тетка", *Избор судске праксе, број 11, Глосаријум, Београд, 2022, стр. 5.*

[26] Весна Душић, Бојан Божовић „Накнада трошкова за исхрану у току рада и регреса за годишњи одмор запослених са минималном зарадом у јавним службама", *Радно и социјално право, број 1/2022, 300.*

ЗАКЉУЧАК

У циљу унапређења система минималне зараде у Србији, приликом усвајања новог Закона о раду, неопходно је извршити читав низ измена. Притом, треба имати у виду да према тренутно важећем решењу минимална зарада представља изузетак на који се послодавац може позвати онда када има проблеме у пословању. Међутим, тренутна је пракса таква да исплата минималне зарада више није изузетак, већ правило. Овде треба истаћи да и држава као највећи послодавац исплаћује минималну зараду запосленима који примају плату из буџета.

Такође, према тренутном законском решењу, елементи за утврђивање минималне зараде односе се на: егзистенцијалне и социјалне потребе запосленог и његове породице изражених кроз вредност минималне потрошачке корпе, кретања стопе запослености на тржишту рада, стопе раста бруто домаћег производа, кретања потрошачких цена, кретања продуктивности и кретања просечне зараде у Републици. Сматрамо неопходним да се донесе посебан подзаконски акт којим би се ближе утврдило на који начин сваки од наведених параметара појединачно утиче на утврђивање минималне цене рада.

Имајући у виду да је приликом утврђивања најниже цене рада неопходно располагати што новијим статистичким подацима, није најјасније због чега је по тренутно важећем решењу неопходно да се минимална цена рада мора утврдити најкасније до 15. септембра текуће године. Ово посебно из разлога што се Закон о буџету усваја најкасније до 15. децембра, па би тако и одлука о минималној заради требало да буде донета најкасније у новембру текуће године за наредну годину.

Коначно, минимална цена рада требало би да буде резултат и предмет социјалног дијалога између социјалних партнера заснованог на реалним статистичким показатељима, а између осталог неопходно је укључити и праг ризика од сиромаштва. С обзиром на неједнак регионални развој Републике Србије, требало би размислити и о утврђивању минималне цене рада на локалном нивоу. Овде посебно истичемо и неопходност појачаног рада и надзора надлежне инспекције у циљу откривања неправилности у вези са разлозима увођења и исплате минималне зараде.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Весна Душић, Бојан Божовић „Накнада трошкова за исхрану у току рада и регреса за годишњи одмор запослених са минималном зарадом у јавним службама“, Радно и социјално право, број 1/2022, 291-231.

Предраг Трифуновић, Нека спорна питања у радноправној пракси – проблем „теткица", Избор судске праксе, број 11, Глосаријум, Београд, 2022, 5 – 9.
ILO (2014), General Survey of the reports on the Minimum Wage Fixing Convention, 1970 (No. 131) and the Minimum Wage Fixing Recommendation, 1970 (No. 135).
Jan Drahokoupil, What role can minimum wages play in overcoming the low-wage model in central and eastern Europe?, European trade union institute, Working Paper 2016.09, Brussels, 2016.
Martin Myant, Unit labour costs: no argument for low wages in eastern and central Europe, ETUI, Working Paper 2016.9, Brussels, 2016.
Марио Рељановић, Алтернативно радно законодавство, Rosa Luxemburg Stiftung Southeast Europe: Centar za dostojanstven rad, 2019.
Mark Robinson, From Old Public Administration to the New Public Service Implications for Public Sector Reform in Developing Countries, UNDP Global Centre for Public Service Excellence, Singapore, 2015.

Правни извори

ILO (1970), Recommendation 135 – Minimum Wage Fixing Recommendation, 1970 (No. 135).
Устав Републике Србије, *„Сл. гласник РС", бр. 98/2006 и 115/2021.*
Закон о раду, *„Сл. гласник РС", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење.*
Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање, *„Сл. гласник РС", бр. 84/2004, 61/2005, 62/2006, 5/2009, 52/2011, 101/2011, 7/2012 – усклађени дин. изн., 8/2013 – усклађени дин. изн., 47/2013, 108/2013, 6/2014 – усклађени дин. изн., 57/2014, 68/2014 – др. закон, 5/2015 – усклађени дин. изн., 112/2015, 5/2016 – усклађени дин. изн., 7/2017 – усклађени дин. изн., 113/2017, 7/2018 – усклађени дин. изн., 95/2018, 4/2019 – усклађени дин. изн., 86/2019, 5/2020 – усклађени дин. изн., 153/2020, 6/2021 – усклађени дин. изн., 44/2021, 118/2021, 10/2022 – усклађени дин. изн., 138/2022 и 6/2023 – усклађени дин. изн.*
Закон о ратификацији конвенције Међународне организације рада бр. 131 о утврђивању минималних плата, с посебним освртом на земље у развоју, *„Сл. лист СФРЈ" Међународни уговори бр. 14/82.*
Закон о платама у државним органима и јавним службама, *„Сл. гласник РС", бр. 34/2001, 62/2006 – др. закон, 63/2006 – испр. др. закона, 116/2008 – др. закони, 92/2011, 99/2011 – др. закон, 10/2013, 55/2013, 99/2014 и 21/2016 – др. Закон.*
Законо о основама система образовања и васпитања, *„Сл. гласник РС", бр. 88/2017, 27/2018 – др. закон, 10/2019, 27/2018 – др. закон, 6/2020, 129/2021 и 92/2023.*
Закон о високом образовању, *„Сл. гласник РС", бр. 88/2017, 73/2018, 27/2018 – др. закон, 67/2019, 6/2020 – др. закони, 11/2021 – аутентично тумачење, 67/2021, 67/2021 – др. закон и 76/2023.*
Закон о основном образовању и васпитању, *„Сл. гласник РС", бр. 55/2013, 101/2017, 10/2019, 27/2018 – др. закон, 129/2021 и 92/2023.*
Закон о средњем образовању и васпитању *„Сл. гласник РС", бр. 55/2013, 101/2017, 27/2018 – др. закон, 6/2020, 52/2021, 129/2021, 129/2021 – др. закон и 92/2023.*

Закон о предшколском васпитању и образовању, *„Сл. гласник РС“, бр. 18/2010, 101/2017, 113/2017 – др. закон, 95/2018 – др. закон, 10/2019, 86/2019 – др. закон, 157/2020 – др. закон, 123/2021 – др. закон и 129/2021.*
Закон о култури, „*Сл. гласник РС“, бр. 72/2009, 13/2016, 30/2016 – испр., 6/2020, 47/2021, 78/2021 и 76/2023.*
Закон о социјалној заштити, *„Сл. гласник РС“, бр. 24/2011 и 117/2022 – одлука УС.*
Закон о запосленима у јавним службама, *„Сл. гласник РС“, бр. 113/2017, 95/2018, 86/2019, 157/2020 и 123/2021.*

Интернет извори

http://www.socijalnoekonomskisavet.rs/cir/minimalna%20zarada%20cir.htm, 23. јун 2023,
https://pescanik.net/izobicajavanje-radnog-prava/, 13.јун 2023,
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:32022L2041, 4. новембар 2023,

Aleksandar T. Antić
University of Kragujevac
Faculty of Law Kragujevac
anticaleksandar89@gmail.com
ORCID ID: 0000-0002-4117-9401

Bojan P. Urdarević
University of Kragujevac
Faculty of Law Kragujevac
burdarevic@jura.kg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-5635-2492

Some Open Questions Related to the Minimum Wage in the Republic of Serbia

Abstract: *The minimum wage in the Republic of Serbia is determined on the basis of the minimum wage determined in accordance with the Labour Law, working hours and taxes and contributions paid from wages. The minimum wage should be the minimum amount of money, which should enable employees to meet basic living needs. Unfortunately, its amount in practice is often not enough to provide for the basic living needs of employees and their family members. The employer should pay the minimum wage when, due to business disruption, he is unable to pay a wage that would be higher than it, ie. it should be an extraordinary phenomenon in the world of labor and capital. However, the minimum wage is becoming the rule of payment for employees in many industries in the Republic of Serbia.*

One of the question related to the miniimum wage is whether it can be considered in accordance with the Decisions of the Government and the Socio-Economic Council as the net amount paid for the employment of all persons per hour, regardless of the legal basis of their work. This statement is suported by the used legal definition of minimum labour cost. For example, working under a contract on temporary and periodical jobs is the same as any other kind of work, even though work is conducted outside of employment relationship. According to the Law on Contributions for Complulsory Social Insurance, work within the employment relationship and work on the basis of contracts on temporary and periodical jobs are viewed equally from the perspective of contributions paid on wages.

In the light of international labour standards, according to the Minimum Wage Fixing Convention No. 131 of the International Labour Organization, each member of the International Labour Organization which ratifies this Convention

undertakes to establish a system of minimum wages which covers all groups of wage earners whose terms of employment are such that coverage would be appropriate. Since the Republic of Serbia has ratified this Convention, it directly applies to all groups of workers, including those hired on the basis of contracts for temporary and occasional work.

Regarding the civil service system, the Law on Salaries in State Bodies and Public Servicies stipulates that the coefficient on the basis of which the basic salary of employees in state bodies and public services is determined expresses the complexity of work, responsibility, working conditions and education. The coefficient also contains an allowance in the name of compensation for food during work and recourse for the use of annual leave.

The practical question arose as to whether employees who are paid the minimum wage in the general regime of labour relations are entitled to a suplement in the name of compensation for food during work and recourse for the use of annual leave, ie. whether the minimum wage in the Republic of Serbia should include these allowances.

The authors will analyze the issues raised in the previous parts of the text, but also other issues related to the minimum wage and present views for their solution.

Keywords: *minimum wage, ILO Convention 131, temporary and periodical jobs, food allowance during work, recourse for the use of annual leave.*

Датум пријема рада: 21.08.2023.
Датум достављања коначне верзије рада: 03.01.2024.
Датум прихватања рада: 04.01.2024.

Прегледни рад 347.7:340.142
doi:10.5937/zrpfns57-48254

Александра С. Секулић
Универзитет у Крагујевцу
Правни факултет у Крагујевцу
asekulic@jura.kg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9635-5329

ПРОБИЈАЊЕ ПРАВНЕ ЛИЧНОСТИ ИЗ УГЛА СУДСКЕ ПРАКСЕ*

Сажетак: *Пробијање правне личности представља један од најкотраверзнијих института у компанијском праву зато што представља одступање од правила о ограниченој одговорности. Како је овај институт настао у судској пракси, отуда је и судска пракса веома значајна у анализи датог института. Постоје неки упоредноправни системи у којима се овај институт често примењује у судској пракси. Са друге стране, постоје системи, у који спада и домаћи, у којима се овај институт у пракси примењује ретко и са опрезом. Основни циљ истраживања у овом раду је анализа института пробијања правне личности и његовог значаја у компанијском праву, уз посебан осврт на домаћу судску праксу и анализу одређених карактеристика упоредноправне судске праксе.*

Кључне речи: *пробијање правне личности, злоупотреба правила о ограниченој одговорности, судска пракса, ограничена одговорност, члан друштва.*

1. УВОД

Пробијање правне личности је институт који је настао у англосаксонском праву, и то најпре у судској пракси, да би тек потом био регулисан компанијским законом. У овој чињеници се огледа значај судске праксе за анализу овог института. Такође, узевши у обзир да се законом (било компанијским, било кодификацијом грађанског права) не регулише детаљније начин примене

* Реферат на ову тему излаган је на Петој међународној научној конференцији „Правна традиција и нови правни изазови“ одржаној 19.10. 2023. године на Правном факултету у Новом Саду.

овог института, анализа судске праксе је неопходна ради усавршавања и развијања примене пробијања правне личности.

У српском правном систему пробијање правне личности је први пут регулисано Законом о предузећима из 1988. године.[1] Српски правни систем не карактерише значајнија судска пракса која се односи на пробијање правне личности. Чак и у случајевима када је суд разматрао тужбене захтеве по основу пробијања правне личности, често су усвајани различити и неусаглашени ставови судија. Постоји више разлога за такав приступ. Први се огледа у чињеници да се Законом о привредним друштвима[2] (у даљем тексту: ЗПД) пробијање правне личности регулише само једним чланом.[3] Други разлог јесте тај што је пробијање правне личности постало део српског правног система у тренутку преласка привредног система из друштвене у приватну својину, те у том моменту систем није био довољно спреман за примену овог института,[4] што је оставило трага и касније у примени овог института. Специфичност овог института произилази отуда што се њиме одступа од најелементарнијег законског правила о ограниченој одговорности чланова, па је самим тим у свим правним системима овај институт изузетак од општег правила.[5] Стога, зарад остварења правне сигурности, неопходне су смернице судијама у погледу примене овог института и усаглашеност правних ставова у судској пракси. То често није случај, како у српском правном систему, тако и у другим правним системима. Као пример имамо руски правни систем у коме такође постоји ретка примена пробијања правне личности и то управо због сличних разлога, а један од главних јесте неусаглашеност правних теоретичара и практичара у погледу оправданости и начина примене пробијања правне личности.[6]

Основни циљ истраживања у овом раду биће анализа српског правног система у погледу регулисања и примене пробијања правне личности. У анализи полазимо од настанка и основне сврхе института пробијања правне личности којим се има за циљ да се отклони злоупотреба правила о ограниченој одговорности. Након тога, размотрићемо законодавно регулисање овог института у српском праву, као и његову практичну примену од тренутка његовог увођења у домаћи правни систем. На крају рада извршићемо крат-

---

[1] Вера Марковић, „Пробијање правне личности кроз нашу судску праксу са освртом на законску регулативу других земаља“, *Право и привреда* 5-8/2001, 853.

[2] Закон о привредним друштвима (у даљем тексту: ЗПД), *Службени гласник Републике Србије*, 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019, 109/2021.

[3] ЗПД, чл. 18.

[4] В. Марковић, 853-854.

[5] Pawel Slup (Слап), “Piercing the corporate veil – A common patern”, *Comparative Law Review* 24/2018, 305.

[6] Tikhon Podshipalov (Подшипалов), „Protection of property rights based on the doctrine of piercing the corporate veil in the russian case law“, *Russian Law Journal* 2/2018, 58.

ку упоредно-правну анализу оних система (Немачка, Сједињене Америчке Државе, Велика Британија) у којима је овај институт веома присутан у пракси.

2. ПОЈАМ И СВРХА ПРОБИЈАЊА ПРАВНЕ ЛИЧНОСТИ

Пробијање правне личности је институт компанијског права који је блиско повезан са појединим грађанскоправним институтима и начелима. Пре свега, по својој природи пробијање правне личности засновано је на грађанскоправном начелу забране злоупотребе права.[7] Повезаност пробијања правне личности са одређеним грађанскоправним институтима и начелима садржана је у чињеници да се у неким системима пробијање испитује са аспекта поштовања начела савесности и поштења, односно добре вере.[8] Такође, у судским праксама појединих земаља (Француска, у одређеним случајевима Велика Британија) правила о пробијању се изводе из општих правила о вануговорној (деликтној) одговорности.[9]

Институт пробијања правне личности односи се на чланове друштва који ограничено одговарају за обавезе друштва до висине својих унетих улога у капитал друштва.[10] Из овога произилази да постоји својеврсна „ограда“ („корпоративни вео”) која одваја личну имовину чланова од имовине компаније.[11] Управо у одвојености имовине чланова од имовине друштва, односно у привилегији ограничене одговорности за обавезе друштва, садржана је суштина компанијског права.[12] Како наведено правило о ограниченој одговорности злоупотребом може проузроковати штету повериоцима друштва,[13]

---

[7] Мирко Васиљевић, *Коментар Закона о привредним друштвима*, Београд 2023, 84-85.

[8] T. Podshipalov, 43; Namrata Chakraborty (Шакраборди), Priyanka Sahasrabudhe (Сахасрабуди), „Piercing the corporate veil – an instance of abusing human rights?“, *National Corporate Law Review 3/2017*, 61.

[9] Carsten Gerner-Beuerle (Герн-Бојрл), Michael Schillig (Шилиг), *Comparative Company Law*, Oxford University Press, 868-881; Мирко Васиљевић, *Пробијање правне личности (члан компаније vs. поверилац компаније),* Београд 2020, 81-83.

[10] Мирко Васиљевић, Татјана Јевремовић Петровић, Јелена Лепетић, *Компанијско право*, Београд 2020, 60; Небојша Јовановић, Мирјана Радовић, Вук Радовић, *Компанијско право (2. издање*), Београд 2021, 134.

[11] М. Васиљевић (2023), 85.

[12] Драган Вујисић, „Пробијање правне личности“, *Правна мисао у срцу Шумадије* (ур. Божин Влашковић, Предраг Стојановић), Крагујевац 2012, 528; Драган Вујисић, „Пробијање правне личности“, *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније* (ур. Мићовић Миодраг), Крагујевац 2019, 406; Tomasz Tomczak (Томчак), „The Enforcement of Environmental Damages Judgement as a Basis for Piercing the Corporate Veil within a Corporate Group”, *Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego,* 207.

[13] Мирко Васиљевић, 60; Н. Јовановић, М. Радовић, В. Радовић, *Компанијско право (2. издање*), Београд 2021, 134.

пробијање правне личности установљено је као изузетак од правила о ограниченој одговорности.[14]

Постоје бројни примери пробијања правне личности који се разликују у правним системима зависно од схватања овог института. Начин примене овог института зависи од судске праксе у којој је овај институт настао.[15]

3. РЕГУЛИСАЊЕ ПРОБИЈАЊА ПРАВНЕ ЛИЧНОСТИ У СРПСКОМ ПРАВУ

У српском праву пробијање правне личности јесте институт компанијског права који се уређује ЗПД-ом. Кључна питања за анализу начина регулисања овог института у српском праву јесу: субјект примене, дефинисање радњи чијим извршењем ће се сматрати да постоји злоупотреба правила о ограниченој одговорности, активно легитимисана лица за покретање поступка.

Када је реч о субјекту примене, пробијање правне личности се, према ЗПД-у, примењује на следећа лица: командитора, члана друштва са ограниченом одговорношћу, акционара, или законског заступника ових лица уколико су она пословно неспособна.[16] Поједини аутори сматрају да је пробијање правне личности првенствено намењено контролним (већинским) члановима, не искључујући потенцијалну одговорност мањинских чланова.[17] Ови аутори заузимају став да мањински чланови чешће могу повредити своје обавезе према друштву, него према повериоцима, те да би се на њих пре могла примењивати правила о посебним дужностима према друштву, али само уколико би са њима био закључен уговор о контроли и управљању.[18]

Следеће питање јесте дефинисање радњи чијим извршењем ће се сматрати да постоји злоупотреба правила о ограниченој одговорности. Српским законодавством ове радње нису таксативно одређене, али су законом наведене одређене радње када ће се нарочито сматрати да постоји злоупотреба и то су: употреба друштва за циљ који је иначе забрањен, коришћење имовине друштва или њено располагање као да је лична имовина члана, коришћење друштва или имовине у циљу оштећења поверилаца, умањење имовине друштва ради стицања користи за себе или трећа лица, иако је лице знало или морало знати да друштво неће моћи да изврши своје обавезе.[19] Поред

[14] P. Slup, 305.

[15] М. Васиљевић (2020), 34; Sandra Miller (Милер), „Piercing the corporate veil among affiliated companies in the European community and in the US: Analysis of U.S., German, and U.K. veil piercing approaches“, *American Business Law Journal 36/1998*, 112.

[16] Д.Вујисић (2019), 407.

[17] М. Васиљевић, Т. Јевремовић Петровић, Ј.Лепетић, 62.

[18] М. Васиљевић (2020), 57.

[19] М. Васиљевић (2023), 86; Д.Вујисић (2019), 407.

постојања радње којом се врши злоупотреба, да би се применио овај институт, неопходно је да је члан остварио имовинску корист, као и да постоји узрочна веза између злоупотребе члана и остварења имовинске користи на штету поверилаца друштва.[20]

Важно питање јесте и ко су активно легитимисана лица која имају право на истицање тужбеног захтева према субјектима примене. У српском праву активно легитимисана лица јесу повериоци друштва који захтев могу истаћи у субјективном року од шест месеци у оквиру важења објективног рока од пет година.[21] Повериоци јесу активно легитимисана лица без обзира на доспелост потраживања, с тим да се за недоспела потраживања субјективни рок рачуна од тренутка доспећа потраживања.[22] У погледу права не прави се разлика између појединих група поверилаца (пре свега, између вољних (уговорних) и невољних поверилаца).[23] Једина разлика која би се могла направити односи се на оцену постојања основаности разлога за подношење тужбе, где би се блажи критеријуми примењивали на невољне повериоце, као и на запослене као повериоце.[24]

Поред до сад поменутих општих правила за примену овог института, у српском праву јавља се посебан начин примене пробијања правне личности у случају ликвидације друштва.[25] Тај начин примене односи се на одговорност контролног члана друштва за обавезе друштва у случају принудне ликвидације у року од три године од престанка друштва, који поједини аутори означавају као „законско пробијање правне личности“.[26] Неки аутори испитују уставност законске одредбе којом се предвиђа овакав начин пробијања, истичући као упитну примену установе пробијања на контролног члана без обзира на то да ли је испуњен услов злоупотребе.[27]

4. ДОМАЋА СУДСКА ПРАКСА

Иако је пробијање правне личности већ пар деценија део српског правног система, овај институт још увек није често примењиван у пракси. Такође,

[20] Н. Јовановић, М. Радовић, В. Радовић, 136; Пресуда Врховног касационог суда Прев. 4/16 од 27.10.2006. године (Према: Дарко Голић, Ивана Мараш, „Пробијање правне личности“, *Култура полиса 44/2021,* 289.)

[21] ЗПД, чл. 18. ст. 3

[22] ЗПД, чл. 18. ст. 4.

[23] М. Васиљевић (2020), 89.

[24] *Ibid.*

[25] Вид. Марко Радовић, „Одговорност контролног члана друштва престалог принудном ликвидацијом“, *Зборник 34. сусрета Копаоничке школе природног права Слободан Перовић, II том*, Београд 2021, 439-451.

[26] *Ibid*, 438-444.

[27] *Ibid.*

нису испуњена очекивања која су постојала у првим годинама регулисања овог института да ће пробијање правне личности постепено постајати често примењиван институт у судској пракси.[28] Приликом разматрања домаће судске праксе, раздвојићемо анализу на ранију судску праксу и на новију судску праксу.

4.1. Ранија судска пракса

У ранијој судској пракси се у примени овог института примарно разматрала одговорност власника као члана за обавезе предузећа.[29] Одговорност власника предузећа се испитивала са аспекта мешања имовине или проузроковања стечаја који представљају типичне примере за примену пробијања правне личности. Када је реч о мешању имовине предузећа са имовином чланова (власника и оснивача) предузећа, један од најтипичнијих примера судске праксе односи се на штедионицу „СМБ“.[30] Наиме, у овом случају је директор који је био и једини власник штедионице добијао уплате из главне благајне штедионице на основу којих је за себе куповао аутомобиле, куће, плацеве, исплаћивао закупнине итд.[31] Суд је у овом случају утврдио мешање имовине власника са имовином предузећа и обавезао је туженог да исплати повериоца штедионице.[32] У пракси се сматрало да мешање имовине чланова са имовином предузећа нарочито постоји уколико је тужени својом личном имовином гарантовао повериоцу за извршење обавеза предузећа.[33] Раније је посебно овај институт био повезан са проузроковањем стечаја предузећа. У таквим случајевима до пробијања би долазило уколико би члан предузећа допринео проузроковању стечаја радњама попут мешања имовине предузећа са личном имовином, отуђења имовине у корист сродника или трећих лица, располагања имовине ради оштећења поверилаца итд.[34] У неким примерима из раније судске праксе на страни пасивно легитимисаног лица био је бивши власник (члан) који је у скраћеном поступку ликвидације дао изјаву да друштво нема дуговања, иако је знао да постоје неисплаћена потраживања.[35] Такође, судска пракса је заузела становиште да постоје услови за примену овог института и када је отворен стечајни поступак, с обзиром да намирење

---

[28] В. Марковић, 858.

[29] Предузеће је био законски термин до 2011. године када је исти термин замењен са термином привредно друштво

[30] В. Марковић, 858-859; Д. Вујисић (2012), 531.

[31] В. Марковић, 860.

[32] В. Марковић, 858-859; Д. Вујисић (2012), 531.

[33] В. Марковић, 859.

[34] *Ibid,* 860.

[35] Марко Радовић, *„Пробијање правне личности у стечајном поступку“* (докторска дисертација), Београд, 2019, 93.

из личне имовине власника не утиче на стечајну масу и права осталих поверилаца.[36]

Ранију судску праксу (а то је чест случај и у новијој судској пракси) карактерише условљавање постојања злоупотребе правила о ограниченој одговорности предузимањем преварних радњи. Услов преварних радњи који се у судској пракси доводи у везу са злоупотребом треба разумети у грађанскоправном смислу где једну фактичку радњу прати намера довођења у заблуду.[37] Међутим, дешавало се да се преварне радње испитују у смислу постојања кривичног дела преваре. Прихватамо став аутора који сматрају да је овакав приступ у судској пракси погрешан с обзиром да је пробијање правне личности повезано са грађанскоправним начелом забране злоупотребе права, те да судови треба да испитују постојање преварних радњи у грађанскоправном смислу, невезано да ли је у конкретном случају извршено кривично дело преваре.[38]

4.2. Новија судска пракса

Карактеристика практичне примене пробијања правне личности у новијој судској пракси јесте да, са једне стране, подносиоци захтева често нису довољно упознати са правом да се позову на овај институт, или се пак позивају на исти када на то немају право. Са друге стране, и сами судови у недовољном броју случајева усвајају тужбене захтеве, те је присутна и неправилна примена материјалног права, нарочито од стране првостепених судова. Издвојићемо неколико примера новије судске праксе у којима је тужбени захтев био заснован на пробијању правне личности, а они се односе на неправилан трансфер имовине, потенцијалну везу недозвољеног располагања са стечајем друштва, као и на испитивање одговорности заступника друштва.

Када је реч о неоснованом трансферу имовине, издвојили смо две пресуде из новије судске праксе. Прва пресуда јесте пресуда Привредног апелационог суда (9 ПЖ 4749/20)[39] која се односила на случај недозвољеног трансфера имовине друштва, који је директор и члан друштва извршио на рачун предузетничке радње своје мајке. Спорна новчана средства потицала су од продаје производа из извоза, које је тужилац израдио и очекивао исплату

[36] В. Марковић, 861.

[37] Даница Попов, „Превара као разлоз рушљивости правног посла“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 3/2008,* 106-107.

[38] М. Васиљевић (2020), 130-131; Пресуда Врховног касационог суда Рев. 2494/2017 од 6.6.2018. године (Према: Дарко Голић, Ивана Мараш, „Пробијање правне личности“, *Култура полиса 44/2021,* 288.)

[39] Пресуда Привредног апелационог суда 9 ПЖ 4749/20 од 14.01.2021. године, www.sudskapraksa.sud.rs, јун 2023.

накнаде након извршене продаје. Уместо исплате тужиоцу, тужени је средства стечена продајом производа из извоза пребацио на рачун предузетничке радње своје мајке. Првостепени суд није усвојио тужбени захтев истичући као један од главних аргумената да је на тужиоцу терет доказивања, те да он није доказао да постоји узрочна веза између недозвољеног трансфера као радње злоупотребе и немогућности намирења потраживања. Међутим, Привредни апелациони суд је утврдио да терет доказивања има тужилац, али само када је реч о позитивним радњама, а да за негативне радње, попут доказа да неким наведеним радњама није дошло до злоупотребе, терет доказивања има тужени. Како тужени није доказао на основу одређене пословне документације (фактура, признаница, пословне књиге) да постоји основаност преноса средстава по основу Уговора о пословно-техничкој сарадњи који је тужени склопио са предузетничком радњом своје мајке, Привредни апелациони суд је утврдио да је у конкретном случају дошло до пробијања правне личности. Другу пресуду је одлучујући по ревизији донео Врховни Касациони суд (Прев 250/2021)[40], а спор се у конкретном случају такође водио против бившег директора и члана друштва престалог стечајем који је извршио недозвољени трансфер имовине. У овом поступку, првостепени суд је, као у малопређашњем случају, утврдио да тужилац није доказао преварно понашање тужених, нити је доказао узрочну везу између таквог понашања и његове штете. Привредни апелациони суд, чију је одлуку потврдио Врховни касациони суд, утврдио је да постоје услови за примену пробијања правне личности, јер тужени нису доказали основаност трансфера средстава друштва на рачун родитеља бившег члана и директора друштва. Истицање постојања Уговора о пословно-техничкој сарадњи није био довољан аргумент без документације попут фактура, отпремница и сл. Тужени је у ревизији истакао да се не може применити установа пробијања, јер није доказано да је недозвољено располагање имовином (конкретно пренос средстава друштва на рачун родитеља) допринело проузроковању стечаја друштва. Суд није узео у обзир овај аргумент као релевантан за примену пробијања правне личности.

У претходним примерима стекли су се услови за примену института пробијања правне личности. У наредним примерима које ћемо анализирати нису постојали услови за примену пробијања правне личности. Први такав пример јесте одлука Врховног касационог суда по ревизији Рев 5313/2020[41]. У овом случају тужиоци су тужили друштво због пробијања правне личности, а по основу неизвршења обавеза из споразума који су тужиоци лично закључили са директором друштва. Ревизија је одбијена из више разлога,

[40] Пресуда Врховног касационог суда Прев 250/2021 од 23.9.2021. године, доступно на: www.sudskapraksa.sud.rs, јун 2023.

[41] Пресуда Врховног касационог суда Рев 513/2020 од 21.4.2021. годин, доступно на: www.sudskapraksa.sud.rs, јун 2023.

од којих је главни недостатак пасивне легитимације. Наиме, недостатак пасивне легитимације постоји јер су тужиоци истакли тужбени захтев против друштва које више не постоји, јер је над њим закључен стечајни поступак. Други разлог зашто друштво није пасивно легитимисано јесте чињеница да се друштво ни директор друштва не могу по основу пробијања тужити за споразум који је директор лично закључио и по коме он треба да поступа. Суд у овом случају се није изјаснио о томе да се против друштва свакако, без обзира на престанак стечајем, не може истицати тужбени захтев за пробијање правне личности. Са друге стране, суд исправно закључује да су тужиоци могли да истакну захтев против директора једино ако је он као члан друштва користио друштво за преварне и незаконите циљеве, што није доказано, а што су тужиоци могли да истакну у току трајања стечајног поступка над друштвом. Други пример јесте пресуда Врховног касационог суда Рев 4835/2019,[42] где је ревизија одбијена као неоснована, јер је друштво тужено због приватних послова које је тужилац закључио са директором друштва. Чињеница јесте да су се тужилац и директор друштва повезали тако што је директор по основу овлашћења друштва закључио са тужиоцем уговор о набавци војних возила. Међутим, када је реч о спорном послу и потраживању, радило се о приватном послу о набавци два возила који је директор лично закључио са тужиоцем, тако да се у том конкретном случају не може применити пробијање правне личности. Такође, суд је извео исправан закључак да друштво не спада у круг одговорних лица против којих се према ЗПД-у може истаћи тужбени захтев.

5. НЕКЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ УПОРЕДНОПРАВНЕ СУДСКЕ ПРАКСЕ

У упоредноправној судској пракси различити је приступ примени института пробијања правне личности.[43] Разликују се схватања овог института као и начин регулисања. Када је реч о начину регулисања у појединим земљама се овај институт регулише грађанском кодификацијом, односно грађанским закоником, док се у појединим земљама регулише компанијским законом. Такође, разликују се и теоријска схватања овог института од којих су најзаступљеније *alter ego* теорија[44], теорија заступања

[42] Пресуда Врховног касационог суда Рев 4835/2019 од 2.7.2020. године, доступно на: www.sudskapraksa.sud.rs, јун 2023.

[43] Helen Anderson (Ендерсон), "Challenging the Limited Liability of Parent Companies: A Reform Agenda for Piercing the Corporate Veil", *Australian Accounting Review 2/2012*, 165.

[44] Према теорији *alter ego* један субјект је *alter ego* неког члана или другог друштва (према: М. Васиљевић (2020), 177.)

(*agency*)[45] и теорија идентитета[46]. За потребе овог рада анализираћемо пар упоредноправних система (Немачка, САД, Велика Британија) који имају различите приступе у примени овог института у судској пракси.

Када је реч о земљама континенталног система, Немачка има развијенију судску праксу у примени овог института.[47] Ипак, у складу са тековинама континенталног система и са циљем поштовања принципа ограничене одговорности, пробијању правне личности се у немачкој судској пракси приступа са нарочитим опрезом.[48] Такође, простор за примену ове установе је у немачком праву сужен због бројних правила којима се штите повериоци[49] попут: принципа одржавања вредности основног капитала, ограничења плаћања члановима друштва, одговорности *de facto* менаџера[50] пре регистрације друштва, правила о додатним уплатама, правила о смањењу плаћања итд.[51] Ипак, постоје два најзначајнија основа за пробијање правне личности у немачкој судској пракси. Први од њих јесте поткапитализација која је у овом систему заступљена као најзначајнији основ због значаја правила о одржавању вредности основног капитала.[52] У вези са овим јесте и наредни најчешћи основ за пробијање правне личности у немачкој судској пракси, а то је примена пробијања правне личности код група друштава и то нарочито код мешања имовине.[53] Оба ова основа се могу повезати са одговорношћу за проузроковање стечаја. Такав је случај *Bremer Vulkan* у коме су правила везана за групе друштва повезана са одговорношћу за стечај.[54] У другом случају *Gama* као два повезана основа нашли су се поткапитализација и одговорност за стечај.[55]

---

[45] Према теорији заступања (*agency*) компанија представља „чисту фасаду“ и она је овлашћени агент својих акционара или чланова (према: М. Васиљевић (2020), 194.)

[46] Према теорији идентитета између чланова и друштва постоји таква повезаност да би позивање на одвојеност представљало злоупотребу права (према: М. Васиљевић (2020), 186.)

[47] Француска судска пракса која спада у континеталне системе има бојажљив приступ у примени ове установе осим када је реч о групама друштава када се примењује *Rozenblum* доктрина (вид. М. Васиљевић (2020), 150.)

[48] М. Васиљевић (2020), 156.

[49] S. Miller, 95.

[50] Сматра се да су *de facto* менаџери лица која иступају као директори иако њихов избор није био правноваљан или никада није био ни покушан (Вид. Борко Михајловић, *„Дужност лојалности према друштву“* (докторска дисертација), Крагујевац 2018, 82-83.)

[51] М. Васиљевић (2020), 156.

[52] Tan Cheng-Han (Ченг Хан), Jiangyu Wang (Ван), Christian Hofmann (Хофмен), „Piercing the corporate veil: Historical, Theoretical and Comparative Perspectives“, *Berkeley Business Law Journal 1/2019*, 173.

[53] М. Радовић (2019), 81.

[54] Вид. више: C. Gerner-Beuerle, M. Schillig, 843; Сличан овима је и случај *Trihotel* у коме се поставило питање одговорности за проузроковање стечаја (Вид. више: P. Slup, 295; T. Cheng-Han, J. Wang, C. Hofmann, 175.)

[55] Gerner-Beuerle, M. Schillig, 849; T.Cheng-Han, J. Wang, C. Hofmann, 178.

Са друге стране, када је реч о англосаксонском систему, овај институт је изузетно чест у пракси америчких судова. У овом систему пробијање правне личности се примењује уколико постоје услови за примену *alter ego* теорије[56], али то није довољан основ, већ је неопходна примена злоупотребе права.[57] Поред *alter ego* теорије, најчешће се примењује и теорија заступништва која је први пут примењена у случају *Berkey v Third Avenue Railway Company*.[58] У америчком систему постоји широка листа случајева када се примењује овај институт, који има можда највећу примену у овом систему.[59] У случају *Associated Vendors* наведени су неки од најчешћих основа за пробијање правне личности: мешање средстава и друге имовине, неовлашћено преусмеравање средстава друштва, поступање појединца са имовином корпорације као са личном имовином, тврдња појединца да је лично одговоран за дугове корпорације, пропуст да се води записник или адекватна корпоративна евиденција, искључиво власништво над свим акцијама корпорације од стране једног појединца или чланова породице, поткапитализација, лажно представљање одговорних лица итд.[60]

Друга земља англосаксонског система чија се судска пракса може анализирати јесте Велика Британија у којој је овај институт и настао.[61] У судској пракси Велике Британије је установљен принцип према коме до пробијања правне личности долази уколико се може применити теорија заступништва.[62] Како би се применила теорија заступништва, неопходно је дати одговор на следећа питања: да ли се добит коју остварује зависно друштво сматра приходом матичног друштва, да ли орган управљања зависног друштва контролише матично друштво, да ли матично друштво одређује и уређује пословну политику зависног друштва, да ли матично друштво има одлучујућу улогу у финансијској политици зависног друштва, да ли се заслуге за остварене пословне успехе зависног друштва могу приписати претходном деловању матичног друштва, да ли матично друштво врши свеобухватну и трајну контролу над друштвом.[63] Поред постојања заступништва, неоходан услов

[56] Gerner-Beuerle, M. Schillig, 820-822.

[57] М. Радовић (2019), 68.

[58] Badar Mohammed Almeajel Alanazi (Аланази), „Piercing the corporate veil in various jurisdictions – principled or unprincipled?“, *Corporate board: Role, Duties & Compositttion 2/2020*, 50.

[59] О студијама и емпиријском истраживању професора Роберта Томпсона, види више: John H. Mathenson (Матенсон), „Why Courts Pierce: An Empirical Study of Piercing the Corporate Veil“, *Berkley Law Business Journal 2/2010*, 6; John H. Mathenson (Матенсон), „The Modern Law of Corporate Groups: An Empirical Study of Piercing the Corporate Veil in the Parent-Subsidiary Context“, *North Carolina Law Review 87/2009,* 1100.

[60] C. Gerner-Beuerle, M. Schillig, 818.

[61] S. Miller, 112; Небојша Јовановић, М. Радовић, В. Радовић, 134-135.

[62] М. Радовић (2019), 78.

[63] *Ibid*, 77-78.

јесте и постојање злоупотребе правила о ограниченој одговорности,[64] што је потврђено у једној од чувених пресуда *Prest v. Petrodel Resources Limited and others*.[65] Карактеристика енглеске судске праксе јесте и да се у многим случајевима пресуђује на основу начела правичности што је први установио чувени судија Денинг.[66] Вредно је напоменути да је у енглеској судској пракси у многим случајевима по основу пробијања правне личности установљена одговорност контролног друштва[67] за запослене матичног друштва, где је најпознатији случај *Chandler v Cape*.[68] Овај случај је занимљив и по томе што је у њему питање пробијања правне личности било повезано не само са одговорношћу контролног друштва за повреде на раду запослених матичног друштва, већ и са одговорношћу контролног друштва за обавезе матичног друштва у контексту заштите животне средине.[69]

6. ПРОБЛЕМИ У ДОМАЋОЈ СУДСКОЈ ПРАКСИ

Када је реч о домаћој судској пракси, већ смо истакли тенденцију не тако честе примене пробијања правне личности. Примећујемо да приликом испитивања тужбених захтева везаних за пробијање правне личности постоји много недоумица које узрокују несигурност у примени овог института у пракси. Поставља се питање како се може унапредити примена овог института у пракси.

Свакако треба наћи начин како се може допринети чешћој примени пробијања правне личности. Први начин јесте промена законодавних одредаба којима се регулише овај институт. Други начин јесте уједначавање правних ставова у судској пракси. Када је реч о законодавним променама, постоје два питања која се могу решити законским регулисањем. Прво питање односи се на посебно законодавно регулисање појединих питања која се односе на пробијање правне личности код група привредних друштава.[70]

---

[64] М. Радовић (2019), 78; М. Васиљевић (2020), 152.

[65] М. Радовић (2019), 78; Ariel Muca (Мјука), „Piercing V. Lifting the Corporate Veil: Prest Decision in the Light of the Economic Analysis of the Company's Limited Liability", *SSRN Electronic Journal 19/2017*, 2-21; T. Cheng-Han, J. Wang, C. Hofmann, 158.

[66] М. Радовић (2019), 79.

[67] Британским компанијским законом предвиђена је одговорност и одговорност контролног акционара који се може сматрати „директором у сенци" (М.Васиљевић (2020), 152). Директор у сенци јесте лице у складу са чијим упутствима и налозима поступају директори друштва (Б. Михајловић (2018), 83.)

[68] М. Васиљевић (2020), 151-152, C. Gerner-Beuerle, M. Schillig, 869-872.

[69] Ово питање је препознато у англосаксонском правном систему, сличан таквом јесте канадски случај Chevron case (Вид. T. Tomczak, 197-234.)

[70] Вид. М. Васиљевић (2020), 218.

Регулисање овог питања је значајно, зато што је неспорно из упоредноправне судске праксе да се у улози члана који врши злоупотребу најчешће налази контролни члан, те да је пробијање правне личности тесно повезано са групама друштва.[71] Такође, када је реч о групама друштава, законским одредбама може се предвидети одговорност *de facto* менаџера уколико се он јавља као лице које није члан друштва, али на посредан начин или преко лица која са њим заједнички делују врши утицај на пословање друштва или на именовање чланова надзорног одбора или директора.[72] Друго питање које се може регулисати законским путем јесте терет доказивања, с обзиром да су различите инстанце судова имале различите ставове у погледу расподеле терета доказивања између тужиоца и туженог.[73] Са друге стране, уједначавањем ставова у судској пракси може се отклонити појава материјалноправних грешака које се јављају приликом испитивања постојања преварних радњи са кривичноправног аспекта уместо са грађанскоправног аспекта. С тим у вези, неопходно је да се судијама кроз приручнике пруже стручне смернице у погледу начина примене овог института у пракси.

Поред тежње за отклањањем најзначајнијих недоумица у пракси, како би долазило до чешће и ефикасније примене овог института, постоје и други механизми којима се на посредан начин могу смањити могућности за злоупотребе. Један од начина свакако јесте поштовање посебних дужности од стране појединих субјеката (нарочито контролних чланова), а то се, између осталог, може постићи и остварењем тежње да инвеститори (чланови) имају дугорочне циљеве.[74] Други начин јесте успостављање ефикасног система контроле при оснивању друштва, с обзиром да системи који подразумевају једноставан и лак приступ оснивању повећавају могућности за злоупотребе.[75] Како је једноставнији систем оснивања оправдан ради развоја привредног система, препорука је да једноставан систем оснивања прате ефективни контролни механизми. У том смислу, корак напред направљен је увођењем искључиве електронске регистрације оснивања у домаћем праву. Наиме, правилима о електронској регистрацији оснивања омогућава се ефикасан поступак оснивања, али се и посредно шири круг контроле при оснивању друштва на тај начин што је, поред јавних бележника, и адвокатима омогућено да врше дигитализацију докумената.[76] Контрола се врши тако што, када се странка

[71] H. Anderson, 132-135.

[72] ЗПД, чл. 62. ст. 5.

[73] М. Васиљевић (2020), 217.

[74] Вид. Борко Михајловић, „Одрживо корпоративно управљање“, *Гласник права 2/2020,* 96.

[75] T. Podshipalov, 58.

[76] Татјана Јевремовић Петровић, „Искључива електронска пријава оснивања привредних друштава“, *Право и привреда 2/2023*, 350.

обрати адвокату за стручну помоћ ради дигитализације документа уз приложени документ у папирној форми, адвокати имају могућност провере идентитета оснивача и материјалних услова за оснивање друштва, нарочито садржине оснивачког акта.[77] Ипак, без обзира на позитивну страну оваквог приступа, како би се отклониле могућности потенцијалних злоупотреба, нарочито у погледу идентификације подносиоца пријаве, потребно је размислити о појединим начинима уз помоћ којих би се контрола при оснивању додатно појачала.[78]

7. ЗАКЉУЧАК

Пробијање правне личности представљало је једну од прекретница у схватању основних принципа компанијског права. Настанком овог института схватило се да принципи компанијског права као такви јесу стандарди које не треба поштовати уколико постоји злоупотреба и манипулација правилима, које у овој области могу бити честе. Ипак, пробијање правне личности је изузетак због свеукупног значаја које правило о ограниченој одговорности има за развој привреде и пословања. Због тога и постоји опрез у примени овог института, нарочито у континенталном систему под утицајем традиционалних схватања практичара и теоретичара овог система.

Оно што је сигурно јесте да је пробијање правне личности као изузетак од правила о ограниченој одговорности чланова неопходно за спречавање бројних злоупотреба и омогућавање поштене тржишне утакмице. Чињеница је да и у системима, као што су анализирани системи САД-а, Немачке и Велике Британије, постоје недоумице у примени овог института. Међутим, те недоумице су много значајније у системима у којима не постоји изражена култура примене овог института. Стога је неопходно да се, по узору на упоредноправне примере, а у складу са домаћим правним системом, оживи практична примена института пробијања правне личности. Неки од начина за то су: конкретизација законодавних прописа, пружање стручних смерница судијама у примени, смањење броја злоупотреба кроз поштовање посебних дужности (нарочито контролних чланова), развијањем ефективних механизама контроле при оснивању. На тај начин постојаће простор за избалансирани развој привреде и компанијског права, без преварних циљева на страни неких од најзначајнијих субјеката у компанијском праву.

---

[77] *Ibid.*

[78] Ти механизми на нивоу Европске уније односе се на правило о физичком присуству лица које подноси електронску пријаву пред надлежним органима или на правило о електронској комуникацији са подносиоцем у реалном времену ради потврде идентитета (Т. Јевремовић Петровић, 352.)

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Ariel Muca (Мјука), „Piercing V. Lifting the Corporate Veil: Prest Decision in the Light of the Economic Analysis of the Company's Limited Liability", *SSRN Electronic Journal 19/2017*, 2-21.

Badar Mohammed Almeajel Alanazi (Аланази), „Piercing the corporate veil in various jurisdictions – principled or unprincipled?", *Corporate board: Role, Duties & Compositition 2/2020*, 47-53.

Борко Михајловић, *„Дужност лојалности према друштву"* (докторска дисертација), Крагујевац 2018.

Борко Михајловић, „Одрживо корпоративно управљање", *Гласник права 2/2020*, 83-99.

Вера Марковић, „Пробијање правне личности кроз нашу судску праксу са освртом на законску регулативу других земаља", *Право и привреда 5-8/2001*, 853-863.

Даница Попов, „Превара као разлоз рушивости правног посла", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 3/2008*, 105-118.

Дарко Голић, Ивана Мараш, „Пробијање правне личности", *Култура полиса 44/2021*, 279-291.

Драган Вујисић, „Пробијање правне личности", *Правна мисао у срцу Шумадије* (ур. Божин Влашковић, Предраг Стојановић), Крагујевац 2012.

Драган Вујисић, „Пробијање правне личности", *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније* (ур. Мићовић Миодраг), Крагујевац 2019.

John H. Mathenson (Матенсон), „Why Courts Pierce: An Empirical Study of Piercing the Corporate Veil", *Berkley Law Business Journal 2/2010*, 3-61.

John H. Mathenson (Матенсон), „The Modern Law of Corporate Groups: An Empirical Study of Piercing the Corporate Veil in the Parent-Subsidiary Context", *North Carolina Law Review 87/2009*, 1093-1153.

Марко Радовић, „Одговорност контролног члана друштва преталог принудном ликвидацијом", *Зборник 34. сусрета Копаоничке школе природног права Слободан Перовић*, II том, Београд 2021, 439-451.

Марко Радовић, *„Пробијање правне личности у стечајном поступку"* (докторска дисертација), Београд, 2019.

Мирко Васиљевић, Татјана Јевремовић Петровић, Јелена Лепетић, *Компанијско право*, Београд 2020.

Мирко Васиљевић, *Коментар Закона о привредним друштвима*, Београд 2023.

Мирко Васиљевић, *Пробијање правне личности (члан компаније vs. поверилац компаније)*, Београд 2020.

Namrata Chakraborty (Шакраборди), Priyanka Sahasrabudhe (Сахасрабуди), „Piercing the corporate veil – an instance of abusing human rights?", *National Corporate Law Review 3/2017*, 57-66.

Небојша Јовановић, Мирјана Радовић, Вук Радовић, *Компанијско право* (2. издање), Београд 2021.

Pawel Slup (Слап), "Piercing the corporate veil – A common patern", *Comparative Law Review* 24/2018, 287-305.

Sandra Miller (Милер), „Piercing the corporate veil among affiliated companies in the European community and in the US: Analysis of U.S., German, and U.K. veil piercing approaches“, *American Business Law Journal 36/1998*, 73-149.

Tan Cheng-Han (Ченг-Хан), Jiangyu Wang (Ван), Christian Hofmann (Хофмен), „Piercing the corporate veil: Historical, Theoretical and Comparative Perspectives“, *Berkeley Business Law Journal 1/2019,* 140-203.

Татјана Јевремовић Петровић, „Искључива електронска пријава оснивања привредних друштава“, *Право и привреда 2/2023*, 328-355.

Tikhon Podshipalov (Подшипалов), „Protection of property rights based on the doctrine of piercing the corporate veil in the russian case law“, *Russian Law Journal 2/2018*, 39-72.

Tomasz Tomczak (Томчак), „The Enforcement of Environmental Damages Judgement as a Basis for Piercing the Corporate Veil within a Corporate Group”, *Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego*, 197-234.

Carsten Gerner-Beuerle (Герн-Бојрл), Michael Schillig (Шилиг), *Comparative Company Law*, Oxford University Press, 2019.

Helen Anderson (Ендерсон), “Challenging the Limited Liability of Parent Companies: A Reform Agenda for Piercing the Corporate Veil”, *Australian Accounting Review 2/2012*, 129-141.

Aleksandra S. Sekulić
University of Kragujevac
Faculty of Law Kragujevac
asekulic@jura.kg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9635-5329

Piercing the Corporate Veil from the Angle of Case Law

Abstract: *Piercing the corporate veil represents one of the most contraversal institutes in company law because it represents a deviation from the rules on limited liability. As this institute became part of the judicial practice, the judicial practice is very important in the analysis of the given institute. There are some comparative legal systems in which this institute is often applied in judicial practice. On the other hand, there are systems, including domestic ones, in which this institute is rarely and cautiously applied in practice. The main goal of the research in this paper is the analysis of the institute of piercing the corporate veil and its significance in Company law, with a special reference to domestic judicial practice and the analysis of certain characteristics of comparative judicial practice.*

Keywords: *piercing the corporate veil, abuse of rules on limited liability, case law, limited liability, member of company.*

Датум пријема рада: 15.12.2023.
Датум прихватања рада: 24.01.2024.

ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ АУТОРЕ

Оригиналан научни рад 342.77(497.6)
doi:10.5937/zrpfns57-45321

Горан Р. Марковић
Универзитет у Источном Сарајеву
Правни факултет
goran.markovic@pravni.ues.rs.ba
ORCID ID: 0000-0003-1039-4114

ВАНРЕДНО СТАЊЕ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ: ПРАВНО УРЕЂЕЊЕ*

Сажетак: *Правни режим ванредног стања уређен је врло оскудно у Републици Српској и у Босни и Херцеговини уопште. Нужно је извршити детаљну позитивноправну и упоредноправну анализу овог правног режима, с циљем формулисања приједлога за измјене Устава и закона Републике Српске. Њихов циљ били би већа правна сигурност и детаљније и смисленије правно нормирање, што би смањивало могућности за злоупотребе државне власти и угрожавање људских права.*

Аутор прије свега анализира уставне норме о проглашењу ванредног стања, функционисању државних органа и ограничавању људских права током његовог трајања. Долази до закључка да су уставне норме толико лапидарне, да државни органи, поготово егзекутива, имају широке могућности уређивања ванредног стања и вршења државне власти током његовог трајања, чак и релативно широке могућности ограничавања људских права. Аутор сматра да је то крајње непримјерено, због чега даје низ приједлога за измјене и допуне Устава Републике Српске, како би правни режим ванредног стања био што поштуније уређен, чиме би могућности злоупотреба државне власти биле знатно сужене.

Кључне ријечи: *Устав Републике Српске, ванредно стање, начело уставности и законитости, људска права, уредбе са законском снагом.*

---

* Рад је настао као резултат истраживања на пројекту „Заштита начела уставности и људских права у ванредним околностима у пракси уставних судова Србије, Републике Српске и Европског суда за људска права“, који су реализовали Правни факултет Универзитета у Новом Сада и Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, уз финансијску подршку Аутономне Покрајине Војводина.

Истраживање је спроведено у сарадњи са колегом Браном Хаџи Стевићем, ма, вишим асистентом на Правном факултету Универзитета у Источном Сарајеву, који се бави посљедицама увођења ванредног стања у Републици Српској, док је овај рад посвећен правном уређењу ванредног стања у Републици Српској.

1. УВОД

Уставно и законско уређење различитих ванредних околности (ванредне ситуације, ванредног стања, стања непосредне ратне опасности и ратног стања) важније је за функционисање државе и положај грађана него што се обично мисли. Тек кад наступи нека од ванредних околности, која изискује успостављање посебног правног режима, искрсавају бројни проблеми и недоумице. Правници, припадници политичке елите и грађани тада уочавају колико је потребно да се одговарајућим правним нормама регулише начин функционисања државе и положај грађана за случај наступања ванредних околности. Најчешће, међутим, правно нормирање ових ванредних околности није одговарајуће, а надлежни државни органи не исправљају тај недостатак ни кад проглесе ванредно стање или неки други посебни правни режим, било због тога што не знају како да то учине, било зато што не разумију значај правног уређивања посебних услова дјеловања државних органа и других органа јавне власти. Посебан проблем налази се у томе што проглашење неког од ових посебних правних режима доводи до ограничавања појединих људских права. Могуће је и да извршна власт која, по правилу, добија значајна нова овлашћења, укључујући и ограничавање људских права, није вољна да детаљно буде уређено функционисање државне власти током трајања ванредних околности.

Устави се битно разликују у погледу обима и садржаја уређивања посебних правних режима који настају током ванредних околности. Неки од њих садрже инспиративне и релативно прецизне норме, прецизне онолико колико је то могуће у највишем правном акту. Други, опет, садрже крајње оскудне норме, које садрже потенцијал за значајно јачање егзекутиве и самовољно ограничавање људских права. Стога, анализа ових питања нужно мора бити позитивноправна и упоредноправна. Она, с једне стране, мора да обухвати критичку анализу важећих уставних, законских и подзаконских аката, док, с друге стране, мора да садржи детаљну анализу устава других држава, будући да они, поготово ако су усвајани током посљедњих неколико деценија, често садрже коректне норме о ванредном и/или ратном стању.

Правни режим ванредног стања уређен је врло оскудно у Републици Српској и у Босни и Херцеговини уопште. Стога, постоји потреба да се изврши детаљна позитивноправна и упоредноправна анализа овог правног режима, с циљем изналажења приједлога за измјене Устава и закона Републике Српске, које би водиле већој правној сигурности, пунијем и смисленијем правном регулисању и, самим тим, мањим могућностима за злоупотребе државне власти и угрожавање људских права.

2. УСТАВНИ ОСНОВ ЗА ПРОГЛАШЕЊЕ ВАНРЕДНОГ СТАЊА

2.1. Друштвено-политичке и историјске околности уставног нормирања ванредног стања

Замислива је ситуација у којој је уставотворац пропустио да уреди проглашење ванредног стања. Не само да се таква ситуација може теоријски замислити, него је позната у упоредном праву. Најпознатији примјер је Устав САД, а мање познат, али нама свакако ближи, примјер је Устав Босне и Херцеговине. Имајући у виду друштвено-историјске околности настанка Устава САД, природу и начин функционисања тадашње либералне државе, са минималним надлежностима, није чудно што се у овом уставу није постављало питање увођења ванредног стања.

Чињеница да је Устав Босне и Херцеговине дијелом писан по узору на америчку уставноправну традицију сигурно је утицала на то да уставописцу није падало на памет да се бави овим питањем. Постоји, међутим, још један, вјероватно важнији разлог. Устав Босне и Херцеговине је доношен с циљем хитног постизања мира у земљи, у ситуацији кад није било консензуса о основним питањима успостављања, организације и функционисања државе и система државне власти. У таквој ситуацији, било је врло тешко очекивати да би се уставотворац бавио питањем уставног нормирања увођења ванредног стања. Упркос томе, то га не оправдава што ово питање није барем начелно уредио, посебно што му се никад касније није вратио, чак ни у вријеме кад су политичке прилике релативно погодовале припремама за промјену овог устава.

Устав Републике Српске уређује ову материју, и то на начин који је, најблаже речено, проблематичан. То је посљедица чињенице да су норме о ванредном стању доношене у различитим временским периодима, али и, што је важније, од стране различитих уставотвораца. Док су неке од њих доношене самостално од стране Народне скупштине Републике Српске, друге су наметане од стране високог представника. То је утицало не само на јасноћу изражавања, која није истовјетна, што ствара тешкоће при језичком тумачењу, већ и на концепцијске разлике, које стварају проблеме при циљном и системском тумачењу ових норми.

Устав Републике Српске припада европско-континенталној и, ближе, југословенској и српској уставноправној традицији у погледу структуре и обухвата уставне норме. Осим тога, с обзиром на то да је усвајан крајем XX вијека, а мијењан и у првим деценијама XXI вијека, уставно нормирање ванредног стања морало је наћи своје мјесто у њему. Међутим, чињеница је да различити субјекти који су доносили односно мијењали овај устав нису имали истовјетна схватања о томе ко и под којим условима може да прогласи

ванредно стање. Није без значаја и чињеница да писац појединих амандмана није имао одговарајуће знање или, боље речено, вјештину да уставне норме формулише прецизно. Због тога, уставни текст је оптерећен проблематичним и недовољно јасним нормирањем овог важног питања. Упркос свему, нема оправдања за крајње сумарно уређење ванредног стања како у првобитном тексту Устава, тако и у амандманима, поготово ако се Устав Републике Српске посматра из упоредноправне перспективе.

Пошто се ово питање не сматра важним, у поређењу са неким другим уставноправним и политичким питањима, а у пракси се изузетно ријетко јавља потреба за проглашењем ванредног стања, нико није скретао пажњу на проблем, све до прије двије године, када је требало прогласити ванредно стање у условима пандемије корона вируса.

2.2. Садржина уставних норми

2.2.1. Приступ уређењу ванредног стања

Устав Републике Српске уређује материју ванредног стања узгред, у дијелу у коме уређује надлежности Народне скупштине Републике Српске. Уставотворац га је овлаш споменуо тамо гдје га никако није могао избјећи, будући да је, набрајајући надлежности Народне скупштине, морао да наброји и ову.

Такав приступ уставотворца може се критиковати. Увођење ванредног стања битно мијења начин функционисања државних органа, њихов међусобни однос, као и положај грађанина. Стога, оно непосредно задире у остваривање основних уставних начела и не може бити регулисано једном или двјема нормама и препуштено законодавцу да га детаљније уреди. То није оправдано из два разлога. Први разлог је што увођење ванредног стања унеколико мијења принципе функционисања државне власти, тако да намјера доносиоца Устава о функционисању система државних органа може да буде пренебрегнута уколико законодавац, детаљно уређујући ванредно стање, наруши уставне принципе. То може довести до концентрације власти у једном државном органу и немогућности његове контроле. Други разлог је што концентрација моћи у једном органу може довести до злоупотреба власти према грађанима, чија основна људска права могу бити кршена, а да не буде могуће, или да не буде могуће брзо, да она буду заштићена.

Уставом Републике Српске мора бити прецизно уређено ко одлучује о увођењу ванредног стања, у којим ситуацијама се оно уводи и какве су његове посљедице у смислу функционисања државних органа и заштите људских права. Потребно је да ванредном стању и другим ванредним околностима буде посвећен посебан дио или глава Устава. Уколико би то био случај, одред-

бе о ванредном стању и другим ванредним околностима биле би детаљније прописане и груписане у Уставу, па би извјесне недоумице биле отклоњене и могућност злоупотреба смањена. Поједини устави познају овакав приступ, какав је случај, на примјер, са Уставом Пољске, чија једанаеста глава садржи седам чланова о ванредним мјерама. Неки други устави, попут чешког, познају уставне законе којима се ова материја уређује (Уставни закон о безбједности државе).

2.2.2. Надлежност за увођење ванредног стања

Прва уставна норма у којој се ванредно стање спомиње садржана је у чл. 68 Устава, који је измијењен амандманом XXXII. Будући да се овим чланом регулишу питања која Република уређује и обезбјеђује, таксативно их набрајајући, јасно је зашто у њему нема детаљних одредаба о ванредном стању. Само се у тачки 3 наводи да Република уређује и обезбјеђује мјере из своје надлежности за случај ратног и ванредног стања које прогласе институције Босне и Херцеговине, као и мјере за случај ванредног стања којег прогласе институције Републике Српске.

Амандман CVII на Устав Републике Српске, којим су мијењани амандмани XXXV и LXI, који су опет мијењали чл. 70 Устава, овлашћује Народну скупштину да проглашава ванредно стање, за Републику или дио Републике, у складу са Уставом и законом, у случају угрожавања безбједности, усљед елементарних непогода (поплава, земљотреса и пожара), природних катастрофа, епидемија, повреда људских права и слобода и нормалног функционисања уставних органа Републике.

Треба истаћи да је ова норма потенцијално демократска, мада материја није довољно уређена. Прије свега, то се односи на питање на чији приједлог Народна скупштина доноси одлуку о проглашењу ванредног стања. Било би оправдано да је Уставом посебно одређено на чији приједлог се доноси одлука о проглашењу ванредног стања.[1] Пошто то није учињено, а одлука о ванредном стању доноси се у форми правног акта, слиједи да се она доноси по истом поступку по коме Народна скупштина иначе одлучује. Ову одлуку могу да предложе исти овлашћени предлагачи који предлажу доношење осталих аката из надлежности Народне скупштине.[2]

[1] Тако поступа, на примјер, уставотворац у Сјеверној Македонији, чији устав прописује у чл. 125 да Собрање доноси одлуку о проглашењу ванредног стања на приједлог предсједника Републике, Владе или најмање 30 посланика.

[2] Неки други уставни системи суочавају се са истим проблемом. Устав Републике Србије такође не одређује ко може предложити Народној скупштини доношење одлуке о проглашењу ванредног стања. То питање је уређено законом. – Slobodan Orlović, Ivan Milić, „Serbian Legal Disharmony During the COVID-19 Pandemic“, *Emergency Powers in Central and Eastern Europe* (eds. Zoltán Nagy, Attila Horváth), Budapest – Miskolc 2022, 252.

Чини се да би било оправдано и кад би било прописано да Народна скупштина доноси ову одлуку само на приједлог посланика. То значи да би доношење одлуке било искључиво у надлежности Народне скупштине, не само у погледу коначног одлучивања, што је и сада случај, већ и у погледу предлагања. Тиме би извршна власт била искључена из поступка одлучивања. Будући да извршна власт иначе врши одлучујући утицај на Народну скупштину, а у питању је одлука која треба да омогући предсједнику Републике да преузме функције Народне скупштине, доношење ове одлуке требало би да предлажу само посланици.

Устав не уређује случај кад Народна скупштина није у могућности да се састане како би прогласила ванредно стање. То је неоправдана правна празнина, која може створити озбиљне тешкоће у ситуацији кад треба прогласити ванредно стање, а Народна скупштина објективно није у могућности да се састане. Ову правну празнину треба попунити. Једна могућност била би да одлуку о ванредном стању доноси друга институција или институције или носиоци јавних функција заједно. Друга могућност је да се установи уже тијело Народне скупштине, састављено пропорционално од представника свих посланичких клубова, које би имало само једну надлежност – да донесе одлуку о проглашењу ванредног стања. Ако би могло бити на окупу, оно би вршило надлежности Народне скупштине док она не буде у могућности да се састане. Тек ако ово уже тијело не би могло да буде на окупу, предсједник Републике или Влада преузели би надлежности Народне скупштине.

О питању која институција треба да донесе одлуку о проглашењу ванредног стања постоје различита схватања у теорији.[3] По једном мишљењу, ту одлуку треба да донесе парламент, јер има највећи демократски легитимитет. По другом мишљењу, бројност парламента и сложеност поступка одлучивања чине га неподобним за доношење такве одлуке, будући да у ванредним околностима треба дјеловати брзо и ефикасно. Иако оба рјешења имају добре и лоше стране, сматрамо да треба дати предност првом рјешењу. Парламент, као представничко тијело, има демократски легитимитет и треба да одлучује о посљедицама проглашења ванредног стања за вршење државне власти и остваривање људских права.

Сматрамо да није исправно да ово рјешење буде уређено законом, поготово ако су њиме другачије одређени субјекти у односу на субјекте који по Уставу предлажу Народној скупштини доношење одлука из њене надлежности. Ако би овлашћени предлагачи били одређени другачије у Уставу и закону, сматрамо да би рјешење садржано у закону било неуставно. Начелно говорећи, није оправдано да закон одређује овлашћене предлагаче за доношење одлуке која је Уставом дата у надлежност Народној скупштини, имајући у виду чињеницу да су Уставом одређени овлашћени предлагачи свих других одлука из њене надлежности.

[3] Дарко Симовић, *Ванредно стање у Србији: уставни оквир и пракса поводом пандемије COVID-19*, Фондација Центар за јавно право, *https://fcjp.ba/analize/Darko_Simovic10-Vanredno_stanje_u_Srbiji-ustavni_okvir_i_praksa_povodom_pandemije_COVID-19.pdf*, 4.

Упоредно посматрано, рјешења су различита. Устав Бугарске даје у чл. 84 право парламенту да проглашава ванредно стање на приједлог предсједника Савјета министара, док чл. 100 одређује да ово право припада предсједнику Републике ако парламент није у засједању, мада се након доношења одлуке мора састати како би је потврдио. У Чешкој, ванредно стање проглашава Влада, а изузетно чак и предсједник Владе, мада је Влада дужна да о овој одлуци одмах обавијести Представнички дом, који је може ставити ван снаге.[4] Устав Естоније разликује ванредно стање и ванредну ситуацију. Прво проглашава парламент, при чему предсједник Републике има право да предложи његово проглашење, док ванредну ситуацију проглашава Влада, а она је ограничена на случајеве природне катастрофе и заразне болести. У Израелу, ванредно стање проглашава парламент, самоиницијативно или на приједлог Владе. У Литванији, чл. 84 Устава даје право предсједнику Републике да прогласи ванредно стање, које парламент мора да потврди на наредној сједници. У Црној Гори, Скупштина проглашава ванредно стање већином гласова од укупног броја посланика.[5] У Португалији, предсједник Републике проглашава ванредно стање, уз претходну сагласност Владе и потврду Скупштине. Устав Румуније даје у чл. 93 право предсједнику Републике да прогласи ванредно стање, али мора тражити сагласност парламента најкасније пет дана по проглашењу.[6] У Руској Федерацији, предсједник проглашава

[4] Hojnyák David, Szinek Csütörtöki Hajnalka, „Dimensions of emergency powers in the Czech Republic“, *Emergency Powers in Central and Eastern Europe* (eds. Zoltán Nagy, Attila Horváth), Budapest – Miskolc 2022, 129 и даље.

[5] Већина којом се доноси одлука о ванредном стању јача је од већине којом Скупштина уобичајено одлучује, што се може сматрати добрим рјешењем, јер одлука је тако важна да се не може сматрати оправданим уколико би била донесена гласовима већине присутних посланика.

Устав Сјеверне Македоније прописује у чл. 125 да Собрање доноси одлуку о проглашењу ванредног стања двотрећинском већином од укупног броја чланова. Ово рјешење има своје предности. Основна предност је што ова одлука теже може бити донесена из чисто партијско-политичких разлога, већ је вјероватно да мора бити постигнута сагласност парламентарне већине и барем дијела опозиције. То је важно, зато што ванредно стање може бити злоупотребљавано за измијештање законодавне власти из парламента.

Устав Сјеверне Македоније садржи још једно рјешење које сматрамо прихватљивим, а то је да ванредно стање може трајати најдуже 30 дана. Устав не прописује да оно не може бити продужено, односно да не може бити донесена нова одлука која би важила наредних 30 дана, али Собрање би у сваком случају морало да поново расправља о увођењу (продужавању) ванредног стања, што је добра прилика да се процијени да ли је ванредно стање и даље потребно.

[6] Устав Румуније прописује да Парламент, уколико не засједа, мора бити сазван у року од 48 часова након проглашења ванредног стања и остати у засједању током трајања тог стања. Овдје се, међутим, јављају два проблема. Први проблем је ситуација у којој Парламент није у стању да се састане и остане у засједању. Друго питање је зашто предсједник Републике проглашава ванредно стање ако је Парламент у стању да се састане.

ванредно стање и о томе обавјештава Савјет Федерације и Државну думу. Савјет Федерације потврђује одлуку о проглашењу ванредног стања. Требало би да ово право припада и Државној думи, која је представништво народа, непосредно бирано на изборима. Устав Србије прописује у чл. 200 да Народна скупштина доноси одлуку о проглашењу ванредног стања,[7] које може трајати најдуже 90 дана, а потом може бити продужено за још 90 дана,[8] одлуком већине од укупног броја посланика.[9] Међутим, ако Народна скупштина није у могућности да се састане, ванредно стање проглашавају заједно предсједник Републике, предсједник Народне скупштине и предсједник

---

[7] Устав Србије од 1990. године предвиђао је да предсједник Републике, на приједлог Владе, проглашава ванредно стање. Ово рјешење је промијењено приликом доношења новог устава зато што је давало превелико овлашћење предсједнику Републике, чију уставну улогу је требало свести у оквире парламентарног система.

[8] У Шпанији, одлуком Владе, уз сагласност парламента, ванредно стање може трајати најдуже 30 дана, уз могућност продужења за још 30 дана. Слично је у Чешкој, у којој ванредно стање такође може трајати 30 дана, али може бити продужено уз претходну сагласност Представничког дома. Устав Сјеверне Македоније предвиђа да ограничење може трајати најдуже 30 дана, а Устав Пољске најдуже 90 дана (овај период може бити продужен за 60 дана, само уз сагласност Сејма).

[9] Принцип ограничавања трајања ванредног стања, који је познато, мада није уобичајено, рјешење у упоредном праву, сматрамо прихватљивим, јер приморава парламент да промисли о оправданости продужавања овог стања и спречава или барем отежава да егзекутива, без оправданог разлога, преузима вршење надлежности парламента, оправдавајући то ванредним стањем.

Друга ствар је да ли је прихватљиво да ванредно стање може трајати чак пола године (два пута по 90 дана, тј. два пута по три мјесеца). Неки аутори су сматрали да је то неоправдано дуго трајање ванредног стања. – Ратко Марковић, „Устав Републике Србије из 2006 – Критички поглед“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2006, 38.

Овдје заиста постоји озбиљна дилема. Дуго трајање ванредног стања може имати озбиљне негативне посљедице, будући да током његовог трајања неминовно долази до поремећаја у начину вршења државне власти, у смислу да парламент, по правилу, не може да врши законодавну функцију. Извјесно долази и до ограничавања људских права. Потенцијално, ограничавање људских права може постати кршење људских права, док промјене у начину вршења државне власти могу водити диктаторској узурпацији власти од стране егзекутиве. С те стране посматрано, заиста треба ограничити трајање ванредног стања, па се његово трајање током шест мјесеци може сматрати сувише дугим роком. С друге стране, међутим, поставља се питање шта ако Народна скупштина заиста не може да врши своје функције дуже од шест мјесеци.

Чини се да би рјешење могло бити сљедеће. Народна скупштина би имала право да доноси одлуку о ванредном стању које би трајало током два истовјетна, релативно кратка, временска периода (на примјер, по 30 дана). За продужење ванредног стања, била би потребна одлука двотрећинском већином. За случај да се Народна скупштина не може састати чак ни да донесе само ову одлуку, требало би предвидјети алтернативни начин доношења одлуке од стране Народне скупштине или шефова посланичких клубова, под условом да они могу доказати на вјеродостојан начин да су чланови њихових посланичких клубова за или против доношења одлуке.

Владе.[10] У Словенији, одлуку о проглашењу ванредног стања доноси парламент, на приједлог Владе.[11] Ако парламент није у стању да се састане, одлуку доноси предсједник Републике, а парламент је потврђује чим буде у могућности да се састане.[12]

Може се размишљати и о томе да парламент ради у ужем тијелу, које би се састојало од шефова посланичких клубова и/или одређеног малог броја посланика, али ипак довољног да могу да се састану и одлучују. Овом приједлогу може се упутити примједба да мали број посланика врши посланичка права у цијелости, док их други не врше уопште, односно да мали број људи, који је далеко од уставом утврђеног кворума за рад парламента врши надлежности парламента. Стога, може се поставити и питање демократичности и легитимитета оваквог супституисања.

---

[10] Ово рјешење има добру страну у томе што се може догодити да ванредно стање мора бити проглашено у ситуацији кад Народна скупштина објективно није у могућности да се састане. Лоша страна овог рјешења је у томе што врло важну одлуку доносе три јавна функционера. Притом, ово у основи може да буде одлука једног лица уколико је једно од њих вођа владајуће странке и уколико не постоји кохабитација. Посебан проблем је тај што Уставом није прописано ко процјењује и на основу којих параметара да ли је Народна скупштина у могућности да се састане. Нема уставних гарантија против ситуације у којој три поменута јавна функционера доносе одлуку о проглашењу ванредног стања јер Народна скупштина, по њиховој процјени, није у могућности да се састане, иако то заиста није тако. Озбиљан проблем је и тај што постоји могућност да носиоци поменутих јавних функција не могу да постигну сагласност о проглашењу ванредног стања, чиме би наступила блокада, односно немогућност доношења одлуке.

Уставни суд Србије сматра да је ово питање прије фактичко него правно, па је довољно да предсједник Народне скупштине обавијести остале носиоце јавних функција о томе да Народна скупштина није у стању да се састане. – S. Orlović, I. Milić, 253. Пошто је мишљење предсједника Народне скупштине условљено политичким мотивима, оно лако може да буде чињенично неутемељено и засновано на политичким интересима парламентарне већине.

Имајући у виду чињеницу да Народна скупштина, у данашњим околностима, може доносити одлуке и коришћењем модерних средстава комуникације, или да би одлуку могли донијети шефови посланичких клубова, било би могуће измјестити доношење ове важне одлуке из руку три особе (или, суштински, само једне), а да се Народна скупштина ипак не састане уколико нема услова за то.

[11] Други дио ове норме сматрамо неприкладним. Није спорно да парламент доноси одлуку, али јесте то да је доноси на приједлог Владе (или само на приједлог Владе). Шта ће се десити ако Влада Словеније не поднесе приједлог одлуке, а парламент сматра да је њено доношење оправдано? Парламент неће моћи да донесе одлуку, односно неће моћи да врши једну своју надлежност, јер онај ко треба да иницира њено вршење то не чини. О овоме, вид. и Matija Žgur, „The State of Emergency in the Slovenian Constitutional Design“, *Diritto & Questioni Pubbliche*, Vol. 17, 2/2017, 188.

[12] Ово рјешење можемо критиковати у основи из истог разлога из којег смо критиковали рјешење садржано у Уставу Републике Србије, с том што је словеначко рјешење још мање прихватљиво од српског. Наиме, овдје одлуку доноси самостално предсједник Републике, док у Републици Србији предсједник Републике никад не може донијети ту одлуку самостално.

У анализи овог питања треба, прије свега, кренути од аргумента да би ово рјешење морало да буде предвиђено самим уставом. Било би неуставно уколико би нижим правним актом било установљено уже тијело парламента,[13] макар оно било *ad hoc*. Парламент не може пренијети вршење својих надлежности другој институцији или тијелу, осим ако је то изричито прописано уставом.[14]

Нужно се поставља питање вршења надлежности парламента пошто он не може да их врши. Није свеједно коме ће бити повјерено њихово вршење. Чак није свеједно да ли ће их вршити предсједник републике или влада, а још мање је свеједно да ли би било прихватљиво да их врши неко уже тијело парламента.

Супституисање парламента његовим ужим тијелом оправдано је по више основа. Прво, надлежности парламента не врши инокосни орган, па су могућности за злоупотребу начелно мање. Друго, идеја народног суверенитета мање ће бити окрњена када се успоставља уже тијело парламента, јер оно је ипак репрезентативно, пошто у његов састав улазе представници свих посланичких клубова, што значи да ће различити интереси, идеологије, програми и ставови ипак бити представљени. То није могуће кад надлежности парламента врши предсједник републике или влада. Треће, јавност рада начелно је највећа кад надлежности парламента врши његово уже тијело, јер контроверзна питања о којима се одлучује не могу остати скривена од јавности, самим тим што у њиховом доношењу учествује и опозиција.

У Федерацији Босне и Херцеговине, домови Парламента извршили су почетком априла 2020. године измјене својих пословника како би омогућили своје сједнице онлајн путем. Ово рјешење не сматрамо неуставним. Истина је да оно није предвиђено Уставом Федерације Босне и Херцеговине, као што

---

[13] О овоме, в. одлуку Уставног суда Хрватске, бр. У-И-4208/2020, *https://sljeme.usud.hr/Usud/Praksaw.nsf/C12570D30061CE54C1258608003 5A65C/%24FILE/U-I-4208-2020.pdf*.

Њоме су оспорене измјене Пословника Хрватског сабора, којима је требало уредити његов рад током ванредног стања, на тај начин да Сабор ипак врши своје надлежности, али тако што би у његовом раду учествовао само мали број посланика (заступника), тачније по четвртина посланика сваког посланичког клуба.

Уставни суд Хрватске је одлучио да су ове одредбе Пословника неуставне, зато што Устав Хрватске не предвиђа могућност да Сабор ради у ужем тијелу. Да би Сабор могао да ради као уже тијело, та могућност би морала бити изричито прописана Уставом.

[14] Тако је учинио уставотворац у Чехословачкој, приликом доношења њеног првог устава, 1920. године. Тада је чл. 54 предвиђао оснивање посебног комитета, састављеног од 24 парламентарца (16 из доњег и осам из горњег дома), који је у одређеним ситуацијама преузимао на себе скоро све надлежности парламента, изузев оних које су биле изричито прописане Уставом.

Устав Португалије прописује у чл. 138 да ће Стални комитет Скупштине овластити предсједника Републике да прогласи ванредно стање уколико Скупштина није у могућности да се састане.

је неспорно и да се под сједницама парламената у свим уставима мисли на „живе“ сједнице. Упркос томе, не мислимо да би нормирање одржавања онлајн сједница изискивало измјене устава. Важно је да парламент ради у цјелини, тј. да у његовом раду учествују сви посланици са једнаким правима и обавезама. Уколико се може постићи да парламент расправља и одлучује на јаван начин, без ограничавања учешћа било ког појединца, не видимо да постоји проблем са вршењем његових функција у пуном обиму, мада на другачији начин. Разумије се да би овакав начин рада био прихватљив само у ванредном (или ратном) стању уколико парламент не би био у могућности да засједа „уживо“.

Овај облик рада прихватљив је зато што омогућава парламенту да врши своје функције, умјесто да их преноси другим институцијама, чиме се његова уставна улога умањује, а потенцијално се ствара опасност од концентрације, па и злоупотребе, власти у рукама егзекутиве.

2.2.3. Разлози за увођење ванредног стања

На први поглед, изгледа да су уставни разлози за проглашење ванредног стања у Републици Српској неспорни. Они то и јесу кад се питање посматра начелно, јер тешко је оспорити било који од ових разлога кад се посматра на апстрактан начин. На примјер, нормално функционисање уставних органа Републике није дефинисано, нити постоје елементи у уставној норми на основу којих се може ближе одредити. Оно је само набројано као један од могућих разлога за увођење ванредног стања, при чему је Народној скупштини дата скоро потпуна слобода да процијени да ли је овај разлог остварен. То може створити озбиљне проблеме, јер се Народна скупштина може водити искључиво политичким интересима приликом проглашавања ванредног стања, односно процјене да је угрожено нормално функционисање уставних органа. Уставотворац би морао да детаљније уреди овај разлог, како би било спријечено његово сувише широко одређење.

Слично вриједи и за повреду људских права и слобода и угрожавање безбједности, као разлога за увођење ванредног стања. Не заговарамо укидање већ прецизније нормирање ових разлога. Шта би се, на примјер, догодило ако би увођење ванредног стања требало да онемогући дјеловање појединих државних органа који, по мишљењу Народне скупштине, својим политикама угрожавају људска права и слободе, иако никаквог угрожавања суштински нема? Догодило би се то да би одређене политике могле да буду онемогућене, и то не путем легитимног изборног процеса, већ увођењем ванредног стања.[15]

[15] Сличан проблем имају и други уставни системи. У Србији, на примјер, критикује се рјешење по коме се „јавна опасност“ одређује као услов за проглашење ванредног стања,

Пракса Европског суда за људска права релевантна је за релативно прецизно одређење разлога за проглашење ванредног стања. Оно треба да има сљедећа обиљежја: 1) опасност мора бити стварна или блиска; 2) посљедице ванредних околности погађају нацију у цјелини;[16] 3) угрожено је функционисање организованог живота у заједници; 4) криза или опасност треба да је изузетна, тако да су уобичајене мјере неодговарајуће.[17]

Народна скупштина Републике Српске донијела је Одлуку о проглашењу ванредног стања за територију Републике Српске, на Дванаестој посебној сједници, одржаној 28. марта 2020. године.[18] У преамбули Одлуке, Народна скупштина се позива на амандман CVII на чл. 70, ст. 3 Устава Републике Српске, те на чл. 182 и 186, ст. 1 Пословника Народне скупштине, као на правни основ њеног доношења.

У тачки I Одлуке епидемиолошка ситуација усљед корона вируса наводи се као разлог за увођење ванредног стања. Недостаје било какво образложење Одлуке, у којем би Народна скупштина детаљно образложила и оправдала нужност увођења ванредног стања, што би било нужно како би се могло закључити о оправданости његовог увођења. Народна скупштина је на крајње лапидаран начин срочила одлуку о увођењу ванредног стања, што сматрамо, у најмању руку, непримјереним, имајући у виду промјене које настају увођењем ванредног стања. Посебно је значајно да се образложи стварно постојање потребе увођења ванредног стања, назначавање промјена у функционисању државних органа и, што потпуно недостаје, потребе ограничавања одређених људских права.

Народна скупштина није прекршила Устав Републике Српске, будући да је његове оскудне и такође лапидарне норме не обавезују да детаљно образложи разлоге за увођење ванредног стања, нити да барем назначи промјене које ће из тога услиједити за функционисање државних органа и остваривање људских права. Ипак, то је не оправдава, јер не би поступила неуставно и да је урадила овако како сматрамо да је требало да уради. На концу, оскудност уставног нормирања не смије да буде изговор Народној скупштини да скоро узгред сачињава једну значајну одлуку.[19]

јер се сматра да није одређена у Уставу, тако да државна власт има скоро неограничене могућности при процјени постојања јавне опасности. – S. Orlović, I. Milić, 250.

[16] Европски суд за људска права касније је кориговао овај критеријум, тако да и дио становништва може бити погођен ванредним околностима и тиме ванредним мјерама.

[17] Вид. случајеве пред Европском комисијом за људска права: App. no. 3321/67 *(Denmark v. Greece),* App. no. 3322/67 *(Norway v. Greece),* App. no. 3323/67 *(Sweden v. Greece)*, App. no. 3324/67 *(Netherlands v. Greece).*

[18] *Службени гласник Републике Српске*, бр. 31/20.

[19] Одлуку о укидању ванредног стања за територију Републике Српске Народна скупштина донијела је на Тринаестој посебној сједници, одржаној 21. маја 2020. године (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 48/20).

2.2.4. Доношење уредаба са законском снагом

Сљедећа спорна питања садржана су у чл. 81 Устава, који је мијењан амандманом CIX. Предвиђено је да предсједник Републике има право да доноси уредбе са законском снагом и о питањима из надлежности Народне скупштина ако она не може да се састане, а проглашено је ратно или ванредно стање од стране институција Босне и Херцеговине. Предсједник Републике дужан је да саслуша мишљење предсједника Народне скупштине, а уредбе доноси самоиницијативно или на приједлог Владе.

Ова уставна норма садржи барем два спорна питања. Прво је спорно сâмо право предсједника Републике да доноси уредбе са законском снагом. Будући да доношењем ових уредаба предсједник Републике, између осталог, преузима надлежности Народне скупштине, али и именује и разрјешава функционере које бира, именује и разрјешава Народна скупштина, поставља се питање није ли дата превелика моћ у руке једном инокосном органу.

Начелно, важеће рјешење може се бранити тиме што у случају проглашења ванредног (и ратног) стања постоји потреба за брзим и одлучним дјеловањем, које не трпи одлагање и дуге расправе. Осим тога, предсједник Републике биран је непосредно и има легитимитет да преузме вршење надлежности непосредно биране Народне скупштине.

Ипак, ове начелне погодности праћене су озбиљним недостацима. Први недостатак овог рјешења у томе је што је предсједник Републике инокосни орган који може покушати да концентрише сувише моћи у својим рукама, а никоме не сноси политичку одговорност. Други недостатак је у томе што легитимитет предсједника Републике, без обзира на то што је биран непосредно, не може бити истовјетан легитимитету Народне скупштине, јер само она је представничко тијело.

Алтернативно рјешење је да ова надлежност предсједника Републике припадне Влади. Она се налази на окупу у редовним приликама, а извјесно је да би то био случај и у ванредним околностима, јер Влада је малобројно и оперативно тијело, па је тешко замислити да се у цјелини или барем већина њених чланова не може налазити на окупу и држати сједнице, поготово што те сједнице не морају бити држане уживо. Друго, Влада је политички одговорна Народној скупштини, што значи да би могла сносити политичку одговорност за одлуке које доноси у случају ванредног стања. Истина је да та одговорност не би могла бити непосредна, у смислу да не би могла бити тренутна, већ тек онда кад Народна скупштина буде у стању да се састане. Упркос томе, политичка одговорност Владе постоји, што је важно за орган који доноси одлуке током ванредног стања. Недостатак овог рјешења у томе је што Влади недостаје легитимитет непосредно добијен од народа.[20]

[20] Неки устави су умањили овлашћења предсједника републике у вршењу надлежности које у редовним приликама припадају парламенту. У Хрватској, на примјер, чл. 101, ст. 2

Друго спорно питање је кад предсједник Републике има право да доноси уредбе са законском снагом. Прецизније, да ли предсједник Републике има право да доноси уредбе са законском снагом само ако је ратно или ванредно стање проглашено одлуком институција Босне и Херцеговине? Језичко тумачење уставне норме наводи на овај закључак.[21] Он се, међутим, противи циљном и системском тумачењу. Циљ уставне норме је да омогући функционисање уставних органа у ванредним околностима. Законодавна функција мора бити вршена, чак и интензивније него у редовним околностима, зато што низ друштвених односа мора бити уређен другачије у ванредним околностима. Ако Народна скупштина не може да се састане, а предсједник Републике нема право да доноси уредбе са законском снагом, цјелокупан друштвени живот доводи се у опасност. Поставља се и питање како ће уставни органи моћи да функционишу и ко ће стварати правни поредак. Очигледно је да нема одговора на та питања ако се прихвати уско тумачење уставне норме, по коме предсједник Републике може да доноси уредбе са законском снагом само у случају кад институције Босне и Херцеговине прогласе ванредно (или ратно) стање. Такво тумачење нема смисла, зато што не одговара сврси због које је предсједник Републике добио право да доноси уредбе са законском снагом.

Системско тумачење такође се противи оваквом схватању поменуте уставне норме. Ако је чланом 68 Република добила право и обавезу да уређује мјере за случај ванредног стања које прогласе институције Републике Српске, она то неће моћи сврсисходно радити уколико предсједник Репу-

---

Устава прописује да ће предсједник Републике доносити уредбе са законском снагом на приједлог предсједника Владе и уз његов супотпис, између осталог и у случајевима кад су тијела државне власти онемогућена да редовно обављају своје уставне дужности. Ово рјешење ограничава моћ предсједника Републике, иако га не сматрамо прихватљивим, јер може довести и до немогућности доношења уредаба са законском снагом. (Вид. шире: Petar Bačić, Marko Ivkošić, „The Croatian 'Emergency Constitution' on Test", *Emergency Powers in Central and Eastern Europe* (eds. Zoltán Nagy, Attila Horváth), Budapest – Miskolc 2022, 102.)

Довољно је помислити на ситуацију у којој предсједник Владе предлаже доношење уредбе са законском снагом, а предсједник Републике се томе противи.

У Републици Србији, чл. 200 Устава прописује да, у случају проглашења ванредног стања, ако Народна скупштина није у стању да се састане, мјере којима се одступа од људских права може прописати Влада, уредбом, уз супотпис предсједника Републике. И овдје се тражи супотпис предсједника Републике, чиме се жели постићи да он ограничава Владу приликом доношења овако важне и деликатне одлуке, али се и даље јавља потенцијални проблем немогућности сагласности Владе и предсједника Републике о потреби прописивања мјера.

[21] Штавише, језичко тумачење наводи на овај закључак само кад се узме у обзир превод уставног амандмана на српски језик. Будући да је амандман наметнут одлуком високог представника, те да је објављен (и) на енглеском језику, као што ћемо видјети из каснијег излагања, језичка непрецизност можда и не постоји на енглеском језику, већ само у недовољно добром преводу амандмана на српски језик.

блике не може да доноси уредбе са законском снагом кад Народна скупштина није у стању да се састане, осим кад су институције Босне и Херцеговине прогласиле ванредно стање. Ако постоји потреба за доношењем правних аката који су закони у материјалном смислу, а предсједник Републике нема право да доноси уредбе са законском снагом, право и обавеза Републике да доноси мјере за случај проглашења ванредног стања може постати беспредметно ако предсједник Републике мора да донесе уредбе са законском снагом, а полази се од схватања да му то право не припада.

2.2.5. Распуштање Народне скупштине у ванредном стању

Устав уопште не уређује да ли Народна скупштина Републике Српске може бити распуштена током ванредног стања. Он садржи норме о мандату Народне скупштине током ратног стања и стања непосредне ратне опасности. Нема ниједне норме о мандату током ванредног стања, а не може се правити аналогија са мандатом Народне скупштине током ратног стања. У сваком случају, требало би прописати да предсједник Републике не може распустити Народну скупштину током ванредног стања. Право распуштања Народне скупштине омогућава му да влада без ограничења која би му Народна скупштина могла поставити, чиме би начело подјеле власти, које је у пракси ионако извитоперено, било чак и формално напуштено. Посебан проблем је у томе што не би било могуће спровести парламентарне изборе током ванредног стања, што значи да распуштање Народне скупштине не би значило само обрачун предсједника Републике са одређеним сазивом већ са институцијом као таквом.

Постоји могућност и да Народна скупштина буде распуштена прије проглашења ванредног стања, а да парламентарни избори, чак и ако су расписани, не могу бити одржани због наступања ванредног стања. По узору на Устав Републике Србије,[22] требало би предвидјети да се у случају проглашења ванредног (или ратног) стања поново успоставља пуна надлежност Народне скупштине, и то само до окончања овог стања.

2.3. Уставносудска пракса

У предмету У-27/20, Уставни суд Републике Српске одлучивао је о иницијативи за оцјену уставности Уредбе са законском снагом о Фонду солидарности за обнову Републике Српске.[23]

---

[22] Устав Републике Србије, чл. 109, ст. 7.

[23] Одлука се може пронаћи на интернет страници Уставног суда Републике Српске: *http://ustavnisud.org/Odluke.aspx?cat=13&subcat=39&tip=1&lang=cir&odluka=1380&odldet=4117&str=5*.

Подносилац иницијативе оспоравао је ову уредбу, између осталог, и због тога што ју је донијела предсједница Републике, која није имала уставно овлашћење на то, будући да је ванредно стање у Републици Српској било проглашено одлуком Народне скупштине Републике Српске, док је Савјет министара Босне и Херцеговине донио само одлуку о проглашењу стања природне или друге несреће. Ниједна институција Босне и Херцеговине није донијела одлуку о проглашењу ванредног стања.

Предсједница Републике Српске је, оспоравајући иницијативу, истакла да је подносилац иницијативе парцијално тумачио спорни уставни амандман и да га није довео у везу са већ поменутим чл. 68 Устава Републике Српске. Предсједница Републике указала је и на то да је високи представник, доносећи поменути уставни амандман, употријебио израз „BH Institutions“ на енглеском језику, под чиме је имао на уму генерички појам „институције у Босни и Херцеговини“, а не „институције Босне и Херцеговине“. Таквим тумачењем предсједница Републике дошла је до закључка да је имала право да доноси уредбе са законском снагом, јер се под овим генеричким појмом мисли на све институције у Босни и Херцеговини, па и на институције Републике Српске, а не само на институције Босне и Херцеговине.

Уставни суд уопште није разматрао овај дио иницијативе, позивајући се на рјешење које је донио у предмету У-29/20, у коме се бавио истом врстом питања. Стога, треба анализирати поменуто рјешење. Ово рјешење донесено је поводом иницијативе три лица за оцјену уставности низа уредаба са законском снагом које је донијела предсједница Републике. У одговору на иницијативе, предсједница Републике позвала се на чл. 68 Устава Републике Српске, којим се уређују права и дужности Републике, међу којима су мјере за случај ратног и ванредног стања које прогласе институције Босне и Херцеговине, као и мјере за случај ванредног стања које прогласе институције Републике Српске. Осим позивања на ове норме, до изражаја је дошло и позивање предсједнице Републике на амандман који је наметнуо високи представник на чл. 81 Устава. У верзији амандмана на енглеском језику користи се израз „BH Institutions“. Суштина одговора предсједнице Републике у томе је да се чл. 81 Устава мора посматрати у вези са чл. 68, што смо у претходном излагању означили као системско тумачење, односно као тумачење које узима у обзир устав као систем правних норми, јер не може се тумачити једна уставна норма која не би била у вези са другим уставним нормама.

Уставни суд Републике Српске оцијенио је да предсједник Републике има право да доноси уредбе са законском снагом и у случају кад је ванредно стање проглашено одлукама институција Републике Српске, конкретно одлуком Народне скупштине Републике Српске. Овај став је заузео полазећи од циљног и системског тумачења Устава, које смо већ примијенили у

анализи спорне уставне норме, тј. уставног амандмана. Другим ријечима, Уставни суд Републике Српске није сматрао да је спорно то што ванредно стање нису прогласиле институције Босне и Херцеговине, јер је сматрао да је „прерасподјела надлежности у оквиру система подјеле власти“ уставна, полазећи од тумачења норми из чл. 68, 70 и 81 Устава Републике Српске, из чега се може закључити да је уставно уколико предсједник Републике доноси уредбе са законском снагом чим је проглашено ванредно стање, а Народна скупштина није у стању да се састаје.

3. ОГРАНИЧАВАЊЕ ЉУДСКИХ ПРАВА

3.1. Уставно нормирање обима ограничења

Може постојати објективна потреба за ограничавањем људских права, при чему је тешко одредити која људска права треба да буду ограничена, у којој мјери, на који начин и до ког тренутка. Пошто одлуку о ограничавању људских права доноси државна власт, постоји опасност да људска права буду ограничена више него што је потребно, јер државна власт користи прилику да ограничи политички субјективитет грађана, јачајући тиме своју моћ.

Члан 81, ст. 3 Устава Републике Српске, који је мијењан амандманима XXXV и CIX, предвиђа могућност ограничења људских права актима Народне скупштине, односно актима предсједника Републике ако Народна скупштина не може да се састане. Ограничење људских права не може се односити на: забрану дискриминације;[24] право на живот; право на интегритет човјека, приватност, лични и породични живот; забрану мучења, нехуманог или понижавајућег третирања; забрану незаконитог лишавања слободе; право на накнаду штете и рехабилитацију због незаконитог или неправилног рада службеног лица, државног органа или организације која врши јавна овлашћења; право на правично суђење; право на одбрану; претпоставку невиности и начело *nullum crimen nulla poena sine lege*; неповредивост стана; слободу мисли и опредјељења, савјести и увјерења, као и јавног изражавања мишљења.[25]

Очигледно је да је уставотворац „пробрао“ људска права за која је процијенио да су фундаментална у тој мјери да је њихово ограничавање неоправдано чак и у ванредном стању. Овдје се јављају два проблема. Први проблем

[24] Устав Републике Српске је конзистентнији од неких устава када пружа апсолутну заштиту од дискриминације у случају ванредних стања. О проблематичности рјешења у Уставу Републике Србије, вид. Д. Симовић, 9–10.

[25] На исти начин, мада не нужно и у погледу истих права, ограничавање је уређено Уставом Естоније (чл. 130).

је у томе што је потпуно нејасно мјерило на основу кога је уставотворац одредио људска права која су апсолутна, у том смислу што не могу бити ограничена током ванредног стања.

За нека људска права на први поглед је очигледно зашто је уставотворац тако поступио (забрана дискриминације, право на живот, право на заштиту интегритета и нека друга). Међутим, кад је већ та права учинио апсолутним, зашто није тај круг људских права проширио још неким? Ако је, на примјер, гарантовао апсолутни карактер права на јавно изражавање мишљења, зашто није исто учинио са слободом штампе? Други примјер је слобода удруживања, која би у ванредном стању могла да буде ограничена само у смислу окупљања чланова неке организације ради остваривања њених активности, али не би требало ограничити само оснивање, постојање и дјеловање организација, поготово што окупљање већег броја лица није нужно за дјеловање организације, барем у ванредним приликама у којима то окупљање није могуће или пожељно. Може се поставити и питање зашто права родитеља нису укључена у круг апсолутно заштићених права.

Други проблем је што уставотворац није изричито прописао да је ограничавање људских права допуштено само у неопходној мјери[26] односно обиму.[27] Може се тврдити да се то претпоставља, али претпоставке ове врсте у уставном праву нису прихватљиве ни пожељне, па би Уставом требало изричито предвидјети овај правни стандард. Сама чињеница да се нужно ради о правном стандарду не рјешава у цијелости проблем који сада постоји, а који се огледа у томе да уопште није прописано у ком обиму је допуштено ограничавање људских права. Упркос томе, правни стандард приморава надлежни орган да објасни зашто је потребно ограничити људска права у обиму у коме је то учињено.

Овај недостатак отклоњен је одговарајућим тумачењем мјеста Европске конвенције о људским правима у нашем уставном систему, под условом да се такво тумачење сматра неспорним. Пошто је Конвенција дио Устава Босне и Херцеговине, требало би дијелом Устава Босне и Херцеговине сматрати и њен чл. 15,[28] по коме је одступање од људских права могуће само у најну-

---

[26] Овакву норму садржи Устав Црне Горе у чл. 25, Устав Пољске прописује у чл. 228 да мјере предузете у било каквим ванредним околностима морају бити сразмјерне степену пријетње, док Устав Румуније прописује у чл. 53 да људска права могу бити ограничена само ако је то неопходно у демократском друштву, уколико је ограничење пропорционално узроку који га је изазвао и ако је учињен на недискриминаторни начин, не укидајући људско право о коме је ријеч.

[27] Овдје би се радило о захтјеву пропорционалости. – P. Bačić, M. Ivkošić, 105.

Међутим, основни проблем код овако одређеног захтјева пропорционалности огледао би се у томе што би државна власт имала широке могућности оцјене испуњености овог захтјева, које би се граничиле са њеним дискреционим одлучивањем.

[28] Босна и Херцеговина није обавијестила генералног секретара Савјета Европе о намјери да ограничи људска права, што овај члан Конвенције предвиђа. У одлуци у предмету

жнијој мјери коју изискује хитност ситуације. Та норма би обавезивала и уставотворца у Републици Српској. Имајући у виду чињеницу да о правној природи Конвенције у нашем уставном систему постоје различита схватања, било би пожељно да ова норма о најужим могућим случајевима одступања од људских права буде унесена у Устав Републике Српске. Сматрамо да је Народна скупштина дужна да се придржава ове норме приликом доношења одлуке о проглашењу ванредног стања. Та обавеза проистиче како из мјеста Конвенције у уставном систему тако и из потребе да постоје мјерила на основу којих се ова одлука доноси.

Кад ова норма Конвенције не би била сматрана правно обавезујућом, могло би се догодити нешто још опасније од онога на шта смо указали у претходном излагању. Могло би се, наиме, догодити да предсједник Републике доноси правне акте којима би ограничавао људска права, немајући притом јасна мјерила о нужности њиховог ограничавања.

3.2. Надлежност за ограничавање људских права

Уставом треба прописати да Народна скупштина доноси одлуку о ограничавању људских права двотрећинском већином од укупног броја посланика. Ово рјешење је правно-политички оправдано, јер онемогућава парламентарну већину или предсједника Републике да самовољно и на основу дискреционе оцјене ограничава људска права. Оно је и уставноправно логично, јер је ријеч о уставној материји људских права, а та материја треба да се мијења онако како се Устав иначе мијења, двотрећинском већином. Прихватање овог рјешења значило би увођење у уставни систем категорије органских закона, будући да би Народна скупштина у том случају доносила одлуку о ограничавању људских права у форми закона, и то органског.

Ово рјешење је могуће ако се Народна скупштина може састати. Ако она није у могућности да се састане, треба предвидјети алтернативна рјешења, као што је случај и са доношењем саме одлуке о проглашењу ванредног стања, о којима смо већ писали. Обавеза носилаца државне власти је да не тумаче рестриктивно испуњеност услова за састајање Народне скупштине. Ако би они тумачили те услове рестриктивно, што им обично иде у прилог, Народна скупштина се не би састајала и по неколико седмица или чак и више мјесеци након проглашења ванредног стања, што значи да би се могло догодити да није у прилици да потврди одлуку о проглашењу ванредног стања и о ограничавању људских права. То значи да један посебан правни режим, заснован, између осталог, на ограничавању људских права, не само да

АП-1217/20, Уставни суд Босне и Херцеговине констатује ову чињеницу, истичући да је Европски суд за људска права неће преиспитивати, па неће ни Уставни суд. У поменутој одлуци, Уставни суд је истакао да држава има могућност али не и обавезу овог обавјештавања.

не би био установљен одлуком Народне скупштине, него га не би могла потврдити у релативно дугом временском периоду.

Доношењу одлуке о ограничавању људских права од стране ужег тијела Народне скупштине сматрамо најбољим рјешењем уколико Народна скупштина није у могућности да се састане. Ово рјешење морало би бити изричито прописано Уставом.

Мање прихватљивим сматрамо рјешење по коме би одлуку о ограничавању људских права предсједник Републике могао донијети само уз супотпис предсједника Владе[29] или и предсједника Народне скупштине. И ово рјешење морало би бити уређено Уставом. Његова предност у односу на важеће рјешење у томе је што искључује могућност да о ограничавању људских права одлучује један инокосни орган. Важеће рјешење значи да систем људских права зависи од воље једног човјека, макар и за ограничен временски период и по свему посебне друштвене прилике.

Ниједним аргументом не може бити оправдано давање овако великог овлашћења инокосном политичком органу. Какве год да су ванредне околности које су изазвале проглашење ванредног стања, скоро немогуће је замислити ситуацију у којој би предсједник Републике био приморан да донесе ову одлуку самостално јер се не може посавјетовати и одлучити заједно са предсједником Владе и/или предсједником Народне скупштине. Аргумент да му је то право дато зато што има легитимитет добијен на непосредним изборима, нема довољну снагу. Постоје државе у којима је предсједник републике такође биран непосредно, али му није дато право да самостално доноси одлуку о ограничавању људских права. Не може се тврдити ни да му то овлашћење припада зато што иначе има снажну уставну и политичку позицију у полупредсједничком систему. Знатне надлежности које му припадају у редовним приликама не оправдавају њихово огромно повећавање у ванредним приликама, поготово ако би то повећавање могло имати за посљедицу велику концентрацију моћи у његовим рукама и ограничавање људских права. Претходним разматрањима треба додати и то да би акт који би предсједник Републике донио у ванредном стању с циљем ограничавања људских права имао уставну снагу, јер би њиме била уређивана уставна материја, тј. материја људских права. То значи да Устав Републике Српске, по нашем мишљењу, даје право предсједнику Републике да врши уставотворну (тачније, ревизиону) власт у ванредном стању када одлучује о ограничавању људских права.[30]

---

[29] У Хрватској, предсједник Републике доноси одлуку о ограничењу људских права на приједлог Владе и уз супотпис њеног предсједника. – P. Bačić, M. Ivkošić, 105.

[30] Сличан став има теорија уставног права у Хрватској кад разматра правну природу аката које предсједник Републике доноси на приједлог Владе и уз супотпис предсједника Владе. – P. Bačić, M. Ivkošić, 106.

У неким државама прихваћено је рјешење по коме ванредне мјере ограничавања људских права доноси влада уз супотпис предсједника републике.[31] Предност овог рјешења у односу на оно по коме одлуку доноси предсједник републике у томе је што одлуку доноси колективни орган, што је начелно боље него кад је доноси инокосни орган. Влада је политички одговорна парламенту, па постоје барем минималне шансе да ће бити скрупулознија приликом доношења ове одлуке. Вјероватноћа да ће тако поступити биће већа уколико је влада коалициона, при чему ниједан коалициони партнер не доминира парламентарном већином. На концу, супотпис предсједника републике представља извјесну гарантију да ће влада добро промислити прије него што донесе ову одлуку, јер би могла рачунати на предсједниково одбијање. Јасно је да ова разматрања немају значај уколико је парламентарна већина монолитна, а предсједник републике такође припада некој од владајућих странака, јер тада је доношење одлуке знатно извјесније.

Кључни недостатак овог рјешења у томе је што је доношење одлуке о ограничавању људских права у надлежности егзекутиве, која нема представнички карактер и онај степен легитимности који парламент има, да би могла да доноси ову одлуку. Осим тога, ако је егзекутива политички хомогена, што углавном јесте случај, доношење одлуке од стране два органа извршне власти може представљати мање-више формалност, јер тешко да ће бити политичких размимоилажења приликом припреме ове одлуке.

Проблем је у процјени испуњености услова да се Народна скупштина састане након проглашења ванредног стања. Да ли је, на примјер, угроженост здравља таква и толика да она не може одржати сједницу? Одлуку о томе доноси предсједник Народне скупштине, који треба да закаже сједницу, али у њеном доношењу могу, формално или само фактички, да учествују и носиоци других јавних функција. Искуства са пандемијом су таква да оправдавају ову бојазан. Парламенти у различитим државама поступали су различито, без обзира на то колико је тешка била епидемиолошка ситуација. Док се неки парламенти уопште нису састајали, други су то повремено чинили. То значи да негативан став предсједника парламента, посланика из реда парламентарне већине или владе могу битно или одлучујуће утицати на доношење одлуке о незаказивању сједница парламента.

Према важећем рјешењу, Народна скупштина ограничава људска права својим актима, при чему није дефинисано у којој форми се ова одлука доноси. Другим ријечима, не тражи се да она буде донесена у форми закона, поготово не у форми органског закона, нити је прописана квалификована већина за њено доношење.

Ово рјешење сматрамо крајње неприхватљивим, јер Народна скупштина може да уређује уставну материју (ограничавање људских права) у поступку

[31] Ово рјешење прихваћено је у Уставу Србије. – Д. Симовић, 16.

који је далеко једноставнији од ревизионог поступка и актима чија правна снага није прецизно уређена. Могло би се тврдити да то није спорно зато што Устав не прописује изричито да људска права могу бити ограничена само законом, макар и обичним, тј. оним који није органски, будући да такви нису ни предвиђени Уставом, али да није изричито прописао ни да могу бити ограничена подзаконским актима. Међутим, може се изнијети више противаргумената. Прво, људска права гарантована су Уставом, а детаљније уређена законом, и то су два правна основа њиховог остваривања. То не значи да људска права могу бити ограничавана законом, будући да се под остваривањем људских права не мисли на њихово ограничавање. Тим прије, она не могу бити ограничавана подзаконским актима.

Друго, поставља се питање како треба разумјети уставну норму која прописује да Народна скупштина може ограничити људска права (тачније „обуставити поједине одредбе Устава које се односе на поједина људска права и слободе“) својим актима. Устав користи генусни појам „акти“, који обухвата и подзаконске акте. Да је уставотворац хтио да пропише како се људска права могу ограничавати само законима, то би и учинио, будући да Устав, што је и очекивано, познаје и изричито разликује више врста аката, па је то могао да буде случај и у посматраној уставној норми.

Треће, чланом 49 Устава прописано је да се права и слободе остварују непосредно на основу Устава, осим када је Уставом предвиђено да се услови за њихово остваривање утврђују законом. Законом се може прописати начин остваривања права и слобода само када је то неопходно за њихово остваривање. Према томе, људска права су таква материја која се уређује самим Уставом, а само кад је неопходно за њихово остваривање, то се чини законом. Тачно је да чл. 49 не спомиње изричито ограничавање људских права.

Уставни амандман о ванредном стању говори само о „обустављању појединих одредаба Устава“, што је, по нашем мишљењу, непотребно компликовање уставног текста, чиме се само доприноси недовољној јасноћи уставне норме. Тешко је рећи на шта је уставописац, потом и уставотворац, мислио под овим обустављањем. Кад се уставна норма која се односи на људска права обуставља (од примјене, претпостављамо), она се не примјењује. Да ли то, међутим, значи да се људска права укидају или се ограничавају? Изгледа да је уставотворац оставио могућност за обје опције, јер обустављање уставне норме, односно њена непримјена значи да се уставна норма не примјењује онако како је прописана, а не нужно да се не примјењује никако. Не остварује се њена сврха, јер се људска права не штите у пуном обиму и садржају. То је требало изричито прописати, да се поуздано зна да ли је у питању укидање или ограничавање људских права.

Сматрамо да уставни амандман, који прописује да се уставне норме обустављају у случају ванредног стања актима Народне скупштине односно

предсједника Републике, треба тумачити тако да су у питању акти са законском снагом. Овакво тумачење уставне норме произлази из системског тумачења, односно из повезивања уставног амандмана са већ поменутим чланом 49. Ако се законом прописују услови и начин остваривања људских права, кад је то неопходно, а Устав изричито допушта њихово ограничавање, сматрамо да то никако не може бити учињено подзаконским актима. Додуше, то не би требало дозволити ни актима са законском снагом, али чини нам се да већ цитирани уставни амандман не предвиђа да ограничавање људских права може бити извршено само актом са уставном снагом, поготово што предсједник Републике никад не може да доноси акте са уставном снагом, већ, у најбољем случају по њега, акте са законском снагом.

Устав Републике Српске не садржи норму којом би било прописано колико дуго може важити одлука о ограничавању људских права. Неки устави познају ово рјешење.[32] На први поглед, изгледа да прописивање трајања ограничења људских права није потребно, јер она су ограничена онолико дуго колико ванредно стање траје или барем док не буде донесена одлука о стављању ван снаге те одлуке. Овај аргумент не сматрамо оправданим. Ограничење људских права не мора трајати онолико дуго колико траје ванредно стање, или барем не морају једнако дуго бити ограничена сва људска права. Осим тога, кад једном донесе одлуку о ограничавању људских права, предсједник Републике може настојати да та ограничења што дуже одржи на снази, чак и ако она више нису оправдана.

Уколико се Уставом пропише колико дуго може трајати ограничавање људских права, ограничење може бити продужено, уколико би то Устав допуштао, само након изричите одлуке Народне скупштине или предсједника Републике, која мора бити образложена, па тиме и заснована на извјесним аргументима, или чак, по истеку одређеног временског периода, људска права више не би могла бити ограничена. Прихватање овог другог рјешења, међутим, имало би смисла само ако ограничавање људских права не би могло да траје релативно дуго, као што је случај у Србији.

Уставотворац је могао поступити и другачије када је нормирао ограничавање људских права. Могао је навести људска права која могу бити ограничена, умјесто што је навео људска права која не могу бити ограничена. Сматрамо да такво рјешење више одговара идеји заштите и неповредивости људских права, под условом да број људских права која могу бити ограничена није превелики.[33] Кад би Уставом унапријед било утврђено која људска права могу бити ограничена, надлежни орган (Народна скупштина или

[32] Устав Србије прописује да људска права могу бити ограничена најдуже 180 дана. – S. Orlović, I. Milić, 256.

[33] На овај начин је поступио чешки уставотворац, наводећи свега шест људских права која могу бити ограничена. – H. David, S. Csütörtöki Hajnalka, 136–137.

предсједник Републике, према важећим уставним нормама) могао би само да оцјењује да ли има основа за ограничавање неког од ових људских права, у ком обиму и за који временски период, док уопште не би могао разматрати оправданост ограничавања осталих људских права.

Значајно је напоменути да Народна скупштина Републике Српске није утврдила ограничење људских права својом одлуком. Она то није урадила у већ поменутој одлуци којом је увела ванредно стање, нити је накнадно донијела одлуку којом би уредила то питање. Истина је да такав поступак по себи није неуставан, јер Устав Републике Српске, као што смо видјели, не предвиђа да одлуку о ограничавању људских права мора донијети Народна скупштина. Међутим, ако се Народна скупштина већ састала током пандемије како би донијела одлуку о проглашењу ванредног стања, она је могла, а по нашем мишљењу и морала, да донесе одлуку и о ограничењу људских права. За доношење ове одлуке ионако се не тражи двотрећинска већина. Ако се њено доношење препусти предсједнику Републике, иако је Народна скупштина засједала, доношење једне од најважнијих одлука препушта се инокосном државном органу, који нема представнички карактер, и који суштински преузима вршење уставотворне функције у овом сегменту регулисања уставне материје. Практично, људска права су ограничавана током ванредног стања, а да Народна скупштина није одлучила која људска права могу бити ограничавана, у ком обиму, нити је утврдила постојање разлога због којих је ограничавање људских права нужно. То је довољно за закључак да је поступање других органа, којима су људска права ограничавана, било неуставно. Народна скупштина, која је имала могућност да засједа и ту могућност је искористила, морала је да донесе одлуку о ограничавању људских права, ако је сматрала да је то неопходно, да утврди која људска права и у ком обиму се ограничавају и да образложи оправданост њиховог ограничавања. Она је морала да докаже да је ограничавање људских права одговарајуће и нужно.[34] Пошто то није урадила, дала је могућност предсједнику Републике да ограничава људска права својом одлуком, ако она није у могућности да се састане, или, што је тек неуставно, другим органима и тијелима да то чине својим актима.

Могло би се тврдити да Народна скупштина није била у могућности да донесе одлуку о ограничавању људских права будући да у тренутку доношења одлуке о проглашењу ванредног стања није знала или није могла знати која људска права ће морати да буду ограничена. Не сматрамо да је овај аргумент основан. У тренутку одржавања сједнице, Народна скупштина је могла и морала имати став о томе која људска права треба да буду ограничена, имајући у виду тадашњу ситуацију и ток пандемије. Штавише, она је могла

[34] M. Žgur, 202.

да претпостави која људска права ће морати да буду ограничена у наредном периоду, јер су јој у основним цртама била позната обиљежја пандемије.

Било би нужно и да устави садрже норме која би прописивала да ограничавање људских права мора бити временски ограничено. Доношење аката и прописивање мјера којима се људска права ограничавају до даљњег не сматрамо оправданим и уставним, јер се на тај начин стварају могућности за самовољно ограничавање људских права у дужем временском периоду, иако не постоје иоле разумна мјерила за доношење такве одлуке. Ово је и став Уставног суда Босне и Херцеговине, који је у поменутој одлуци указао на то да се временским прописивањем ограничавања људских права обавезују надлежни органи да преиспитују донесене акте и да наложене мјере ублажавају или укидају. Чак и кад оваква норма не би била садржана у уставима (као што је сада случај), Уставни суд би својом одлуком могао утврдити да је прописивање мјера ограничавања људских права које нису временски ограничене не би било у складу са Уставом Босне и Херцеговине и Европском конвенцијом о људским правима. Међутим, боље је да се спријечи доношење таквих аката и прописивање мјера, него да се чека са доношењем одлуке Уставног суда, која нужно не мора бити донесена. Другим ријечима, надлежни органи ће прије и лакше бити обавезани да временски одреде важење мјера ограничавања људских права уколико им устави изричито прописују ту обавезу.

5. ЗАКЉУЧАК

Правно регулисање ванредних околности, укључујући ванредно стање, у Босни и Херцеговини, као и у Републици Српској, крајње је оскудно, како кад га посматрамо са упоредноправног становишта, тако и кад анализирамо његове позитивноправне аспекте. Конкретно, то значи да су уставне норме врло уопштене и да их има врло мало, имајући у виду не само и не у првом реду то како су ово питање уредиле друге државе, већ најприје она питања која морају бити уређена уставом и законима због значаја ових посебних правних режима.

Устав Републике Српске уређује само неколико основних питања, без чијег уређивања би било бесмислено тврдити да је правни режим ванредног стања на било какав начин уставно нормиран. Он регулише ко доноси одлуку о проглашењу ванредног стања, који орган преузима вршење функција Народне скупштине ако она није у могућности да се састане, ко доноси акте којима се ограничавају људска права и која људска права не могу бити ограничена. Нема сумње да су ово изузетно важна питања, али далеко смо

од закључка да само ова питања треба да буду уређена Уставом Републике Српске. Штавише, и ова питања нису уређена детаљно.

Није ствар само у томе да је нека питања требало детаљније уредити због њиховог значаја, као што су, на примјер: 1) на чији приједлог Народна скупштина доноси одлуку о проглашењу ванредног стања; 2) на који период се ванредно стање проглашава; 3) шта ако Народна скупштина не може да се састане како би прогласила ванредно стање; и др.

Постоји потреба да се концепт правног режима ванредног стања, тј. његовог проглашења, трајања и уставне улоге појединих политичких институција, као и ограничавања људских права, другачије осмисли. Под тим у првом реду мислимо на снажење улоге Народне скупштине, односно на потребу да се осмисле начини за њен рад и током ванредног стања, како би се на најмању мјеру свеле ситуације у којима предсједник Републике замјењује Народну скупштину. Нарочито је потребно да се детаљније уреде питања која се односе на ограничавање људских права, јер сматрамо да је важеће лапидарно регулисање неодговарајуће.

Сматрамо да је непримјерено да се Уставом даје овлашћење предсједнику Републике да својим актима ограничава људска права, без обзира на то што нема овлашћење да ограничава изричито набројана људска права. Оправданије је да људска права може да ограничава само Народна скупштина. Према важећем рјешењу, то је само једна од могућности. Осим тога, оправдано је размотрити могућност да се људска права могу ограничавати квалификованом већином, уз уставно дефинисање правних стандарда који би представљали услов или услове за ограничавање људских права.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

Bačić, Petar, Ivkošić, Marko, „The Croatian „Emergency Constitution“ on Test“, *Emergency Powers in Central and Eastern Europe* (eds. Zoltán Nagy, Attila Horváth), Budapest – Miskolc 2022.

Hojnyak David, Szinek Csütörtöki Hajnalka, „Dimensions of emergency powers in the Czech Republic“, *Emergency Powers in Central and Eastern Europe* (eds. Zoltán Nagy, Attila Horváth), Budapest – Miskolc 2022.

Марковић, Ратко, „Устав Републике Србије из 2006 – Критички поглед“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2006.

Orlović, Slobodan, Milić, Ivan, „Serbian Legal Disharmony During the COVID-19 Pandemic“, *Emergency Powers in Central and Eastern Europe* (eds. Zoltán Nagy, Attila Horváth), Budapest – Miskolc 2022.

Симовић, Дарко, *Ванредно стање у Србији: уставни оквир и пракса поводом пандемије COVID-19*, Фондација Центар за јавно право, *https://fcjp.ba/analize/*

Darko_Simovic10-Vanredno_stanje_u_Srbiji-ustavni_okvir_i_praksa_povodom_pandemije_COVID-19.pdf.

Trócsányi, László, „The Theoretical Questions of Emergency Powers“, *Emergency Powers in Central and Eastern Europe* (eds. Zoltán Nagy, Attila Horváth), Budapest – Miskolc 2022.

Zombory, Katarzyna, Németh, Zoltán, „To introduce or not to introduce? Regulation of the state of emergency under the 1997 Polish Constitution vs the COVID-19 pandemic“, *Emergency Powers in Central and Eastern Europe* (eds. Zoltán Nagy, Attila Horváth), Budapest – Miskolc 2022.

Žgur, Matija, „The State of Emergency in the Slovenian Constitutional Design“, *Diritto & Questioni Pubbliche*, Vol. 17, 2/2017.

Правни прописи

Устави Сјеверне Македоније, Бугарске, Чешке Републике, Естоније, Израела, Литваније, Црне Горе, Пољске, Португалије, Румуније, Руске Федерације, Србије, Хрватске.

European Commission for Human Rights, App. no. 3321/67 *(Denmark v. Greece),* App. no. 3322/67 *(Norway v. Greece),* App. no. 3323/67 *(Sweden v. Greece)*, App. no. 3324/67 *(Netherlands v. Greece).*

Одлука Уставног суда Хрватске, бр. У-И-4208/2020, *https://sljeme.usud.hr/Usud/Praksaw.nsf/C12570D30061CE54C12586080035A65C/%24FILE/U-I-4208-2020.pdf.*

Одлука о проглашењу ванредног стања за територију Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 31/20.

Одлука о укидању ванредног стања за територију Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 48/20.

Одлука Уставног суда Републике Српске у предмету У-27/20.

Одлука Уставног суда Републике Српске у предмету У-29/20.

Goran R. Marković
University of East Sarajevo
Faculty of Law
goran.markovic@pravni.ues.rs.ba
ORCID ID: 0000-0003-1039-4114

State of Emergency in the Republika Srpska: Legal Regulation

***Abstract**: The legal regime of the state of emergency is regulated very poorly in Republika Srpska and Bosnia and Herzegovina in general. It is necessary to carry out a detailed positive legal and comparative legal analysis of this legal regime, to formulate proposals for amending the Constitution and laws of Republika Srpska. Their goal would be greater legal certainty and more detailed and meaningful legal regulation, which would reduce opportunities for abuses of state power and endangering human rights.*

The author first analyzes the constitutional provisions on the declaration of a state of emergency, the functioning of state institutions and the restriction of human rights during its duration. The author concludes that the constitutional provisions are so lapidary, that the state institutions, especially the executive, have wide possibilities for regulation of the state of emergency and the exercise of state power during its duration, even relatively wide possibilities of limiting human rights. The author believes that this is an extremely inappropriate legal solution. Therefore, he made a series of proposals for amendments to the Constitution of Republika Srpska, so that the legal regime of the state of emergency would be as fully regulated as possible, which would significantly reduce the possibilities of abuse of state power.

***Keywords:** Constitution of Republika Srpska, state of emergency, the principle of constitutionality and legality, human rights, regulations with legal force.*

Датум пријема рада: 04.07.2023.
Датум достављања коначне верзије рада: 06.12.2023.
Датум прихватања рада: 04.01.2024.

Оригиналан научни рад 343.195(410.1)“18/19“
doi:10.5937/zrpfns57-45501

Tamás Antal
University of Szeged
Faculty of Law
antalt@juris.u-szeged.hu
ORCID ID: 0000-0002-3874-5978

CHANGES IN THE ENGLISH JURY IN THE 19TH AND 20TH CENTURIES

***Abstract**: The present paper deals with the short history of the English jury in the modern age. The main goal of the author is completing a historical research and finding the most important features concerning legal institutions of the Anglo-Saxon type of lay jurisdiction in England and Ireland. The historical perspective gives a chance to examine the institutions of the jury as a court of citizens integrated into the jurisdiction of the state for a brief period of time. The author takes the view in several periods from the early 19th century up to the end of the 20th century. It is not the procedure but the organisational rules which are under discussion here with special attention to the conditions which determined the role of the jury as a part of county courts and sessions as well as the central tribunals in London. The literature was collected in the British Library during research intervals to have the opportunity to work from special sources not cited by Central-European scholars yet.*

***Keywords**: jury, assize, courts, England, lay jurisdiction, 19–20th centuries.*

1. THE “GOLDEN AGE”

In the early 19th century, the former glory of the traditional English jury was overshadowed by a number of problems, and the public law of the island country was generally ripe for reforms.[1] As Douglas Hay aptly put it: „the preparation and control of state jury trials were undoubtedly a sophisticated and mysterious art”.[2]

[1] John H. Langbein, The English Criminal Jury on the Eve of the French Revolution. In: *The Trial Jury in England, France, Germany, 1700–1900.* Editor: A. Padoa Schioppa. Berlin, 1987. 13–39.

[2] Douglas Hay, The Class Composition of the Palladium of Liberty: Trial Jurors in the Eighteenth Century. In: *Twelve Good Men and True: The Criminal Trial Jury in England, 1200–1800.* Editors: J.S. Cockburn, T.A. Green. Princeton, N.J., 1988. 305–357, especially: 352.

Jeremy Bentham, a renowned jurist of the time, also took the view that the jury should be maintained only in a reformed form, reducing the number of its members, rethinking its relationship with professional judges and, above all, restricting its powers.[3] And in the practice of the time, the series of acquittals in banknote counterfeiting cases put the jury in the spotlight of criticism since, fearing the real danger of death penalty – despite the disapproval of judges and the protests of bankers – they regularly acquitted even the obviously guilty perpetrators.[4]

At the initiative of Sir Robert Peel – around that time Home Secretary in the Tory cabinet – Parliament eventually enacted a comprehensive reform of the jury system, which went down in legal history as the Juries Act of 1825 *(6 Geo. 4, c.50)*.[5] As part of this reform, the qualification criteria were modified in such a way that common jurors were required, as a general rule, to have a permanent residence (household) with an assessed value of up to 20 pounds (or 30 pounds in London and Middlesex County) annually, or to be owners of a freehold worth at least 10 pounds, instead of having to meet the former property and income census criteria of the early modern era. A householder did not necessarily have to be the owner. The secondary qualification option required a lease of at least two decades on a property with a value of minimum 20 pounds, or ownership of a house with at least fifteen windows. Jurors had to be men between 21 and 60 years of age. If these conditions were met – and there were no exclusionary reasons, – the given person could serve as a juror in all Westminster forums: in civil and criminal high courts, as well as in juries convened in the counties for possessory actions, indictment, fact-finding and judgement. In Wales, only three-fifths of the above property census requirements had to be met.[6]

The administrative part of the reform was not negligible, either, as it removed the task of listing those qualified to serve as jurors (jurors' book) from among the duties of insufficiently reliable constables and assigned it to churchwardens and overseers of each parish and township. The jury panels were selected for the courts by the local sheriffs. This act established more liberal conditions for jury qualification than the parliamentary electoral law in effect in 1825 (the latter is known to have been reformed in 1832). The material scope of the law did not extend to juries associated with coroners, and it failed to be consistently enforced *de facto* in borough courts.[7]

---

[3] Jeremy Bentham, *Elements in the Art of Packing as Applied to Special Juries*. London, 1821.

[4] Philip Handler, The Limits of Discretion: Forgery and the Jury at the Old Bailey, 1818–21. In: *"The Dearest Birth Right of the People of England": The Jury in the History of the Common Law*. Editors: J.W. Cairns, G. McLeod. Oxford, 2002. 155–172.

[5] James Kennedy, *Treatise on the Law and Practice of Juries: as Amended by Statute 6 Geo. IV c. 50, including the coroner's inquest, & c*. London, 1826. 131–172.

[6] An Act for consolidating and amending the Laws relative to Jurors and Juries [*6 Geo. 4, c.50* (1825, June 22)] §§ 1–3, 31–32, 50.

[7] John Hostettler, *The Criminal Jury Old and New: Jury Power from the Early Times to Present Day*. Winchester, 2004. 111.

It is interesting that although the law was favorably received by the public, Peel and Bentham did not agree on this reform either. Bentham stated: in his opinion, it was uncertain whether in the long term this law was intended to maintain or abolish the practice that had developed regarding juries – although, in fact, this was the main issue for him – and he also disapproved of his literary work on the subject being ignored during drafting. And in a letter written in December 1826, he put it bluntly: „indeed, Sir: instead of putting an end to the practice of 'packing and vetting' juries (which I believe was the majority's expectation), you rather established it: you established it with an Act of Parliament, which was passed in line with the bill you had submitted".[8] In the end, the Juries Act of 1825 proved to be long-lasting: it remained in force for a century and a half!

The jurisdictional changes of 1832 also affected the functioning of the jury, albeit this time indirectly,[9] and then thanks to the action of the Bank of England and other bankers petitioning against the acquittal of counterfeiters, as well as to the opinion of a delegated parliamentary preparatory committee, finally in 1837–38 the English legislation significantly narrowed the range of crimes punishable by death penalty. Capital punishment was replaced with deportation to penal colonies. Strangely, perhaps, this step met with the approval of the jury: the number of merciful discretions, which circumvented the law so to speak, began to decrease noticeably.[10]

2. THE VICTORIAN ERA

Overall, the first third of the 19th century was the golden age of the jury in Great Britain and the second half of the century on the European Continent.[11] In the middle of the century, the countercurrent – which eventually resulted in the jury being pushed into the background – started in England.[12] First, the Summary

[8] James Oldham, *Trial by Jury: the Seventh Amendment and Anglo-American Special Juries*. New York–London, 2006. 168, 296–297.

[9] Mainly the following acts: 1832, *2&3 Will. 4, c.33* [Service of process out of the jurisdiction (England and Scotland) Act], *c.39* [Process in courts of law at Westminster Act], *c.58* [Contempt of court Act], *c.60* [King's county assizes Act], *c.62* [Punishment of death Act], *c.123* [Forgery, abolition of punishment of death Act].

[10] Hostettler 2004, 114; Thomas A. Green, The English Criminal Trial Jury and the Law-Finding Traditions on the Eve of the French Revolution. In: *The Trial Jury in England, France, Germany, 1700–1900*. Editor: A. Padoa Schioppa. Berlin, 1987. 41–73, especially: 71–73.

[11] Claudia Passarella, From Scandalous Verdicts to "Suicidal Sentences": The Reform of the Courts of Assize under the Fascist Regime. *Studia Iuridica LXXX*, Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warsawa, 2019. 251–264, especially: 251–252.

[12] Joshua Getzler, The Fate of Civil Jury in the Late Victorian England: Malicious Prosecution as a Test Case. In: *"The Dearest Birth Right of the People of England": The Jury in the History of the Common Law*. Editors: J.W. Cairns, G. McLeod. Oxford, 2002. 217–237, especially: 218–226.

Jurisdiction Act of 1848 *(11&12 Vict., c.43)* removed a significant part of the criminal trials of „juveniles" – those under the age of 16 – from the powers of the jury and transferred them among the duties of summary police magistrates. In relation to petty larcenies, the Criminal Justice Act of 1855 *(18&19 Vict., c.126)* made it possible for the case to be decided without a jury, also before a police magistrate, if the ordinary judge also consented and the offender did not object to it. The limit for „petty" value was then set at 12 pence. This was a real turning point in the history of the English jury since petty thefts constituted a considerable part of criminal trials. In numerical terms: while 29,359 criminal cases were tried by jury in the kingdom in 1854, this number decreased to only 19,437 in 1856. Considering the average of the five years before and after the aforementioned Act of 1855, the number of trials by jury decreased by 34.9%. The new Summary Procedural Act of 1879 *(42&43 Vict., c.49)* went even further: for offenders under the age of 12, it opened up the possibility of sanctioning all crimes – except homicide – before police magistrates, if it was accepted by the ordinary judge, the accused and the latter's legal representative. At the same time, the relevant value limit for petty larcenies was raised to 40 pence.[13]

Juries used in private law disputes (assizes) also struggled with operational problems in the Victorian era. The higher courts, which were trying increasingly complex cases, required more and more highly qualified so-called special juries (developed by the 18th century legal practice), while the number of jurymen qualified for this did not increase, and they were often able to opt out of actual service. In 1870, Parliament decided *(33&43 Vict., c.77)* to modify the census for the special juries: besides merchants, bankers and esquires, men could also be members of the commercial special jury if the value of their immovable property exceeded 100 pounds in the cities and 50 pounds in the counties, or if they owned a building worth 100 pounds in the given year. All this noticeably increased the number of persons qualified for jury service, but did not affect the qualification of common jurors.[14]

The Common Law Procedure Act of 1854 *(17&18 Vict., c.125)* provided for the first time the possibility that the use of a civil law jury in higher courts was not always mandatory in determining facts: the decision of a professional judge could replace the verdict. After 1883 *(46&47 Vict., c.49)*, the jury was no longer normatively desirable in civil actions – especially in economic and commercial ones – not even for traditional fact-finding. If the parties did not want lay judgement, they could litigate before the professional judges of the specialized Commercial Court, or other judges could also decide to exclude the jury's involvement

[13] Hostettler 2004, 118–121; Richard M. Jackson, The Incidence of Jury Trial during the Past Century, *Modern Law Review,* Sept. 1937. Vol. 1, No. 2, 132–144, especially: 138–143.

[14] Michael Lobban, The Strange Life of the English Civil Jury, 1837–1914. In: *"The Dearest Birth Right of the People of England": The Jury in the History of the Common Law.* Editors: J.W. Cairns, G. McLeod. Oxford, 2002. 173–209, especially: 199–201, 207–209.

in specific cases. Thus, while 90% of civil actions were tried by juries until 1883, only 50% of them took place before juries after that.[15]

In 1846 *(9&10 Vict., c.95)*, the modern county courts were established, which were not identical either with the shire assemblies that had existed from the 11th century, or with the general eyre, the medieval circuit judgement. In the second half of the 19th century, the counties were divided into jurisdictional districts (circuits), and these circuit courts were presided over by a judge appointed by the Lord Chancellor, acting as a single judge or with a five-member jury in the first instance[16] – reminiscent of the German *Schöffengericht*, which was modernized at the same time.[17] From among the changes in the jurisdictional organization at the end of the century, the complex reorganization of the high court system (Judicature Acts, 1873, 1876, 1880) should be noted, but this did not affect the juries directly, although – with the exception of the Law Lords – special juries were sometimes used in the new forums (His/Her Majesty's High Court of Justice, His/Her Majesty's Court of Appeal) as well.[18]

It is important to emphasize that juries were not forums that met permanently, not even in the Golden Age, but they usually operated in sessions, and in this they differed significantly from other courts. Depending on the scope of authority, originally there were juries in England that met four times a year (quarter sessions), while some others met only twice or, in northern England, once a year (Oyer and Terminer, court of assize). London was an exception, as court days were usually held there in every six weeks due to the large number of cases in the 19th century. The relevant trials were always held in blocks with jurors summoned for the blocks separately.

In 1870, an outstanding Hungarian lawyer, Dezső Szilágyi – later Minister of Justice – found the average juror in London to be objective, exact-minded, and not someone who dispenses some kind of mercy. He believed that this was not just his feeling, but the English barristers were satisfied with this legal institution, too, and did not oppose jurors as sharply as it happened on the Continent.[19]

---

[15] Getzler 2002, 221; Conor Hanly, The Decline of Civil Jury Trial in Nineteenth-Century England, *The Journal of Legal History,* Nov. 2005. Vol. 26, No. 3, 253–278.

[16] A.T. Carter, *A History of the English Courts*. London, 1944. 141–142; Jackson 1937, 143–144.

[17] Peter Landau, Schwurgerichte und Schöffengerichte in Deutschland im 19. Jahrhundert bis 1870. In: *The Trial Jury in England, France, Germany, 1700–1900*. Editor: A. Padoa Schioppa. Berlin, 1987. 241–304.

[18] Carter 1944, 109–114. On reforms of the Victorian era, see also Catharine MacMillan, Stephen Martin Leake: A Victorian's View of the Common Law, *The Journal of Legal History*, Apr. 2011. Vol. 32, No. 1, 3–29.

[19] Tamás Antal, *Az angol esküdtszék története*. [A History of the Jury in England] = Fundamenta Fontium Iuris Historici 2. Szeged, 2019. 112–113. See also: Tamás Antal, The Jury in Hungary, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* (Collected Papers), Vol. XLII, 1–2/2008, 927–939.

3. A BRIEF OUTLOOK: THE JURY IN IRELAND

The Parliament in London made laws not only for England, Wales and Scotland, but also for the then unindependent Ireland. In the 19th century, the juries were organized and maintained there in a partly different way taking into account the specific characteristics of the people, which usually meant concessions in terms of qualifications, adjusted to the social and income conditions.

For example, the compilation of the jurors' books was done essentially in the same way as in England, with the difference that from 1833 *(3&4 Will. 4, c.91)* the registers were taken by the officer-in-chief of the local police and the tax inspector, and then sent to the competent justice of the peace. The latter made it public for the inhabitants, and after the necessary corrections the names were copied into the jurors' book. From this basic register, the service panel was created by the sheriffs there as well, so that it consisted of at least 36 and at most 60 men.

The institution of the Irish special jury also reflected the English solution, however, as there were fewer bankers and wholesalers in Ireland, the high-level census were somewhat distinct: barons, esquires, magistrates and the sons of peers, and those who had been sheriffs or jurors in grand juries previously, as well as bankers and merchants who were not engaged in retail trade, and finally trades who had a fortune of at least five thousand Irish pounds, and the eldest sons of the latter, could be special jurors.[20]

According to the researchers, in Ireland the parties exercised their right to recusation (challenging) more often than in Great Britain, as Roman Catholics preferred to avoid Protestants sitting in the jury-boxes due to the fact that they did not trust them on religious grounds. In any case, legal service was more politicized in Ireland after the Union Act (1801) constituting the United Kingdom. Sheriffs often summoned citizens who were known to be Royalists; it is said that there was also an example where only three of the 60 prospective jurors were Catholics. At the same time, Irish jurors had a greater tendency to acquit than their British "colleagues". They were less willing to convict the accused men, especially in bagatelle cases. The activities of defense lawyers, who played an increasingly important role in criminal proceedings, also acted in this course. All this accompanied the entire 19th century despite the political pressure of the English government.[21]

---

[20] R. Blake Brown, „A Delusion, a Mockery, and a Snare": Array Challenges and Jury Selection in England and Ireland, 1800–1850, *Canadian Journal of History*, April 2004. Vol. XXXIX, No. 1, 2–26, see: 5–15; Níamh Howlin, Controlling Jury Composition in Nineteenth-Century Ireland, *The Journal of Legal History*, Dec. 2009, Vol. 30, No. 3, 227–261, especially: 233–244.

[21] Howlin 2009, 228–233, 244–252.

4. THE TWENTIETH CENTURY

During the First World War, even the remaining civil law actions tried by jury were suspended, and it was clear that the English legislation did not intend to restore the former status of the civil jury even after the end of the state of war. The need for lay involvement remained only in actions of defamation and libel, and in some special procedures (e.g., compensation for unlawful deprivation of liberty, false accusation, fraudulent seduction and wilful breach of marriage promise). In this way, after 1918, the jury became exceptional in civil litigation and the professional role of ordinary judges became increasingly decisive.[22]

After the World War, the most important modification of jury service was its extension to women in 1919 – after their parliamentary suffrage – while requiring them to meet the property qualification requirements (Sex Disqualification Removal Act; *9&10 Geo. 5, c.71*). The really interesting thing was that, at the same time, the judge presiding over the trial was granted the power until 1971 to order that the jury acting in the particular case be composed of representatives of only one sex. Until 1969, judges generally did not exercise this special right, when a homicide case raised serious questions as to its sustainability, and the possibility of such discrimination soon ceased following the clearly negative opinion of higher courts.[23]

So the number of eligible jurors increased considerably, but it was still true that the exercise of this right and obligation remained to be tied to property census. After the Great War, the jury bills and laws did not bring any substantial changes in this regard, but the proportion of actual jury trials further decreased in all types of proceedings; so much so that those before the county courts ceased *de facto* in 1934/35,[24] and the grand juries ended their operation *de jure* in 1933 *(23&24 Geo. 5, c.36)* with the provisory exception of some London courts.[25]

Despite the political rise of the working class – which gained ground especially after the formation of the first Labour Party-supported government in 1924[26] – the requirement of property qualification for jury service – maintained in 1922 with the exception of the census of a house with fifteen windows – did not cause any major practical movements until the Juries Act of 1949 *(12&13 Geo. 6, c.27)*,

---

[22] John H. Baker, *An Introduction to English Legal History*. Oxford, 2007. 92–93; William R. Cornish, *The Jury*. London, 1968. 75–76.

[23] Graham Stewart, *Britannia: 100 Documents that Shaped a Nation*. London, 2012. 303–307; Martin Pugh, *Votes for Women in Britain, 1867–1928*. London, 1994. 31–36; A.P. Sealy – W.R. Cornish, Jurors and their Verdicts, *Modern Law Review*, Sept. 1973. Vol. 36, No. 5, 496–508, especially: 498–499; see also Peter Leyland, *The Constitution of the United Kingdom: A Contextual Analysis*. Oxford–Portland, 2012. 18–19.

[24] Jackson 1937, 140–142, 144.

[25] Sir Patrick [Lord] Devlin, *Trial by Jury*. London, 1956. 9–10.

[26] Chris Cook – John Stevenson, *The Longman Handbook of Modern British History, 1714–1987*. London–New York, 1988. 76–77, 94–98.

since no wages were paid for the time of jury service, and therefore white-collar workers did not really strive for such participation in the legal system. In 1956, the number of relevant persons – mostly middle-aged and middle-class men[27] – was estimated to be around one and a half million in the United Kingdom.

In civil procedural law, the jury was "dethroned" after 1945. There were already signs of this during the years of the Great Depression, and after the Second World War, the courts clearly did not exercise their discretionary power to refer cases to a jury, and only a few types of actions required a mandatory jury trial. Nor were the parties themselves enthusiastic about trial by jury, which now entailed higher litigation costs: in the 1960s, less than 4% of the cases heard in the Queen's Bench were assize actions. The jury system – mainly in the form of the special jury – was mostly limited to some personality rights protection, liability, compensation and commercial actions; but overall, professional judges were favoured even in these types of cases, as well as an increasingly used (third) option: arbitration.[28] Finally special juries were terminated in 1949, too.

The timely reform of the jury system was only addressed in 1965 when an eleven-member government commission headed by Lord John William Morris met, which from the outset took the position that jurors should authentically reflect adult society in the composition of the jurors' books as well: it was therefore recommended that the basic lists should be brought closer to the parliamentary electoral rolls, making participation in the jury a true civil right. Meanwhile, property prices rose, and by the end of the decade, the number of properties that could be considered for property qualifications, established as early as in 1825 – and still in use! –, increased significantly, to millions, even without legal reforms.[29]

The comprehensive report of the Morris Committee[30] provided a perfect snapshot of the state of the British lay judgement by subjecting both its legal institutions and practice to critical analysis.[31] At this time, two private authors also examined the issue in depth: Lord Devlin and William Cornish, whose books, which we have already cited, also provide a good insight into the arguments for and against the English trial by jury.[32]

---

[27] Devlin 1956, 20–21.

[28] Cornish 1968, 76, 227–241. On the summary of the jury experience of the middle third of the 20th century, see also Devlin 1956, 41–57.

[29] Cornish 1968, 27–28, 31–44.

[30] The special commission on jury service headed by John William Morris, an outstanding lawyer and judge and also a Law Lord in the House of Lords of the British Parliament, was established to prepare a detailed report and present several recommendations on the legal conditions and practical problems of the existing jury system in Great-Britain. It eventually gave rise to the Juries Act 1974.

[31] *Report of the Departmental Committee on Jury Service*. Presented to Parliament by the Secretary of State for the Home Department by Command of Her Majesty (Cmnd. 2627). London, 1965. [153 p.]

[32] Devlin 1956, Chornish 1968.

Although the government supported the commission's recommendation, it took until 1974 for the law to be enacted. Movements of a century and a half: the debate between the supporters of the jury and the abolitionists finally came to a standstill, and the property census was abolished. Under the adopted new Juries Act *(1974 c.23)* – which also served as a model for the Irish Juries Act of 1976[33] – all men and women between the ages of 18 and 65 became eligible for jury service if they had lived legally in the territory of the United Kingdom for at least five years after the age of 13 and were included in the electoral rolls for parliamentary or local government elections – compiled according to special rules.[34] The number of potential candidates rose to around 30 million.

At the same time, cases of incompatibility were redefined; among others, those who served in the broadly defined field of justice, as well as members of the clergy and those who, despite their adulthood, were incapacitated could not be jurors. In 1984, the list was extended to include those sentenced to various forms of imprisonment.[35] These exclusionary criteria existed until 2003 *(c.44)*, since then, in addition to health reasons, there have been only two main types of incompatibility: *(1)* peers, Members of Parliament and members of the English Parliament under any other legal title, *(2)* full-time members of the armed forces, as well as the professions of medical practitioners, dentists, veterinarians, nurses, midwives, pharmacists and pharmacological chemists. Furthermore, the list is extended to offenders who are subject to the disadvantages associated with a criminal record.[36]

However, to complete the picture, it is necessary to note that the Criminal Law Act of 1977 *(c.45)* and then the Criminal Justice Act of 1988 *(c.33)* further extended the list of criminal offences to be tried without a jury by a professional judge or by a quasi-administrative authority for misdemeanors acting in a summary procedure. Since 1993, there have been approximately thirty criminal offences in which the use of a jury is optional, based on the agreement between the public prosecutor and the defence (either-way offences). In 1967 – presumably on the recommendation of the aforementioned Morris Commission – Parliament also abandoned a six-hundred-year-old rule:[37] it abolished the requirement of unanimity, and since then the jury is allowed to reach a verdict by a qualified majority vote (at least ten „guilty" against two „not guilty" votes) provided that they have been deliberating

[33] On Ireland, see: *Law Reform Commission's Report: Jury Service*. President: Mr. Justice John Quirke. First published: April 2013, Dublin. 9–11, 19–27.

[34] An Act to consolidate certain enactments relating to juries, jurors and jury service with corrections and improvements made under the Consolidation of Enactments (Procedure) Act 1949 [*1974 c.23* (1974, July 9)], §§ 1–7.

[35] Juries Act 1974, Schedule No. 1; and an Act to make further provision for disqualification for jury service on criminal grounds [*1984 c.34* (1984, July 12)], §§ 1–2.

[36] Hostettler 2004, 125–127.

[37] Baker 2007, 75–76.

for at least two hours. In this case, but only when a guilty verdict is reached, the jury foreperson is also obliged to inform the court of the voting ratio. At the Central Criminal Court (Old-Bailey) in 1963 there were 699 contested cases, in 27 of which the jury disagreed, at the London Sessions in the same year there were 1087 contested cases, in 29 of which the jury disagreed. As a result, fewer cases are now brought before a new jury due to the jury's inability to reach a lawful verdict *(1967 c.80)*.[38]

5. AFTERWORD

Juries were examined here as legal instruments, and I did not consider them primarily political institutions. In general, science at the end of the 19th century started from the idea that the good jury could not be a purely political institution, as in France. At the same time, there is no doubt that it was also related to civil rights.

While the provision of all other civil rights for men was exemplary and self-evident in the United Kingdom from the turn of the 19th and 20th centuries as „the rule of law", the institution of jury eligibility was a permanent exception to constitutional law reforms. And by the time it became a true civil right through the abolishment of property qualification, procedural laws narrowed the scope of the institution's applicability to such an extent that the British lay public can rarely exercise this hard-won right *de facto*.

Appendixes

Section I of an Act for consolidating and amending the Laws relative to Jurors and Juries – *(6 Geo. 4, c.50)* [22d June 1825]

"Whereas the Laws relative to the Qualification and summoning of Jurors, and the Formation of Juries in *England* and *Wales*, are very numerous and complicated, and it is expedient to consolidate and simplify the same, and to increase the Number of Persons qualified to serve on Juries, and to alter the Mode of striking Special Juries, and in some other respects to amend the said Laws; be it therefore enacted by the King's most Excellent Majesty, by and with the Advice and Consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the Authority of the same, That every Man, except as herein-after excepted, between the Ages of Twenty-one Years and Sixty Years, residing in any County in *England*, who shall have in his own Name or in Trust

[38] Hostettler 2004, 130–131; *Report of the Departmental Committee on Jury Service* (1965), 113–114.

for him, within the same County, Ten Pounds by the Year above Reprizes in Lands or Tenements, whether of Freehold, Copyhold, or Customary Tenure, or of Ancient Demesne, or in Rents issuing out of any such Lands or Tenements, or in such Lands, Tenements, and Rents taken together, in Fee Simple, Fee Tail, or for the Life of himself or some other Person, or who shall have within the same County Twenty Pounds by the Year above Reprizes, in Lands or Tenements, held by Lease or Leases for the absolute Term of Twenty-one Years, or some longer Term, or for any Term of Years determinable on any Life or Lives, or who being a Householder shall be rated or assessed to the Poor Rate, or to the Inhabited House Duty in the County of *Middlesex*, on a Value of not less than Thirty Pounds, or in any other County on a Value of not less than Twenty Pounds, or who shall occupy a House containing not less than Fifteen Windows, shall be qualified and shall be liable to serve on Juries for the Trial of all Issues joined in any of the King's Courts of Record at *Westminster*, and in the Superior Courts, both Civil and Criminal, of the Three Counties Palatine, and in all Courts of Assize, Nisi Prius, Oyer and Terminer, and Gaol Delivery, such Issues being respectively triable in the County in which every Man so qualified respectively shall reside, and shall also, be qualified and liable to serve on Grand Juries in Courts of Sessions of the Peace and on Petty Juries, for the Trial of all Issues joined in such Courts of Sessions of the Peace, and triable in the County, Riding, or Division in which every Man so qualified respectively shall reside; and that every Man (except as hereinafter excepted) being between the aforesaid Ages, residing in any County in *Wales*, and being there qualified to the Extent of Three-fifths of any of the foregoing Qualifications, shall be qualified and shall be liable to serve on Juries for the Trial of all Issues joined in the Courts of Great Sessions, and on Grand Juries in Courts of Sessions of the Peace, and on Petty Juries for the Trial of all Issues joined in such Courts of Sessions of the Peace, in every County of *Wales*, in which every Man so qualified as last aforesaid respectively shall reside."[39]

Section 1 of An Act to consolidate certain enactments relating to juries, jurors and jury service with corrections and improvements made under the Consolidation of Enactments (Procedure) Act 1949 – *(1974 c.23)* [9th July 1974]

"Subject to the provisions of this Act, every person shall be qualified to serve as a juror in the Crown Court, the High Court and county courts and be liable accordingly to attend for jury service when summoned under this Act, if –

(a) he is for the time being registered as a parliamentary or local government elector and is not less than eighteen nor more than sixty-five years of age, and

[39] *A Collection of the Public General Statutes [of the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland]*. London, 1825. 457–458.

(b) he has been ordinarily resident in the United Kingdom, the Channel Islands or the Isle of Man for any period of at least five years since attaining the age of thirteen,

but not if he is for the time being ineligible or disqualified for jury service; and the persons who are ineligible, and those who are disqualified, are those respectively listed in Parts I and II of Schedule 1 to this Act."[40]

REFERENCES

Special literature in alphabetic order:

Antal, Tamás, *Az angol esküdtszék története*. [A History of the Jury in England] = Fundamenta Fontium Iuris Historici 2. Szeged, 2019.

Antal, Tamás, The Jury in Hungary, *Зборник радова Правної факултета у Новом Саду* (Collected Papers), Vol. XLII, 1–2/2008, 927–939.

Baker, John H., *An Introduction to English Legal History*. Oxford, 2007.

Bentham, Jeremy, *Elements in the Art of Packing as Applied to Special Juries*. London, 1821.

Brown, R. Blake, „A Delusion, a Mockery, and a Snare": Array Challenges and Jury Selection in England and Ireland, 1800–1850, *Canadian Journal of History*, April 2004. Vol. XXXIX, No. 1, 2–26.

Carter, A.T., *A History of the English Courts*. London, 1944.

Cook, Chris – Stevenson, John, *The Longman Handbook of Modern British History, 1714–1987*. London–New York, 1988.

Cornish, William R., *The Jury*. London, 1968.

Devlin, Sir Patrick [Lord], *Trial by Jury*. London, 1956.

Getzler, Joshua, The Fate of Civil Jury in the Late Victorian England: Malicious Prosecution as a Test Case. In: *"The Dearest Birth Right of the People of England": The Jury in the History of the Common Law*. Editors: J.W. Cairns, G. McLeod. Oxford, 2002. 217–237.

Green, Thomas A., The English Criminal Trial Jury and the Law-Finding Traditions on the Eve of the French Revolution. In: *The Trial Jury in England, France, Germany, 1700–1900*. Editor: A. Padoa Schioppa. Berlin, 1987. 41–73.

Handler, Philip, The Limits of Discretion: Forgery and the Jury at the Old Bailey, 1818–21. In: *"The Dearest Birth Right of the People of England": The Jury in the History of the Common Law*. Editors: J.W. Cairns, G. McLeod. Oxford, 2002. 155–172.

Hanly, Conor, The Decline of Civil Jury Trial in Nineteenth-Century England, *The Journal of Legal History,* Nov. 2005. Vol. 26, No. 3, 253–278.

Hay, Douglas, The Class Composition of the Palladium of Liberty: Trial Jurors in the Eighteenth Century. In: *Twelve Good Men and True: The Criminal Trial Jury in*

[40] *Elisabeth II, Chapter 23 of 1974, Juries Act 1974*. Published by Her Majesty's Stationery Office. London, 1974, 1988. 1 (Schedule 1: 12–15).

England, 1200–1800. Editors: J.S. Cockburn, T.A. Green. Princeton, N.J., 1988. 305–357.
Hostettler, John, *The Criminal Jury Old and New: Jury Power from the Early Times to Present Day*. Winchester, 2004.
Howlin, Níamh, Controlling Jury Composition in Nineteenth-Century Ireland, *The Journal of Legal History*, Dec. 2009, Vol. 30, No. 3, 227–261.
Jackson, Richard M., The Incidence of Jury Trial during the Past Century, *Modern Law Review,* Sept. 1937. Vol. 1, No. 2, 132–144.
Kennedy, James, *Treatise on the Law and Practice of Juries: as Amended by Statute 6 Geo. IV c. 50, including the coroner's inquest, & c*. London, 1826.
Landau, Peter, Schwurgerichte und Schöffengerichte in Deutschland im 19. Jahrhundert bis 1870. In: *The Trial Jury in England, France, Germany, 1700–1900*. Editor: A. Padoa Schioppa. Berlin, 1987. 241–304.
Langbein, John H., The English Criminal Jury on the Eve of the French Revolution. In: *The Trial Jury in England, France, Germany, 1700–1900*. Editor: A. Padoa Schioppa. Berlin, 1987. 13–39.
Leyland, Peter, *The Constitution of the United Kingdom: A Contextual Analysis*. Oxford–Portland, 2012.
Lobban, Michael, The Strange Life of the English Civil Jury, 1837–1914. In: *"The Dearest Birth Right of the People of England": The Jury in the History of the Common Law*. Editors: J.W. Cairns, G. McLeod. Oxford, 2002. 173–209.
MacMillan, Catharine, Stephen Martin Leake: A Victorian's View of the Common Law, *The Journal of Legal History*, Apr. 2011. Vol. 32, No. 1, 3–29.
Oldham, James, *Trial by Jury: the Seventh Amendment and Anglo-American Special Juries*. New York–London, 2006.
Passarella, Claudia, From Scandalous Verdicts to "Suicidal Sentences": The Reform of the Courts of Assize under the Fascist Regime. *Studia Iuridica LXXX*, Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warsawa, 2019. 251–264.
Pugh, Martin, *Votes for Women in Britain, 1867–1928*. London, 1994.
Sealy, A.P. – Cornish, W.R., Jurors and their Verdicts, *Modern Law Review*, Sept. 1973. Vol. 36, No. 5, 496–508.
Stewart, Graham, *Britannia: 100 Documents that Shaped a Nation*. London, 2012.

Other sources:

A Collection of the Public General Statutes [of the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland]. London, 1825.
Elisabeth II, Chapter 23 of 1974, Juries Act 1974. Published by Her Majesty's Stationery Office. London, 1974, 1988.
Law Reform Commission's Report: Jury Service. President: Mr. Justice John Quirke. First published: April 2013, Dublin.
Report of the Departmental Committee on Jury Service. Presented to Parliament by the Secretary of State for the Home Department by Command of Her Majesty (Cmnd. 2627). London, 1965.

Тамаш Антал
Универзитет у Сегедину
Правни факултет
antalt@juris.u-szeged.hu
ORCID ID: 0000-0002-3874-5978

Промене у енглеској пороти у XIX и XX веку

Сажетак: *У овом раду обрађена је кратка историја енглеске порите у савремено доба. Главни циљ аутора је да изврши историјско истраживање и пронађе најважније моменте у вези са правним установама англосаксонског типа поротног суђења у Енглеској и Ирској. Историјска перспектива пружа прилику да се испита установа порите као суд грађана стављен под надлежност државе за кратак временски период. Аутор се осврће на неколико периода од почетка XIX до краја XX века. Овде предмет расправе није поступак, већ уредбе о организацији, с посебним освртом на услове који су одредили улогу порите као део среских судова и заседања, као и централних судова у Лондону. Литература је прикупљена у Британској библиотеци током периода истраживања у којима је аутор имао прилику да ради с посебним изворима на које се средњоевропски научници нису позивали.*

Кључне речи: *порота, асизе, судови, Енглеска, поротно суђење, XIX и XX век.*

Датум пријема рада: 20.7.2023.
Датум достављања коначне верзије рада: 20.11.2023.
Датум прихватања рада: 20.11.2023.

Оригиналан научни рад 34:614(436+497.13)”17/18”
doi:10.5937/zrpfns57-46789

Slavko I. Čandrlić
University of Osijek
Faculty of Dental Medicine and Health Osijek
slavko.candrlic@fdmz.hr
ORCID ID: 0000-0002-9464-2009

ANALYSIS OF THERESIAN GENERAL HEALTH REGULATIONS FROM 1770 AND HEALTH REGULATIONS IN CROATIA AND SLAVONIA DURING THE SECOND HALF OF THE 19TH CENTURY

Abstract: *In the introductory part of the work, the assumption of power by the Empress and Queen Maria Theresa is presented and her reforms in the field of health are explained. Particular attention is paid to the adoption of the General Health Ordinance of 1770, which unified all previous health regulations into one valid for the entire Habsburg Monarchy. In the further course of the work, the legal provisions of the aforementioned ordinance, which regulated health care, are presented in detail. Furthermore, the importance of the Croatian-Hungarian Compromise of 1868 and the creation of a legal basis for the development of further health reforms is explained, which is why the Health Care Regulation Act was first enacted in 1874 and the Health Care Service Regulation Act, the Pharmacy Act and other accompanying health regulations in 1894.*

Keywords: *health care, regulations, Maria Theresa, Croatia and Slavonia, 19th century.*

1. INTRODUCTION

When Maria Theresa succeeded her father Charles VI. on the Habsburg throne in 1740, she faced a number of problems in consolidating her power. Faced with the fact that she would have no male heir, numerous political enemies of the House of Habsburg hatched a conspiracy and did not accept Maria Theresa’s assumption of power. The Croatian authorities, on the other hand, wanted to help

Maria Theresa and recognised the "royal right of the female gender" at the Parliament of 1712, which gave her a pragmatic sanction that was later accepted by other crown lands.[1] Put simply, the Croatian pragmatic sanction, i.e. Article 7, passed by the Croatian Parliament in March 1712, recognised the right of succession of the female line of the House of Habsburg in the Kingdom of Croatia.[2] Shortly after the seizure of power, there was unrest between political dissenters and the outbreak of the War of the Austrian Succession (1740- 1748). However, thanks to the support of the Croatian and Hungarian estates, Maria Theresa was crowned in the Hungarian Parliament in 1741.[3] This was of great importance to the Croatian estates, especially since most Croatian territories had been liberated from Turkish rule in the late 17th and early 18th centuries.[4] Maria Theresa's decision of May 1741 confirmed the annexation of Slavonia, which reinforced the need for structural reforms in the liberated territories.[5] Thus, during the reign of Empress and Queen Maria Theresa, the county administration in Banal Croatia was reorganised, the Croatian Royal Council was established and the executive and legislative powers were separated. This separation of powers made it possible to pass and implement reform laws in the areas of administration, education, justice and health care.[6] Finally, in 1770, the Empress and Queen Maria Theresa, with the help of the Austrian physician Gerhard Van Swieten[7] issued the General Health Ordinance – *Generale Normativum Sanitatis*[8] and lesser known known ordinance against the plague – *Pestreglement*.[9] The General Health Ordinance of 1770 applied throughout the Habsburg Monarchy and formed the basis for the regulation of health care in the Austrian Empire.[10] It stipulated that every provincial government had to have its own health commission[11] and introduced compulsory training for

---

[1] Trpimir Vedriš, "Apostolska kraljica ... Dalmacije, Hrvatske i Slavonije Povodom 300. obljetnice rođenja Marije Terezije (1717.–1780.)." *Obnovljeni Život*, 2/2017, 147.

[2] Ivana Jukić, "Vladavina žena na Bečkom dvoru 1711./1712. i Hrvatska pragmatička sankcija." *Povijesni prilozi*, 30/2006, 104.

[3] Trpimir Vedriš, o. c., 147.

[4] Robert Skenderović, "Zdravstvene reforme Marije Terezije u slavonskom Provincijalu i Generale normativum sanitatis iz 1770." *Scrinia Slavonica*, 1/2005, 137.

[5] Trpimir Vedriš, o. c., 149.

[6] Ivana Horbec, "Homo principis et homo statuum – banska služba za vladavine Marije Terezije." *Povijesni prilozi,* 37/2009, 284.

[7] Jan G Van den Tweel, Roland Sedivy, "Gerard van Swieten, the Dutch personal physician of Empress Maria Theresia (1700-1780)." *Wiener medizinische Wochenschrift*, 11 – 12/2020, 320–324.

[8] Robert Skenderović, o. c., 139; Lujo Thaller, *Povijest medicine u Hrvatskoj i Slavoniji od godine 1770. do 1850,* Karlovac 1927*,* 33.

[9] Alexander Buczynski, "Kuga, kontumaci i karantena: epidemiološke mjere u Vojnoj krajini u 18. i 19. stoljeću" *Narodna umjetnost*, 1/2021, 196.

[10] Robert Skenderović, o. c., 139; Christa Kletter, "Austrian Pharmacy in the 18th and 19th Century" *Scientia Pharmaceutica*, 3/2010, 400.

[11] Robert Skenderović, o. c., 139.

pharmacists, midwives and doctors.[12] These provisions formed the backbone of the legal regulation of health care in the Monarchy, including the Kingdom of Slavonia, until the conclusion of the Croatian-Hungarian Compromise in 1868, by which the Kingdom of Croatia and Slavonia and the Kingdom of Hungary regulated their interstate relations. This stipulated that matters of internal administration and health care were autonomous matters, which would henceforth be administered by the National Government, the Parliament and the Ban.[13] On this basis, and thanks to the strong political activity of the Ban Ivan Mažuranić in the period from 1873 to 1880[14], new and modern laws regulating public health were passed.[15] First, in 1874, the Law on the Regulation of Health Care[16] was passed, and due to the territorial and administrative changes that had taken place in the meantime, a new regulation was passed in 1894, the Law on the Regulation of Health Care in the Kingdoms of Croatia and Slavonia.[17] In the same year, i.e. on 11 April 1894, the Law on Pharmacy was passed, which placed public pharmacies under the control of the provincial government.[18] In addition to the aforementioned laws, the Executive issued several decisions in the form of instructions, circulars, orders, notices and other legal acts regulating health care.

2. ORGANIZATION OF THE HEALTH SYSTEM BEFORE THERESIAN REFORMS

At the end of the 17th century, Buda and Pest were hit by a plague epidemic, and at the beginning of the 18th century, the entire Habsburg monarchy was hit by

[12] Robert Skenderović, o. c., 140 – 141; Slavko Čandrlić, Dubravka Holik, Ivan Včev, „Pravna regulativa ljekarništva u Slavoniji u prvoj polovini 19. stoljeća“ *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 1/2023, 176 – 177.

[13] Ivan Beuc, *Povijest institucija državne vlasti Kraljevine Hrvatske, Slavonije i Dalmacije,* Zagreb 1985, 284.

[14] Dalibor Čepulo, “Središte i periferija: europske i hrvatske odrednice Mažuranićevih reformi ustroja vlasti i građanskih prava (1873.-1880.)“ *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 6/2000, 901.

[15] *Ibid*.

[16] Miro Gardaš, Slavko Čandrlić, “Legislative regulation of public health in Croatia in the second half of the 19th century“ *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2020, 810.

[17] Đuro Sremac, Branko Žuža, *Hrvatsko zdravstveno zakonodavstvo 1830-1941*., Zagreb 2002, 15–16.

[18] *Ibid,* p. 25. and 26. Other less well-known, but also important regulations are adopted, namely: Zakon o ciepljenju boginja u kraljevinah Hrvatskoj i Slavoniji, from 6. July 1891. See in: Milan Smrekar, *Priručnik za političku upravnu službu*, Zagreb 1902, 815. and Zakon o uređenju veterinarstva from 1888. with all accompanying regulations related to various animal infectious diseases. See In: Željko Bartulović, Marinko Đ. Učur, „*Zaštita od “pošasti” u hrvatskoj povijesti u 18. i 19. stoljeću i nomotehničke pretpostavke za izradu propisa de lege ferenda*.“ ur., Mirko Kulić, Katastrofe Prevencija i saniranje posljedica, Zbornik radova sa III međunarodnog naučnog skupa; I tom. Brčko, Evropski univerzitet Brčko distrikt, 2015, 525.

a major plague epidemic. In response to these challenges, sanitary councils were established in the cities. For this reason, the Viennese Court established the Court Health Council – K. K. *Hoff Commission in Sanitäts Sachen* – which was responsible for the Austrian hereditary lands, while the sanitary (health) deputation – *Sanitatis Deputatio* – was responsible for the Kingdom of Hungary. By 1712, health councils had been set up as temporary bodies that were appointed in the event of epidemics of contagious diseases and were subsequently dissolved. Very quickly it became known that the health councils or commissions were to become permanent state institutions to monitor and combat infectious diseases.[19]

In parallel, sanitary barriers were erected along the rivers to separate the infected from the uninfected areas. Since contagious diseases reached the territory of the Habsburg Monarchy mainly from the Ottoman Empire, it was precisely these border crossings that were necessary to protect the public health of the inhabitants of the Austrian Empire. Joseph I's imperial mandate of 27 December 1709 stipulated that three medical cordons were to be established in Hungary, primarily to protect the capital Vienna. Also the rescript of Charles VI. of 22 October 1728 established a permanent medical cordon between the Habsburg Monarchy and the Ottoman Empire.[20] For this purpose, "guard houses" (ger. *czardaquen*) were established along the border, from which the cordon service of the border guard carried out surveillance. The cordon service also carried out regular patrols for border security and prevented illegal border crossings. In addition to surveillance, it was particularly important to collect data on diseases and epidemics that occurred in the territory of the Ottoman Empire. Data collection was carried out by travellers and spies sent by the Austrian authorities to the Turkish territories to observe the public health situation of the population and to inform the competent authorities in good time about the occurrence of the plague and other infectious diseases. To protect the public health of the inhabitants of the Austrian Empire, three quarantine levels were introduced at the border crossings. The first quarantine level referred to the official situation, while the second quarantine level was lifted if the plague occurred, for example, in the central part of the Ottoman Empire far from the border with the Habsburg Monarchy. If the disease appeared in the immediate vicinity of the border crossings, the third quarantine stage would be lifted, for which eleven thousand soldiers would be mobilised.[21] The establishment of the sanitary cordon is one of the best health policy measures of the Habsburg Monarchy, carried out in the period from 1728 to 1871. This is supported by the fact that Charles VI. himself believed that the sanitary cordon was the best protection in suppressing epidemics of contagious

[19] Robert Skenderović, o. c., 126 – 127.
[20] *Ibid*, 127 – 128.
[21] Alexander Buczynski, o. c., 196 – 197.

diseases.[22] This led to the adoption of a basic health ordinance, namely the General Health Ordinance – *Generale Normativum Sanitatis* of 1770, which regulated the establishment of the sanitary cordon in two-thirds of its provisions.[23]

3. GENERAL HEALTH REGULATIONS FROM 1770.

The adoption of the first basic health ordinance was preceded by the adoption of the municipal health regulations – Collegium Sanitatis of 1692 – and other, lesser-known health regulations.[24] One of these was the Ordinance on Contumaz – *Contumaz und respective Reinigungsordnung* of 10 May 1738, whose provisions prescribed the handling of goods, letters and travellers quarantined at the border.[25] To ensure the implementation of disease control at the border crossings, the Contumaz Patent was issued in 1766, which provided for criminal sanctions for violations.[26]

There were many such legal acts, but at the same time there was no basic (general) health regulation that applied throughout the Habsburg Monarchy. For this reason, the Empress and Queen Maria Theresa combined all previous health regulations into one law and issued the General Health Regulations – *Generale normativum in re sanitatis* in 1770, which was valid for the entire Habsburg Monarchy.[27] This law formed the basis for the legal regulation of the public health service in the Monarchy. It prescribed compulsory training for medical personnel, in particular for doctors, who had to have completed a medical degree in order to practise as physicians. The 1770 decree prescribed the establishment of a sanitary cordon as a necessary system of disease control to ward off infectious diseases that

---

[22] Robert Skenderović, "Sanitarni kordon na Savi i začetci javnog zdravstva u Slavoniji". In: *Rijeka Sava u povijesti.*, ur. Branko Ostajmer, Hrvatski institut za povijest – Podružnica za povijest Slavonije, Srijema i Baranje, Slavonski Brod 2015, 316.

[23] *Ibid,* str. 319.

[24] Nikola Ostojčić, "Uspostava i funkcija sanitarnoga kordona." *Radovi Zavoda za znanstvenoistraživački i umjetnički rad u Bjelovaru*, 16/2022, 14.

[25] Dubravka Mlinarić, Sanja Lazanin, "Zarazne bolesti, prostorna mobilnost i prevencija u ranome novom vijeku: povijesna iskustva Dalmacije i Slavonije." *Povijesni prilozi*, 61/2021, 30.

[26] Ivana Horbec, *Zdravlje naroda – bogatstvo države. Prosvijećeni apsolutizam i počeci sustava javnoga zdravstva u Hrvatskoj*, Zagreb 2015, 117.

[27] According to Skenderović, The General Health Ordinance from 1770 is a set of all previous regulations on health, namely: *Haupt Sanitäts Gesetz* from 1755., *General Regolamento di tutto il Littorale Austriaco* from 15. December 1757., *Regolamento delle Providenze*, *e Rispettive Instruzioni per gli Offizi di Sánita*, *Deputati*, *Essattori*, *Fanti e Guardie, Paesane e Militari nelle Spiaggie*, *e Coste del Littorale Austriaco* from 18. March 1764. and Law on Punishment of Violators of Quarantine Regulations from 25. August 1766. See in: Robert Skenderović, „Zdravstvene reforme Marije Terezije u slavonskom Provincijalu i *Generale normativum sanitatis* iz 1770." *Scrinia Slavonica*, 1/2005, 139.

had appeared mainly in the territory of the Ottoman Empire.[28] Put simply, one of the most important parts of this regulation related to the sanitary cordon, i.e. the way quarantine measures were ordered and implemented.[29] The regulations specified the compulsory isolation period. If there was no epidemic, people had to remain in isolation for twenty-one days, while if there was a suspicion of an epidemic, this period increased to twenty-eight days. For travellers from Turkish areas and from areas where infectious diseases were suspected, a quarantine period of forty-two days applied.[30] Subsequently, a regulation was introduced whereby the health commissions had to report on the epidemiological situation to the Palace Sanitary Commission in Vienna.[31]

This decree created a legal framework for the regulation of midwifery in the Habsburg Monarchy for the first time, which is why it was stipulated that only licenced midwives who had previously obtained the approval of the provincial sanitary commission or the provincial or district physicians were allowed to provide midwifery services independently. This legal regulation led to the gradual emergence of qualified midwives, some of whom held a degree from the Royal University, while various other midwives were licenced to practise on the basis of passing a public examination. Midwives who had not completed any of the abovementioned training were allowed to practise some midwifery, but under the compulsory supervision of qualified health personnel.[32] Pharmacists, like doctors, were required to have completed formal training, and this law enabled health commissions to exercise disciplinary powers over pharmacists and to have their work inspected by doctors every year.[33]

The same law regulated forensic medicine by requiring surgeons to report any violent injury or death to the local authorities. Surgeons were obliged to perform anatomical operations at the request of the physician and to report jointly with him on the work performed. In addition, pharmacists and midwives were obliged to provide forensic medical opinions if their expertise was requested.[34]

---

[28] Trpimir Vedriš, o. c., 149 – 150.

[29] Lavoslav Glesinger, "Povijest zdravstva u Senju." *Senjski zbornik*, 1/1968, 233.

[30] Iva Salopek Bogavčić, "Od kontumca do bolnice: javnozdravstveni uvjeti gradiške Posavine 18. i 19. stoljeća." *Povijesni prilozi*, 62/2022, 277 – 278.

[31] Miro Gardaš, Slavko Čandrlić, Marko Repić. "Ovlasti i mjere županijskih i gradskih vlasti u javnom zdravstvu u Slavoniji u 19. stoljeću." *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 2/2020, 534.

[32] Mirela Krešić, Monika Rakitičan, "Primaljstvo u Hrvatskoj i Slavoniji 1876.-1918.: zakonodavni okvir ustroja primaljske službe." *Historijski zbornik,* 2/2015, 282.

[33] Boris Suljagić, "Regulativa lijekova na području Banske Hrvatske u vrijeme Austro – Ugarske i između dva svjetska rata: zakonodavni aspekt." *Arhivski vjesnik*, 1/2021, 150 – 151.

[34] Marko Kolić, "Sudska medicina i Medicinski fakultet Sveučilišta u Zagrebu (1922. – 1945.)." *Časopis za suvremenu povijest*, 2/2021, 663.

4. HEALTH REGULATIONS IN CROATIA AND SLAVONIA DURING THE SECOND HALF OF THE 19TH CENTURY

After the adoption of the General Health Ordinance from 1770 and the health reforms of the Empress and Queen Maria Theresa, the development of the health care system gradually stagnated. The reason for this was the political tensions between Vienna and Pest during neo-absolutism and pseudo-constitutionalism.[35] A positive development was only achieved with the conclusion of the Croatian-Hungarian Agreement in 1868, which established matters of internal administration, including health care, as autonomous matters to be administered by the National Government, the Parliament and the Ban.[36] On this legal basis and the conclusion of the agreement between the People's Party and the Central Government, further reforms and the adoption of modern European health regulations were made possible.[37] Thus, on 15 November 1874, the Law Regulating Public Health in the Kingdom of Croatia and Slavonia was passed. It largely regulated the public health network, but not pharmacy and pharmacy services.[38] It gave the sub-district doctors, sub-district veterinarians and rural veterinarians the status of rural officials.[39] This law establishes the hierarchy between the National Government and the lower organisational units. The Department of Internal Affairs and the National Health Council assist the National Government in regulating public health.[40] The main role of the National Health Council was to advise the National Government on health issues. In addition to the advisory function, the Council was entrusted with the supervision of doctors and performed important administrative tasks for the health system, which is why it issued instructions, opinions and health reports. The law also specified the composition of the National Health Council, so that there were ordinary and external members. The ordinary members were a government representative and four doctors, while the external members were appointed by the National Government.[41] In regulating the municipalities and their role in regulating health care, the legislature did not provide for the introduction of community doctors, which is the main shortcoming of this law. In both municipalities and cities, sanitary hygiene measures in public places were carried out by the health authorities responsible for them.[42] In the sub-districts and counties, the doctors oversaw supervising swimming pools, health facilities and pharmacies, as well

[35] Dalibor Čepulo, o. c., 900.

[36] Ivan Beuc, o. c., 284.

[37] Dalibor Čepulo, o. c., 901.

[38] Borna Mažar, Vladimir Grdinić, "Razvoj ljekarničke mreže u Zagrebu od 1874. do 1991. godine." *Geografski horizont*, 2/2019, 38.

[39] Sbornik zakonah i naredabah 440/1874.

[40] Đuro Sremac, Branko Žuža, o. c., 11.

[41] *Ibid*, str. 13 – 14.

[42] *Ibid,* str. 11 – 12.

as carrying out vaccinations of the population. The doctors also took on other tasks such as combating quackery and preparing medical reports.[43]

With the 1894 Act on the Regulation of Health Care in the Kingdoms of Croatia and Slavonia, the legislature corrected its mistake when the previous 1874 Act did not provide for the introduction of community doctors. A new law of 1894 stipulated that each municipality must have its own doctor. The conditions for the election of a community doctor were almost the same as in the General Health Ordinance of 1770, and it was required that doctors had a degree from an Austrian or Hungarian royal university.[44]

Article 63 of the law stipulates that each administrative municipality must be assigned a certified midwife. This was followed by Article 64, which required midwives to obtain permission from the district authorities before commencing midwifery activities.[45] This decree introduced health committees in cities, counties and municipalities and, in accordance with the law, stipulated that municipalities with an income of at least one thousand forints can become independent health municipalities, while those that do not meet this condition are included in the community of associated health municipalities. At least one doctor had to be active in these associations.[46] The same decree provided for the establishment of the Health Department as part of the state administration, making health matters independent and autonomous from other administrative matters that fell under the jurisdiction of the Department of Internal Affairs.[47]

In the same year, a lesser known but equally important health ordinance was passed to regulate the operation of pharmacies. The Pharmacy Act of 1894, which stated in its provisions that pharmacies were under the supervision of the National Government.[48] According to Article 3 of this Act, the National Government decided on the establishment of individual pharmacies. However, the proposal for the establishment of a pharmacy in the districts could be submitted by the administrative councils. In the cities, the proposals for the establishment of pharmacies were submitted by the city councils.[49] A prerequisite for the establishment of pharmacies was that more than four thousand people lived in each area. To ensure the availability of pharmacy services, pharmacies were also established in places that were 24 kilometres away from the nearest pharmacy.[50] A pharmacy could only be

[43] *Ibid,* str. 12–13.

[44] *Ibid*, str. 18–19.

[45] Sbornik zakonah i naredabah 169/1894.

[46] Đuro Sremac, Branko Žuža, o. c., 19–23.

[47] *Ibid,* str. 15–16.

[48] Bruno Raguž, „*Razvoj zagrebačkog zdravstva u posljednjim desetljećima 19. stoljeća*." Acta medico-historica Adriatica, 2/2022, 310.

[49] *Sbornik zakonah i naredabah* 354/1894.

[50] *Ibid.*

operated by a person who had obtained a master's degree or doctorate in pharmacy by certifying or completing their education at the appropriate Austrian or Hungarian university. In addition, they had to carry out their activities on a voluntary basis and have a corresponding professional experience of five years.[51] As far as supervision is concerned, it is foreseen that pharmacies must be examined by the county psychologist before their establishment. In the cities of Osijek and Zagreb, pharmacies had to be examined by the chief physician of the county or his deputy before they could start their activities.[52] In the second half of the 19th century, there were many accompanying and other health regulations,[53] but the 1874 and 1894 laws formed the basis for all other regulations issued later.

5. CONCLUSION

The General Health Ordinance of 1770 is the fundamental health ordinance that encompasses all previous laws regulating health care. This unique law, which was valid throughout the Habsburg Monarchy, became the basis for many other and more modern health ordinances that were later derived from it. The ordinance essentially regulated disease control, i.e. the operation of sanitary columns, and compulsory training for pharmacists, midwives and doctors was introduced and prescribed. This is particularly important considering that the 1874 Act on the Regulation of Health Care in the Kingdom of Croatia and Slavonia strongly emphasised and regulated medical activities and services, but not pharmacy. The 1874 Act made the greatest contribution to the development of health care by introducing and prescribing the hierarchy between the National Government and lower organisational units and establishing the National Health Council. This led to the creation of a better public health service system. However, the biggest omission was the regulation of the municipalities, as the legislature did not provide for the introduction of community doctors. However, this omission was corrected by the new Law on the Organisation of Health Care in the Kingdoms of Croatia and Slavonia of 1894, which stipulated that each municipality had to have its own doctor.

---

[51] *Ibid*.

[52] *Ibid*, 358.

[53] Those were following orders: *Naredba proti prekomjernom pušćanju krvi, Zakon o ustroju primaljskog učilišta u Zagrebu, Naputak za živinare, Red za zborove liekarske, Propis o domaćih liekarnah, Naredba u pogledu liekovnog cienika, Naredba o razgledbi mesa, Naredba o ciepljenju proti boginjah, Naputak kako treba da se postupa prigodom vladajuće medju pučanstvom pošasti u obće a kolere napose, Naredba o javnoj opskrbi siromaha u njihovoj općini ali i u javnim ubožnicama i zdravstvenim zavodima, Opskrba bolesnika u zemaljskoj ludnici, Naredba o ogledu mrtvaca, Pravilnik o transportu mrtvaca, Zakon o postupku protiv goveđe kuge, Okružnica o postupku protiv stočnih pošasti*. See in: Milivoj Vežić, *Pomoćnik za javnu upravu*, Zagreb 1884, 320–579.

It may be noted that the 1894 Act prescribed almost the same thing as the General Health Ordinance of 1770, when compulsory education was introduced for the various health professions. Thus, the 1894 Act stipulated that doctors had to hold a diploma from one of the royal universities, otherwise they were not allowed to practise medicine. The special feature of this law was the establishment of the Health Department as part of the state administration, which made the health system largely independent of other administrative tasks that came under the authority of the Department of Internal Affairs.

Through the presentation and comparison of legal sources in this paper, it was possible to show to a certain extent that health care was regulated by law in Croatia and Slavonia at the time of Empress and Queen Maria Theresa and later in the second half of the 19th century in Croatia and Slavonia. However, further research is needed in this area to get a more complete picture of how these regulations were regulated and implemented in practise.

REFERENCES

Alexander Buczynski, "Kuga, kontumaci i karantena: epidemiološke mjere u Vojnoj krajini u 18. i 19. stoljeću" *Narodna umjetnost*, 1/2021.

Boris Suljagić, "Regulativa lijekova na području Banske Hrvatske u vrijeme Austro – Ugarske i između dva svjetska rata: zakonodavni aspekt." *Arhivski vjesnik*, 1/2021.

Borna Mažar, Vladimir Grdinić, "Razvoj ljekarničke mreže u Zagrebu od 1874. do 1991. godine." *Geografski horizont*, 2/2019.

Bruno Raguž, „*Razvoj zagrebačkog zdravstva u posljednjim desetljećima 19. stoljeća*." Acta medico-historica Adriatica, 2/2022.

Christa Kletter, "Austrian Pharmacy in the 18th and 19th Century" *Scientia Pharmaceutica*, 3/2010.

Dalibor Čepulo, "Središte i periferija: europske i hrvatske odrednice Mažuranićevih reformi ustroja vlasti i građanskih prava (1873.-1880.)" *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 6/2000.

Dubravka Mlinarić, Sanja Lazanin, "Zarazne bolesti, prostorna mobilnost i prevencija u ranome novom vijeku: povijesna iskustva Dalmacije i Slavonije." *Povijesni prilozi*, 61/2021.

Đuro Sremac, Branko Žuža, *Hrvatsko zdravstveno zakonodavstvo 1830-1941.*, Zagreb 2002.

Iva Salopek Bogavčić, "Od kontumca do bolnice: javnozdravstveni uvjeti gradiške Posavine 18. i 19. stoljeća." *Povijesni prilozi*, 62/2022.

Ivan Beuc, *Povijest institucija državne vlasti Kraljevine Hrvatske, Slavonije i Dalmacije*, Zagreb 1985.

Ivana Horbec, "Homo principis et homo statuum – banska služba za vladavine Marije Terezije." *Povijesni prilozi*, 37/2009.

Ivana Horbec, *Zdravlje naroda – bogatstvo države. Prosvijećeni apsolutizam i počeci sustava javnoga zdravstva u Hrvatskoj*, Zagreb 2015.
Ivana Jukić, "Vladavina žena na Bečkom dvoru 1711./1712. i Hrvatska pragmatička sankcija." *Povijesni prilozi*, 30/2006.
Jan G Van den Tweel, Roland Sedivy, "Gerard van Swieten, the Dutch personal physician of Empress Maria Theresia (1700-1780)." *Wiener medizinische Wochenschrift*, 11–12/2020.
Lavoslav Glesinger, "Povijest zdravstva u Senju." *Senjski zbornik*, 1/1968.
Lujo Thaller, *Povijest medicine u Hrvatskoj i Slavoniji od godine 1770. do 1850*, Karlovac 1927.
Marko Kolić, "Sudska medicina i Medicinski fakultet Sveučilišta u Zagrebu (1922. – 1945.)." *Časopis za suvremenu povijest*, 2/2021.
Milan Smrekar, *Priručnik za političku upravnu službu*, Zagreb 1902.
Milivoj Vežić, *Pomoćnik za javnu upravu*, Zagreb 1884.
Mirela Krešić, Monika Rakitičan, "Primaljstvo u Hrvatskoj i Slavoniji 1876.-1918.: zakonodavni okvir ustroja primaljske službe." *Historijski zbornik,* 2/2015.
Miro Gardaš, Slavko Čandrlić, "Legislative regulation of public health in Croatia in the second half of the 19th century" *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2020.
Miro Gardaš, Slavko Čandrlić, Marko Repić. "Ovlasti i mjere županijskih i gradskih vlasti u javnom zdravstvu u Slavoniji u 19. stoljeću." *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci,* 2/2020.
Nikola Ostojčić, "Uspostava i funkcija sanitarnoga kordona." *Radovi Zavoda za znanstvenoistraživački i umjetnički rad u Bjelovaru*, 16/2022.
Robert Skenderović, "Zdravstvene reforme Marije Terezije u slavonskom Provincijalu i Generale normativum sanitatis iz 1770." *Scrinia Slavonica*, 1/2005.
Robert Skenderović, "Sanitarni kordon na Savi i začetci javnog zdravstva u Slavoniji". U: Rijeka Sava u povijesti., ur. Branko Ostajmer, Hrvatski institut za povijest – Podružnica za povijest Slavonije, Srijema i Baranje, Slavonski Brod 2015.
Sbornik zakonah i naredabah 1874.
Sbornik zakonah i naredabah 1894.
Slavko Čandrlić, Dubravka Holik, Ivan Včev, „Pravna regulativa ljekarništva u Slavoniji u prvoj polovini 19. stoljeća" *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 1/2023.
Trpimir Vedriš, "Apostolska kraljica ... Dalmacije, Hrvatske i Slavonije Povodom 300. obljetnice rođenja Marije Terezije (1717.–1780.)." *Obnovljeni Život*, 2/2017.
Željko Bartulović, Marinko Đ. Učur, „*Zaštita od "pošasti" u hrvatskoj povijesti u 18. i 19. stoljeću i nomotehničke pretpostavke za izradu propisa de lege ferenda*." ur., Mirko Kulić, Katastrofe Prevencija i saniranje posljedica, Zbornik radova sa III međunarodnog naučnog skupa; I tom. Brčko, Evropski univerzitet Brčko distrikt, 2015.

Славко И. Чандрлић
Универзитет у Осијеку
Факултет за денталну медицину и здравство Осијек
slavko.candrlic@fdmz.hr
ORCID ID: 0000-0002-9464-2009

Анализа терезијских општих здравствених прописа из 1770. године и здравствених прописа у Хрватској и Славонији током друге половине 19. века

Сажетак: *У уводном делу рада приказан је долазак на власт царице и краљице Марије Терезије и објашњене њене реформе у здравству. При томе је посебан акценат стављен на доношење Опште здравствене уредбе из 1770. године, која обједињује све досадашње здравствене прописе у једну која је важила за целу Хабзбуршку монархију. У наставку рада детаљније су разрађене законске одредбе наведеног правилника којим је уређен здравствени систем. Надаље, појашњава се значај Хрватско-угарске нагодбе из 1868. и стварање правне основе за развој даљих здравствених реформи, због чега је први пут донет Закон о уређењу здравствене заштите 1874. године, а 1894. године. Закон о уређењу здравствених услуга, Закон о фармацији и други пратећи здравствени прописи.*

Кључне речи: *здравство, прописи, Марија Терезија, Хрватска и Славонија, 19. век.*

Датум пријема рада: 27.09.2023.
Датум достављања коначне верзије рада: 24.10.2023.
Датум прихватања рада: 04.01.2024.

Оригиналан научни рад 342.77(497.6)
doi:10.5937/zrpfns57-47949

Брано Ђ. Хаџи Стевић
Универзитет у Источном Сарајеву
Правни факултет
brano.hadzi.stevic@pravni.ues.rs.ba
ORCID ID: 0009-0001-0844-3450

ВАНРЕДНО СТАЊЕ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ: ПОСЛЕДИЦЕ ПРИМЕНЕ*

Сажетак: *Услед ванредних околности које су изазване ковид-19 вирусом, бројне државе су доносиле различите мере за сузбијање епидемије, од којих су многе представљале ограничавање људских права и слобода. Овај рад посвећен је анализи (правних) последица које су изазване епидемијским мерама у Републици Српској донесеним за време ванредног стања. Посебно се анализирају законске одредбе којима се регулише поступање републичких органа у ванредним околностима и подзаконски акти који су својевремено доношени, а део рада ће да буде посвећен и одлукама Уставног суда Републике Српске о наведеним актима. Циљ рада је да се покаже да су подзаконски акти, доношени током ванредног стања, знатним делом били у супротности с уставним и законским одредбама, а нарочито је упадљиво то што су бројне мере доносили ненадлежни органи. Иако је неупитна обавеза државе да у ванредном стању реагује, ипак то мора да чини у складу с начелима уставности и законитости, будући да ванредне околности не могу да буду изговор за нарушавање темељних вредности правног поретка. Из тог угла посматрано, поступање органа Републике Српске у ванредном стању узрокованом ковид-19 вирусом је парадигматично, али као анти-модел.*

Кључне речи: *ковид-19, људска права и слободе, ограничавање права и слобода; ванредно стање, уставност и законитост.*

* Рад је настао као резултат истраживања на пројекту „Заштита начела уставности и људских права у ванредним околностима у пракси уставних судова Србије, Републике Српске и Европског суда за људска права“, који су реализовали Правни факултет Универзитета у Новом Сада и Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, уз финансијску подршку Аутономне Покрајине Војводина.

Истраживање је спроведено у сарадњи с проф. др Гораном Марковићем, с Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, који се у свом раду бави правним уређењем ванредног стања у Републици Српској, док је овај рад посвећен правним последицама ванредног стања у Републици Српској.

1. УВОД

У свету такорећи не постоји држава која се не позива на то да њено уређење почива на заштити људских права и слобода. У природи права пак лежи идеја о ограничавању људских права и слобода управо с циљем да се права и слободе других људи заштите. Упркос постојању мноштва начина на који се угрожавају људска права и слободе, вероватно су најплодније тло за угрожавање права и слобода ванредне околности. Овај рад настоји да преиспита последице поступања органа Републике Српске током ковид-19 епидемије, и то двојако: анализирањем аката који су доношени током епидемије, као и анализирањем одлука Уставног суда Републике Српске о уставности и законитости тих аката. Основна хипотеза од које се полази у раду је да су и Устав и релевантни закони Републике Српске грубо прекршени бројним одлукама Републичког штаба за ванредне ситуације. У раду се примарно примењује позитивноправни метод, с циљем да се анализира важеће право Републике Српске. Местимично ће да буде коришћен и упоредноправни метод, како би се указало на поступање појединих држава у епидемијским околностима, али и на праксу Европског суда за људска права и ставове овог наднационалног органа који имају изузетан утицај на праксу европских (уставних) судова. Коначно, на одговарајућим местима ће да буде примењен и аксиолошки метод, с циљем да се поједина позитивноправна решења оцене с вредносног аспекта, али и да се дају предлози о учешћу медицинске струке у одлучивању у ванредним околностима изазваним епидемијом.

2. ОГРАНИЧЕЊЕ ЉУДСКИХ ПРАВА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ ТОКОМ ВАНРЕДНЕ СИТУАЦИЈЕ И ВАНРЕДНОГ СТАЊА

У демократским друштвима људска права и слободе имају прворазредни значај и свако поступање државе требало би да их само изузетно и у најмањој мери ограничава. Међутим, постоје и околности у којима држава мора да предузима рестриктивније мере којима се људска права и слободе[1] ограничавају више него иначе,[2] и то није само овлашћење него је и позитив-

[1] О људским правима као „нормама које произлазе из фидуцијарног односа“ између државе и адресата, тј. грађана, као и о фидуцијарној теорији људских права вид. Evan Criddle, Evan Fox-Decent, „Human Rights, Emergencies, and the Rule of Law“, *Human Rights Quarterly* 1/2012, 40–41 и 52–55.

[2] „Полазиште је *Salus populi, suprema lex*, али то не сме бити својеврсни изговор за привремено обустављање уставног поретка и увођење модерног облика уставне диктатуре.“ Вид. M. Nastić, „Odgovor države na bolest COVID-19: na primerima Hrvatske i Srbije“, *Pravni vjesnik* 3–4/2020, 70. О поређењу пандемије са ратом, с обзиром на посљедице, вид. László Trócsányi, „The Theoretical Questions of Emergency Powers“, *Emergency Powers in Central and Eastern Europe* (eds. Zoltán Nagy, Attila Horváth), Budapest – Miskolc 2022, 317–318 и Michaela

на обавеза државе, као што је позитивна обавеза јавних власти да докажу неопходност тих мера.[3] Републички штаб за ванредне ситуације[4] је током епидемије доносио акте којим су ограничена нека од најважнијих људских права и слобода,[5] и све те одлуке имале су форму закључка. У редовима пред нама анализираћемо закључке Штаба, законе на које су се доносиоци оспорених аката позивали и одлуке Уставног суда Републике Српске о уставности и законитости тих аката.

2.1. Акти о ограничењу права и слобода током епидемије и уставне гаранције

Да бисмо анализирали уставност и законитост епидемиолошких мера, посветићемо најпре пажњу закључцима[6] којима су ограничена права и слободе

Halpern, „State Obligations Under Public International Law During Pandemics“, *Emory International Law Review Recent Developments* 1/2020, 8–9. Мере у ванредним околностима имају за циљ да промптно „отклоне претњу по систем на онај начин који ће да омогући повратак у раније стање“. Вид. John Ferejohn, Pasquale Pasquino, „The Law of the Exception: A Typology of Emergency Power“, *International Journal of Constitutional Law* 2/2004, 210–211.

[3] У одлуци АП-1217/20 (од 22. априла 2020. године, доступна на: *https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_sr/AP-1217-20-1234093.pdf*, 25. септембар 2022), Уставни суд Босне и Херцеговине наводи обавезу државе да примењује мере које налажу „активну бригу и правовремену реакцију“ јер се у супротном крше њене позитивне обавезе. Сем тога, позитивна обавеза јавних власти је да докажу неопходност њихових акција којима се ограничавају права и слободе. Вид. Kristina Trykhlib, „The Principle of Proportionality in the Jursiprudence of the European Court of Human Rights“, *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series* 4/2020, 129. Ограничење основних права „не може да буде циљ само по себи него је оно нужно средство за отклањање претње и инхерентан део ванредног стања“. Вид. L. Trócsányi, 28. О конкретним међународним обавезама државе поводом пандемије и праву на највиши стандард здравствене заштите (*the right to the highest attainable standard of helth*) вид. Karima Bennoune, „Lest We Should Sleep: COVID-19 and Human Rights“, *The Americal Jornal of International Law* 4/2020, 668–669. Неки аутори тврде да међународно јавно право не прописује обавезе држава да превенцијом спрече пандемију и помажу се међусобно. Вид. M. Halpern, 13.

[4] У закону који ћемо да анализирамо помињу се и градски штаб и општински штаб за ванредне ситуације. Будући да је предмет наше анализе одлука Републичког штаба, у наставку ћемо да се користимо и називом „Штаб“ мислећи само на Републички штаб.

[5] „Као и било која епидемија или пандемија, ковид-19 је претња како људском здрављу тако и људским правима.“ – Fernando Dias Simoes, „COVID-19 and International Freedom of Movement: A Standed Human Right?“, *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics* 2/2021, 367–368. О ковид-19 кризи као кризи људских права вид. и Nóra Béres, „International Aspects of the COVID-19 Health Crisis with Special Regard to Human Rights“, *Emergency Powers in Central and Eastern Europe* (eds. Zoltán Nagy, Attila Horváth), Budapest – Miskolc 2022, 39–41. У таквим околностима „раскорак између норми и њихове реализације досеже највећи интензитет“. О томе и ставу Карла Шмита да је суверен онај ко одлучује о ванредном стању вид. L. Trócsányi, 22 и Giorgio Agamben, *State of Exception*, Chicago–London 2005, 1–11 и 32–37.

[6] Сви закључци Републичког штаба за ванредне ситуације доступни су на интернет страници Владе Републике Српске, *https://www.vladars.net/sr-sp-cyrl/Pages/default.asp*x, и у раду ћемо да их наводимо према броју и датуму доношења.

грађана због епидемије. Будући да је Штаб донео велики број закључака, анализираћемо само оне који су, по нашем мишљењу, најважнији.

Први значајан закључак донесен је средином марта 2020. године[7] и њим су одређене активности грађана забрањене (нпр. јавна окупљања и рад угоститељских објеката), док су друге ограничене (нпр. време рада трговачких центара), а прописане су и одређене мере предострожности којих морају да се придржавају објекти чији рад је ограничен. У питању су мере физичке дистанце,[8] ограничавања броја људи који истовремено могу да буду у затвореном објекту и обавеза предузимања хигијенских и мера дезинфекције. Такође, прописане су и обавезе државних и локалних органа у вези са организацијом рада. Чланом 30 Устава Републике Српске прописано је да грађани имају право на мирно окупљање[9] и јавни протест, а са аспекта уставности забрана јавних окупљања могла би да буде спорна. Јасно је да јавно окупљање подразумева већи број људи и самим тим право грађана које у редовним околностима постоји циљно је ограничено у време епидемије, зарад смањивања могућности ширења заразе.[10]

Други закључак (и с њим повезане акте) који би требало да поменемо је закључак Штаба којим је предложено Влади Републике Српске доношење одлуке о забрани изазивања панике и нереда током ванредне ситуације. Влада је усвојила Одлуку о забрани изазивања панике и нереда за вријеме ванредне ситуације на територији Републике Српске, а председник је донела истоимену уредбу са законском снагом,[11] и оба акта су и те како спорна.

---

[7] Закључак о обавезном спровођењу мјера за реаговање на појаву болести изазване новим вирусом корона (COVID-19) у Републици Српској, број 01-3/20 од 17. марта 2020. Истоименим закључком донесеним крајем марта ограничења и забране детаљније су уређене и проширене, вид. Закључак број 11-2/20 од 30. марта 2020.

[8] Општеприхваћено је током епидемије у јавном дискурсу било означавање ових мера изразом „социјална дистанца". Чини нам се да је то неприхватљиво јер циљ није био да се прекине свака комуникација међу људима, него да се, зарад спречавања ширења заразе, утврди растојање којег би они требало да се придржавају и тиме заштите себе и друге од ширења заразе.

[9] Априла 2020. године донесен је Закључак о спровођењу мјера заштите у заједници против вируса корона (SARS-CoV-2), којим се забрањује окупљање у групама већим од три особе на јавном месту, а касније је тај број повећаван. Вид. Закључак број 19-3/20 од 10. априла 2020.

[10] ЕКЉП гарантује слободу мирног окупљања у чл. 11, али и предвиђа да су ограничења могућа ако су прописана правом и нужна у демократском друштву зарад, између осталог, заштите здравља. Будући да предмет овог рада није тест пропорционалности којим се ЕСЉП користи када испитује да ли су нека права прекршена, нећемо се упуштати у детаљнију анализу. Сходно чл. 49 Устава Републике Српске, одредба из чл. 30 Устава остварује се у складу са одговарајућом одредбом (тј. чл. 11) ЕКЉП. О ограничењу слободе окупљања вид. *Водич кроз чл. 11 Европске конвенције о људским правима – слобода окупљања и удруживања*, 13–19, *https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_11_SRP.pdf*, 25. септембар 2022.

[11] Одлука о забрани изазивања панике и нереда за вријеме ванредне ситуације на територији Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 26/20 и Уредба са

Одлуком се забрањује „изношење или преношење лажних вести или тврђења којима се изазива паника или теже нарушава јавни ред или мир или онемогућава или значајније омета спровођење одлука и мера државних органа и организација која врше јавна овлашћења“. За прекршиоце ове забране, тј. учионице овог прекршаја, радњама учињеним путем средстава јавног информисања, друштвених мрежа или на сличан начин, предвиђене су строге новчане казне у распону од 1.000 до 9.000 КМ.

Чланом 25 Устава грађанима се гарантује слобода мисли и опредељења, савести и уверења и јавног изражавања мишљења. Овим чланом не прописују се изузеци, што указује на намеру уставотворца да грађанима омогући најшири спектар нормираних права из чл. 25 Устава.[12] Иако ванредност ситуације налаже државну реакцију, тешко је пронаћи *ratio* за пропис којим се уводи вербални деликт, будући да су државни органи кренули путем репресије[13] и релативизације права на слободно изражавање,[14] уместо да се старају о правовременом и проактивном тачном информисању грађана, посебно уважавајући и обзнањујући ставове медицинске струке. Много бољи ефекат био би постигнут сталним информисањем јавности о опасностима које носи вирус, тако што би се медицинским стручњацима омогућило да уместо политичких органа упознају грађане са релевантним информацијама. Акт о забрани изазивања панике, након оштрих критика јавности, укинут је након месец дана, уз образложење надлежних органа да дезинформације нису имале значајнији утицај на понашање грађана који су се информисали преко званичних информација. Чак и то образложење указује на погрешан и брзоплет приступ надлежних органа који су брже-боље реаговали на оне који нису били сагласни са владајућим ставовима и запретили им новчаним казнама криминализујући друкчије ставове.[15] Такође, стављени су ван снаге

законском снагом о забрани изазивања панике и нереда за вријеме ванредне ситуације на територији Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 32/20.

[12] Према чл. 10 ЕКЉП, ограничења слободе изражавања могућа су, између осталог, зарад заштите здравља.

[13] Корисну *Студију мапирања институционалног кршења људских права у Босни и Херцеговини*, аутора Александра Р. Ивановића, вид. на *https://pravnifakultet.edu.ba/wp-content/uploads/2021/08/Studija-mapiranja-institucionalnog-krsenja-ljudskih-prava-u-Bosni-i-Hercegovini_23082021.pdf.*

[14] Европски суд за људска права је у одлуци *Дмитријева против Русије* утврдио да су право на мирно окупљање и слобода изражавања уско повезани и да позивање других преко друштвених мрежа на окупљање захтева тумачење једног права у светлу другог. Вид. *Dmitriyeva v. Russia*, European Court of Human Rights, App. nos. 60921/17 and 7202/18, Judgment of 30 April 2019. *Дмитријева против Русије*, Европски суд за људска права, представке бр. 60921/17 и 7202/18, пресуда од 30. априла 2019, *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-192771,* 15. септембара 2022.

[15] Европски суд за људска права у пресуди *Хертел против Швајцарске* дефинише говор (изражавање) као учествовање у дебати која утиче на општи интерес, а ограничавање

сви прекршајни налози који су издати на основу уредбе, дакле, декриминализован је вербални деликт.

Трећи закључак, за наставак рада најважнији, односи се на забрану кретања лицима са навршених 65 и више година живота.[16] Овим закључком ове категорије лица дискриминисане су у односу на друге категорије грађана, и то из више разлога. Прво, Уставом се прописује једнакост свих грађана без обзира на њихова лична својства (чл. 10 Устава) као основа и мера овлашћења и одговорности републичких органа (чл. 66 Устава). Друго, међународни акти и Устав БиХ почивају на начелу забране дискриминације. Треће, доносиоци мере нису оправдали зашто лица старија од 65 и више година живота представљају већу опасност у односу на друга лица.[17] То не важи само за овај закључак, него и за закључке Штаба уопште, будући да акти којима се ограничавају права и слободе морају да буду поткрепљени ваљаним образложењима. Читајући закључак о забрани кретања, не може да се уочи критеријум којим се творац одредбе водио, а нарочито не може да се разуме зашто је, рецимо, седамдесетогодишње лице које је доброг здравственог стања рањивија категорија у односу на педесетогодишњег респираторног болесника. Четврто, слобода кретања је, према чл. 12 Устава, неповредива и ограничења су могућа само на основу закона и по поступку који је законом предвиђен, о чему ћемо у наредном делу рада да говоримо. Закључком је уведен и тзв. полицијски час, односно ограничење кретања за сва лица у периоду од 20.00 до 5.00 часова, а наведене су и категорије лица која су изузета од забране и ограничења, попут здравствених радника, лица којима је неодложно потребна здравствена помоћ и слично. Осим овог, неколицина закључака донесена је и касније, а у вези са ограничењима и забранама кретања. Почетком априла 2020. године, свим лицима је забрањено кретање изван њиховог места пребивалишта/боравишта од суботе у 12.00 часова до недеље у 18.00 часова,[18] иако се Уставом прописује да се грађани могу слободно кретати, настањивати

слободе изражавања само на општеприхваћене идеје је нарочито нерационално. Вид. *Hertel v. Switzerland*, European Court of Human Rights, App. no. 59/1997/843/1049, Judgment of 25 August 1998. *Хертел против Швајцарске*, Европски суд за људска права, представке бр. 59/1997/843/1049, пресуда од 30. априла 2019, *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59366*, 15. септембара 2022.

[16] Закључак о ограничењу и забрани кретања лица на територији Републике Српске, број 05-1/20 од 21. марта 2020.

[17] Али су зато доносиоци закључака водили рачуна о томе да ставе у повољнији положај највише државне органе. У часу кад је закључком прописано да лица која улазе у БиХ преко граничних прелаза у Републици Српској иду у двоседмичну изолацију, за представнике највиших државних органа то није важило. Зашто? Вид. Закључак о обавезном спровођењу мјера за реаговање на појаву болести COVID-19 Републичке управе за инспекцијске послове у Републици Српској, број 33-6/20 од 11. маја 2020.

[18] Вид. Закључак о ограничењу и забрани кретања лица на територији Републике Српске, број 16-3/20 од 6. априла 2020.

и боравити на територији Републике, напуштати је и враћати се на њу (чл. 21). Такође, тим закључком је дозвољено кретање и лицима од 65 и више година, уторком и петком од 7.00 до 10.00 часова, ради куповине основних животних намирница, лекова и посете банкама, а млађим од 65 година препоручено је да у том периоду не иду у куповину и у банке. Средином априла 2020. године донесен је закључак којим је забрањено кретање од петка у 15.00 ч. до понедељка у 5.00 ч, са изузетком суботе у периоду од 5.00 до 15.00, због опасности од ширења заразе у дане Васкрса,[19] а слично је било и са забраном кретања поводом првомајских празника.[20]

Четврти закључак који је споран односи се на предузимање мера против лица која не поштују мере кућне изолације. Разумљиво је да лице које може да пренесе заразу буде смештено у карантин, али недокучив је смисао одредбе закључка према којој ће се, против лица које меру кућне изолације односно карантина не поштује, јавно објавити име и презиме и боравиште/пребивалиште прекршиоца.[21] Једине мере које би према том лицу требало да се примене односе се на (принудно) упућивање у карантин и прекршајно кажњавање, што је неколико дана касније и прописано закључком.[22] Заштита личних података уређује се Законом о заштити личних података,[23] а Агенција за заштиту личних података огласила се поводом недоумица у вези са законитошћу објављивања података. У саопштењу је наведено да Агенција не сматра противзаконитим објављивање минимума података о лицима која крше законе односно забране *надлежних* органа (о надлежним органима ћемо убрзо да говоримо) јер је реч о „евидентном кршењу закона и то оних којима се штите и спасавају животи људи“. Самим тим, сматра Агенција, „јавни интерес је надјачао право на заштиту личних података а томе је активно допринело лице које крши закон“.[24]

---

[19] Вид. Закључак о забрани кретања у дане Васкрса, број 21-6/20 од 15. априла 2020.

[20] Вид. Закључак о забрани кретања на територији Републике Српске у дане првомајских празника, број 28-4/20 од 29. априла 2020. О апсурдности појединих закључака штаба можда најбоље говори закључак у којем је регулисано кад грађани могу да шетају кућне љубимце у дане првомајских празника. Наводи се да власници могу да шетају љубимце највише до 200 метара од места становања, у трајању до 20 минута, придржавајући се физичке дистанце, и то у тачно одређеним периодима, тј. у касним вечерњим сатима. Изгледа да је творац норме сматрао важнијим да ово питање уреди детаљније него кретање лица са навршених 65 и више година живота. Вид. Закључак о допуни закључка о забрани кретања на територији Републике Српске у дане првомајских празника број 29-2/20 од 30. априла 2020.

[21] Вид. Закључак о предузимању мјера против лица која не поштују мјере кућне изолације, број 06-5/20 од 22. марта 2020.

[22] Вид. Закључак о мјери упућивања лица у карантин, број 09-13/20 од 26. марта 2020.

[23] Закон о заштити личних података Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 49/06, 76/11 и 89/11 – исправка.

[24] Вид. Саопштења на: *http://www.azlp.ba/saopstenja/?id=2917*, 20. септембар 2022. Од осталих закључака издвојићемо и Закључак о одржавању априлског испитног рока број

Ове епидемијске мере, да су их доносили надлежни органи, могле би да се посматрају у светлу чл. 37 Устава, којим се прокламује да свако има право на заштиту здравља. Другим речима, могли бисмо ово субјективно право сваког грађанина да посматрамо наспрам других субјективних права – слободе изражавања, слободе кретања и слично. У том смислу, говорили бисмо о сукобу два уставна субјективна права, нпр. слободе кретања и заштите здравља, па би тај сукоб могао да се реши тестом пропорционалности којим се користи Европски суд за људска права, када би се утврђивало да ли су мере 1) правно утемељене, 2) нужне у демократском друштву и 3) у служби остварења легитимног циља.[25] Да је поменуте мере, којим случајем, донео надлежни орган, не би било спорно питање њихове прописаности правом нити питање легитимности циља, док би спорно, засигурно, било питање нужности тих мера. А о томе ко је било надлежан за доношење епидемијских мера, говорићемо у редовима пред нама.

2.2. Законска (не)утемељеност закључака о ограничењу права и слобода

Републички штаб за ванредне ситуације се приликом доношења закључака позивао на Закон о заштити и спасавању у ванредним ситуацијама (ЗЗС), Закон о заштити становништва од заразних болести (ЗЗБ) и Одлуку о проглашењу ванредне ситуације у Републици Српској.[26] Будући да поменута одлука није предмет анализе у овом раду, анализираћемо релевантне одредбе два закона на које се Штаб позивао.

11-10/20 од 30. марта 2020. Штаб је донео закључак да су високошколске установе дужне да одрже априлски испитни рок чим се за то стекну услови, а министарство у чији делокруг послова спада високо образовање задужено је да реализује овај закључак. И овај закључак представља доказ о деловању Штаба поводом питања за која није надлежан. Једини прихватљив приступ подразумевао би да министарство надлежно за област високог образовања донесе одговарајући подзаконски акт којим би се детаљно регулисао начин одржавања испита у доба епидемије. Друго решење могло би да буде да министарство својим актом делегира овлашћење високошколским установама да саме пропишу начин одржавања испита, али мислимо да је то лошија опција због потенцијалних различитости у регулисању.

[25] О тесту пропорционалности у пракси Европског суда за људска права и о примени тог теста у расуђивању уставних судова Немачке и Босне и Херцеговине у вези с ограничавањем људских права и слобода у пандемијским условима вид. Brano Hadži Stević, „Test proporcionalnosti u doba pandemije: ljudska prava versus javno zdravlje“, *Strani pravni život* 1/2023, 24–40.

[26] Закон о заштити и спасавању у ванредним ситуацијама, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 121/12 и 46/17, Закон о заштити становништва од заразних болести, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 90/17 и Одлука о проглашењу ванредне ситуације у Републици Српској, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 25/20. Ванредно стање је проглашено марта 2020. године Одлуком о проглашењу ванредног стања за територију Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 31/20.

Штаб је правилно *поменуо* акте који представљају основ за реаговање у кризним ситуацијама, али површно читање тих аката и непримењивање релевантних метода тумачења (пре свега системског тумачења) довело је до тога да Штаб преузме на себе надлежности других органа и самим тим поступа неуставно и незаконито. Кључно је, дакле, питање надлежности за ограничење људских права у епидемијском режиму. ЗЗС је релевантан за утврђивање законског положаја Штаба, док је ЗЗБ значајан за утврђивање мера којима се реагује на епидемију,[27] а упоредно читање ових закона води ка расветљавању законитости поступања Штаба.

Републички штаб наводи да оспорене закључке доноси на основу чл. 45, тачка з) ЗЗС. Овим чланом прописују се послови које обавља штаб за ванредне ситуације (за наш текст то је Републички штаб), а то су углавном послови руковођења, координације, праћења стања и сарадње са другим органима. Тачка з) овог члана прописује да Штаб сарађује са надлежним органима заштите и спасавања суседних држава у ванредним ситуацијама. Кад се прочита текст Закључка о обавезном спровођењу мера и Закључка о ограничењу и забрани кретања лица на територији Републике Српске,[28] јасно је да став 1, тачка з) нема никакве везе са донесеним закључком. Вероватно је у питању грешка писца који је можда мислио на тачку и) у којој се помиње да Штаб доноси предлоге, закључке и препоруке. Но, да ли је само чл. 45 ЗЗС релевантан извор надлежности Републичког штаба? Није, будући да се о надлежностима Штаба говори и у другим члановима, од којих Уставни суд Републике Српске, у одлукама о којима ће у наставку да буде речи, помиње чл. 40, тачка а) и чл. 47 ЗЗС. Словом чл. 40 ЗЗС Републички штаб за ванредне ситуације задужен је за „координацију и руковођење приликом заштите и спасавања у ванредним ситуацијама[29] у складу са овим законом и другим прописима“ и има улогу „оперативно-стручног тела“. Дакле, законодавац је приписао важну улогу Штабу, али то није одлучујућа него извршна и координациона улога. Штаб предлаже Влади доношење одлуке о проглашењу ванредне ситуације за територију Републике или дела њене територије (чл. 41), руководи и координира рад субјеката и снага заштите и спасавања на *спровођењу* утврђених мера и задатака заштите и спасавања, прати стање и организацију заштите и спасавања и *предлаже мере* за њихово побољшање,

[27] Свако државно реаговање на ванредне околности које подразумева ограничење људских права и слобода подразумева јавно оправдање тог делања (*justification*), упознавање јавности са мерама (*notification*) и јавну расправу о мерама (*contestation*). Вид. E. Criddle, E. Fox-Decent, 60.

[28] Вид. Закључак број 05-1/20 од 21. марта 2020. и Закључак број 01-3/20 од 17. марта 2020.

[29] У чл. 4, ст. 1, т. 45 ЗЗБ наводи се да ванредна ситуација подразумева да је опасност за становништво толиког обима и интензитета да се ублажавање и отклањање може спровести само коришћењем „посебних мера, снага и средстава уз појачан режим активности“.

стара се о редовном информисању становништва, наређује ангажовање одговарајућих лица, итд.

Дакле, сходно ЗЗС, нема места тумачењу било које његове одредбе на онај начин који би представљао правни основ Штабу за доношење мере забране кретања. Пружа ли Штабу тај основ ЗЗБ? Сходно чл. 4 ЗЗБ, сузбијање заразне болести представља скуп мера које се спроводе да би се смањила учесталост присутне заразне болести. Законодавац је поделио мере за спречавање и сузбијање заразних болести на опште, посебне и ванредне, а мера *ограничења кретања* убраја се у трећу категорију. Ванредне су оне мере које се спроводе кад долази до угрожавања безбедности и здравља људи због постојања непосредне опасности за масовно преношење заразних болести.[30] У том смислу, несумњиво је да је овај услов испуњен, а на то указује: број оболелих, стопа смртности, брзина ширења вируса, тежина здравственог стања заражених лица, итд. У чл. 43, ст. 2 наводе се ванредне мере попут *ограничења кретања* у зараженом и угроженом подручју и стављање под здравствени надзор лица које је било у контакту са зараженим лицем, престанак рада васпитно-образовних установа, изолација оболелих, информисање јавности о епидемиолошкој ситуацији, итд. Ако посматрамо поступање Републичког штаба, чини нам се да је писац оспорених закључака стао на пола пута, тј. његово сагрешење је у томе што није наставио да чита ЗЗБ. Да је којим случајем то урадио, већ наредни, 44. члан овог закона суштински би променио ситуацију, будући да се у њему наводи ко је надлежан да доноси ванредне мере и по којем поступку. Сходно чл. 44, ст. 3, министар здравља и социјалне заштите, на основну процене и предлога Института за јавно здравље Републике Српске, наређује мере које се имају спровести на зараженом подручју. У ЗЗС нема ни речи о Републичком штабу, нити се помиње нека формулација која би могла посредно да укаже на надлежност Штаба. Дакле, једино је Министарство здравља и социјалне заштите Републике Српске надлежно да доноси мере којима се *ограничава кретање* у зараженом и угроженом подручју.[31] О оправданости тог решења говори и принцип

---

[30] Кад надлежни органи предузимају активности у ванредном стању да би се изборили с претњом поретку и друштву, они „на концу, чувају вредности изражене у уставу“ и то је „кључно савремено оправдање за овлашћења у ванредним околностима“. Вид. L. Trócsányi, 28.

[31] У Хрватској се такође расправљало о томе да ли Стожер цивилне заштите има право да доноси акте којима се ограничавају права и слободе, с тим да је Уставни суд Хрватске утврдио да је овај орган имао то право. О томе детаљније вид. Petar Bačić, Marko Ivkošić, „The Croatian 'Emergency Constitution' on Test“, *Emergency Powers in Central and Eastern Europe* (eds. Zoltán Nagy, Attila Horváth), Budapest – Miskolc 2022, 108–112.

У Пољској су права и слободе ограничавани актима министра здравља за које је Уставни трибунал Пољске утврдио да су противуставни јер једино законодавац има право да ограничи гарантована права. Вид. Katarzyna Zombory, Németh Zoltán, „To introduce or not to introduce? Regulation of the state of emergency under the 1997 Polish Constitution vs the COVID-19 pandemic“,

стручности, будући да о угрожености здравља и реакцији на њу најбољи модус деловања треба да утврде Институт и Министарство. Своје овлашћење министар здравља и социјалне заштите искористио је доношењем наредаба фебруара и марта 2020. године када је законито, на предлог Института за јавно здравство, донео наредбе о обавезном спровођењу мера за реаговање на појаву болести изазване новим вирусом корона (COVID-19) у Републици Српској,[32] а њима су прописане обавезе здравствених установа, јединица локалне самоуправе, аеродрома, мере спровођења дезинфекције, достављање извештаја о дезинфекцији, обавезивање лица која обављају пословну делатност да примењују мере Института и прописана је обавеза инспекцијског надзора над спровођењем наредаба. Као што је неспорна надлежност Министарства за доношење мера, спорно би могло да буде значење израза „ограничавање кретања", будући да неким од оспорених закључака није ограничено кретање, него је оно забрањено.[33] Да ли ограничење кретања обухвата и *потпуну* забрану кретања? Чини нам се да такво тумачење, контекстуално посматрано,[34] у потпуности негира слободу кретања и да му нема места. Дакле, Министарство је могло да ограничи кретање, примера ради онако како је то учинио ненадлежни Штаб забранивши кретање у периоду од 20.00 до 5.00 часова. То јесте ограничење кретања, будући да постоји одређени период у којем слободу кретања могу да упражњавају сви грађани. Насупрот томе, забрана кретања за одређена лица суштински их доводи у положај сличан

Emergency Powers in Central and Eastern Europe (eds. Zoltán Nagy, Attila Horváth), Budapest – Miskolc 2022, 207–208.

О неуставности аката о ограничењу кретања у Србији, доношених од стране министра унутрашњих послова вид. Slobodan Orlović, Ivan Milić, „Serbian Legal Disharmony During the COVID-19 Pandemic", *Emergency Powers in Central and Eastern Europe* (eds. Zoltán Nagy, Attila Horváth), Budapest – Miskolc 2022, 266–267.

[32] Наредба о обавезном спровођењу мјера за реаговање на појаву болести изазване новим вирусом корона (COVID-19) у Републици Српској, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 14/20 и Наредба о обавезном спровођењу мјера за реаговање на појаву болести изазване новим вирусом корона (COVID-19) у Републици Српској, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 23/20.

[33] „Наређује се забрана кретња лицима са навршених 65 и више година живота." – тачка 1. Закључка о ограничењу и забрани кретања лица на територији Републике Српске број 05-1/20. О разлици између ограничења (сужавања обима одређеног права) и дерогације (потпуне суспензије права) вид. F. Dias Simoes, 387–395. и Alessandra Spadaro, „COVID-19: Testing the Limits of Human Rights", *European Journal of Risk Regulation* 2/2020, 320–322. У том смислу, у Републици Српској је уставно право на слободно кретање за старије од 65 године дерогирано а не ограничено.

[34] Наглашавамо да овај став важи контекстуално. У екстремним ситуацијама, израз „ограничење кретања" би могао да се тумачи као забрана кретања уколико на то упућује контекст датог случаја. Примера ради, уколико се ради о радиоактивном подручју, јасно је да би потпуна забрана кретања тим подручјем била прихватљива и интуитивно и циљно посматрано.

притвору,[35] а да се притом не води рачуна о здравственом стању лица којем је забрањено кретање. Парадоксално, потпуно здравом лицу старијем од 65 година уводи се забрана а млађем лицу тешког здравственог стање не се уводи таква рестрикција?! И то је, између осталог, показатељ арбитрерности[36] у прописивању мера јер рестрикције људских права и слобода у доба епидемије морају да буду поткрепљене медицинским аргументима, а даље упуштање у садржинско разматрање мера (а не само у питање надлежности за доношење) нужно би отворило питање немара доносилаца.[37]

3. УСТАВНОСУДСКО РАСУЂИВАЊЕ О ОСПОРЕНИМ ЗАКЉУЧЦИМА

Пред Уставним судом Републике Српске водио се поступак за оцену уставности више закључака. Посебну пажњу ћемо да посветимо анализи три закључка о ограничењу и забрани кретања лица на територији Републике Српске, донесених током марта, априла и маја 2020. године, о којима је контролор уставности одлучивао у предмету У-40/20.[38] Уставни суд је утврдио да су сва три закључка неуставни и незаконити јер су противни Уставу Републике Српске, ЗЗС и ЗЗБ. У истој одлуци, Уставни суд се кратко осврнуо и на још неке закључке који су наведени у иницијативи подносиоца, али иницијатива је у том делу одбачена. Уставни суд је донео још неколико одлука у вези са оспореним закључцима, али иницијативе за оцену уставности углавном нису прихваћене, па ће те одлуке да буду кратко поменуте али не и детаљно анализиране јер то не чини ни Уставни суд. У редовима пред нама

[35] Уставни суд БиХ је у одлуци АП-1217/20 разматрао да ли су епидемијска ограничења кретања еманација лишења слободе. Вид. т. 43–45 Одлуке.

[36] „Одступања од људских права су посебно проблематична јер искуство показује да се најозбиљнија кршења људских права најчешће догађају у ванредним стањима.“ – M. Nastić, 74. Давање „*carte blanche*“ државним органима у ванредним околностима представља „очигледан ризик од злоупотребе“. Вид. B. Ackerman, „The Emergency Constitution“, *The Yale Law Journal* 5/2004, 1038–1039.

[37] Доносиоци аката морали би да покажу којим су се критеријумима водили приликом одлучивања о врстама рестрикција које прописују. Европски суд за људска права је у једној одлуци утврдио да је нужно испитивање да ли су јавне власти показале немар при одабиру мера. Вид. *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*. European Court of Human Rights, App. nos. 57947/00, 57948/00 and 57949/00, Judgment of 24 February 2005, par. 171. *Исајева, Јусупова и Базајева против Русије*, Европски суд за људска права, представке бр. 57947/00, 57948/00 и 57949/00, пресуда од 24. фебруара 2005, пар. 171, *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68379*, 15. септембара 2022. О улози судства у ванредном стању вид. B. Ackerman, 1066–1074. О ставовима Светске здравствене организације поводом реаговања на епидемију вид. F. Dias Simoes, 374–379.

[38] Одлука Уставног суда број У-40/20, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 45/21.

ћемо да анализирамо наводе подносиоца иницијативе и уставносудско расуђивање.

3.1. Да ли су закључци морали да се објављују у Службеном гласнику?

Подносилац иницијативе у предмету У-40/20 је једино оспорио закључке у погледу њиховог необјављивања у Службеном гласнику, истичући да се тиме крше чл. 80 и 109 Устава (исто наводи и подносилац иницијативе у предмету У-31/21) и чл. 4 Закона о објављивању закона и других прописа Републике Српске. У тој одлуци, Уставни суд је утврдио да наводи о објављивању нису од значаја за одлучивање у конкретној уставноправној ствари. Међутим, чини нам се да је целисходно да детаљније од Уставног суда размотримо ово питање. Неминовно је да чл. 109, ст. 1 Устава Републике Српске прописује да закони, други прописи и општи правни акти ступају на снагу *најраније* осмог дана од објављивања, осим ако постоје нарочито оправдани разлози да поменути општи акти ступе на снагу раније.

Будући да ни ЗЗС ни ЗЗБ не садрже одредбу која би предвиђала да у случају епидемије акти којима се ограничавају права и слободе грађана ступају на снагу раније, тешко да можемо сматрати довољном непосредну примену уставне одредбе и прихватити могућност да доносилац подзаконског акта сам оцењује нужност ранијег ступања на снагу.

Међутим, чак и да прихватимо да је могуће да се на подзаконски акт непосредно примени уставна одредба о оправданим разлозима за раније ступање на снагу, чл. 109, ст. 2 предвиђа да сваки *општи правни акт* пре ступања на снагу *мора* да буде објављен у службеном гласилу. Будући да се закључци о ограничењу и забрани кретања односе на неодређен број лица и случајева, јасно је да су они општи акти и да су морали да буду објављени у Службеном гласнику. Али у оспореним закључцима наводи се да они ступају на снагу даном доношења.[39] Дакле, осим што су закључци незаконити, они су и неуставни јер крше чл. 109 Устава. И поред очигледности те неуставности, Влада Републике Српске у одговору на иницијативу наводи да „грађани

[39] У Федерацији БиХ је у неким актима штабова наведено да се они примењују „до даљег“, што је еклатантан пример неприхватљиве неодређености, а о чему је расправљао Уставни суд БиХ (одлука АП-1217/20). Вид. Наредба Федералног штаба цивилне заштите од 27. марта 2022. године, доступна на: *http://www.fucz.gov.ba/wp-content/uploads/2020/04/12-40-6-148-34-1-20.pdf*, 20. септембар 2022. Слично важи и за закључак Штаба број 7-1/20 од 23. марта 2020. године, у којем се тачком 1 налаже УКЦ Републике Српске и болницама које медицинске поступке могу да пружају грађанима, а остале здравствене услуге се *одлажу до даљег*. Будући да Устав и одговарајући закон гарантују здравствену заштиту, ова одредба спорна је не само због непредвидљивости у погледу трајања него и због усаглашености са вишим правним актима.

и јавност нису били ускраћени за информације“ јер су „о доношењу оспорених закључака благовремено информисани путем средстава јавног информисања“. Уставна одредба о објављивању у Службеном гласнику је категоричка, дакле само једно поступање је уставно – објављивање у Службеном гласнику, па никакав сурогат, укључив и објављивање преко средстава информисања не може да буде правно прихватљив.[40]

3.2. Уставни суд о положају и закључцима Републичког штаба за ванредне ситуације

У одлуци У-40/20, Уставни суд је утврдио да Штаб није поступао у складу са овлашћењима, будући да је прекорачио своја овлашћења „стручно-оперативног тела формираног за координацију и руковођење“ у ванредним околностима. Положај овог органа детаљно је регулисан ЗЗС, али његово одлучивање знатно одступа од прописаног јер је Штаб постао творац права уместо да остане примењивач постојећег права. При томе је овај орган узурпирао надлежности Министарства здравља и социјалне заштите, што је и Уставни суд констатовао у одлуци. Због тога су одлуке штаба незаконите.

Суд, надаље, у светлу уставних принципа анализира забрану кретања коју је наметнуо Штаб и констатује да је овај орган узурпирао и надлежност Народне скупштине Републике Српске (НС). Наиме, систематским тумачењем чл. 21 и 69 Устава, закључује се да је ограничење кретања *изузетно* допуштено, али само у форми закона кад је то потребно за остварење једног од два Уставом утврђена легитимна циља: вођења кривичног поступка и заштите безбедности и здравља људи. Дакле, слобода кретања из чл. 21 представља релативно право,[41] али оперативно-стручно тело не може да буде орган који то право релативизује доносећи подзаконски акт. Једино је НС имала уставни основ да у форми закона ограничи слободу кретања.[42] На

[40] О важности објављивања епидемијских мера вид. и A. Spadaro, 323, а о објављивању и ступању на снагу рестриктивних мера и другим епидемијским парадоксима у Србији вид. S. Orlović, I. Milić, 259–260.

[41] Нека од људских права имају апсолутан карактер што значи да никаква ограничења тог права односно слободе нису могућа (нпр. забрана ропства). С друге стране, велики број људских права подлеже изузецима који би требало да се уставом пропишу а законом евентуално прецизирају. Нпр. слобода кретања је право које устави гарантују али прописују и изузетак поводом вођења кривичног поступка. Уставни изузетак се конкретизује законом о кривичном поступку у којем се предвиђају случајеви у којима може да се одреди притвор. „Право је релативно онда кад није заштићено у пуном обиму.“ Вид. Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge 2012, 32. Тзв. фидуцијарна теорија људских права је на средокрећи између Шмитове теорије о суверену и теорије о апсолутном и ванвременском карактеру свих људских права, и она не противречи владавини права. Вид. E. Criddle, E. Fox-Decent, 41–44.

[42] Европски суд за људска права је у случају *Гебхард* одредио критеријуме које морају да следе национални органи приликом прописивања мера којима се ограничавају слободе:

овом месту може да се констатује да је НС искористила своје уставно овлашћење усвајањем ЗЗБ у којем је конкретизован уставни изузетак и делегирала министру здравља и социјалне заштите (уз учешће Института) овлашћење за доношење аката о ограничењу кретања поводом конкретних кризних ситуација.[43]

Поступањем Штаба, наводи Уставни суд, нарушени су уставни принципи владавине права и поделе власти, дакле постулати демократске државе. Оваквом расуђивању Уставног суда има места, будући да су и Устав и ЗЗБ јасни, па се и језичким тумачењем може несумњиво увидети ко је надлежан за реаговање у кризним ситуацијама. Неминовно је да је епидемија услед рапидног ширења захтевала хитну реакцију а ограничење људских права представљало је преку друштвену потребу.[44] Међутим, то није оправдање за флагрантно неуставно и незаконито поступање.[45] Једнако ефикасан одговор на епидемију постојао би да је министарство доносило акте о ограничењу права и слобода а да се Штаб старао о примени тих мера, координирао рад других органа и препоручивао даље кораке у борби са ширењем епидемије. Док се Уставни суд упустио у анализу закључака којима је забрањено и ограничено кретање, дотле није прихваћена иницијатива за покретања поступка за оцену уставности и законитости закључака који су се односили на ограничење кретања у верским објектима, тим за праћење спровођења мера Штаба и обавезу послодаваца да издају потврде о ангажовању возача у међународном превозу робе. Аргументација Уставног суда у односу на ту групу закључака је да они не садрже правне норме општег и обавезујућег карактера а *eo ipso* немају карактер општих правних аката. Уколико се кратко осврнемо на те акте, они су више препоруке и инструкције по својој природи. На пример,

---

недискриминаторан карактер, важност за јавни интерес, подесност за остваривање циљева и свођење на нужну меру. О томе у светлу пандемијских рестрикција у односу на слободу кретања вид. Marinkás György, „Dealing with the COVID-19 Pandemic on the EU level: Introducion the 'Web of Competencies' Theory", *Emergency Powers in Central and Eastern Europe* (eds. Zoltán Nagy, Attila Horváth), Budapest – Miskolc 2022, 85–86.

[43] У чл. 49 Устава Републике Српске прописује се да се права и слободе остварују на основу Устава, осим када Устав предвиђа да се услови за њихово остваривање утврђују законом, а законом се може утврдити начин остваривања права када је то неопходно за њихово остваривање.

[44] Вид. пресуду *National Federation of Sportspersons' Associations and Unions (FNASS) and Others v. France*, European Court of Human Rights, App. nos 48151/11 and 77769/13, Judgment of 18 January 2018. *Национални савез спортских удружења и унија*, Европски суд за људска права, представке бр. 48151/11 и 77769/13, пресуда од 18. јануара 2018, *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-180442*, 15. септембара 2022.

[45] О дискреционом праву државе да оцени постојање јавне опасности која прети животу нације, у смислу чл. 15 Европске конвенције о људским правима и основним слободама вид. Audrey Lebret, „COVID-19 pandemic and derogation to human rights", *Journal of Law and the Biosciences* 1/2020, 4–5.

препоручено је верским објектима да богослужења прилагоде мерама превенције ширења вируса док су закључком у вези са саставом Тима за праћење провођења мера поименично наведена лица која га чине и наведен је задатак чланова. Будући да Уставни суд, сходно чл. 115 Устава Републике Српске, контролише једино уставност општих правних аката, одбачена је иницијатива подносиоца у том делу због ненадлежности.

Уставни суд је у предмету У-25/20[46] утврдио да је Закључак о ограничењу и забрани кретања број 16-3/20 неуставан и незаконит, а одлука у овом предмету донесена је истог дана као и раније анализирана одлука У-40/20. Не само да су одлуке донесене истог дана, него је Уставни суд *ad literam* навео и аргументацију из одлуке У-40/20 у прилог неуставности закључка. Једина разлика у погледу ова два предмета огледа се у наводима из иницијативе за покретање поступка за оцену уставности и законитости закључака. Иницијатор наводи да закључак не садржи критеријум на основу којег је закључено да је коронавирус непосредна опасност нити се из закључка види зашто је полицијски час неопходан. Наводи о непостојању критеријума за оцену непосредне опасности која прети од вируса нису прихватљиви из разлога које смо раније навели: број оболелих, стопа смртности, брзина ширења вируса, тежина здравственог стања заражених лица, итд. Чини нам се да ти параметри ипак указују на непосредност опасности од ширења вируса, али то не доводи у питање да се у одлукама Штаба не виде критеријуми којима се ово тело води кад, примера ради, старије од 65 година фактички притвара забрањујући им свако кретање. С друге стране, навод иницијатора о непостојању критеријума за увођење полицијског часа јесте споран са аспекта надлежности, о чему смо већ писали, али тешко је пронаћи аргумент који би потпуно негирао важност полицијског часа као таквог у доба епидемије. Будући да се вирус преноси контактима међу људима, јасно је да је суштина ове мере у време епидемије смањивање тих контаката у одређеном делу дана. Даље, иницијатор наводи да је начин на који се спроводи полицијски час у ствари „мучење, свирепо, нехумано и понижавајуће поступање и кажњавање и мера кућног затвора без суђења и права на одбрану“.

Ванредне околности оправдају рестрикције у кретању које треба да донесу *надлежни* органи, па нам се описивање начина на који се спроводи полицијски час ипак чини претераним, осим кад потпуну забрану кретања за лица са навршених 65 година посматрамо у светлу тврдње о кућном притвору, јер та мера, бар *prima facie*, управо на то личи. Наводи о праву на одбрану могли би да се тумаче у ствари као критика сврставања свих лица која су навршила 65 година у исту категорију. Да је којим случајем акт донео надлежни орган (Министарство здравља и социјалне заштите) уводећи

[46] Одлука Уставног суда број У-25/20, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 45/21.

рестрикције за респираторне болеснике и друга лица чије здравствено стање (без обзира на старост) оправдава друкчији третман према тим лицима, тај приступ би заслужио мање критика. Више пута помињани критеријум уважавање ставова медицинске струке у том случају сигурно би био корисна водиља при утврђивању епидемијских мера и то би, *de lege ferenda* посматрано, требало да важи за сва лица која су респираторни и слични болесници, чиме би и приговор дискриминације био отклоњен. Подносилац иницијативе правилно критикује закључак, наводећи да се њим не прави разлика између здравих и болесних адресата, а наводи и да би Штаб опрезније приступао доношењу мера уколико би се касирали оспорени закључци. Читањем остатка одлуке Уставног суда, приметно је понављање аргументације из одлуке У-40/20, па самим тим нестаје потреба да наставимо анализу уставносудског расуђивања.

Уставност (раније помињаног) закључка који се односио на забрану кретања у дане Васкрса оспорена је пред Уставним судом РС, али иницијатива је поднесена након више од годину дана од дана престанка важења закључка, па није прихваћена (одлука У-32/21),[47] јер чл. 115 Устава прописује да Суд може да одлучује о уставности и законитости акта који је престао да важи само ако је од тог момента до покретања поступка протекло највише годину дана. Будући да Суд *in concreto* није донео мериторну одлуку и да је аргументација Уставног суда неспорна са аспекта уставних одредаба, нећемо се детаљније упуштати у анализу овог закључка. Раније помињана Уредба са законском снагом о забрани изазивања панике и нереда за време ванредног стања, као и још неколико уредаба са законском снагом, биле су оспорене у пред Уставним судом у предмету У-29/20 али контролор уставности није прихватио иницијативу за оцену уставности.[48] Иницијатори наводе да одредбе тих уредаба нису уставне јер нису испуњени предуслови за доношење уредаба са законском снагом, кумулативно прописани Уставом, а односе се на то да су институције БиХ прогласиле ратно или ванредно стање и да се Народна скупштина не може састати.[49] Уставни суд је у одлуци закључио да систематско и циљно тумачење чл. 81 Устава указује на то да су Уставом предвиђени услови кумулативно испуњени и да су уредбе са законском снагом сагласне чл. 81 Устава који је и означен као основ за њихово доношење. Маја 2022. године, Уставни суд је донео одлуку у предмету У-22/21[50] у којем иницијатор првенствено оспорава законитост аката Штаба за које тврди да су противни ЗЗС и ЗЗБ. Одговор Владе Републике Српске обилује навођењем чланова

[47] Одлука Уставног суда број У-32/21, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 40/22.

[48] Одлука Уставног суда број У-29/20, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 61/21.

[49] Као што је на самом почетку овог рада напоменуто, питањима у вези с правним уређењем ванредног стања у Републици Српској се бавио Горан Марковић.

[50] Одлука Уставног суда број У-22/21, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 51/21.

ЗЗБ и ЗЗС који су анализирани раније у овом раду, а који свакако не представљају основ за правотворачку активност Штаба. Решавајући о иницијативи, Уставни суд наводи да је оспорени акт имао временски ограничено дејство и да је престао да важи, па Суд није прихватио иницијативу за оцену уставности закључка.

На концу, Уставни суд је у одлуци У-40/20 дао оцену о природи правних аката – закључака – које је Штаб доносио.

3.3. Правна природа закључака Републичког штаба за ванредне ситуације

Постулат у међуодносу правних аката је начело хијерархије, односно усклађеност нижих правних аката са вишим правним актима. Сваки правни акт има одређену меру утицаја на друге правне акте и то се теоријски означава појмом правна снага. У Уставу Републике Српске 108. чланом се прописује начело хијерархије речима да закони, статути, други прописи и општи акти морају да буду у сагласности са Уставом, а прописи и општи акти морају да буду у сагласју са законом. Дакле, овај члан прокламује начела уставности и законитости. Ако их применимо на закључке Штаба, онда су и ова начела прекршена, будући да, како каже УС, закључци „нису донесени с циљем извршавања закона“ него је њима „извршено непосредно уређивање односа који према члану 21. став 2. Устава представљају законску материју“.

Да бисмо тај став Уставног суда демистификовали, корисно је да дефинишемо стварање права (непосредно уређивање односа) и примену права (извршавање закона). *Стварање права* представља делатност изворног регулисања друштвених односа, тј. претварање одређене политике у право, што је надлежност политичких органа (првенствено то су уставотворац и законодавац). Кад надлежни орган претвори одређену политику у право,[51] онда су доносиоци нижих правих аката овлашћени једино да примене (изврше) право, тако што конкретизују виши акт (нпр. закон доношењем уредбе или правилника на основу законског овлашћења) или га примене на појединачан случај (нпр. изрицањем законом прописане казне за одређено кривично дело). Дакле, *примена права* је понашање правних субјеката по постојећим правним

[51] Нпр. политика уставотворца била је да слободно кретање гарантује свима, осим кад разлози безбедности, здравља људи и вођења кривичног поступка захтевају ограничења. Широко формулисаном уставном одредбом делегирано је овлашћење законодавцу да законом прецизира та ограничења, што је законодавац учинио нпр. Законом о кривичном поступку Републике Српске у којем се регулише притвор као мера процесне принуде. Законодавац је довршио политику уставотворца прописујући разлоге за одређивање притвора и друге појединости у вези с овом мером.

нормама.[52] Долазимо до тога да закључци Штаба представљају подзаконске акте и као такви они не могу да буду акти којима се изворно регулишу друштвени односи. Штаб је доношењем закључака којим је ограничио и забранио кретање преузео на себе надлежност НС и тиме прекршио Устав. А уколико је одређени акт формално неуставан или незаконит, онда се и не поставља питање садржинске усаглашености појединих његових одредаба са вишим актима – такав акт је у целости неуставан и(ли) незаконит. Примењујући тај постулат, Уставни суд констатује да закључци у време важења у цјелости нису били сагласни са Уставом, ЗЗС и ЗЗБ.[53]

4. ЗАКЉУЧАК

Не негирајући нужност ограничења људских права и слобода у ванредним околностима, питање правне утемељености поступања државних органа не може да буде другоразредно. Пошто је мноштво аката који су у овом раду анализирани доносио Републички штаб за ванредне ситуације, показано је да поступање овог органа завређују критике. Постојећа законска регулатива је коректно уредила поступање надлежних органа у ванредним околностима тј. значење датих законских одредаба није спорно, тако да законодавац, са аспекта нормирања, не завређује критике, а супротно важи за Штаб, тело које је *требало да* спроводи одлуке *надлежних* органа. Штаб је својим поступањем погазио не само законске, него и уставне постулате. Кад се оцењује садржина закључака који су доношени у односу на анализиране законе, уочава се да закључци уопште нису акти којима се спроводи важеће право. Из тога произлази да Штаб уопште није тумачио релевантне законе него их је противправно мењао, преузимајући на себе надлежности које законодавац додељује министарству здравља. Кад је реч о кршењу одредаба Устава Републике Српске, оно је вишеструко и огледа се у необјављивању општих аката у службеном гласилу, узурпирању надлежности које су уставом поверене законодавцу и непоштовању начела хијерархије односно уставности и законитости правних акта. Сем тога, спорна је и садржина неких епидемијских мера, како због тога што се не уочава примена ставова медицинске струке (нпр. забрањено је кретање лицима с обзиром на године, а не на здравствено стање), тако и због чињенице да су закључцима кршена уставом загарантована права и слободе које се тичу слободног изражавања и слободног

[52] Ако пример о притвору посматрамо у светлу примене права, кажемо да је судија С применио право ако лицу А одреди притвор у трајању до 30 дана јер постоје околности које указују на опасност од бекства (законом предвиђени разлог за притвор).

[53] Преглед праксе Европског суда за људска права поводом ковид-19 епидемије вид. у N. Béres, 42–46.

кретања. На основу наведених мањкавости спорних закључака Штаба, не изненађују одлуке Уставног суда Републике Српске и његове констатације да је поступањем Штаба дошло до кршења начела поделе власти и владавине права, те да су закључци у потпуности противни Уставу и законима.

Уколико се у будућности државни органи нађу пред сличним изазовима, требало би да науче одређене лекције из 2020. и 2021. године и постарају се да се важеће право поштује и у ванредним околностима, те да ванредност прилика не обесмисли постулате Устава и закона. Неприхватљиво је да одлуке доноси ненадлежни орган, да се општи правни акти не објављују у Службеном гласнику, да се поједине категорије грађана неосновано искључују из сваког облика друштвеног живота, да став медицинске струке буде у другом плану при одлучивању о питањима у вези са здрављем, да се кажњава изношење мишљења које је супротно од владајућег става, итд. Иако је контролор уставности обавио свој задатак, поставља се питање ко ће да одговара за неуставно и незаконито одлучивање Штаба – акти су санкционисани али нису самоникли? Питање нужно остаје отворено, али сигурно је да позивање на ванредне околности није аргумент за противправност поступања државних органа. А струка увек и нужно мора да каже своје – медицинска у случају епидемије а правна у случају кршења права.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

Agamben, Giorgio, *State of Exception*, Chicago–London 2005.

Ackerman, Bruce, „The Emergency Constitution“, *The Yale Law Journal* 5/2004.

Bačić, Petar, Ivkošić, Marko, „The Croatian „Emergeny Constitution“ on Test“, *Emergency Powers in Central and Eastern Europe* (eds. Zoltán Nagy, Attila Horváth), Budapest – Miskolc 2022.

Barak, Aharon, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge 2012.

Bennoune, Karima, „Lest We Should Sleep: COVID-19 and Human Rights“, *The Americal Jornal of International Law* 4/2020.

Béres, Nóra, „International Aspects of the COVID-19 Health Crisis with Special Regard to Human Rights“, *Emergency Powers in Central and Eastern Europe* (eds. Zoltán Nagy, Attila Horváth), Budapest – Miskolc 2022.

Criddle, Evan J., Fox-Decent, Evan, „Human Rights, Emergencies, and the Rule of Law“, *Human Rights Quarterly* 1/2012.

Dias Simoes, Fernando, „COVID-19 and International Freedom of Movement: A Standed Human Right?“, *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics* 2/2021.

Ferejohn, John, Pasquino, Pasquale, „The Law of the Exception: A Typology of Emergency Power“, *International Journal of Constitutional Law* 2/2004.

György, Marinkás, „Dealing with the COVID-19 Pandemic on the EU level: Introducion the 'Web of Competencies' Theory", *Emergency Powers in Central and Eastern Europe* (eds. Zoltán Nagy, Attila Horváth), Budapest – Miskolc 2022.
Hadži Stević, Brano, „Test proporcionalnosti u doba pandemije: ljudska prava versus javno zdravlje", *Strani pravni život* 1/2023.
Halpern, Michaela, „State Obligations Under Public International Law During Pandemics", *Emory International Law Review Recent Developments* 1/2020;
Lebret, Audrey, „COVID-19 pandemic and derogation to human rights", *Journal of Law and the Biosciences* 1/2020.
Nastić, Maja, „Odgovor države na bolest COVID-19: na primjerima Hrvatske i Srbije", *Pravni vjesik* 3-4/2020.
Orlović, Slobodan, Milić, Ivan, „Serbian Legal Disharmony During the COVID-19 Pandemic", *Emergency Powers in Central and Eastern Europe* (eds. Zoltán Nagy, Attila Horváth), Budapest – Miskolc 2022.
Spadaro, Alessandra, „COVID-19: Testing the Limits of Human Rights", *European Journal of Risk Regulation* 2/2020.
Trócsányi, László, „The Theoretical Questions of Emergency Powers", *Emergency Powers in Central and Eastern Europe* (eds. Zoltán Nagy, Attila Horváth), Budapest – Miskolc 2022.
Trykhlib, Kristina, „The Principle of Proportionality in the Jursiprudence of the European Court of Human Rights", *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series* 4/2020.
Zombory, Katarzyna, Németh, Zoltán, „To introduce or not to introduce? Regulation of the state of emergency under the 1997 Polish Constitution vs the COVID-19 pandemic", *Emergency Powers in Central and Eastern Europe* (eds. Zoltán Nagy, Attila Horváth), Budapest – Miskolc 2022.

Остале референце

Водич кроз чл. 11 Европске конвенције о људским правима – слобода окупљања и удруживања, *https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_11_SRP.pdf.*
Dmitriyeva v. Russia. European Court of Human Rights, App. nos. 60921/17 and 7202/18, Judgment of 30 April 2019. *Дмитријева против Русије*, Европски суд за људска права, представке бр. 60921/17 и 7202/18, пресуда од 30. априла 2019.
Закључак о допуни закључка о забрани кретања на територији Републике Српске у дане првомајских празника, број 29-2/20.
Закључак о забрани кретања на територији Републике Српске у дане првомајских празника, број 28-4/20.
Закључак о забрани кретања у дане Васкрса, број 21-6/20.
Закључак о мјери упућивања лица у карантин, број 09-13/20.
Закључак о обавезном спровођењу мјера за реаговање на појаву болести изазване новим вирусом корона (COVID-19) у Републици Српској, број 01-3/20.
Закључак о обавезном спровођењу мјера за реаговање на појаву болести изазване новим вирусом корона (COVID-19) у Републици Српској, број 11-2/20.
Закључак о обавезном спровођењу мјера за реаговање на појаву болести COVID-19 Републичке управе за инспекцијске послове у Републици Српској, број 33-6/20.

Закључак о ограничењу и забрани кретања лица на територији Републике Српске, број 05-1/20.
Закључак о ограничењу и забрани кретања лица на територији Републике Српске, број 16-3/20.
Закључак о одржавању априлског испитног рока за академску 2019/2020 годину, број 11-10/20.
Закључак о предузимању мјера против лица која не поштују мере кућне изолације, број 06-5/20.
Закључак о спровођењу мјера заштите у заједници против вируса корона (SARS-CoV-2), број 19-3/20.
Закон о заштити и спасавању у ванредним ситуацијама, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 121/12 и 46/17.
Закон о заштити становништва од заразних болести, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 90/17.
Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia. European Court of Human Rights, App. nos. 57947/00, 57948/00 and 57949/00, Judgment of 24 February 2005, par. 171. *Исајева, Јусупова и Базајева против Русије*, Европски суд за људска права, представке бр. 57947/00, 57948/00 и 57949/00, пресуда од 24. фебруара 2005.
Наредба о обавезном спровођењу мјера за реаговање на појаву болести изазване новим вирусом корона (COVID-19) у Републици Српској, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 14/20.
Наредба о обавезном спровођењу мјера за реаговање на појаву болести изазване новим вирусом корона (COVID-19) у Републици Српској, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 23/20.
Наредба Федералног штаба цивилне заштите од 27. марта 2022. године, *http://www.fucz.gov.ba/wp-content/uploads/2020/04/12-40-6-148-34-1-20.pdf.*
National Federation of Sportspersons' Associations and Unions (FNASS) and Others v. France. European Court of Human Rights, App. nos 48151/11 and 77769/13, Judgment of 18 January 2018. *Национални савез спортских удружења и унија*, Европски суд за људска права, представке бр. 48151/11 и 77769/13, пресуда од 18. јануара 2018.
Одлука о забрани изазивања панике и нереда за вријеме ванредне ситуације на територији Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 26/20.
Одлука о проглашењу ванредне ситуације у Републици Српској, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 25/20.
Одлука о проглашењу ванредног стања за територију Републике Српске*, Службени гласник Републике Српске*, бр. 31/20.
Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине АП-1217/20.
Одлука Уставног суда Републике Српске У-22/21, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 51/21.
Одлука Уставног суда Републике Српске У-25/20, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 45/21.
Одлука Уставног суда Републике Српске У-29/20, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 61/21.
Одлука Уставног суда Републике Српске У-32/21, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 40/22.

Одлука Уставног суда Републике Српске У-40/20, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 45/21.

Саопштење за јавност у вези са обрадом личних података у контексту активности изазване пандемијом корона вируса, *http://www.azlp.ba/saopstenja/?id=2917.*

Студија мапирања институционалног кршења људских права у Босни и Херцеговини, *https://pravnifakultet.edu.ba/wp-content/uploads/2021/08/Studija-mapiranja-institucionalnog-krsenja-ljudskih-prava-u-Bosni-i-Hercegovini_23082021.pdf.*

Уредба са законском снагом о забрани изазивања панике и нереда за време ванредне ситуације на територији Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 32/20.

Hertel v. Switzerland. European Court of Human Rights, App. no. 59/1997/843/1049, Judgment of 25 August 1998. *Хертел против Швајцарске*, Европски суд за људска права, представке бр. 59/1997/843/1049, пресуда од 30. априла 2019.

Brano Đ. Hadži Stević
University of East Sarajevo
Faculty of Law
brano.hadzi.stevic@pravni.ues.rs.ba
ORCID ID: 0009-0001-0844-3450

State of Emergency in the Republika Srpska: Implementation Consequences

***Abstract**: Due to the extraordinary circumstances caused by the covid-19 virus, numerous states adopted different measures in order to mitigate the consequences of the epidemic, and many of them represented a restriction of human rights and freedoms. This paper is devoted to the analysis of (legal) consequences caused by epidemic measures in the Republika Srpska adopted during the state of emergency. In particular, the legal and sub-legal provisions regulating the actions of authorities in extraordinary circumstances are analyzed, as well as the practice of the Constitutional Court of the Republika Srpska. The aim of the paper is to show that the by-laws, enacted during the state of emergency, were largely in conflict with constitutional and statutory provisions, and it is particularly striking that numerous measures were enacted by non-competent authorities. Although it is an unquestionable obligation of the state to react in a state of emergency, that reaction must be in accordance with the principles of constitutionality and legality, since extraordinary circumstances cannot be an excuse for violating the fundamental values of the legal order. From that point of view, the decisions of the authorities of the Republika Srpska during the state of emergency caused by the covid-19 virus are paradigmatic, but as an anti-model.*

***Keywords:** covid-19, human rights and freedoms, restriction of rights and freedoms, state of emergency, the principle of constitutionality and legality.*

Датум пријема рада: 28.11.2023.
Датум прихватања рада: 04.01.2024.

Оригиналан научни рад 343:004.8(450)
doi:10.5937/zrpfns57-47113

Carlo Piparo
University of Udine
carlopiparo@gmail.com
ORCID ID: 0009-0009-7965-0770

CRIMINAL LIABILITY MODELS AND CRIMINAL PARTICIPATION IN THE DIGITAL ENVIRONMENT: A MODERN CHALLENGE IN THE PERSPECTIVE OF ITALIAN CONSTITUTIONALISM

Abstract: *The rapid progression and widespread integration of Information and Communication Technology (ICT) have ushered in a new era of sweeping social and legal transformations. Among the many groundbreaking advancements, Artificial Intelligence has emerged as a pivotal force, permeating nearly every facet of our daily lives. From the realms of commerce and industry to healthcare, transportation, and entertainment, Artificial Intelligence technologies have become indispensable tools shaping the way we interact, work, and navigate the world around us. With its remarkable capabilities and ever-expanding reach, Artificial intelligence stands as a testament to humanity's relentless pursuit of innovation and the boundless potential of technology to revolutionize society. While completing all the tasks they are programmed for, Artificial Intelligence systems can perform actions, which could result in crimes if committed by humans. But crimes follow the reserve of law, therefore can be difficult to criminalize such crimes because of the lack of written law. Nevertheless, in modern legal systems, the structure of crimes doesn't only require the commission of a typical fact, but also the determination to do it.*

In this scenario, being Artificial Intelligence a non-human entity, the reconstruction of criminal re- sponsibility is particularly difficult to theorize. This is mainly true because of the peculiar nature of the environment the machine lives in: the digital environment is made of a digital reality, and many of its actors (for example algorithms, protocols, and programs) are not even human and can only exist in that reality. This means that in this environment, machines can act, determine themselves and possibly commit crimes with or without a human user.

This scenario makes it necessary to analyze Artificial Intelligence crimes in the light of common ones, using the ordinary law discipline. This analysis allows users (lawyers, judges, and scholars) to use three traditional liability models: "the perpetration-via-another", "the natural probable consequence", and "the direct liability". Through these models, users can assess whether the machine committed a crime.

Nevertheless, the three liability models supra mentioned open the door to a totally modern scenario: the man-machine concurrence (the concurrence between man and Artificial Intelligence algorithm). In fact, if theorizing the liability of the machine comes with challenges, it is even more complicated to adapt to modern Constitutions the concurrence between the living and the digital. Indeed, it is necessary to assess whether a machine can commit crimes (or it is just an instrument), determine how the machine can concur with a human, and how much responsibility can be addressed to it.

This paper wants to analyze the peculiarities of Artificial Intelligence, deconstruct three possible Artificial Intelligence liability models, and, finally, theorize the criminal participation man-machine through the lenses of Italian law.

***Keywords**: Liability, actus reus, participation, programmer, algorithm, criminal law.*

1. INTRODUCTION

In 2023, Artificial Intelligence (AI) is a dominant and pervasive force, driven by swiftly adaptable techniques, including machine learning algorithms, data mining, and predictive systems[1]. These techniques portend an extraordinary – and perhaps somewhat disconcerting – level of Artificial Intelligence integration into our lives and societies[2]. Currently, these techniques find applications in most sectors: from internet browsers and smartphone applications to video games, from engineering projects and animated graphics to hospitals and research[3].

---

[1] Margaret Ann Boden, *Intelligenza artificiale*, in J. l-Khalili (editor), *Il futuro che verrà*, Bollati Boringhieri, 2018, p. 133.

[2] See also: Carlo Piparo, *Machina delinquere potest? A modern criminalization challenge due to lack of text,* in Text, context, and subtext in law*,* 2023, p. 900.

[3] Giuseppe Francesco Italiano, *Intelligenza artificiale: passato, presente, futuro*, in Francesco Pizzetti (editor), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, 2018, p. 216.; Jerry Kaplan, *Intelligenza artificiale. Guida al futuro prossimo*, Luiss University Press, II ed., 2018, pp. 81 seq., and pp. 193 seq. e Luciano Floridi, *What the Near Future of Artificial Intelligence Could Be*, in *Philosophy & Technology,* n. 32, 2019, pp. 3 seq. (*online* at https://doi.org/10.1007/s13347-019-00345-yp).

The notion of Artificial Intelligence's substantial presence extends further, with luminaries like Stephen Hawking foreseeing a future where computer intelligence surpasses human capabilities within a century[4].

The 2017 European Parliament's Resolution on robotics similarly hints at the potential for Artificial Intelligence to transcend human intellectual prowess. This omnipresence of Artificial Intelligence necessitates a legal response[5]. It compels criminal law, in particular, to brace itself for a technological revolution akin to historical transitions and grapple with challenges that this transformation may pose[6]. Addressing this requires assessing the adaptability of existing norms to accommodate novel technologies, deliberating on the appropriateness of formulating new, tailored regulations, or, alternatively, persevering with existing laws, albeit with potential strains, possibly with the backing of precedent law[7].

This endeavor must be imbued with a focus on harmonizing these legal developments with fundamental rights such as due process, privacy, and equality[8].

---

[4] Lauren Walker, *Stephen Hawking warns artificial intelligence could end humanity*, *Newsweek*, 14 May 2015, where the Author quotes the Speaking of S. Hawking during Zeitgeist Conference, London, May 2015.

[5] As already highlighed in C. Piparo, *Ibid.: "The European Parliament Resolution of 16 February 2017, providing recommendations to the European Commission on civil law rules on robotics (2015/2103(INL)), is a document that offers guidance and suggestions to the European Commission regarding the need to develop specific civil law rules for the field of robotics. The document represents a significant step in addressing the legal and social implications associated with the advancement of robotic technology.*

The Resolution highlights the importance of creating a clear and consistent legal framework that addresses issues related to liability and safety in the field of robotics. It recognizes that the increasing presence of robots and artificial intelligence poses a range of challenges, including determining responsibility in case of damages caused by a robot, protecting personal data, and ensuring the safety of the robots themselves.

Through this Resolution, the European Parliament calls upon the European Commission to consider the adoption of a specific legal framework for robotics that takes into account ethical principles and the fundamental rights of individuals. It also emphasizes the need to promote research and innovation in the field of robotics to ensure that Europe remains competitive in this rapidly evolving sector.

In summary, the European Parliament Resolution of 16 February 2017 is an important document that raises the issue of civil law rules on robotics and urges the European Commission to consider this challenge and take appropriate measures to address it".

[6] C. Piparo, *Machina delinquere potest?, cit.,* p. 901.

[7] Federico Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 2003, pp. 292 seq.

[8] Marco Bassini, Laura Liguori, Ooreste Pollicino, *Sistemi di Intelligenza Artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi?*, in Francesco Pizzetti (edited by), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, 2018, p. 334.

2. THE CONCEPT OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE

Today, the use of the expression Artificial Intelligence[9] assumes various connotations and interpretations contingent on the specific discipline or context of reference[10], thus leaving no *passe partout* definitions.

Approximately three decades later, in a 1987 essay, Roger Schank, a prominent Artificial Intelligence theorist and a foundational figure in computational linguistics, ascribed five attributes to AI: the capacity for communication, self-awareness, understanding of external reality, purposive action driven by goals, and a notable degree of creativity, which encompasses the ability to make alternate decisions when the initial course of action proves unsuccessful or unfeasible[11]. This set of features offers two key insights: firstly, Artificial Intelligence can't be confined to the realm of intelligent humanoid figures or cyborgs; at most, the latter can manifest as an Artificial Intelligence application. Secondly, Artificial Intelligence systems cannot replicate the cognitive mechanisms of the human mind.

Consequently, it is more apt to regard Artificial Intelligence as a computational discipline rather than an emulation of the intricate human biological system[12]. Experts in Artificial Intelligence tend to prefer the term "rationality[13]" over

---

[9] The epithet Artificial Intelligence was coined by American computer scientist John McCarthy in 1955. See also C. Piparo, *Machina delinquere potest?, cit*., where the Author states that "The term is publicly used by the scholar during a seminar held at Dartmouth College. The scholar continued his studies in the field of artificial intelligence, which led him to win the Turing Award in 1971 for his significant contributions in this area".

[10] To learn more, see also Carlos Ignacio Gutierrez, Anthony Aguirre, Risto Uuk, Claire Boine, Matija Franklin, *A Proposal for a Definition of General Purpose Artificial Intelligence Systems*, 2022. where the Author states that: "As it stands today, no guidelines explain the inclusion criteria for AI systems that classify as General Purpose Artificial Intelligence Systems (GPAIS). Within the AI Act context, the existing definition has many opportunities for improvement. The Slovenian EU presidency defined GPAIS as an "AI system... able to perform generally applicable functions such as image/speech recognition, audio/video generation, pattern detection, question answering, translation, etc".] The French EU presidency further emphasizes that GPAIS: "may be used in a plurality of contexts and be integrated in a plurality of other AI systems". Outside the EU context, the term GPAIS is seldomly and haphazardly used to describe AI systems that vary considerably in terms of autonomy, agency, modality, and training methods".

[11] Roger Carl Schank, *What's IA, Anyway?*, in *IA Magazine*, 8(4), 1987, pp. 59 seq.

[12] J. Kaplan, *Intelligenza artificiale*, cit., p. 41.

[13] In Stuart Russel, Peter Norvig, *Artificial Intelligence: A Modern Approach, Prentice Hall,* 3rd edition, 2009, pp. 36 seq., the Authors discuss about the concept of "rational agent", defining it as is the agent that consistently makes choices that maximize its expected performance, given its percept sequence (historical sensory input), the performance measure (a criterion for success), and any built-in knowledge about its environment. In essence, rationality means selecting actions that are likely to lead to the best overall outcomes, considering the information available to the agent up to that point.

According to the Authors, rationality does not require omniscience; instead, it operates based on the agent's perception of the world and its past experiences. It encompasses the ability to

"intelligence", denoting the ability to select the most optimal path to achieve specific aims, guided by criteria for resource optimization[14].

As already stated *"other definitions go further in explaining [...] skills and tasks. For example, the computer scientist Nils John Nilsson describes a technology that " functions appropriately and with foresight in its environment". Others speak of the ability to perceive, to pursue goals, to initiate actions and to learn from a feedback loop.*

A similar definition has been put forward by the High-Level Expert Group on Artificial Intelligence (AI HLEG) of the European Commission (EC): "Systems that display intelligent behaviour by analysing their environment and taking actions – with some degree of autonomy – to achieve specific goals".

These task-based definitions go some way towards giving us a better understanding of what AI is. But they still have limitations. Concepts like "some degree of autonomy" remain somewhat vague. Moreover, these definitions still seem overly broad in that they describe phenomena that most of us would not be inclined to bundle under the term AI. For example, Nilsson's definition also applies to a classic thermostat. This device is also able to perceive (measure the temperature of the room), pursue goals (the programmed temperature), initiate actions (regulate the thermostat) and learn from a feedback loop (stop once the programmed temperature has been reached). Even so, most people would not be inclined to regard a thermostat as AI[15]".

The European Ethical Charter, adopted by the European Commission for the Efficiency of Justice[16] in 2018, frames Artificial Intelligence as "the set of scientific methods, theories, and techniques aimed at reproducing through machines

gather information, explore unknown environments, and adapt behavior based on learning from these experiences. Rational agents are autonomous in the sense that they can make decisions independent of complete prior knowledge, relying on their perception and past learning to make informed choices. In summary, rationality, as defined in the paper, represents a fundamental principle in artificial intelligence, guiding agents to make decisions that optimize their performance based on the information available to them and their understanding of the environment.

[14] S. Russel, P. Norvig, *Ibidem*.

[15] Haroon Sheikh, Corien Prins, Erik Schrijvers: *Definition and Background, i*n Mission AI. Research for Policy. Springer, 2023.

[16] Within Europe, the acronym CEPEJ signifies the European Commission for the Advancement of Justice Efficiency. Originating as an entity operating under the Council of Europe's umbrella, CEPEJ stands dedicated to the continual enhancement of justice systems within the member states it encompasses. Its inception was driven by the mission to foster greater accessibility to justice, elevate the standard of judicial services, and uphold the principles of fairness in legal proceedings.

A fundamental facet of CEPEJ's role revolves around the development and implementation of standardized tools, methodologies, and benchmarks. These elements serve as catalysts for the progressive transformation of justice systems throughout Europe. CEPEJ offers its expertise, offering valuable guidance to member states, delving into comprehensive research endeavors, and amassing invaluable data to evaluate the functionality of judicial systems. Through these multifaceted efforts, CEPEJ aims to discern and promote best practices, stimulate collaborative

the cognitive abilities of human beings". It emphasizes the present aim of delegating complex tasks previously performed by humans to machines. In contrast, the European Commission's 2018 Communication on Artificial Intelligence in Europe characterizes Artificial Intelligence as "systems that exhibit intelligent behavior by analyzing their environment and autonomously taking actions to achieve specific goals". This definition encompasses Artificial Intelligence systems in both the virtual realm, such as voice assistants, image analysis software, and search engines, and those integrated into physical hardware, including advanced robots, self-driving vehicles, drones, and Internet of Things applications. A scrupulous examination by the Independent High-Level Expert Group, appointed by the European Commission for advisory purposes on Artificial Intelligence, aligns with the foregoing definitions[17]. According to this group, the concept of Artificial Intelligence denotes "human-designed software (and potentially hardware) that, when presented with a complex goal, operates in the physical or digital realm by perceiving its environment through data acquisition, interpreting structured or unstructured data, reasoning based on knowledge or information derived from these data, and determining the optimal course of action to attain the specified goal". AI systems can adopt symbolic rules or acquire a numerical model, and they are also capable of adapting their behavior by analyzing the consequences of their prior actions on the environment. As a scientific discipline, AI encompasses a gamut of approaches and techniques, including machine learning, mechanical reasoning, and robotics, integrating various methods within cyber-physical systems. Consequently, while the scientific community employs diverse definitions of Artificial Intelligence, certain common characteristics emerge. In summation, Artificial Intelligence generally alludes to a compendium of scientific methodologies, theories, and techniques with the objective of replicating human cognitive abilities through mechanized means[18].

---

endeavors, and facilitate constructive dialogues among judicial professionals, policymakers, and pertinent stakeholders.

CEPEJ's mandate extends across various dimensions of judicial efficiency. It encompasses areas such as case management, judicial administration, adherence to legal timelines, the quality of legal pronouncements, and the integration of cutting-edge information technologies into the realm of justice. Furthermore, CEPEJ delves into issues pertaining to the accessibility of justice, judicial training programs, and the critical evaluation of existing judicial systems.

By advocating for core principles, namely efficiency, accessibility, and impartiality in the administration of justice, CEPEJ plays a pivotal role in fostering the overall effectiveness of legal frameworks within Europe, consequently bolstering the foundations of the rule of law.

[17] Lorenzo Algeri, *Intelligenza artificiale e polizia predittiva*, in Dir. Pen. e Processo, vol. 6, 2021, p. 724.

[18] Joost Kok, Egbert Boers, Walter Kosters, Peter van der Putten, Mannes Poel, *Artificial Intelligence: Definition, Trends, Techniques and Cases, in Knowledge for sustainable development: an insight into the Encyclopedia of life support systems*, 2002, p. 1096.

3. CRIMINAL LAW AND AI. THE MACHINE AS A TOOL OF JUSTICE

The influence of Artificial Intelligence permeates both of the domains of processual and substantial criminal law.

In the sphere of investigation and policing[19], Artificial Intelligence augments the efficacy of law enforcement through advancements in policing practices, including predictive policing, and the implementation of profiling methodologies such as facial recognition systems and biometric identification. Notably, these programs facilitate the identification of criminal risks and judicious allocation of resources to proactively forestall foreseeable criminal activities and curtail victimization: for example, the Keycrime program, developed based on the experiences of the Milan Police Headquarters, serves as an effective tool for predicting serial offenses, including robberies, fraud against the elderly, apartment burglaries, sexual violence, among others. Similarly, the XLAW program, devised by the Naples Police and deployed across various regions, is employed to forecast thefts and robberies. Furthermore, these AI applications are designed to enhance the accuracy of post-event perpetrator identification[20].

In the realm of the judiciary, Artificial Intelligence holds the potential to enable more comprehensive and nuanced evaluations of criminal defendants. These evaluations involve the cross-referencing of historical data concerning defendants and assessments of their subjective propensity for engaging in criminal behavior. In essence, these algorithms scrutinize factors such as socioeconomic status, family background, neighborhood crime rates, and employment status to render a purported forecast of an individual's criminal risk, often presented on a scale ranging from "low" to "high", or expressed as specific percentages[21]. In essence, these algorithms serve as tools for analyzing extensive historical data, identifying recurring patterns, and generating assessments founded on a significantly more robust statistical basis than the human judgments that underpin traditional evaluations[22].

---

[19] William Samuel Isaac, *Hope, Hype, and Fear: The Promise and Potential Pitfalls of Artificial Intelligence in Criminal Justice*, in Ohio St. J. Crim. L., 2018, pp. 543 seq.; Fabio Basile, *Intelligenza artificiale ediritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in Diritto Penale e Uomo, 2019, pp. 13 seq.

[20] Vittorio Manes, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in Discrimen, 2020, p. 7.

[21] V. Manes, *L'oracolo algoritmico,* cit., p. 8.

[22] For a better in-depth analysis, see: Lorenzo Belenguer, A*I bias: exploring discriminatory algorithmic decision-making models and the application of possible machine-centric solutions adapted from the pharmaceutical industry.* in AI Ethics, Springer, 2, 4, 2022, pp. 771-787

Thus, the definition provided in the report by the EPIC, *Algorithms in the Criminal Justice System*, available at https://epic.org/algorithmic-transparency/crimjustice/, reflects this understanding.

3.1. The machine as a criminal tool

Criminal acts are pacifically defined as acts (or omissions) constituting offences punishable under criminal law, and recent studies have underscored the substantial impact of Artificial Intelligence across various domains of criminal activity[23].

Notably, in the realm of finance, particularly within financial markets, there is evidence of the deployment of social bots–software that automates social media accounts and simulates human users–in schemes like "pump-and-dump[24]": these illicit schemes artificially inflate security prices by disseminating false, deceptive, or exaggerated information to create an artificial demand, ultimately enabling the sale of securities at elevated prices. Market simulations have also demonstrated that artificial trading agents, employing reinforcement learning–a machine learning technique predicated on rewarding correct choices–can acquire the practice of financial spoofing. This entails placing continuous orders over a defined period without any intention of executing them, with the primary objective of manipulating market prices[25].

The importance of Artificial Intelligence crime as a distinct phenomenon has not yet been acknowledged. Until relatively recently, AI systems were constrained by predefined behaviors, operating exclusively through algorithms established by programmers. This included software engineered for purposes such as disabling a bank's cybersecurity systems or causing destruction or damage to computer data. Assigning criminal culpability in such cases did not present significant challenges. Regardless of the complexity of the AI entity's actions, responsibility ultimately rested with its controller or user. This is because AI entities lack cognitive agency and their behaviors adhere to predetermined patterns, thus being predictable. From this perspective, intelligent entities were perceived as mere instruments wielded by humans for the commission of crimes[26]. Consequently, the concept of asset confiscation as a preventive measure could be applied to AI entities, even in the absence of a criminal conviction, as articulated in Article 240[27] of the Italian Criminal Code[28].

---

[23] Silvio Riondato, *Robot: talune implicazioni di diritto penale*, in Paolo Moro, Claudio Sarra (edited by), *Tecnodiritto. Temi e problemi di informatica e robotica giuridica*, Milano, 2017, 85 seq.

[24] T.C. King, *Artificial Intelligence Crime,* cit., 89 seq.

[25] Riccardo Borsari, *Intelligenza Artificiale e responsabilità penale: prime considerazioni*, in *Media Laws,* 2020, p. 263.

[26] S. Riondato*,* cit., 85 seq.

[27] Art. 240 Italian Criminal Code:

1. In case of conviction, the judge has the authority to order the confiscation of items that were used or intended for the commission of the crime, as well as the items that are the product or profit of the crime.

[28] S. Riondato, *Ibidem*.

In light of these considerations, Italian law, in alignment with legal frameworks in other European Union member states, presently lacks definitions for crimes committed by artificial intelligence. The absence of dedicated regulations to address offenses perpetrated by autonomous AI agents underscores the pressing need for further legal development in this domain: this is crucial to ensure the establishment of appropriate mechanisms for accountability and regulation in response to the evolving landscape of technological advancements[29].

4. THE LEGAL FRAMEWORK OF CRIMINALITY

Today, the imposition of criminal penalties hinges upon two key prerequisites: first, the conduct must be previously proscribed (reserve of law), and second, that a judge administers the punishment. In the Italian legal system, these conditions are explicitly outlined in articles 13[30] and 25[31] of Italian Constitution.

To establish an act as a criminal offense, modern legal systems necessitate a minimum of two fundamental elements[32]. The first element, known as *actus reus* (literally: the criminal act), mandates that the act aligns precisely with the criteria specified in the relevant laws. The second element, known as *mens rea* (literally: the criminal intent), comprises a range of mental states, with the highest level being voluntarity, sometimes coupled with intent or specific purpose. Lower mental

---

[29] As already assessed in C. Piparo, *Ibid.,* pp. 900 e seq.

[30] Art. 13, Italian Constitution:

1. Personal liberty is inviolable.
2. No form of detention, inspection or personal search is allowed, nor any other restriction of personal freedom, except by reasoned act of the Judicial Authority and only in the cases and by the manner provided for by law.

[31] Art. 25, Italian Constitution:

1. No one can be diverted from the pre-established competent judge by law.
2. No one can be punished except in accordance with a law that was in force before the committed act.
3. No one can be subjected to security measures except in cases provided for by law.

[32] Traditionally, Italian doctrine and jurisprudence deconstructs the crime into:

1. Objective element: This aspect of a crime pertains to the physical actions carried out by the individual, constituting the core material of the offense. It encompasses not only the physical aspects of the action itself, such as a physical assault or theft, but also any contextual factors that might be pertinent to defining the offense, such as the location, timing, or method employed.

2. Subjective element: The psychological state or intention of the individual committing the act. It encompasses *dolus*, which indicates a deliberate intention to engage in the conduct that constitutes the offense, as well as *culpa*, indicating a lack of diligence or care in the individual's behavior that results in the commission of the offense.

3. Social (or merely legal) wrongfulness: This element represents the discrepancy between the act and the entire legal framework, extending beyond just the criminal domain. It reflects whether the action is in harmony with the broader legal system.

states include negligence (where a reasonable person should have known) and strict liability offenses[33]. When it can be proven that an individual knowingly committed the criminal act or did so with criminal intent, that person is held criminally accountable for the offense[34].

The objective of this study is, *prima facie*, to identify and summarize how to incorporate artificial intelligence into the domain of criminal law and, then, to analyze and deconstruct the atypical relation man-machine and its possible output as a criminal concurrence.

This paper will focus on the *actus reus,* leaving the focus on *mens rea* to another occasion.

4.1. The Actus Reus

This section analyzes AI's criminal liability using three models, as expounded by distinguished legal doctrine: the Perpetration-via-Another liability model, the Natural-Probable-Consequence liability model, and the Direct liability model.

4.1.1. The Perpetration-via-Another Liability Model

The Perpetration-via-Another model pictures AI as an innocent agent, akin to a child: lacking autonomous will, the machine can be used only as a tool. The machine, infact, just executes an order given by an human. In this scenario, only those who exploit the innocent agent are held criminally responsible as perpetrators-via-another.

Excellent doctrine[35] argues that when AI entities are involved in a crime, they should be regarded as innocent agents devoid of human attributes. Consequently, AI entities are viewed strictly as machines and not active participants in the criminal act, whether as main actors or accomplices. In such cases, where the actual perpetrator lacks *mens rea* (criminal intent), legal responsibility invariably falls upon the creator, programmer, or end-user of the Artificial Intelligence entity. Hallevy likens these circumstances to situations involving mentally limited individuals like children, mentally incompetent individuals, or those without a criminal state of mind. In these scenarios, the intermediary (AI entity) is considered a sophisticated tool, with the true perpetrator being the orchestrator of the crime, held accountable as the primary perpetrator[36].

---

[33] Gabriel Hallevy, *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities – from Science Fiction to Legal Social Control*, Akron Intellectual Property Journal: Vol. 4, 2010, p. 178.

[34] As already highlighted in C. Piparo, *Ibidem.*

[35] G. Hallevy, *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities,* cit., pp. 179 e seq.

[36] As already pictured in: Kemi Ogunnoiki, *A Critique of Gabriel Hallevy 's Models of Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities*, in International Journal of Comparative Law and Legal Philosophy 4 (3), 2022, pp. 4 seq.

But who assumes the role of the perpetrator-via-another? Two potential candidates are identified: the AI software programmer and the end-user. A programmer may intentionally design software for an AI entity with the aim of enabling it to commit specific offenses. For instance, a programmer might create software for an industrial robot and program it to set fire to a factory during unoccupied hours. Although the robot commits arson, legal liability is assigned to the programmer. Alternatively, an end-user can be seen as the perpetrator-via-another when they employ an AI entity without programming it themselves. For example, a user purchases a servant robot capable of executing commands from its master. The user instructs the robot to physically confront any intruders in their home. In this scenario, the robot carries out the assault, but the user is considered the perpetrator[37].

In both cases, the AI entity is the actual agent that committed the offense. However, since neither the programmer nor the end-user performed actions that align with the precise definition of the offense, they do not meet the *actus reus* requirement for that particular offense. The liability model of perpetrator-via-another treats the AI entity's actions as if they were the actions of the programmer or end-user, grounded in the instrumental use of the AI entity as an innocent agent[38].

This liability model does not ascribe any mental capacity to the AI entity itself. Instead, it equates AI entities with inanimate objects or animals in terms of criminal liability. For example, just as a burglar using a screwdriver to break into a building does not render the screwdriver criminally liable. This model is particularly relevant in cases where AI entities are used instrumentally to commit offenses without utilizing their advanced capabilities or when outdated AI entities lack modern functionalities[39].

It is essential to note that "*this model is not suitable when the software of the AI entity was not designed to commit the specific offence, but was committed by the AI entity nonetheless. The model is also not suitable when the specific AI entity functions not as an innocent agent, but as a semi-innocent agent*[40]*"*. The legal result of applying this model is that the programmer and the user are criminally liable for the specific offence committed, while the AI entity has no criminal liability whatsoever[41].

In legal terms, applying this model results in criminal liability for the programmer and end-user regarding the specific offense committed, while absolving the AI entity of any criminal responsibility[42].

---

[37] See also: G. Hallevy, *Ibid.;* C. Piparo, *Ibid.*

[38] G. Hallevy, *Ibid.*

[39] K. Ogunnoiki, op. cit., p. 5.

[40] K. Ogunnoiki, *Ibid.*

[41] See also: For further analysis, N. Lacey, C. Wells, *Reconstructing Criminal Law-Critical Perspectives on Crime and the Criminal Process,* 1998; C. Piparo, *Ibid.*

[42] C. Piparo, *Ibid.*

4.1.2. The Natural-Probable-Consequence Liability Model

The second model of AI entity criminal liability involves situations where programmers or users are deeply involved in the AI entity's activities but don't intend to commit offenses. Nevertheless, if the AI entity commits an offense during its normal operations, the natural-probable-consequence liability model may apply. This model holds individuals accountable for offenses that are a natural and probable outcome of their conduct, even if they had no actual knowledge of the offense. For example, a user employs AI software designed to detect internet threats to safeguard a computer system it's installed in. However, unbeknownst to the user, the AI destroys every external software recognized as a threat, inadvertently committing a computer offense[43].

This form of liability is grounded in negligence and encompasses scenarios where programmers or users should have foreseen the possibility of an offense but didn't intend for it to occur. It applies to individuals who were not the actual perpetrators of the offense but contributed to it intellectually. Reasonable programmers and users should have foreseen the offense and taken steps to prevent it, even though they didn't intend for it to happen. However, the legal consequences vary depending on whether the programmers or users were negligent without criminal intent or knowingly and willfully used the AI entity to commit one offense, which resulted in another offense being committed. In the latter case, they can be held accountable for the offense as if it was committed knowingly and willfully[44].

However, as the above mentionned doctrine criticizes, the application of this model leads to two possible outputs. On the first side, if "*the AI entity acted as an innocent agent, totally oblivious of the criminal prohibition, it is not held criminally accountable for the offence committed, as the action of the AI entity is not different from perpetration-via-another liability model. But if the AI entity did not act merely as an innocent agent, then, in addition to the criminal liability of the programmer or user, pursuant to the natural-probable-consequence liability model, the AI entity itself shall be held criminally liable for the specific offence directly*[45]*"*.

4.1.3. The Direct Liability Model

When applying the natural probable consequence liability model to AI entity criminal liability, two possible outcomes emerge. If the AI entity acted as an innocent agent, oblivious to the criminal nature of its actions, it won't be held criminally liable for the offense it committed. This aligns with the first liability

[43] G. Hallevy, op. cit., pp. 183-184
[44] G. Hallevy, op. cit. pp. 184 seq.
[45] K. Ogunnoiki, op. cit., p. 7.

model, where the AI entity is considered a tool used by others. However, if the AI entity didn't act as an innocent agent and had knowledge of the criminal prohibition, it can be held directly and independently criminally liable for the specific offense it committed[46]. This direct liability model constitutes the third approach to AI entity liability and places the focus squarely on the AI itself. The determination of the AI entity's liability hinges on whether it acted innocently or had knowledge of the prohibited conduct[47].

AI systems can receive sensory input and analyze factual data, similar to human understanding. They aim to mimic human cognitive processes, but specific intent, the strongest mental requirement, involves having a purpose or aim to achieve a particular outcome. For instance, in murder cases, specific intent refers to intending harm or death to a specific person. AI entities can be programmed with a purpose and take actions to fulfill it, demonstrating specific intent. Although humans have feelings that AI software cannot replicate, such as love or jealousy, these feelings are usually not necessary for most specific offenses. Many offenses only require knowledge of the external elements, and specific intent is only relevant to a few offenses. Therefore, the absence of such emotions in AI entities does not hinder imposing criminal liability[48].

If an AI entity fulfills all elements of an offense, it should not be exempt from criminal liability. Unlike certain segments of society like infants or the mentally ill, who have legal provisions exempting them from criminal liability, it is uncertain whether similar frameworks exist for AI entities[49]. The criminal liability of an AI entity does not replace the liability of its programmers or users; rather, it is imposed in addition to their liability. The liability of an AI entity is not dependent on the liability of its programmer or user. If one AI entity is programmed or used by another, the liability of the programmed or used entity remains unaffected[50].

There is no reason to exempt AI entities or humans from criminal liability based on their collaboration. If an AI entity and a human act as joint perpetrators, accessories, or abettors, they should be subject to the corresponding criminal liability, regardless of their identity[51].

Negative fault elements and relevant defenses in criminal law is applied to AI entities, including self-defense, necessity, duress, or intoxication. Some adjustments may be needed when applying these defenses to AI entities, but fundamentally,

[46] Maruerite Gerstner, *Liability Issues with Artificial Intelligence Software*, Santa Clara L. Rev, 1993.

[47] Maxim Dobrinoiu, T*he Influence of Artificial Intelligence on Criminal Liability*, in Challenges of the Knowledge Society. Criminal Law, 2019.

[48] Narayana Prasad Padhy, *Artifical intelligence and intelligent systems*, in *Oxford University Press,* 2005, p. 14.

[49] N. P. Padhy, cit., p. 10.

[50] C. Piparo, *Ibid.*

[51] G. Hallvey, *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities,* cit., p. 192.

the criminal liability of an AI entity, following the direct liability model, is similar to that of a human. It is based on the same elements and assessed in the same manner, with specific adjustments made in certain cases[52].

4.1.4. Liability models in combination

The three liability models outlined above are not mutually exclusive, but rather, they can coexist and interact in various legal scenarios. For instance, when an AI entity acts as an innocent agent in the commission of a specific offense, and the sole director of that act is the programmer, the most suitable legal model for such a situation is the perpetration-via-another model (the first liability model). In this case, the programmer assumes liability for the AI entity's actions as the perpetrator-via-another.

In the same scenario where the programmer is itself an entity (such as when one AI entity programs another AI entity to commit a specific offense), the direct liability model (the third liability model) would also apply alongside the first liability model. Thus, in such cases, the AI entity programmer could be held criminally liable, combining elements of the perpetration-via-another liability model and the direct liability model.

Similarly, if the AI entity takes on the role of the physical perpetrator of a specific offense, but the offense was not premeditated, the natural-probable-consequence liability model might be applicable. In this situation, the programmer could be considered negligent if the offense was not intentionally committed, or the programmer might be held responsible for the specific offense if another offense was deliberately planned, even if the actual offense committed was not part of the original criminal scheme.

However, it's crucial to note that in cases where the programmer is not a human, the direct liability model must still be applied, in addition to the simultaneous application of the natural-probable-consequence liability model. Likewise, when the physical perpetrator is a human and the planner is an AI entity, a similar approach is necessary.

The interplay of these three liability models creates a unique legal landscape in the realm of AI entities and criminal law. Consequently, when AI entities and humans are involved, either directly or indirectly, in the commission of a specific offense, it becomes more challenging to avoid criminal liability. If the primary goal of imposing criminal liability is to maintain legal and social control within a specific society, then the coordinated application of all three models becomes essential in the context of AI entities.

Assuming that AI entities possess self-awareness, consciousness, and free will, their potential criminal responsibility comes into play. As AI entities can embody

[52] Joshua Dressler, *Cases and materials on Criminal law*, 1999, pp. 616-622.

social and ethical principles, being creations of humans, either directly or indirectly, this paper argues that there are adequate legal, juridical, and technological frameworks in place to recognize AI entities as active legal actors within the realm of criminal justice.

Finally, it is important to highlight that some, intelligent, doctrine thinks that to fill these gaps should be invoked company responsibility instead. Even though this is undoubtely an original solution, this is not the place where such a theme should be discussed, due to its complexity.

5. PARTICIPATION IN MAN-MACHINE CRIMES

Traditionally, we refer to criminal participation when more than one person is involved in the commission of a crime. This occurs when there is not just one individual who fulfills the definitional elements of the criminal offense[53]. Before starting to talk about the consequences of this interaction, it's fundamental to draw the borders of such a phenomenon.

It's evident that, if in the same context more than one person commits the same criminal action leading to the same criminal results, there will be participation. This is particularly evident in multi-individualistic crimes, that need more than one person to be committed (for example, art. 588 of Italian Criminal code punishes brawls). In such cases, the criminal conduct is (more or less clearly) tipifyed and punished. More questions arise in the case of atypical contributions: for example, why should be sentenced for a heist he who only threatens with a gun and he who just takes the wallet from a person? If we look at the causal contribution to the crime, nobody of those men committed a heist *per se*. Without entering such a theoretical dilemma[54] we will rely on the main theory accepted by Italian doctrine and jurisprudence. Italian Criminal code introduces a new free-form and event criminal subtype by combining art. 110[55] c.p. and traditional criminal offenses[56].

So, in order to have criminal participation four elements are required: multiple agents, the commission of a typical criminal offense, a causal contribution of these multiple subjects and a peculiar *mens rea* that we will not analyze further in this context[57].

[53] Antje du Bois-Pedain, *Participation in Crime,* in University of Cambridge Faculty of Law Research Paper, 6, 2019, p. 2.

[54] In order to dive deeper into the main theories see: Roberto Giovagnoli, Manuale di diritto penale – Parte generale, 2019, pp. 866 seq.

[55] Art. 110 c.p.: When multiple individuals are involved in the same offense, each of them is subject to the penalty established for it, subject to the provisions of the following articles.

[56] R. Giovagnoli, op. cit., p. 867.

[57] R. Giovagnoli, op. cit., p. 868.

5.1. Participation with the machine

The institution of participation, so, becomes important due to the possibility to attribute to more people a typical crime instead of multiple atypical actions. And this is particularly true for the natural-probable-consequence and the direct liability models, since the first liability model simply represents a user-tool relationship between men and machines. This allows us to identify other subjects that intervene causally into the fact. In the case of The Natural-Probable-Consequence liability model, this would result into adding to a causal contribution the one of a AI machine. But, since here the responsibility is attributed to a third user and/or a programmer, this combination of liability model and criminal participation will result into abscribing the crime directly to the user/programmes as a participant.

Nonetheless, if we accept the configurability of a direct liability model, the same reasoning would result into considering the machine *per se* (and not through the user/programmer) as a participant. Also, if we accept the company responsibility theory, we should recognize as participant and responsible also the company.

5.2. Juridical limits of the concurrence

The institution of concurrence has multiple limits, if we try to apply something so different from traditional law thinking.

5.2.1. Mens rea

We can easily find one of these limits into the juridical institution of *mens rea* (or *animus rei*). Since we talked about a "peculiar" *mens rea* we find into the institution of criminal participation, it is important to distinguish into criminal participation where all participants have the same *animus* (for example: intentional participation into a brawl, which is intentional by definition) or different *animi* (for example: a non intentional pollution of toxic substances that are fraudently sold into the global market by another operator).

5.2.2. Same animus.

The vast majority of doctrine and jurisprudence peacefully accepts criminal participation where *animi* are the same. On one hand, the subjective element of joint participation consists of two components: the "awareness of cooperating with others in the commission of the typical act [...] must be added to the representation and intention of the act, which are required, according to general principles, for the configuration of an intentional offense[58]". On the other hand, art. 113 of Italian

[58] Mario Romano, Giovanni Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, 3rd ed., II, 2005, p. 180.

criminal code governs cooperation in cases of culpable crimes, which occurs when multiple individuals engage, mutually aware of their contribution to another person's action or omission, in a specific autonomous conduct leading to the occurrence of an unintended event, not desired by any of the co-operators[59].

This provision pertains to activities involving various subjects that are somehow interconnected and does not demand that each, individually, be theoretically capable of committing the offense. However, each must provide a legally appreciable causal contribution to the realization of the unintended event by the individuals obliged to comply with precautionary regulations[60]. This is a case where the joint participation man-machine is theoretically acceptable.

5.2.3. Different animus.

There is a question of whether the additional requirement of a common intent among participants is necessary, which presupposes that all participants have mutual awareness and intent to cooperate with each other in the commission of the act. According to modern doctrine, this shared intent is not necessary for all participants. In fact, unilateral participation is allowed – intentional participation in a culpable crime – carried out by someone who, through an atypical intentional act, exploits the negligence of other participants, using them as if they were mediated perpetrators. Arguing for the possibility of intentional participation in a culpable crime has significant practical implications, as it allows for the prosecution of atypical behaviors that would otherwise go unpunished[61]. This is the second case where the joint participation man-machine is also acceptable.

5.2.4. Culpable participation into voluntar crime

This case is way more problematic. The major orientation doesn't accept the culpable participation into voluntar crimes. This should limit the culpable participation of the user, the programmer or the company, since this participation is noit accepted. At most, the culpable participant could be punished for a different crime if it is punished by law as it is.

The historical debate can be essentially visualized as a triangle with three vertices. Here are the three aspects.

According to the first aspect, art. 42, par. 2, of code Rocco states that "*No one can be punished for an act provided by law as a crime unless they have committed it intentionally, except in cases of pre-intentional or negligent crimes expressly*

[59] Cass., SSUU, sent. n. 5 of 1999.
[60] Cass. pen, Sez. fer., sent. n. 41158 del 2015.
[61] See. R. Giovagnoli, op. cit., pp. 888 e seq.

provided for by law". It requires the express provision for negligent liability, which seems to be lacking for complicity in intentional crimes. It's argued that this provision only refers to the special part of the code, therefore only to the incriminating specifications of individual acts. The literal wording supports this direction, as the act that is expressly provided for as a crime by law must be the subject of negligent liability[62].

According to the second aspect, it is believed that complicity in intentional crimes cannot be configured since art. 113 limits negligent participation to the sole hypothesis of negligent crimes. The clear literal expression with which the text begins (*"In negligent crimes"*) would not allow for the inclusion of intentional crimes. It is countered that this is not decisive for excluding configurability, given that the provision revolves around an event caused by the cooperation of multiple people, which constitutes the core without specifying a psychological element[63]. It is also believed that art. 113's expression *"In negligent crimes"* would also encompass intentional crimes because of Marinucci's doctrinal statement that "there is no intent without negligence". This allows for the argument that intent is not something different from negligence but something more, involving not only the violation of an objective duty of diligence but also the consciousness and will of the event. However, this objection has been criticized by doctrine and jurisprudence, which correctly observe that Marinucci's expression "*non c'è dolo senza colpa"* wasn't suitable at all for this occasion, since Marinucci was speaking about the essence of *culpa* and *dolus per* se and not speaking about technical configurations of criminal participations. Indeed, the Author only wanted to emphasize that there is a common basis for intent and negligence, constituted by the violation of an objective duty of diligence, while intentional and negligent acts give rise to structurally different types of offenses[64].

According to the third aspect, law systems punish several cases of negligent facilitation of intentional crimes (for example, art. 254 of code Rocco). This would be superfluous if complicity in intentional crimes could be configured in general terms. However, the counterargument is straightforward: the separate provision may be dictated by other reasons, not just incrimination (for example, the legislative intention to provide a particular penalty[65]).

It's clear that agreeing to the major orientation would result into strongly limiting company, programmer, and user responsibility.

---

[62] Paolo Piras, *Svanisce il concorso colposo nel reato doloso*, in Dir. pen. cont., 3, 2019, p. 7.

[63] Cass. Sez. IV, sent. n. 39680 del 2002.

[64] Giorgio Marinucci, *Non c'e dolo senza colpa. Morte dell' "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1991, pp. 3-39.

[65] P. Piras, op. cit., p. 8.

6. CONCLUSIONS

To conclude, it's evindent that machine's liability is something *per se* ambiguous.

Nonetheless, we can assess that machine can be – at least indirectly – criminally liable by human's mediation, that uses or acts with the machine itself.

While speaking about autonomous machine's responsibility is extremely complex and deserves an autonomous occasion and a decent in-depth analysis, it's evident that AI can commit crime and that same crime can be referrable to different people.

So, when we talk about machine liability we mostly talk about two dimension: the first, historical naturalistic, that focuses on the natural deed from the AI that commits a crime, and the second – juridical and philosophical – that focuses on criminal liability. In this second case, it appears problematic to ascribe criminal responsibility to a machine itself, leading this to a different question: *machina puniri potest*?

REFERENCES

Bibliorgraphy:

Lorenzo Algeri, *Intelligenza artificiale e polizia predittiva*, in Dir. Pen. e Processo, vol. 6, 2021;

Fabio Basile, *Intelligenza artificiale ediritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in Diritto Penale e Uomo, 2019

Marco Bassini, Laura Liguori, Ooreste Pollicino, *Sistemi di Intelligenza Artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi?*, in Francesco Pizzetti (edited by), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, 2018;

Lorenzo Belenguer, A*I bias: exploring discriminatory algorithmic decision-making models and the application of possible machine-centric solutions adapted from the pharmaceutical industry.* in AI Ethics, Springer, 2, 4, 2022;

Margaret Ann Boden, *Intelligenza artificiale*, in Jim Al-Khalili (editor), *Il futuro che verrà*, Bollati Boringhieri, 2018;

Antje du Bois-Pedain, *Participation in Crime,* in University of Cambridge Faculty of Law Research Paper, 6, 2019;

Riccardo Borsari, *Intelligenza Artificiale e responsabilità penale: prime considerazioni*, in *Media Laws,* 2020;

Maxim Dobrinoiu, T*he Influence of Artificial Intelligence on Criminal Liability*, in Challenges of the Knowledge Society. Criminal Law, 2019;

Joshua Dressler, *Cases and materials on Criminal law*, 1999;

Luciano Floridi, *What the Near Future of Artificial Intelligence Could Be*, in *Philosophy & Technology*, n. 32, 2019;

Maruerite Gerstner, *Liability Issues with Artificial Intelligence Software*, Santa Clara L. Rev, 1993.;
Roberto Giovagnoli, Manuale di diritto penale – Parte generale, 2019;
Carlos Ignacio Gutierrez, Anthony Aguirre, Risto Uuk, Claire Boine, Matija Franklin, *A Proposal for a Definition of General Purpose Artificial Intelligence Systems*, 2022;
Gabriel Hallevy, *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities – from Science Fiction to Legal Social Control*, Akron Intellectual Property Journal: Vol. 4, 2010;
Giuseppe Francesco Italiano, *Intelligenza artificiale: passato, presente, futuro*, in Francesco Pizzetti (editor), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, 2018;
William Samuel Isaac, *Hope, Hype, and Fear: The Promise and Potential Pitfalls of Artificial Intelligence in Criminal Justice*, in Ohio St. J. Crim. L., 2018;
Jerry Kaplan, *Intelligenza artificiale. Guida al futuro prossimo*, Luiss University Press, II ed., 2018;
Thomas King, Nikita Aggrwal, Mmariarosaria Taddeo, Lorenzo Floridi, *Artificial Intelligence Crime: An Interdisciplinary Analysis of Foreseeable Threats and Solutions, in Science and engineering ethics*, 2019;
Joost Kok, Egbert Boers, Walter Kosters, Peter van der Putten, Mannes Poel, *Artificial Intelligence: Definition, Trends, Techniques and Cases, in Knowledge for sustainable development: an insight into the Encyclopedia of life support systems*, 2002;
Vittorio Manes, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in Discrimen, 2020;
Giorgio Marinucci, *Non c'e dolo senza colpa. Morte dell' "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1991;
Kemi Ogunnoiki, *A Critique of Gabriel Hallevy 's Models of Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities*, in International Journal of Comparative Law and Legal Philosophy 4 (3), 2022;
Narayana Prasad Padhy, *Artifical intelligence and intelligent systems*, in *Oxford University Press,* 2005;
Carlo Piparo, *Machina delinquere potest? A modern criminalization challenge due to lack of text,* in Text, context, and subtext in law, 2023;
Paolo. Piras, *Svanisce il concorso colposo nel reato doloso*, in Dir. pen. cont., 3, 2019;
Mario Romano, Giovanni Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, 3rd ed., II, 2005;
Roger Carl Schank, *What's IA, Anyway?*, in *IA Magazine*, 8(4), 1987;
Haroon Sheikh, Corien Prins, Erik Schrijvers: *Definition and Background, i*n Mission AI. Research for Policy. Springer, 2023;
Silvio Riondato, *Robot: talune implicazioni di diritto penale*, in Paolo Moro, Claudio Sarra (edited by), *Tecnodiritto. Temi e problemi di informatica e robotica giuridica*, Milano, 2017;
Stuart Russel, Peter Norvig, *Artificial Intelligence: A Modern Approach, Prentice Hall*, 3rd edition, 2009;
Federico Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 2003.

Карло Пипаро
Универзитет у Удинама
carlopiparo@gmail.com
ORCID ID: 0009-0009-7965-0770

Модели кривичне одговорности кривичног учешћа у дигиталном окружењу – перспектива савремених изазова у италијанском конституционализму

***Сажетак**: Убрзан напредак и распрострањено имплемнтирање Информационо-комуникационе технологије (ИТТ) увели су нас у свеобухватну друштвену и правну трансформацију. Од многих револуционарних напредака, вештачка интелигенција искристалисала се као кључна сила, прожимајући скоро свако гледиште свакодневног живота. Од царства трговине и индустрије до здравствене заштите, транспорта, забаве, технологија вештачке интелигенције постала је неопходно средство обликовања начина на који комуницирамо, радимо и крећемо се у свету око нас. Са њеним чудесним могућностима и све ширим домашајем, вештачка интелигенција остаје као завештање човечанској немилосрдној тежњи за иновацијама и безграничном потенцијалу од технологије до револуционарне друштвене заједнице. Док обављају све поверене задатке за које су програмирани, системи вештачке интелигенције могу предузимати радње, које могу резултирати у злочине почињене од стране људи. Али злочини прате резерве права, стога може бити тешко инкриминисати такве злочине због недостака писаног права. Ипак, у савременим правним системима не захтева се да структура злочина буде само извршење типичних чињеница, већ и одлучност да се то учини.*

У овом сценарију, будући да је вештачка интелигенција не-људски ентитет, кривичну одговорност је нарочито тешко дефинисати. Ово је углавном тачно због посебне природе окружења у којем машина живи: дигитално окружење је направљено од дигиталне стварности, а многи њени актери (на пример алгоритми, протоколи и програми) нису чак ни људи и могу само да постоје у тој стварности. То значи да у овом окружењу машине могу да делују, одређују се и евентуално врше злочине са или без људског корисника.

Овај сценарио чини неопходним да се анализирају злочини вештачке интелигенције у светлу уобичајених, користећи уобичајену правну дисциплину. Ова анализа омогућава корисницима (адвокатима, судијама и научницима) да користе три традиционална модела одговорности: „извршење-преко другог", „природна вероватна последица" и „директна одговорност". Преко ових модела корисници могу да процене да ли је машина починила кривично дело.

Ипак, три горе поменута модела одговорности отварају врата потпуно савременом сценарију: конкурентност човека и машине (подударност између човека и алгоритма вештачке интелигенције). У ствари, ако дефинисање одговорности машине долази са изазовима, још је компликованије прилагодити савременим уставима подударност између живог и дигиталног. У ствари, потребно је проценити да ли машина може да чини злочине (или је то само инструмент), утврдити како се машина може слагати са човеком и колика је одговорност на њу. Овим радом се желе анализирати карактеристике вештачке интелигенције, разрадити три могућа модела одговорности вештачке интелигенције и, на крају, дефинсати злочиначко учешће човек-машина кроз сочива италијанског права.

***Кључне речи**: одговорност, злочиначка намера, партиципација, програмер, алгоритам, кривично право.*

Датум пријема рада: 20.10.2023.
Датум пријема коначне верзије рада: 29.12.2023.
Датум прихватања рада: 3.1.2024.

СПИСАК РЕЦЕНЗЕНАТА У ЗБОРНИКУ РАДОВА, ГОД. LVII (2023)

Проф. др Андреја Катанчевић
Проф. др Анђелија Тасић
Проф. др Anikó Szalai
Проф. др Атила Дудаш
Проф. др Бојан Милисављевић
Проф. др Бојан Пајтић
Проф. др Бојан Тубић
Проф. др Бранислав Ристивојевић
Проф. др Вања Бајовић
Проф. др Вељко Турањанин
Проф. др Весна Симовић Звицер
Проф. др Владимир Павић
Проф. др Вук Радовић
Проф. др Вук Цуцић
Проф. др Гордана Ковачек Станић
Проф. др Далибор Ђукић
Проф. др Дарко Симовић
Проф. др Дејан Вучетић
Проф. др Дејан Матић
Проф. др Драган Благић
Проф. др Драган Милков
Проф. др Драгана Чворовић
Проф. др Драгиша Дракић
Проф. др Драго Дивљак
Проф. др Драгутин Аврамовић
Проф. др Душан Николић
Проф. др Здравко Грујић
Проф. др Зоран Кековић
Проф. др Зоран Лончар
Проф. др Зоран Јовановић
Проф. др Иван Илић
Проф. др Ирена Пејић
Проф. др Јелена Видић
Проф. др Laszlo Heka
Проф. др Љубинка Ковачевић
Проф. др Љубомир Стајић
Проф. др Маја Костић Мандић
Проф. др Маја Настић
Проф. др Маја Станивуковић
Проф. др Марко Кнежевић
Проф. др Маша Кулаузов
Проф. др Милан Пилиповић
Проф. др Милан Шкулић
Проф. др Миомира Костић
Проф. др Мирјана Радовић
Проф. др Мирослав Лазић
Проф. др Михаило Цветковић
Проф. др Небојша Раичевић
Проф. др Невена Петрушић
Проф. др Нина Кршљанин
Проф. др Новак Крстић
Проф. др Noémi Suri
Проф. др Nóra Béres
Проф. др Огњен Вујовић
Проф. др Петар Ђундић
Проф. др Предраг Димитријевић
Проф. др Предраг Цветковић
Проф. др Раденка Цветић
Проф. др Радован Вукадиновић
Проф. др Радомир Зекавица
Проф. др Ранко Кеча (у пензији)
Проф. др Самир Аличић
Проф. др Сандра Фишер Шобот
Проф. др Сања Ђајић
Проф. др Сања Марјановић
Проф. др Сања Савчић
Проф. др Саша Мијалковић
Проф. др Саша Кнежевић
Проф. др Сенад Ганић
Проф. др Сенад Јашаревић
Проф. др Сима Аврамовић (у пензији)
Проф. др Слободан Орловић
Проф. др Слободанка Перић
Проф. др Снежана Бркић
Проф. др Срђан Ђорђевић
Проф. др Сретен Југовић
Проф. др Стефан Самарџић
Проф. др Стефан Шокињов
Проф. др Страхиња Миљковић
Проф. др Сузана Димић
Проф. др Татјана Јованић
Доц. др Ајна Јодановић
Доц. др Александар Антић
Доц. др Биљана Гавриловић Грбовић
Доц. др Драган Дакић
Доц. др Драгана Ђорић

Доц. др Зоран Вуковић
Доц. др Иван Ђокић
Доц. др Иван Милић
Доц. др Ивана Марковић
Доц. др Милан Милутин
Доц. др Милана Писарић
Доц. др Наташа Рајић
Доц. др Ненад Радивојевић
Доц. др Растко Јовић
Доц. др Урош Станковић
Др Владан Мирковић
Др Дарко Божичић
Др Душица Семенченко
Др Илија Јованов
Др Јелена Вукадиновић Марковић
Др Николина Мишчевић
Др Сандра Самарџић
Др Слобода Мидоровић

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