

Правни факултет
Универзитета у Нишу

**ТЕМАТСКИ ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

„Одговорност у правном и друштвеном контексту”

Ниш, 2021.

**ТЕМАТСКИ ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

„Одговорност у правном и друштвеном контексту”

Издавач

Правни факултет Универзитета у Нишу

За издавача

Проф. др Горан Обрадовић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Горан Обрадовић

Рецензенти

Проф. др Мирослав Лазивић, редовни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

Проф. др Срђан Голубовић, редовни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

Проф. др Небојша Раичевић, редовни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

Технички уредник

Владимир Благојевић

Превод резимеа

Гордана Игњатовић

Штампа

Медивест Ниш

Тираж

100

ISBN 978-86-7148-289-9

Зборник радова је настао као резултат истраживања на пројекту „Одговорност у правном и друштвеном контексту”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2021-2025. године.

САДРЖАЈ

Реч уредника	5
Др Мирослав Лазић, РЕАЛИЗАЦИЈА ПРАВА НАМИРЕЊА КОД ЗАЛОГЕ НА ПОКРЕТНИМ СТВАРИМА И ПРАВИМА	7
Др Драган Јовашевић, ПРИНЦИП СРАЗМЕРНОСТИ ПРИ ОДМЕРАВАЊУ КАЗНЕ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СРБИЈЕ	23
Др Миомира Костић, FAMILY SOLIDARITY IN SERBIA (SPECIAL REVIEW ON PANDEMIC CONDITIONS)	47
Др Зоран Радивојевић Др Небојша Раичевић, ПРИВРЕМЕНЕ МЕРЕ ПРЕД СУДОМ ПРАВДЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ: СЛУЧАЈ ЧЕШКА ПРОТИВ ПОЉСКЕ	67
Др Срђан Голубовић Др Марко Димитријевић, МОНЕТАРНА ИНТЕГРАЦИЈА „НОВИХ“ ДРЖАВА ЧЛАНИЦА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ.....	87
Др Предраг Цветковић, ALGORITHM AS THE FUNCTION OF LAW: BASIC TAXONOMY	103
Др Видоје Спасић, ДИРЕКТИВА ЕУ (ЕВРОПСКОГ ПАРЛАМЕНТА И ВЕЋА) О АУТОРСКОМ И СРОДНИМ ПРАВИМА НА ЈЕДИНСТВЕНОМ ДИГИТАЛНОМ ТРЖИШТУ	117
Др Дејан Јанићијевић, УЛОГА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА У ПРИЗНАВАЊУ ИСТОПОЛНИХ ЗАЈЕДНИЦА.....	137
Др Славиша Ковачевић, ТЕОРИЈА ПОЛИТИЧКЕ ОДГОВОРНОСТИ У ТРАНЗИЦИЈИ	153
Др Марија Драгићевић, ИНСТИТУЦИОНАЛНИ ОБЛИЦИ ПАРТИЦИПАЦИЈЕ ЗАПОСЛЕНИХ У ОДЛУЧИВАЊУ - САВЕТ ЗАПОСЛЕНИХ.....	167

РЕЧ УРЕДНИКА

Поштовани читаоци и аутори,

Пред нама је Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу који представља резултат истраживања на интерном пројекту „**Одговорност у правном и друштвеном контексту**” који се реализује на Правном факултету у Нишу за период 2021-2025. година. Тематски Зборник радова који је пред нама садржи десет ауторских и коауторских радова наставника и сарадника Правног факултета у Нишу који су ангажовани као истраживачи у раду научноистраживачке организације. Радови у Зборнику су из различитих области права: грађанског, кривичног, међународног јавног, као и монетарног, радног, међународног трговинског, ауторског и теорије државе и права. Њихова практична применљивост и висок степен научне изврности пружа значајан допринос правним наукама. У наредном периоду настојаћемо да задржимо досадашњи ниво радова, као и да истовремено повећамо њихов број.

Посебну захвалност дугујемо рецензентима: проф. др Мирославу Лазићу, проф. др Срђану Голубовићу и проф. др Небојши Раичевићу који су својим академским залагањем умногоме допринели квалитету овог Зборника.

Ниш, март 2022. године

Главни и одговорни уредник

Проф. др Горан Обрадовић

РЕАЛИЗАЦИЈА ПРАВА НАМИРЕЊА КОД ЗАЛОГЕ НА ПОКРЕТНИМ СТВАРИМА И ПРАВИМА²

Апстракт: Регистрована залога је бездржавинаско средство обезбеђења потраживања на покретним стварима и правима. Заложно право на покретним стварима и правима настаје уписом залогe и предмета залогe у Регистар као јединствену електронску базу података која је доступна свим лицима без обзира на место и територију на којој приступају Регистру. Уписом у Регистар, заложни поверилац стиче условно право намирења продајом предмета залогe уколико дужник не испуни дуг. Ова материја је регулисана Законом о заложном праву на покретним стварима и правима уписаним у регистар. Изменама Закона омогућена је сигурнија и ефикаснија реализација права намирења које обухвата могућност судског и вансудског намирења. Када се ради о залагању ствари, постоји фаза продаје предмета залогe и фаза наплате потраживања код залогe на покретним стварима, као и код заложеног потраживања која немају новчане престаацију већ предају неке ствари. Изменама закона је реализација продаје учењена ефикаснијом и почиње објављивањем обавештења о покретању поступка у Агенцији за привредне регистре и забалежбом, а не пријемом обавештења од стране залогодавца.

Кључне речи: бездржавинска залога, право намирења, судска продаја, вансудска продаја.

¹ e-mail: lazic@prafak.ni.ac.rs

² Рад је резултат истраживања на пројекту „Одговорност у правном и друштвеном контексту”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2021-2025. године.

1. Увод

Бездржавинска³ залога је заложно право на покретним стварима које се заснива уписом у посебно установљен јавни регистар који се води при Агенцији за привредне регистре (у даљем тексту: Регистар и АПР). Упис у јавни регистар омогућава да заложном дужнику остане у државини и право коришћења, као и право располагања⁴ предметом заложног права. За дужника то омогућава наставак коришћења заложене ствари и/или наставак привредне активности, ради лакше отплате дуга.⁵ Регулисана је Законом о заложном праву на покретним стварима и правима уписаним у регистар (у даљем тексту: Закон или ЗЗП)⁶, који се примењује од 2005. Значајнија измена закона је извршена 2019 године⁷, па и у делу који се тиче реализације права намирења како у фази продаје, тако и у фази наплате потраживања.

Развојем компјутерске технологије, настаје могућност установљавања општег регистра и уписа већине покретних ствари које се могу индивидуализирати (препознатљиво означити), што значајно проширује кредитну способност корисника кредита. Регистарском залогом, као и уопште реалним средствима осигурања потраживања, повериоцима се додатно гарантује принудна наплата потраживања из вредности заложене ствари. Зато предмет залогa мора имати не само одговарајућу вредност, већ и бити погодан за принудну продају у случају доцње дужника.

Бездржавински карактер залогa на покретним стварима и правима, односно настанак путем уписа, је њена главна предност у односу на ручну

³ Бројни су називи за залогa на покретним стварима и правима која настаје уписом у посебан јавни регистар - регистарска или регистрована залога, покретна хипотека, бездржавинска залога и др..

⁴ Негативна последица регистра покретних ствари је што се успорава и отежава (потреба провере у регистру и смањени број заинтересованих купаца) правни промет заложених покретних ствари, иако није искључен.

⁵ V, Karl Simitis, Das besitzlose Pfandrecht, «Archiv für die civilistische Praxis», Berlin-Minhen, 2/1971, str. 101, 128, 141.

⁶ *Сл. гласник РС*, бр. 57/2003, 61/2005, 64/2006-испр., 99/2011 . др. закони и 31/2019. „Овим законом уређује се залога, без предаје у државину, покретних ствари и права ради обезбеђења потраживања повериоца, уговор о залози, права и обавезе уговорних страна, упис заложног права у регистар, намирење заложног повериоца и престанак заложног права. Покретне ствари и права залажу се уписом заложног права у регистар који се установљава у складу са овим законом” (чл. 1 ст. 1 и 2 Закона).

⁷ Закон о изменама и допунама Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, “Сл. гласник РС”, бр. 31/2019, Paragraf Lex, http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2019/308-19.pdf

залогу регулисану Законом о облигационим односима (300⁸). Значај публицитета јавног регистра пружа низ погодности и повериоцу и дужнику.⁹ Позитивни ефекти за дужника су што, као држалац и корисник предмета залог, може да настави са употребом, убирањем плодова, па и могућношћу да располаже предметом залог заједно са заложним теретом. Али, и заложни поверилац има позитивне ефекте - намирење је постало ефикасније, јер је омогућена поред судске и вансудске продаја, а изводу из Регистра је признато својство извршне исправе, лишен је терета државине и обавезе чувања заложене ствари итд. Крајњи ефекат је повећање кредитног потенцијала дужника коришћењем имовинске вредности покретних ствари и права, и бољи пласман вишка новца за повериоца, што је скупа оживело кредитни систем као покретачку полугу развоја друштва¹⁰.

Ипак, четрнаестогодишња пракса примене Закона, показала је потребу за изменама одређених одредби закона како би се отклонили уочени проблеми у поступку настанка, рангирања и реализације залог.¹¹ Томе су допринели и захтеви Светске банке из *Doing Business* liste¹², у оквиру области *Getting Credit* (добивање кредита)¹³.

Измена Закона је извршена 2019 године¹⁴. Године. У овом раду ћемо указати на новине у измењеном закону, а посебно у погледу реализације права намирења из предмета бездржавинске залог.

⁸ „Сл. лист СФРЈ”, бр. 29/78, 39/85, 45/89; „Сл. лист СРЈ”, бр. 31/93, „Сл. лист СЦГ” – Уставна повеља и „Сл. гласник РС”, бр. 18/2020.

⁹ В, Мирослав Лазић, Правни аспекти уписа залог на покретним стварима и правима у Регистар залог, Тематски Зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш. 2021, стр. 32 и надаље.

¹⁰ Према подацима из АПР-а, у Србији на годишњем нивоу има уписаних бездржавинских залог и до 180.000, као броју који означава разлику између уписаних и обрисаних заложних права на крају године, а број обрађених регистрационих пријава је вишеструко већи. В.: <https://www.apr.gov.rs/> и <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/260620/260620-vest4.html>

¹¹ Разлози доношења Закона о измени..., видети [www.mpravde.gov.rs/files/ObrazlozenjeNarctaZakona o izmenama i dopunama Zakona o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar \(10\).docx](http://www.mpravde.gov.rs/files/ObrazlozenjeNarctaZakona%20o%20izmenama%20i%20dopunama%20zakona%20o%20zaloznom%20pravu%20na%20pokretnim%20stvarima%20upisanim%20u%20registar%20(10).docx)

¹² Видети, <https://www.doingbusiness.org/en/rankings>

¹³ Видети Извештај о спроведеној Анализи ефеката Закона о изменама и допунама Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, <http://vs3836.cloudhosting.rs/misljenja/1520/ana/AEP%20-%20ZOZPNPS.pdf>

¹⁴ Закон о изменама и допунама Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, “Сл. гласник РС”, бр. 31/2019, Paragraf Lex, http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2019/308-19.pdf

2. Права заложног повериоца

С обзиром да су овлашћења заложног повериоца везана за предмет и сврху залогe, најпре ћемо указати на предмет, који је проширен изменама ЗЗП.

Предмет бездржавинске залогe могу бити:

а) Све покретене ствари које су у правном промету, начелно, могу бити предмет бездржавинског залагања. С обзиром да је сврха залогe принудна наплата потраживања продајом предмета залогe, предмет залагања не могу бити ствари које се не могу продати или су изузете из принудног извршења (чл. 55 о чл. 218 Закона о извршењу и обезбеђењу¹⁵). Ствар може бити предмет залогe као целина или сувласнички удео покретних ствари или збира покретних ствари (чл. 12 Закона). Предмет регистроване залогe могу бити:

- индивидуално одређене покретне ствари;
- генеричке ствари које су индивидуализоване, тј. учињене препознатљивим у односу на свој род – бројем, знаком или другим начином на који се могу разликовати од других ствари исте врсте;
- услед делимичног одступања од начела специјалности, и збир покретних ствари на одређеном месту, укључујући инвентар ствари, сировине и материјале који се користе за обављање делатности, може бити предмет залагања. Залогa на збиру ствари се простире и на накнадна увећања збира ствари другим покретним стварима у својини залогодавца – екстензивност залогe. Новина за омогућавање залагања збира ствари је уведена последњом изменом закона, Службени гласник РС, број 31/2019);

б) Сва преносива права потраживања залогодавца и друга имовинска права којима се може слободно располагати, како у целини, тако и њихов удео, а која се у складу са уговорима из којих настају уплаћују на посебном

¹⁵ „Сл. гласник РС”, бр. 106/2015, 106/2016 – аутентично тумачење, 113/2017 – аутентично тумачење и 54/2019. По чл. 218 не могу бити предмет извршења: 1) одећа, обућа и други предмети за личну употребу, постељне ствари, посуђе, део намештаја који је неопходан извршном дужнику и члановима његовог домаћинства, шпорет, фрижидер и пећ за грејање; 2) храна и огрев који су извршном дужнику и члановима његовог домаћинства потребни за три месеца; 3) готов новац извршног дужника који има стална месечна примања до месечног износа који је законом изузет од извршења, сразмерно времену до наредног примања; 4) ордење, медаље, ратне споменице и друга одликовања и признања, лична писма, рукописи и други лични списи и породичне фотографије извршног дужника; 5) помагала која су особи са инвалидитетом или другом лицу с телесним недостацима неопходна за обављање животних функција; 6) кућни љубимац.

банковном рачуну који је на основу уговора о залози уписан у Регистар (чл. 9 Закона). Заложити се може и право потраживања које има заложни дужник према заложном повериоцу као дужнику (чл. 10 Закона). Заложно право на потраживању стиче се уписом у Регистар залогe, без обзира на то да ли је дужник раније обавештен о залагању.

Закон допушта и залагање других права, која су подобна за наплату. Нпр. могу се заложити права интелектуалне својине, а залога на тим правима уписује се у регистар завода надлежног за конкретну врсту интелектуалне својине, и то: регистар жигова, регистар патената, регистар малих патената, регистар модела, регистар узорака, регистар географских ознака порекла и регистар топографија.

ц) Предмет залагања могу бити и будуће ствари или права. Заложно право на њима настаје када се стекне својина или право потраживања, односно друго право (чл. 13 Закона). У Регистар залогe уписује се и заложно право на будућој ствари.

Чланом 14 Закона је предвиђено да се ЗЗП не односи на залогу бродова и ваздухоплова, и на залогу хартија од вредности, за које је установљен регистар према посебним прописима у који се уписују права трећих лица на хартијама од вредности.

Регистарском залогом се може обезбедити новчано потраживање изражено у домаћој или страниј валути, али и будуће или условно потраживање¹⁶, у ком случају морају бити прецизирани услов или време када ће они настати. Пошто је сврха залогe наплата тог потраживања из вредности заложене ствари, то опредељује и основна овлашћења која се признају заложном повериоцу, а свакако и обавезе заложног дужника.

Заложни поверилац има, аналогно хипотекарном повериоцу, као основна овлашћења из садржине залогe - право намирeња, право првенства и право следовања. Заложном повериоцу није признато право на превремено намирeње у случају смањења вредности заложене ствари као хипотекарном повериоцу, а евентуални проблем је решен обавезом залогодавца да ако повреди неку обавезу, а посебно обавезу на сарадњу у фази намирeња, односно обавезу предузимања радњи које су неопходне да би заложни поверилац могао да намири своје потраживање, дужан је да накнади штету коју претрпи заложни поверилац (чл. 41 Закона).

Право намирeња потраживања из вредности остварене продајом заложене покретне ствари је основно (примарно) овлашћење заложног пове-

¹⁶ Опширније, Ненад Тешић, Регистрована залога, „Сл. гласник“, Београд, 2007, стр. 44.

риоца.¹⁷ Међутим, ово право је најпре латентно, и реално настаје тек ако дужник не измири своју обавезу након доспелости потраживања. Према томе, претпоставке права намирења су доспелост потраживања и доцња дужника, као и код осталих облика заложног права. Функција Регистра и поступка извршења је да се спречи осујећење намирења или знатно успоравање реализације намирења повериоца из залогe, али и да се заштити положај залогодавца. Дужник или залогодавац може спречити продају тако што ће пуноважно испунити дуг најкасније до продаје предмета заложног права.¹⁸

Право намирења има заложни поверилац уписан у Регистар залогe или лице које је он овластио, а које је уписано у Регистар залогe као овлашћени заложни поверилац. Овлашћено лице има сва права заложног повериоца, осим права одрицања од залогe, за шта је потребно посебно овлашћење (чл. 16 Закона након измена из 2019 године).

Право намирења заложног повериоца, што је посебно видљиво код залогe на покретној ствари која преовлађује у пракси, одвија се кроз две фазе: а) продају предмета залогe¹⁹ и б) наплату потраживања обезбеђеног залогом.

У фази продаје предмета залогe, правни положај заложног повериоца зависи од тога да ли је залогодавац привредни субјект (предузеће, привредно друштво, ималац радње и друго физичко лице које професионално - у виду занимања обавља привредну делатност) или физичко лице (чл. 27 Закона).

Ако је залогодавац привредни субјект²⁰, као лице које се професионално бави привредном делатношћу, уговором о залози, још приликом конституисања залогe, може се установити право повериоца да предмет залогe који има тржишну или берзанску цену, прода непосредном погодбом или задржи за себе по тој цени. Чак и у случају да заложена ствар нема тржишну цену, заложни поверилац који је привредни субјект је може непосредно продати на “начин како би то учинио разуман и пажљив човек, чувајући интересе дужника и залогодавца, кад то нису иста лица” (чл. 27 ст. 5 Закона). Овим је повећана ефикасност реализације продаје пред-

¹⁷ Тако: Fritz Bauer, Lehrbuch des Sachenrechts, MÜ

¹⁸ В. чл. 44 Закона.

¹⁹ Свакако, ако је предмет залогe потраживање, онда се прва фаза своди на исплату потраживања које је новчано или предају предмета обавезе заложном повериоцу (евентуално органу који спроводи реализацију залогe), како би могло да се приступи фази продаје (по потреби) или фази наплате по одређеном редоследу.

²⁰ По закону, својство привредног субјекта има привредно друштво, предузетник и друго физичко лице које у виду занимања обавља привредну делатност. Ово право важи и за друга правна лица приватног или јавног права (чл. 27 ст. 3).

мета залогe у ситуацијама када је залогодавац – професионалцу, потребна мања заштита.

Међутим, уколико је залогодавац физичко лице, уговором о залози не може се предвидети да ће предмет заложног права прећи у својину заложног повериоца (забрана *lex commisorio*), нити да заложни поверилац може ствар задржати у својину по унапред одређеној цени (забрана марцијанске клазуле). Овакав споразум уговорних страна је могућ тек након доспелости потраживања, уз обавезу уплате залогодавцу разлике до износа вредности ствари заложног дужника (чл. 28). У случају спровођења вансудске продаје путем јавног надметања, Закон предвиђа изузетак када је залогодавац физичко лице које уговор о залози закључује изван оквира привредне делатности. У том случају, заложни поверилац може приступити продаји предмета залогe путем јавног надметања само ако су се залогодавац и заложни поверилац споразумели о томе по доспелости потраживања заложног повериоца. Законодавац је предвидео наведени изузетак и када је реч о вансудској продаји предмета залогe по тржишној или берзанској цени. Законодавац на овај начин пружа заштиту физичким лицима која се налазе у својству залогодавца и на тај начин исказује своју наклоност ка примени начела официјалности у случају када је залогодавац физичко лице. Физичка лица као залогодавци се налазе у положају неравноправних преговарача и спремна су да пристану на све услове које им заложни поверилац нуди приликом закључења уговора о залози, односно приликом настанка кредитног односа.

Законодавац је предвидео више начина реализације права продаје заложене покретне ствари, имајући у виду да је то суштински проблем ове залогe и да у овој фази треба повећати ефикасност реализације права намирења. Као могући начини намирења су предвиђени: судска продаја предмета залогe, вансудска продаја, вансудска јавна продаја путем надметања, и продаја по тржишној или берзанској цени. Право продаје се реализује без обзира у чијој се својини и државини покретна ствар налази у моменту реализације залогe (право следовања).

Залогодавац, било да је то дужник или треће лице које пружа обезбеђење за туђи дуг, је власник предмета залагања или ималац потраживања којим може слободно располагати. Он и након залагања ствари задржава своја овлашћења, уз одређене обавезе које стиче ради заштите заложног повериоца. Широка могућност располагања заложеном ствари условљава и одређене обавезе залогодавца, установљене ради очувања вредности предмета залогe. Основне обавезе залогодавца су: обавеза чувања и одржавања предмета заложног права, обавеза осигурања предмета залогe и

обавеза сарадње у фази намирења. Тако, залогодавац задржава право на државину, право на употребу у складу са досадашњом наменом ствари, као и право прибирања плодова ако није пренето на заложног повериоца (чл. 21 Закона). Овом решењу је противуречна одредба чл. 26 која допушта да се „уговором о залози може ограничити употреба предмета заложног права и одредити начин на који залогодавац може убудуће да га употребљава. Уговором о залози могу се искључити одређени начини употребе предмета заложног права”. Сматрамо да је одржавање намене ствари било сасвим довољно ограничења за залогодавца, а да ове могућности, аналогно решењима код хипотеке, није требало пружити заложном повериоцу.

Такође, начин вршења ових права је ограничен обавезом поступања по стандарду „добар домаћин” за физичка лица, односно „добар привредник” за правна лица (чл. 18 Закона). Оваква поступања су обавезна ограничења за власника, што пре залагања ствари није морао да чини, већ је такво понашање било ствар његовог избора и целисходности. Такође, обавезан је да одржава предмет заложног права у исправном стању и врши потребне поправке на њему. Обавезу осигурања предмета залогe од уобичајених ризика постоји само ако је предвиђена уговором о залагању (чл. 19 Закона). Залогодавац, по закону, губи право на државину моментом када западне у доцњу, што је и моменат стицања реалног права намирења (чл. 20).

Поред ових могућих ограничења, по закону, право располагања преносом својине (чл. 24) или давањем заложене ствари у закуп (чл. 22), може бити искључено уговором о залози. Сматрамо да ни ова законска могућност ограничење није требало да постоји, с обзиром да терет залогe важи и за новог власника заложене ствари, односно да заложни поверилац има право намирења према сваком трећем лицу. Такође, законом је предвиђено да „залогодавац и нови власник предмета заложног права солидарно одговарају заложном повериоцу за штету која може настати због њиховог пропуста да у Регистар залогe упишу заложно право на терет новог власника” (чл. 23 ст. 4). Потпуно непотребно је одредбом чл. 25 створена могућност да се уговором о залози искључи право на поновно залагање предмета залогe, иако првенствени ранг сасвим довољно штити претходног заложног повериоца. Залогодавац има право вишеструког залагања исте ствари, и то право треба да зависи од вредности заложене ствари итд., а не од воље претходног заложног повериоца.

Према томе, анализом ових одредби смо указали да је законодавац, потпуно непотребно и противно сврси и циљу заложног права, увео могућност неких ограничења садржине својине и других права која су постојала на предмету залогe до момента залагања. То спутава развој овог бездржавин-

ског заложног права и непотребно отежава положај заложног дужника у односу на положај заложног дужника код хипотеке.

У наставку рада ћемо анализирати могуће начине реализације право намирења у фази продаје.

3. Реализација права намирења код бездржавинске залогe

Када се стекну услови за реализацију права намирења из залогe, заложни поверилац, по закону, стиче најпре право на државину и заложни дужник или треће лице код кога се ствар налази је дужно да му ствар преда у државину. Изменама закона из 2019 године, појачан је положај заложног повериоца у погледу реализације права на државину (право следовања). Заложни поверилац, у случају да му дужник добровољно не преда ствар у државину, може од суда захтевати доношење решења о предаји ствари у државину без обзира да ли се ствар налази код залогодавца или трећег лица (право следовања). За остварење захтева потребно је поднети оверени извод из Регистра, који има карактер извршне исправе.

Закон даје могућност повериоцу да се определи за вансудско намирење или намирење преко суда. Из формулације одредаба које уређују поступак намирења је јасно да примена одредаба члана 41 Закона има смисла само у ситуацији када у поступку вансудског намирења залогодавац одбија да испуни законом прописану обавезу предаје предмета залогe заложном повериоцу. У том случају, заложни поверилац може од суда да тражи одузимање предмета залогe, након чега би, у складу са одредбама о вансудском намирењу, могао да приступи продаји или предмет да задржи за себе, ако је та могућност уговорена. У случају да се определи за судско намирење, извршење се спроводи у складу са Законом о извршењу и обезбеђењу, који изводу из Регистра такође признаје својство извршне исправе, а у складу са поднетим предлогом за извршење, пописом, проценом, продајом и намирењем повериоца из продајне цене.

Законом је посебно регулисана ситуација када се ради о предмету залогe који због своје природе није подобан за пренос у државину. То могу бити ствари, али и права, као што је на пример удео у привредном друштву. Ако је предмет залогe неподобан за пренос у државину, или ако је то у интересу заложног повериоца, на његов предлог суд може одредити администратора, односно лице које ће се старати о предмету залогe до тренутка намирења заложног повериоца.²¹

²¹Чл. 209, ст. 1. Закона о извршењу и обезбеђењу (Службени гласник РС, бр. 31/2011, 99/2011-др. закон и 109/2013-одлука УС, 55/2014, 139/2014).

Забрана правног располагања за залогодавца наступа од дана објављивања обавештења о покретању поступка намирења, осим уз дозволу заложног повериоца. „Ако залогодавац продаје предмет заложног права у оквиру своје редовне делатности забрана отуђења не производи правно дејство према савесном прибавиоцу и он стиче право својине без терета” (чл. 42 ст. 1 и 2 Закона).

Залогодавац, као и дужник када нису иста лица, је дужан да сарађује са заложним повериоцем у поступку намирења повериоцевог потраживања – предајом ствари или исправе о потраживању у државину²², пружањем потребних обавештења за спровођење намирења, трпљењем намирења и др. неопходне радње, под претњом санкције накнаде штете због несарадње (чл. 39). Након покретања поступка намирења, Регистар издаје заложном повериоцу Извод из Регистра залогe који се изједначава, у смислу овог закона, са извршном исправом. Суд о захтеву за предају заложене ствари одлучује по хитном поступку, у року од 3 дана, а и поступак одузимања предмета заложног права се спроводи у року од три дана од дана доношења решења и предаји заложном повериоцу или трећем лицу – администратору који ће се старати о предмету залогe.

Против решења о одузимању предмета заложног права од залогодавца или лица у чијој се државини предмет заложног права налази, залогодавац може, у року од три дана од дана пријема решења, уложити приговор да повериочево потраживање или заложно право не постоји, или да је дуг исплаћен, о чему мора поднети писмене доказе. На поступак за стицање државине на предмету заложног права примењује се закон којим се уређује извршни поступак, ако овим законом није друкчије одређено. Дужник и залогодавац могу испунити обавезу према заложном повериоцу у било које време пре продаје предмета залогe.

Најлибералнији начин реализације права намирења привредног субјекта је у случају ако је предмет залогe ствар са познатом тржишном или берзанском ценом, јер је дужнику тада потребна најмања заштита од опасности оштећења интереса у фази продаје ствари, па је допуштено уговором

³³ Н. Тешић, Обезбеђење на покретним стварима и потраживањима (Република Србија), Форум за грађанско право за југоисточну Европу, Цавтат, 2010, Књига 2, 239 и 240.

²² „Ако залогодавац добровољно не изврши своју обавезу предаје предмета заложног права заложном повериоцу, заложни поверилац може суду поднети захтев за доношење решења о одузимању предмета заложног права од залогодавца или лица у чијој се државини предмет заложног права налази и предаји тог предмета заложном повериоцу у државину” (чл. 41).

о залози предвидети да заложни поверилац има право да ствар прода по тој цени, или да га по тој цени задржи за себе.

Уколико се реализација права врши путем јавне продаје, заложни поверилац може своје потраживање намирити продајом предмета залогe путем судске или путем вансудске продаје. У случају да залогодавац у оквиру своје редовне делатности продаје предмет залогe, онда купац стиче право својине без терета на тој ствари (нпр. на ствари из робног лагера).

Судска продаја се покреће на захтев заложног повериоца и тада се примењују правила из поступка Закона о извршењу и обезбеђењу, односно јавне продаје. Спроводи се на тај начин што поверилац може захтевати од суда, након што је у Регистру залогe извршен упис почетка намирења, доношење одлуке о продаји предмета залогe путем јавне продаје или по текућој цени, уколико предмет има тржишну или берзанску цену. Уколико би трошкови јавне продаје били несразмерни у односу на вредност предмета залогe, суд може одлучити да заложни поверилац прода ствар по цени утврђеној проценом вештака или да, ако жели, стекне својину на предмету обезбеђења по тој цени.²³

Вансудска продаја је могућа само ако је приликом настанка бездржавинске залогe пуноважно уговорена уговором о залози, или накнадним споразумом заложног повериоца и залогодавца закљученим након доспелости потраживања. Извод из Регистра залогe са уписаном забележбом намирења даје овлашћење заложном повериоцу да у име и за рачун власника заложене ствари закључи уговор о продаји предмета заложног права у поступку вансудског намирења. Вансудска продаја предмета залогe може се спровести у року од 30 дана од уписа почетка намирења у Регистру залогe. Поступак вансудског намирења започиње достављањем обавештења заложног повериоца о намери да приступи реализацији заложног права Регистру залогe. Ово обавештење се истовремено доставља и заложном дужнику (реалном дужнику) и дужнику када они нису иста лица. Намирење започиње објављивањем овог обавештења и уписом забележбе намирења. Продаја предмета залогe је могућа протеком рока од 30 дана од ових радњи од стране Регистра, без обзира да ли је залогодавац добио обавештење.²⁴ Имајући у виду чињеницу да је Регистар залогe јавно доступна

²³ В. чл. 43 Закона.

²⁴ Раније законско решење је стварало проблем приликом реализације заложног права, јер почетак намирења доспелог потраживања се везивао за потврђену доставу писменог обавештења препорученим писмом дужнику и залогодавцу, као и трећем лицу код кога се заложена ствар налази на адресу уписану у Регистар залогe који су у пракси избегавали да то обавештење приме. Овакво несавесно поступање заложног дужника или држаоца заложене ствари, онемогућавало је заложног повериоца да

електронска база података и да се обавештавање о вансудској продаји врши у тренутку када је дужник упознат са чињеницом отпочињања намирења доспелог потраживања, предложена измена се чини целисходном и несумњиво је да ће поступак намирења учинити знатно ефикаснијим. Овакво решење је и у складу са предложеном изменом начина обавештавања залогодавца и дужника о отпочињању поступка намирења.

Овом изменом је спречено одлагање извршења, несавесним радњама залогодавца који одбија пријем обавештења. Ново решење ће смањити могућност оваквих злоупотреба, а поступак намирења, реализацијом заложног права, учинити знатно ефикаснијим. У циљу заштите права залогодавца и дужника, поверилац и даље има обавезу доставе обавештења, али се уводи рок од 30 дана, по чијем истеку би се, независно од тога да ли је обавештење уручено, поступак намирења сматрао започетим. Истовремено би се уписала и заблежба намирења као чињеница релевантна за правни промет и учинила јавно доступним, како повериоцима, тако и осталим заинтересованим лицима.

Вансудска продаја је, зависно како је предвиђено у уговору о залози, могућа вансудском јавном продајом путем надметања коју спроводи заложни поверилац или стручно лице коме је он повери²⁵ или продајом по тржишној или берзанској цени (накнадни споразум ако је залогодавац физичко лице) ако предмет залогe има тако одређену цену²⁶. Обавештење о месту и времену одржавања вансудске продаје објављује се на интернет страници Регистра залогe најмање 15 дана пре дана одржавања вансудске продаје (чл. 48 Закона).

у Регистру залогe исходује упис почетка поступка намирења. „Овакво понашање противно је начелима: савесности и поштења из члана 12, забране злоупотребе права из члана 13, забране проузроковања штете из члана 16, дужности испуњења обавеза из члана 17. и понашања у извршавању обавеза и остваривању права из члана 18. Закона о облигационим односима. Чланом 262. став 1. истог закона прописано је да је поверилац овлашћен да од дужника захтева испуњење обавезе, а да је дужник дужан да је испуни савесно, у свему како она гласи. Ради решавања наведених проблема, измењем је члан 36. став 2. Закона.

²⁵ В. чл. 46 Закона.

²⁶ По чл. 47 Закона „Тржишна цена је цена по којој се исте или сличне ствари редовно продају под уобичајеним околностима на месту и у време продаје предмета заложног права. Ако у месту и у време продаје предмета заложног права ствар нема тржишну цену, узима се у обзир цена на најближем тржишту. Берзанска цена је цена по којој се исте или сличне ствари продају на најближој берзи”. Ако предмет заложног права нема тржишну или берзанску цену, заложни поверилац га може продати на начин на који би то учинио разуман и пажљив човек, чувајући интересе дужника и залогодавца (чл. 47 ст. 5)

Законом је предвиђена заштита савесног прибавиоца. Ако је лице које је купило предмет заложног права на вансудској јавној продаји, или купило по тржишној или берзанској цени, или по цени по којој би га продао разуман и пажљив човек чувајући интересе дужника и залогодавца, а било је савесно, стиче право својине без терета. Право својине које је савесни купац стекао не може се оспоравати због евентуалних пропуста у поступку продаје заложене ствари.²⁷

Залогодавац може оспоравати право заложног повериоца да се намири вансудским путем, ако у року од 30 дана од уписа почетка намирења у Регистар залогe поднесе тужбу суду и доказе да повериочево потраживање или заложно право не постоји, да потраживање није доспело за наплату или да је дуг исплаћен. Подношење тужбе не спречава поступак намирења, изузев ако залогодавац поднесе јавну исправу или приватну исправу оверену на законом прописан начин која садржи доказ да повериочево потраживање или заложно право не постоји, да потраживање није доспело за наплату или да је дуг исплаћен (чл. 49 Закона). Поступак по наведеној тужби је хитан и суд је дужан да се руководи овим начелом приликом за-казивања рочишта и одређивања рокова за поступање.

Рокови за доношење решења о извршењу и спровођење поступка одузимања ствари су кратки и износе три дана, што указује на хитност поступања. Правни лек против решења о одузимању предмета је приговор који залогодавац може изјавити у року од три дана од дана пријема решења. Приговор се може изјавити уколико заложно право не постоји, уколико повериочево потраживање не постоји (чл. 41 ст. 1. Закона). Судска пракса је више пута потврдила да решење о покретању извршења Агенције за привредне регистре има карактер извшне исправе.²⁸ Законом о извршењу и обезбеђењу је предвиђено да је извод из регистра заложних права на покретним стварима извршна исправа, те се на основу извода из Регистра залогe може истовремено тражити предаја и намирење из предмета залогe.

Након продаје предмета залогe, приступа се фази наплате. У фази наплате потраживања из продајом остварене вредности, наплата се врши у складу са редом првенства. Међусобни редослед наплате између више заложних поверилаца се одређује према рангу заложних права, који се утврђује према времену (дан, час и минут) пријема захтева за упис заложног права (*prior tempore, potior iure*). Новина у закону је да је сада омогућено рангирање ове залогe и са потраживањем обичног (хирографеног) пове-

²⁷ В. чл. 50 ЗЗП.

²⁸ Решење Привредног апелационог суда, Иж. 2932/2010 од 21. 10. 2010. године – Судска пракса привредних судова – *Билтен* бр. 4/2010, Параграф Лех.80

риоца који нема заложно право. До сада је раније настала ручна залога преносом државине имала право првенства, а сада се рангира према моменту уписа.²⁹ Међутим, Закон није потпуно изједначио све врсте заложног права. Предвиђено је да нека законска заложна права – превозиоца, комисионара, отпремника и складиштара, али само ако су настала отпремом или превозом предмета залоге, имају првенство у односу на заложна права уписана у Регистар. Такође, привилеговано је и законско заложно право посленика за потраживања у вези са радом из уговора о делу (чл. 33). Међутим, изменама закона, привилегованост су изгубила потраживања по основу јавних прихода или других потраживања Републике Србије, аутономне покрајине и јединица локалне самоуправе (чл. 34).

Након измене Закона из 2019 године, заложни поверилац који је стекао заложно право предајом покретних ствари у државину (ручна залога) може имати у односу на заложног повериоца који на истој ствари има заложно право које је стечено уписом у Регистар залоге (бездржавинска, регистрована залога) првенствени ред у намирењу свог потраживања само ако је уписано у Регистар залоге. Ред првенства се одређује према времену (дан, час и минут) пријема захтева за упис заложног права у Регистар залоге. Такође, изменом члана 34 ЗЗП који прописује начин утврђивања реда првенства законског заложног права државе за потраживања по основу јавних прихода, тако што би се одређивање права приоритета државе, уместо за време уписа, везало за време пријема захтева за упис у Агенцији за привредне регистре. Овом изменом омогућен је исти третман државе и осталих поверилаца који су своје потраживање обезбедили регистрованим залогом, а које је прописано одредбама члана 30. Закона.

Резиме

Заложно право на покретним стварима и правима настаје уписом залоге и предмета залоге у Регистар као јединствену електронску базу података која је доступна свим лицима без обзира на место и територију на којој приступају Регистру. Уписом у Регистар, заложни поверилац стиче условно право намирења продајом предмета залоге уколико дужник не испуни дуг. Изменама Закона омогућена је сигрунија и ефикаснија реализација права намирења које обухвата могућност судског и вансудског намирења. Када се ради о залагању ствари, постоји фаза продаје предмета залоге и фаза наплате потраживања код залоге на покретним стварима, као и код

²⁹ „Ако заложно право које настаје предајом ствари у државину није уписано у Регистар залоге, оно не ужива првенство у односу на заложно право уписано у регистар” (чл. 31. измењеног Закона).

зложеног потраживања која немају новчане престацију већ предају неке ствари. Изменама закона је реализација продаје учењена ефикаснијом и почиње објављивањем обавештења о покретању поступка у Агенцији за привредне регистре и забалежбом, а не пријемом обавештења од стране залогодавца.

Miroslav Lazić, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

EXERCISING THE RIGHT TO SETTLEMENT IN PLEDGE ON MOVABLE ASSETS AND RIGHTS

Summary

A registered pledge is a non-possessory instrument for securing claims on movable property and rights. A pledge right on movable assets and rights is created by entering the pledge and the pledged asset in the Pledge Register, which is established as a single electronic database available to all persons irrespective of the place and territory where they access the Register. By entering the pledge in the Register, the pledge creditor acquires a conditional right to debt settlement by selling the pledged asset if the debtor (pledgor) fails to discharge the debt. In Serbia, this issue is regulated by the Act on Pledge on Movable Assets and Rights entered in the Pledge Register. The latest (2019) amendments to this Act provide for a safer and more efficient exercise of the right to settlement, which includes the possibility of pursuing settlement in judicial proceedings (foreclosure) and out-of-court settlement. Pledge proceedings include the stage of selling the pledged asset and the stage of collecting monetary claims arising from a pledge on movable assets as well as settling claims which do not entail monetary performance (praestacio) but actual delivery of some asset. The amendments contribute to a more efficient sale of pledged assets, which is set in motion by the publication of notice on initiating the sale procedure in the Business Registers Agency and by recording the sale in the register, and not upon the pledgor's receipt of the notice (which was the case thus far).

Keywords: *non-possessory (registered) pledge, right to settlement, judicial sale, out-of-court settlement*

ПРИНЦИП СРАЗМЕРНОСТИ ПРИ ОДМЕРАВАЊУ КАЗНЕ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СРБИЈЕ²

Апстракт: У циљу обезбеђења ефикасне и квалитетне заштите најзначајнијих друштвених добара и вредности, кривично право познаје више врста кривичних санкција. То су законом предвиђене мере друштвеног реаговања према учиниоцима кривичних дела које изриче суд у законито спроведеном поступку. Међу кривичним санкцијама се по свом значају, карактеру, природи и садржини нарочито издвајају казне. То су основне кривичне санкције које су у посебном делу кривичног законика предвиђене за највећи број кривичних дела самостално, кумулативно или алтернативно са другим кривичним санкцијама. Да би казне могле да остваре законом предвиђену сврху, а то је према члану 42. Кривичног законика Србије спречавање учиниоца да чини кривична дела и утицање на њега да убудуће не чини кривична дела, утицање на друге да не чине кривична дела и изражавање друштвене осуде за кривично дело, јачање морала и учвршћивање обавезе поштовања закона, у сваком конкретном случају учиниоцу кривичног дела који је оглашен кривим треба изрећи врсту и меру казне која одговара тежини учињеног дела и степену кривице његовог учиниоца. У том циљу Кривични законик предвиђа у члану 54. правила за одмеравање казне. Основни, редовни начин одмеравања казне који суд обавезно примењује у сваком конкретном случају јесте одмеравање казне путем олакшавајућих и отежавајућих околности о чијим теоријским и практичним аспектима говори и овај рад.

Кључне речи: кривично дело, одмеравање казне, олакшавајуће околности, отежавајуће околности, сврха казне.

¹ e-mail: jovas@prafak.ni.ac.rs

² Овај рад је резултат истраживања на пројекту који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу: „Одговорност у правном и друштвеном контексту” у периоду 2021-2025.године.

1. Увод

Најтежа врста деликата којима се повређују или угрожавају најзначајније друштвене вредности и друштвена добра у правном систему јесу кривична дела³. Она су у Републици Србији предвиђена у Кривичном закону (КЗ)⁴, али и у споредном кривичном законодавству. Од најстаријих времена историја бележи различите облике и видове испољавања кажњивих, забрањених и противправних понашања појединачно и група у разним сферама друштвеног живота. Сва та недозвољена, проскрибована и кажњива понашања могу се назвати једним збирним именом - криминалитет (лат. *crimen* - злочин) за чије су учиниоце прописане одређене врсте и мере кривичних санкција. Системом друштвених мера којима се покушало утицати на смањење, спречавање и сузбијање различитих кажњивих понашања тежило се остварењу гарантивне, заштитне функције кривичног законодавства уопште.

У циљу обезбеђења ефикасне, законите и квалитетне заштите најзначајнијих друштвених добара и вредности, кривично право познаје више врста кривичних санкција. То су законом предвиђене мере друштвеног реаговања према учиниоцима кривичних дела које изриче суд у законито спроведеном поступку. Међу кривичним санкцијама се по свом значају, карактеру, природи и садржини нарочито издвајају казне. То су основне кривичне санкције које су у посебном делу кривичних законика предвиђене за највећи број кривичних дела самостално, кумулативно или алтернативно са другим кривичним санкцијама⁵.

Према члану 42. КЗ, после новеле из 2019. године⁶, сврха кажњавања је вишеструко одређена као⁷: а) спречавање учиниоца да чини кривична дела и утицање на њега да убудуће не чини кривична дела (специјална превенција), б) утицање на друге да не чине кривична дела (општа превенција), в) изражавање друштвене осуде за кривично дело, јачање морала и учвршћивање обавезе поштовања закона (општа превенција) и г) остваривање праведности и сразмерности између учињеног кривичног дела и тежине кривичне санкције (репресија).

³ Драган Јовашевић, Лексикон кривичног права, Београд, 2011. године, стр. 240.

⁴ Службени гласник Републике Србије број 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

⁵ Драган Јовашевић, Кривично право, Општи део, Београд, 2018. године, стр.248-251.

⁶ Службени гласник Републике Србије број 35/2019.

⁷ Казне су принудне мере које суд у законито предвиђеном поступку изриче учиниоцу скривљеног кривичног дела, а којима му се одузимају или ограничавају права или слободе у мери која одговара природи и садржини казне у чијем се извршењу морају поштовати личност учиниоца и његово људско достојанство (Мирослав Ђорђевић, Ђорђе Ђорђевић, Кривично право, Београд, 2020. године, стр. 72-73).

Наш законодавац, дакле, полази од схватања да је крајњи циљ казне заштита друштва од криминалитета, а да је њен непосредни циљ спречавање учиниоца да чини кривична дела (специјална превенција), а затим општа превенција – утицањем на грађане да поштују норме правног поретка и да се уздрже од кршења прописа и вршења кривичних дела којима се повређују или угрожавају заштићене вредности и тек на крају репресија (која не представља одмазду и зло), већ задовољење принципа праведности и сразмерности.

Овове схватању одговарају и основни кривичноправни принципи – принципи сразмерности и праведности. Они произлазе из утилитаристичког карактера кривичног права. Предвиђајући систем кривичних санкција, прописано је да се те санкције одмеравају сходно: а) законом прописаном распону казне, б) сврси кажњавања и в) имајући у виду олакшавајуће и отежавајуће околности. То значи да казна (као најзначајнија кривична санкција) мора бити индивидуализована, прилагођена тежини учињеног кривичног дела и личности његовог учиниоца (степену његове кривице) што указује на сразмерност у примени кривичних санкција. У вези с овим принципом је и принцип индивидуализације казне (приликом прописивања, изрицања и извршења). Праведност се налази у основи примене свих кривичних санкција. Праведно је према учиниоцу кривичног дела изрећи казну због кршења норми правног поретка. Принцип праведности је у вези с правом на правично суђење (члан 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода).

У том циљу кривично право предвиђа правила за одмеравање казне. У правној теорији се могу наћи и таква схватања која под одмеравањем казне означавају одређивање казне која ће пружити највише изгледа за ресоцијализацију осуђених лица⁸, па се тако сврха кажњавања чак проглашава за идеју водиљу при одмеравању казне⁹. Основни, примарни, редовни или уобичајени начин одмеравања казне учиниоцу кривичног дела који суд обавезно примењује у сваком конкретном случају јесте одмеравање казне путем олакшавајућих и отежавајућих околности. Ове су околности предвиђене у одредби члана 54. (и члана 54а.) КЗ. То је један од основних принципа поступања државних органа са учиниоцем кривичног дела¹⁰.

⁸ Бора Чејовић, Кривично право, Општи део, Београд, 2006. године, стр.446.

⁹ Сматра се наине да је примарни задатак суда да одмери казну тако да њоме буду остварене све сврхе кажњавања – односно да се њоме изравна кривица учиниоца и оствари ретрибуција уз истовремено остварење специјалне и генералне превенције. (Petar Novoselec, *Orđi dio kaznenog prava*, Zagreb, 2004. године, стр. 399).

¹⁰ Бора Чејовић, Кривично право, Општи део, *op.cit.*, стр. 416.

2. Појам и врсте одмеравања казне

Различити су облици и видови противправног понашања појединаца и група којима се повређују или угрожавају заштићена друштвена добра и вредности. За учиниоце ових понашања закони свих земаља предвиђају кривичне санкције које се темеље на принципу правичности – да сваки учинилац кривичног дела буде кажњен за учињено дело. Но, да би суд у складу са законом одређеним правилима учиниоцу кривичног могао да изрекне једну или више казни или других кривичних санкција потребно је да буду испуњени услови предвиђени одредбама Кривичног законика¹¹. Ти услови се односе на систем правила о одмеравању казне¹² која треба да буде индивидуализирана конкретном учиниоцу конкретног кривичног дела и саображена са сврхом кажњавања.

Одмеравањем казне суд заправо врши индивидуализацију казне на тај начин што учиниоцу кривичног дела изриче ону казну која ће по врсти и висини пружити највеће изгледе за остварење сврхе казне односно за остварење заштите друштва и друштвених добара, с једне стране, односно за остварење специјалне превенције осуђеног лица, с друге стране. На готово истоветан начин надлежни државни органи одмеравају казне и учиниоцима других врста јавно правних деликата : привредних преступа и прекршаја. Одмеравање казне је одређивање врсте и висине казне која се изриче учиниоцу за кривично дело¹³. Код одмеравања казне морају бити узете у обзир околности како би се учиниоцу одредила таква казна по врсти и висини која би одговарала тежини учињеног кривичног дела и степену кривице његовог учиниоца и са којом би се најбоље могла остварити сврха кажњавања. У одређивању казне учиниоцу за одређено кривично дело могу да учествују разни државни органи на разне начине па се тако разликују : законско, судско и административно (извршно или

¹¹ Љубиша Лазаревић, Коментар Кривичног законика Републике Србије, Београд, 2005. године, стр. 184-196.

¹² Одмеравање казне је у границама закона утврђивање врсте и висине казне учиниоцу кривичног дела у сваком конкретном случају од стране суда. То омогућава остварење казнене политике законодавца. Но, у теорији, али и упоредном законодавству се често овај појам замењује појмом “избор врсте и мере казне”. Ради се, заправо, о појмовима са истим значењем. (Мирослав Ђорђевић, Ђорђе Ђорђевић, Кривично право, *op.cit.*, стр.78). При овом одмеравању казне суд није потпуно слободан, нити је његова одлука произвољна, иако је донета по слободном нахођењу суда. (Наташа Мрвић Петровић, Кривично право, Београд, 2005. године, стр. 151).

¹³ Љубиша Јовановић, Драган Јовашевић, Кривично право, Општи део, Београд, 2002. године, стр.234.

пенитенсијарно) одмеравање казне¹⁴. При томе неки аутори разликују и постпеналну индивидуализацију казне¹⁵.

Но, у правној теорији се могу наћи и таква схватања која разликују само законско и судско одмеравање казне¹⁶, при чему неки аутори истичу да само судско одмеравање казне представља одмеравање казне у правом смислу речи¹⁷ док законодавац само врши оквирно одмеравање казне *in abstracto*. Но, без обзира о којој се врсти одмеравања казне ради, оно се заснива на одређеним принципима. Два су основна принципа одмеравања казне. То су: а) принцип индивидуализације казне - према коме изречена казна треба да одговара конкретној тежини и опасности учињеног кривичног дела и личности његовог учиниоца и б) принцип законитости – према коме суд може изрећи само ону врсту казне и у оном износу која је прописана за одређено кривично дело.

2.1. Законско одмеравање казне

Законско одмеравање казне је оно одмеравање које врши законодавац приликом прописивања кривичног дела у законнику. Наиме, инкриминишући поједина противправна понашања као кривична дела, у посебном делу кривичног законика, законодавац одређује врсту и висину казне која се за та дела могу изрећи њиховим учиниоцима од стране суда¹⁸. Законодавац на бази уопштавања бројних конкретних облика испољавања једног противправног понашања ствара кривично дело као општи и апстрактни појам, који у себи може да обухвати све те разноврсне облике, а затим одређује и казну која по врсти и висини треба да одговара тежини тога апстрактно одређеног кривичног дела. На тај начин одређена казна одговара степену тежине и опасности кривичног дела узетог апстрактно.

При одмеравању казне на овај начин, законодавац може да поступи на више начина, па се тако разликују: а) систем апсолутно неодређених казни (систем арбитражних казни), б) систем апсолутно одређених казни и в) систем релативно одређених казни.

¹⁴ Драган Јовашевић, Лексикон кривичног права, *op.cit.*, стр.351.

¹⁵ Бора Чејовић, Кривично право, Општи део, *op.cit.*, стр.420.

¹⁶ Тома Живановић, Основи кривичног права, Општи део, Друга књига, Београд, 1937. године, стр. 325-327.

¹⁷ Зоран Стојановић, Кривично право, Општи део, Београд, 2013. године, стр. 305.

¹⁸ Berislav Pavišić, Velinka Grozdanić, Petar Veić, *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, 2007. године, стр. 222-223.

Систем апсолутно неодређених казни постоји у случају када законодавац не одређује казну по врсти и по висини у самом законском тексту, већ препушта суду да по свом нахођењу и слободном уверењу сам одреди врсту и висину казне коју ће изрећи учиниоцу за конкретно кривично дело. Сем тога, закон не одређује никаква правила за одмеравање казне, нити поставља каква ограничења суду. Овај систем одмеравања казне омогућава потпуно остварење принципа индивидуализације казне јер је изречена казна од стране суда саображена, прилагођена конкретно испољеној тежини учињеног дела и степену кривице његовог учиниоца. Но, истовремено то је и мана овог система јер води арбитрерности суда, односно неуједначености праксе у изрицању казни. Он је у крајњој линији и неправичан систем за одређивање казне јер се њиме крши и начело једнакости грађана пред законом.

Према систему апсолутно одређених казни (који је уведен француским револуционарним Кривичним закоником из 1791. године) законодавац одређује врсту и висину казне за поједина кривична дела тако да је суд дужан да изрекне прописану казну чим установи да је извршено кривично дело за које је она предвиђена. На тај начин је загарантована правичност у кажњавању, као и једнакост свих пред законом, али је практична примена ових законских решења водила у другу неправичност будући да суд није могао да узме у обзир конкретне околности учињеног дела, као и личност сваког појединог учиниоца таквог дела при одређивању врсте и мере изречене казне.

Коначно, према систему релативно одређених казни (који је уведен француским Кривичним закоником из 1810. године, а потом је прихваћен у највећем броју савремених кривичних законодавстава), законодавац одређује врсту казне и њен минимални и максимални износ за свако кривично дело, дајући тиме границе у којима суд може да се креће код изрицања казне у сваком конкретном случају. Овај систем одмеравања казне омогућава прилагођавање казне индивидуалним карактеристикама учиниоца кривичног дела као и околностима извршења самог дела. На тај се начин у потпуности стварају претпоставке за остварење принципа индивидуализације казне.

Овако одређене границе казне за свако поједино кривично дело представљају посебан минимум и посебан максимум. Посебан минимум означава доњу границу, а посебан максимум горњу границу прописане казне за поједино кривично дело у посебном делу кривичног законика. Изван ових граница суд не може да изрекне казну за дело за које је одређена. Законик такође познаје и општи минимум и максимум којим се одређују

границе појединих врста казни. Општи минимум означава доњу границу испод које се та врста казне не може уопште изрећи, а општи максимум горњу границу изнад које се та врста казне такође не може изрећи.

Код одређивања посебног минимума и максимума законодавац може да поступи на више начина. Тако, он може да одреди само посебан минимум при чему се посебни максимум поклапа са општим максимумом одређене врсте казне. Исто тако законодавац може да одреди само посебни максимум казне за поједино кривично дело при чему се посебни минимум поклапа са општим минимумом те врсте казне. Најзад, законодавац може да поступи и тако што ће одредити само врсту казне која ће бити изречена за одређено дело без одређивања посебног минимума и максимума. У таквом случају посебни минимум и максимум се поклапају са општим минимумом и максимумом казне.

2.2. Судско и административно одмеравање казне

Други начин одмеравања казне у кривичном праву је судско одмеравање казне¹⁹. То је оно одмеравање казне учиниоцу кривичног дела које врши суд у сваком конкретном случају²⁰. Наиме, пошто суд установи да је одређено лице криво (вино) за извршено кривично дело, приступа одмеравању казне. Задатак суда се на првом месту састоји у утврђивању односно доказивању (извођењем свих расположивих личних и материјалних извора доказа у фази доказног поступка на главном претресу)²¹ да је једно лице (окривљено лице коме је одређено кривично дело оптужним актом овлашћеног тужиоца стављено на терет) заиста и учинило то кривично дело, те да је за исто дело криво. То су две основне претпоставке за одмеравање казне. Тек после тога суд приступа утврђивању свих осталих околности од значаја за одмеравање казне²².

Колика ће улога суда бити у поступку одмеравања казне учиниоцу кривичног дела зависи од прихваћеног система законског одмеравања казне. Данас је систем релативног одређивања казне опште усвојен у кривичном

¹⁹ Franjo Bačić, *Sudsko odmjeravanje kazne*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, број број 3-4/1978. године, стр. 199-228.

²⁰ Petar Novoselec, *Opći dio kaznenog prava*, op.cit., стр.395-397.

²¹ Ksenija Turković, et al., *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, 2013.године, стр.56-61.

²² Будући да се у области одмеравања казне посебно истиче индивидуална компонента – изречена казна зависи од уверења судског већа, то се у савременој теорији тежи за постављањем одређених правних стандарда. Тако се у немачком кривичном праву чак говори о “праву одмеравања казне” – strafzumessungsrecht. (Jescheck, Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner teil*, Berlin, 1996. године, стр.871).

законодавству. Предност овог система је што омогућава суду да игра активну улогу у одмеравању казне у сваком конкретном случају. Да би суд у Републици Србији што боље остварио своју улогу, Кривични законик у члану 54. предвиђа општа правила о одмеравању казни. То је редовно одмеравање казне. При овом одмеравању казне суд је дужан да поштује следећа правила: а) да одмери казну само у границама законом прописане казне за то дело, дакле у границама посебног минимума и посебног максимума прописане казне, б) да при томе има у виду сврху кажњавања одређену у члану 42. КЗ и в) да узме у обзир све олакшавајуће и отежавајуће околности од којих неке које су типичне, закон таксативно наводи, али при томе оставља довољну слободу суду да узме у обзир и друге околности везане за личност учиниоца кривичног дела ако то нађе за сходно у конкретном случају.

Приликом одмеравања казне пред судско веће се често поставља проблем антиномије сврхе кажњавања. Ради се наине о ситуацијама када различите сврхе кажњавања захтевају различиту врсту и меру казне према учиниоцу кривичног дела у конкретном случају па се суд налази пред задатком којој од ових сврха треба дати предност. Овај је проблем нарочито изражен будући да се после новеле из 2019. године као сврха кажњавања јавља и ретрибуција у смислу одмазде, зла према учиниоцу кривичног дела, што често одговара принципима правичности и сразмерности. Тада овако постављена сврха казне треба да постави горњи лимит при одмеравању казне при чему се узима да одређена казна остварује истовремено и циљеве генералне (опште) превенције²³. Поред захтева да суд узме у обзир све околности које могу бити од утицаја на одмеравање казне, Кривични законик предвиђа у чл. 55. – 63. и посебна (допунска) правила помоћу којих суд изузетно може да врши одмеравање казне са циљем да је индивидуализира и тако учини сразмерном тежини извршеног дела и степену кривице његовог учиниоца²⁴.

И коначно, последњи начин одмеравања казне који је познат у англосаксонском кривичном праву (поједине федералне државе САД) је административно или пенитенсијарно²⁵ одмеравање казне. Према овом систему казну одмеравају административни органи - органи управе, администрација у установама за извршење казне (казнено поправне установе). Одмера-

²³ Зоран Стојановић, Кривично право, Општи део, *op.cit.*, стр.307.

²⁴ Одмеравање казне је најважније подручје на коме се остварује начело индивидуализације казне. Овај је термин први употребио Рајмонд Салеј у свом делу : "L'individualisation de la peine", Париз, 1898. године. (Jean Pradel, *Droit penal general*, Paris, 2002. godine, str. 571).

²⁵ Бора Чејовић, Кривично право, Општи део, *op.cit.*, стр.420-421.

вање се у овом случају врши у току самог поступка извршења казне и оно је могуће само код казне лишења слободе. У овом систему суд у пресуди донетој у кривичном поступку одређује само врсту казне, а конкретан, ефективан износ (дакле ефективно трајање) изречене казне утврђује сам административни орган који извршава казну.

Административно одмеравање казне у земљама где је заступљено, оправдава се чињеницом да суд није увек у могућности да одреди какво ће понашање имати осуђени у току извршења казне и колико ће бити потребно времена за његово преваспитавање. Пошто се то може утврдити само у току извршења казне лишења слободе, онда је природно да одмеравање врше органи који извршавају ову казну. Административно одмеравање казне противно је принципу законитости и као такво не пружа довољно гаранција осуђеним лицима да неће бити злоупотребљено, оно тако ствара осећај неизвесности што све може да делује дестимулативно на осуђена лица.

3. Олакшавајуће и отежавајуће околности као основ сразмерности у примени казне

3.1. Појам и врсте олакшавајућих и отежавајућих околности

При редовном, примарном или уобичајеном одмеравању казне учиниоцу кривичног дела судско веће у кривичном поступку утврђује све олакшавајуће и отежавајуће околности²⁶ како би у оквиру законом прописане казне (тзв. казнени оквир) одредило ону врсту и меру казне којом се на најпотпунији начин може остварити сврха кажњавања.²⁷ Дакле, олакшавајуће и отежавајуће околности су оне околности које се односе на кривично дело или учиниоца, а које утичу да казна буде мања или већа у границама које су законом прописане за то дело. То су околности које карактеришу конкретно учињено кривично дело и његовог учиниоца, а које могу да имају извесан утицај на утврђивање избора и висине казне у конкретном случају²⁸.

²⁶ Домаћи законодавац по узору на немачког, хрватског и аустријског, је најпре утврдио темељне одреднице за одмеравање казне.

²⁷ Сврха кажњавања је идеја водила за одмеравање казне. Примаран је задатак суда да одмери казну тако да њоме буду оставрене све сврхе кажњавања. Казна се мора одмерити тако да се њоме изравна кривица учиниоца и остварује ретрибуција, али истовремено и циљеви генералне и специјалне превенције. (Petar Novoselec, *Opći dio kaznenog prava*, op.cit., стр. 399).

²⁸ Мирослав Ђорђевић, Ђорђе Ђорђевић, *Кривично право*, op.cit., стр. 79.

Оне околности које утичу да се учиниоцу изрекне блажа казна у оквиру посебног минимума и посебног максимума називају се олакшавајућим, док се околности које утичу да се изрекне строжија казна називају отежавајућим²⁹. Олакшавајућим и отежавајућим околностима врши се индивидуализација казне, њено саображавање и прилагођавање тежини кривичног дела и степену кривице његовог учиниоца. Применом ових околности могуће је да се учиниоцима истих дела изрекну различите казне. Оне, дакле, имају такав значај да дају криминално-политичку карактеристику учиниоца кривичног дела.

Код извршења кривичног дела јавља се низ различитих околности које су везане било за само кривично дело (објективне околности), било за учиниоца кривичног дела као људско и друштвено биће (субјективне околности). Те околности су различите по свом настанку и по свом карактеру, природи и дејству на одмерену казну. Због те различитости се и поставља проблем како да се оне законски регулишу да би се онемогућила арбитрност суда и злоупотреба њихове примене, а да се ипак омогући суду да има активну и стваралачку улогу у одмеравању казне на бази процене дејства свих околности једног конкретног дела.

Поједина кривична законодавства примењују различита решења.

Прво решење јесте да се у закону таксативно наведу све околности које суд мора узети у обзир код одмеравања казне. Оваквим набрајањем се обезбеђује законитост и спречава произвољност, али се ограничава слобода суда, тако да он не може да узме у обзир ни једну околност која није предвиђена без обзира на њен стварни утицај у конкретном случају. Недостатак оваквог решења је у немогућности да се законом предвиде све околности које могу настати у разноврсним конкретним ситуацијама у животу.

Друго решење је у давању потпуне слободе суду тако што га закон овлашћује да узме у обзир све околности једног случаја не наводећи које су то околности појединачно. Није потребно напоменути да је код оваквог решења слобода суда дошла до пуног изражаја, али да је тиме створена могућност за велику шароликост и произвољност које ће се околности узимати у обзир код одмеравања казне.

Према трећем решењу у закону се таксативно набрајају околности које суд мора узети у обзир, уз истовремено давање овлашћења суду да може узети у обзир и друге околности ако сматра да су у конкретном случају од зна-

²⁹ Драгољуб Атанацковић, Критеријуми одмеравања казне, Београд, 1975. године, стр.139.

чаја за правилно одмеравање казне при чему није унапред одређено какав значај (олакшавајуће или отежавајуће) имају ове околности. Највећи број савремених кривичних законодавстава прихвата ово треће решење (па и право Србије), с обзиром да оно обезбеђује законитост и омогућава ширу слободу суду у прилагођавању казне тежини дела и личности учиниоца.

Кривични законик Републике Србије на уопштен начин, прилично апстрактно наводи олакшавајуће и отежавајуће околности и то у оквиру општих правила о одмеравању казне када у одредби члана 54. налаже суду да учиниоцу кривичног дела одмери казну у границама које су законом прописане за извршено дело, имајући у виду сврху кажњавања и узимајући у обзир све околности које утичу да казна буде мања или већа³⁰, а нарочито: степен кривице, побуде из којих је дело извршено, јачину угрожавања или повреде заштићеног добра, околности под којима је дело извршено, ранији живот учиниоца, његове личне прилике, његово држање после учињеног кривичног дела, а нарочито његов однос према жртви кривичног дела као и друге околности које се односе на личност учиниоца. При одмеравању новчане казне у одређеном (фиксном) износу суд посебно узима у обзир и имовно стање учиниоца. Ради се, дакле, о околностима које су типичне и које се по правилу јављају код извршења сваког кривичног дела³¹. Овако одређена "правила" представљају само основне критеријуме за судско веће приликом доношења одлуке о казни у сваком конкретном случају³².

Ове околности се могу поделити с обзиром да ли се односе на кривично дело или његовог учиниоца, на објективне и субјективне околности. Као објективна околност сматра се јачина угрожавања или повреде заштићеног добра (дакле обим и интензитет проузроковане последице кривичног дела). Као субјективне околности сматрају се: степен кривице, побуде из којих је дело учињено, ранији живот, личне прилике и држање учиниоца после учињеног кривичног дела. Околности под којима је дело извршено могу бити и објективне и субјективне природе. Овакво одмеравање казне с обзиром на карактеристике учиниоца дела (субјективна индивидуализација) и одмеравање казне с обзиром на карактеристике кривичног дела (објективна индивидуализација) прераста у јединствену субјективно – објективну индивидуализацију казне јер се само на тако јединственим основама, полазећи од прописане казне у законнику, може у потпуности изреченом казном остарити сврху кажњавања. И други савремени кривични закони у свом општем делу при излагању о кривичној санкцији садрже

³⁰ Berislav Pavišić, Velinka Grozdanić, Petar Veić, Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, op.cit., стр.223-224.

³¹ Бора Чејовић, Кривично право, Општи део, op.cit., стр.453.

³² Наташа Мрвић Петровић, Кривично право, op.cit., стр. 151.

одредбе о начину, условима и поступку за одмеравање казне као најзначајније кривичне санкције која треба да оствари гарантивну, заштитну функцију кривичног права.

3.2. Поједине олакшавајуће и отежавајуће околности

У кривичном праву Републике Србије нису исцрпно наведене све отежавајуће³³ и олакшавајуће³⁴ околности, (па су у том смислу те околности амбивалентне), већ само неке на које као типичне законик посебно указује. Поред тога, ниједна околност није унапред означена као отежавајућа³⁵ или као олакшавајућа, већ свака околност зависно од своје садржине и природе у конкретном случају може да делује као отежавајућа или као олакшавајућа код одмеравања казне. И најзад, све ове околности узимају се у целини и у односу на конкретно кривично дело и конкретног учиниоца тог дела³⁶.

Степен кривице³⁷ учиниоца зависи од степена испољавања њена два елемента: свести и воље, и то као саставних делова, како урачунљивости тако и умишљаја, односно нехата. То значи да ће суд ценити да ли је лице било потпуно или смањено урачунљиво и у ком степену, односно ако је

³³ Као отежавајуће околности у домаћој судској пракси сматране су: када је учинилац ставио у промет већу количину опојне дроге (пресуда Врховног суда Србије Кж. 3/2006), када је оптужени још као малолетник више пута долазио у сукоб са законом (пресуда Врховног суда Србије Кж. 606/2006), када учинилац убиства у циљу фингирања дела стави после извршеног дела пиштољ у руку покојне (пресуда Врховног суда Србије Кж. 697/2006), када је учинилац кривичног дела увреде увредио малолетну оштећену (пресуда Округног суда у Београду Кж. 3506/2006).

³⁴ Као олакшавајуће околности у судској пракси Србије сматране су: накнада штете проузроковане кривичним делом (пресуда Врховног суда Србије Кж. 129/83), када се оштећени не придружи кривичном гоњењу (пресуда Округног суда у Шапцу Кж. 328/81), заснивање и развијање породице чиме учинилац показује намеру да промени начин живота представља позитиван однос према друштву (пресуда Округног суда у Београду Кж.93/2002), када оптужени у саобраћајној несрећи коју је изазвао буде и сам повређен (пресуда Округног суда у Београду Кж.307/92), када оптужени изгуби посао у оштећеном предузећу (пресуда Врховног суда Србије Кж.801/91).

³⁵ Не могу се као отежавајуће околности ценити оне околности које су обухваћене чињеничним описом дела, а које детерминирају правну ознаку инкриминисаног дела јер у противном без тако описаних радњи, кривично дело не би ни постојало (пресуда Жупанијског суда у Задру Кж. 109/98).

³⁶ Група аутора, Коментар Кривичног закона СР Југославије, Београд, 1995. године, стр. 208-218.

³⁷ Под овим појмом се подразумева кривица као мера казне, а не кривица као темељ казне јер без кривице уопште нема кривичног дела. Овако посматрана кривица се огледа у степену неправда.

лице било потпуно урачунљиво, да ли је дело учинило са директним или евентуалним умишљајем, или из нехата и са којим обликом нехата. Код оцене степена кривице суд ће такође узети у обзир и чињеницу да ли је на страни учиниоца у време предузимања радње извршења постојала каква намера или циљ којим се он руководио, посебно у случајевима када ове околности нису обухваћене описом бића одређеног кривичног дела. У противном, ако је намера елеменат кривичног дела, она утиче на постојање таквог кривичног дела.

Побуде (мотиви) су унутрашњи разлози, покретачи којима се учинилац руководио код извршења кривичног дела. У теорији се пак јављају и таква мишљења да побуде не представљају посебне околности, већ да их треба процењивати у вези са степеном кривице, полазећи у првом реду од чињенице да је степен кривице виши ако је мотив учиниоца негативнији и обрнуто³⁸. Но, законодавац је ипак побуде издвојио као посебну околност која се може узети у обзир код одмеравања казне само уколико није саставни део, елеменат бића кривичног дела. Побуде³⁹ могу бити по својој природи позитивне – хумане, па ће деловати као олакшавајуће околности (алтруизам, патриотизам, сажаљење, љубав, осећање дужности или части, помагање другом у невољи) или негативне – ниске у ком случају се узимају као отежавајуће околности (мржња, освета, завист, пакост, грамзивост, љубомора, похлапа, користољубље). У случају да се побуда, односно мотив појављује као квалификаторна околност, она не може истовремено бити узета и као отежавајућа околност.

За разлику од овако одређене побуде (која по природи, карактеру, значају и дејству у конкретном случају може да буде олакшавајућа или отежавајућа околност) новелом Кривичног законика из децембра 2012. године⁴⁰ уведена је посебна врста побуде у члану 54а. која има искључиво карактер отежавајуће околности. То је мржња. Она постоји ако је кривично дело учињено због припадности раси и вероисповести, националне или етничке припадности, пола, сексуалне оријентације или родног идентитета другог лица.

³⁸ Franjo Vačić, *Krivično pravo, Opći dio*, Zagreb, 1978. године, стр.436.

³⁹ За побуду се може употребити и реч мотив (разлог због кога је одређено кривично дело учињено). Мотивација је унутрашњи подстрек на деловање човека, услов сваког његовог поступања. Према мотивима, учиниоци кривичних дела се могу поделити на: а) ситуационе, пригодне деликвенте, б) деликвенти код којих претежно мотивацијско значење има непотпуно разумевање личности и в) деликвенте код којих се побуде претежно стварају због утицаја који доклазе из околине. У литератури се чак иде и даље, па се мотиви разликују од подстрека. (Željko Horvatić, *Kazneno pravo, Opći dio*, Zagreb, 2003.године, стр. 186).

⁴⁰ Службени гласник Републике Србије број 121/2012.

Јачина угрожавања или повреде заштићеног добра зависи од врсте, природе, обима и интензитета последице проузроковане радњом учиниоца дела. Тежина последице одређује тежину кривичног дела чиме се у закону апстрактно одређена опасност дела конкретизује у сваком конкретном случају. С обзиром на то да ли је последица испољена у виду повреде, процењује се да ли је она наступила у смислу уништења, оштећења (и у којој мери) или само до чињења неупотребљивим одређеног добра (и за које време) или је пак последица испољена у виду стварног, непосредног угрожавања добра (конкретна опасност) или у могућности наступања угрожавања добра (апстрактна опасност), зависи и тежина казне, тј. да ли ће бити она бити изречена у већој или мањој мери⁴¹.

Околности под којима је кривично дело извршено могу бити различите по природи и карактеру дејства. То могу бити околности објективне природе: место, време, средства, начин и природни услови под којима је дело извршено као што су: слаба видљивост, време поплаве, пожара, ратног или ванредног стања итд. Али то могу бити и околности субјективне природе које се тичу учиниоца дела или жртве као што су психичка стања, интерперсонални односи, дејство заблуде итд. Овде се посебно узима у обзир поступак оштећеног (жртве), односно да ли је и у којој мери сам допринео извршењу кривичног дела којим је повређено или угрожено неко његово правно добро. Све ове околности могу утицати на висину казне.

Ранији живот⁴² указује на психолошку личност учиниоца дела и његову животну оријентацију. Кроз ову се заправо околност испољава однос учиниоца дела према друштвеним и моралним нормама, односно вредностима. У ранији живот спадају све околности, односно сви догађаји који су се одиграли у животу учиниоца пре него што је извршио кривично дело. Ако је учинилац имао примеран живот и беспрекорну прошлост тј. ако

⁴¹ Друштвена опасност извршеног кривичног дела или како се још назива “количина криминалне опасности” не може бити ни отежавајућа, ни олакшавајућа околност, али заједно са тежином последице и другим елементима бића кривичног дела може бити степенована код одмеравања казне када се процењује тежина извршеног дела у поређењу са истоврсним кривичним делима (пресуда Врховног суда Србије Кж. 1553/2003).

⁴² Тако мишљење житеља села у коме је живео оптужени о њему као о поштеном човеку које је изнето у петицији која је поднета суду може да представља олакшавајућу околност (пресуда Врховног суда Србије Кж. 2449/2005) у смислу његовог ранијег живота, док се ранија вишеструка прекршајна одговорност за кршење саобраћајних прописа када се суди лицу за кривично дело против безбедности јавног саобраћаја има ценити као отежавајућа околност која указује да ранији живот окривљеног није био уредан и да је исти склон кршењу и непоштовању саобраћајних прописа (пресуда Округног суда у Нишу Кж. 100/2004).

није кажњаван, ако је добар радник, добар отац породице, ако је лично поштен и цењен у средини у којој живи, онда те околности указују да се не ради о личности која је морално искварена и социјално девијантна и да се применом блаже казне може постићи сврха кажњавања. И обрнуто, ако је учинилац дела повратник или ако се одао девијантном начину живота ове околности указују на то да је за остварење преваспитне сврхе кажњавања потребно изрећи тежу казну. Од ових околности поврат има дејство отежавајуће околности, док све остале околности могу деловати или као отежавајуће или као олакшавајуће околности зависно од конкретног случаја.

Овде се ради о подацима који треба суду да пружи потпуну слику о учиниоцу кривичног дела, његовим карактерним цртама и целокупном стању његове личности. Тако нам судска пракса пружа бројне примере различитог кривичноправног значаја који је придаван околностима које су везане за ранији живот учиниоца кривичног дела. Тако чињеница да је оптужени раније учинио кривично дело у стању неурачунљивости и да му је због тога изречена медицинска мера безбедности, не може служити као основ закључку да је он склон вршењу кривичних дела, па тако не представља чињеницу од значаја за одмеравање казне⁴³. Даље, погрешно је ценити ранију осуђиваност као отежавајућу околност када се ради о осуди која је оптуженом након опозивања условне осуде узета у обзир при одмеравању јединствене казне⁴⁴.

Такође, лицу које је раније осуђивано, као отежавајућа околност се може ценити и кратак временски период од претходне осуде⁴⁵. Или ранија осуђиваност окривљеног се може третирати једино као отежавајућа околност, а то што је окривљени раније осуђиван за истоврсна кривична дела као и протек времена од раније осуде може само утицати на висину одмерене казне⁴⁶.

Личне прилике учиниоца представљају околности везане за услове у којима живи и ради учинилац дела: здравствено стање учиниоца и чланова уже породице, његово старосно доба, стамбена ситуација, имовинско стање, запосленост, породичне прилике, а нарочито број чланова породице, посебно деце, њихово старосно доба и здравствено стање, односи у породици, инвалидност учиниоца или чланова његове породице и друге околности из личног и породичног живота⁴⁷. При томе неке околности ове

⁴³ пресуда Врховног суда Србије Кж. 27/85.

⁴⁴ пресуда Врховног суда Србије Кж. 491/86.

⁴⁵ пресуда Округног суда у Београду Кж. 2567/2002.

⁴⁶ пресуда Округног суда у Београду Кж. 119/2003.

⁴⁷ пресуда Округног суда у Београду Кж. 2096/2005.

природе могу се у конкретном случају појавити и као околности објективне природе иако су везане за личност учиниоца кривичног дела нпр. стамбене прилике.

Бројне личне прилике је суд узимао у обзир при одмеравању казне конкретном учиниоцу кривичног дела о чему нам сликовито говори и судска пракса : ако оптужена изгубио посао у оштећеном предузећу после извршења кривичног дела, ту околност треба ценити као олакшавајућу приликом одмеравања казне јер је очито да и сам губитак посла који отежава социјални положај оптужене и њене породице представља својеврсну казну⁴⁸; ако оптужени у саобраћајној несрећи коју је изазвао и за коју буде оглашен кривим буде телесно повређен, ту околност треба ценити као олакшавајућу⁴⁹; здравствено стање окривљеног – да је ХИВ позитиван, да болује од хепатитиса и карцинома лимфне жлезде, такође представља олакшавајућу околност⁵⁰.

Држање учиниоца после учињеног дела даје слику о психолошкој личности учиниоца и његовим карактерним особинама . Из ове околности може се видети не само став учиниоца према извршеном делу, већ и његов однос према друштву у коме живи у целини и друштвеним вредностима, а што може бити од значаја за његово будуће владање. Такође, из ове околности се може извести закључак и о томе какви су изгледи за успешност његовог поправљања од чега зависи и висина изречене казне. Новим законским решењем суду је наложена обавеза да посебно поведе рачуна о односу учиниоца дела према жртви у оквиру ове околности.

Овде се разликују две групе околности⁵¹. Прва група ових околности се односи на отклањање или ублажавање последица које су проузроковане кривичним делом као што су : извињење оштећеном, пружање помоћи оштећеном или исказивање такве спремности, грижа савести, накнада причињене штете, стварно кајање и сл. Другу групу околности ове врсте чине околности које се односе на окривљеног у току кривичног поступка као што су : признање дела, порицање кривице⁵², кајање, мењање исказа,

⁴⁸ пресуда Врховног суда Србије Кж. 801/91.

⁴⁹ пресуда Округог суда у Београду Кж. 307/92.

⁵⁰ пресуда Округог суда у Београду Кж. 186/2002.

⁵¹ Зоран Стојановић, Коментар Кривичног закона СР Југославије, Београд, 2002. године, стр. 79.

⁵² У погледу значаја ове околности у нашој правној теорији постоји и другачије схватање. Тако се сматра да се порицање кривичног дела, па чак и када је оно упорно, не може да представља отежавајућу околност јер се тиме ограничава право окривљеног на одбрану (Јанко Таховић, Кривично право, Општи део, Београд, 1961. године, стр. 334). Слично становиште заступа и судска пракса: то што је оптужени негирао извршење

лагање, утицај на сведоке, оптуживање невиних лица и сл. Треба рећи, да само одбијање признања и предузимање делатности у циљу прикривања доказа о извршењу дела и кривици учиниоца дела не могу се узети као отежавајуће околности будући да то представља законом обухваћени корпус права одбране окривљеног⁵³. Стварно кајање напротив спада у олакшавајуће околности.

Из доступне судске праксе произилази да је држање учиниоца околност коју суд често узима у обзир при одмеравању казне: накнада штете проузроковане кривичним делом независно од тога чиме је мотивисана и да ли је учињена пре или после покретања кривичног поступка, представља олакшавајућу околност⁵⁴; масакрирање леша после извршеног кривичног дела убиства представља отежавајућу околност при одмеравању казне у смислу држања учиниоца и не може се ценити у оквиру права одбране учиниоца да прикрије своје дело⁵⁵; заснивање и развијање породице као основне ћелије друштва представља позитиван однос појединца према друштву као целини, па самим тим и стварање породице и брига о породици има значај олакшавајуће околности⁵⁶; неизражавање кајања се не може узети као отежавајућа околност, али се као олакшавајућа околност може ценити искрено кајање⁵⁷; декларативно испољена воља окривљеног за обештећењем оштећеног до чега није дошло, иако је прошло пет месеци од извршења кривичног дела не може се ценити као олакшавајућа околност⁵⁸; чињеница да је окривљени пред женидбом указује да жели да промени начин живота, па се то може узети као олакшавајућа околност⁵⁹; покоравање учиниоца дела наређењима председника судског већа и неометање рада суда не може се узети као олакшавајућа околност коју суд назива "коректно држање"⁶⁰; необештећење оштећеног до краја глав-

кривичног дела, не може се ценити као отежавајућа околност јер он има право да се брани онако како смаатра да је за њега најповољније (пресуда Врховног суда Србије Кж. 655/2006).

⁵³ Драган Јовашевић, Коментар Кривичног закона СР Југославије, Београд, 2002. године, стр. 158-160.

⁵⁴ пресуда Врховног суда Србије Кж. 129/83.

⁵⁵ пресуда Врховног суда Србије Кж. 315/86.

⁵⁶ пресуда Врховног суда Србије Кж. 404/91.

⁵⁷ пресуда Округног суда у Београду Кж. 191/93.

⁵⁸ пресуда Округног суда у Београду Кж. 549/93.

⁵⁹ пресуда Округног суда у Београду Кж. 93/2002.

⁶⁰ пресуда Округног суда у Нишу Кж. 286/2005.

ног претреса иако је оптужени током целог трајања кривичног поступка обећевао да ће то учинити, представља отежавајућу околност⁶¹.

Имовно стање учиниоца кривичног дела⁶² је околност која је од утицаја само код одмеравања новчане казне у одређеном износу тако да је суд дужан да узме у обзир и имовно стање учиниоца водећи рачуна о висини његовог личног дохотка, о његовим другим приходима, о његовој имовини и његовим породичним обавезама.

Поред напред таксативно наведених типичних околности које могу да имају карактер олакшавајућих или отежавајућих околности код одмеравања казне, законодавац је обавезао суд да узме у обзир и друге околности које се односе на личност учиниоца дела. Код извршења појединих дела могу се појавити и такве субјективне околности које имају специфичан карактер и не спадају ни у једну од наведених категорија. Овде би могле да се наведу околности на страни учиниоца дела што су: старост, климактеријум, сенилност, посебна стручност, степен образовања, осећајност, односно безосећајност, грубост, итд. Утицај ових околности може бити значајан код извршења кривичног дела, а тиме и за одмеравање казне⁶³.

Тако је судска пракса посебну пажњу поклонила и овим околностима о чему говоре следећи примери: када оштећени због ранијег позитивног односа оптуженог према њему изјави да се не придружује кривичном гоњењу и да не истиче одштетни захтев – ова околност представља олакшавајућу околност⁶⁴; учесталост појаве одређене врсте кривичних дела представља чињеницу значајну и за одмеравање казне учиниоцима тих дела у сваком конкретном случају⁶⁵; чињеница да је оштећени малолетник од само дванаест година који ничим није изазвао изразито агресиван поступак окривљеног, иначе свога оца, представља отежавајућу околност⁶⁶.

Све ове околности суд мора узети у разматрање и оценити њихов утицај на казну коју треба да утврди и изрекне. Готово код сваког конкретног случаја извршеног кривичног дела, појављује се више околности од којих су неке олакшавајуће, а друге отежавајуће. Поступак суда код оцене деј-

⁶¹ пресуда Округног суда у Београду Кж. 2584/2006.

⁶² Правилно је поступио суд када је приликом одлучивања о врсти и мери новчане казне окривљеном поред осталих олакшавајућих околности узео у обзир и његове лоше материјалне прилике (пресуда Жупанијског суда у Копривници Кж. 362/2006).

⁶³ Никола Срзентић, Александар Стајић, Љубиша Лазаревић, Кривично право, СФРЈ, Општи део, Београд, 1978. године, стр. 380.

⁶⁴ пресуда Округног суда у Шапцу Кж. 328/81.

⁶⁵ пресуда Врховног суда Србије Кж. 115/83.

⁶⁶ пресуда Округног суда у Београду Кж. 679/2002.

ства ових околности може бити аналитички или синтетички. Суд може анализирати сваку околност посебно, тако што ће, најпре, одредити њен карактер, тј. да ли делује олакшавајуће или отежавајуће, што значи, да ли иде у корист или на штету учиниоца дела, а потом, да одреди интензитет његовог дејства на повећање или снижење прописане казне.

По синтетичком методу, пошто изврши класификацију појединих околности на отежавајуће и на олакшавајуће околности, суд оцењује свеукупан утицај једних и других околности на износ казне, а који ће метод суд применити, један или други или ће ићи на њихову комбинацију, зависи од његовог нахођења. Оно што је овде битно, то је да суд узме у разматрање све околности конкретног случаја које су битне за одмеравање казне и да правилно оцени дејство једне и друге групе околности на износ казне. Оцена суда је слободна, али она мора бити реална и праведна, тј. да одговара укупном дејству свих околности. У образложењу пресуде суд наводи које је околности узео као олакшавајуће, а које као отежавајуће и зашто. Казна коју суд изриче, узимајући у обзир све олакшавајуће и отежавајуће околности, мора бити у границама између посебног минимума и посебног максимума, али не и испод, односно изнад тога.

Околности које закон предвиђа као олакшавајуће или као отежавајуће при одмеравању казне могу се појавити и као законски елементи обележја бића кривичног дела, било да се ради о основном или квалификованом, односно привилегованом облику. У оваквим случајевима правило је да се околности које улазе у састав обележја бића кривичног дела не могу узети као олакшавајућа или као отежавајућа околност при одмеравању казне. Дакле, иста околност не може два пута да се урачуна учиниоцу кривичног дела (принцип забране двоструког вредновања). Ако је једна околност узета приликом прописивања казне у законику, онда она не може да буде узета у обзир и приликом судског одмеравања казне. Од овог правила постоје два изузетка: а) ако нека од ових околности прелази меру која је потребна за постојање кривичног дела или одређеног облика кривичног дела или б) ако постоје две или више оваквих околности, а само једна од њих је довољна за постојање тежег односно лакшег облика кривичног дела.

4. Закључак

Кривично законодавство свих савремених земаља тежи да сузбије различите облике и видове противправног понашања појединаца и група и да на тај начин обезбеди ефикасну и квалитетну заштиту најзначајнијих друштвених добара и вредности од повреде или угрожавања било ког облика и вида испољавања. То се у великој мери постиже применом казни и

других кривичних санкција према учиниоцима кривичних дела. Те санкције имају одређену сврху у оквиру опште сврхе кривичног законодавства уопште. Да би се законом одређена сврха казни као најзначајније врсте кривичних санкција могла остварити, судско веће у сваком конкретном случају, када одлучује о кривици учиниоца кривичног дела мора да изрекне врсту и меру казне руководећи се одређеним правилима. Та правила треба да обезбеде законитост, али и правичност, односно сразмерност у изрицању казни, а изречена казна треба да одговара степену тежине учињеног дела и степену кривице његовог учиниоца. Но, тако изречена казна треба да оствари и циљ кажњавања – а то је обезбеђење основа за преваспитање, поправљање и ресоцијализацију учиниоца кривичног дела како он не би наставио даље са вршењем кривичних дела.

Да би се сви ови циљеви и захтеви који се од стране суда очекују, и остварили у сваком конкретном случају, сви савремени кривични закони сходно принципу законитости одређују систем кривичних санкција у првом реду казни и основе и услове за њихово изрицање. Но, поред законског одмеравања казни које се одвија на два нивоа : а) у погледу општег минимума и максимума одређене врсте казне и б) у погледу посебног минимума и максимума казне за свако поједино кривично дело, све земље данас широко примењују судско одмеравање казне као редован начин одмеравања казне (при чему постоји и административно одмеравање казне у појединим правним системима).

Најзначајније је судско одмеравање казне којим суд конкретном учиниоцу конкретног кривичног дела у свом појавном облику испољавања изриче врсту и меру казне имајући у виду све објективне и субјективне околности везане, како за учињено дело, тако и за личност његовог учиниоца. Без обзира о ком се савременом кривичном законодавству ради, сви они предвиђају већи број олакшавајућих и отежавајућих околности, дајући при томе путоказ судском већу које је обавезно да одлуку коју доноси на основу слободног уверења и свом нахођену образложи дајући ваљане разлоге. Колика је стваралачка и динамичка улога суда у конкретном одмеравању казне учиницу кривичног дела значајна, говоре и бројни примери из судске праксе који указују на велику шароликост различитих објективних и субјективних околности иначе предвиђених у чл. 54. и 54а. КЗ и њихову природу, карактер и значај у сваком случају.

Литература

- Атанацковић, Драгољуб, Критеријуми одмеравања казне, Београд, 1975.
- Ваћић, Франђо, Sudsko odmjeravanje kazne, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, broj 3-4/1978.
- Ваћић, Франђо, Кривично право, Опći dio, Zagreb, 1978.
- Група аутора, Коментар Кривичног закона СР Југославије, Београд, 1995.
- Ђорђевић, Мирослав, Ђорђевић, Ђорђе, Кривично право, Београд, 2020.
- Живановић, Тома, Основи кривичног права, Општи део, Друга књига, Београд, 1937.
- Jescheck, Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner teil, Berlin, 1996.
- Јовановић, Љубиша, Јовашевић, Драган. Кривично право, Општи део, Београд, 2002.
- Јовашевић, Драган, Коментар Кривичног закона СР Југославије, Београд, 2002.
- Јовашевић, Драган, Лексикон кривичног права, Београд, 2011.
- Јовашевић, Драган Кривично право, Општи део, Београд, 2018.
- Лазаревић, Љубиша, Коментар Кривичног законика Републике Србије, Београд, 2005.
- Мрвић Петровић, Наташа, Кривично право, Београд, 2005.
- Novoselec, Petar, Опći dio kaznenog prava, Zagreb, 2004.
- Pavišić, Berislav, Grozdanić, Velinka, Veić, Petar, Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, 2007.
- Pradel, Jean, Droit penal general, Paris, 2002.
- Службени гласник Републике Србије број 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.
- Службени гласник Републике Србије број 121/2012.
- Службени гласник Републике Србије број 35/2019.
- Срзентић, Никола, Стајић, Александар, Лазаревић, Љубиша, Кривично право, СФРЈ, Општи део, Београд, 1978.
- Стојановић, Зоран, Кривично право, Општи део, Београд, 2013.

Стојановић, Зоран, Коментар Кривичног закона СР Југославије, Београд, 2002.

Таховић, Јанко, Кривично право, Општи део, Београд, 1961.

Turković, Ksenija, et al., Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, 2013.

Чејовић, Бора, Кривично право, Општи део, Београд, 2006.

Horvatić, Željko, Kazneno pravo, Opći dio, Zagreb, 2003.

Dragan Jovašević, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

**PRINCIPLE OF DIMENSION IN SENTENCE IN
SERBIA'S CRIMINAL PROCEEDINGS**

Summary

In order to ensure the effective and high-quality protection of the most important social goods and values, criminal law is aware of several types of criminal sanctions. These are statutory measures of social response to the perpetrators of criminal offenses pronounced by the court in a lawfully conducted procedure. Criminal sanctions, in their importance, character, nature and content, are particularly punishable. These are the basic criminal sanctions provided for in the special part of the Criminal Code for the largest number of offenses individually, cumulatively or alternatively with other criminal sanctions. In order for the penalties to be able to achieve their intended purpose, according to Article 42 of the Serbian Penal Code, preventing the perpetrator from committing crimes and influencing him from committing crimes in the future, influencing others from committing crimes and expressing social conviction for criminal offense, strengthening of morality and strengthening of the obligation to obey the law, in each case the perpetrator of the criminal offense found guilty should pronounce the type and measure of punishment that corresponds to the gravity of the act committed and the degree of guilt of his perpetrator. To this end, the Criminal Code provides in Article 54 rules for sentencing. The basic, regular method of sentencing, which the court must apply in each case, is sentencing through mitigating and aggravating circumstances, the theoretical and practical aspects of which are discussed in this paper.

Keywords: *criminal offense, sentencing, extenuating circumstances, aggravating circumstances, purpose of sentence.*

FAMILY SOLIDARITY IN SERBIA (SPECIAL REVIEW ON PANDEMIC CONDITIONS)²

Abstract: *In the article, the author discusses that aging and age issues remain in the domain of sociological, criminological, victimological or medical studies, debates and research. There is insufficient knowledge of the diversity, as well as the dissatisfaction of the legal norms in the elderly, such as: on the prohibition of discrimination, in the area of criminal and civil legislation, on social protection and on the provision of social security of citizens, on health care, pension and disability security. The term family solidarity is not found in any of these documents. This article discusses issues related to the relationship of family members and society as a whole towards the elderly. Doing “real things” sometimes does not correspond to real situations, especially in times of disasters, such as the Covid 19 pandemic, even when “real things” are clearly regulated. The paper used the socio-legal method, with the aim of pointing out that it is necessary to know the norms in order to better implement them in real life.*

Keywords: *family solidarity; elderly persons; Covid 19.*

1. Introduction

In public, as general as well as professional, there is an increasingly frequent expression of the need to better understand the aging process, to evaluate the meaning of “the biological boundaries of man’s life, the determinants of longevity, the pathways for a healthier life in the third and fourth years, the treatment of diseases that aggravate life in old age, the role of an old person in a modern, old society ...”³

¹ e-mail: kosticm@prafak.ni.ac.rs

² This paper is the result of research on a project funded by the Faculty of Law, University of Niš: “Responsibility in the legal and social context” in the period 2021-2025.

³ *An environment for the elderly in their measure* (Окружење за старе по њиховој мери), Social Issue, “Journal of Theory and Criticism of Social Ideas and Practice” (Социјална мисао), Belgrade, April-September, 2-3 / 2003, p. 146.

However, aging and age issues remain in the domain of sociological, criminological, victimological or medical studies, debates and research. They are, above all, a part of the core of fundamental human rights regulated by explicit domestic legal norms, which Republic of Serbia has aligned with all ratified international legal documents, and include the fundamental human rights, such as the prohibition of discrimination, the right to life, health, safety, maintenance of existence.⁴

The rule of law is a set of ideas and practical procedures in order to promote the understanding that the law should prevail, that all acts should be managed in a lawful manner, not by the arbitrary will of the people. In addition to the need for ideas that inspire political societies to accept the rule of law, it is also necessary to provide a well-established practice of incorporating the rule of law principles in order to apply them in reality.⁵

The legal norms of domestic legislation, which directly or indirectly protect the rights and regulate the position of elderly persons in Serbia, are contained in numerous legal acts and bylaws, strategies, decisions and other documents. Their explicit guidance is necessary and justified, in order to present and analyze in a single place all available, valid documents in one place in the most consistent way, to the public. The impression is that beyond the professional public's treatment, in terms of their professional occupation, there is insufficient knowledge of the diversity, as well as the dissatisfaction of the legal norms in the elderly. These are norms: on the prohibition of discrimination, in the area of criminal and civil legislation, on social protection and on the provision of social security of citizens, on health care, pension and disability security. Republic of Serbia has also adopted specific strategic goals of the population policy, where, in addition to the general strategic goals, the elderly are also prescribed. For all listed documents, there were no pretensions of presentation and analysis according to the principles of the hierarchy of legal acts, but on the subject determination and emphasis on the position of the elderly category of population in our country.

The term family solidarity is not found in any of these documents. This article discusses issues related to the relationship of family members and society as a

⁴See also the full text: M. Kostic, *The Victimology of the Elderly* (Виктимитет старих особа), "Access to justice - instruments for the implementation of European standards in the legal system of the Republic of Serbia" (Приступ правосуђу - инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије), Thematic Collection of Works. Book. 3 / Niš: Center for Publications of the Law Faculty, 2009, p. 349-388.

⁵See: Konstantinović-Vilić, S., Kostić, M., Miladinović, D., "Pravo na pravnu pomoć i kvalitet pravne pomoći pružene građanima u krivičnom postupku i postupku izdržavanja kazne" (The right to legal aid and the quality of legal assistance rendered to citizens in criminal proceedings and the procedure of serving sentences), Faculty of Law, University of Niš, Publications Center, Niš 2007, p. 15.

whole towards the elderly. Doing “real things” sometimes does not correspond to real situations, especially in times of disasters, such as the Covid 19 pandemic, even when “real things” are clearly regulated. Are the norms alone enough to have a larger atmosphere of family solidarity that would reflect on society as a whole? The paper used the socio-legal method, with the aim of pointing out that it is necessary to know the norms in order to better implement them in real life.

2. Strategies and different strategic goals

The strategy itself is a plan of action designed to achieve the desired goal. Law on the Planning System Law of the Republic of Serbia prescribes that a public policy document is a planning document by which participants in the planning system, in accordance with their competencies, determine or elaborate already established public policies. The types of policy documents are: strategy; program; policy concept, and action plan (Article 10).⁶

The main goal of the National Strategy on Aging is to “create an integrated and coordinated policy based on the contemporary scientific knowledge and obligations assumed from the above documents - that the society and the economy of the Republic of Serbia, first and foremost, will be coordinated with the demographic and social protection, labor market and education changes - in order to create a society for all time, which especially tends to satisfy needs and free the unused potential of older people. “ The strategy is based on the following basic principles: lifelong development of the individual; promotion and protection of all human rights and fundamental freedoms; providing economic and social security and quality of life in old age; enabling full integration and participation of older persons in the community; the elimination of all forms of social neglect due to the decline in functional abilities in old age and disability; engaging in the realization of gender equality; respect for diversity and, consequently, different needs among the elderly population; promotion of intergenerational and intragenerational transfer, solidarity and dialogue; establishing partnerships at all levels: governments, NGOs, the private sector and between the elderly themselves; achieving equal opportunities for all; affirmation of personal responsibility.

Starting from the principles outlined, a set of interrelated obligations in various policy areas, organized around ten directions of action and concrete measures that follow from them, are determined in order to adequately respond to the multiple and intertwined challenges and circumstances of the aging of the

⁶ *Закон о plansком систему RS*, „Sl. glasnik RS“, (Law on Government, “Official Gazette of the Republic of Serbia”), number: 55/2005, 71/2005, 101/2007 and 65/2008. 6/2011, 68/2012 - odluka US, 72/2012, 7/2014 - odluka US, 44/2014 i 30/2018 - dr. zakon)

population, so that the Republic becomes a society for all generations and aging in dignity.⁷

The Strategy for the Development of Social Protection⁸ stipulates that the development of social protection will take place through reform processes that rely on the international and European goals of general economic and social development of the society, the reduction of poverty, and the provision of better protection of vulnerable groups: children, disabled and elderly people, as well as marginalized groups of citizens. The total changes in the political, economic and value system, as well as unfavorable demographic trends, have led to the deteriorated social balance of our society. The consequences are a huge increase in unemployment, poverty and social stratification, and an increased vulnerability of children, frail and elderly people, due to the reduced ability of the family and society to realize their protective role.

The Strategy stresses that the lack of diverse forms of support in the natural environment, as well as small accommodation capacities, is noticeable in the provision of social services for the elderly. About 7,800 users are housed in homes. There is a statement that in some institutions there are waiting lists for reception, and in some local communities there is no accommodation at all because there are no built capacities. The quality of services in existing institutions is uneven, it does not always provide adequate support for preserving the psycho-physical potentials of the users and improving their quality of life. These institutions accommodate a significant number of users with medical indications, psychiatric problems and chronic illnesses, up to terminal conditions, often without adequate material and personnel conditions.

Timely and effective protection of children, the elderly and persons with disabilities can be ensured by building a social protection policy that actively prevents the occurrence of social difficulties in society and the harmonized functioning of the social and health care system, the employment, education, police and judicial systems. Strategija stresses the necessity of building a policy in the area of social protection, which would include activities of the Parliament, the Government, the Ministry of Labor, Employment and Social Policy, other relevant ministries, government councils and local self-governments, in the review and restructuring of the social protection system. One way is to develop harmonized strategic and action plans in the narrower areas that belong to social protection with persons with disabilities, elderly people, victims of domestic violence.

⁷ Read more full text: *Nacionalna strategija o starenju*, „Sl. glasnik RS”, (National Strategy on Aging, “Official Gazette of RS”), 76/2006.

⁸ *Strategija razvoja socijalne zaštite*, „Sl. glasnik RS”, (Strategy for Social Protection Development, “Official Gazette of RS”), No. 108/2005.

In the Strategy, the model of professional work in the existing social care system is described as a classic medical approach, which is aimed at determining the disadvantages and pathological state and behavior of an individual. The central professional procedure is diagnostic, focused primarily on determining the "category", ie the characteristic group of beneficiaries, who enjoys certain protection, so it is emphasized that the needs of some particularly vulnerable groups - children and adults, in this way remain insufficiently recognized. At the same time, certain dominant phenomena or those designated as such are not considered in the complex context of the social, physical, emotional and financial situation of the individual, family and the narrower social environment. This is particularly noticeable in multiproblemal families, children with disabilities, people with disabilities and the elderly. Such a model is essentially paternalistic because it passivizes and stigmatizes the user, and does not respect the strengths and potentials of the individual, family, and social environment.

As one of the solutions, Strategy denotes the necessity of encouraging the development of the private sector in the provision of social services. These services can be commercialized and their shortcomings are characteristic throughout the territory of the Republic of Serbia. Therefore, the Strategy states that "diverse and acceptable services are essential for the daily life of a family of working people who are engaged in day-care for children with developmental disabilities, disabled people and elderly and disabled persons."

The number of disabled and elderly citizens living in single households is also significant. The goal is that potential users, according to their needs and material possibilities, have the right choice for using support, which will enable them to have a productive and independent life in the community. The state must ensure, with the quality control of services, equal status for these institutions in using budget funds for the service rendered to the user, as well as encouraging investment investments for the provision of services.

The National Strategy for the Improvement of Women's Position and the Promotion of Gender Equality,⁹ among other things, points out that the basic difficulties in employing women are inadequate qualifications, older age discrimination than men, pressures to postpone marriage and parenthood, sexual blackmail and others. Therefore, one way is to promote employment and work policies, which contributes to the harmonization of working conditions and family life (the European model of career and family balance), by improving the organization of care for the elderly as well as chronically ill patients, for example, as

⁹ *Nacionalna strategija za poboljšanje položaja žena i unapređivanje rodne ravnopravnosti*, „Sl. glasnik RS“, (National Strategy for the Improvement of the Position of Women and Promotion of Gender Equality, "Official Gazette of RS"), 15/2009.

well as the implementation of a public campaign for encouraging men to equally participate in fulfilling family responsibilities, taking care of children and the elderly and ill family members.

In this National Strategy, violence against women is defined as "every act of gender-based violence that results in or may result in physical, psychological or sexual harm or the suffering of women, including threats to such acts, restriction or arbitrary deprivation of liberty, regardless of is happening in the sphere of public or private life." Violence is especially exposed to women from marginalized and multi-discriminated groups (Roma women, disabled women, refugees and displaced women, victims of war, women living in same-sex communities, women with psychologically altered behavior, women dependent on alcohol, drugs and medicines, HIV/AIDS virus, chronic patients, migrant women, poor women, women's children, elderly women, rural women and other multiple-discriminated groups).

Care for the health of the population of Serbia is presented in several specific strategies, some of which are related to older persons. The Public Health Strategy of the Republic of Serbia¹⁰ is a support to the fulfillment of social care for health, ensuring the conditions in which the population can be healthy and forming the basis for making decisions on actions for improving the health and quality of life of the population of the Republic of Serbia. The Strategy, among other things, envisages the development of new, revision of existing, implementation and evaluation of programs targeted at specific population groups, especially women, children, the working population and the elderly. The Public Health Strategy of the Republic of Serbia 2018-2026¹¹ continues the same goals, and it is said that "public health is the science and art of disease prevention, prolongation of life and improvement of health through organized efforts of society. Public health can also be considered through the structures and processes by which the health of the population is understood, preserved and improved" (introduction).

Then, in the Mental Health Development Strategy,¹² it is pointed out that in the general lack of resources in the country it is necessary to identify especially vulnerable groups whose mental health is at risk. These groups include: school population, elderly, refugees or members of minority groups. There is a claim that according to the WHO data, as well as the data from the conducted domes-

¹⁰ *Strategija javnog zdravlja Republike Srbije*, „Sl. glasnik RS“, (Public Health Strategy of the Republic of Serbia, "Official Gazette of the Republic of Serbia") number 22/2009.

¹¹ *Strategija javnog zdravlja u Republici Srbiji 2018-2026. godine*, „Sl. glasnik RS“, (Public Health Strategy of the Republic of Serbia 2018-2026, "Official Gazette of the Republic of Serbia") 61/2018.

¹² *Strategija razvoja zaštite mentalnog zdravlja*, „Sl. glasnik RS“ (Strategy for the Development of Mental Health Protection, "Official Gazette of RS"), No. 8/2007.

tic research, a large number of elderly people have mental disorders. Yet, the mental health services of the elderly are underdeveloped in our midst, as well as in most of the world, that is, they are unwilling to face the challenge of the aging population. There is a lack of educated staff, lack of motivation to deal with this area, and a lack of network services in which old people with mental disorders would be treated.

The Strategy emphasizes the necessity to stop discrimination by age, to promote the autonomy of the individual's life, as well as the possibility of independent life of the elderly, and to enable their participation in all important segments of the society. Therefore, it is necessary that the mental health protection of the elderly population is carried out in the community, based on the identified needs of users and their environment, by experts and society. This protection includes preventive interventions, as an alternative, or supplementation to traditional clinical services. A network of institutions should be created in which old people are treated in different ways, with the necessary continuous education of experts and society as a whole. Antistigm campaigns are important for this population (old people with mental disorders are twice stigmatized - due to age and mental disorders themselves).

Otherwise, the Strategy emphasized that the systems of mental health protection in the region must be protected as any other human rights and that an effective response to the individual and social consequences of tragic historical events and the destruction of society should prevent the impact particularly on vulnerable groups, such as children and young people, women and the elderly.

In the Strategy for the Prevention and Control of Chronic Noncommunicable Diseases,¹³ data from 2006 show that in Serbia 16.8% of adults have rheumatic disorders, over 40% have or have had joint pains, and more than 50% of back pain. These health disorders occur at every age and are the most common cause of disability, but it is important that their incidence is increasing with aging. The following data on older people and higher exposure of chronic non-communicable diseases is that the second group with the above-average risk of poverty in Serbia is represented by persons older than 65 years, whose relative poverty risk was 13.4% higher than the poverty risk of the total population.

Another important document is the Strategy for Palliative Care,¹⁴ which is assessed as a document of national importance for determining a comprehensive

¹³ *Strategija za prevenciju i kontrolu hroničnih nezaraznih bolesti*, „Sl. glasnik RS“, (Strategy for the Prevention and Control of Chronic Noncommunicable Diseases, "Official Gazette of RS"), No. 22/2009.

¹⁴ *Strategija za palijativno zbrinjavanje*, „Sl. glasnik RS“, (Strategy for Palliative Care, "Official Gazette of RS"), No. 17/2009.

and harmonized state policy in order to develop the health system of the Republic of Serbia. Palliative care is an approach that improves the quality of life of the patient and family, facing the difficulties that accompany life-threatening diseases through the prevention and elimination of suffering through early detection and infallible assessment and treatment of pain and other difficulties: physical, psychosocial and spiritual (World Health organization in 2002).

The reasons for the adoption of the Strategy are the growing need for this type of health care, resulting from the aging of the population of the Republic of Serbia and an increasing number of people with progressive diseases (cardiovascular diseases, malignancies, diabetes, neuromuscular, cerebrovascular diseases), HIV / AIDS Traffic, Traumatism, etc. Considering the health and social needs of the population, it also refers to the fact that in the Republic of Serbia there are 947,000 households with persons older than 65 years (37,5% of the total number of households). Also, the majority of single households in the Republic of Serbia are old-age households. In 52.8% of cases, elderly households are persons older than 65 years, and in 23.9% of cases, these are households with persons aged between 50 and 64 years. The largest percentage of the population, who can not perform activities related to personal care without the help of another person, are persons aged 65-74.

The strategy for improving the position of persons with disabilities in the Republic of Serbia¹⁵ is aimed at realizing activities that lead to greater inclusion of persons with disabilities in social flows, which directly contributes to the improvement of the position of not only persons with disabilities, but also other sensitive groups (for example, old people, children, minorities, rural population, talented students, etc.). The next one, Strategy for improving the position of persons with disabilities in the Republic of Serbia for the period 2020 to 2024¹⁶ is adopted according to the social policy in EU.

The Migration Management Strategy¹⁷ determines the management of migrations as a regulated system that constitutes a clear migration policy and a planned and organized management of migration flows, with an appropriate contribution to the regulation of migration at the regional and global level. Explaining the internal migration movements, the Strategy stated that during the 1990s

¹⁵ *Strategija unapređenja položaja osoba sa invaliditetom u Republici Srbiji*, „Sl. glasnik RS“, (Strategy for Improving the Position of Persons with Disabilities in the Republic of Serbia, "Official Gazette of the Republic of Serbia"), No. 1/200 .

¹⁶ *Strategija unapređenja položaja osoba sa invaliditetom u Republici Srbiji za period 2020. do 2024. godine*, „Sl. glasnik RS“, (Strategy for Improving the Position of Persons with Disabilities in the Republic of Serbia 2020-2024) "Official Gazette of the Republic of Serbia", 44/2020.

¹⁷ *Strategija za upravljanje migracijama*, „Sl. glasnik RS“ (Migration Management Strategy, "Official Gazette of RS"), No. 59/2009.

there were numerous socio-economic and political changes that affected the dynamics of the population and increased the impact of decades of uninterrupted migration from the village to the city. Although the villages are demographically older, the demographic aging process is faster in urban areas, due to the return effect of precisely these movements.

Thanks to the influx of young people able to work, who came from the village, the cities had a better demographic structure. By the passage of time, most of these generations entered the group of the old population, and the number of children in their families was smaller than in the countryside, far below the need for a simple restoration of the population. The document further notes that the continuation of this trend should be expected in the upcoming period. The previously expressed unfavorable demographic situation with aging in the AP Vojvodina and the eastern part of the Republic of Serbia has spread over the last twenty years to the entire Republic of Serbia. This was influenced by economic migration, on the one hand, and forced migration intensified during the 1990s, on the other.

Old people are indirectly also interested in the Serbian Agricultural Development Strategy,¹⁸ which emphasizes that the difficulties of rural areas are different. The population that remains often is relatively old and quite difficult to adapt to the new circumstances and is more dependent on public services, in particular from the health service. One of the key characteristics of demographic development in the Republic of Serbia is the increasingly unfavorable age structure. Changes in the age structure in the period 2002-2011. years, indicate the continuation of the process of declining participation of young people, while increasing the share of older people. The parameters of the age structure of the rural population are even more unfavorable. Every fifth inhabitant of a village in the Republic of Serbia is older than 65, while in the region of southern and eastern Serbia it is every fourth. Coefficients of age dependence in rural areas, excluding the area of AP Vojvodina, indicate that for every inhabitant older than 65, there are three (in some areas even less) those aged 15-65. On the other hand, the ratio of young and old population shows that for every 100 inhabitants over the age of 65, there are only 69 of those under the age of 15 (in Southern and Eastern Serbia only 52).

¹⁸ *Strategija poljoprivrede i ruralnog razvoja Republike Srbije za period 2014-2024. godine*, „Sl. glasnik RS“ (Agriculture and Rural Development Strategy of the Republic of Serbia for the period 2014-2024. "Official Gazette of RS"), 85/2014.

The Strategy for the Development of Adult Education in the Republic of Serbia¹⁹ is an invitation to create a learning culture, a social organization and a knowledge-based economy and the improvement of the abilities and achievements of adult people. And this document highlights the fact that the rate of natural growth is drastically reduced, while the average life span is prolonged, resulting in a constant increase in the number of people over 60 years of age in the total population. Therefore, the adult education system should be available to all categories of adults. It is open to different social groups and categories of the population, such as: poor, refugees, adults with special needs, members of minority groups, long-term unemployed, adult young people without qualifications, women, older workers facing the risk of losing work, high those who are unemployed, as well as other categories of highly educated adults who have the need for professional development.

Certain issues of elderly people, especially those belonging to other nationalities, or national minorities, such as Roma, are described in the Strategy for the Advancement of the Status of Roma in the Republic of Serbia. The Strategy sets the basis for improving the position of Roma²⁰ in the Republic of Serbia and reducing the gap between the Roma population and the rest of the population, and for identifying and implementing measures of affirmative action in the fields of education, health, employment and housing. The age structure and average age of Roma differ significantly from the general population. Most Roma are children under six years of age (slightly more than 11% of the total Roma population), and age groups then declining progressively.

The aging population of the Roma population is 0.15, which is completely opposite of the aging index of the total population in the Republic of Serbia, which is 1.01. The average age of Roma women and men is about the same (27.6 years for women and 26.7 for men), which is 14 or 12 years lower than the average age of women and men in the Republic of Serbia. It is estimated that the lifespan of Roma in about 10 to 12 years is shorter compared to the general population. The youngest children, women in the generational period and the old Roma are especially vulnerable, then old women (who are in 80% illiterate cases), young mothers, single mothers and children. Women's Roma organizations and local health centers should organize the education of young mothers and young,

¹⁹ *Strategija razvoja obrazovanja odraslih u Republici Srbiji*, „Sl. glasnik RS“ (Strategy for the Development of Adult Education in the Republic of Serbia, "Official Gazette of the Republic of Serbia"), No. 1/2007.

²⁰ *Strategiji za unapređivanje položaja Roma u Republici Srbiji*, „Sl. glasnik RS“, (Strategy for Improving the Position of Roma in the Republic of Serbia, "Official Gazette of the Republic of Serbia"), No. 27/2009.

middle-aged and elderly Roma women on health issues, with adequate access and in Romani language.

3. Norms on the prohibition of discrimination

The Constitution of the Republic of Serbia²¹ in Art. 21 entitled “Prohibition of Discrimination” prescribes that all are equal before the Constitution and the law. Everyone has the right to equal legal protection, without discrimination. Any discrimination, direct or indirect, on any ground, and in particular based on race, gender, nationality, social origin, birth, religion, political or other belief, property, culture, language, age and mental or physical disability, is prohibited. They are not considered to be discrimination of special measures that the Republic of Serbia can introduce in order to achieve full equality of persons or groups of persons who are essentially in unequal position with other citizens.

The general prohibition of discrimination, forms and cases of discrimination, as well as the procedures for protection against discrimination are regulated by the Law on the Prohibition of Discrimination.²² In this law: the terms “discrimination” and “discriminatory treatment” mean any unjustified making of a difference or unequal treatment or omission (exclusion, limitation or giving priority) in relation to persons or groups, and to members of their families or close associates, in an open or covert manner, based on race, color, ancestry, nationality, nationality or ethnic origin, language, religious or political beliefs, gender, gender identity, sexual orientation, wealth, birth heralding, health status, disability, marital and family status, convictions, age, appearance, membership in political, trade union and other organizations and other real or supposed personal qualities (Article 2, paragraph 1, item 1).

Chapter III of the Law entitled “Special cases of discrimination” prescribes that it is forbidden to discriminate against persons based on the age. Old people have the right to dignified living conditions without discrimination, and in particular, the right to equal access and protection against neglect and harassment in the use of health and other public services (Article 23). The law also provides for penal provisions for non-respect of the prohibition of discrimination. Thus, in Chapter VIII, “Penal Provisions” are prescribed for penalties with a fine from 10,000 to 100,000 dinars for a misdemeanor legal entity or entrepreneur if he neglects or disturbs the person on the basis of his age in the provision of health or other public services (Article 23, paragraph 1), while the responsible person

²¹ *Ustav Republike Srbije*, „Sl. glasnik RS“, (The Constitution of the Republic of Serbia, “Official Gazette of the Republic of Serbia”), number: 83/2006 and 98/2006.

²² *Zakon o zabrani diskriminacije*, „Sl. glasnik RS“, (Law on the Prohibition of Discrimination, “Official Gazette of RS”), 22/2009, 52/2021.

in the legal entity, ie in the public authority, as well as a natural person (Article 58) shall be fined for a misdemeanor from 5,000 to 50,000 dinars.

The Labor Act²³ also prescribes certain rights of employees²⁴ and general protection of employees that are directly related to age issues, as well as the prohibition of discrimination of those seeking employment or already employed, inter alia, with regard to age.

The provisions of the Labor Act clearly prohibits discrimination.²⁵ Namely, direct and indirect discrimination against job seekers and employees due to gender, birth, language, race, skin color, age, pregnancy, health status, disability, nationality, religion, marital status, family obligations are prohibited. , sexual orientation, political or other belief, social origin, property, membership in political organizations, trade unions or any other personal property (Article 18).

In this regard, direct discrimination, in the sense of the Law, is any act caused by some of the grounds referred to in Article 18, which places the person seeking employment as well as the employee in a more unfavorable position in relation to another person in the same or similar situation. Indirect discrimination exists when a certain seemingly neutral provision, criterion or practice puts or puts in a more unfavorable position in relation to other persons - the person seeking employment as well as the employee, due to a certain characteristic, status, determination or belief under Article 18 of the Act (Article 19). Also, the Law prescribes that discrimination under Article 18 is prohibited in relation to: 1) conditions for employment and selection of candidates for performing a particular job; 2) working conditions and all rights deriving from employment; 3) education, training and training; 4) promotion at work; and 5) termination of employment contracts. The provisions of the labor contract which determine discrimination on one of the grounds referred to in Article 18 of this Law are null and void (Article 20).

²³ *Zakon o radu*, „Sl. glasnik RS“, (Labor Law, "Official Gazette of RS"), 24/2005, 61/2005 and 54/2009. 32/2013, 75/2014, 13/2017 - odluka US, 113/2017 i 95/2018.

²⁴ In regulating the rights of employees, the Law stipulates that the employee has the right to adequate earnings, safety and protection of life and health at work, health care, personal integrity protection and other rights in case of illness, reduction or loss of working ability and age, material security during temporary unemployment, as well as the right to other forms of protection, in accordance with the law and the general act (Article 12).

²⁵ In cases where there is an increased risk of injuries, professional or other illnesses can only be employed by an employee who, in addition to the special conditions established by the Rules, meets the conditions for work in terms of health status, psycho-physical abilities and the age of life, in accordance with the law (Art. 82).

Prohibition of discrimination is also prescribed by the provisions of the Law on Health Care,²⁶ in which Article 21 prescribes the principle of equity of health care. This principle is achieved by prohibiting discrimination in the provision of health care based on race, gender, age, nationality, social origin, religion, political or other belief, state of affairs, culture, language, type of illness, mental or physical disability.

4. Standards on Social and Health Care, pension and disability security

The Law on Social Protection²⁷ prescribes the right to accommodation in a social care institution to the pensioner and to another old person who, due to unfavorable: health, social, housing and family circumstances, is unable to live in the family or in the household. Accommodation in the institution of social protection is done according to the decision of the Center for Social Work, made on the basis of findings and opinions of the appropriate expert team of the Center on the necessity of accommodation. The finding and opinion should include the assessment that the prescribed conditions have been fulfilled, as well as the finding that the Center has timely examined the possibility and taken measures to provide non-institutional form of protection and that, in the specific case, the accommodation in the institution of social protecting the most appropriate form of protection.

Accommodation in the institution of social protection is realized by sending the beneficiaries to the appropriate institution, which provides:²⁸ care (housing, food, clothing, nursing, assistance and care), upbringing and education, training for certain work activities and health care in accordance with special regulations,²⁹ work-occupation, cultural-entertainment and recreational-re-

²⁶ *Zakon o zdravstvenoj zaštiti*, „Sl. glasnik RS“, (Law on Health Care, “Official Gazette of RS”), 25/2019.

²⁷ *Zakon o socijalnoj zaštiti*, „Sl. glasnik RS“, (Law on Social Protection, “Official Gazette of RS”, 24/2011.

²⁸ It is significant that the adoption of the *Pravilnika o učešću srodnika u izdržavanju korisnika prava u socijalnoj zaštiti* (Rulebook on the participation of relatives in the maintenance of beneficiaries of rights in social protection) (“Official Gazette of RS”, No. 36/93, 88/93, 20/94, 35/97, 61/01, 99/04, 100/04, 10/06), where in Art. 1 stipulates that criteria and criteria for determining the participation of persons who are related as well as under the rules on marriage and family relations, maintenance tax in the maintenance of a person incapable of work, in the costs of accommodation of users in the social protection institution or in another family, as well as for determining the funds for the personal needs of persons using accommodation.

²⁹ The Law on Health Care of the Republic of Serbia in Article 88 provides that health care and rehabilitation for persons placed in social welfare institutions shall be provided as a primary health care activity.

habilitation activities and social work services. Exceptionally, accommodation may also be performed at a stationary health institution that meets the conditions for providing accommodation services, as well as in students' homes or students when the user is referred to training for work, on the basis of a service contract concluded by the Center for Social Work with by the appropriate institution, upon obtaining the opinion of the ministry responsible for social affairs. During pandemic Covid 19 Republic of Serbia has adopted the Order on prohibition of visits and restrictions on movement in facilities of institutions for accommodation of the elderly³⁰.

According to the provisions of the Law on Pension and Disability Insurance³¹ in Art. 3 stipulates that mandatory pension and disability insurance provides for rights in the event of age, disability, death and physical damage. The law also prescribes voluntary pension and disability insurance, which it determines as an insurance that, under the contract, can provide for rights in the event of age, disability, death and bodily injury, or a greater extent of those rights than the extent determined by this Law, as well as other rights under this Law. (Article 4). In the case of old age, the Law prescribes the right to old age pension (Article 18, paragraph 1, item 1).³²

In the area of health care, Article 68 of the Constitution stipulates that everyone has the right to the protection of his physical and mental health. Children, pregnant women, mothers during maternity leave, single parents with children up to the age of seven and old ones receive healthcare from public revenues, if they do not exercise otherwise, in accordance with the law.

³⁰ *Naredba o zabrani poseta i ograničenju kretanja u objektima ustanova za smeštaj starih lica*, „Sl. glasnik RS”, (Order on prohibition of visits and restrictions on movement in facilities of institutions for accommodation of the elderly, “Official Gazette of RS”), 28/2020, 66/2020, 87/2020 i 7/2021.

³¹ *Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju*, „Sl. glasnik RS”, (Law on Pension and Disability Insurance, “Official Gazette of RS”), 34/2003, 64/2004, 84/2004, 85/2005, 101/2005 and 63/2006. odluka USRS, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014, 142/2014, 73/2018, 46/2019 - odluka US i 86/2019

³² As alternative options, in the modern world there are more and more serious proposals that mothers in the elections should have an additional vote for every minor child, and that they have to pay the part of their pension insurance directly to their parents. In this way, the able-bodied parents would be stimulated to have more children who would, in their old age, increase their pensions with their own payments. The last solution would again be in the situation that our children “wound” wound us. See: *Odluka o donošenju programa demografskog razvoja Autonomne pokrajine Vojvodine sa merama za njegovo sprovođenje*, „Sl. list AP Vojvodine”, (Decision on adopting the program of demographic development of the Autonomous Province of Vojvodina with measures for its implementation, “Official Gazette of Vojvodina”), number 3/2005.

The Law on Health Care in Article 11 stipulates that in Serbia health care is provided under equal conditions by providing health care for population groups that are exposed to increased risk of illness, then health care of persons related to prevention, suppression, early detection and the treatment of diseases of greater social and medical importance, as well as the health protection of the socially vulnerable population. Health care includes special persons older than 65 years of age. The law also envisages the establishment of special institutes for gerontology, as health institutions in which the health care of the elderly is carried out, and implements measures for preserving and improving the health and prevention of diseases of this population group, as well as performing home treatment and care, palliative care and rehabilitation of old people person (Article 106).

Also, the Law prescribes that the number and age structure of the population, as well as the health status of the population, among other things, are important when establishing health institutions with state-owned assets (Article 47). In addition, a healthcare worker, a beneficiary of an old-age pension, may, with the approval of the health care chamber, establish the work of private practice (Article 55).

5. Conclusion

Victimological research accomplishes its main contribution by identifying, revealing and making visible all those biological, psychological, social and situational factors and the characteristics of individuals / victims, as part of special events, within which the illicit behavior or manifestation of illicit behavior has occurred. Given that the elderly victim's allegedness suggests that they are more likely to become victims of criminal offenses or some other forms of illicit behavior, it would be an effort to make the prevention measures more successful and more fruitful.

Victimology is a purposeful scientific discipline, and therefore the knowledge and theoretical achievements in its framework have a very practical application. Preventive measures based on victimological knowledge can greatly contribute to "organized social action"³³ to prevent the victimization of elderly people, if not suppressing it, and at least minimize the consequences of illicit procedures against them.

Measures of preventive action, given that they are applied, may be predindividual or post-partmental measures. Likewise, according to the subjects that take these measures, the activities of legislative bodies, judicial, executive and

³³ See: Šeparović, Z., *Viktimologija – studije o žrtvama*, (Victimology - Studies on Victims), Informator, Zagreb, 1998., p. 243.

other social bodies are differentiated, and in that sense the normative solutions on the international and domestic plan, which are provided for criminal, civil law and social protection of all citizens, especially the elderly.³⁴

However, it is also necessary to present some of the contents of the general social policy, that is, social protection and social security policies, which can also reduce the possibility of displaying illicit procedures against the elderly.

The onset of new living conditions in the pandemic, which lasts for almost twelve months, and was declared on the territory of our country on March 20, 2020, by the Order declaring the epidemic of infectious disease Covid 19³⁵ among others, those directly related to safe and healthy work, such as the Rulebook on preventive measures for safe and healthy work to prevent the occurrence and spread of an epidemic of infectious diseases.³⁶

Literature

An environment for the elderly in their measure (Окружење за старе по њиховој мери), Social Issue, “Journal of Theory and Criticism of Social Ideas and Practice” (Социјална мисао), Belgrade, April-September, 2-3 / 2003, p. 146.

M. Kostic, *The Victimology of the Elderly* (Виктимитет старих особа), “Access to justice - instruments for the implementation of European standards in the legal system of the Republic of Serbia” (Приступ правосуђу - инструменти за

³⁴ See more in works of M. Kostic: „Prevenција viktimizacije ostarelih lica“, *Zbornik radova: Porodično nasilje, empatija i profesionalizam pomagača*, XIII Oktobarski susreti u socijalnoj zaštiti: „Porodično nasilje – empatija i profesionalizam pomagača“, Niska Banja 1.11.2007., Asocijacija centara za socijalni rad Srbije, Vrnjaska Banja, 2007., p. 113-129.; „Starenje i viktimizacija (međunarodni dokumenti o sprečavanju diskriminacije/viktimizacije starih osoba)“, „Prístup pravosuđu – instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije“, (book no.4): Center for Publications of the Law Faculty in Nis, Niš, 2008., p. 345-372.; „Pregled međunarodnih dokumenata o sprečavanju diskriminacije/viktimizacije starih osoba“, *Pravna riječ*, no. 20/2009 Association of Lawyers of Republika Srpska, Banja Luka, p. 709-724.; „Viktimitet starih osoba (regulisanje pravnog položaja i zaštite starijih (ostarelih) osoba od svih oblika diskriminacije/viktimizacije kod nas)“, *Prístup pravosuđu - instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije*: collection on labors, book no. 3 / Nis :): Center for Publications of the Law Faculty in Nis, 2009., p. 349-388.

³⁵ *Naredba o proglašenju epidemije zarazne bolesti Covid 19*, “Sl. glasnik RS”, (Order declaring the epidemic of infectious disease Covid 19, 3”Official Gazette of RS”), 7/2020.

³⁶ *Pravilnik o preventivnim merama za bezbedan i zdrav rad za sprečavanje pojave i širenja epidemije zarazne bolesti*, “Sl. glasnik RS”, (Rulebook on preventive measures for safe and healthy work to prevent the occurrence and spread of an epidemic of infectious diseases, “Official Gazette of RS”), 94/2020.

имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије), Thematic Collection of Works. Book. 3 / Niš: Center for Publications of the Law Faculty, 2009, p. 349-388.

Konstantinović-Vilić, S., Kostić, M., Miladinović, D., "*Pravo na pravnu pomoć i kvalitet pravne pomoći pružene građanima u krivičnom postupku i postupku izdržavanja kazne*" (The right to legal aid and the quality of legal assistance rendered to citizens in criminal proceedings and the procedure of serving sentences), Faculty of Law, University of Niš, Publications Center, Niš 2007.

Zakon o planskom sistemu RS, „Sl. glasnik RS“, (Law on Government, "Official Gazette of the Republic of Serbia"), number: 55/2005, 71/2005, 101/2007 and 65/2008. 6/2011, 68/2012 - odluka US, 72/2012, 7/2014 - odluka US, 44/2014 i 30/2018 - dr. zakon)

Nacionalna strategija o starenju, „Sl. glasnik RS“, (National Strategy on Aging, "Official Gazette of RS"), 76/2006.

Strategija razvoja socijalne zaštite, „Sl. glasnik RS“, (Strategy for Social Protection Development, "Official Gazette of RS"), No. 108/2005.

Nacionalna strategija za poboljšanje položaja žena i unapređivanje rodne ravnopravnosti, „Sl. glasnik RS“, (National Strategy for the Improvement of the Position of Women and Promotion of Gender Equality, "Official Gazette of RS"), 15/2009.

Strategija javnog zdravlja Republike Srbije, „Sl. glasnik RS“, (Public Health Strategy of the Republic of Serbia, "Official Gazette of the Republic of Serbia") number 22/2009.

Strategija javnog zdravlja u Republici Srbiji 2018-2026. godine, „Sl. glasnik RS“, (Public Health Strategy of the Republic of Serbia 2018-2026, "Official Gazette of the Republic of Serbia") 61/2018.

Strategija razvoja zaštite mentalnog zdravlja, „Sl. glasnik RS“ (Strategy for the Development of Mental Health Protection, "Official Gazette of RS"), No. 8/2007.

Strategija za prevenciju i kontrolu hroničnih nezaraznih bolesti, „Sl. glasnik RS“, (Strategy for the Prevention and Control of Chronic Noncommunicable Diseases, "Official Gazette of RS"), No. 22/2009.

Strategija za palijativno zbrinjavanje, „Sl. glasnik RS“, (Strategy for Palliative Care, "Official Gazette of RS"), No. 17/2009.

Strategija unapređenja položaja osoba sa invaliditetom u Republici Srbiji, „Sl. glasnik RS“, (Strategy for Improving the Position of Persons with Disabilities in the Republic of Serbia, "Official Gazette of the Republic of Serbia"), No. 1/200 .

Strategija unapređenja položaja osoba sa invaliditetom u Republici Srbiji za period 2020. do 2024. godine, „Sl. glasnik RS”, (Strategy for Improving the Position of Persons with Disabilities in the Republic of Serbia 2020-2024) “Official Gazette of the Republic of Serbia”), 44/2020.

Strategija za upravljanje migracijama, „Sl. glasnik RS” (Migration Management Strategy, “Official Gazette of RS”), No. 59/2009.

Strategija poljoprivrede i ruralnog razvoja Republike Srbije za period 2014-2024. godine, „Sl. glasnik RS” (Agriculture and Rural Development Strategy of the Republic of Serbia for the period 2014-2024. “Official Gazette of RS”), 85/2014.

Strategija razvoja obrazovanja odraslih u Republici Srbiji, „Sl. glasnik RS” (Strategy for the Development of Adult Education in the Republic of Serbia, “Official Gazette of the Republic of Serbia”), No. 1/2007.

Strategiji za unapređivanje položaja Roma u Republici Srbiji, „Sl. glasnik RS”, (Strategy for Improving the Position of Roma in the Republic of Serbia, “Official Gazette of the Republic of Serbia”), No. 27/2009.

Ustav Republike Srbije, „Sl. glasnik RS”, (The Constitution of the Republic of Serbia, “Official Gazette of the Republic of Serbia”), number: 83/2006 and 98/2006.

Zakon o zabrani diskriminacije, „Sl. glasnik RS”, (Law on the Prohibition of Discrimination, “Official Gazette of RS”), 22/2009, 52/2021.

Zakon o radu, „Sl. glasnik RS”, (Labor Law, “Official Gazette of RS”), 24/2005, 61/2005 and 54/2009. 32/2013, 75/2014, 13/2017 - odluka US, 113/2017 i 95/2018.

Zakon o zdravstvenoj zaštiti, „Sl. glasnik RS”, (Law on Health Care, “Official Gazette of RS”), 25/2019.

Zakon o socijalnoj zaštiti, „Sl. glasnik RS”, (Law on Social Protection, “Official Gazette of RS”, 24/2011.

Pravilnika o učešću srodnika u izdržavanju korisnika prava u socijalnoj zaštiti (Rulebook on the participation of relatives in the maintenance of beneficiaries of rights in social protection) (“Official Gazette of RS”, No. 36/93, 88/93, 20/94, 35/97, 61/01, 99/04, 100/04, 10/06.

Naredba o zabrani poseta i ograničenju kretanja u objektima ustanova za smeštaj starih lica, „Sl. glasnik RS”, (Order on prohibition of visits and restrictions on movement in facilities of institutions for accommodation of the elderly, “Official Gazette of RS”), 28/2020, 66/2020, 87/2020 i 7/2021.

Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju, „Sl. glasnik RS“, (Law on Pension and Disability Insurance, "Official Gazette of RS"), 34/2003, 64/2004, 84/2004, 85/2005, 101/2005 and 63/2006. odluka USRS, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014, 142/2014, 73/2018, 46/2019 - odluka US i 86/2019

Odluka o donošenju programa demografskog razvoja Autonomne pokrajine Vojvodine sa merama za njegovo sprovođenje, „Sl. list AP Vojvodine“, (Decision on adopting the program of demographic development of the Autonomous Province of Vojvodina with measures for its implementation, "Official Gazette of Vojvodina"), number 3/2005.

Šeparović, Z., *Viktimologija – studije o žrtvama*, (Victimology - Studies on Victims), Informator, Zagreb, 1998., p. 243.

Naredba o proglašenju epidemije zarazne bolesti Covid 19, "Sl. glasnik RS", (Order declaring the epidemic of infectious disease Covid 19, 3"Official Gazette of RS"), 7/2020.

Pravilnik o preventivnim merama za bezbedan i zdrav rad za sprečavanje pojave i širenja epidemije zarazne bolesti, „Sl. glasnik RS“, (Rulebook on preventive measures for safe and healthy work to prevent the occurrence and spread of an epidemic of infectious diseases, "Official Gazette of RS"), 94/2020.

Др Миомира Костић,
Редовни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

**ПОРОДИЧНА СОЛИДАРНОСТ У СРБИЈИ (ПОСЕБАН
ОСВРТ НА УСЛОВЕ ПАНДЕМИЈЕ)**

Апстракт

У чланку аутор разматра питања старења и старости, која остају у домену социолошких, криминолошких, виктимолошких или медицинских студија, дебата и истраживања. Недовољно је познавање различитости, као и незадовољства законским нормама код старијих, као што су: о забрани дискриминације, у области кривичног и грађанског законодавства, о социјалној заштити и о обезбеђивању социјалне сигурности грађана, о здравственој заштити, пензијском и инвалидском осигурању. Термин породична солидарност не налази се ни у једном од ових докумената. У овом чланку се разматрају питања везана за однос чланова породице и друштва у целини према старијима. Радити „стварне ствари“ понекад не одговара стварним ситуацијама, посебно у временима катастрофа, као што је пандемија Ковид-а 19, чак и када су „праве ствари“ јасно регулисане. У раду је коришћен социо-правни метод, са циљем да се укаже да је неопходно познавање норми како би се што боље примениле у реалном животу.

Кључне речи: породична солидарност; старије особе; Ковид 19.

Др Зоран Радивојевић¹,
Редовни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

UDK: 341.645.2:347.951.2

Др Небојша Раичевић²,
Редовни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

ПРИВРЕМЕНЕ МЕРЕ ПРЕД СУДОМ ПРАВДЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ: СЛУЧАЈ ЧЕШКА ПРОТИВ ПОЉСКЕ³

Апстракт: Доношење привремених мера један је од споредних поступака пред Судом правде Европске уније који има за циљ да спречи да се будућа судска пресуда донета у корист подносиоца захтева покаже као илузорна и лишена правног дејства. По својој правној природи ове мере су акцесорне и провизорне у односу на поступак о главној ствари. За изрицање привремених мере неопходно је кумулативно испуњење три услова: постојање чињеница и правних разлога које на први поглед оправдавају основаност тужбеног захтева, хитност предузимања привремених мера и баланс између интереса подносиоца захтева и свих других интереса у конкретном случају. У пракси Суда правде ЕУ привремене мере су често коришћене, али тек недавно први пут су одређене у међудржавном спору када је у предмету Чешка против Пољске потпредседник Суда правде наложио туженој држави да одмах обустави ископавање лигнита у руднику Туров. Пошто Пољска није извршила ту меру, Суд је не захтев Чешке одредио Пољској да плати 500.000 евра за сваки дан кашњења у извршењу привремене мере.

Кључне речи: привремене мере, Суд правде ЕУ, размни изгледи за успех, хитност, баланс интереса, рудник лигнита Туров, животна средина, новчани пенали.

¹ e-mail: zoranr@prafak.ni.ac.rs

² e-mail: raicko@prafak.ni.ac.rs

³ Овај рад је резултат истраживања на пројекту „Одговорност у правном и друштвеном контексту” који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2021. до 2025. године.

1. Увод

Поред поступка по директим тужбама, који се може сматрати основним или главним,⁴ постоје споредни или инцидентни поступци пред Судом правде Европске уније. У њима Суд не одлучује у меритуму, већ решава о другим релевантим питањима у вези са суштином спора. Ови поступци нису детаљно регулисани прописима Суда, па се у случају потребе евентуалне празнине попуњавају правилима која важе у основном поступку. Они у принципу краће трају у односу на главни поступак и могу да, поред писмене фазе која је обавезна, обухвате и усмени део, односно усмену расправу.⁵ Уз то, споредни поступци могу имати приоритет у односу на поступак по директим тужбама, а неки од њих и у односу на све друге поступке.

Поступак у вези са привременим мерама један је од споредних поступака пред Судом правде ЕУ. Његово постојање последица је чињенице да правни поредак ЕУ почива на претпоставци да су акти које усвајају њене институције законити и у начелу примењиви.⁶ Сагласно том принципу, покретање поступка пред Судом нема суспензивно дејство на примену правног акта који се тужбом оспорава. Подношење директне тужбе, наиме, не одлаже извршење нити обуставља примену акта који је предмет такве тужбе.⁷

Пошто од обраћања Суду до доношења његове коначне одлуке о ваљаности оспореног акта може да протекне доста времена, доводи се у питање делотворност судске заштите која се пружа учесницима у поступку. Оваква спорост Суда, која посебно погађа индивидуалне субјекте, делимично се отклања управо кроз установу привремених мера. У том смислу ова уставна се појављује као облик судске заштите оне странке у поступку која оспорава законитост и примењивост правних аката донетих од стране институција ЕУ.⁸

⁴ Овај поступак се у литератури квалификује као нормалан (Т.С. Hartley, *The Foundation of European Union Law*, Oxford, 2014, p. 60), уобичајен (V. Knežević-Predić, *Ogled o suverenosti: suverenost i Evropska unija*, Beograd, 2001, str. 245) или типичан (N. Misita, *Osnovi prava Evropske unije*, Sarajevo, 2007, str. 878)

⁵ Више о карактеристикама ових поступака. Р. Етински, *Споредни поступци пред Међународним судом правде*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1996, бр. 1-3, стр. 35-36; Z. Radivojević, *Sporadni postupci pred Sudom pravde Evropske unije*, *Pravni život*, 2013, br. 12, str. 300.

⁶ M. F. Orzan, *The Procedural Features of Interim Relief Before the Court of Justice of the European Union*, in: F.M. Palombino et al. (Eds.), *Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals*, The Hague, 2021, p.200.

⁷ Чл. 278 Уговора о функционисању Европске уније (даље: УФЕУ).

⁸ K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, J. T. Nowak, *European Union Procedural Law*, Oxford, 2014, p. 563.

Основна сврха привремених мера, које одређује Суд када се то покаже потребним, јесте да се обезбеди пуно дејство тужбе у случају позитивног исхода спора за подносиоца захтева. Као што је сам Суд истакао, правила оснивачких уговора о судској заштити не смеју се уско тумачити, посебно у односу на привремене мере, јер у супротном постоји опасност да се створи празнина у судској заштити појединаца.⁹ Према томе, привремене мере имају за циљ да спрече да се будућа судска пресуда покаже као илузорна и лишена практичног дејства.¹⁰

Анализа правне природе привремених мера предмет је пажње аутора у првом делу овог рада. У другом се ближе разматрају врсте мера, услови допуштености захтева за одређивање привремених мера и поступак одлучивања о њиховом доношењу. Расправа се завршава детаљним освртом на привремене мере које је Суд правде недавно одредио у случају Чешке против Пољске.

2. Правна природа привремених мера

По својој правној природи привремене мере су акцесорне и провизорне. Оне су везане за поступак о главној ствари и правне акте и радње који су предмет директне тужбе. Њихов акцесорни карактер јасно произилази из одредаба оснивачког уговора који има у виду само обуставу примене акта који је оспорен и дозвољава одређивање других привремених мера једино у случају који је у току пред Судом.¹¹

У том погледу још су одређенији пословници Суда правде и Општег суда у којима се каже да је захтев за обуставу акта допуштен само ако је његов подносилац оспорио овај акт у главном поступку. Поред тога, пословницима је изричито прописано да је захтев за изрицање неке друге привремене мере допуштен само ако га поднесе страна у спору пред Судом и ако се односи на тај спорни случај.¹² Због оваквог акцесорног карактера, захтев за издавање наредбе о привременим мерама мора да се постави истовремено или после подношења тужбе којом се покреће поступак о главној ствари. Захтев поднет пре тога сматра се недопуштеним и биће у сваком случају одбачен.

⁹Case C-574713 PR, *France v. Commission*, Order of 21 January 2014, ECLI:EU:C:2014:36, para. 19.

¹⁰F. C. de la Torre, *Interim Measures in Community Courts: Recent Trends*, *Common Market Law Review*, 2007, vol. 44, pp. 273-274.

¹¹Чл. 279 УФЕУ.

¹²Чл. 160, ст. 1 и 2 Пословника Суда правде (*Official Journal*, 2012, L 265; са изменама: 2013, L 173; 2016, L 217; 2019, L 111; 2019, L 316) и чл. 156, ст. 1 и 2 Пословника Општег суда (*Official Journal* 2015, L 105; са изменама: 2016, L 217; 2018, L 240).

Имајући у виду акцесорну природу, Суд код одлучивања да ли ће прихватити захтев за изрицање привремене мере мора увек узети у обзир и допуштено тужбе у главној ствари. У овој фази поступка он се ипак ограничава само на површно испитивање тог питања са циљем да утврди да ли је тужбени захтев на први поглед допуштен¹³. Уколико нађе да је тужба очигледно недопуштена по било ком основу одбацитиће као недопуштен и захтев за одређивање привремених мера.¹⁴

Провизорни карактер привремених мера значи да је њихова важност двоструко ограничена. *Ratione temporis* оне су на снази само за одређени временски период. Њихово трајање може одредити сам Суд у свом решењу.¹⁵ Уколико, пак, овим решењем није одређен рок важења привремене мере, она у сваком случају престаје даном доношења коначне одлуке о главној ствари. Међутим, Суд може у сваком тренутку на захтев страна или *proprio motu* изречену меру изменити, проширити или поништити, водећи рачуна о околностима случаја.¹⁶

Ratione materiae посматрано, постојање привремене мере не прејудуцира мериторну одлуку у спору у коме је издата. Решење о изрицању мере, дакле, не сме ни на који начин да утиче на коначну одлуку Суда о главној ствари.¹⁷ У њему се не може одлучивати о спорним правним и чињеничним питањима нити унапред неутралисати дејство касније донете пресуде о меритуму.¹⁸ Приликом разматрања захтева за доношење привремене мере Суд се уопште не упушта у испитивање чињеничне и правне стране спора, јер би у супротном потпуно променио однос између мере и главног поступка.¹⁹ У исто време, он не сме да одреди мере које су неопозиве и

¹³ Н. Schermers, D.F. Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Union*, The Hague, London, New York, 2001, p. 695.

¹⁴ Видети став Првостепеног суда у случају Danielsson: T-219/95R, ECR, 1995, II, p. 3051.

¹⁵ Видети став Суда правде и првостепеног суда у случајевима: 18/65, *Gutman v. Commission*, ECR, 1966, p. 138; 78/83, *Usinor v. Commission*, ECR, 1983, p. 2183, para. 9); (23/86R, *United Kingdom v. European Parliament*, ECR, 1986, p. 1085; T-12/93R, *CCE de Vittel and Others v. Commission*, ECR, 1993, II, p. 449, para. 33); T-554/93, *Abbott Trust v. Sxoncil and Commission*, ECR, 1994, II, p. 1, para. 19.

¹⁶ Чл. 162, ст. 3 и чл.163 Пословника Суда правде; чл.158, ст. 3 и чл. 159 Пословника Општег суда.

¹⁷ Чл. 162, ст. 4 Пословника Суда правде; чл. 158, ст. 4 Пословника Општег суда.

¹⁸ К. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, J. T. Nowak, *op. cit.*, p. 574. Видети став председника Суда правде у случајевима: 20/81, *Arbed v. Commission*, ECR, 1981, p. 721, para. 13; 206/81, *Alvarez v. European Parliament*, ECR, 1981, p. 2187, para. 6; C-76/08, *Commission v. Malta*, ECR, 2008, I, p. 64.

¹⁹ Мишљење општег правобраниоца F. Capotorti-а у здруженим предметима 24 and 97/80, *Commission v. France*, ECR, 1980, pp. 1338-1339.

могу да створе неповратну ситуацију,²⁰ као и оне које би тужбени захтев у главној ствари учиниле несврсисходним.

3. Привремене мере у поступку пред Судом правде ЕУ

Оснивачки уговори ЕУ познају два основна типа привремених мера које се могу тражити у поступку који се води пред Судом. Прва врста мера састоји се у захтеву за обуставу извршења акта чија се ваљаност оспорава.²¹ Најчешће се оне траже у случајевима када је поднета тужба за поништај неког акта који је донела институција ЕУ. Тада захтев за издавање наредбе о привременим мерама обично подносе физичка и правна лица која тужбом оспоравају овај правни акт. Привремену меру обустављања извршења могу, међутим, тражити само она лица на која се акт у питању непосредно и појединачно односи.²²

Поред обуставе примене, од Суда се може тражити да одреди сваку другу неопходну привремену меру.²³ Потреба за таквим мерама постоји у оним случајевима када суспензија примене оспореног акта неће бити довољна да спречи настанак ненадокнадиве штете по странку која их тражи.²⁴ Оснивачки уговори и прописи Суда не одређују ближе које су врсте ових мера. У доктрини се сматра да најмање могућности за доношење ових привремених мера постоје у поступку по директној тужби због пропуштања,²⁵ будући да је њен предмет управо усвајање одређеног акта од стране органа ЕУ. Судска пракса ипак познаје случајеве када је Суд привремено наметао туженом обавезу да поступи на одређени начин или давао овлашћење подносиоцу захтева за привремени извоз одређених производа.²⁶ Такве наредбе сматрале су се извршним, али само под одређеним условима.

Кад је у питању поступак покренут тужбом за накнаду штете, у судској пракси је још увек отворено питање да ли се може поднети захтев за обуставу примене акта који је наводно проузроковао штету.²⁷ Насупрот томе,

²⁰ Видети став Суда правде у случају 792/79R, *Camera Care v. Commission*, ECR, 1980, p. 119.

²¹ Чл. 278 УФЕУ.

²² Чл. 263, ст. 4 и 5 УФЕУ.

²³ Чл. 279 УФЕУ.

²⁴ K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, J. T. Nowak, op. cit., p. 566.

²⁵ F. C. de la Torre, op. cit. p. 281.

²⁶ Видети случајеве: C-68/95, T. Port, ECR I, 1996, p. 6065, paras. 60-62; C-43/98 PR, *Camarg v. Commission and Council*, ECR I, p. 1815, para. 44; Joined Cases T-107/01 and T-175/01 R, *Saculor v. Commission*, ECR II, 2002, p. 3139, paras. 55-57.

²⁷ Видети став Суда правде у спојеним случајевима C-51 and C-59/90, *Comos Tank and Others v. Commission*, ECR I, 1990, p. 2165, para. 33.

Суд је прихватио могућност да се у поступку по тужби због неиспуњења обавеза од стране држава чланица могу користити привремене мере. У досадашњој јуриспруденцији углавном су познати случајеви када су привремене мере изречене на захтев Комисије, док постоји само један случај њиховог изрицања на тражење државе чланице у поступку који се води против друге чланице. Овим мерама се тражило од Суда да до доношења пресуде нареди обуставу примене оспорених националних прописа или мера.²⁸ Околност да његова пресуда којом се утврђује неиспуњење обавезе од стране државе чланице донета у овом поступку има само декларативни карактер Суд није сматрао препреком за изрицање привремене мере.

На крају, од Суда правде може се затражити да одреди привремене мере у поступку по жалби која је поднета против пресуде Општег суда. У овом случају жалилац најчешће тражи да се привремено обустави примена акта чија је ваљаност већ оспоравана пред Општим судом. Није искључена могућност да подносилац жалбе поднесе и захтев за привремену обуставу саме пресуде до доношења коначне одлуке Суда правде. У досадашњој судској пракси такви захтеви за привремене мере су ретко усвајани.²⁹

Услови допуштености захтева за одређивање привремених мера прописани су пословницима Суда правде и Општег суда. Према овим актима, од подносиоца захтева најпре се тржи да наведе чињенице и правне разлоге који на први поглед оправдавају усвајање мере (*fumus boni juris*). Подносилац захтева, поред тога, мора да докаже хитност предузимања тражене мере (*periculum in mora*).³⁰ Постоји још један услов допуштености који изричито није предвиђен пословницима, али се у пракси редовно тражи.³¹ Потребно је, наиме, да се приликом одређивања привремене мере узме у обзир баланс између интереса подносиоца захтева и свих других интереса у конкретном случају. Наведени услови морају бити кумулативно испуњени да би се захтев за одређивање привремене мере могао прихватити. У супротном захтев се сматра недопуштеним и по том основу биће одбачен.³²

²⁸ Видети случајеви: 293/85R, *Commission v. Belgium*, ECR, 19085, p. 3521; C-320/03R, *Commission v. Austria*, ECR, 2003, I, p. 11665.

²⁹ Видети случај C-345/90 P-R, *Parliament v. Hanning*, ECR I, 1991, p. 231.

³⁰ Чл. 160, ст. 3 Пословника Суда правде; чл. 156, ст. 4 Пословника Општег суда.

³¹ K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, J.T. Nowak, op. cit., p. 591; F.C. de la Torre, op. cit., p. 283; S. Prechal, A. Pahladsingh, *Urgency and Human Rights in EU Law: Procedures Before the Court of Justice of the EU*, in: E. Rieter, K. Zwaan (Eds.), *Urgency and Human Rights*, The Hague, 2021, p. 40.

³² Видети случајеви: C-441/17 R, *Commission v. Poland*, ECLI:EUC:2017:877, paras. 29 and 30; C-619/18 R, *Commission v. Poland*, ECLI:EU:C:2018:1021, para. 29.

Први услов за одређивање привремених мера своди се на *prima facie* основаност бар једног од тужбених захтева у главној ствари. Његова је сврха да се, као и у случају недопуштености захтева, спречи коришћење установе привремених мера када је тужба очигледно неоснована. За усвајање мере од стране Суда мора постојати вероватноћа да ће подносилац захтева добити спор. Према томе, потребно је да постоје разумни изгледи за успех тужбе у главном поступку (*fumus boni juris*).

Међутим, у новијој судској пракси не инситира се увек на процени успешности тужбеног захтева у главном поступку приликом изрицања привремених мера. Уместо тога, сматра се довољним уверење Суда да је тужба разумна, те да нема разлога због којих је она очигледно без основа.³³ По оцени неких писаца³⁴ оваквим ставом код одређивања привремених мера *fumus boni juris* се полако али сигурно претвара у *fumus non mali juris*.

Хитност предузимања мера као други услов има у виду природу штете и ризик од њеног наступања као резултат дужине трајања главног поступка. Захтев за доношење мере сматра се хитним ако постоји опасност да ће подносилац до доношења пресуде претрпети озбиљну и ненадокнадиву штету. Сама штета не сме да буде хипотетичка и потенцијална. Она мора бити стварна и извесна, а ризик од њеног настанка предвидив са довољним степеном вероватноће.³⁵

Подносилац захтева треба да докаже да ће у случају одбијања тражене мере за њега наступити озбиљна штета која се не би могла отклонити чак ни кад би у главном поступку била донета пресуда у његову корист. Сврха изречене мере, дакле, није да се осигура накнада штете, већ да се обезбеди пуно дејство пресуде о меритуму.³⁶ Тачније речено, њен је циљ да се спречи настанак штетних последица за подносиоца захтева. У случају када је штета већ наступила захтев за одређивање привремене мере постаје несврхисходан, па нема потребе да се о њему одлучује. Суд, међутим, може изрећи меру која има за циљ да спречи увећање већ настале штете уколико оспорени акт и после подношења захтева наставља да производи штетне последице.³⁷

³³ Видети став председника Суда правде и Првостепеног суда у случајевима: 3/75, Johnson and Firth Brown v. Commission, ECR, 1975, p. 1; C-272/91R, Commission v. Italy, ECR, 1992, I, p. 457, paras. 19-24; T-83/00, Hänseler v. Commission, ECR, 200, II, p. 3563, para. 32; T-13/91R, Harrison v. Commission, ECR, 1991, II, p. 179, para. 26.

³⁴ К. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, J.T. Nowak, op. cit., pp. 597-598.

³⁵ Видети случајеве: C-149/95PR, ТАА, ECR, 1995, I, p. 2165, para. 38; C-280/93R, Banans, ECR, 1993, I, p. 3667, paras. 32-34.

³⁶ Случај T-447/04, Capgemini Nederland v. Commission, ECR, II, 2005, p. 3561.

³⁷ Случај T-125/01R and T-253/03R, Arzo Nobel and Others v. Commission, ECR, 2003, II, p. 4771, paras. 170-178.

Баланс интереса као потребан услов за одређивање привремене мери створен је кроз судску праксу. Како би испитао тај баланс, Суд је спроводио својеврсни тест могућег утицаја тражених мера како на интересе супротне стране у поступку, тако и трећих страна или јавни интерес. Захтев за издавање привремених мера прихватио је само у случајевима када оцени да интерес подносиоца има превагу над свим другим интересима у поступку. Напротив, Суд није био склон да усвоји тражене мере које могу да озбиљно наруше права треће стране или шире интересе, као што су јавно здравље, заштита животне средине или поштовање права ЕУ. Изузетак представља ситуација када би неприхватање тражене мере угрозило само постојање подносиоца захтева.³⁸

За одлучивање о привременим мерама раније су били искључиво надлежни председници одговарајућих судова.³⁹ Међутим, после измене чл. 39 Статута Суда правде ЕУ 2012. године усвојена је Одлука о судским функцијама потпредседника Суда правде. Том одлуком облашћење за одлучивање о захтеву за одређивање привремених мера пренето је у потпуности на потпредседника Суда.⁴⁰ Он има право да одлуку о привременим мерама препусти Суду правде. Ова могућност се најчешће користи када конкретан предмет има изузетан значај или је посебно сложен. Ако је то случај, одлучивање о захтеву за привременом мером има предност над свим другим предметима који су у току. Тада општи правобранилац подноси своје образложено мишљење.⁴¹ Насупрот томе, председник Општег суда остао је и даље надлежан да одлучује о привременим мерама. Уколико је председник одсутан или спречен да учествује у раду, посебно именовани судија овлашћен је да решава о привременој мери која се тражи.⁴²

Захтев за одређивање привремене мере подноси се у облику посебног поднеска. Уколико је садржан у тужби биће одбачен као недопуштен.⁴³ Захтев мора бити сам по себи разумљив, без потребе за увидом у тужбу и њене

³⁸ Видети случајеве: T-88/94R, Société Commerciale des Potasses, ECR, 1995, II, p. 263; T-13/99R, Pfizer, ECR, 1999, II, p. 1961.

³⁹ Више о томе: K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, J.T. Nowak, op. cit., p. 579.

⁴⁰ Decision 2012/671/EU of 23 October 2012 concerning the judicial functions of the Vice-President of the Court, Official Journal, 2012, L 300/47.

⁴¹ Више о томе: Z. Radivojević, V. Knežević Predić, Institucionalni mehanizam Evropske unije posle Lisabonskog ugovora, Niš, 2016, стр. 235.

⁴² Чл. 157, ст. 3 и 4 Пословника Општег суда; видети: M.F.Orzan, op. cit., p. 202.

⁴³ Видети случајеве: 108/63, Merlini, ECR, 1965, p. 9; 32/64, Customs Duties on Silk, ECR, 1965, p. 372; T-146/95, Bernardi, ECR, 1996, II, p. 769, paras. 29-30; T-107/94, Kik, ECR, 1995, II, p. 1717, para. 38; T-4/97, D’Orazio, ECR, 1997, II, p. 1505, para. 14; T-298/97, Alzetrta Mauro, ECR, 2000, II, p. 2319, para. 3739.

прилоге. У захтеву се морају врло кратко и концизно навести предмет спора, чињенични и правни разлози на којима се заснива тужба и који на први поглед упућују на њену основаност, као и околности због којих постоји хитност поступања. У захтеву се мора прецизно навести мера или мере које се траже. Исто тако, захтев мора садржати све доступне доказе и доказне предлоге чији је циљ да оправдају одређивање привремених мера. Пошто је сврха привремене мере да се омогући оцена *fumus boni juris*, захтев не сме да у потпуности преузме текст тужбе.⁴⁴

Поднети захтев се доставља супротној страни која може да се о њему усмено или писмено изјасни у кратком року који јој одреди потпредседник Суда правде, односно председник Општег суда. У циљу одлучивања о захтеву они могу наложити спровођење претходне истраге. Међутим, потпредседник Суда правде или председник Општег суда је овлашћен да усвоји захтев и пре него што добије мишљење и одговор супротне стране. Таква се одлука може накнадно изменити или укинути и по службеној дужности без захтева било које стране.⁴⁵ Међутим, у том случају одлука којим се завршава поступак привремене правне заштите не може се донети док се не саслуша друга страна.⁴⁶

Одлука о привременој мери доноси се у облику решења које се одмах доставља странкама.⁴⁷ Решење мора у сваком случају бити образложено. Потпредседник Суда правде, односно председник Општег суда може одбацити захтев за одређивање привремених мера као недопуштен, може га одбити или усвојити. Одлука потпредседника Суда правде је коначна и против ње није дозвољена жалба.⁴⁸ Против одлуке председника Општег суда о привременој мери може се уложити жалба Суду правде. Жалба се изјављује само из правних разлога. У жалби се не може доводити у питање оцена чињеничног стања од стране председника Општег суда.

Извршење решења о привременој мери може бити условљено полагањем одређеног јемства у новцу или натури. Износ и врста јемства одређују се у зависности од околности случаја. У решењу о издавању привремене мере одређује се рок њеног важења. Уколико није одређено трајање мере, она у сваком случају престаје даном објављивања пресуде којом се завршава по-

⁴⁴ Видети тачке 223, 225 и 226 Практичних правила за спровођење пословника Општег суда од 20.5.2015 године; Official Journal, 2015, L 152.

⁴⁵ Чл. 160, ст. 7 Пословника Суда правде; чл. 157, ст. 2 Пословника општег суда.

⁴⁶ Видети тачку 19 Практичних упутстава за странке који се односе на предмете пред Судом; Official Journal, 2020, L 42 I/6.

⁴⁷ Чл. 162, ст. 1 Пословника Суда правде; чл. 158, ст. 1 Пословника Општег суда.

⁴⁸ Чл. 162, ст 1 Пословника Суда правде.

ступак.⁴⁹ Зависно од развоја ситуације и промењених околности изречена мера се на захтев странке може изменити или укинути.⁵⁰ С друге стране, одлука Суда о одбијању тражене мере не спречава странку да касније поднесе захтев за њено одређивање на основу нових чињеница.⁵¹

Решење о одређивању мере има само привремени карактер. Оно никако не може да прејудицира пресуду Суда о меритуму. Том пресудом ће се одлучити и о трошковима везаним за поступак привремене судске заштите. Само изузетно, ако то оправдавају околности случаја, решењем о привременим мерама може се одлучити о трошковима повезаним с тим поступком.

4. Привремене мере у случају Чешке против Пољске

4.1. Чињенично стање

Површински коп лигнита Туров налази се на територији Пољске, у непосредној близини границе са Чешком. Надлежни пољски органи дали су 1994. године концесију домаћој компанији („*PGE Elektrownia Bełchatów S. A.*) за експлоатацију угља до 30. априла 2020. године. У међувремену, Пољска је 2008. године донела закон којим је прописано да се концесија за ископавање лигнита може једном продужити за додатни шестогодишњи период и без процене утицаја тог ископавања на животну средину. Октобра 2019. године компанија *PGE* поднела је захтев за продужење концесије за још шест година, који је надлежно пољско министарство јануара 2020. године прихватило и издало дозволу за ископавање лигнита до 2026. године.

Чешка је била незадовољна таквим поступком пољских власти, тврдећи да експлоатација лигнита са површинског копа Туров доводи до озбиљних штетних еколошких последица на њеној територији. Као најзначајнију такву последицу навела је осетно смањење подземних вода на својој територији у близини границе са Пољском, чиме је угрожено снабдевање пијаћом водом око 10.000 њених грађана на том подручју. Поред тога, Чешка је тврдила да активности на површинском копу доводе и до померања тла на њеној територији која могу проузроковати штету на грађевинским објектима. После неуспешних билатералних преговора око даље експлоатације, Чешка је 30. септембра 2020. године то питање формално изнела пред Комисију ЕУ.

⁴⁹ Чл. 162, ст. 2 и 3 Пословника Суда правде; чл. 158, ст. 2 и 3 Пословника Општег суда.

⁵⁰ Чл. 163 Пословника Суда правде; чл. 159 Пословника Општег суда.

⁵¹ Чл. 164 Пословника Суда правде; чл. 160 Пословника Општег Суда.

У свом писму Комисији Чешка је тврдила да је приликом продужења концесије Пољска прекршила неколико одредби права ЕУ, а на првом месту је навела изостанак процене утицаја даљег рада рудника на животну средину, коју изричито прописује чл. 4, ст. 1 и 2 Директиве ЕУ 2011/92.⁵² Комисија је у свом образложеном мишљењу закључила да Пољска није на исправан начин транспоновала и применила Директиву ЕУ 2011/92, да је неправилно применила Директиву о приступу информацијама (2003/4/ЕЗ), као и да је прекршила принцип лојалне сарадње из чл. 4(3) Уговора о Европској унији.⁵³ Међутим, Комисија није желела да искористи могућност из чл. 258 УФЕУ и сама покрене поступак пред Судом правде.

Будући да ни после тога овај спор није решен дипломатским путем, Чешка је 26. фебруара 2021. године поднела тужбу против Пољске пред Судом правде.⁵⁴ У питању је поступак регулисан чл. 259 УФЕУ који омогућава да једна држава чланица тужи другу чланицу због кршења права ЕУ.⁵⁵

4.2. Одлука о привременим мерама

Имајући у виду очекивану дужину трајања судског поступка у главној ствари и штетне еколошке последице које би у том периоду могле настати, Чешка је на основу чл. 279 УФЕУ истовремено са тужбом поднела и захтев за одређивање привремених мера. У том захтеву тражила је од Суда да Пољској наложи моментални прекид делатност ископавања лигнита у руднику Туров.

Поступајући по захтеву Чешке, потпредседник Суда донео је одлуку о привременим мерама 21. маја 2021. године.⁵⁶ У њој је најпре разматрио да ли је захтев за одређивање привремених мера допуштен, будући да је Пољска

⁵² Директива 2011/92/ЕУ Европског парламента и Савета од 13. децембра 2011. године о процени утицаја одређених јавних и приватних пројеката на животну средину (Official Journal, L 26, 28. 1. 2012).

⁵³ European Commission, Environmental Impact Assessment: Commission adopts reasoned opinion in case brought by Czechia against Poland, Press release, Brussels, 17 December 2020. Наведени су ставови Комисије из званичног саопштења за штампу јер се интегрални текст образложеног мишљења објављује тек након окончања поступка пред Судом правде ЕУ.

⁵⁴ Case C-121/21, Czech Republic v. Poland (Mine de Turów).

⁵⁵ Првенствени циљ чл. 259 УФЕУ није решавање спорова између држава чланица, већ обезбеђивање ефикасне примене права ЕУ; Е. Basheska, Good European Neighbours: The Turów Case, Interim Measures in Inter-State Cases, and the Rule of Law, VerfBlog, 2021/5/30, <https://verfassungsblog.de/good-european-neighbours/>, DOI: 10.17176/20210531-124133-0.

⁵⁶ Case C-121/21 R, Czech Republic v. Poland (Mine de Turów), Order of 21 May 2021, ECLI:EU:C:2021:420.

у свом обраћању Суду истакла да је такав захтев недопуштен, те да га треба одбацити. Пољска је, наиме, тврдила да је захтев Чешке недопуштен јер не постоји директна и блиска веза између затражених привремених мера и повреда права ЕУ наведених у главној тужби. То је поткрепила тврдњом да уколико би Суд и усвојио тужбени захтев, то не би нужно значило прекид ископавања у руднику Туров, већ би Пољска само морала отклонити повреде права ЕУ до којих је дошло приликом продужења дозволе за ископавање лигнита.⁵⁷ По наводима Пољске, затраженим привременим мерама не настоји се осигурати пуно дејство будуће пресуде о меритуму већ оне имају неки други циљ, тако да би њихово одобрење произвело учинке који би знатно премашили обавезе из будуће главне пресуде.⁵⁸

Међутим, потпредседник Суда није прихватио ту аргументацију. Истакао је да у њој долази до мешања сврхе привремених мера из чл. 279 и домашаја мера за извршење пресуде донете на основу чл. 259 УФЕУ којом се утврђује повреда права ЕУ,⁵⁹ јер је „сврха поступка привремене правне заштите обезбеђивање пуног учинка одлуке коју тек треба донети у главном поступку за који је привремена правна заштита везана”.⁶⁰ Потпредседник је надаље констатовао да „ако се прихвати аргументација Републике Пољске, њоме би се поступку привремене правне заштите ... одузео сваки смисао с обзиром да у пресуди којом се утврђује да држава чланица није испунила неку обавезу Суд не може дотичној држави чланици наложити да предузме одређене мере како би поступила у складу с том пресудом”.⁶¹ Услед свега тога, потпредседник Суда је захтев Чешке за одређивање привремених мера оценио као допуштен и упустио се у испитивање испуњености три материјална услова за њихово одређивање.

Према устаљеној судској пракси, за постојање *fumus boni iuris* довољно је да се *prima facie* макар за један од тужбених захтева установи да није без озбиљног основа. У овом случају потпредседник је закључио да непостојање студије о утицају на животну средину приликом продужења дозволе за ископавање лигнита, на први поглед, представља кршење чл. 4, ст. 1 и 2 Директиве ЕУ 2011/92,⁶² чиме је утврдио да је овај први услов испуњен.

Када је у питању други услов, потпредседник Суда је морао испитати да ли би наставак ископавања лигнита до пресуде у меритуму довео до не-

⁵⁷ Ibid., paras. 22-23.

⁵⁸ Ibid., para. 25.

⁵⁹ Ibid., para. 27.

⁶⁰ Ibid., para. 28.

⁶¹ Ibid., para. 30.

⁶² Ibid., para. 50.

поправљиве штете, која би се, по тврдњи Чешке, манифестовала у осетном смањењу нивоа подземних вода, као и оштећењу грађевина услед померања тла. Потпредседник је заузео став да штетне последице повезане са падом нивоа подземних вода и угрожавањем снабдевања пијаћом водом представљају „тешку и непоправљиву штету за животну средину и људско здравље”.⁶³ Насупрот томе, оштећења на грађевинама због померања тла, потпредседник Суда није сматрао непоправљивом штетом јер је она новчане природе и може се поновно успоставити стање у којем се оштећена особа налазила пре настанка те штете.⁶⁴ У коначном, потпредседник је закључио да је у конкретном случају услов хитности испуњен.

На крају, потпредседник Суда је приликом испитивања баланса интереса оцењивао који интерес претеже – да се одреде привремене мере или да се тај захтев одбије. Пољска је у свом изјашњењу навела да би прекид ископавања лигнита у руднику Туров до објаве коначне пресуде проузроковао тешке еколошке, економске и социјалне последице.⁶⁵ Што се тиче еколошких последица тврдила је да би нагли престанак делатности на копу довео до његовог неконтролисаног плављења и покретања тла. Када су, пак, у питању економске консеквенце, прекид ископавања у руднику Туров довео би до заустављања рада истоимене термоелектране поред рудника, што би за 4,5% умањило укупну производњу електричне енергије у Пољској и угрозило снабдевање 3,7 милиона домаћинстава. Што се тиче негативних социјалних учинака, Пољска је навела да би одређивање затражених привремених мера довело до отпуштања радника из рудника и термоелектране Туров, а утицало би и на функционисање подизвођача, што би у крајњем исходу проузроковало губитак око 5.000 директних и 10.000 индиректних радних места. Међутим, за потпредседника Суда ти аргументи нису били убедљиви. Према његовом схватању, Пољска је само уопштено навела опасност од еколошке штете, а није доказала ни да би привремени прекид ископавања угља нужно значио престанак рада термоелектране, угрожавање снабдевања електричном енергијом и масовно отпуштање радника.⁶⁶

⁶³ Ibid., para. 65.

⁶⁴ Ibid., para. 63. Само изузетно штета новчане природе може се сматрати непоправљивом, али држава која то тврди мора за то навести ваљане доказе; Case C-213/91 R, Abertal and Others v. Commission, Order of 18 October 1991, ECLI:EU:C:1991:399, para. 24; Case C-479/07 R, France v. Council, Order of 28 February 2008, ECLI:EU:C:2008:137, para. 24.

⁶⁵ Case C-121/21 R, Czech Republic v. Poland (Mine de Turów), Order of 21 May 2021, ECLI:EU:C:2021:420, paras. 83-85.

⁶⁶ Ibid., paras. 89-94.

Услед свега тога, потпредседник Суда је приликом вагања интереса дао предност спречавању тешке и непоправљиве штете за животну средину и људско здравље и усвојио захтев Чешке за одређивање привремених мера, наложивши Пољској „да одмах и све до објаве пресуде којом ће се окончати предмет C-121/21 прекине делатности ископавања лигнита у руднику Туров”.⁶⁷ Тиме је овај предмет постао историјски јер је Суд правде по први пут одредио привремене мере у међудржавном спору.

4.3. Плаћање новчаних пенала

Пошто Пољска није поступила по решењу Суда и наставила са ископавањем лигнита, Чешка је 7. јуна 2021. године поднела нови захтев, тражећи од Суда да Пољској одреди плаћање пенала у износу од 5.000.000 евра за сваки дан закашњења у извршењу привремених мера. Пољска је, пак, поднела захтев којим је од Суда тражила да укине решење о одређивању привремених мера.⁶⁸ Тај захтев је поткрепила оним истим разлозима којима је оспоравала усвајање привремених мера, уз навођење новог аргумента да би прекид ископавања угља у руднику Туров угрозио снабдевање грејањем и пијаћом водом грађана Пољске који живе о околним подручјима.

Потпредседник Суда најпре је испитивао захтев Пољске за укидање привремених мера. Том приликом констатовао је да се према чл. 163 Пословника привремене мере могу укинути уколико дође до „промене околности”, под којом се подразумева појава чињеничног или правног елемента који може довести у питање судску оцену у погледу услова за одобравање привремених мера.⁶⁹

Испитујући аргументе Пољске, потпредседник је закључио да они углавном представљају понављање или развијање аргумената које је та држава већ раније изнела, тако да не постоје „промењене околности” у смислу чл. 163. Пословника. Што се, пак, тиче новонаведеног аргумента, потпредседник је истакао да тужена држава није у довољној мери поткрепила своју тврдњу о промењеним околностима. Услед тога, одбијен је захтев Пољске за укидање привремених мера одређених 21. маја 2021. године.

Пре преласка на одлучивање о меритуму чешког захтева за плаћање пенала, потпредседник Суда се бавио процедуралним захтевима Пољске.

⁶⁷ На ту одлуку Пољска није могла уложити жалбу јер је она изричито искључена (чл. 162, ст. 1 Пословника Суда правде).

⁶⁸ Ту могућност даје чл. 163 Пословника Суда правде, уколико дође до промене околности.

⁶⁹ Case C-121/21 R, Czech Republic v. Poland (Mine de Turów), Order of 20 September 2021, ECLI:EU:C:2021:752.

Најпре је размотрио захтев да о пеналима одлучује велико веће Суда, а не потпредседник индивидуално. Том приликом подсетио је да одлучивање о свим аспектима привремене заштите спада у надлежност потпредседника Суда правде, а ако он сматра да постоје неке посебне околности, одлучивање може препустити судском већу.⁷⁰ Пошто је констатовао да у овом предмету не постоје такве посебне околности, потпредседник је закључио да нема потребе да се упућује великом већу.⁷¹

Потом се потпредседник усредсредео на приговор недопуштености захтева за одређивање плаћања новчаних пенала јер је Пољска тврдила да такав захтев може поднети само Комисија, као чувар правног поретка ЕУ, а не и држава чланица. Том приликом он се више пута позвао на одлуку Суда од 20. 11. 2017. године у предмету Комисија против Пољске⁷² којом је по први пут у пракси одређено плаћање пенала услед неизвршења привремених мера одређених од стране судова ЕЗ/ЕУ. На тај начин је примена новчаних санкција против држава чланица које не изврше главну пресуду пренета и на терен привремених мера.⁷³ У том ранијем предмету Пољска није извршила решење Суда правде о привременим мерама и обуставила сечу шуме у заштићеним подручјима на њеној територији, услед чега је Комисија затражила да јој се одреди плаћање најмање 100.000 евра за сваки дан закашњења у извршењу те мере. Пољска се успротивила томе, тврдећи да је захтев за наметање обавезе плаћања новчаних пенала због неизвршења привремених мера недопуштен, будући да чл. 279 (за разлику од чл. 260 УФЕУ) не даје Суду правде изричито овлашћење да државама чланицама наложи плаћање пенала, а да се такво овлашћење не може темељити на пуком телеолошком тумачењу тог члана.⁷⁴ Међутим, Суд је одбацио тај

⁷⁰ Ibid., paras. 29, 10.

⁷¹ Ibid., para. 30.

⁷² C-441/17 R, *European Commission v. Republic of Poland*, Order of 20 November 2017 (Grand Chamber), EU:C:2017:877.

⁷³ На основу чл. 260(2) УФЕУ (ex чл. 228, 171), уколико сматра да држава чланица није извршила пресуду Суда правде ЕУ, Комисија може поднети нову тужбу и тражити да Суд правде утврди да држава чланица није извршила првобитну пресуду, истовремено захтевајући од њега да тој држави одреди плаћање пенала или паушалног износа због неизвршења пресуде. Поступајући по тој тужби, Суд утврђује да ли је држава поступила по првобитној пресуди. Уколико утврди да држава чланица није ваљано извршила пресуду, Суд јој може наложити плаћање новчаних санкција (пенала и паушалне суме). Више о томе видети: Z. Radivojević, N. Raičević, *Financial sanctions against member states for infringement of EU law*, in: D. Duić, T. Petrašević (Eds.), *EU and comparative law issues and challenges: procedural aspects of EU law*, Osijek, 2017, pp. 171–191.

⁷⁴ C-441/17 R, *European Commission v. Republic of Poland*, Order of 20 November 2017 (Grand Chamber), EU:C:2017:877, para. 91.

приговор, истичући да „чл. 279 УФЕУ даје Суду овлашћење да одреди све потребне привремене мере које сматра нужним како би се обезбедила пуна ефикасност коначне одлуке”.⁷⁵ Суд је сматрао да израз „све потребне привремене мере” укључује и наметање плаћања новчаних пенала јер је њихова „сврха да се држава чланица присили да поштује привремене мере које је одредио судија привремене правне заштите”, чиме се обезбеђује „стварна примена права Уније”.⁷⁶ Надаље је то Суд конкретизовао, наводећи да уколико „сматра да околности случаја захтевају доношење додатних мера како би се осигурала ефикасност тражених привремених мера, судија привремене правне заштите, на основу члана 279 УФЕУ, овлашћен је, *inter alia*, одредити плаћање пенала држави чланици у случају непоштовања наложених привремених мера”.⁷⁷

Користећи напред наведене аргументе, потпредседник Суда заузео је став „да се држава чланица може позвати на члан 279 УФЕУ како би затражила одређивање привремених мера против неке странке, као што је изрицање пенала, у случају да дотична странка не испуни налог који јој је упућен на основу те одредбе”.⁷⁸ На основу тога, потпредседник је закључио да је захтев Чешке за изрицање новчаних пенала допуштен.

Прелазећи на одлучивање о меритуму овог захтева, потпредседник је прихватио став Чешке да тужена држава није испунила ниједну од обавеза које има на основу решења од 21. маја 2021. године, одбивши тврдње Пољске да би нагли прекид ископавања лигнита у руднику Туров представљао опасност по здравље и животе људи, те јавну безбедност и животну средину. У тим околностима, закључио је да је, „потребно ојачати делотворност привремених мера наложених решењем од 21. маја 2021. године, тиме што ће се Републици Пољској одредити плаћање периодичних пенала како би се та држава чланица одвратила од кашњења у усклађивању свог поступања с тим решењем”.⁷⁹

Када је у питању износ пенала, потпредседник је направио аналогију са чл. 260, ст. 2 и 3 УФЕУ и уважио судску праксу везану за њихову примену,⁸⁰ наводећи да „предлози које је изнела Чешка Република не могу оба-

⁷⁵ Ibid., para. 97.

⁷⁶ Ibid., para. 102.

⁷⁷ Ibid., para. 104.

⁷⁸ Case C-121/21 R, Czech Republic v. Poland (Mine de Turów), Order of 20 September 2021, ECLI:EU:C:2021:752, para. 37.

⁷⁹ Ibid., para. 49.

⁸⁰ Више о томе видети: З. Радивојевић, Н. Раичевић, Санкционисање држава чланица ЕУ због неизвршења пресуда Суда правде и необавештавања о спровођењу директива, Српска политичка мисао, 2017, Vol. 56, No. 2, стр. 254-256.

везивати судију привремене правне заштите, с обзиром на то да је он и даље слободан да одреди новчане пенале у износу и облику које сматра одговарајућим”.⁸¹ Полазећи од околности случаја, нарочито од чињенице да се ради о привременим мерама одређеним ради избегавања тешке и непоправљиве штете за животну средину и људско здравље, наложено је Пољској да плати 500.000 евра дневно,⁸² од дана пријема овог новог решења, па све док не спроведе раније усвојене привремене мере.

Овом одлуком по први пут је признато да поред Комисије и држава чланица може тражити плаћање пенала услед неизвршења одлука судских инстанци ЕУ. Поставља се питање да ли је таквом одлуком потпредседник Суда остао у оквирима чл. 260(2) УФЕУ или је, пак, државама чланицама признао нека овлашћења која им тај члан не даје. Пољска је изјавила да је одлука о плаћању пенала незаконита и да она неће престати са ископавањем лигнита у руднику Туров, нити ће платити новчане пенале.⁸³

Из овог предмета може се уочити намера Суда правде да оснажи механизме за извршење својих одлука. Суд је још једном потврдио да се држави чланице може одредити плаћање пенала не само због неизвршења главне пресуде, већ и због неспровођења одлуке о привременим мерама. Међутим, Суд је у овом случају отишао и корак даље, пресудивши да се плаћање пенала због непоштовања привремених мера може одредити и на захтев државе чланице. Остаје отворено питање до каквих ће последица у политичком и правном поретку ЕУ довести овакав став Суда о проширењу примене новчаних санкција према државама чланицама које не испуњавају судске одлуке.

⁸¹ Ibid., para. 50.

⁸² Овај износ уплаћује се у буџет ЕУ.

⁸³ A. Slowik, Daily penalty payment imposed on Poland for non-compliance with the interim measures on the activities at Turów coal mine, 4 October 2021, <https://www.ceje.ch/fr/actualites/energie-et-environnement/2021/10/daily-penalty-payment-imposed-poland-non-compliance-interim-measures-activities-turow-coal-mine/>. Убрзо након решења од 20. 09. 2021. године још у једном поступку против Пољске донета је одлука којом је тој држави наложено плаћање 1.000.000 евра због неизвршења привремених мера (укидање мера које угрожавају независност националних судија); *European Commission v. Republic of Poland*, Case C-204/21 R, Order of 27 October 2021, ECLI:EU:C:2021:878. Сматрајући да је наметањем пенала несновано проширена надлежност ЕУ, пољски Генерални јавни тужилац покренуо је новембра 2021. године поступак пред Уставним судом тражећи да се изјасни о законитости наметнутих пенала у контексту Устава Пољске.

Резиме

Доношење привремених мера један је од споредних поступака пред Судом правде Европске уније који има за циљ да спречи да се будућа судска пресуда донета у корист подносиоца захтева покаже као илузорна и лишена правног дејства. По својој правној природи ове мере су акцесорне и провизорне у односу на поступак о главној ствари. Услови допуштености привремених мера садржани су у прописима Суда, али су делимично допуњени кроз јуриспруденцију. Ти услови подразумевају: постојање чињеница и правних разлога које на први поглед оправдавају изрицање привремене мере (*fumus boni juris*), хитност њиховог предузимања (*periculum in mora*) и баланс између интереса подносиоца захтева и свих других интереса у конкретном случају. Наведени услови морају бити кумулативно испуњени да би се захтев за одређивање привремене мере могао прихватити. Привремена мера изриче се по скраћеном поступку, не прејудицира исход поступка о меритуму и може да траје најдуже до доношења коначне судске одлуке. У пракси Суда правде ЕУ су привремене мере често коришћене, али тек недавно први, и једини, пут одређене су у међудржавним споровима. То се десило у спору Чешке против Пољске, када је потпредседник Суда правде, након подробне анализе процесних и материјалних услова, одредио да тужена држава одмах обустави ископавање лигнита у руднику Туров. Пошто Пољска није извршила ову меру, Чешка је поднела нови захтев Суду правде и од њега затражила да јој одреди плаћање новчаних пенала. Тај захтев је прихваћен и Суд је одредио да Пољска плати 500.000 евра за сваки дан кашњења у извршењу привремених мера. На тај начин је примена новчаних санкција против држава чланица које не изврше привремене мере пренета и на терен међудржавних спорова.

Литература

Basheska, E., Good European Neighbours: The Turów Case, Interim Measures in Inter-State Cases, and the Rule of Law, *VerfBlog*, 2021/5/30, <https://verfassungsblog.de/good-european-neighbours/>, DOI: 10.17176/20210531-124133-0.

Decision 2012/671/EU of 23 October 2012 concerning the judicial functions of the Vice-President of the Court, *Official Journal*, 2012, L 300/47.

Direktiva 2011/92/EU Evropskog parlamenta i Saveta od 13. decembra 2011. godine o proceni uticaja određenih javnih i privatnih projekata na životnu sredinu, *Službeni list EU*, L 26, 28.1. 2012.

Етински, Р., Споредни поступци пред Међународним судом правде, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1996, бр. 1-3, стр. 35-51.

European Commission, Environmental Impact Assessment: Commission adopts reasoned opinion in case brought by Czechia against Poland, Press release, Brussels, 17 December 2020.

Hartley, T.C., *The Foundation of European Union Law*, Oxford, 2014.

Knežević-Predić, V., *Ogled o suverenosti: suverenost i Evropska unija*, Beograd, 2001.

Lenaerts, K., Maselis, I., Gutman, K., Nowak, J. T., *European Union Procedural Law*, Oxford, 2014.

Misita, N., *Osnovi prava Evropske unije*, Sarajevo, 2007.

Orzan, M. F., *The Procedural Features of Interim Relief Before the Court of Justice of the European Union*, in: F.M. Palombino et al. (Eds.), *Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals*, The Hague, 2021, pp. 199-213.

Prechal, S., Pahladsingh, A., *Urgency and Human Rights in EU Law: Procedures Before the Court of Justice of the EU*, in: E. Rieter, K. Zwaan (Eds.), *Urgency and Human Rights*, The Hague, 2021, pp. 37-63.

Radivojević, Z., Raičević, N., *Financial sanctions against member states for infringement of EU law*, in: D. Duić, T. Petrašević (Eds.), *EU and comparative law issues and challenges: procedural aspects of EU law*, Osijek, 2017, pp. 171-191.

Radivojević, Z., Knežević Predić, V., *Institucionalni mehanizam Evropske unije posle Lisabonskog ugovora*, Niš, 2016

Radivojević, Z., *Sporedni postupci pred Sudom pravde Evropske unije*, *Pravni život*, 2013, br. 12, str. 299-314.

Радивојевић, З., Раичевић, Н., Санкционисање држава чланица ЕУ због неизвршења пресуда Суда правде и необавештавања о спровођењу директива, *Српска политичка мисао*, 2017, Vol. 56, No. 2, стр. 243-261.

Schermers, H., Waelbroeck D.F., *Judicial Protection in the European Union*, The Hague, London, New York, 2001.

Slowik, A. *Daily penalty payment imposed on Poland for non-compliance with the interim measures on the activities at Turów coal mine*, 4 October 2021, <https://www.ceje.ch/fr/actualites/energie-et-environnement/2021/10/daily-penalty-payment-imposed-poland-non-compliance-interim-measures-activities-turow-coal-mine/>.

Torre, F. C., *Interim Measures in Community Courts: Recent Trends*, *Common Market Law Review*, 2007, vol. 44, pp. 273-353.

Zoran Radivojević, LL.D.,

Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

Nebojša Raičević, LL.D.,

Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

**INTERIM MEASURES BEFORE THE COURT OF JUSTICE
OF THE EU: CASE CZECH REPUBLIC V. POLAND**

Summary

The adoption of interim measures is one of the ancillary proceedings before the Court of Justice of the European Union, which aims to prevent future court judgments in favor of the Applicant from being shown as illusory and deprived of any legal effect. By their legal nature, these measures are accessory and provisional in relation to the main proceedings. The conditions for the admissibility of interim measures are contained in the rules of the Court, but have been partially supplemented through jurisprudence. These conditions include: the existence of facts and legal reasons that at first sight justify the imposition of an interim measure (fumus boni juris), the urgency of their undertaking (periculum in mora) and the balance between the interests of the applicant and all other interests in the case. These conditions must be cumulatively met in order for the request for an interim measure to be accepted. An interim measure is imposed under an abbreviated procedure, does not prejudge the outcome of the merits procedure and may last until delivery of the final court decision. In practice of the EU Court of Justice, interim measures have often been used, but only recently have the first, and only, been imposed in interstate disputes. This happened in the case of the Czech Republic v. Poland, where the Vice-President of the Court of Justice, after a detailed analysis of procedural and material conditions, ordered the respondent State to immediately cease lignite mining activities at the Turow mine. As Poland did not implement these interim measures, Czechia submitted a new application to the Court of Justice and asked it to order the daily penalty payment. The Court accepted that request and ordered that Poland should pay 500,000 euros for each day of delay in the enforcement of interim measures. In that way, the application of financial sanctions against member states that do not implement interim measures was extended to the field of interstate disputes.

Keywords: *interim measures, Court of Justice of the EU, reasonable chance of succeeding, urgency, balance of interests, Turow lignite mine, environment, penalty payment.*

Др Срђан Голубовић¹,
Редовни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу,

UDK: 339.738:061.1(4)
336.7

Др Марко Димитријевић²,
Ванредни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

МОНЕТАРНА ИНТЕГРАЦИЈА „НОВИХ” ДРЖАВА ЧЛАНИЦА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ³

Апстракт: У раду се се анализира процес монетарне интеграције „нових” држава чланица Европске уније. Ради се о сложенем, вишефазном процесу који пријем у монетарну унију треба да ограничи само на земље које испуњавају услове и критеријуме за пријем. Након уласка у ЕУ државе су у обавези да своју економску политику хармонизују са економском политиком која се води у ЕМУ. Државе које испуне критеријуме конвергенције и покажу способност очувања стабилности девизног курса националне валуте квалификују се за пријем у монетарну унију. Мада је поступак увођења евра детаљно регулисан законодавством Уније, процес замене националне валуте задржава одређени степен флексибилности, који омогућава државама кандидатима прилагођавања специфичним условима, а све у циљу минимизирања трошкова прихватања јединствене валуте.

Кључне речи: Европска економска и монетарна унија, Евро, критеријуми конвергенције.

1. УВОД

Стварање Европске економске и монетарне уније представља, свакако, један од највећих изазова у европском интеграционом процесу. Монетарна

¹ e-mail: golub@prafak.ni.ac.rs

² e-mail: markod1985@prafak.ni.ac.rs

³ Рад је резултат истраживања на пројекту „Одговорност у правном и друштвеном контексту“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2021-2025. године.

власт, која се традиционално сматра једним од прерогатива суверености националних држава, преноси се на наднационални ниво, а државе чланице се практично лишавају националне валуте и монетарне политике - главних ослонаца економске политике. Процес монетарне интеграције земаља чланица Европске уније (ЕУ) започет је 1990. године, укидањем свих ограничења у кретању капитала, прихватањем начела независности централне банке и повећањем степена монетарне координације међу државама чланицама. Државама чланицама ЕУ остављен је одређени период за испуњавање критеријума конвергенције, чијим се испуњењем земаља чланица квалификује за усвајање јединствене валуте (финална фаза стварања Европске економске и монетарне уније - ЕМУ). Од укупно 15 тадашњих држава чланица Европске уније, до 01. јануара 2001. године 12 држава чланица (Немачка, Француска, Италија, Шпанија, Холандија, Белгија, Луксембург, Португал, Финска, Аустрија, Ирска и Грчка) испунило је критеријуме конвергенције и приступило монетарној унији. Предмет истраживања овог рада је процес монетарне интеграције нових држава чланица, којим означавамо државе које су стекле чланство у ЕУ након 2000. године. Новопримљене чланице Европске уније, међутим, не постају аутоматски чланице еврозоне. Да би новопримљена држава била монетарно интегрисана неопходно је да у потпуности испуни правне и економске критеријуме. Према законодавству Европске уније, новопримљене земље све до испуњења ових критеријума не могу да приступе тзв. трећој фази стварања ЕМУ. У раду се анализира поступак увођења јединствене валуте у “нове” државе чланице Европске уније. У том смислу, у првом делу разматрају се критеријуми конвергенције, које државе чланице треба да остваре да би се покренуо процес монетарне интеграције. Други део посвећен је поступку укључивања и специфичностима приступања механизму девизних курсева (*ERM II*), док се у трећем делу анализира поступак увођења јединствене валуте у новопримљеним чланицама монетарне уније.

2. ИСПУЊАВАЊЕ КРИТЕРИЈУМА КОНВЕРГЕНЦИЈЕ

Споразумом о Европској унији, потписаним у Мастрихту⁴ 1992. године, није окончан евроинтеграциони процес. Напротив, овај процес је настављен,

⁴ Споразум из Мастрихта поред Уговора о Европској унији обухвата и Уговор о Европској заједници (OJ of the European Communities, C 191, 29 јула 1992). Споразум је међан у више наврата уговорима из Нице и Амстердама, а темељна реформа остварена је Лисабонским споразумом потписаним 2007. године, који поред Уговора о Европској унији обухвата и Уговор о функционисању Европске уније, укључујући Протоколе и Декларације које чине саставни до Уговора. Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union - Consolidated version of the Treaty on European Union - Protocols - Declarations annexed to the Final Act

и број чланица (тзв. нове државе чланице) у протеклом периоду повећаван је у више наврата. Тако је прво проширење ЕУ реализовано 2004. године пријемом Чешке, Естоније, Мађарске, Летоније, Литваније, Пољске, Словачке, Словеније, Малте и Кипра, друго 2007. пријемом Бугарске и Румуније и треће, 2013. године, када је дошло до пријема Хрватске. Упоредо са процесом проширења Европске уније наставља се и процес монетарне интеграције. Међутим, за разлику од држава којима је Споразумом из Мастрихта призната клаузула изузећа, за нове чланице ова могућност не важи, што значи да их обавезују одредбе оснивачких аката о монетарној унији. Уговором о функционисању ЕУ (чл. 140.) регулисани су услови и поступак пријема земаља чланица ЕУ у еврозону. Поред политичке воље, монетарна интеграција подразумева испуњавање одговарајућих правних и економских критеријума од стране нових чланица Уније. Правна конвергенција обухвата процес усаглашавања и уграђивања правних тековина (*acquis communautaire*) Уније у домаће законодавство. Првенствено се то односи на усаглашавање националног законодавства са законодавством Уније у делу који се односи на прилагођавање домаћег монетарног и финансијског система европским стандардима. У тим оквирима, свакако, највећа пажња даје се процени усаглашености националног монетарног законодавства са европским законодавством, а нарочито имплементацији стандарда о правном положају централно-банкарске институције. Темељни принцип, постављен правом ЕУ, на коме се заснива Европска економска и монетарна унија, је независност Европске централне банке и централних банака држава чланица. Укупност норми којима се уређује положај Европске централне банке и националних централних банака држава чланица, посебно њихова самосталност у конципирању и вођењу монетарне политике, чине део европских стандарда које земље кандидати морају да имплементирају у своје домаће законодавство.⁵

Поред уважавања захтева у погледу правног статуса централне банке, правна конвергенција обухвата и: а) прихватање обавезе предвиђене чл. 37. Статута Европске централне банке и Европског система централних

of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon, Treaty on the Functioning of the European Union OJ C 326, 26.10.2012.

⁵ Концепт независности централне банке обухвата више елемената, и они могу да се разврстају у четири категорије: институционалну, функционалну, финансијску и персоналну независност (чл. 130 Уговора и чл. 7 и 14.2. Статута Европског система централних банака и Европске централне банке и државе кандидати су у обавези да их уваже приликом дефинисања правног статуса националне централне банке. Опширније: R. M. Lastra, *International Financial and Monetary Law*, Oxford University Press, 2015, pp. 70-73.

банака (ЕЦБ и ЕСЦБ)⁶ о чувању службене тајне од стране руководства и службеника централне банке и након престанка функције; б) експлицитну забрану монетарног финансирања предвиђену чл. 123. Уговора о функционисању ЕУ; в) онемогућавање повлашћеног приступа јавног сектора финансијским институцијама (чл. 124. Уговора); г) изјаву о уједначености начина писања назива јединствене валуте у складу са законодавством Уније; и д) укључивање националних централних банака у Евросистем и усаглашавање њихове активности са смерницима и упутствима Европске централне банке.(чл. 12. 1. и чл. 14.3. Статута).

Усклађивање националног законодавства са правним тековинама Уније обухвата и примену регулатива и споразума који су усвојени као одговор на глобалну финансијску кризу 2007-2008. године. Суочене са кризом која је уздрмала темеље монетарне уније, државе које су увеле евро посегле су за мерама којима се даље продубљује ниво економске и монетарне интеграције. То се, првенствено, односи на увођење одговарајућих механизма координације економске политике, у складу са међудржавним Споразумом о стабилности, координацији и управљању у економској и монетарној унији из 2012. године⁷, затим, усаглашавања са стандардима Уније у области банкарства, осигурања и инвестиционих услуга, система платног промета и обезбеђења потраживања. Као одговор на кризу, на међународном и националном плану развија се нова област деловања јавне политике, чији је циљ да применом различитих инструмената минимизира системски ризик и на тај начин очува финансијску стабилност. Тако се у Европској унији крајем 2010. године усваја Уредба (1092/2010) о макробонитетном надзору финансијског система Европске уније и оснивању Европског одбора за системске ризике.⁸ Поред тога, формирају се и три нове институције (Европско надзорно тело за банкарство⁹, Европско

⁶ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union Protocol (No 4) On The Statute Of The European System Of Central Banks And Of The European Central Bank OJ C 202, 7.6.2016.

⁷ Овај међудржавни споразум, познат под називом “Фискални споразум”, потписан је од стране свих држава чланица Уније, осим Чешке и Велике Британије.

⁸ Regulation (EU) No 1092/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 on European Union macro-prudential oversight of the financial system and establishing a European Systemic Risk Board (OJ L 331,15.12.2010, p. 1).

⁹ Regulation (EU) No 1093/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority), amending Decision 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/78/EC (OJ L 331, 15.12.2010, p. 12).

надзорно тело за осигурање и струковно пензионо осигурање¹⁰ и Европско надзорно тело за хартије од вредности и тржишта капитала¹¹) које треба да спрече кумулирање прекомерних ризика у финансијском систему. Нови систем финансијске супервизије ЕУ водећу улогу у макробонитетном надзору приписује Европској централној банци и националним централним банкама, уважавајући њихову компетентост и одговорност у подручју финансијске стабилности. На тај начин, постиже се двоструки ефекат: (i) најпре, ствара се амбијент погодан за надзор над кредитном активноћу банкарског сектора и примену инструмената монетарне политике; (ii) и други, који се тиче стабилности финансијских институција и тржишта, будући да је финансијска стабилност један од кључних задатака монетарних власти Уније.

Поред правних, државе кандидати за пријем у ЕМУ, морају да испуне и економске критеријуме, на основу којих се процењује ниво конвергенције њихових привреда са привредама земаља чланица. Истицање критеријума конвергенције има за циљ да монетарну интеграцију ограничи само на оне државе чланице ЕУ које су у стању да обезбеде стабилност цена и одрживост европске монетарне уније. Критеријуми конвергенције дефинисани су примарним законодавством Уније, њихову оцену дају институције Уније што искључује било какву могућност заобилажења њихове примене. Критеријуми конвергенције, чијим испуњењем је условљено чланство у монетарној унији, обухватају следеће показатеље:

(i) Конвергенцију цена, односно ниску стопу инфлације у држави кандидату за пријем у монетарну унију. Годишња стопа инфлације, мерена индексом потрошачких цена, не сме бити виша од 1,5% у односу на просечну стопу инфлације у три земље чланице са најнижом инфлацијом.

(ii) Фискалну конвергенцију. Овај критеријум тиче се стања јавних финансија земаља чланица и изражава захтевом задржавања буџетских дефицита на нивоу нижем од 3% бруто домаћег производа. Стање јавних финансија држава чланица процењује се и на основу критеријума јавног дуга, где је постављена граница од 60% удела у бруто домаћем производу.

¹⁰ Regulation (EU) No 1094/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Insurance and Occupational Pensions Authority), amending Decision 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/79/EC (OJ L 331, 15.12.2010, p. 48).

¹¹ Regulation (EU) No 1095/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority), amending Decision 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/77/EC (OJ L 331, 15.12.2010, p. 84).

(iii) Конвергенцију девизног курса. Испуњење овог захтева подразумева учешће у европском механизму девизних курсева (*ERM-II*) најмање две године пре придруживања монетарној унији уз поштовање прописаних граница флукуација. Поштовање овог критеријума указује на чврсту опредељеност земље чланице да успостави и одржи стабилност, као и на њену одлучност да постане чланица монетарне уније, без искоришћавања девизне политике као средства за побољшање конкурентског положаја у односу на друге земље чланице.

(iv) Конвергенција каматне стопе. Испуњавање овог критеријума подразумева да је држава кандидат имала, у периоду од годину дана пре испитивања, дугорочну просечну номиналну каматну стопу која није прелазила границу од 2% у односу на висину каматне стопе у три државе чланице са најбољим резултатима у области стабилности цена.

Постављање захтева у погледу испуњавања критеријума конвергенције неопходно је из више разлога. Прво, мора да се има у виду да се почетна позиција земаља укључених у овај процес значајно разликује. Ове разлике евидентне су не само у степену развијености, већ и у концепту економске политике и поверењу у носиоце економске политике. Друго, увођењем критеријума конвергенције спречава се феномен *free rider*, односно појава да краткорочне трошкове прилагођавања сnose само земље које су пре-дане идеји монетарног уједињења. И, најзад, да укључивање у ЕМУ није условљено испуњењем одређених критеријума, не би ни постојали подстицаји државама кандидатима да испуне критеријуме конвергенције не само у номиналном већ и у реалном смислу.

3. ПОСТУПАК ПРИЈЕМА НОВИХ ЧЛАНИЦА ЕУ У МОНЕТАРНУ УНИЈУ

Кључно питање са којим се суочавају новопримљене земље чланице ЕУ није да ли ће, већ када ће постати пуноправне чланице монетарне уније. Другим речима, стицањем статуса пуноправне чланице Уније оне су, истовремено, презеле обавезу да се, након испуњења унапред дефинисаних услова, прикључе ЕМУ (“Унија успоставља економску и монетарну унију чија је валута евро” чл. 3 т.4. Уговора о Европској унији). За разлику од Велике Британије и Данске, којима је према одредбама релевантних протокола анексираних Уговору призната клаузула изузећа,¹² новопримљене

¹² Током преговора, који су претходили усвајању споразума из Мастрихта, Велика Британија је инсистирала на признавању клаузуле изузећа (*opt-out*), по којој Британија није у обавези да уведе евро, као заједничку валуту, чак иако испуни критеријуме конвергенције (Протокол бр. 15). Клаузула изузећа од учешћа у трећој фази ЕМУ призната је и Данској (Протокол бр. 16). Ситуација у погледу Велике Британије је

земље чланице немају могућност да се одреде за опцију неучествовања у тзв. трећој фази ЕМУ. То значи да када испуне правне и економске критеријуме за “нове” чланице постоји обавеза да приступе монетарној унији. До данас, од земаља које су се након 2000. године прикључиле Унији, ову обавезу су испуниле и постале чланице монетарне уније: Словенија 2007, Кипар и Малта 2008, Словачка 2009, Естонија 2011, Летонија 2014. и Литванија 2015. године. Државе које су још увек изван еврозоне (Бугарска, Хрватска, Чешка, Мађарска, Пољска, Румунија и од раније Шведска) имају статус земаља које се налазе у тзв. другој фази приступања монетарној унији. У овој фази, која обухвата период од стицања чланства у ЕУ до коначног увођења евра уместо националне валуте, остварују се припреме за укључивање земље кандидата у девизни режим, познат под називом механизам девизних курсева (*Exchange rate mechanism ERM-II*).¹³

За приступање овом девизном аранжману неопходна је, поред захтева за приступање, подршка земаља чланица еврозоне која зависи од оцене, коју дају Европска комисија и Европске централна банка у свом извештају о конвергенцији држава нечланица и о извршавању обавеза држава чланица у складу са процедуром предвиђеном чланом 121. ст. 1. Уговора о функционисању ЕУ. У техничком смислу, критеријум стабилности девизног курса подразумева да државе чланице учествују у механизму девизних курсева најмање две године непрекидно, без озбиљнијих потреса на девизном тржишту и девалвације у односу на евро. Како би се спречила појава да земље чланице ЕУ које су изван монетарне уније користе конкурентске девалвације своје валуте у односу на јединствену валуту, уводи се механизам девизних курсева којим се свака појединачна валута држава ЕУ, за коју важи клаузула изузећа, везује за евро уз утврђени опсег флукутирања. Основне одлике уведеног механизма девизних курсева су:

Реч је о мултилатералном аранжману, што значи да је неопходан заједнички договор о централном паритету, као и опсегу флукутирања у односу на евро;

Добровољност. Учешће у механизму девизних курсева није обавезно већ зависи од одлука државе, које се могу у било ком тренутку након прикључења ЕУ одредити за учешће у овом аранжману;

још сложенија с обзиром на то да је 23. јуна 2016. године ова земља на референдуму донела одлуку о изласку из Европске уније (Brexit).

¹³ *Resolution of the European Council on the establishment of an exchange-rate mechanism in the third stage of economic and monetary union* Amsterdam, 16 June 1997. OJ C 236, 2.8.1997, p. 5–6. Према законодавству Уније *ERM-II* представља механизам који регулише девизни курс евра и валуте држава чланица Уније још увек нису прихватиле јединствену валуту. Више о ефектима овог девизног механизма: Т. Ćorić, М. Mesić, *Tečajni mehanizam ERM 2: iskustvo Estonije*, *Ekonomска misao i praksa DBK*, br. 2, 2012, str. 627-628.

Централни паритет у односу на евро, који представља валуту у односу на коју ће се посматрати све евентуалне флукуације курса (*anchor currency*). Утврђивање централног паритета укључује заједнички споразум између ЕЦБ, Европске комисије, централних банака укључених у систем и централних банака и влада земаља које се прикључују механизму девизних курсева. Одлуци о утврђивању централног паритета претходи расправа, при чему садржај расправе, све до коначног уласка у *ERM*, има поверљив карактер. Иначе, у погледу утврђивања централног паритета, постоји широки консензус о томе да централни паритет треба да, у што је могуће већој мери, одговара дугорочном равнотежном реалном девизном курсу.

Стандардни опсег флукуирања од +/-15% (чл.2. 1 Резолуције о *ERM II*). Предвиђена је и могућност да држава учесница формално прихвати ужи распон флукуирања девизног курса, који се може одредити на захтев државе, али уз мултилатерални договор.

Аутоматске и неограничене интервенције на маргинама флукуација. Код ових интервенција на границама постоји могућност краткорочног финансирања (до три месеца према чл. 2. 6. Резолуције), с тим што се оне могу спроводити у еврима или у националним валутама држава учесница девизног механизма изван еврозоне. Наравно, у Резолуцији је садржана експлицитна одредба која националним централним банкама дозвољава да стопирају акцију уколико је то на штету остваривања примарног циља, тј. стабилности цена.

- Могућност промене паритета, односно централног курса валута током учешћа у механизму девизних курсева. Чланом 2. (3) Резолуције свака страна учесница у аранжману, укључујући и ЕЦБ, има право да покрене тајну процедуру усмерену на поновно разматрање централног курса. Ова иницијатива се може иницирати уколико је током процеса реалне конвергенције дошло до значајних промена у конкурентности према иностранству.
- За потребе интервенција на границама маргине (+/-15%), свакој земљи стоји на располагању могућност одобравања краткорочних кредита од стране ЕЦБ и осталих земаља учесница. Ова краткорочна финансијска средства су, по правилу, аутоматски доступна и без ограничења у погледу износа за потребе финансирања интервенције на маргинама. Наравно, пре повлачења ових краткорочних средстава неопходно је да је централна банка дужник претходно интервенисала из сопствених девизних резерви. Као што је већ речено, ЕЦБ и остале националне централне банке ће обуставити даље аутоматско финансирање уколико је оно у сукобу са остваривањем

примарног циља - стабилности цена. Кад су у питању интервенције унутар граница флукутирања, могућност краткорочног финансирања, уз сагласност централне банке која емитује валуту којом се интервенише, постоји под следећим условима: а) да износ одобрених краткорочних кредита централној банци дужнику не пређе границу утврђену Анексом II који је дат уз Споразум,¹⁴ и б) да је централна банка дужник претходно интервенисала из сопствених девизних резерви.

Функционисање механизма девизних курсева прати Генерални савет ЕЦБ који служи као форум за координацију монетарне и девизне политике, као и за управљање интервенцијама и механизмима финансирања утврђених споразумом.¹⁵ Генерални савет посебно води рачуна о одрживости билатералних девизних курсева између валута земаља нечланица и евра.

Као основни разлог прихватања девизног режима *ERM II* у теорији се истиче да учешће у овом механизму служи као „припремна фаза”, или чак као механизам који треба да обезбеди дисциплину у вођењу економске политике. Монетарна политика, заједно са девизном политиком, постаје питање од заједничког интереса. Тако, режим контролисаних флукутација који би довео до депресијације номиналног девизног курса, могао би да се третира као конкурентска девалвација, што у овом механизму није допуштено. С обзиром на обавезу очувања стабилности девизног курса, као и на чињеницу да је независност у вођењу монетарне политике практично изгубљена након стицања својства чланице ЕУ, очекивано је да ће доћи до уједначавања номиналне каматне стопе.¹⁶ На плану очувања успостављене

¹⁴ Потписаном споразуму између ЕЦБ и националних централних банака држава ван еуро подручја, којим је уређен начин поступања у механизму девизних курсева, придодата су и два анекса: Анекс I, који садржи споразум о квотама за валуте које учествују у ЕРМ II и плаћања по устаљеној процедури у случају интервенције на границама, и Анекс II, којим су постављена ограничења приступа краткорочним финансијским средствима према члану 8,10 и 11. Consolidated text: *Agreement of 16 March 2006 between the European Central Bank and the national central banks of the Member States outside the euro area laying down the operating procedures for an exchange rate mechanism in stage three of Economic and Monetary Union* OJ C 073 25.3.2006.

¹⁵ Генерални савет представља орган Европске централне банке привременог карактера (престаје да постоји када се све чланице Уније укључе у ЕМУ) који не учествује у процесу доношења одлука али координира монетарну политику држава чланица и држава нечланица Европске монетарне уније. С. Herrman, С. Dornacher, *International and European Monetary Law: An Introduction*, Springer, 2017, p. 75.

¹⁶ Више о позитивним ефектима прикључења *ERM II* види: Kozamernik Davor, *The ERM II Issues: An Interpretation of the Slovenian Approach*, Atlantic Economic Journal, Vol. 32, No. 4, December, 2004, pp. 270-271.

економске стабилности, приступање овом механизму утиче и на фискалну политику, која мора да се прилагоди чињеници да нема више простора за вођење корективне акције од стране монетарне и девизне политике.

Од механизма девизних курсева очекује се да убрза реалну и номиналну конвергенцију. Приступање *ERM II* јача дисциплину у вођењу укупне економске политике, уз ограничену могућност прилагођавања девизног курса. Сам систем је постављен тако да оставља довољно простора за решавање отворених питања, са којима се политика суочава на путу прихватања евра. Поред тога, централни паритет, подржан стабилизационом политиком, помаже економским актерима тако што им шаље сигнал о равнотежном девизном курсу и, истовремено, редукује нежељене флукуације девизног курса. Наравно, да би то било могуће неопходно је да се централни паритет заснива на прецизнијој процени текућих економских варијабли, као и да овај паритет буде чврсто повезан са конзистентном економском политиком, посебно у фискалној сфери и сфери кретања зарада. Када је у питању прилагодљивост, са садашњим опсегом флукуирања од +/-15% и уз могућност модификовања централног паритета, *ERM II* оставља довољно простора за решавање отворених питања и прилагођавања утицају евентуалних асиметричних шокова. Комбиновањем ова два елемента, дисциплине и прилагодљивости, механизам девизних курсева представља користан оквир за вођење политике са оптималном трајекторијом ка трајном циљу - стицању пуноправног чланства у монетарној унији.

4. ПРАВНИ ОКВИРИ УВОЂЕЊА ЕВРА У НОВИМ ЗЕМЉАМА ЧЛЕНИЦАМА

Механизам девизних курсева подразумева колективно и континуирано праћење економских и политичких промена, процену тржишних реакција и предузимање координиране акције. Ове особине, заједно са крајњим исходом чини *ERM II* другачијим системом од обичног, у теорији доста критикованог, прелазног режима. По речима *T. Padoa-Schioppa*, учешће у овој врсти девизног режима не треба посматрати као чекаоницу пре коначног прихватања евра.¹⁷ Овај режим девизних курсева треба, пре свега, посматрати као делотворан и флексибилан оквир за комбиновање номиналне и реалне конвергенције, као и за решавање изазова са којима се новопримљене земље суочавају у процесу прихватања евра. Уколико се останак у механизму девизних курсева покаже као успешан и земља кандидат испуни критеријуме конвергенције, Комисија, на основу пози-

¹⁷ Padoa-Schioppa Tommaso, *Trajectories Toward the Euro and the Role of ERM II*, International Finance, Vol.6, No1, 2003, pp. 140-142.

тивног мишљења Европске централне банке, предлаже Савету Уније да донесе одлуку о проширењу монетарне уније. Европски савет такође доноси уредбу о стопи конверзије националне валуте у односу на евро, која одговара централном паритету дефинисаном приликом уласка земље у девизни режим *ERM II*.

Проширивање ЕМУ повлачи за собом бројна питања која се односе на замену националне и увођење заједничке валуте. Правни оквири увођења евра у искључивој су надлежности органа ЕУ. Ово питање уредио је Савет двома уредбама и то: Уредбом о уређивању одређених питања која се односе на увођење евра¹⁸ и Уредбом о увођењу евра.¹⁹ С обзиром на то да у монетарном праву нема хармонизације националног законодавства, већина правних аката из ове области донета је у форми уредби, дакле правних аката који се непосредно примењују у земљама чланицама. У теорији је општеприхваћено да монетарно право обухвата најмање три кључне одредбе, независно од тога да ли су оне дефинисане једним законом или су, пак, дисперзирани у законодавству. Срж монетарног права чине: дефинисање валуте и регулисање емисије новца, питање вредности и паритета валуте, као и уређивање новчаног промета у земљи и са иностранством. Према опште прихваћеним начелима, држава која емитује новац има искључиву надлежност да одреди сваки од ових елемента.²⁰ У складу са начелом супсидијарности, државама чланицама препуштено је да саме уређују временске оквири и услове за замену готовине тј. папирног и кованог новца који су гласили на националну валуту у новчанице и ковани новац који гласе на евро.

Уредба 1103/97 уређује бројна питања повезана са употребом евра у правном промету. Она најпре потврђује да се сви правни инструменти који су гласили на *ECU* (новчана јединица која је примењивана у оквиру заједничког тржишта Европске заједнице до увођења јединствене валуте) прерачунавају у евре. Посебно се истиче начело правног континуитета. Реч је о опште признатом начелу по којем увођење нове валуте нема утицаја у погледу континуитета уговора и других правних инструмената. То значи да увођење евра неће довести до измене било ког услова дефинисаног правним актом, нити до ослобађања од извршења утврђене обавезе. Увођење

¹⁸ Council Regulation (EC) No 1103/97 of 17. June 1997. on certain provisions relating to the introduction of the euro, OJ L 162/1. Чл. 6 Уредбе прописује да је она обавезујућа у целини и директно се примењује у свима државама чланицама ЕУ.

¹⁹ Council Regulation (EC) No 974/98 of 3 May 1998 on the introduction of the euro.

²⁰ Више о садржини монетарног права концепту монетарног суверенитета види: М. Димитријевић, *Институције међународног монетарног права*, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2018, стр. 12-13.

евра по овој Уредби, такође, неће имати утицаја нити дати право некој од уговорних страна да једнострано измени или раскине уговор. У члану 1. прецизира се на које се све правне акте односи ова Уредба. У том смислу, она се односи на све законодавне и статутарне одлуке, управне акте, судске одлуке, уговоре, једностране правне акте, инструменте плаћања (не рачунајући папирни и ковани новац), као и друге акте. С обзиром на то да ова одредба изазива непосредно дејство у свим државама чланицама, то није било потребе да се националним законодавством посебно уређују питања која се односе на континуитет правних односа повезаних са банкарским депозитима, стамбеним кредитима, чековима итд. Практични аспект овог начела огледа се у томе што није неопходно да се због увођења евра закључују анекси постојећих уговора. При томе је потребно нагласити да континуитет уговорних односа у случају дужничких инструмената са фиксном каматом значи да мере увођења евра немају утицаја на номиналну камату коју дужник плаћа. Упркос крутости оваквог правила по дужника, начело континуитета је једино које обезбеђује правну заштиту привредним субјектима. Саставни део ове Уредбе су и одредбе којима се постављају правила у погледу прерачунавања националне валуте у евро, при чему није дозвољено заокруживање на мање од три децимале.²¹

Сва питања која се односе на начин и поступак увођења евра уређена су Уредбом 974/98. Одредбама овог акта дефинишу се основни елементи монетарног права ЕУ.²² Према одредбама ове Уредбе, евро је од 01.01.1999. године заживео као средство безготовинског плаћања, што значи да је регулисано вођење рачуна, обављање платног промета и изражавање свих финансијских инструмената у новој валути, да би од 01. јануара 2002. године готов новац био стављен у оптицај. Од тог момента, емитовани новац добио је улогу законског средства плаћања у свим земљама чланицама монетарне уније. Са проширењем ЕМУ ова Уредба мењана је у више наврата. Према чл. 15. Уредбе, земља која уводи евро, националну валуту у оптицају може задржати као законско средства плаћања најдуже до

²¹ Тако чл. 4 Уредбе одређује да стопа конверзије представља однос евра према националним валутама земаља чланица, изражено са шест децимала. Стопа конверзије не сме да се заокружује нити скраћује приликом конверзије. Стопа конверзије користити се у оба смера између евра и националних валута. Новчани износи који се конвертују из једне у другу националну валуту морају се прво конвертовати у новчани износ изражен еврима; тај износ може да се заокружи на не мање од три децимале и онда конвертује у националну валуту друге земље. Ниједан алтернативан начин прерачунавања не сме да се користи осим ако не доведе до истог резултата.

²² Последњи пут измењена је у вези са увођењем евра у Литванији 2014. COUNCIL REGULATION (EU) No 827/2014 of 23 July 2014 amending Regulation (EC) No 974/98 as regards the introduction of the euro in Lithuania. OJ EU L 228/3, 31.07.2014.

шест месеци од дана истека транзиционог периода. Наравно, овај период може бити скраћен одредбама националног законодавства. На пример, у Немачкој као рок за замену марака у евро одређен је 28. фебруар 2002. године, при чему за замену у централној банци није одређено временско ограничење.²³ Према томе, монетарна интеграција нових чланица може да се одвија према три сценарија. Тако је могуће да се евро уведе по процедури која је испоштована у претходном случају. Друга могућност подразумева истовремено увођење евра, као обрачунског средства, и готовог новца. Реч је о сценарију познатим под називом “велики прасак”. И најзад, трећи сценарио представља комбинацију истовременог увођења евра као валуте и готовине, уз одговарајући период прилагођавања. Држава која уводи евро мора сама да изабере сценарио, полазећи од специфичности које се везују за дату земљу. Припреме за увођење нове валуте подразумевају и мере усмерене на популаризацију нове валуте. На пример, ради прилагођавања новом монетарном режиму цене производа и услуга се истовремено изражавају у националној и јединственој валути, при чему се води рачуна да цене у еврима буду упадљивије него цене у националној валути. Исто тако, ради повлачења домаће валуте из промета (смањења удела готовине) предузимају се мере којима се подстиче безготовинско плаћање и конверзија банковних рачуна. На тај начин, потрошачи се постепено навикавају на употребу евра у промету и, истовремено, смањују се трошкови замене домаће валуте.

5. ЗАКЉУЧАК

Стварање монетарне уније свакако представља најважнији корак у процесу економске интеграције европских држава. Прихватањем заједничке валуте не само да се обезбеђује већи степен ценовне транспарентности за потрошаче и инвеститоре, већ се елиминише валутни ризик, снижавају каматне стопе и ствара повољан амбијент за повећање инвестиција. Све државе чланице Европске уније могу са становишта монетарне интеграције да се разврстају у две групе. Прву групу чине земље чланице које су чланство у ЕМУ реализовале у првом таласу монетарног уједињења, односно нове државе чланице које су испуниле критеријуме за укључивање у монетарну унију, док другу групу чине државе чланице ЕУ које још увек нису у прилици да приступе еврозони. За разлику од држава којима је призната клаузула изузећа, државе које су статус чланице ЕУ стекле након 2000. године имају обавезу да, након испуњења критеријума, приступе монетарној унији. Уговором о функционисању ЕУ регулисани су услови и

²³ Јанковец Ивица, *Правни аспекти новчаних обавеза*, „Службени Лист”, 2003, Београд, стр. 36.

поступак пријема земаља чланица ЕУ у еврозону. Монетарна интеграција подразумева испуњавање одговарајућих правних и економских критеријума, учешће у специфичном девизном режиму (механизам девизних курсева) и припрему земље кандидата за замену националне јединственом валутом. Сложеност пријема нових чланица ЕМУ наметнута је потребом да се монетарна интеграција ограничи само на оне земље које су се показале способним да, поред номиналне и реалне конвергенције, остваре координацију своје економске политике (посебно монетарне и девизне) са економском политиком која се води у еврозони. Најзад, финална фаза увођења јединствене валуте обухвата мере које треба да амортизују негативне ефекте замене националне валуте.

Srđan Golubović, LL.D.,

Full professor,

Faculty of Law, University of Niš

Marko Dimitrijević, LL.D.,

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**MONETARY INTEGRATION OF THE “NEW” MEMBER
STATES OF THE EUROPEAN UNION**

Summary

The paper analyzes the process of monetary integration of the “new” member states of the European Union. It is a complex, multi-stage process that should limit admission to the monetary union only to countries that meet the conditions and criteria for admission. After joining the EU, countries are obliged to harmonize their economic policy with the economic policy pursued in EMU. Countries that meet the convergence criteria and demonstrate the ability to maintain the stability of the national currency exchange rate qualify for admission to the monetary union. Although the process of introducing the euro is regulated in detail by EU legislation, the process of replacing the national currency retains a certain degree of flexibility, allowing candidate countries to adapt to specific conditions, all in order to minimize the cost of adopting the single currency.

Keywords: *European Economic and Monetary Union, Euro, convergence criteria.*

ALGORITHM AS THE FUNCTION OF LAW: BASIC TAXONOMY²

Abstract: *The Paper provides for the catalogue of basic terms needed for legal research of intersection between code and the law. Therefore the introductory remarks about algorithm, process of legal norms' algorithmization and obstacles and possibilities of this process are given. Algorithm is a term used in computer science to describe a process that is used to solve a problem and is implemented by a program. Algorithmization is understood as a process that allows the text of the legal document to be translated into a format that is understandable to software developers, while preserving its validity and efficiency. The main "window of opportunity" for transforming law into code is the existence of common denominator of legal and programming language is the structure of reasoning: both languages are based on rules. In addition, the similarity between legal rules and programming the code is that as processes they have a defined structure and rules of control. The suitable form for conducting the coding of the legal norms is the institute of "Legal Expert System" (hereinafter: LES). The applicability of algorithm for the purpose of the legal regulation is analyzed through the dual the rule-based and machine learning algorithm taxonomy.*

Keywords: *Code, Algorithm, Legal Expert System, Law as a Code.*

1. Introduction

Algorithm is a term used in computer science to describe a process that is used to solve a problem and is implemented by a program. For this purpose, algorithms are fed with huge amounts of data, which they can evaluate in milliseconds and present in a statistical context. Algorithms use complex processes to organize large amounts of data that are used for calculations. Such organized data are called data structures and also belong to the central objects of mathematics.

¹ e-mail: pepi@prafak.ni.ac.rs

² This paper is the result of research on a project funded by the Faculty of Law, University of Niš: "Responsibility in the legal and social context" in the period 2021-2025.

Legal norms contained in legal documents (contract statutes, bylaws) and written in natural language can be subject of algorithmic conversion in certain phases of the legislative circle (implementation, monitoring, control, interpretation). Algorithmization is understood as a process that allows the text of the legal document to be translated into a format that is understandable to software developers. To this end, the use of the following methodologies is proposed: design of pseudocode, application of formal logic's symbols and flowchart. (See: Cvetković, 2021: 22, *passim*). Successful conversion of legal prose into code requires cooperation between lawyers and programmers. Algorithmization shall convert legal text from prose to code, while preserving its validity and efficiency. The paper shall provide catalogue of issues and terms necessary for further research in this field.

2. Integrating Law and the Code: the Problematization

The problems of integrating rights into code are multi-layered.

First, developers do not know the law.

Secondly, the dynamics of the analysis of programmers and lawyers differ. The programmer applies a priori knowledge of programming languages and algorithms: this knowledge is objectified by programming language. The syntax and semantics of programming languages are strict and do not allow freedom of formulation. The legal norm, on the other hand, focuses on the interaction of social elements viewed from a legal perspective. It is applied with a posteriori knowledge (use of experience, empirical evidence and results of observations).

Legal programming involves integrating the perspectives of law and programming in order to provide common patterns of functioning of legal and programming languages.³ This integration is made possible by two facts.

First, the common denominator of legal and programming language is the structure of reasoning: both languages are based on rules. The programming language follows strict programming rules; the language of legal prose, on the other hand, is based on the linguistic principles of natural language in the function of formulating a legal rule.

Secondly, the similarity between legal rules and programming is that their process of creation has a defined structure and rules of control. The programmer also processes certain data according to the rules of program code, acting in accordance with the given rules of structure and format (Koch, 2005: 238).

³Programming, in addition to knowledge of the programming language in question, includes the application of logic, the use of mathematics and other methods that go beyond the simple learning of a programming language.

Two above listed features of relationship between computer programming and legal norm are the corner stone for creating the institute of “Legal Expert System” (hereinafter: LES).

2.1. Legal Expert System

Successful conversion of legal prose into code requires constant, holistic and efficient cooperation between lawyers and developers. The integration of the contractual provision into the program code shall involve the interpretation of legal rules: interpreters of legal rules are lawyers. The aim of the interpretation is to define the code in a way that is in accordance with the legal rules. The framework of that cooperation is the establishment of the so-called “Legal Expert System” as the toolkit for developing, conducting and monitoring legal expertise through the programmer-lawyer cooperation. Basically, this system generates the power of “legal engineering”: the foregoing consists from two expertise aimed to provide a successful two-dimensional analysis of the issues involved (legal and programming dimensions).

The phrase LES denotes a program conceived by lawyers that mimics the problem-solving of lawyers (Susskind, 1986: 172.). The goal of the LES is: to transfer the necessary and functional knowledge about the contract as a legal institute to the programmer; integration of that knowledge into LES; control and testing of program code through the cooperation of programmers and lawyers. Experts who participate in the described activities are called “legal process engineers”. They can be lawyers and / or developers; it is more likely that the term includes at least two persons with different expertise: primary (law or programming) and secondary (basic knowledge of law or programming).

The catalyzing factor for the creating and functioning of Legal Expert System is the existence of structural homology between computers and law (Diver, 2022: 208). The homology is based on the twofold presumptions:

- the existence of top-down, vertical model of normative hierarchy in the legal system: i. e. the constitution binds the legislature; the legislature defines norms; norms are legitimated by democratic process and controllable by relevant procedures and subjects;
- bottom up concept applicable in the process of converting the legal norm into code: there shall be legal expert (“Programmer of the Programmer”- hereinafter “PoP”) able to define the legal rules in the form comprehensible/intelligible for the “ultimate” Programmer (the one who is designing the code as the form of conversion of legal norm into programming language). Thereby “constitutional” limits to the code programmer are ex

ante imposed to his activities. The above described concept provides ex ante functional “normativity” of the code. Both programmers (PoP and “ultimate” one) are at the same time law-makers and code-makers / Diver, 2022: 208, footnotes 4-5 and accompanying text).

2.2. Transformation of contract from prose into algorithm: technical issues

Legal documents are written in natural language. Computers do not understand it even when that language uses concise sentences written in structured legal prose. Natural language is expressive but inherently ambiguous and vague. On the other hand, programming languages aim to eliminate the uncertainty.

Converting rules from “natural language” into programming code requires bridging the gap between the two. Natural Language Processing techniques rely on statistical and stochastic analysis rather than establishing mechanisms for determining to mean. To illustrate: in a programming language, the word “delivery” is seen only as a string (“string”), not the name for the seller’s obligation to deliver the goods to the buyer. To illustrate, the word “delivery” in a programming language is an object that requires formalized instructions and the definition of sequences of actions aimed at delivering goods from the seller to the buyer. The computer analyzes legal prose (does not read it in the context of the written text) by parsing it, detecting patterns, and defining statistical data on the analyzed text.

Legal texts’ algorithmization should convert a legal prose to code, while preserving its validity and efficiency. The difficulty in this process is the following: legal prose has a limited capacity to be presented in the algorithm (and further in the program code). The basic limitation is the reduced ability to convert complex legal standards and concepts into program code. In this context, how to verify behavior that is in line with standards such as “reasonableness”, “best effort” or others used in legal texts? Translating them into code or reducing them to an algorithm formula is difficult, if at all possible.⁴

⁴ In the issue of contract described shortcoming is possible to overcome by accepting the following concept: the contract is fulfilled when the performed obligations are foreseen by it. The goal of an algorithmic contract is to ensure that programming automates the fulfillment of contractual obligations: the goal is not to conduct text analysis or interpretation. Instructions to developers must be precise and unambiguous. The execution of certain tasks contained in contractual obligations (payment, delivery, sending notification of receipt, etc.) is automated. Automation of execution is accompanied by a guarantee that the execution in question will be done exactly as agreed in the contract. Perfect execution eliminates the possibility of breach of contract and therefore the issue of resolving disputes and fulfilling contracts is merged into the obligation to execute the program code. Nota bene: the contract document in the

Many disputes based on written documents have their roots in the failure of creators to clearly define their meaning: sometimes this omission is intentional (to ensure the flexibility of the norm in a given social, political, economic or other legally relevant context). The current level of development of artificial intelligence is not able to translate all the clauses of the contract into the language of program code. A possible answer is the application of the so-called Ricardian contract: The Ricardian contract defines key contractual provisions in the form of program code, while more complex provisions that cannot be converted into an algorithm are contained in additional instructions that are part of the Ricardian contract - e.g. links that provide the text of these complex provisions or the full text of the agreement. (Cvetković, Ricardian Contract, 2021: 65-75)

3. Types of Algorithms: Rule-based and Self-learning algorithms

The two most important types of algorithms based on how they work are rule-based and self-learning algorithms (hereinafter also: Machine-learning algorithms). They differ in the way of working out and solving problems and methods used to achieve different goals. While rule-based algorithms act according to clear specifications, self-learning algorithms work in a similar way to the human brain through interaction in a neural network.

3.1. Rule-based algorithms: main features

How rule-based algorithms mode of operation is relatively easy for lawyer to understand. A human creates instructions, which the algorithm then executes on the data fed to it. The algorithm thus processes all steps as specified. The path to the goal is traceable because it was programmed by people: pre-programmed processes can be changed at any time as desired.

Rule-based algorithms are comparable to the legal system. Their developers create steps for action to be followed. The difference, however, is that the indi-

form of a code is no longer the embodiment of the agreement but a tool for its fulfillment. Unlike the traditional contract (which distinguishes between the text of the contract and its execution), the program code allows the text of the contract in the programming language to be at the same time the action of its fulfillment. This potentially equates contractual regulation and fulfillment of the contract (by the very origin of code-standardization - what should be done as a result of the contract has already been done given the immutability of the program code and its tamper proof feature-i. e. closedness to intermediary intervention). In reality, there is no other option but to apply a rule that is the norm in the form of a smart contract. However, in the case of statutes and other documents the verifiability is connected for political goals underpinning the legal document at stake: to provide the relevant metrics for the fulfillment of those goals in order to be used for the purpose of encoding the norms at stake is resource- and time-consuming to the extent beyond the optimal cost-benefit ratio.

viduals functioning in a legal system can decide for themselves whether they want to follow the given rules or not. If they do not comply with the law, their non-compliance will be sanctioned. Conversely, the computational “rule based” algorithm acts according to a given pattern: there is no room for discretionary decisions. Rule-based algorithms cannot make subtle differences since it is impossible to tailor algorithms to evaluate each and every disparity variant of possible situation: there are simply too many of variants that a rule-based algorithm would have to include in its programming in order to be able to make decisions like a human being. Rule-based algorithm has neither the ability to learn new things nor the opportunity to work outside of the given scheme. Further, rule-based algorithms in the judiciary cannot think of or apply common evaluation criteria such as justified doubts or valid reasons.

The use of rule-based algorithms in the judiciary cannot be ruled out in the future. However, since they have no independent thinking and can only understand what they are “taught” (via the data fed to it), there are numerous hurdles in connection with, e. g. taking of evidence, the evaluation of evidence or, for example, during interrogations. They cannot weigh the arguments of plaintiffs or defendants. In addition, the use of algorithms in court proceedings is extremely problematic. In positive legal systems, equals should be treated equally and different shall be treated unequally. However, an algorithm cannot incorporate this into its decision-making process: to simplify, algorithm does not have its own ability to “think”: the decisions of the mathematically calculated results serve as a source of knowledge for further decisions, which ultimately leads to a cycle of discrimination and the ongoing creation and application of bias. Hence, if a machine applies applicable law indiscriminately and without discretion, this has negative consequences for many of those affected. Thus there is a problem related to the issue of equal treatment. An example from the USA serves as an illustration. Recently unemployed, a young woman steals from the grocery store to support her family and regrets it. A young man, on the other hand, is a career criminal and steals for no reason. If there is no way to treat the same unequally through the use of algorithms, then everyone who commits the same crime will be sentenced equally harshly. This example demonstrates that it is difficult to strike a balance between individualized justice and respect for the principle of equality. This is the very reason why the judge is given discretion in legal system: to establish the abovementioned balance in accordance with legal rules and within the regulatory framework.⁵

⁵ Algorithms are already being used in a variety of ways in litigation funding. The German litigation financing company “Iubel” offers such a service. Similar to other examples mentioned above, “Iubel” collects the claims of potentially injured parties and assumes the legal costs their protection. Algorithms are used to calculate the chances of legal victory and associated risks. The company can thus assess whether litigation makes sense and whether the potential

3.2. Machine Learning Algorithms

The technology of self-learning algorithms mimics human intelligence using machine processes by having decision-making skills, the ability to learn and relatively intelligent behavior, at least in terms of cognitive abilities. Self-learning algorithms can continue to develop independently through the accumulation of data beyond the knowledge of data initially embodied into them. No instructions are given as with the rule-based algorithm. The features of self-learning make it possible for machines to, within a short period of time to search large amounts of data according to certain criteria. They draw conclusions from known experiences and adjust their behavior accordingly (“learn” the new behavior). Machine learning algorithms work through a dialogue between the processed data and computational models. The computer learns based on input data and generalizes the knowledge it has gained. It recognizes laws in the data under conditions of uncertainty and draw conclusions from them without even having been programmed to solve these problems. This type of algorithm is summarized under the umbrella term of artificial intelligence.⁶ Algorithms proceed according to predetermined patterns and use methods such as the filtering mentioned above to distinguish important information from unimportant ones.⁷ Firstly,

profit share to which they are entitled in the event of victory covers the risk. See more at: *Iubel*, Dein Sofort Rechtsschutz, <https://iubel.de/#so-funktioniert-der-rechtsschutz-ohne-wartezeit> (Accessed at 09. 012. 2021).

⁶ Artificial intelligence (AI) as a term itself is difficult to define. From a technical point of view, AI describes a process in which a programmer creates code that is intended to carry out certain actions. From a legal perspective, it is non-human behavior that raises regulatory problems. The areas of application for AI seem almost limitless. Law without lawyers is just one of the many future narratives of how AI could change the discourse concerned. (See: Büнау, 2018: 71).

⁷ There are four basic methods for self-learning algorithm to derive the “new knowledge” from the subsequently acquired data: a) prioritization; b) classification; combination; d) filtering. a) Prioritization is a fundamental procedure of algorithms. Google, for example, prioritizes the search results that are most likely to lead to the desired goal. These results can then usually be found on the first page; Netflix also suggests which series the user is most likely to want to watch next based on their preferences; Navigation systems suggest the fastest route. All these prioritizations have in common that they are accomplished by mathematical processes in order to sort the many possibilities for the end user in the best possible way. b) Classification is the selection of a category for which data is attached: e. g, algorithms classify users as potential prospects based on their behavior. c) Combination is the process during which (when combining) algorithms recognize correlations between things and label them accordingly. For example Amazon also uses this type of algorithm by linking the interests of a user with those of previous buyers and thus suggesting the right product. d) Filtering is the method used by algorithm to remove unimportant information in order to be able to process more important one. For example, when recording a person, an algorithm has to filter out background noise in order to be able to recognize what the user

the algorithm is given the starting point, the data to process, and a goal it must achieve. Secondly, algorithm receives feedback as to whether he is on the right path or not. The algorithm is given enough time to practice and left to find the target on its own. Feedback will be reinforced when the task is doing correctly and ignored when it does not get the right result.

Similar to the judicature of a positive legal system, self-learning algorithm draw analogies to similar cases in order to be able to classify the newly obtained data. These algorithms are programmed in such a way that based on transferred data and their analysis (“experience”) they can randomly optimize models that have already been learned and apply them to other data. Due to the amount of data available, the algorithm achieves results that people cannot achieve or can only achieve through very long and complex processes.

If self-learning algorithms are to be used in the judiciary as e. g. the first instance in court, a fundamental problem is quickly encountered. The decision of a sovereign body requires a justification. However, the machine’s decision-making process that leads to it cannot be understood or can only be understood with great effort or a programmer (let alone that the process of “building up” the level of comprehension is time resource consuming in terms of time, financial means etc.). Self-learning algorithms do not work on the basis of predetermined rules, but rather by giving them feedback as to whether the result they came up with is right or wrong. The data subject therefore does not know whether their personal data has been processed lawfully, impartially and appropriately. The system is based on the principle of “trust instead of understanding”.⁸

is saying; Facebook or Twitter also filter out stories that match the users’ known interests in order to personalize a news. Most companies not only use one of the methods mentioned, but combine several in order to be able to influence the user as best as possible (See: Fry, 2018: 21).

⁸In the USA algorithms have been used in the judicial system since the 1920s. They calculate the risk of whether and with what probability a person could become criminal again, as a result of which tens of thousands of prisoners have been released on probation prematurely and re-socialized. The algorithms used today are very advanced. In addition to deciding whether prisoners should be released on parole, they also look for appropriate intervention programs and have recently assisted judges in determining the appropriate sentence. Whether they do their job better or worse than judges has been a matter of debate up to now. An important reference case in this context is the forecasting software COMPAS, which is used in the USA. This system predicts bail and parole decisions in some US states. In practice, however, it has been found that the results vary due to different ethnic origins (Fry, 2018: 71).

3.3. Rule-based and Machine Learning algorithms: rudimentary comparison

Both rule-based and machine learning algorithms have their advantages and disadvantages. Because of the human-written instructions, rule-based algorithms are easier to understand. These are logical processes that anyone (including lawyers thanks to structural similarities between legal and computational logic)⁹ can theoretically understand. However, there are also disadvantages, such as the fact that machines can only solve problems that people know exist or know how to solve. They cannot recognize objects in images, do not understand spoken words and cannot translate languages. For these tasks to be conducted, Machine learning algorithms are required. On the other side of the coin is the following premise: Machine Learning Algorithm have the disadvantage that people cannot or only with great difficulty look into the inner workings, which, for example, makes attempts to use artificial intelligence in the judiciary more difficult due to the lack of the possibility of being able to justify the decision-making process. The foregoing justification is difficult to achieve when the machine's decision-making takes place in a computational code ("black box") that can hardly be understood by anyone apart from programmers.¹⁰

4. Conclusion

Legal norms contained in legal documents (contract statutes, bylaws) and written in natural language can be subject of algorithmic conversion in certain phases of the legislative circle (implementation, monitoring, control, interpretation). Algorithmization is understood as a process that allows the text of the legal document to be translated into a format that is understandable to software developers. Algorithmization shall convert legal text from prose to code, while preserving its validity and efficiency. Successful conversion of legal prose into code requires cooperation between lawyers and developers. The framework of that cooperation is the establishment of the so-called "Legal Expert System" as the toolkit for developing, conducting and monitoring legal expertise through the programmer-lawyer cooperation. Basically, this system generates the power of "legal engineering": the foregoing consists from two expertise aimed to provide a successful two-dimensional analysis of the issues involved (legal and programming dimensions). LES shall mimic the problem-solving of lawyers.

⁹See supra par. 2.

¹⁰For example: if an AI system is shown a image of a car in the form of pixels, it recognizes it even if a human cannot see it. However, a research team demonstrated that if you change just one pixel, the AI system recognizes a dog instead of a car. How the AI system proceeds, however, is not comprehensible for the subjects outside of coding process.

Experts who participate in the described activities are called “legal process engineers”. They can be lawyers and / or software developers. The two most important types of algorithms based on how they work are rule-based and self-learning algorithms (hereinafter also: machine learning algorithms). They differ in the way of working out and solving problems and methods used to achieve different goals. While rule-based algorithms act according to clear specifications, self-learning algorithms work in a similar way to the human brain through interaction in a neural network.

Rule-based algorithms are comparable to the legal system. People create guidelines for action to be followed. The difference, however, is that the individuals functioning in a legal system can decide for themselves whether they want to follow the given rules or not. If they do not comply with the law, their non-compliance will be sanctioned. Conversely, the computational “rule based” algorithm acts according to a given pattern: there is no room for discretionary decisions. Rule-based algorithm has neither the ability to learn new things nor the opportunity to work outside of the given scheme. They cannot weigh the arguments of plaintiffs or defendants. In addition, the use of algorithms in court proceedings is extremely problematic. In positive legal systems, equals should be treated equally and different shall be treated unequally. However, an algorithm cannot incorporate this into its decision-making process: to simplify, algorithm does not have its own ability to “think”: the decisions of the mathematically calculated results serve as a source of knowledge for further decisions, which ultimately leads to a cycle of discrimination and the ongoing creation and application of bias. Hence, if a machine applies applicable law indiscriminately and without discretion, this has negative consequences for many of those affected. Self-learning algorithms mimics human intelligence using machine processes by having decision-making skills, the ability to learn and relatively intelligent behavior, at least in terms of cognitive abilities. The computer learns based on input data and generalizes the knowledge it has gained. It recognizes laws in the data under conditions of uncertainty and draw conclusions from them without even having been programmed to solve these problems. Algorithms proceed according to predetermined patterns and use methods such as the filtering mentioned above to distinguish important information from unimportant ones. Similar to the judicature of a positive legal system, self-learning algorithm draw analogies to similar cases in order to be able to classify the newly obtained data. If self-learning algorithms are to be used in the judiciary, the machine’s decision-making process that leads to the decision cannot be understood or can only be understood with huge amount and most probably suboptimal resource consuming. Self-learning algorithms do not work on the basis of predetermined rules, but rather by giving them feedback as to whether the result they came up with is right or wrong.

Both rule-based and machine learning algorithms have their advantages and disadvantages. Because of the human-written instructions, rule-based algorithms are easier to understand. There are also disadvantages: machines can only solve problems that people know exist or know how to solve. They cannot recognize objects in images, do not understand spoken words and cannot translate languages. For these tasks to be conducted, Machine learning algorithms are required. However, Machine Learning Algorithms have the disadvantage that people cannot or only with great difficulty look into the inner workings, which, for example, makes attempts to use artificial intelligence in the judiciary more difficult due to the lack of the possibility of being able to justify the decision-making process.

The state of the art of programming does not allow the programming of the rules in complex legal and factual scenarios. A potential objects of algorithmization are the primary instructions aimed at executing the characteristic performance of legal documents (statute, contract). Algorithmization is the an ongoing process and is here to stay. The significance of this process is indisputable: its scope, dynamics and assumptions are still only partially defined and tested. Further development will depend on the commercial response to the whole process: to create rule as an algorithm shall be economic viable, technologically sustainable and politically supported and acceptable process. The very possibility of algorithmization could be the impetus for lawyers to create legal norm with the awareness of possible transfer of their norm in the code.

Literature

- Bünau, P. V. (2018). Künstliche Intelligenz im Recht–Möglichkeiten und Mythos. Breidenbach, Stefan/Glatz, Florian, 47-90.
- Cvetković, P. (2021). УГОВОР КАО АЛГОРИТАМ: УВОДНА РАЗМАТРАЊА. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, (92), 15-34.
- Cvetković, P. (2021). Synthesis of the legal text and the program code: The case of the Ricardian Contract. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 60(90), 61-76.
- Diver, Laurence. Digisprudence: Code as Law Rebooted. Edinburgh University Press, 2022.
- Fry, H. (2018). Hello world: Being human in the age of algorithms. WW Norton & Company.
- Koch, K. L. (2005). A Multidisciplinary Comparison of Rules-Driven Writing: Similarities in Legal Writing, Biology Research Articles, and Computer Programming. Journal of Legal Education, 55(1/2), 234-251.
- Iubel, Dein Sofort Rechtsschutz, <https://iubel.de/#so-funktioniert-der-rechtsschutz-ohne-wartezeit> (Accessed at 09. 012. 2021).

Merigoux, D. (2022). The Specification Problem of Legal Expert Systems. <https://hal.inria.fr/hal-03541637/document>. Accessed on: 4. 01. 2022.

Susskind, R. E. (1986). Expert systems in law: A jurisprudential approach to artificial intelligence and legal reasoning. *The modern law review*, 49(2), 168-194.

Resume

Legal norms contained in legal documents can be subject of algorithmic conversion. Algorithmization is understood as a process that allows the text of the legal document to be translated into a format that is understandable to software developers while preserving its validity. Successful conversion of legal prose into code requires cooperation between lawyers and developers. The framework of that cooperation is so-called “Legal Expert System” - LES: this system shall mimic the problem-solving of lawyers.

The two most important types of algorithms are rule-based and self-learning algorithms (hereinafter also: machine learning algorithms). They differ in the way of working out and solving problems and methods used to achieve different goals. Rule-based algorithms are comparable to the legal system. Their creators define steps and guidelines for action to be followed. The difference, however, is that the individuals functioning in a legal system can decide for themselves whether they want to follow the given rules or not. If they do not comply with the law, their non-compliance will be sanctioned. Conversely, the computational “rule based” algorithm acts according to a given pattern: there is no room for discretionary decisions.

Self-learning algorithms mimics human intelligence using machine processes by having decision-making skills, the ability to learn and relatively intelligent behavior. The computer learns based on input data and generalizes the knowledge it has gained. Similar to the judicature of a positive legal system, self-learning algorithm draw analogies to similar cases in order to be able to classify the newly obtained data. However, if self-learning algorithms are to be used in the judiciary, the machine’s decision-making process that leads to the decision cannot be understood or can only be understood with huge amount and suboptimal resource-onsuming.

Algorithmization is an ongoing process and is here to stay. Its further development will depend on the commercial response to the whole process. In general, to create rule as an algorithm has to be economically viable, technologically sustainable and politically supported and acceptable process. If this shall be the case, the very possibility of algorithmization could be the impetus for lawyers to create legal norm with the awareness of possible transfer of their norm in the code.

Др Предраг Н. Цветковић,
Редовни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

АЛГОРИТАМ КАО ФУНКЦИЈА ПРАВА: ОСНОВНА ТИПОЛОГИЈА

Резиме

Правна норма је потенцијални предмет конверзије у алгоритам програмског кода. Алгоритмизација је процес којим се текст правног документа конвертује у формат разумљив креаторима компјутерских програма (софтвера), уз истовремено очување валидности норме коју тај документ садржи. Успешност описаног процеса условљена јесарадњом програмера и правника. Оквир те сарадње је тзв. “Legal Expert System”: овај систем опонаша начин решавања проблема који примењује правник приликом правне анализе. Два основна типа алгоритма су тзв. “Rule based” и “Machine learning” алгоритми. Они се разликују по начину формулације, решавања питања која су предмет алгоритма и метода које примењују. “Руле басед” алгоритми упоредиви су са правним системима: њихови креатори дефинишу кораке које алгоритам спроводи. Разлика ових алгоритама у односу на функционисање норме је следећа: правни субјекти сами одлучују да ли ће да се понашају у складу са нормом: уколико такво понашање изостане, биће санкционисано. “Rule-based” алгоритам делује искључиво према задатом следу корака: нема места за дискреционе одлуке.

За разлику од “Rule-based” алгоритма, “Machine learning” алгоритми опонашају људску интелигенцију користећи рачунарске процесе у циљу доношења одлука, развијања способности учења и релативно интелигентног понашања. Ови алгоритми омогућавају да рачунар “учи” на основу улазних података, генерализује стечено знање и доноси одлуке у будућим новим ситуацијама на основу старог “искуства”. Сличност са правним системом је следећа: “Self-learning” алгоритам апстрахује аналогije нових података са претходним у циљу њиховог даљег коришћења за доношење одлука у складу са алгоритамским корацима. Отворено питање коришћења ових алгоритама у праву је што је сам процес доношења одлуке унутар алгоритма разумљив само уз огромну и субоптималну потрошњу ресурса.

Алгоритмизација норме је сталан процес који је ту да остане. Његов даљи развој зависи од комерцијалног одговора који генерише. Начелно, конверзија норме у алгоритам трабало би да буде економски исплатив, технолошки одржив и политички подржан процес. Тада би сама могућност алгоритмизације била подстицај правницима да креирају норму уз уважавање претпоставке да ће она у одређеној фази бити трансформисана у програмски код.

ДИРЕКТИВА ЕУ (ЕВРОПСКОГ ПАРЛАМЕНТА И ВЕЋА) О АУТОРСКОМ И СРОДНИМ ПРАВИМА НА ЈЕДИНСТВЕНОМ ДИГИТАЛНОМ ТРЖИШТУ²

Апстракт: Развојем савремених дигиталних технологија значајно се променио начин стварања, дистрибуције и коришћења различитих ауторских дела и другог заштићеног садржаја. Појавили су се нови начини употребе, појачала се прекогранична употреба, а потрошачима су се отвориле нове могућности приступања таквим садржајима заштићеним ауторским правима.

Дигиталне технологије довеле су до настанка нових пословних модела и јачања улоге Интернета, као и његових платформи, као главних дистрибутера тржишта садржаја заштићеног ауторским правима. У овом новом оквиру долази до нових околности и проблема у ауторскоправним односима. Најпре, долази до неоправданог поремећаја равнотеже интереса релевантних субјеката ауторскоправног односа, али и до повећаних могућности за злоупотребе и неовлашћене употреба заштићеног садржаја.

Да би се наведени проблеми колико-толико решили, на нивоу ЕУ донета је 2019. године Директива о ауторском и сродним правима на јединственом дигиталном тржишту.

У раду је дат приказ најважнијих сегмената Директиве, са анализом њених позитивних страна и бенефита које она доноси, али и одређеним критикама и потенцијалним опасностима до којих може довести њена примена у пракси. Време пред нама ће показати који су диминантнији ефекти имплементације ове Директиве.

Кључне речи: Интернет, платформа, Директива, аутор, извођач, накнада.

¹ e-mail: vidza@prafak.ni.ac.rs

² Рад је резултат истраживања на пројекту „Одговорност у правном и друштвеном контексту”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2021-2025. године.

1. УВОД - РАЗЛОЗИ И ЦИЉЕВИ ДОНОШЕЊА ДИРЕКТИВЕ

Европска Комисија је још 2015. године донела Комуникацију „У сусрет модерном европском оквиру за ауторска права”, која је претходила Директиви о ауторским правима на јединственом дигиталном тржишту. У наведеној Комуникацији описане су циљане мере и дугорочна визија за модернизацију правила о ауторским правима.

На нивоу ЕУ, усвојена је 2019. године Директива о ауторском и сродним правима на јединственом дигиталном тржишту.³ Основни циљ реформе европског законодавства у области ауторских права (кроз наведену Директиву), јесте да се ова права прилагоде дигиталном пословном моделу, као и да се обезбеди правичнија расподела накнаде између учесника у ауторскоправном односу.

Основни циљ овог Споразума био да оснажи правни положај носиоца ауторских и сродних права (композитора, извођача, сценариста, као и издавача вести), приликом закључивања уговора о коришћењу њихових творевина на интернет платформама.⁴

Савременим развојем дигиталних технологија, значајно се променио начин стварања, дистрибуције и коришћења различитих дела и других заштићених садржаја. Појавили су се нови начини употребе, појачала се прекогранична употреба, а потрошачима су се отвориле нове могућности приступања таквим садржајима. Истовремено, истакнута је важност јачања прекограничног приступа услугама пружања садржаја заштићеног ауторским правом, уз истовремено олакшавање нових начина употребе у подручјима образовања и истраживања.

Нове технологија требало би да олакшају прекогранични приступ делима и другим садржајима, но још увек постоје препреке, посебно за случајеве када је стицање права сложено, односно степенасто. То представља проблем институцијама културне баштине које желе осигурати интернетски (прекогранични) приступ, недоступним делима садржанима у њиховим каталозима, као и препреку европским грађанима који тој баштини не могу приступити. Овом Директивом наведени проблем настоји се решити

³ Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC

⁴ Известилац предлога Директиве био је Axel Voss, немачки заступник који припада Европској пучкој странци. Он је прошао голготу током кампање за доношење Директиве. Након што је у своме науму успео, изјавио је: „Овај споразум важан је корак ка исправљању ситуације која је омогућила неколицини фирми да зараде огромне суме новца, а да при томе не плаћају хиљаде креативаца и новинара од чијег рада зависе.”

увођењем посебних механизма за олакшавање давања лиценци институцијама културне баштине за ширење недоступних дела. Споменута ограничена доступност последица је сложеног поступка стицања права, што се такође настоји решити предвиђеним мерама које су усмерене на олакшавање поступка лиценцирања као и стицања права.

Дигиталне технологије довеле су до настанка нових пословних модела и јачања улоге Интернета као главног тржишта за дистрибуцију садржаја заштићеног ауторским правом и за приступ том садржају. У овом новом оквиру носиоци права суочавају се с потешкоћама када желе лиценцирати своја права и добити накнаду за интернетску дистрибуцију својих дела. Тиме би се могао угрозити развој европске креативности и производње креативног садржаја. Стога је нужно зајамчити ауторима и носиоцима права да добију део вредности која настаје употребом њихових дела, за што су до сада били увелико закинути.⁵

Када је реч о оствареним приходима употребом одређених дела или интерпретација, велики проблем представља и ограничена транспарентност тих прихода, што наравно утиче на накнаде аутора и извођача. Ова Директива настоји решити и тај проблем, мерама за побољшање транспарентности и остваривања уравнотеженијег односа између аутора и извођача и оних на које они преносе своја права. Конкретно, то се чини кроз увођење права да издавачке куће, медији, новинске агенције, уметници... добију одговарајуће надокнаде за садржаје који стварају, а који Интернет гиганти сада бесплатно користе и зарађују на њима. Дакле, Европа, практично жели да обавезе Интернет гиганте (као што су Google, Microsoft, Amazon, Apple и др.), да део својих прихода које остварују преко својих платформи, односно друштвених мрежа (таквих као Facebook, YouTube, Instagram, Twitter) деле са издавачима, али и да сајтови сносе одговорност да садржај који постављају не крши нечија ауторска права, што је други, не мање значајан циљ Директиве. Дакле, велике Интернет платформе убудуће морају да плаћају одређену накнаду, креативном сектору, или, у супротном да уклоне ауторским правом заштићене садржаје, са својих канала. Без овакве одредбе Директиве, ствараоци би били лишени гаранције за добијање фер надокнаде и тај сектор би био предмет велике правне несигурности у будућој пракси. Такође, пре објављивања неког садржаја на друштвеним мрежама морају се проверити ауторска права, јер, уколико постоји - "постављање" ("upload") на мрежу којим се врши повреда нечијих права то мора бити

⁵ Тако, нпр. издавачи информативних публикација суочавају се с потешкоћама у погледу лиценцирања својих публикација на Интернету, а самим тиме и добијања свог правичног удела у вредности.

спречено. Ове одредбе су предмет одређених критика и неслагања, о чему ће касније бити више речи.

Треба нагласити да се овом Директивом не уводе нова права, него се само обезбеђује боље и ефикасније остваривање постојећих права, будући да је досад у том подручју постојао велики број слабости, нејасноћа, па и празнина у спровођењу прописа. Спровођење ове Директиве није усмерено на просечног корисника. Овим се жели подстакнути више склапања уговора (о лиценцирању), којима ће се ствараоцима садржаја и медијским кућама, који су претходно назначили да су власници одређеног садржаја, јамчити праведна накнада за њихове творевине. Последице ове Директиве имаће позитиван učinak првенствено на ствараоце садржаја, затим на платформе које тај садржај преносе (у противном би биле директно правно одговорне за садржаје која преносе, а за која није плаћена накнада за лиценцу), а свакако и на крајње кориснике, јер ће конзумирати садржаје знајући да су аутори за њих добили „свој део колача”.

Изузеци и ограничења ауторског и сродних права усклађени су на нивоу ЕУ-а, и њима се настоје остварити циљеви јавне политике, као што су истраживање и образовање. Но, с обзиром на свакодневну појаву нових начина употребе, постављало се питање, јесу ли ти изузеци и даље прилагођени одржању равнотеже између права и интереса аутора (и осталих носиоца права) и корисника. Проблем је представљала и чињеница да се наведени изузеци примењују на националном нивоу, а правна сигурност у случају прекограничне употребе није била зајамчена. У том контексту, Комисија је при конципирању Директиве утврдила три подручја деловања: дигиталне и прекограничне употребе у области образовања; рударење текста и података у области научног истраживања и очување културне баштине.

2. САДРЖАЈ ДИРЕКТИВЕ

Директива (ЕУ 2019/790) обухвата низ тема које су садржајно подељене у укупно три целине/главе:

- мере за прилагођавање изузетака и ограничења дигиталном и прекограничном окружењу;
- мере за побољшање пракси лиценцирања и осигуравање ширег приступа садржају, и
- мере за стварање функционалног тржишта за промет ауторских права.

2.1. Мере за прилагођавање изузетака и ограничења дигиталном и прекограничном окружењу

Ове мере Директиве (ЕУ) 2019/790 имплементирани су кроз правила за прилагођавање и модернизацију одређених изузетака и ограничења ауторског права и сродних права дигиталним и прекограничним коришћењима, а која се односе на коришћење материјала заштићеног ауторским правима у области образовања, истраживања и очувања културне баштине, а све у циљу омогућавања онлајн прекограничног коришћења таквих садржаја.

Прописане мере имају за циљ допринећењу бољем функционисању унутрашњег тржишта, па у том смислу Директива предлаже да се уз постојеће уведу нове обавезни изузеци или ограничења ауторског, односно сродних права и то:

- за коришћење технологија рударења текста и података⁶ за потребе научног истраживања у ауторским делима или другим предметима заштите којима истраживачке организације и институције културне баштине имају законит приступ;
- за дигитално коришћење ауторских дела и других предмета заштите у дигиталној и прекограничној настави искључиво у сврху давања примера у настави у мери која је оправдана некомерцијалном сврхом која се жели остварити, под следећим условима:

а) да се такво коришћење одвија у оквиру надлежности образовне установе, у њеним просторијама или у другим објектима, или путем сигурног електронског окружења коме могу приступити само ученици или студенти и наставно особље те образовне установе, и

б) да је такво коришћење пропраћено навођењем извора, укључујући имена аутора, осим ако се то покаже немогућим за умножавање дела или других предмета заштите који су трајни део збирки институција културне баштине, и то у било којем формату или на било којем медију у сврху њиховог очувања, и то само у мери која је нужна за њихово очување.

2.2. Мере за побољшање пракси лиценцирања и обезбеђивања ширег приступа садржају

Мере предвиђене у глави III Директиве (ЕУ) 2019/790 обухватају правила за коришћење, односно репродуковање, дистрибуцију, саопштавање јав-

⁶ „Рударење текста и података” значи свака аутоматизирана аналитичка техника чији је циљ анализа текста и података у дигиталном облику ради стварања информација, које укључују, али се не ограничавају на узорке, трендове и корелације.

ности или стављање на располагање јавности дела или других предмета заштите недоступних на тржишту који су трајни део збирке институције културне баштине, самим институцијама културне баштине, и то на основу неискључивих лиценци склопљених између организација за колективно остваривање права и самих институција.

Таксативно су побројани услови које организација за колективно остваривање мора да испуњава да би функционисала у овом сегменту :

- репрезентативност;
- гаранције једнаког поступања са свим носиоцима права и једнаких услова лиценцирања;
- опцију искључивања својих дела из механизма лиценцирања за носиоце, и
- ефикасне мере информисања.

Наведене мере имају за циљ омогућавање грађанима више прекограничног и дигиталног приступа заштићеном садржају.

У вези с наведеним, Директива предвиђа успостављање јединственог јавнодоступног интернетског портала за подручје читаве Европске Уније, који спроводи Биро Европске Уније за интелектуалну својину, који би требало да осигура примену мера информисања о тренутном и будућем коришћењу дела и других садржаја недоступних на тржишту институцијама културне баштине, као о аранжманима успостављеним с могућношћу како би сви носиоци права могли искључити примену лиценци или изузетака или ограничења на своја дела или друге предмете заштите.

Следеће поглавље односи се на приступ аудио-визуелним делима на платформама за тзв. видео на захтев и доступност ових дела. У овом поглављу предвиђена је обавеза држава чланица да именују овлашћене посреднике односно непристрасна тела како би пружили помоћ заинтересованим странама у постизању споразума који се тичу ових дела. Надаље, Директива стоји на становишту да би платформе видеа на захтев (video on demand) могле имати одлучујућу улогу у ширењу аудиовизуалних дела у Европској унији, па у том смислу прописује мере које би требале придонети повећању доступности таквих аудиовизуалних дела на споменутим платформама. С тим у свези, захтева се од држава чланица успостављање механизма за преговарање помоћу којег би заинтересоване стране склопиле споразум о лиценцирању, ослањајући се на помоћ већ постојећег или за ту сврху новооснованог непристраног тела или једног или више посредника, а све у циљу олакшавања лиценцирања права на аудиовизуална дела. У овом делу

предвиђена је обавеза држава чланица да именују овлашћене посреднике односно непристрасна тела како би пружили помоћ заинтересованим странама у постизању споразума који се тичу ових дела, односно садржаја.

Најзад, Директива у оквиру ове групе мера, предвиђа и правила која имају за циљ олакшано коришћење садржаја у јавном домену (као што су нпр. копије уметничких дела). У том смислу, прописано да материјали настали репродукцијом дела визуалне уметности не подлежу заштити ауторског или сродних права ако је време заштите таквих дела протекло, осим у случају да такве репродукције испуњавају услов оригиналности, па у том смислу представљају интелектуалну творевину аутора и самостална ауторска дела. На тај начин, оптицај верних репродукција уметничких дела у јавном домену придоније приступу и промоцији културе, као и приступу културној баштини. Као изузетак наведена је једино ситуација у којој садржај који настаје као последица репродукције сам по себи представља оригинал, односно ауторову интелектуалну творевину. .

2.3. Мере за стварање функционалног тржишта за промет субјективних ауторских

2.3.1. Права на публикације

У оквиру ових мера регулисана је заштита информативних публикација у погледу интернетских коришћења. Мере предвиђене у глави IV Директиве имају за циљ успостављање правичнијег стања на тржишта ауторских права, које би омогућиле његово боље функционисање. Њихов циљ је успостављање правила о правима у погледу публикација које се односе на издаваче штампаних публикација у вези с коришћењем њиховог садржаја пружаоцима интернет услуга, смештања и давања приступа садржајима које су читали корисници. Ово би требало да има за резултат јачање положаја носиоца права приликом преговарања, посебно у погледу накнаде за коришћење заштићеног садржаја на онлајн платформама, као и повећању транспарентности у пословним односима аутора и извођача и накнадама аутора и извођача, као и о механизму за опозив права (овлашћења) која су пренели аутори и извођачи на искључивој основи. Ове мере се колоквијално називају “порез на линкове” (“link tax”)⁷ и оне практично уводе једно ново сродно ауторско право.

⁷ Линкови или хиперлинкови (енгл. *links, hyperlinks*) омогућавају корисницима повезивање и прелазак са стране на страну, као и повезивање фајлова, имејлова итд. Коришћење линкова на Интернету знатно олакшава приступ жељеном садржају, јер, без њих би корисник морао сваки пут ручно да укуцава жељену адресу да би приступио сајту који намерава да посети. Више о овоме у: Спасић, В: Неке контроверзе у вези са чл.

Решења која је Директива предвидела у оквиру предметних мера изазвала су бројне реакције релевантних субјеката. Првенствено пружаоца услуга дељења садржаја путем интернета,⁸ чија је претежна сврха смештање велике количине заштићеног садржаја који су учили његови корисници и давање приступа јавности таквом садржају, које организује и промовише у циљу остваривања добити. Притом, непрофитне интернетске енциклопедије, непрофитни образовни и научни репозиторијуми, платформе за развој и дељење отвореног кода, пружаоци електронских комуникацијских услуга⁹ затим, интернетска места трговања, и услуге у облаку (Cloud computing) између предузећа и услуге у облаку које корисницима омогућавају читавање садржаја за личне потребе, од тога су изузети.

Осим пружаоца услуга дељења садржаја путем Интернета, мере из ове главе Директиве односе се на издаваче информативних публикација (који обухватају издаваче вести и новинске агенције када објављују информативне публикације), али и саме ауторе и друге носиоце права.¹⁰

Право издавача временски је ограничено, па се на њега издавач не може позивати по истеку периода од двадесет године од објаве публикације. Поред овог ограничења, право издавача ограничено је и правом аутора публикације, који има право на удео у приходима које издавач на темељу овог права оствари, као и правом других корисника овлашћених од стране самог аутора, у случају када издавач нема искључиву лиценцу на публикацији.

С друге стране, од заштите зајамчене овом Директивом, искључене су периодичне публикације које се објављују у научне или академске сврхе, али и интернет странице као што су блогови, које пружају информације у склопу активности која се не спроводи на иницијативу, у оквиру уредничке одговорности и под контролом пружаоца услуга, као што је издавач новина [https://informatior.hr/strucni-clanci/direktiva-o-autorskim-pravimana-jedinstvenom-digitalnom-trzistu - _ftn15](https://informatior.hr/strucni-clanci/direktiva-o-autorskim-pravimana-jedinstvenom-digitalnom-trzistu_-_ftn15).

11 и 13 предлога Директиве о ауторским правима на дигиталном тржишту, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2019, Књ. 6, стр. 109-128.

⁸ Њих Директива (ЕУ) 2019/790, у члану 2. ст. 6. дефинише као пружаоце услуге информацијског друштва.

⁹ Онако како су дефинисани Директивом (ЕУ) 2018/1972 Европског парламента и Већа од 11. децембра 2018. године о Европском закону о електронским комуникацијама

¹⁰ За боље разумевање контекста издаваштва информативних публикација, треба истаћи да се информативне публикације односе, нпр. на дневне новине, недељне или месечне часописе посвећене општим или посебним темама, укључујући часописе који се плаћају претплатом и информативне интернетске странице. Оне садрже углавном писана дела, али и друге врсте дела и других предмета заштите, посебно фотографије и видео-записе.

Као што је већ споменуто, предметне мере првенствено се односе на велике интернет платформе и сервисе за прикупљање вести или услуге праћења медија, (као што је, нпр. Google-ов сервис Google News), а којима се овом Директивом намеће обавеза исплате одговарајуће накнаде носиоцима ауторских и сродних права, чија се дела искоришћавају у комерцијалне сврхе. Наиме, такве платформе и сервиси функционишу на пословном моделу прикупљања и поновног коришћења информативних публикација, што им омогућава остваривање знатних прихода.

Да би се обезбедила одрживост издавачке индустрије, квалитет новинарства и подстицао приступ грађана поузданим информацијама, Директива тежи пружању усклађене правне заштите информативних публикација у погледу интернетских коришћења пружаоцима услуга информацијског друштва, при чему се не утиче на постојећа правила о ауторском праву из права Европске уније која су применљива на приватна или некомерцијална коришћења информативних публикација појединачних корисника, као и коришћење линкова, односно хиперлинкова, коришћење појединачних речи или врло кратких исечака из информативних публикација.

Критичари упозоравају на могућност да управо таблоиди злоупотребе ово право и одреде накнаду за коришћење својих публикација у минималном износу или чак потпуно гратис, што ће довести до још већих поремећаја у информисању.

Друга опасност произилази из апсолутног монопола који Google платформа има на тржишту и има бар два начина да злоупотреби ову одредбу Директиве. Најпре, може да одбије да плати накнаду за коришћење публикација одређених произвођача уколико је сматра превеликом, а како управо Google контролише и позиционирање на Google претраживању, ово може да резултира недовољном видљивошћу ових произвођача на претраживачу, а самим тим и великим финансијским губицима на основу исте одредбе која је требало да им донесе добит.

Друга могућност злоупотребе, од стране комерцијалних платформи, односи се на изузетак који је апстрактно постављен синтагмом коришћењем **„појединачних речи и врло кратких исечака”**, за који се не плаћа накнада. Уколико се у националним прописима јасно не прецизира наведени појам, отвара се простор за избегавање плаћања накнаде за коришћење публикација.

Дискутабила је и чињеница да комерцијалне платформе нису довољно јасно дефинисане, па постоји реална могућност да ова одредба Директиве „погоди” и блогове, или Фејсбук странице које воде појединци. Ова одредба може значити стоп и за нове комерцијалне платформе, због тешкоћа око

покривања трошкова лиценцирања код издавача, па ће тако Google имати потпуни монопол на тржишту.

2.3.2 Одређене врсте коришћења заштићеног садржаја у оквиру интернетских услуга

У другом поглављу регулисано је коришћење заштићеног садржаја од стране пружалаца услуге дељења садржаја путем Интернета (уговори о лиценцирању)

Решења у овој Директиви темеље се на начелу према којем пружаоци услуга дељења садржаја путем Интернета (олајн платформе) не би смеле остваривати приходе на садржају заштићеном ауторским и сродним правима без плаћања накнаде носиоцима права за такво коришћење. Дакле, према новим правилима, одређене Интернет платформе мораће склопити уговоре о лиценцирању с носиоцима права. Пружаоци услуга дељења садржаја путем Интернета, стога су обавезни добити одобрење носиоца права, нпр. склапањем уговора о лиценцирању, у сврху саопштавања јавности или стављања на располагање јавности дела или других предмета заштите. У супротном, платформе морају уложити све напоре да би осигурале да садржај који нису ауторизовали носиоци права, не буде доступан на њиховој мрежној страници. Оваква обавеза не прописује никаква посебна средства или технологију.¹¹

Пружаоци услуга дељења садржаја путем Интернета одговорни су за неовлашћено саопштавање јавности, укључујући стављање на располагање јавности, дела заштићених ауторским правом и других предмета заштите, осим у случајевима када пружаоци услуга докажу:

- (а) да су предузели све у својој моћи како би добили одобрење;
- (б) да су предузели све у својој моћи, у складу с високим секторским стандардима професионалне пажње, да би се осигурала недоступност одређених дела и других предмета заштите за које су носиоци права пружаоцима услуга пружили релевантне и потребне информације, а у сваком случају,

¹¹ Досадашња правна регулатива темељила искључиво на Директиви 2000/31/ЕЗ Еропског парламента и Већа од 8. јуна 2000. године о појединим правним аспектима услуга информацијског друштва на унутрашњем тржишту, посебно електронске трговине, према којој пружаоци услуга информацијског друштва нису били одговорни за садржаје који су се путем њих делили и смештали, такав модел показао се неправедним за носиоце ауторских и сродних права, јер су се на тај начин пружаоци услуга информацијског друштва доводили у изразито повлашћене положаје.

(ц) да су деловали промптно након што су од носиоца права примили довољно образложено обавештење, ради онемогућавања приступа пријављеним делима или другим садржајима на својим интернет страницама или њиховог уклањања са својих интернет страница, и уз то учинили све у својој моћи да би спречили њихова будућа учитавања.

Што се тиче корисника Интернета, они ће и даље, у духу остварења слободе изражавања и информисања и слободе уметности, као и права својине, које укључује и интелектуалну својину,¹² моћи делити садржаје на друштвеним мрежама, као и линкове на Интернет странице и публикације, исто као што могу и сада.

Следствено реченом, Директива омогућава слободно стварање и учитавање садржаја у сврху цитирања, критике, осврта, карикатуре, пародије и водвиља. У ту сврху наведени су изузеци и ограничења, који тренутно нису обавезни за државе чланице за наведене врсте коришћења, али би то требали постати, а све да би се осигурала једнака права и уједначена заштита путем ефикасних механизма правне заштите корисницима на подручју целе Европске уније, без обзира из које државе чланице долазе.

Управо ова одредба наишла је на најжешћу критику релевантне јавности. Пре свега, према речима опонената, ова одредба води ка кризи и крају Интернета каквог данас знамо и почетак Интернета који ће постати средство за надзор и контролу својих корисника и укидање њихових слобода. Наиме, имајући у виду количину садржаја који се свакодневно циркулише по великим платформама, као и број корисника, критичари истичу да је једини начин да се избегне Директивом успостављена одговорност – увођење напредне технологије способне да препозна и филтрира садржај заштићен ауторским и сродним правима. Генерално, овакав мониторинг садржаја представља у најмању руку повреду људских права корисника. С гледишта мањих платформи, управо оне ће бити уништене овом одредбом, јер су оне те које неће имати средстава да омогуће довољно напредну технологију за филтрирање садржаја, па неће моћи да испуне захтеве Директиве. С друге стране, уколико платформе инвестирају у нову технологију, шта их спречава да исту убудуће користе и у друге сврхе, као што је на пример филтрирање садржаја који даје критички осврт на неку власт или одређене догађаје?! Са гледишта критичара самог текста Директиве, поставља се питање да ли ће недовољна јасноћа одредби (**„урадили све у својој моћи“** нпр.) ићи на штету или у прилог платформама у одређеним државама. Наиме, овако постављена одредба која ће се даље тумачити од

¹² Као најважнијих права и слобода прописаних Повељом Европске Уније о основним правима 2007/С303/01

стране сваке државе и њених судова, довешће до потпуне правне несигурности свих заинтересованих страна у ауторскоправном односу.

2.4. Правична накнада у уговорима о искоришћавању склопљеним са ауторима и извођачима

У поглављу три прописано је, најпре, начело одговарајуће и размерне накнаде за ауторе и извођаче у случају преноса искључивих права на искоришћавање њихових творевина на кориснике.

Директива установљава и обавезу транспарентности, која подразумева да аутори и извођачи редовно, а најмање једном годишње буду ажурирано и свеобухватно информисани о искоришћавању својих дела, односно предмета заштите, нарочито о оствареним приходима, односно накнадама.

Државе чланице су у обавези да пропишу и одговарајући механизам за прилагођавање уговора, односно њихове евентуалне корекције уколико дође до промењених околности и поремећаја начела еквиваленције.

Директива прописује постојање поступка алтернативног решавања спорова, у случају да дође по повреди горе наведених одредаба из овог поглавља.

Најзад, Директивом је прописано и тзв. право на опозив, које подразумева овлашћење аутора и извођача који је лиценцирао или пренео искључива права на дело или други предмет заштите, да може у целости или делимично опозвати лиценцу или пренос права ако није дошло до искоришћавања предметног садржаја.

3. PRO ET CONTRA ДИРЕКТИВЕ

Без обзира на напредне и позитивне циљеве који се желе њиме остварити, Директива ЕУ о ауторском и сродним правима на јединственом дигиталном тржишту, тема је озбиљних и жестоких расправа између заговорника који сматрају да она помаже изградити праведнији и одрживији Интернет и критичара и оспораваоца, који тврде да би могла уништити медије и блокирати рад комплетног Интернета.

3.1. Главне предности и погодности до којих ће Директива довести

Нема сумње да је Директива, генерално конципирана на позитивним и напредним идејама, циљевима и принципима. Овај пропис има за циљ остваривање следећих ширих циљева: а) заштиту слободе изражавања; б) већу и слободнију дисеминацију интелектуалног стваралаштва; в) за-

штиту креативне индустрије, и г) јача преговарачка права, односно правни положај аутора и извођача.

Ова Директива имаће бројне позитивне ефекте на ауторе (и друге носиоце ауторских права), односно извођаче, крајње кориснике, али и велике платформе које ће напokon пословати према свим правилима. Неке од предности које проистичу или ће проистећи из ступања на снагу ове Директиве су:

- јачање положаја европских аутора и извођача у дигиталном окружењу;
- већа контрола над употребном ауторских садржаја и добијање накнаде;
- подстицај висококвалитетног новинарства у ЕУ-у;
- увођење начела примерене и размерне накнаде за ауторе и извођаче;
- омогућавање приступа ауторима и извођачима транспарентним информацијама о коришћењу њихових дела и интерпретација;
- олакшавање преговара и склапања праведнијих уговора;
- бољи приступ знању, због поједностављења правила у области рударења текста и података ради истраживања, образовања и очувања културне баштине;
- могућност да ученици (студенти) и професори употребљавају материјале заштићене ауторским правом на интернетским течајевима, за потребе наставе;
- омогућавање корисницима приступ делима која данас више нису комерцијално доступна, и
- омогућавање корисницима слободне размене ауторских дела различитих врста, у јавном домену, уз пуну правну сигурност.

3.2. Критике Директиве

Без обзира не бројне предности и добре стране Директиве, постоје и бројне критике упућене Директиви, почев од компанија, преко корисника па до уживалаца, односно јавности.

Један од најоспораванијих је члан 15, Директиве, који уводи **тзв. “порез на линкове”** (“link tax”). Према овом члану, новине, часописи и новинске агенције морају **да добијају накнаду за ауторска права** када Google или друге Интернет платформе деле линкове на њихове чланке, укључујући

чак и кратке исечке садржаја чланака. Овај члан дозвољава само дељење „појединачних речи” текстова медија без накнаде, чак и у хиперлинковима. Хипервезе или хиперлинкови представљају елементе који чине тзв. обичне текстуалне документе хипертекстуалним. Оне служе за повезивање веб страница са веб страницама унутар њиховог веб седишта или изван њега.¹³ Ипак, и са овавим решењем су могући различити изазови у имплементацији.¹⁴

Порез на линкове обавезује велике онлајн платформе да од медијских издавача добију лиценце пре него што објаве линкове на њихове оригиналне садржаје или копирају те садржаје. Сви интернетски понуђачи су у обавези да своје пословање прилагоде законима сваке поједине чланице Европске Уније. То је изузетно компликован и скуп процес, што је дословно и најгори могући начин да се постигне јединствено дигитално тржиште, што је један од примарних циљева Директиве. Такође, противници наглашавају како постоји опасност да Директива уништи душу Интернета, попут слободне размене података, блогове, мемове, пародије и друге начине сатиричног изражавања.

Неспорно је да издавачи (као и аутори) не зарађују довољно од свог интелектуалног стваралаштва и да треба побољшати њихов правни положај. Међутим, неслагање постоји око метода којима би се таква идеја реализовала. Критичари су уверени да оваква номотехничка решења у Директиви доводе практично до неовлашћеног надзора над садржајем, али и блокирања већине садржаја на Интернету.

Критичари Директиве упозоравају да ће она ограничити слободу изражавања и приступ информацијама, јер сродна ауторска права, за разлику од ауторских, не подразумевају искључиво оригиналност дела, него обухватају и, нпр. кратке, некреативне чињеничне садржаје.

Противници Директиве, критикују и чл. 17. који називају “upload filter”. Дакле, уколико онлајн платформа жели да објави на мрежи неки садржај, нпр. текст, музику, слику и сл., такав чин мораће претходно да прође бројне провере и филтрирања. Уколико се покаже да је предметни садржај

¹³ Хиперлинк представља текстуалну или графичку тачку која води на неку другу страницу када се кликне на њу. Хипервезе (хиперлинкови) тако могу водити на било коју врсту документа – неки други (хипер)текстуални документ (txt, doc, html,...), слику (jpg, gif, png,...), видео запис (wmv, rm, mov,...), звучни запис (wav, mp3, ra,...), компримирану (zip, rar,...) или извршну датотеку (exe) и друге врсте датотека.

¹⁴ У Немачкој је већ усвојен сличан закон, чији ефекти нису довели до веће зараде издавача и медијских организација, већ су само закомпликовали ситуацију и тумачење закона.

заштићен ауторским правом (а не постоји одговарајућа дозвола за његово коришћење), исти ће бити уклоњен и недоступан, односно неће уопште моћи да буде постављен на мрежу. По њима, на овај начин се у потпуности пребацује одговорност за контролу коришћења ауторског садржаја на поједине Интернет платформе, уводећи, притом, идеју аутоматског филтера садржаја који би, *de facto*, забранио коришћење популарних мемова,¹⁵ који најчешће користе фотографије преузете из филмова или телевизијских емисија. Примећујемо да овај члан не предвиђа правне санкције за проблеме који могу настати због грешке „аутоматског филтрирања”¹⁶, због чега се поставља питање како ће се решавати поступци поводом погрешног (неовлашћеног) уклањања садржаја са Интернета. Њиме се, наиме, захтева да све web странице провере објаве, тј. постове и уклоне оне који су у супротности са прописима о ауторском праву.

Систем филтрирања, предвиђен Директивом, могао би, према мишљењу противника Директиве, довести до блокирања коришћења заштићеног садржаја чак и у сврху пародирања истог, у сврху цитирања, коришћења истог за ремиксе или некомерцијалне, личне потребе и сл. Иако сврха Директиве није да се блокирају некомерцијални садржаји, због нејасно и непрецизно одређених метода, противници наглашавају како постоји опасност да сваки облик садржаја буде прегледан, филтриран и забрањен.

Потенцијално и други садржаји могу доћи под „мач” наведеног члана. Притом, постоји и реална опасност да дође до грешке, као што се у пракси дешавало да су аутоматизовани системи на Youtube скинули низ потпуно бенигних постова.¹⁷

Одлуке суда Европске уније су у неколико наврата заступале становиште да се аутоматско филтрирање не сматра примереном и размерном мером у сврху заштите ауторских права.¹⁸

Осим наведених аргумената, ове одредбе Директиве су према неким стручњацима у директном конфликту са чланом 15, Директиве о електронској трговини.¹⁹

¹⁵ Таквих као што је, нпр. Grumpy Cat, али и цитате са Wikipedi-е и сличне ствари које су уобичајени и устаљени део интернетске комуникације.

¹⁶ Слично ономе какав тренутно има Google-ов ContentID на платформи YouTube.

¹⁷ Више о томе на: <https://www.express.hr/tehnolo/smrt-interneta-memovi-ce-postati-protuzakoniti-16293> - www.express.hr

¹⁸ *Пример, Uitgevers VA v. SABAM; SABAM v. Netlog NV) Case C-360/10, JUDGMENT OF THE COURT (Third Chamber) 16 February 2012.*

¹⁹ “Државе чланице не могу увести општу обавезу за даваоце услуга да при пружању услуга из чланова 12, 13, и 14, прате информације које преносе или смештају нити

Критичари Директиве сматрају да она, на неки начин ограничава слободу изражавања и приступ информацијама, јер сродна ауторска права, за разлику од ауторских, не подразумевају искључиво оригиналност дела, него обухватају и, нпр. кратке, некреативне чињеничне садржаје.

Кључно питање биће начин на који ће ова Директива заживети у пракси. Другим речима, хоће ли се препознати фер употреба ауторског дела или пародирање истог и како ће се развијати технологија која би практично требала аутоматски примењивати одредбе ове Директиве. Остаје и питање хоће ли овакав или сличан текст Директиве проћи тестове пред надлежним судовима.²⁰

Европски суд правде је у предмету C-466/12,²¹ донео пресуду да хиперлинкови који воде до заштићеног дела на другом сајту не крше прописе о ауторским правима у ЕУ уколико је тај садржај слободно доступан на том другом сајту. Насупрот томе, линкови који заобилазе рестрикције за приступ садржају, крше правила о ауторским правима у ЕУ.

Јасно је да је забрањено линковање које заобилазе рестрикције плаћених услуга. Али, то такође може да значи да су заштићене и рестриktivне мере на сајтовима који су усмерени на приступ садржају који претплатници не плаћају (поготово што многи сајтови зависе од личних података својих претплатника којим генеришу приходе кроз рекламирање).²² Право комуникације са јавношћу, које сада важи за линкове ће, засигурно бити од значаја за претраживаче и креаторе садржаја, али и агрегаторе вести, односно информација.²³

општу обвезу да активно траже чињенице или околности које би указивале на противзаконите активности.”

²⁰ У Србији је претходних година било покушаја увођења филтрирања (па и блокирања Интернета), додуше неуспешних. Најозбиљнији покушај законског увођења филтрирања Интернет садржаја догодио се крајем 2014, када се у предлогу измена и допуна Закона о играма на срећу нашао одредба која би у случају усвајања принудила све Интернет провајдере у Србији да блокирају приступ страним сајтовима за игре на срећу који немају одобрења или сагласности Управе за игре на срећу. Спорни предлог закона повучен је из процедуре.

²¹ Case C-466/12, *Svensson v. Retriever Sverige AB*, published 13. 2. 2014.

²² Агрегатори интернетских садржаја – као нпр. амерички Google News – садржаје са других Интернет страница на сажет начин приказују на својој Интернет страни, а кликом на интернетски линк кориснике преусмеравају на целокупни садржај. Притом, често приказују своје огласе, тако да их аутори садржаја често оптужују за отимање зараде.

²³ Ради се о спору између групе шведских новинара и сајта који садржи референце односно линкове ка вестима. Господин Svenson и други новинари пишу за новине на шведском сајту “Goteborgs – Posten”. Њихови текстови су доступни јавности бесплатно

У склопу критика контроверзног члана 17, постоје и екстремистичка (песимистичка) размишљања да ова Директива, вршењем цензуре озбиљно угрожава слободу на Интернету и, у крајњој инстанци, може срушити Интернет. Постоји и забринутост да ће се контрола ослањати само на алгоритме који ће бити програмирани да “играју” на сигурно и бришу све што буде стварало ризик за саму платформу.²⁴ Данас, у склопу актуелних светских догађања, првенствено око Ковида-19 и америчких избора оваква страховања се, на жалост све више остварују у пракси.²⁵

ЛИТЕРАТУРА

Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC

Директива Европског парламента и Већа о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информатичком друштву, 2001.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0593>

преко веб сајта новина. Референтни сајт, “Retriever” пружа својим корисницима листу хиперлинкова који воде до чланака објављених од стране других сајтова, укључујући оне које су објавили наведени новинари. Новинари су сматрали да такво поступање представља кршење њихових ауторских права, јер омогућава неовлашћену „комуникацију ка јавности” (тј. саопштавање) њихових заштићених дела. Шведски судови упутили су питање Европском суду правде да утврди да ли ово право забрањује линковање ка чланцима без дозволе аутора.

²⁴ Кампања против члана 17, Директиве ЕУ, под називом „Copyright 4 Creativity”, стоји на становишту да би овај предлог могао уништити Интернет какав данас познајемо. “Порез на линкове” (не) води у цензуру Интернета: “Новом Директивом руши се основна функционалност вебa.” Са новим правилима корисници више неће моћи објавити фотографију или видео свог кућног љубимца, а да је у позадини спортска утакмица или песма, на којима неко има ауторска права. Такође, неће моћи објавити фотографију или видео на којем се случајно налази нечији лого.

²⁵ Тако, највеће друштвене мреже, Фејсбук и Твитер, све више бришу коментаре, па и налоге корисника тзв. Анти-ковидаша, Анти-ваксера или присталица Доналда Трампа. Ово све због наводног кршења стандарда-кодекса заједнице, позивања на насиље или ширења дезинформација. Овакво понашање довело је до тога да највеће онлајн платформе за кратко време претрпеле штету која се мери у милијардама долара. Санкционисани корисници прешли су на алтернативну мрежу Парлер. Међутим Епл и Амазон онемогућили су корисницима преузимање апликације друштвене мреже Парлер са својих сервиса. Поступак је образложен тиме што њени администратори нису предузели адекватне мере како би спречили постављање објављених коментара на насиље.

<https://eua.eu/news/150:eu-copyright-reform-european-parliament-vote-is-a-missed-opportunity-to-bolster-r-i.html>

<https://www.ivir.nl/academics-against-press-publishers-right/>

<https://fee.org/articles/europes-censorious-new-copyright-directive-is-the-end-of-the-internet-as-we-know-it/>

<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/01/20/unwaivable-equitable-remuneration-rights-for-performers-disruption-or-balancing-of-interests/>

<https://resursi.sharefoundation.info/sr/resource/usvojeni-nacrt-direktive-o-autorskim-pravima-predvidja-aplound-filtere/>

http://www.b92.net/bbc/index.php?yyyy=2018&mm=09&dd=14&nav_id=1443799

<https://oneworldplatform.net/kako-eu-direktiva-o-autorskim-pravima-ugrozava-wikipediju-i-cijeli-internet/>

<https://faktograf.hr/2018/06/18/direktiva-o-autorskim-pravima-copyright-ili-copywrong/>

<http://www.rts.rs/page/magazine/sr/story/1882/tehnologija/3176648/sve-objavljeno-na-internetu-u-eu-morace-da-prodje-proveru-krsenja-autorskih-prava.html>

<http://www.rts.rs/page/magazine/sr/story/1882/tehnologija/3176648/sve-objavljeno-na-internetu-u-eu-morace-da-prodje-proveru-krsenja-autorskih-prava.html>

<https://pcpress.rs/da-li-ce-eu-article-13-upropastiti-Internet/>

<https://www.express.hr/top-news/nas-strucnjak-pojasnjava-kako-je-eu-upucala-internet-17566>

<https://www.tportal.hr/vijesti/clanak/izglasana-direktiva-o-autorskim-pravima-u-europskom-parlamentu-20180912>

<https://www.telegraf.rs/hi-tech/zanimljivosti-hi-tech/3020641-miki-maus-betmen-i-supermen-ce-uskoro-postati-javni-domen-i-besplatni-evo-sta-to-tacno-znaci>

<https://www.express.hr/tehno/protivnici-izmisljaju-da-ce-direktiva-unistiti-internet-19383>

<http://see-articles.ceon.rs/data/pdf/1452-7405/2011/1452-74051118059B.pdf>

<https://zadnjepolje.com/2018/07/04/zloglasni-clanak-13-hoce-li-kontroverzna-direktiva-o-zastiti-autorskih-prava-srusiti-internet/>

Марковић, С, Поповић, Д: Право интелектуалне својине: Београд: 2020: Правни факултет у Београду

Спасић, В: Право интелектуалне својине: Ниш: 2020: Правни факултет у Нишу

TheNextWeb <<https://thenextweb.com/eu/2018/06/19/the-eus-disastrous-copyright-reform-explained/>, retrieved 10. 01.2019.>

Fleischer, P: Implementing a European, not global, right to be forgotten, 30.7.2015., <http://googlepolicyeurope.blogspot.de/2015/07/implementing-european-not-globalright.html>.

РЕЗИМЕ

Развој савремених дигиталних технологија, значајно је променио начин стварања, дистрибуције и коришћења аторски дела и других заштићених садржаја.

Дигиталне технологије довеле су до настанка нових пословних модела и јачања улоге Интернета, као и његових платформи, као главних дистрибутера тржишта садржаја заштићеног ауторским правима. У овом новом окружењу настају нових околности, па самим тим и проблеми у ауторскоправним односима. Најпре, долази до неоправданог поремећаја равнотеже интереса релевантних субјеката ауторскоправног односа, али и до повећаних могућности за злоупотребе и неовлашћене употреба заштићеног садржаја.

Да би се наведени проблеми решили или барем умањили на нивоу ЕУ донета је 2019. године Директива о ауторском и сродним правима на јединственом дигиталном тржишту.

Начелно, Директива побољшава правни положај одређених категорија аутора и извођача у њиховим односима са великим Интернет платформама. Такође, одговарајућим мерама поспешује се прекогранична дисеминација ауторских дела и другог садржаја али и уводи већи ред на онлајн тржишту интелектуалних творевина.

Упркос позитивним циљевима и идејама које носи Директива, постоје и неке њене слабости. У том смислу, доминантне су скепсе појединих критичара, да Директива уводи својеврсну контролу, односно цензуру Интернета и доводи у питање постојеће слободе одређених ("слабијих") субјеката ауторскоправног односа. Пракса ће веома брзо показати какви ће бити ефекти Директиве и да ли ће сумње бити оправдане.

Vidoje Spasić, LL.D.,

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**EU (EUROPEAN PARLIAMENT AND COUNCIL) DIRECTIVE ON COPYRIGHT
AND RELATED RIGHTS IN THE DIGITAL SINGLE MARKET**

Summary

The development of modern digital technologies has significantly changed the way of creating, distributing and using various copyrighted works and other protected content. New uses have emerged, cross-border use has increased, and new opportunities have opened up for consumers to access such copyrighted content.

Digital technologies have led to the emergence of new business models and the strengthening of the role of the Internet, as well as its platforms, as major distributors of the copyrighted content market. In this new framework, new circumstances and problems in copyright relations arise. First of all, there is an unjustified disturbance of the balance of interests of the relevant subjects of copyright relations, but also there are increased possibilities for abuse and unauthorized use of protected content.

In order to solve these problems to some extent, in 2019, the Directive on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market was adopted at the EU level.

The paper presents the most important segments of the Directive, with an analysis of its advantages and benefits, but also certain criticisms and potential dangers that may lead to its application in practice. The time ahead will show what the more diminutive effects of the implementation of this Directive are.

Keywords: *Internet, platform, Directive, author, contractor, fee.*

УЛОГА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА У ПРИЗНАВАЊУ ИСТОПОЛНИХ ЗАЈЕДНИЦА²

Апстракт: У овом раду аутор сагледава развој европских правних система који се односи на признавање заједница лица истог пола и уочава његове тенденције. Посматрају се и различита законодавства, али и пракса националних судова, а посебно пракса Европског суда за људска права који на овом плану има веома важну улогу.

Кључне речи: брак, регистровано партнерство, хомосексуалне заједнице, признање.

1. Уводна разматрања

Правно уређење породичних односа дуго се заснивало на традиционалном концепту породице, као заједнице која обухвата партнере различитих полова, који у браку добијају децу. Због тога су се и правни заштитни механизми фиксирани управо на такве заједнице, док су остале заједнице, на пример, истополни партнери, невенчани партнери, парови који природни путем не могу да зачну потомство и самохрани родитељи, остали изван домена правног признања и заштите. Ово се често односило, барем иницијално, и на непризнавање овим нетрадиционалним заједницама права на поштовање породичног живота нормираног одредбом члана 8 Конвенције о заштити људских права и основних слобода. Ипак, у последњим деценијама приметан је напредак у превазилажењу традиционалног концепта породице и прилагођавању права савременој реалности породичног живота. Један пример таквог напретка односи се на правни статус истополних парова у Европи, што је и тема овог рада.

¹ e-mail: djanicijevic@prafak.ni.ac.rs

² Овај рад је резултат истраживања на пројекту који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу: „Одговорност у правном и друштвеном контексту” у периоду 2021-2025. године.

Све до краја осамдесетих година прошлог века, правна регулатива европских земаља једноставно није познавала истополне везе. То се данас у многоме променило, пре свега захваљујући напорима многих организација и појединаца. Данас је брак доступан истополним партнерима у све већем броју држава, а у другим земљама на располагању су им регистрована партнерства или су *de facto* везе истополних партнера правно признате. Ипак, чак и у Европи, поготову источној и југоисточној, постоје многе државе у којим право не признаје истополне заједнице. Ипак, у предмету *Schalk and Kopf v Austria*³ Европски суд за људска права пресудио је да истополни партнери имају право на поштовање приватног живота, нормирано одредбом члана 8 Конвенције, а у овом раду се истиче да ово обавезује на неку врсту правног признавања истополних заједница све земље потписнице Конвенције, и отвара пут стварној једнакости овим паровима у сфери породичних односа.

2. Правно признање истополних заједница кроз законодавство и судску праксу

Правно признање истополних заједница у Европи започело је у нордијским државама (Boele-Woelki, Fuchs, 2012; *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, 2012: 1522-1525; Basedow, 2000). Још 1987. године фактичким заједницама живота истополних парова признат је правни статус сличан онима који су имале заједнице лица супротних полова у Шведској (Dorffel, Scherpe, 2000: 7-49). Ипак, у то време није се сматрало неопходним да се такви односи и формализују (Widegren, Ytterberg, 1990: 491-505).⁴ Велики искорак учињен је 1989. са увођењем регистрованих партнерстава истополних парова у Данској. Друге државе следиле су овај пример, иако су постојале одређене разлике у погледу правних правила и техничких приступа, тако да се правни режими истополних регистрованих парнерстава и данас разликују од државе до државе. Следећи корак било је омогућавање истополним партнерима да закључе брак у многим државама, од којих је Холандија била прва (2001) (Broberg, 1996: 149-156),⁵ а следиле су је Белгија (2003) (Pintens, 2003: 658-659), Шпанија (2005) (Ferrer Riba, 2006; García Cantero, 2006: 431-438), Норвешка (2009) (Frantzen, 2009: 220-222), Шведска (2009) (Singer, 2010: 393-399), Исланд (2010) и Португал (2010).

³ Application No. 30141/04, 24 June 2010, (2011) 53 EHRR 20.

⁴ Cf. Statens offentliga utredningar (SOU) 1984:63, *Homsexuella och samhället, Betänkande av utredningen om homosexuellas situation i samhället*, pp. 91, 96, 99

⁵ Видети измењен члан 1:30 Холандског грађанског законика („Брак се може закључити између два лица супротног или истог пола.”)

Међутим, у великом броју европских земаља, нарочито у источној Европи, али и у Грчкој и Италији, постоји снажно опирање признавању истополних партнерстава. Интересантно је да традиционална подела породочноправних режима више не важи. Ови режими се не могу више поделити на прогресивни север и конзервативни југ, будући да су, на пример, и Шпанија и Португалија омогућиле закључење брака истополним партнерима. Исто тако, ни подела заснована на доминантној вероисповести у одређеној земљи, тј. на либералније протестантске и конзервативније католичке земље, такође више не стоји. Тако, поред Шпаније и Португалије, као доминантно католичких земаља, државе као што је Белгија (у којој је такође допуштен брак истополних партнера) и Република Ирска (која је недавно увела цивилна партнерства за истополне парове) обезвређују поделу по основу религије. Ако данас уопште постоји линија разграничења у овом смислу, она се заправо може наћи између истока и запада, иако не би требало заборавити да, на пример, Мађарска, Словенија и Чешка јесу увеле облике регистрованих партнерстава за истополне парове, и да се у Хрватској може признати *de facto* (ванбрачна) заједница истополних партнера.

Европа по овом питању није усамљена. И изван Европе постоје различити приступи истополним заједницама. На америчком континенту, на пример, Канада од 2005, Аргентина од 2010 (Grosman, Herrera: 27-50), неколико држава у САД и Мексико Сити од 2010, а мексичка држава Квинтана Ро од 2011. године дозвољавају истополне бракове, а у многим другим државама могуће је регистровати истополна партнерства. Ипак, у исто време неке државе су промениле своје законе и уставе на тај начин да брак буде могућ само између лица различитих полова, чиме су онемогућиле бракове истополних партнера.

Интересантно је приметити да је у европском земљама шире признавање истополних партнерстава остварено кроз законодавне реформе, које су биле резултат залагања различитих организација и политичких партија. Насупрот томе, изван Европе, судски поступци у којима су решавана питања уставних и људских права, најчешће су били механизам признавања правног учинка истополних партнерстава – на пример у многим државама САД, али и Бразилу, Канади, Колумбији, и Јужној Африци. Ту су најчешће странке у поступку – као појединци, али уз подршку различитих организација – играле водећу улогу. Међутим, и у европским државама, где законодавни приступ није довео до општеприхваћених резултата, судски поступци засновани на националним уставима или Европској конвенцији о људским правима, могу и вероватно хоће, бити примењени као средство свеобухватније правне реформе.

3. Видови признања

Приступу правном признању истополних заједница у различитим европским државама у којима се таквим заједницама признаје неко правно дејство могу се поделити у три велике категорије: на режиме у којима је статус истополних заједница инфериоран у односу на брак, на оне у којима постоји функционална еквивалентност истополних заједница и брака, само што се називају различитим именима, и оне у којима је брак подједнако доступан и истополним и разнопоним партнерима.

А) „Мање вредне заједнице”

У многим државама истополне заједнице сматране су суштински различитим у односу на заједнице лица супротног пола и на неки начин инфериорним. Следствено томе, када су постављани правни оквири за истополне заједнице, сматрано је природним да се истополни парови не могу венчавати и да им брак, као правни оквир, не може бити подједнако доступан као и разнополним партнерима. Међутим, овакав приступ могу нападати и разнополни партнери, и то са добрим изгледима на успех, зато што алтернатива браку није и њима доступна. Овај проблем превениран је у Француској и иницијално у Белгији и Холандији, тако што је овај нови режим отворен и за разнополне партнере. Остаје наравно очигледан проблем различитог третмана истополних партнера којима опција брака није на располагању, па разнополни партнери имају две могућности да формализују своју везу, а истополни само једну. Зато су касније Холандија и Белгија омогућиле и закључење брака истополним партнерима (Pintens, 2000: 69-77).

Б) Функционални еквивалент

Ако су правна правила којима се уређује заједница истополних партнера потпуно идентична онима којима се уређује брак, онда разлика остаје само у називу. То може изгледати на први поглед као безначајна разлика, барем са становишта права, зато што назив као такав нема неку посебну правну тежину. Међутим, он има немерљив друштвени и културолошки значај. Брак је много више од прости правне конструкције – са њим су повезане многе друштвене традиције и очекивања, и то како позитивна, тако и негативна. Тако је за неке парове, без обзира на пол, незамисливо да закључе брак, зато што он за њих представља инструмент подређивања жене и доминације мушкарца. За друге, брак представља најекстремнији друштвени вид посвећивања другом лицу. У сваком случају, очигледно је да термин брак значи много више од простог назива и да је зато назив ипак правно релевантан.

В) Брак и регистровано партнерство

У неким државама, на пример Данској (Scherpe, 2012: 1434-1437), Исланду, Норвешкој и Шведској, ови проблеми довели су до тога да се брак отвори и за истополне партнере (и да се напусти концепт регистрованих партнерстава), иако је функционално еквивалентан правни режим већ био доступан истополним партнерима. Заузет је став да једноставно није више било ниједног правног разлога за постојање два одвојена правна режима. Због тога је отварање брака за истополне партнере схваћено као коначни, логични корак, на путу који следе и Француска, Велика Британија и Немачка.

У многим државама регистрована партнерства правно су била изједначена са браком, али ова једнакост важи и у обрнутом смеру – брак, на крају, и није ништа друго до форма регистрованог партнерства. Упркос називу, оно што држава нуди кроз брак заправо је само правни оквир. Све што превазилази овај правни оквир налази се у сфери културолошког и социјалног, па је изван домена непосредне правне регулативе (иако правна правила могу значајно утицати на друштвену и културолошку перцепцију једне институције).

У сваком случају, правни оквир брака се током векова константно мењао. Свака промена овог оквира била је праћена страхом да ће нови пропис заувек променити (или чак уништити) природу брака, шта год да је овом природом сматрано у одређеном тренутку. Ипак, установа брака је преживела све ове промене.

На пример, једна од тих промена било је увођење развода брака, затим, нешто касније, дошло је и право на нови брак након развода. Још увек има вероисповести које не признају други брак или развод, а исто то важи и за друга ограничења брака која више нису садржана у правима већине земаља. Иако религиозна припадност појединаца који желе да закључе брак није релевантна за државу, она остаје од централног значаја за поједине верске групе. Ипак, држава не намеће дужност склапања или развргавања бракова припадницима ових верских група. Такође, и када су уведени истополни бракови, свакој конфесији остављено је слободно да одлучи да ли се по њеним правилима овакви бракови могу закључивати.

Фундаментална је вредност модерне демократије да се верским групама не може наметати признавање или закључење бракова који су у супротности са њиховим верским убеђењима. Ипак, правни оквир брака који прописује држава не значи и покушај наметања виђења исправног брака свима. Овај оквир једино значи државно признање заједницама и њиховим правним последицама, остављајући појединцима и друштвеним групама да сами одлуче како ће га користити.

Међутим, без таквог правног оквира не изистаје само правно признање, већ и јоше један важан елемент слободе, а то је слобода да се изабере овакав оквир за себе и партнера или да се он не изабере. Давање овакве слободе свима ни на који начин не повређује нити слободу нити схватање брака свих других.

4. Улога Европског суда за људска права у процесу признавања истополних заједница

Као што је већ поменуто, шире признање правног дејства истополних заједница се у Европи начелно одвијало кроз законодавне интервенције, а не кроз судску праксу, без обзира на успешно окончање појединих парница, везаних, на пример, за наслеђивање станарског права и сл. У овим парницама странке су се често ослањале на законске и уставне одредбе о забрани дискриминације и једнакости, али и на одредбу члана 14 Европске конвенције о људским правима (Конвенција). Ова одредба забрањује дискриминацију лица по основу личних карактеристика, приликом остваривања права гарантованих Конвенцијом, укључујући и право на поштовање породичног живота, предвиђено одредбом члана 8 Конвенције. Иако се у члану 14 не помиње изричито сексуална оријентација као један од предвиђених основа, Европски суд за људска права (Суд) заузео је чврст став по питању дискриминације по основу сексуалне оријентације у предмету *Dudgeon v United Kingdom* где је захтевао „нарочито озбиљан разлог” који би оправдао различит третман заснован на сексуалној оријентацији. Суд је наставио да примењује овај строги стандард и у каснијим предметима. Ипак, питање да ли истополни парови као такви такође уживају заштиту свих права на поштовање породичног живота према одредби члана 8 Конвенције дуго је остало нејасно.

А) Приватни живот

У предмету *Niemietz v Germany* Суд је изричито одбио да дефинише приватни живот, наводећи да није било ни могуће ни потребно да то чини. Међутим, у каснијој одлуци, Суд је учинио јасним да право на поштовање приватног живота свакако укључује право на успостављање и одржавање односа са другим људским бићима. У предмету *Bensaid v United Kingdom* стало се на становиште да „полни идентитет, име и сексуална оријентација, као и сексуални живот јесу заштићени одредбом члана 8 Конвенције, као интегрални делови „приватног живота” (Eekelaar, 2013: 83-85). У вези истополних веза, Суд је у предмету *Mata Estevez v Spain* навео да „што се тиче приватног живота, Суд признаје да се апликантова емоционална и сексуална веза односи на његов приватни живот у смислу одредбе члана 8

став 1 Конвенције.“ Стога је Суд закључио да истополне заједнице, било да су формализоване или само *de facto* постоје, без икакве сумње могу бити заштићене правом на поштовање приватног живота према одредби члана 8 конвенције. Ипак, по питању „породичног живота”, суд је послао подједнако јасну поруку у овом предмету, неевши да „по питању утврђивања да ли се односна одлука тиче сфере породичног живота у смислу одредбе члана 8 став 1 Конвенције, Суд је на становишту да, према постојећој пракси институција установљених Конвенцијом, дуготрајне хомосексуалне везе између два мушкарца не потпадају под домен права на поштовање породичног живота заштићеног одредбом члана 8 Конвенције (...) Суд сматра да упркос растућој тенденцији у већем броју европских земаља да се правно и судски признају стабилна *de facto* партнерства између хомосексуалаца, ово је, с обзиром на мањак основа заједничких за све државе уговорнице, подручје у којој оне и даље уживају широк степен аутономности.

Ипак, треба приметити да се у конкретном предмету радило о *de facto* истополној заједници а не формализованој вези између особа истог пола – регистрованој партнерству или браку. Стога, на питање да ли се може сматрати да формализоване истополне заједнице имају „породични живот” и зато уживају заштиту предвиђену одредбом члана 8 Конвенције у овом предмету није дат одговор. Шта више, одлука у питању односи се само на допуштеност, па ова питања њоме уопште нису у потпуности размотрена.

Б) Породични живот

Прилика да се размотри да ли истополни парови имају право на породични живот појавила се у предмету *Burden v United Kingdom*. У овом предмету две сестре уседелице тврдили су да су дискриминисане, будући да су биле у ситуацији аналогној грађанском партнерству, али им није било омогућено да закључе грађанско партнерство зато што су сестре. Ово им је онемогућило да уживају пореске олакшице које су биле доступне цивилним партнерима. Због тога су сматрале да имају другачији третман у односу на друге истополне заједнице без основаног разлога.

Суд се није сагласио са оваквим резонавањем: „Велико веће почиње са примедбом да је однос између браће и сестара другачије природе у односу на венчане парове и хомосексуалне истополне партнере према Закону о грађанским партнерствима Велике Британије. Сама суштина везе између браће и сестара је крвно сродство, док је једна од кључних особина брака, односно цивилног партнерства, то што је забрањено њихово закључење између блиских чланова породице... Чињеница да су апликанткиње избрале да живе заједно током свог живота као одраслих особа, као што то

чине супружници или грађански партнери, никако не утиче на суштинску разлику између ова два типа односа.“

Интересантно је то што је Суд наставио да разматра и разлике између формализованих и *de facto* породичних односа: „Шта више, Велико веће примећује да је већ установљено да брак даје посебан статус онима који га закључе. Реализација права на закључење брака обезбеђена је одредбом члана 12 Конвенције, што има друштвене, личне и правне ефекте. Од ступања на снагу Закона о цивилним партнерствима у Великој Британији, хомосексуални пар сада такође има могућност да ступи у правни однос који је креирао Парламент тако да колоко код је то могуће кореспондира браку. Као и у случају брака, Велико веће сматра да правне последице цивилног партнерства, према Закону из 2004. године, на које парови изричито и добровољно пристају, одвајају ове врсте односа од других облика кохабитације. Уместо дужине трајања или издржавајућег карактера односа, оно што је одлучујуће јесте званичан и формални чин, који са собом носи читав корпус права и обавеза уговорне природе. Као што не може бити аналогије између венчаних параова и оних по Закону о цивилним партнерствима, на једној страни, и хетеросексуалних или хомосексуалних параова који одлуче да живе заједно ало не и да постану муж и жена, односно цивилни партнери, на другој... непостојање таквог правно обавезујућег споразума између апликанткиња чини њихов кохабитациони однос, упркос дугог трајања, фундаментално различитим у односу на брачни пар, односно цивилно партнерство према Закону из 2004. године.“

Тако је Суд повукао оштру линију разграничења између формализованих и *de facto* веза, а чинећи то, изједначио је брак и грађанско партнерство. Ова позиција касније је потврђена у предмету *Courten v United Kingdom*: „Суд сматра да је Велико веће изједначило грађанска партнерства хомосексуалних партнера са браком на основу тога што су у обе ситуације стране приступиле јавном, званичном чину, и преузеле правне обавезе једна према другој.“

Стога, у вузури Суда, брак разнополних партнера и истополно партнерство треба сматрати истим типом односа. Будући да венчани парови несумњиво уживају „породични живот“, изједначавање брака са цивилним партнерством неизбежно наводи на закључак да то исто важи и за цивилне партнере. Међутим, то ни у једном од ових предмета није изричито наведено.

Питање да ли истоплони парови имају право на „породични живот“, коначно је решено у предмету *Schalk and Kopf v Austria*. У овом случају господа *Schalk* и *Kopf* тврдили су да су дикриминисани зато што им није дата могућност да се венчају или да њихова веза на неки други начин буде

правно призната у Аустрији. Када је пар први пут покренуо поступак пред аустријским судом, Закон о регистрованим партнерствима из 2009. године још увек није био донет. Овај закон омогућава истополним паровима да формализују своје везе, али правно дејство ове формализације било је, и још увек јесте, другачије у односу на брак, и то на више начина. Ипак, ово је значило да су у време када је предмет дошао пред Европски суд за људска права, господа Schalk и Korf заправо могли формализовати своју везу у Аустрији, али „само“ као регистровано партнерство, те да им брак још увек није био на располагању у Аустрији.

Прва тврдња апликаната била је да је њихово право да се венчају, предвиђено одредбом члана 12 Конвенције, било повређено. Они су сматрали да значење термина „мушкарац и жена“ у овој одредби не значи да било ко од њих једино има право да се венча са лицем супротног пола, већ да треба применити шире тумачење по којем и мушкарац и жена имају право да бирају да ли ће се венчати са особом истог или супротног пола. Аустријска влада (уз подршку владе Велике Британије) тврдила је да је „право на венчање по својој природи ограничено на разнополне партнере“, и да, без обзира на то што су неке државе уговорнице дозволиле истополне бракове, још увек не постоји европски консензус по овом питању. Апликанти, уз подршку неких организација, тврдили су да „у данашњем друштву грађански брак јесте заједница два лица која обухвата све аспекте њихових живота, док прокреација и образовање деце нису више одлучујући елемент. Како је установа брака доживела значајне промене, нема више разлога за одбијање приступа браку истополним паровима. Формулација члана 12 не мора се нужно схватити само тако да мушкарац и жена имају право да се венчају са лицем супротног пола. Поред тога, апликанти су сматрали да упућивање у члану 12 на „меродавна национална права“ није могло да значи да је државама дата неограничена дискреција приликом регулације права на венчање.“

У својој одлуци суд је заузео став да, у светлу скорашњих промена, право на венчање, уткано у одредбу члана 12 Конвенције, не може „у свим околностима бити ограничено на брак између два лица различитих полова“, па се због тога не може рећи да је члан 12 неприменљив на случај апликаната“. Међутим, одлуку да ли ће или неће дозволити истополне бракове треба оставити појединачним државама уговорницама, па је Суд једногласно сматрао да нема повреде члана 12 зато што апликантима није дозвољено да се венчају. Главни аргумент Суда био је да: „Брак има дубоко укоренење социјалне и културне конотације које се могу знатно разликовати од једног до другог друштва. Суд сматра да не треба журити са наметањем својих

одлука националним властима, које су у бољој позицији да процене и одговоре на потребе друштва.“

То што је Суд нашао да не постоји обавеза држава уговорница да дозволе истоплоне бракове није никакво изненађење с обзиром на то да је то потпуно сагласно његовом опрезном приступу осетљивим друштвеним и културним питањима, нарочито у области породичног права. Ипак, приметно је да Суд нема никакве сумње у то да ово питање потпада под домен одредбе члана 12, која, у крајњој линији не само да обухвата право на венчање, већ и право на формирање породице.

Други захтев апликаната подигнут је према одредби члана 14, а у вези са чланом 8 Конвенције, и односио се на дискриминацију по основу сексуалне оријентације. Аргумент је био двострук – најпре да, за разлику од разнополних партнера, они нису могли издејствовати законско признавање своје везе пре доношења *Eingetragene Partnerschaft*, а затим и да су у сваком случају преостале разлике између брака и правног режима који им је сада на располагању дискриминаторске. Интересантно је да је Аустријска влада не само признала да се члан 14, у вези са чланом 8, примењује, као што је Европски суд пресудио, тако да истополни парови могу имати приватни живот, већ такође и да „могу постојати добри разлози да се веза истополних партнера који живе заједно подведе под „породични живот““.

Невладине организације су у својим заједничким коментарима изричито инсистирале да Суд одлучи о овим питањима, и он је то учинио врло јасно: „У пракси Суда прихваћено је једино да емоционални и сексуални односи истополних партнера конституишу „приватни живот“, али није нађено да је „породични живот“ конституисан чак и када је у питању дуготрајни однос заједничког живота. Долазећи до овог закључка, Суд је уочио да упркос растућој тенденцији у великом броју европских држава да се правно и судски признају стабилна *de facto* партнерства између хомосексуалаца, имајући у виду оскудне заједничке основе држава уговорница, ово је било подручје на којем оне уживају велик степен аутономије (видети предмет *Mata Estevez v. Spain*).

У предмету *Karner*, по питању наслеђивања права на стан између истополних партнера, за које се може сматрати да потпада под појам „дома“, Суд је изричито оставио отвореним питање да ли се предмет такође тичао и апликантовог „приватног и породичног живота“. Суд примећује да су се, од 2001. године, када је донесена одлука у предмету *Mata Estevez*, убрзане промене друштвених ставова према истополним паровима догађале у многим државама чланицама. Од тада, значајан број држава је правно признао истополне парове. Неке одредбе права ЕУ такође одра-

жавају растућу тенденцију у погледу подвођења истополних парова под појам „породице.“ У светлу ове еволуције, Суд сматра вештачким одржавање става да, насупрот разнополним партнерима, истополни парови не могу уживати „породични живот“ у смислу одредбе члана 8. Сходно томе, односи апликаната, истополних партнера који живе у стабилном *de facto* партнерству, потпадају под појам „породичног живота, као што би и однос разнополних партнера који су у истој ситуацији.“

Тако је Суд, не прихватајући аргументе који су уследили, изричито одступио од своје раније позиције у предмету *Mata Estevez* и у потпуности прихватио да истополни парови уживају право на поштовање својег породичног живота.

5. Закључак

Иако су *Schalk* и *Korfi* номинално изгубили, будући да су њихови захтеви одбијени, они су заправо извојевали одлучујући и суштински важну победу. Ова одлука је несумњиво од кључног значаја за истополне парове и као таква она ће имати значајан утицај на будући развој европског породичног права. Пошто се сада сматра да истополни парови имају право на „породични живот“, па су заштићени одредбом члана 8 Конвенције, ова одлука заправо обавезује државе уговорнице да обезбеде барем некакав облик правног оквира, тј. правног признања истополних парова и њиховог породичног живота. Најважније је то што сваки другачији третман истополних у односу на разнополне парове сада подлеже процени Суда у много већој мери. Као што је већ напоменуто, у пракси се већ дуго сматра да све државе уговорнице морају имати нарочито озбиљне разлоге за различит третман заснован на сексуалној оријентацији. Суд је конзистентно био на становишту да „разлика у третману јесте дискриминаторска ако нема никакав циљ нити разумно оправдање, тј. ако не тежи легитимној сврси или ако нема разумног односа пропорционалности између употребљених средстава и сврхе која се настоји постићи.“

Начелно, оправдање за различит третман истополних и разнополних парова имало је правнополитички циљ заштите традиционалне породице, а Суд и даље ово сматра у принципу валидном сврхом. Ипак, у предмету *Karner*, Суд је учинио врло јасним да „сврха заштите породице у традиционалном смислу речи јесте прилично апстрактна, па се широк спектар конкретних мера може употребити за њено остварење. У случајевима у којима је дискреција држава уска, каква је позиција и у случајевима када постоји дискриминација по основу сексуалне оријентације, принцип пропорционалности не захтева само да предузета мера буде примерена на-

мераваном циљу. Мора бити показано и да је за остварење те сврхе било неопходно искључити одређене категорије људи – у овом случају лица која живе у хомосексуалним партнерствима.“ Због тога, различит третман истополних и разнополних партнерстава мора бити неопходан да би се заштитила породица у традиционалном смислу. Овако је лествица подигнута веома високо, пошто то значи да без мере о којој се ради таква заштита не би могла да се оствари. Стога треба доказати да би дозвољавање истополним партнерима да заснивају заједнице живота, давање пореских олакшица таквим паровима, као и права на усвајање деце или на приступ техникама вештачке оплодње и неких сличних права довело у опасност традиционалну породицу. Очигледно је да давање оваквих права некој другој групи, различитој од оне која их већ има, не би резултирало губитком ових права од стране групе која их већ има. Такође, таква права и повластице неће се разредити или постати мање вредна ако их добије још неко. Baroness Hale је то вешто срочио: „нико још није објаснио како је непризнавање веза између људи чија сексуална оријентација значи да су неспособни или изразито невољни да се венчају неопходно да би се заштитио или охрабрио брак оних који могу да се венчају ако то желе.“

Стога је врло изгледно да ћемо у будућности гледати све више успешних оспоравања различитог третмана истополних и разнополних парова, како у националним судовима, тако и пред Европски судом за људска права. Немачко искуство је одличан пример за ово. Немачки eingetragene Lebenspartnerschaft (регистровано партнерство резервисано за истополне парове), уведен је 2001. године, али изворно је било неких значајних разлика у правним дејствима брака и eingetragene Lebenspartnerschaft. Многе од ових разлика успешно су оспорене, како политички, тако и пред судовима, нарочито пред немачким Уставним судом и Европским судом правде. Зато се може очекивати не само да ће све државе уговорнице Конвенције морати да обезбеде правни оквир за хомосексуалне парове, већ и да ће ти правни оквири морати да буду истински и потпуни еквиваленти браку. У супротном, прописи којима се овај оквир успоставља могу бити у конфликту са Конвенцијом, како је то у овом раду представљено. Најлакши начин да се ово постигне (барем у техничком, али не и у политичком смислу), јесте да се отвори брак за истополне partnere, као што то све више европских земаља чини.

Међутим, ма за који приступ се држава потписница определи, кристално је јасно да после предмета Schalk и Kopf, апсолутно непризнавање истополних парова више није одржива могућност. Зато ће се ова одлука у будућности вероватно сматрати историјском, одлуком која истински обеле-

жава почетак краја дискриминације истополних парова и првим кораком последње етапе на путу ка једнакости.

Резиме

Правно уређење породичних односа дуго се заснивало на традиционалном концепту породице, као заједнице која обухвата партнере различитих полова, који у браку добијају децу. Због тога су се и правни заштитни механизми фиксирани управо на такве заједнице, док су остале заједнице, на пример истополни партнери, невенчани партнери, парови који природни путем не могу да зачну потомство и самохрани родитељи остали изван домена правног признања и заштите. Ово се често односило, барем иницијално, и на непризнавање овим нетрадиционалним заједницама права на поштовање породичног живота нормираног одредбом члана 8 Конвенције о заштити људских права и основних слобода. Ипак, у последњим деценијама приметан је напредак у превазилажењу традиционалног концепта породице и прилагођавању права савременој реалности породичног живота. Овоме, имеђу осталог, значајно доприноси делатност Европског суда за људска права.

Литература

Boele-Woelki, K. and Fuchs, A. (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe*, 2nd ed., 2012

Max Planck Encyclopedia of European Private Law, Oxford University Press, 2012

Basedow, J. et al., *Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften*, Mohr Siebeck, 2000

Dopffel, P. and Scherpe, J., "Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften im Recht der nordischen Länder", 2000.

Widegren, B. and Ytterberg, H., "Homosexuella sambor - innebörd och mottagande av en ny rättsfigur", *Svensk Juristtidning (SvJT)* 75 (1990)

Cf. Statens offentliga utredningar (SOU) 1984:63, *Homosexuella och samhället, Betänkande av utredningen om homosexuellas situation i samhället*

Broberg, M., "The registered partnership for same-sex couples in Denmark", *Child and Family Law Quarterly*, 1996

Pintens, W., "Belgien: Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare", *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 2003,

Ferrer Riba, J., “Same-sex Marriage, Express Divorce and Related Developments in Spanish Marriage Law”, *International Family Law* 139, 2006;

García Cantero, G., “Family Law Reform in Differing Directions”, *The International Survey of Family Law* 139, 2006,

Frantzen, T., “Same-Sex Marriages in Norway”, *International Family Law*, 2009

Singer, A., “Equal Treatment of Same-Sex Couples in Sweden”, *The International Survey of Family Law*, 2010;

Pintens, W., “Partnerschaft im belgischen und niederländischen Recht”, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 2000

Eekelaar, J., “Marriage: a modest proposal”, *Family Law*, 2013

Dejan Janićijević, SJD

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**THE ROLE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
IN RECOGNITION OF SAME-SEX RELATIONS**

Summary

Legal treatment of familz relations was long based on the traditional concept of family, as a union od two people of different gender, who while married raise children. Hence, the legal protective mechanisms were focused onlz on such unions, while others, like same-sex partnerships, unmarried couples, couples without children and single parents, were left aside legal recognition and protection. This was reflected in not recognising the right to private life, provided by Art. 8 of the Europeand Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, to these untraditional unions. However, in the last decades, it is notable the significant progress in overcoming the traditional concept of family and adjusting the law to the modernt reality of family life. The activities of the European Court of Human Rights are largely contributing to these efforts.

Keywords: *marriage, registered partnership, homosexual relations, recognition.*

ТЕОРИЈА ПОЛИТИЧКЕ ОДГОВОРНОСТИ У ТРАНЗИЦИЈИ²

Апстракт: У раду се обрађује политичка одговорност у транзицији као морална, правна, професионална и партијска одговорност. Морална политичка одговорност се истражује на основу односа циљева и средстава у политици. Правна политичка одговорност у раду се истражује у оквирима владавине права и правног ограничавања политичке моћи. Други део рада посвећен је оцени политичке одговорности кроз концепте поверења и подршке, уз преиспитивање класичне системске теорије одговорности. Истраживање политичке одговорности у транзицији треба да објасни феномен системске неодговорности која је последица хибридног карактера државе и политичког система.

Кључне речи: морал, политика, право, транзиција, системска неодговорност.

Сваки човек је мање-више (не)одговоран. Човек је биће које одговара на различите изазове и на различите норме и стандарде организованог друштва. Полазимо од субјективног и објективног схватања одговорности. Тако, разликујемо одговорност као перцепцију одговорности, као унутрашњи осећај одговорности према себи и другима. Са друге, стране јасно се идентификује објективна одговорност која је утврђена мерилима друштвених односа, правних норми, критеријумима системске одговорности и објективне јавне моралности друштва.

Одговорност као субјективна оцена понашања и поступања спада у ону врсту одговорности када неко лице, субјект, носилац овлашћења, носилац функције сматра односно субјективно процењује своју или нечију одговорност. У овом смислу, одговорност зависи од схватања и уверења

¹ e-mail: slavisa@prafak.ni.ac.rs

² Овај рад је резултат истраживања на пројекту који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу: „Одговорност у правном и друштвеном контексту” у периоду 2021-2025. године.

о одговорности. То се посебно изражава у политици, када носиоци јавних функција самооцењују своју одговорност или кад бирачи сматрају да одређени политички субјект не треба да сноси последице одговорности односно да није одговоран. Дакле, критеријуми одговорности одмеравају се у складу са парцијалним интересом онога ко процењује и вреднује нечију одговорност.

Колико људи заиста одговарају на обавезе или изазове – то зависи од менталитета и установљених друштвених, правних, политичких и професионалних критеријума одговорности. Свако друштво има утврђене критеријуме одговорности уопште а посебно секторске одговорности. Политичка одговорност је вишеслојна и вишезначна. Она је, истовремено, морална, правна, партијска, програмска, професионална.

1. Етички приступ политичкој одговорности

Морална компонента је сама онтологија одговорности јер је суштина одговорности у етици деловања. Етика је учење или наука о врлинама појединца, групе и заједнице. Колоквијално, етика је наука о моралу. Дакле, етика је учење о томе шта је добро а шта није за појединца, заједницу, групу, професију. Дакле, она потиче од моћи савести и расуђивања човека о томе шта је добро, исправно, поштено, шта је добро поступање и понашање у односима са другим људима.

Јавна етика подразумева облике мишљења, деловања и понашања људи (службеника у најширем смислу) у оквиру јавних институција, подразумева индивидуална својства и карактеристичне врлине носилаца јавних дужности и функција. Тако, на пример, претпоставља се односно подразумева да представници и упосленици јавних институција буду поштени, да говоре истину, да поштују законе, да прихватају универзалне вредности и норме, да имају осећај за општи и заједнички интерес. Дакле, супротно од тога, јавна дужност искључује коруптивност, посесивност, личну интересну преференцију. Јавна етика и јавна одговорност се често изједначавају и у суштини се поклапају.

Институционална моћ и одговорност су међузависни. Што је институционална моћ односно надлежност већа то је и већа одговорност. Делотворне и ефикасне институције су одговорне институције. Одговорност је основна детерминанта сваког друштвено-јавног деловања. Одговорност чува заједницу од кварења, изопачавања и злоупотребе положаја, моћи, власти.

Основна примарна и базична одговорност је култура одговорности сваког појединца који обавља различите грађанске, радне и професионалне

улоге. Институционална и кровна одговорност је правна и политичка одговорност за вршење највиших јавних функција у држави. Основне врлине културе одговорности како грађана тако и вршилаца јавних функција су: поштење, саосећање, истинољубивост, солидарност, брига за општи и заједнички интерес, правичност, професионалност, ефикасност, поштовање универзалних вредности и правних норми, критичност (критичка свест), учење на основу добре праксе... Неморално и неетичко понашање - корупција, злоупотреба, манипулација – смањују поверење у јавне институције и носиоце институционалних функција.

Одговорност је основна претпоставка и предуслов за функционисање и развој друштва. Без одговорности друштво постаје аномично, конфликтно, дезинтегрисано, конзервативно, ауторитарно, патерналистичко, догматско, „разуларено“, друштво релативизује моралне норме. Одговорност је морална норма појединца, групе и друштва у целини и преводи се у грађанску, професионалну, правну и политичку одговорност. Буди одговоран према другима, да би други били одговорни према теби - је морална форма и императивна морална норма одговорности. Иако је корен одговорности у моралном расуђивању, то је интегрални појам који кореспондира са различитим улогама и функцијама субјеката и група у друштву.

У индивидуалном смислу, одговорност је чин појединца према себи и другима, а предуслов личне одговорности је здрава и изграђена структура личности која је резултат рационалне, умне и духовне социјализације појединаца. Социјализација одговорности полази од индивидуације одговорности и пресликава се на целокупно друштво. Без индивидуалне одговорности нема ни групне ни колективне одговорности. Осећај одговорности односно доживљај одговорности има две крајности: хипо-одговорност и хипер-одговорност, па је стога неопходно утврдити равнотежу између политичких дужности и политичких очекивања. Доживљај личног постигнућа у политици зависи од тога колико су интегрисани сви елементи односно фактори личности и утолико има психолошку димензију.

Етичка заснованост политике увек се, поред осталог, мери односом циљева и средстава у политици, односно моралној конгруенцији циља. Преиспитивање неморалности и противправности политике почиње тек у модерно доба. У античкој епохи, политика, морал и право представљали су јединствену целину јер је било саморазумљиво да политика буде морална и правична. Суштина и циљ политике је реализација и практиковање индивидуалне врлине на нивоу глобалне заједнице полиса.

У мери у којој је политика изражена као управљање у јавном интересу, у интересу општег добра друштва, у служби универзалних и консесуалних

вредности, та политика је морално одговорна. Политичка одговорност је морална одговорност и увек се утврђује на основу односа циља и средства у политици. Уколико дође до инверзије циља и средства, уколико је власт и моћ циљ по себи, утолико је већа могућност за неодговорно политичко деловање. Уколико је циљ у политици сведен на освајање, одржање и увећање власти и моћи (стабилнокрација), утолико је потенцијал неморалности већи. Однос општег и посебног, универзалног и партикуларног дефинише (не)моралност у политици. Што је већа партикуларизација интереса то је неморалност односно неодговорност у политици већа. У мери у којој су политички циљеви реални, рационални, оствариви, могући, у тој мери се ради о морално одговорној политици.

Данас је веома популарна изрека да циљ оправдава средства. Теоријско упориште ове изреке се налази у радовима Макијавелија. Са тачке гледишта такве оријентације сваки поступак, свако политичко дејство је морално допуштено, ако њега диктира постављени циљ. Политичари, по правилу, веома ретко признају неморалност својих циљева. Сви злочиначки политички акти, ратови, масовни терор, револуције, манипулације и узурпације - прикривали су се племенитим циљевима, обећавајући народима благостање и просперитет уз истовремено позивање на универзалне вредности. И данашњи политички живот обилује аморалним појавама као што су коришћење лажи, манипулисање свешћу маса, дезинформације, тероризам итд. Сви ови фактори се приказују као неопходни атрибути у политичком животу. Отуда и тврдња да је политика најпрљавији посао. У складу са макијавелијевим поривом да „циљ оправдава употребу свих средстава”, можемо извести и макијавелистички принцип одговорности: све што доприноси остваривању циља заједнице и учвршћивању власти и моћи, укључујући и сва допуштена средства, спада у политичку одговорност.

У политичкој пракси и теорији постоји и супротни приступ према односу циљева и средстава. Са тачке гледишта овог приступа, средства морају одговарати циљу, средства су морални показатељи политике. Примена средстава, а не само племенити циљеви, одређује будуће лице било које заједнице и власти. Помоћу политичког насиља, убиства, терора, а посебно манипулације бирачима, не може да се изградити високоморално друштво. Критика овакве праксе допринела је стварању доктрине ненасилног деловања у политици. Она омогућује да политички живот има хумани карактер, она трансформише политику од прљавог посла у племенито занимање. Ипак, овај прилаз још не доминира у савременом политичком животу. Теоријски и доктринарно, он претпоставља моралну усаглашеност односа циља и средстава. Будући да противречност циљева и средстава у

политичком животу има неизбежан карактер, следбеници таквог прилаза теже да изграде систем хијерархије моралних вредности и помоћу њега оправдају примену неких неморалних средстава као мањег зла. У савременом друштву постоји чврсто убеђење да као критеријум примене политичких средстава морају да иступају темељни принципи хуманизма који афирмишу општељудске вредности: право на живот, безбедност, слободу, развој личности човека.

Када разматрамо однос циљева и средстава у политици полазимо од природе циља и природе средстава која се употребљавају за остваривање циља. Стога је могуће идентификовати неколико модела односа циља и средстава: (а) прикривен циљ и умивена средства; (б) јасан циљ и невидљива средства (арканска пракса); (в) нереалан циљ и недопустива средства; (г) исправан и реалан циљ а недопустива средства; (д) морална исправност и циљева и средстава.

2. Одговорна политика

Политичка одговорност је *правно* одговорна ако се политичка понашања, улоге и функције, како власти и опозиције тако и других актера политичког живота, укључујући и грађане, врше у оквирима морално и правно допуштеног политичког понашања, ако је политичка моћ нормативно институционализована и ограничена на јасно утврђене овласти, надлежности или утврђен круг послова који су правом регулисани. Политичка моћ мора бити ограничена правним и моралним обзирима. Подела власти консеквентно подразумева посебну врсту одговорности која је, пре свега, борнирана правним нормама надлежности. Политичка моћ изван оквира правне надлежности је типичан показатељ не само правне него и политичке неодговорности. Према томе, политичка одговорност мора се кретати у оквирима правне одговорности, под условом да влада принцип владавине права а не принцип владавине помоћу права.

Политичка одговорност је *професионална* одговорност ако се носиоци политичких и јавних функција понашају у складу са професионалним стандардима у процесу управљања сложеним и комплексним друштвом. Знање у политици је стандард који је још Платон поставио: незналицама није место у политици. Спој моралне и професионалне одговорности у политици можемо изразити у сентенци – знање је врлина. Знање, мудрост и добро политичко искуство су темељ добре и одговорне политике. Са друге стране посматрано, данас се политика као делатност све више професионализује а вршење политичке улоге (функције) претпоставља не само општу компетенцију, него и компетенцију за различите секторске јавне

политике. Научна и стручна знања из најразличитијих области друштва и природе су неопходна за добро управљање друштвом и његов развој.

Поред тога, политичка одговорност може бити и *партијска* одговорност. Она се односи на одговорност у односу на партијске норме, у односу на партијске чланове (и гласаче) али и програмска одговорност. Степен остварености изборних програма је значајан показатељ за утврђивање партијске одговорности јер је изборни резултат чињеница са којом се суочавају и партијски делатници и њихови гласачи. Слаб или неочекиван изборни резултат повлачи за собом утврђивање политичке одговорности. Са друге стране, партија која је добила мандат да управља државом и друштвом подлеже критеријумима одговорности за владавинско политичко понашање и деловање али и за резултате остварене политике.

3. Политичко поверење и политичка подршка

Политичка одговорност и политичко поверење (подршка) налазе се у директној зависности. „Политика се у модерним демократијама темељи на одговорности и поверењу”,³ па се стога одговорност изражава као „испуњавање дужности према другом на основу указаног поверења”.⁴ Политичко поверење подразумева вероватноћу односно извесност да ће политички систем, његове институције и актери произвести очекиване односно пожељне резултате. Другим речима, политичко поверење је вредностна оријентација односно процена колико власт делује у односу на очекивања људи. Са друге стране, вредновање власти увек је у складу са интересним очекивањима. Оба пола подразумевају одговорност: власт одговара на уверења и интересне преференције грађана, а грађани одговарају за то да ли су учинили добар избор представника и да ли изабрани представници доносе одлуке које одговарају друштвеним очекивањима.

Дејвид Истон је разликовао две врсте подршке: дифузну и специфичну, а свака од њих повлачи различите врсте одговорности.⁵ Дифузна подршка је распрострањена и дубоко укорењена и подразумева безусловно поверење и лојалност које чланови политичког система усмеравају према различитим димензијама система, као циљеве по себи. Позитивна дифузна подршка креће се од конституционалног патриотизма па до слепо послушности. Своју делотворност изказује нарочито у време криза, депресија и ратова, а политички систем увек јој прибегава као крајњем извору своје

³ Hening Otoman, *Odgovornost i povjerenje kao normativna načela politike*, Politička misao, 3/1991, str. 170.

⁴ Матић, Подунавац, *Политички систем*, Београд, 1994, стр. 249.

⁵ Уп: Eason David, *The Political System*, New York, 1953.

легитимности. Зато је дифузна подршка тзв. „резерва подршке“, јер омогућује опстанак политичког поретка и у кризним временима и помаже члановима политичке заједнице да толеришу и оне учинке владавине који су супротни њиховим интересима и потребама. Дифузна подршка је делотворна упркос незадовољству према лошим резултатима политичке власти. Дифузна политичка подршка је усмерена на основне и примарне идентификације према заједничким симболима државе и политичког система и има претежно емоционални карактер. Често се у политици догађа инверзија или супституција идентификације у облику персонализовања симбола и институција, па долази до превредновања персоналног у односу на институционалне улоге. У сваком случају, ради се о ирационалној емоционалној идентификацији која је лишена сваке рационално-критичке оријентације.

Специфична подршка је условљена (утилитаристичка) врста подршке која расте или опада у зависности од успеха или неуспеха односно ефикасности и делотворности институција да задовољи очекивања грађана. Она је усмерена према политичкој власти а односи се на (не)задовољство перформанасама односно управљачким капацитетом институција политичког система. Специфична подршка претпоставља постојање делотворности и одговорности власти у односу на друштво и интересно вредновање учинака политичке владавине.

Обе врсте политичке подршке подразумевају и истрајност институција упркос захтевима за политичком променом. То значи да одрицање подршке односно одговорности не мора значити да систем не може, у променљивим условима, да одржи други тип политичког система. Уколико је захтев за променама рационално артикулисан и изражен у легитимној политичкој процедури, политички систем ће истрајати иако је претходни режим или политички облик нестао.

Политичка подршка увек је, према Истону, усмерена на три компоненте политичког система: политичку заједницу, политички режим и власт. Политичка заједница обухвата интегрисани тоталитет интереса и потреба који су упућени на центар политичког одлучивања. Политички режим је оквир системске интеграције политичке заједнице и садржи три компоненте: вредности, норме и ауторитете. Компонента власти односи се на периодично биране носиоце јавних функција. Истонова троебоја политичких објеката према којима су усмерене политичке оријентације подршке и поверења није јасно диференцирана и нема уопштавајући карактер за све политичке системе.

Политичка одговорност је сразмерна типу политичког система који различито одређују и критеријуме политичке одговорности. Стога, постоји закономерна и логичка веза између типа политичког система и државе и типа политичке одговорности. Систем парламентарне демократије и владавине права производи један тип одговорности, а различите врсте аутократских система производе другачију врсту „одговорности”. Демократски системи правне државе и вишепартијске парламентарне демократије подразумевају интересно-рационалну и критичку основу одговорности док ауторитарни системи са монополом партијске државе подразумевају ирационалну и поданичку врсту лојалности. Постоји одговорност како у либерално-демократским тако и ауторитарним системима али је природа и суштина те одговорности различита. У једној постоји грађанска одговорност а у другој обавеза некритичке лојалности према власти и ауторитетима моћи.

Дифузни облици политичке подршке остављају простор за иманентну политичку неодговорност јер примарна ирационална некритичка идентификација са политичким ауторитетима искључује рационалне критеријуме утврђивања објективне одговорности. Са друге стране, кад је у питању специфична подршка, утврђивање одговорности је сложеније. Специфична подршка подразумева два критеријума одговорности: један се односи на критеријуме респонзивности а други на критеријуме одговорности. Ова разлика критеријума није само системско-аналитичка, мада одговорност у укупном смислу појмовно укључује и респонзивност.

Критеријум респонзивности указује на везу између преференција грађанског друштва и резултата креирања политике и истражује везу између „инпут” и „аутпут” формације односно претварање преференција друштва у политичке исходе. На тај начин, респонзивност означава демократски процес када је влада под утицајем политичких захтева „обавезна” да ствара и спроводи јавне политике конгруентно жељама и интересима грађана).⁶ У овом смислу респонзивна одговорност се често своди на управљачку перцепцију интересних преференција друштва и изборна обећања.

Линија одговорности подразумева одговор изабраних представника на интересне и вредностне преференције друштва и односи се на обавештавање, извештавање, образлагање у односу на јавне политике. Затим, подразумева слободну критичку јавност као оцену постигнућа јавних политика, закључно са санкцијом као одрицањем политичке подршке. Дакле, овај правац одговорности односи се на одговорност за постигнућа и

⁶Уп: Powell, Bingham, „*Political Representation in Comparative Politics*”, *Journal of Democracy*, 15/2004, р, 91-105.

результате владавинских јавних политика. Системско-функционалистички приступ претпоставља друштвену равнотежу и друштвени консензус. Ова теорија превиђа неке значајне карактеристике транзиционих друштава. Прво, транзициона друштва су подељена, често и поларизована друштва у којима не постоји равнотежа између традиције и иновације, глобалног и националног, очекивања и постигнућа, изборних обећања и владавинских резултата. Друго, транзициона друштва су друштва која су у основи структурно конфликтна, а конфликтни потенцијал извире из идентитетских, својинских и економско социјалних зона стварности.

Дијалектика односа између очекивања друштва и осетљивости институција да их на одређени начин прихвати је слабија тачка системске теорије. Ту дијалектику међузависности и (не)равнотеже превиђају неке варијанте системске теорије политике, узимајући у обзир само функционалну равнотежу између политичких захтева и одговора институција.⁷ Наиме, хетерономно, одозго усмерено обликовање преференција грађана омогућава се различитим инструментима владавине, политичке и медијске манипулације, тако да су очекивања грађана у односу на власт преобразена и вештачки, одозго створена уверења и очекивања грађана. Ауторитарни механизми владавине увек стварају себи служећа уверења грађана. Изборна опредељења су „пристанак на туђи избор”.⁸ Дакле, ради се о представи или умишљају да се одлучује без свести да је у питању манипулативним техникама створено уверење о тобожњем „гласу народа”. Њихов извор није аутономно створен него је одозго наметнут и некритички усвојен. Претпоставка аутономности је замењена разлогом ауторитарног обликовања политичке воље. Управљање друштвеним интересима постаје ауторитарна регулација наметнутих и усађених преференција. Тако обликована формација грађанских преференција има функцију промоције и реализације интереса моћних друштвених група и појединаца.

4. Политичка одговорност у контексту транзиције

Неодговорност је одиграла бар исту или случну улогу у друштву као одговорност, а вероватно и већу. Неодговорност у контексту транзиције више се испољава као квази-одговорност јер већина политичких субјекта изражава базичну неодговорност или пребацује одговорност на раније представнике, упркос томе што чињенице и објективни критеријуми говоре супротно. „Неодговорна одговорност” је можда најближи мада није најбољи

⁷ Ур: Bilman and Kriesi, “*Modeli demokratije*”, у: *Demokratija u eri globalizacije I medijatzacije*, Albatros Plus, Beograd, 1913, str. 63-90.

⁸ Шушњић, Шуро, *Теорије културе*, Завод за уџбенике, Београд, 2015, стр. 399

израз који изражава стање одговорности у транзиционим друштвима, а посебно нашем. У неуређеном и противречном друштву не само што не постоје јасни и бар минимални критеријуми одговорности, него је неодговорност преовлађујућа карактеристика политичког друштва. Дакле, одговорност а посебно политичка одговорност дели судбину противречног процеса транзиције. Противречност транзиционих држава и друштава изражава се као противречност између, са једне стране, наслеђених начина мишљења, вредновања и веровања и, са друге стране, новог типа друштва и државе парламентарне демократије и правне државе. Тако су мерила и критеријуми (политичке) одговорности биполарне природе. Владавина права и парламентарна демократија подразумевају рационалну одговорност свих носилаца друштвених и политичких улога, упркос другачијој пракси.

Дефицит одговорности и суфицит неодговорности проналазимо у структури политичког система транзиције. Четири чворне тачке политичке одговорности су: одговорност изабране власти, одговорност опозиције, одговорност критичке политичке јавности и одговорност биначког тела. Што је опозиција одговорнија и што је више изражена рационално-критичка јавност, то је и власт одговорнија. Одговорност (политичког) друштва се изражава у томе на који начин грађани (пр)оцењују (не)успешност власти, на основу којих критеријума и да ли критеријум политичке и партијске идентификације утичу и на критеријуме политичке одговорности друштва. Нерационални односно ирационални разлози политичке подршке и поверења су учесталији и трајнији од рационално-искуствених. „Одговорност” се претежно испољава као поданичка обавеза некритичког покоравања. Основа политичке одговорности произилази из типа или врсте политичког система: грађански или поданички идентитет одређује и врсту политичке облигације.

Имајући у виду историјско политичко искуство, *неповерење према политици* је посебна врста (превентивне) политичке одговорности. Као што моћ има иманентну тежњу да се увећава ако није зауздана нормама, тако и политичка неодговорност има тежњу да се увећава ако није утврђена јасним, принудним нормама и ако није санкционисана. Идеал моћи је да буде неограничена, као што је реалистички идеал политичара да су неодговорни односно да не полагају рачун за свесне и несвесне последице свог деловања.

Претпоставка моралности политике разликује се од *неморалног политичког реализма* савремене политике а посебно транзиционих друштава. Друштвени и политички контекст одговорности садржан је у контра-

дикцији процеса транзиције. Анализа моралне одговорности политике односно моралности политике и правичности моралног поступања мора имати у виду контекстуалне услове разорених институција неуређеног друштва, општег сиромаштва. У условима неуређеног друштвеног понашања, у условима сиромашног друштва, у условима бујања и цветања криминала и корупције, у стању разореног система вредности, у условима диктата моћи и власти како на глобалном тако и националном а и локалном нивоу, прича о одговорности представља неку врсту „апстрактног утопизма” или својеврсног „аутизма” јер у оваквим контекстуалним условима нема ни правог морала ни „правог” права.

Транзиционо друштво је подељено и антагонизовано плуралистичко друштво *моралног релативизма*. А позиција моралног релативизма продукује и релативизацију одговорности. Дакле, данас живимо у времену моралног релативизма или моралног ситуационизма у коме морално поступање зависи од тренутних склоности, тренутних интереса и тренутних околности. Тако је исто са правом. Дакле и морал и право су интересно колонизоване сфере, које нису аутономне, независне и слободне као посебан систем логике поступања и вредновања итд. Морални чин, или морална одлука инспирисана је појединачним или посебним интересима

Морал и право више нису самосталне и аутономне категирије. Оне су доминантно обојене политиком, капиталом, тржиштем или интересима који су изван суштине и логике универзално-хуманистичког морала, суштине и логике права. Према томе, и право и морал су ауторитарно обликоване сфере. Морално и правично произилази из надмоћи онога ко поставља практичне пропозиције тзв. селективног моралног и правног поступања: неморално право и неправичан морал.

Парадокс политичке одговорности се евидентно изражава као: с једне стране, општа нарација о потреби одговорности, а са друге стране, фактичка неодговорности односно толерисање неодговорности. Парадокс би се могао означити изразом „неодговорна одговорност”. Захтев и стандард одговорности није праћен одговарајућом праксом одговорног поступања. Између захтева, стандарда, норме о одговорности и праксе одговорности, постоји преовлађујући несклад. Парадокс се изражава и у томе што не постоје јасни критеријуми политичке одговорности који се формирају у зависности од друштвене и политичке културе друштва односно од мерила друштвене свести и групног јавног мњења. Критеријуми се разликују собириком на идеолошку припадност али ништа мање нису различити критеријуми одговорности од државе до државе. Један политички мандат може бити оцењен на различите начине, као што један те исти догађај може бити

тумачен на различите начине. Дакле, у друштвеној и политичкој пракси можемо говорити о плурализму (мноштву) критеријума одговорности. Конфузија критеријума одговорности и кривице отежава сагледавање односно дефинисање и класификовање одговорности.

У данашњој политичкој пракси одговорност се све више изражава као изговор, изговарање, квази-доказивање, одрицање одговорности или пребацивање одговорности на другог, политичког противника или претходну власт. Политички осећај одговорности се изражава као пребацивање кривице или проналажење „жртвеног јарца”.

Преузимање одговорности није политички опортуно. На делу је инверзни концепт „неодговорне одговорности”. Данас су „одговорна влада и одговорно друштво” у кризи јер се неодговорно политичко понашање више избегава, толерише, награђује него што се санкционише. Влада допушта неодговорност друштва како би друштво толерисало политичку неодговорност владајућих. Тако је емпиријски установљено да је „одговорно” свако политичко понашање власти које је у сагласности са интересима владајуће моћне мањине а које није у интересу већине или државе. Политичка моћ треба да подлеже одговорности али се критеријуми политичке одговорности увек одређују према стандардима стабилности власти и моћи.

Резиме

Предуслов одговорности у различитим секторима друштва је одговорна личност. Она је резултат процеса социјализације и индивидуализације у којима се остварује базична структура зреле, рационалне грађанске свести. Одговорност према себи повлачи и одговорност према другима и одговорност према вршењу различитих друштвених улога, посебно политичких улога и функција. Системска одговорност постоји ако су усаглашени нормативни и вредностни подсистеми системи друштва: индивидуални и групни, морални и правни, политички и државни. Међутим, транзициони системи одговорности садрже хибридну и противречну амалгамацију ауторитарног и либерално-демократског, поданичког и грађанског, либералног и националног, традиционалног и модерног, националног и глобалног.

Политичка одговорност у транзицији се третира са становишта нормативне политичке теорије и утврђује евидентна реалистична, инструментална политичка и друштвена пракса коју можемо именовати као системски модел стабилнократске неодговорности. У основи, ради се о обновљеном и устаљеном моделу „ауторитарне неодговорности” који је потиснуо рационалне, критичке и хуманистичке критеријуме утврђивања стварне одговорности. Транзициона политичка облигација је ауторитарно-патер-

налистичка обавеза према интересима моћних група на националном и глобалном нивоу.

Литература

Bilman and Kriesi, “ *Modeli demokratije*”, u: *Demokratija u eri globalizacije и medijatzacije*, Albatros Plus, Beograd, 1913, str. 63-90.

Eason David, *The Political System*, New York, 1953.

Powell, Bingham, „*Political Representation in Comparative Politics*”, *Journal of Democracy*, 15/2004, p, 90-105.

Hening Otoman, *Odgovornost i povjerenje kao normativna načela politike*, *Politička misao*, 3/1991.

Матић, Подунавац, *Политички систем*, Београд, 1994.

Шушњић, Ђуро, *Теорије културе*, Завод за уџбенике, Београд, 2015.

Slaviša Kovačević, LL.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

THEORY OF POLITICAL RESPONSIBILITY IN TRANSITION

Summary

The paper deals with political responsibility in transition as moral, legal, professional and party responsibility. Moral political responsibility is explored on the basis of the relationship between goals and means in politics. Legal political responsibility in the paper is investigated within the framework of the rule of law and legal limitation of political power. The second part of the paper is dedicated to the assessment of political responsibility through the concepts of trust and support, with a re - examination of the classical systemic theory of responsibility. The study of political responsibility in transition should explain the phenomenon of systemic irresponsibility which is a consequence of the hybrid character of the state and the political system.

Keywords: *morality, politics, law, transition, systemic responsibility.*

ИНСТИТУЦИОНАЛНИ ОБЛИЦИ ПАРТИЦИПАЦИЈЕ ЗАПОСЛЕНИХ У ОДЛУЧИВАЊУ - САВЕТ ЗАПОСЛЕНИХ²

Апстракт: У раду се разматрају институционални облици партиципације запослених у одлучивању (у управљању предузећем), са посебним фокусом на савет запослених, као најзаступљенији облик представљања запослених код послодавца у упоредном радном праву. Аутор, најпре, сажето указује на богатство значења термина партиципације и постојање различитих појмовних одређења, а потом износи и анализира аргументе који оправдавају легитимитет овог института, укључујући његову интеракцију и тензије са синдикатима запослених. Нарочита пажња у раду посвећена је разматрању упоредноправног начина уређења савета запослених, са циљем да се извуку одређена позитивна решења која би се могла искористити за унапређење домаћих правних прописа. Коначно, у раду је дат приказ домаћих позитивноправних норми посвећених институту савета запослених, уз посебан осврт на (евентуалне) узроке стагнације у партиципацији запослених и потребу даље доградње домаћег когентног и аутономног радног права у овој области.

Кључне речи: партиципација запослених, савет запослених, институционални облици представљања

1. Увод

Партиципација запослених на нивоу предузећа има дугу традицију засновану на принципима демократизације и хуманзације рада и, стога, ужива релативно висок степен друштвеног легитимитета, нарочито у Европи. У оквиру ове традиције, партиципација је била предмет правне

¹ e-mail: marijad@prafak.ni.ac.rs

² Рад је резултат истраживања на пројекту „Одговорност у правном и друштвеном контексту”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2021-2025. године.

регулативе Међународне организације рада³, Савета Европе⁴ и Европске уније,⁵ која се непосредно или посредно бави овим питањем. Специфично интересовање за ову тему у последњих двадесетак година било је вођено углавном економским аргументима. Једноставно речено, партиципација запослених повећава ефикасност предузећа на два начина: повећањем способности предузећа да брзо реагују на промене у пословном окружењу и повећањем продуктивности запослених. Ова два ефекта су последица бољег коришћења постојећег знања запослених, промовисања (међу њима) стицања и примене нових вештина, повећања информација којима располажу и нивоа њиховог дискреционог одлучивања, као и могућег побољшања мотивације за рад. Повећањем знања и свести запослених

³ Осим Препоруке број 94 о сарадњи на нивоу предузећа од 1952. године и Препоруке број 129 о комуникацији између послодавца и радника унутар предузећа од 1967. године, одређени аспекти права на партиципацију регулисани су низом других правних аката ове организације. У том смислу, треба, најпре, поменути Препоруку број 113 о консултовању на нивоу гране или државе од 1960. године и Препоруку број 130 о испитивању жалби (у оквиру предузећа у циљу њиховог решавања) од 1967. године, затим Конвенцију број 135 и Препоруку број 143 о представницима радника од 1971. године, и, најзад, Тројну декларацију принципа у вези са мултинационалним предузећима и социјалном политиком од 1977. године (последњи пут измењену 2017. године). Видети: Препорука број 94 о сарадњи на нивоу предузећа од 1952. године (Cooperation at the Level of the Undertaking Recommendation, 1952, No. 94); Препорука број 129 о комуникацији између послодавца и радника унутар предузећа од 1967. године (Recommendation concerning Communications between Management and Workers within the Undertaking, 1967, No. 129); Препорука број 113 о консултовању на нивоу гране или државе од 1960. године (Consultation (Industrial and National Levels) Recommendation, 1960, No. 113); Препорука број 130 о испитивању жалби од 1967. године (Examination of Grievances Recommendation, 1967, No. 130); Конвенција број 135 о заштити и олакшицама које се пружају представницима радника у предузећу од 1971. године (Службени лист СФРЈ - Међународни уговори, бр. 14/82); Препорука број 143 о представницима радника од 1971. године (Workers' Representatives Recommendation, 1971, No. 143); Тројна декларација принципа у вези са мултинационалним предузећима и социјалном политиком од 1977. године, измењену 2000, 2006. и 2017. године (Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy, Adopted by the Governing Body of the International Labour Office at its 204th Session (Geneva, November 1977) and amended at its 279th (November 2000), 295th (March 2006) and 329th (March 2017) Sessions).

⁴ Ревидирана европска социјална повеља (Службени гласник РС - Међународни уговори, број 42/09), чл. 21, 22, 29.

⁵ Од секундарних извора права Европске уније, најзначајнија је Директива 2002/14/ЕЗ о успостављању општег оквира за информисање и консултовање са запосленима у Европској унији. Видети: Directive 2002/14/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2002 establishing a general framework for informing and consulting employees in the European Community - Joint declaration of the European Parliament, the Council and the Commission on employee representation (Official Journal L 80, 23.3.2002, 29-34).

о послодавчевој пословној ситуацији, промовише се и промена њиховог односа према послу и обезбеђује веће и лакше прихватање пословних промена и евентуалног увођења нових метода дисциплине рада. Да би партиципација запослених имала позитиван утицај, неки од њених добитака морају се пренети на запослене - у смислу обезбеђивања стабилности запослења, боље зараде и/или већег задовољства послом. Ово се неће догодити ако се финансијска добит пренесе искључиво на власнике капитала, док се запослени, с друге стране, суочавају са интензивирањем рада, једнаким или мањим зарадама и смањењем запослености. Упркос томе, послодавци имају снажне краткорочне подстицаје да то учине, услед чега се компромис између представника запослених и послодаваца неретко постиже само са циљем да се задржи запосленост на постојећем нивоу или да се минимизира смањење запослености, са малим утицајем на зараде. Међутим, чак и ако се краткорочно и средњорочно гледано, ефекти партиципације запослених на квалитет и квантитет послова понекад чине замагљеним, неспорно је потребно реструктурирање организације рада у правцу повећаног укључивања запослених у управљању предузећем како би се одржала њихова прилагодљивост и конкурентност на тржишту рада. Поставља се питање како наведено постићи.⁶ Највећи број европских држава се определио за тзв. двоканални модел синдикалног организовања, односно за увођење, поред синдиката, партиципације запослених у управљању предузећем путем (најчешће) института савета запослених (енгл. *works council*). Имајући у виду наведено, у раду ћемо се, најпре, осврнути на основне појмове партиципације, циљеве њеног успостављања и постојања. Посебна пажња биће усмерена на анализу тензије између институционалних облика партиципације запослених и синдикалног организовања и указивање на неке од главних аргумената који

⁶ Ове дебате у вези са аргументима за и против партиципације запослених одразиле и на европску политику. Крајем 90-их година двадесетог века, могућа улога партиципације запослених у модернизацији организације рада дошла је до изражаја у европској политици за побољшање мотивације и прилагодљивости радника (Commission of the European Communities, Green Paper - Partnership for a new organization of work, COM(97) 128 final, 16.04.1997, Brussels; Commission of the European Communities, Modernising the organization of work - A positive approach to change', Communication from the Commission, COM (98) 592 final, 25.11.1998, Brussels). Ипак, неколико година касније, акценат се померио на потенцијал побољшања квалитета послова. „Социјални дијалог и укљученост радника“ су експлицитно поменути као димензија квалитета рада у оквиру Европске комисије за улагање у квалитет из 2001. године (European Commission (2001) 'Employment and Social Policies: A Framework for Investing in Quality', Communication from the Commission, COM (2001) 313 final, 20/03/2001, Brussels, 8) и у Смерницама за запошљавање за 2003-2005 за Европску стратегију запошљавања (Council of the European Union (2003) 'Council Decision of 22 July 2003 on guidelines for the employment

оправдавају увођење савета запослених. Са циљем да се сагледају могући начини законског уређења савета запослених који би се могли искористити при конципирању домаћих позитивноправних решења, у раду је сразмерна пажња посвећена и анализи упоредноправних законодавстава и истицању одређених националних разлика. На крају рада, анализиран је институт савета запослених у радном праву Републике Србије, уз посебан осврт на потребу његовог даљег унапређења и доношења нових прописа посвећених овој проблематици.

2. Појмовно одређење и основни циљеви партиципације запослених у управљању предузећем

Упркос чињеници да се термин партиципације често користи у радно-правној литератури, конвенцијама Међународне организације рада, као и у директивама Европске уније, не постоје јединствене дефиниције овог појма. Најпре, партиципација запослених се користи у три основна значења: као партиципација запослених у управљању (одлучивању) предузећем, затим као партиципација запослених у расподели добити и, најзад, као партиципација запослених у својини.⁷ И сам термин партиципација у управљању предузећем користи се, опет, у више значења. Неки аутори инсистирају на томе да партиципација мора бити колективни процес, који укључује групе запослених и њиховог руководиоца; други наглашавају делегирање, процес којим се појединачном запосленом даје већа слобода да самостално доноси одлуке. С друге стране, неке дефиниције ограничавају термин партиципације на институционалне облике представљања запослених, као што су савети запослених, док друге обухватају и неформално представљање запослених, свакодневне односе између надређених и подређених у којима је подређенима дозвољен значајан допринос у доношењу управљачких одлука. Коначно, постоје они који описују партиципацију као процес и они који је пре посматрају као резултат.

У најопштијем смислу, под појмом партиципација се подразумевају „разноврсни процеси и структуре који омогућавају, а понекад и подстичу запослене да непосредно и посредно доприносе и утичу на доношење одлука у предузећу и ширем друштву”.⁸ У погледу радног места, оно се посматра као сваки процес у компанији који омогућава запосленима да утичу на

⁷Бранко Лубарда, „Партиципација радника у управљању предузећем у упоредном праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, број 5/1994, 517-518.

⁸María C. González, *Workers' Involvement at the Workplace and Job Quality in Europe*, Working Papers on the Reconciliation of Work in Europe, REC-WP 08/2009, Dissemination and Dialogue Centre, University of Edinburgh, Edinburgh, 2009, 7-8.

свој рад или услове рада.⁹ Овако схваћена, партиципација запослених се практикује на веома различите начине широм света, при чему закон или колективни уговори о раду имају различит степен оштроумности у управљању правима запослених на партиципацију. У Европи се партиципација запослених у одлучивању проширила на различите начине током треће четвртине двадесетог века, а у последњој четвртини пословно предузеће у Европи еволуирало је у образац организације који се најбоље може назвати партиципативно предузеће (енгл. *the participatory enterprise*). Ова еволуција укључује промене у концептуалним моделима предузећа и континуирани напор да се реше одређени практични проблеми за које се чини да су инхерентни партиципацији. За разлику од класичних модела организације предузећа, партиципативно предузеће је коалиција супротстављених и кооперативних интереса запослених и послодаваца. У контексту Европске уније, елементарни облици партиципације запослених у управљању предузећем, схваћени као процедуре информисања и консултовања запослених (поводом колективног отпуштања, промене послодавца и заштите здравља и безбедности радника) развили су се од средине 70-их година двадесетог века по земљама чланицама ове организације¹⁰. Иако је то делимично било захваљујући низу законских одредби које су донеле институције Европске уније, ипак треба напоменути да је у многим европским земљама идеја, култура и пракса партиципације запослених настала и сазрела пре – и независно од – таквих одредби. Без обзира на степен еволуције и стабилност система индустријских односа, различити модели партиципације запослених ипак имају једну заједничку особину. Они нису замишљени као самостални елементи већ као делови сложеног система колективних односа у предузећу. У том смислу, партиципација запослених представља процес дизајниран да побољша претходне регулаторне одредбе и да се супротстави тенденцији предузећа да важне пословне одлуке доносе без знања и учешћа запослених. Истовремено, партиципација се сматра значајном и у контексту постизања конкурентности, јер је она корисно средство за предузећа да смање спорове и, уз претходну сагласност запослених и њихових представника, постигну прилагодљиве и флексибилне техничко-организационе услове неопходне за такмичење или чак опстанак на данашњем тржишту. Сарадња запослених у производном процесу и перформансама компаније сматра се важном јер омогућава несметано функционисање организационих система којима је потребан активан допринос свих заинтересованих за њихово континуирано унапређење. У том погледу, партиципација се сматра *колективном имовином*:

⁹ Gianni Arrigo, Giuseppe Casale, „A Comparative Overview of Terms and Notions on Employee Participation“, у: ILO (ed.), Working document, No. 8, 2010, 2.

¹⁰ Ibid., 7.

она која је заједничка и послодавцу и запосленима.¹¹ Дакле, отвореност за партиципативну праксу, која носи различите називе и организована је на различите начине, постаје све релевантнија за предузећа, нарочито за током периода реструктурирања. У таквим тренуцима предузећа су посебно рањива и потребна им је друштвена легитимација или чак подршка у односу на јавне институције од којих траже финансијску подршку и у односу на „прекомерне” запослене који морају да сносе трошкове прилагођавања тржишту.

3. Савет запослених као институционални облик партиципације запослених

Интеракције између метода колективног преговарања и партиципације запослених у управљању предузећем које карактеришу неке националне системе индустријских односа и неке процедуралне аспекте директива Европске уније, не олакшавају идентификацију субјеката који имају преговарачка овлашћења и оних који су носиоци права на партиципацију запослених. Међутим, можемо констатовати да су у различитим националним системима, и у самом законодавном систему Европске уније, носиоци преговарачке моћи и носиоци права на партиципацију запослених формално различити, иако не недостаје *de facto* веза између њих. Национални модели колективног представљања запослених код послодавца и национални системи синдикалног организовања и колективног преговарања несумњиво имају утицај на идентификацију актера који су, респективно, носиоци права на партиципацију, односно носиоци преговарачке моћи. Овај задатак је тежи у системима у којима су се преговарачке и партиципативне методе развиле на основу једноканалног модела синдикалног представљања (енгл. *single-channel model*) јер не постоји априорна подела и дистинкција између носилаца овлашћења колективног преговарања и субјеката који остварују право на информисање, консултовање и учешће запослених у управи послодавца.¹² Другим речима, исти актери могу, теоретски, бити у исто време и носиоци права на информисање, консултовање и представљање запослених у управљачким органима, и преговарачке стране при закључивању колективних уговора. У једноканалним моделима (присутним, примера ради, у Великој Британији, Данској, Шведској, Финској и Пољској), представљање запослених на нивоу предузећа поверено је (скоро) искључиво органима који произилазе директно из синдиката или

¹¹ Ibid., 8.

¹² Catherine Barnard, *EU employment law*, 4th edition, Oxford University Press, Oxford, 2012, 615.

су уско повезани са њима. Сходно томе, представници синдиката запослених врше и функцију синдиката и функцију представника запослених (савета запослених). Премда је једноставнији, овај модел представљања запослених има озбиљан недостатак што синдикално неорганизовани запослени остају ван могућности представљања.

Супротно томе, у системима двоструког заступања (енгл. *dual-channel model*), права на партиципацију остварују представници које бирају сви запослени на радном месту („унутрашње” заступање), док преговарачку активност углавном обављају синдикати („спољно” заступање).¹³ У дво-каналном моделу представљања запослених (присутном, примера ради, у Немачкој, Француској, Аустрији, Белгији, Мађарској, Шпанији, Португалији и др.), општа заступљеност запослених у предузећу поверена је, дакле, једном телу које бирају сви радници, а које се по правилу назива *савет запослених*, док се синдикатима гарантују аутономни (паралелни) облици присуства у предузећу, углавном или искључиво ради заштите својих чланова. Савети запослених су, по правилу, регулисани законским одредбама чиме се обезбеђује, барем у принципу, висок степен институционализације и осигурава да се демократска правила формално поштују. Ово се посебно односи на правила која се односе на активно и пасивно бирачко тело и изборне процедуре, засноване на пропорционалним критеријумима за расподелу места.¹⁴ Делокруг савета запослених укључује информисање, консултовање и саодлучивање, али не укључује право на колективно преговарање и закључивање колективних уговора, нити право на организовање штрајка, пошто се савет запослених сматра институтом сарадње запослених и послодавца. Упркос томе, овај систем карактерише сложеност односа и конкурентност савета запослених и синдиката.¹⁵

¹³ *Ibid.*

¹⁴ У неким националним системима, поред ових јединствених представничких тела (савета запослених), закон предвиђа и додатне облике и актере у представљању запослених. Посебно значајан институционални облик партиципације запослених у одлучивању јавља се кроз учешће представника запослених у управи предузећа. Дакле, уместо искључивог одлучивања по основу капитала - од стране власника и управе, путем овог облика партиципације запослених омогућава се заступљеност и представника запослених у управи, по правилу у акционарским друштвима, где запослени имају право да бирају своје представнике у надзорне или управне органе послодавца. Овај облик општег и јединственог представљања запослених на нивоу компаније је последица постепене демократизације радних односа и присутан је у неколико земаља, посебно у Европској унији (примера ради у Немачкој, Холандији, Француској).

¹⁵ Бранко Лубарда, Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, 1076.

Двоканални модел представљања запослених код послодавца је онај који, такође, преферира и европски законодавац, али пре *de facto* него формалноправно, будући да Уговор о Европској унији не даје посебне надлежности Заједници у вези са правом на удруживање, па национални законодавци могу само да обезбеде права представника запослених у ширем смислу, односно обухватајући разноврсне националне облике организовања на које се нужно морају односити. Поштовање различитости облика и модела партиципације запослених на нивоу предузећа гарантује се и чињеницом да до сада донете одредбе предвиђају само право на информисање и консултовање за представнике запослених и искључују свако позивање на синдикате или вођење колективних преговора. Функција унитарних органа изабраних од стране свих запослених понекад се доживљава као супротна функцији представника синдиката у ужем смислу. Ова контрапозиција је, међутим, ублажена двоструко: прво, формалном разликом овлашћења и функција између ове две форме организовања и представљања запослених, и друго, чињеницом да су чланови савета запослених углавном чланови синдиката. У сваком случају, наведено не спречава комуникацију – понекад веома блиску – између ова два облика представљања запослених. Бројни фактори играју улогу у овој еволуцији. Прво, право синдиката да развију аутономне облике представљања на радном месту не само да би заштитили своје чланове, већ и као инструмент за комуникацију и формулисање синдикалних стратегија и као средство за општије захтеве. И друго, стицање већег ауторитета од стране општих и јединствених представничких тела запослених, захваљујући, пре свега, праву датом репрезентативним синдикатима, да врше утицај (који се разликује од земље до земље) на оснивање и функционисање изабраних представничких органа.¹⁶

4. Савет запослених у упоредном праву

Савет запослених је најзаступљенији институционални облик партиципације у упоредном колективном радном праву.¹⁷ Поређењем упоредноправних решења, могуће је закључити да се модели институционалог представљања запослених међусобно разликују у погледу начина регулисања броја и структуре чланова савета запослених, начина избора, улоге синдиката у поступку избора и мандата чланова, док у погледу делокруга рада не постоје значајније разлике.

¹⁶ G. Arrigo, G. Casale, *op. cit.*, 23.

¹⁷ Б. Лубарда, Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, 1076.

Састав савета запослених. - У погледу састава савета запослених, у упоредном праву се разликују три основна модела: *хомоген* - где је савет запослених састављен само од изабраних представника запослених (нпр. Аустрија, Немачка, Мађарска, Шпанија, Грчка); *бипартитан* - где је савет запослених састављен од паритетног броја представника запослених и представника послодавца (нпр. Белгија) и *трипартитан* - где је савет запослених састављен од чланова које су непосредно делегирали запослених, чланова које су делегирали синдикати и од представника послодавца (нпр. Француска). Тако се, примера ради, савет запослених у Аустрији састоји од представника запослених (без учешћа управе предузећа), при чему запослени имају право да образују савет запослених код послодавца са најмање пет запослених, а ако код послодавца има најмање четири члана савета запослених, односно ако има више од 50 запослених, један од њих може бити спољни синдикални представник. У Мађарској, Холандији и Грчкој, пак, савети запослених, који су у потпуности састављени од запослених, образују се у било ком предузећу или било ком делу предузећа који самостално послује са више од 50 запослених, док у Шпанији право избора представника запослених постоји код послодавца са више од 10 запослених, али они могу бити бирани и код послодавца са само шест запослених, ако то жели већина запослених. Тамо где има мање од 50 запослених, представници се називају делегати запослених (шпан. *delegados de personal*), док код послодавца са 50 или више запослених, представници запослених се бирају за чланове савета запослених (шпан. *comité de empresa*).¹⁸ Најзад, у Немачкој, као типичном представнику хомогеног модела савета запослених, савет запослених се бира у свим деловима предузећа који имају пет или више запослених с правом гласа, при чему се савет не оснива аутоматски, већ на иницијативу самих запослених или повереника гранског синдиката у предузећу.¹⁹

С друге стране, модел бипартитног савета запослених, присутан у Белгији, спада у категорију заједничких комисија, чији је циљ јачање сарадње послодавца и запослених. Савет запослених се обавезно успоставља у приватном сектору и непрофитним организацијама (приватним школама, универзитетима), који запошљавају више од 100 запослених, док се код послодавца који запошљавају између 50 и 100 запослених формира одбор за здравље и безбедност на раду који има нека од права на информисање и консултовање својствена савету запослених. Савет се састоји

¹⁸ Наведено на основу података доступних на: <https://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries>.

¹⁹ Б. Лубарда, Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, 1091.

од изабраних чланова запослених и представника послодавца, при чему број представника послодавца никада не може бити већи од броја представника запослених. Саветом запослених председава виши представник послодавца, а секретар је из реда делегата запослених.²⁰

Француски модел трипартитног савета запослених није институционално одвојен од синдиката у предузећу, пошто састав овог представничког тела укључује чланове који се непосредно бирају од запослених, као и чланове који су именовани од стране синдиката. Наиме, представљање запослених код послодавца у Француској подлеже детаљној регулативи, која обухвата и синдикалне структуре и тела која представљају целокупну радну снагу. Синдикати присутни у предузећу или другој организацији обично су у могућности да оснивају синдикалне секције, које окупљају своје чланове на радном месту и имају посебна законска права. Осим тога, под условом да имају довољну подршку, синдикати могу именовати синдикалне делегате са посебним овлашћењима код послодавца са више од 50 запослених. Ови синдикални делегати имају улогу и унутар синдиката и као представници свих запослених. Представљање свих запослених је, након реформе спроведене 2017. године, углавном обезбеђено изван јавне управе од стране једног изабраног комитета, Социјално-економског комитета (фр. *Comité Social et Économique – CSE*), који окупља три претходно одвојена тела која су представљала запослене на радном месту – делегате запослених (*DP*), савет запослених (*CE*) и комитет за здравље и безбедност (*CHSCT*). Само у већим компанијама, онима са 300 и више запослених, мора се формирати и подбор Социјално-економског комитета који се посебно бави здрављем, безбедношћу на раду и условима рада (*CSSCT*). Социјално-економски комитет се мора успоставити у свим предузећима у приватном сектору са најмање 11 запослених, као и у неким организацијама ове величине у јавном сектору, иако његова права и дужности варирају у зависности од броја запослених (са два главна додатна прага, на 50 и 300 запослених). Овај Комитет је заједничко тело које чине послодавац (који њиме и председава) и изабрани представници запослених. Број представника запослених је прецизно дефинисан у закону, почевши од једног представника у предузећима са између 11 и 24 запослена до 35 у компанији са преко 10.000 запослених. Поред представника запослених које бира непосредно радна снага, у предузећима са мање од 300 запослених, синдикални делегат (*DS*) такође има право да буде члан Социјално-економског комитета. Поред тога, у предузећима са 300 и више запослених, свака репрезентативна синдикална организација (другим речима сваки синдикат чији кандидати

²⁰ Ibid.

имају подршку најмање 10% оних који гласају при избору представника запослених) може послати представника у Социјално-економски комитет.²¹

Избор и мандат чланова савета. - У државама које су се определиле за хомоген модел савета запослених, чланове савета запослених бира целокупна радна снага на основу изборних листа, при чему се често захтева да кандидати буду подржани са одређеним бројем потписа (нпр. у Аустрији са најмање дупло већим бројем потписа од броја чланова савета запослених) или од одређеног процента, односно броја запослених (нпр. у Мађарској од најмање 10% запослених или најмање 50 запослених). Чланови се, по правилу, бирају тајним гласањем, а активно и пасивно бирачко право су, најчешће, условљени одређеном дужином радног стажа. Тако је, примера ради, у Холандији право гласа ограничено на оне који у предузећу раде најмање шест месеци, док кандидати морају да раде најмање 12 месеци; у Шпанији сви запослени (осим агенцијских радника и виших менаџера), могу гласати, под условом да имају најмање један месец радног стажа, а право да буду бирани имају запослени (искључујући агенцијске раднике) који имају више од 18 година и најмање шест месеци радног стажа. Дужина мандата чланова савета запослених у овој групи земаља се креће од две (нпр. у Грчкој) до пет година (нпр. у Аустрији, у Мађарској).²²

У Белгији, пак, чланове савета запослених бирају сваке четири године сви запослени на радном месту. Кандидати морају бити запослени или приправници (агенцијски радници не испуњавају услове) и морају имати најмање шест месеци радног стажа, али то не могу бити лица која заузимају две највише позиције у менаџменту компаније, затим саветници за

²¹У компанијама са више од 300 запослених (као и у мањим предузећима ако послују у посебно опасној индустрији, или ако инспекција рада одлучи да је то неопходно) мора бити успостављена комисија за здравље, безбедност и услове рада (фр. *commission santé, sécurité et conditions de travail – CSSCT*) која ће преузети већину одговорности Социјално-економског комитета у погледу здравља и безбедности на раду. Социјално-економски комитет би, такође, требало да изабере једног од својих чланова који ће преузети одговорност за активности против сексуалног узнемиравања. Осим одбора за здравље, безбедност и услове рада (CSSCT), у компанијама које запошљавају 300 или више људи морају постојати и: комисија за обуку; стамбена комисија (да помогне запосленима да добију приступ становању) и одбор за равноправност. Поред тога, у предузећима са 1.000 запослених или више, мора се формирати економски комитет. Коначно, одражавајући величину буџета којим управљају неке комисије, мора се успоставити тржишна комисија, у компанијама са најмање 50 запослених и где комисија има ресурсе од најмање 3,1 милиона евра годишње и имовину у вредности од 1,55 евра милиона. Видети више: <https://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries>.

²²Наведено на основу података доступних на: <https://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries>.

здравље и безбедност (*conseiller en prevention/preventieadviseur*) и тзв. особа од поверења (*Personne de confiance bien-être psychosocial/ Vertrouwenspersoon*), чија је улога да пружа подршку колегама запосленима.²³ Представници запослених се бирају из реда запослених плавих и белих крагни, с тим да и млади запослени (млађи од 25 година) имају право на свог представника, уколико је код послодавца запослено најмање 25 младих. Поред њих, савет запослених се састоји и од директора, као председавајућег, и његових сарадника (виших менаџера) који заступају интересе послодавца у односу према запосленима.²⁴

Занимљива решења нуди француско право, које предвиђа да синдикалног делегата (*DS*) не бирају чланови синдиката у компанији (синдикална секција), већ га именује синдикат, било на локалном, ресорном или републичком нивоу. Међутим, именовани појединац мора већ бити кандидат за Социјално-економски комитет и мора добити најмање 10% гласова датих у првом кругу избора. Само синдикати који су репрезентативни у компанији имају право да именују синдикалног делегата, док они који то нису имају право да именују представника синдикалне секције. У оба случаја послодавац мора бити обавештен које лице је синдикат изабрао. Чланове Социјално-економског комитета бирају сви запослени, а прописана процедура даје важну улогу синдикатима. Међутим, послодавац је тај који је одговоран за покретање поступка, иако синдикат може да се укључи ако послодавац не реагује. У првом кругу избора само синдикати могу да поднесу листе кандидата, и то репрезентативни синдикати, са најмање 10% подршке на претходним изборима. Ако кандидати које је предложио синдикат заједно добију гласове најмање половине оних који имају право гласа, онда је резултат избора важећи и места се расподељују на пропорционалној основи између синдиката. Али, ако половина или више потенцијалних бирача не гласа за кандидате које су предложили синдикати, онда се спроводи други круг гласања у року од 15 дана у коме су номинације отворене за све, укључујући и оне који нису чланови синдиката. Сви запослени у компанији старији од 16 година имају право гласа, под условом да имају најмање три месеца радног стажа код тог послодавца и да не подлежу неким законским ограничењима својих грађанских права. Агенцијски радници могу да гласају и у предузећима у којима раде, под условом да имају најмање годину дана радног стажа. Кандидати, пак, морају бити нешто старији (18) док је услов у погледу дужине радног стажа исти.

²³ Наведено на основу података доступних на: <https://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries>.

²⁴ Б. Лубарда, Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, 1076.

Блиски рођаци послодавца (као што су супружник, партнер, родитељи, деца, брат или сестра) не могу да се кандидују. Осим тога, запослени са скраћеним радним временом, који раде код више послодаваца, могу бити бирани само у једном од њих. Агенцијски радници не могу да се кандидују у предузећима у којима раде. Листе кандидата који се предлажу, како за пуноправне чланове тако и за њихове замене, треба да одражавају равнотежу полова заступаних запослених.²⁵

Делокруг рада. - У погледу делокруга рада, као што је напред поменуто, нема већих разлика у упоредном праву. Савети запослених постоје како би се осигурало да неке од кључних управљачких одлука не доноси сам послодавац, већ да се укључе представници радне снаге. Међутим, савет запослених нема задатак да разматра само интересе запослених. Смисао његовог постојања је да ради заједно са послодавцем у духу међусобног поверења, за добро запослених и послодавца. У том смислу, упоредно-правно посматрано савет запослених има низ права, која се могу поделити у четири главне категорије: *право на информисање* – односно право да буде обавештен; *право на консултовање* – односно право да изражавање мишљења о мерама које треба да узме у обзир при одлучивању надлежан орган послодавца; *право на противљење и одбијање давања сагласности* – односно право да савет запослених блокира одлуке и планове послодавца; и *право на заједничко одлучивање (саодлучивање)* – односно право да учествује у доношењу одлука послодавца, када је за доношење одлука послодавца потребна сагласност савета запослених, односно одређена већина гласова у оквиру бипартитног или трипартитног модела савета запослених. Делокруг савета запослених, по правилу, не укључује право на колективно преговарање, односно закључивање колективног уговора о раду код послодавца, нити право на организовање штрајка, пошто се савет запослених сматра институцијом сарадње запослених и послодавца. Изузетак представља шпанско право, које предвиђа могућност да савети запослених да преговарају о обавезујућим колективним уговорима који покривају зараде и услове у њиховој компанији или делу њихове компаније. Такође, у аустријском и холандском праву, савет запослених може да преговара о зарадама и радном времену код послодавца код којих није основан синдикат или код послодавца којима грански колективни уговор омогућава овакве преговоре.²⁶

Описани делокруг рада може се остварити кроз пружену прилику савету запослених да утиче на развој догађаја на радном месту у три области:

²⁵ Наведено на основу података доступних на: <https://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries>.

²⁶ Walter Kolvenbach, *Workers Participation in Europe*, Kluwer, Deventer, 1977, 25, 35 и 61.

социјална питања која се односе на целокупну радну снагу (радни ред и дисциплина на раду; распоред радног времена; место, време и начин исплате зараде и других примања; превенција од повреда на раду и професионалних болести, и сл.); кадровска питања, која утичу на поједине запослене (кадровско планирање; запошљавање; професионално образовање и обуку; распоређивање и напредовање, отпуштање запослених и сл.), и економска питања, која се односе на то како се компанија води (пословна политика послодавца, инвестициони планови, програми производње и сл.).²⁷ Овлашћења савета запослених су углавном највећа у социјалним питањима, нешто мања у кадровским, а знатно мања у економским питањима. У неким случајевима савет запослених има право вета – послодавац не може деловати без потписаног споразума са саветом запослених; у другим случајевима сагласност савета запослених може бити замењена одлуком арбитражног тела; а у неким случајевима се савет запослених једноставно консултује или само информише.

5. Савет запослених у домаћем праву

Правни основ за нормативно уређење савета запослених у Републици Србији представља члан 82 Устава Републике Србије, који предвиђа да се утицај тржишне привреде на социјални и економски положај запослених усклађује кроз социјални дијалог између синдиката и послодавца.²⁸ Међутим, у домаћем Уставу су изостале одредбе које се односе на партиципацију запослених, као и одредбе које би створиле нормативну основу да запослени имају одређеног удела приликом одлучивања у предузећу. Уз евентуално уношење тих одредби, партиципација запослених у одлучивању би постала саставни део највишег правног акта, и то као могућност (а не обавеза) дата запосленима.²⁹ Осим тога, ваља поменути да је Србија ратификовала Ревидирану социјалну повељу Савета Европе од 1996. године, која у три члана предвиђа увођење партиципације запослених, чиме је и формално преузета обавеза да се ова питања посебно уреде.³⁰

Ако партиципацију схватимо у најширем смислу, онда је њена садржина у домаћем праву сведена на само неколико одредби Закона о раду које

²⁷ Ibid.,⁸.

²⁸ Устав Републике Србије (Службени гласник РС, бр. 98/2006).

²⁹ Радоје, Брковић, Бојан Урдаревић, Радно право са елементима социјалног права, ЈП „Службени гласник“, Београд, 2020, 332.

³⁰ Ревидирана европска социјална повеља, чл. 21, 22, 29.

говоре о информисању, консултовању и образовању савета запослених.³¹ Наиме, сходно одредбама овог Закона, запослени непосредно или преко својих представника имају право на удруживање, учешће у преговорима за закључивање колективних уговора, мирно решавање колективних и индивидуалних радних спорова, консултовање, информисање и изражавање својих ставова о битним питањима у области рада.³² Такође, запослени, односно представник запослених, ако поступају у складу са законом и колективним уговором, због ових активности, не може бити позвани на одговорност, нити стављени у неповољнији положај у погледу услова рада, ако поступа у складу са законом и колективним уговором.³³ Предвиђена је и заштита представника запослених од отказа уговора о раду због статуса или активности у својству представника запослених, чланства у синдикату или учешћа у синдикалним активностима.³⁴ Осим тога, Закон о раду садржи и законске одредбе које утврђују обавезу послодавца да у одређеним случајевима затражи мишљење синдиката или представника запослених (примера ради у вези са доношењем програма вишка запослених или увођењем мера у случају промене послодавца).³⁵

Међутим, самом савету запослених Закон о раду посвећује свега један члан. Сходно наведеном члану, запослени код послодавца који има више од 50 запослених могу образовати савет запослених, у складу са законом. Савет запослених, даје мишљење и учествује у одлучивању о економским и социјалним правима запослених, на начин и под условима утврђеним законом и општим актом.³⁶ Дакле, сходно наведеним одредбама Закона о раду можемо закључити: 1) да се успостављање савета запослених препушта когентним правним актима (закону), и 2) да се начин и услови остваривања улога савета запослених препушта и закону (за начелно регулисање) и општем акту послодавца (колективни уговор или правилник о раду - за ближе уређење).³⁷ Међутим, у Србији за сада не постоји закон који регулише питања у вези са образовањем савета запослених. Отуда, у пракси представљања запослених код послодавца, Србија припада јед-

³¹ Предраг Јовановић, „Радноправни оквири индустријске демократије у Србији“, Зборник радова правног факултета у Новом Саду, vol. 41, број 1-2/2007, 105.

³² Закон о раду (Службени гласник РС, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - одлука УС, 113/2017 и 95/2018 - аутентично тумачење), члан 13, став 1.

³³ Ibid., члан 13, став 2.

³⁴ Ibid., члан 183, став 1, тачка 5 и члан 188, став 1.

³⁵ Ibid., чл. 151, 155 и 156.

³⁶ Ibid., члан 205.

³⁷ Предраг Јовановић, Радно право, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2015, 395.

ноканалном моделу синдикалног организовања, мада није искључено да у догледно време буде законом успостављен модел „дуалног система” усвајањем посебног закона посвећеног образовању савета запослених. Да је то била намера законодавца потврђују и одредбе члана 250 Закона о раду које садрже једно занимљиво решење. Наиме, сходно наведеним одредбама, ако код послодавца није основан синдикат, зарада, накнада зараде и друга примања запослених могу да се уреде споразумом, који се сматра закљученим када га потпишу лице овлашћено за заступање послодавца и представник савета запослених или запослени који је добио овлашћење од најмање 50% од укупног броја запослених код послодавца. Оваквим нормирањем законодавац је очигледно настојао да подстакне друге видове социјалног дијалога у предузећима осим оних између синдиката и послодаваца. Ипак, наведене законске одредбе чине се недовољним за уређивање кључних аспеката партиципације, посебно ако се има у виду да деликатан положај запослених у периоду тзв. транзиције, као и решеност домаћег законодавца да се изврши усклађивање домаћег права са правом Европске уније.³⁸ Ово, нарочито, вреди за уређивање мандата и рада савета запослених, којима је у целокупном радном законодавству посвећен један једини члан Закона о раду, док се предметна материја у упоредном радном законодавству, с правом, уређује посебним законом.³⁹ То и јесте један од основних разлога што установа савета запослених није заживела у домаћој радноправној пракси. Осим тога, неспроводљивост предметне законске одредбе и недоношење посебног закона посвећеног регулисању савета запослених може се објаснити и противљењем синдиката који савет запослених често виде као средство за подривање улоге синдиката, као и недовољном заинтересованошћу самих запослених за стварање услова за успостављање и делотворно функционисање овог облика партиципације, иако би он могао да значајније ограничи субординацију у индивидуалном радном односу. Најзад, ту је и одсуство подршке послодавачке стране, која за оснивање савета запослених гледа кроз призму повећања трошкова (за, примера ради, плаћено одсуство представника запослених са рада, за организацију и одржавање састанака са представницима запослених или за одлагање доношења одређених одлука на нивоу предузећа).⁴⁰

³⁸ Љубинка Ковачевић, „Партиципација запослених у одлучивању о реструктурирању компаније“, Право и привреда, број 4-6/2016, 659.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.

6. Закључак

Различити појмови и дисциплине играју улогу у дефинисању партиципације запослених, што одговара различитим степенима сарадње које колективни актери намеравају да промовишу у било ком систему индустријских односа. Без обзира на извор уређења (закон и/или аутономни правни акт) чини се да је партиципација у већини земаља заснована на разликовању улога и овлашћења између послодаваца и запослених, од којих сваки има различите одговорности, чак и када то доводи до облика непосреднијег укључивања запослених(и/или њихових представника) у одлукама послодавца. На облике и моделе партиципације запослених јасно утичу различити фактори, као што су национални систем радног права, систем иднустријских односа, јавноправна или приватноправна природа радног односа, величина и начин организације предузећа и тржишта, као и однос закона и колективних уговора. Разноликост националног система представљања запослених у различитим земљама је, као што смо напред видели, резултат различитих традиција и пракси у синдикатима, у колективном деловању на нивоу појединачног предузећа, индустријског сектора и економске политике у целини. Када се посматрају земље са индустријализованом тржишном економијом, могу се наћи различити облици институционалне партиципације запослених, који настављају да показују разлике које су, иако могу бити значајне, подложне прогресивној реципрочној асимилацији, која настаје, пре свега, као последица хармонизације социјалног законодавства држава чланица Европске уније. У том смислу, велики број радноправних система се определио за модел „дуплог колосека”, који поред колективног преговарања на нивоу предузећа, подразумева и партиципацију запослених у одлучивању у виду савета запослених. Премда овај институт традиционално наилази на отпор синдиката, који верују да његово увођење може имати за последицу слабљење солидарности међу запосленима, и израженију фрагментираност у синдикалном покрету, односно међу запосленима, чини се да његове позитивне стране надилазе ове страхове и сумње. Увођење савета запослених доводи до повећања продуктивности за добробит свих заинтересованих предузећа, односно послодавца, запослених и заједнице у целини. Осим тога, њиме се задовољава потреба запослених за самоизражавањем у питањима управљања предузећем, промовише се међусобно разумевање између менаџмента и радника, тј. индустријски склад, успоставља се и подстиче добар систем комуникације на свим нивоима, ствара осећај припадности међу запослених, смањује отпор запослених на послодавчеве пословне промене и побољшава њихова мотивисаност. Упркос томе, у домаћем Закону о раду, питање партиципације је уређено крајње скромно, а

савету запослених је посвећен свега један члан. Стога, у домаћем радном праву има доста простора за доградњу и когентних и аутономних правних аката и афирмисање културе информисања и консултивања запослених међу запосленима. Иако не чуди изостанак пажње и интересовање послодаваца да се наведено догоди, држава и запослени би морали да покажу већу заинтересованост, како би се домаће радно право хармонизовало са међународним и европским радним правом, те како би се запослени додатно оснажили и ублажила подређеност као обележје радног односа.

Литература

Arrigo, Gianni, Casale, Giuseppe, „A Comparative Overview of Terms and Notions on Employee Participation”, у: ILO (ed.), *Working document*, No. 8, 2010.

Barnard, Catherine *EU employment law*, 4th edition, Oxford University Press, Oxford, 2012.

Брковић, Радоје, Урдаревић, Бојан, *Радно право са елементима социјалног права*, ЈП „Службени гласник”, Београд, 2020.

González, María C., *Workers' Involvement at the Workplace and Job Quality in Europe, Working Papers on the Reconciliation of Work in Europe*, REC-WP 08/2009, Dissemination and Dialogue Centre, University of Edinburgh, Edinburgh, 2009.

Directive 2002/14/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2002 establishing a general framework for informing and consulting employees in the European Community - Joint declaration of the European Parliament, the Council and the Commission on employee representation (*Official Journal* L 80, 23.3.2002, 29–34).

European Commission (2001) 'Employment and Social Policies: A Framework for Investing in Quality', Communication from the Commission, COM (2001) 313 final, 20/03/2001, Brussels.

Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - одлука УС, 113/2017 и 95/2018 - аутентично тумачење).

Јовановић, Предраг, „Радноправни оквири индустријске демократије у Србији”, *Зборник радова правног факултета у Новом Саду*, vol. 41, број 1-2/2007.

Јовановић, Предраг, *Радно право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2015.

Ковачевић, Љубинка, „Партиципација запослених у одлучивању о реструктурирању компаније”, *Право и привреда*, број 4-6/2016.

Kolvenbach, Walter, *Workers Participation in Europe*, Kluwer, Deventer, 1977.

Конвенција број 135 о заштити и олакшицама које се пружају представницима радника у предузећу од 1971. године (*Службени лист СФРЈ - Међународни уговори*, бр. 14/82).

Лубарда, Бранко *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013.

Лубарда, Бранко, „Партиципација радника у управљању предузећем у упоредном праву”, *Анали Правног факултета у Београду*, број 5/1994.

Препорука број 130 о испитивању жалби од 1967. године (Examination of Grievances Recommendation, 1967, No. 130).

Препорука број 113 о консултовању на нивоу гране или државе од 1960. године (Consultation (Industrial and National Levels) Recommendation, 1960, No. 113).

Препорука број 129 о комуникацији између послодавца и радника унутар предузећа од 1967. године (Recommendation concerning Communications between Management and Workers within the Undertaking, 1967, No. 129).

Препорука број 143 о представницима радника од 1971. године (Workers' Representatives Recommendation, 1971, No. 143).

Препорука број 94 о сарадњи на нивоу предузећа од 1952. године (Cooperation at the Level of the Undertaking Recommendation, 1952, No. 94).

Ревидирана европска социјална повеља (*Службени гласник РС - Међународни уговори*, број 42/09).

Тројна декларација принципа у вези са мултинационалним предузећима и социјалном политиком од 1977. године, измењену 2000, 2006. и 2017. године (Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy, Adopted by the Governing Body of the International Labour Office at its 204th Session (Geneva, November 1977) and amended at its 279th (November 2000), 295th (March 2006) and 329th (March 2017) Sessions).

Устав Републике Србије (*Службени гласник РС*, бр. 98/2006).

Commission of the European Communities, Green Paper - Partnership for a new organization of work, COM(97) 128 final, 16.04.1997, Brussels.

Commission of the European Communities, Modernising the organization of work – A positive approach to change', Communication from the Commission, COM (98) 592 final, 25.11.1998, Brussels.

Council of the European Union (2003) 'Council Decision of 22 July 2003 on guidelines for the employment policies of the Member States 2003/578/EC', Official Journal of the European Union, 5/8/2003, L197: 13-21,17.

<https://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries>

Marija Dragičević, LL.D.,
Teaching Assistant, Faculty of Law Niš

**INSTITUTIONAL FORMS OF EMPLOYEES' PARTICIPATION
IN DECISION MAKING - WORKS COUNCIL**

Abstract: *The paper analyzes institutional forms of employee participation in decision making (company management) process, with emphasis on works council, as the most prominent form of employee representation in comparative labor law. Firstly, the author focuses on the extensive meaning of the term "employee participation" and the variety of its conceptual definitions, and then analyzes the argumentations which justify the legitimacy of this form of representation, including its interaction and tension with employees' unions. Additionally, the paper provides detailed overview of comparative legal forms of works councils, all with the aim of defining specific positive solutions which could be implemented to improve domestic legal regulations. Finally, the paper presents a summary of domestic positive legal norms which refer to the institute of works council, outlines (the possible) causes of stagnation in employee participation and points to the need of further enhancement of relevant aspects of national cogent and autonomous labor law.*

Keywords: *employee participation, works council, institutional forms of representation.*

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

347.4(082)

343.222(082)

172(082)

341.4:347.53(082)

347.7:172(082)

ОДГОВОРНОСТ у правном и друштвеном контексту : тематски зборник радова
Правног факултета у Нишу / [главни и одговорни уредник Горан Обрадовић]. -
Ниш : Правни факултет Универзитета, 2021 (Ниш : Медивест). - 187 стр. ; 25 cm

Према предговору ово је резултат истраживања на...[истоименом] пројекту који
се реализује на Правном факултету у Нишу за период 2021-2025. година. - Тираж
100. - Напомене и библиографске референце уз текст. - Библиографија уз сваки
рад. - Summaries.

ISBN 978-86-7148-289-9

а) Грађанскоправна одговорност -- Зборници б) Кривична одговорност -- Зборници
в) Друштвена одговорност -- Зборници г) Међународно кривично право --
Одговорност -- Зборници д) Привредно право -- Одговорност -- Зборници

COBISS.SR-ID 61657865