
UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

БРОЈ 84 | ГОДИНА LVIII | 2019

**COLLECTION OF PAPERS
FACULTY OF LAW, NIŠ**

№ 84 | YEAR LVIII | 2019

НИШ, 2019.

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Ниш, 2019.

Издавач

Правни факултет у Нишу

За издавача

Проф. др Горан Обрадовић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Ирена Пејић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

Чланови Редакционог одбора

Др Мартин Белов, редовни професор
Правног факултета, Универзитет
"Климент Охридски" у Софији, Бугарска

Др Серјогин Андреј Викторовић, доцент
Правног факултета Јужног федералног
универзитета, Ростов на Дону, Руска
Федерација

Dr Spyridon Vrelis, Professor emeritus, Faculty of Law, University of Athens, Prof. and Dr. h.c. (ELTE Budapest)

Dr Michael Geistlinger, професор
Универзитета, Салцбург, Аустрија

Др Сашо Георгијевски, редовни професор
Правног факултета "Јустинијан Први" у
Скопљу, Република Северна Македонија

Др Марина Димитријевић, редовни
професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

Др Владимир Ђурић, научни сарадник
Института за упоредно право у Београду

Др Гордана Илић-Попов, редовни
професор Правног факултета
Универзитета у Београду

Dr Mustafa Yasan, доцент Правног
факултета, Универзитет "Sakarya", Турска

Др Тодор Каламатијев, редовни професор
Правног факултета "Јустинијан Први" у
Скопљу, Република Северна Македонија

Др Весна Кнежевић Предић, редовни
професор Факултета политичких наука,
Универзитета у Београду

Др Мирослав Лазић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Златан Мешкић, ванредни професор
Правног факултета Универзитета у
Зеници, Босна и Херцеговина

Др Душица Миладиновић-Стефановић,
ванредни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

Др Хајрија Мујовић, научник саветник
Института друштвених наука у Београду

Др Драган Николић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Душан Николић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у
Новом Саду

Др Владан Петров, редовни професор
Правног факултета Универзитета у
Београду

Др Невена Петрушић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Дарко Радић, редовни професор
Правног факултета у Бањој Луци,
Република Српска, Босна и Херцеговина

Др Жељко Радић, редовни професор
Правног факултета Свеучилишта у
Сплиту, Хрватска

Др Небојша Раичевић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Дарко Симовић, редовни професор
Криминалистичко-полицијског
Универзитета у Београду

Др Драгољуб Тодић, научни саветник
Института за међународну политику и
привреду у Београду

Др Димитрије Ђеранић, доцент Правног
факултета у Источном Сарајеву,
Република Српска, Босна и Херцеговина

Др Сања Ђопић, виши научни сарадник
Института за криминолошка и
социолошка истраживања у Београду

Секретар Редакционог одбора: Др Марко Димитријевић,
доцент Правног факултета Универзитета у Нишу

Лектура радова и превод резимеа: Гордана Игњатовић (енглески)

Лектура: Александра Гојковић (српски)

Технички уредник: Ненад Милошевић

Технички уредник онлајн издања: Владимир Благојевић

Штампа: Графика Галеб Ниш

Тираж: 120

Зборник радова Правног факултета у Нишу
под називом Collection of Papers, Faculty of Law, Nis је у пуном тексту доступан
у HeinOnline бази података, EBSCO бази Legal Source, као и у бази Central and Eastern
European Online Library – CEEOL.

ЦЕНТАР ЗА ПУБЛИКАЦИЈЕ Правног факултета Универзитета у Нишу
18 000 Ниш, Трг краља Александра 11, тел. +381 18 200 501,
zbornik@prafak.ni.ac.rs
www.prafak.ni.ac.rs

COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIS

NIŠ, 2019

Publisher:

Faculty of Law, University of Niš

For the Publisher:

Prof. dr Goran Obradović, Dean

Editor-in-Chief:

Irena Pejić, LL.D, Full Professor
Faculty of Law, University of Niš

Editorial Board of the Law Faculty Journal

Prof. dr Martin Belov, Full Professor, Faculty of Law, Sofia University "St. Kliment Ohridski", Sofia, Bulgaria

Doc. dr Seryogin Andrey Viktorovich, Assistant Professor, Faculty of Law, Southern Federal University, Rostov-on-Don, Russian Federation

Dr Spyridon Vrelis, Professor emeritus, Faculty of Law, University of Athens, Prof. and Dr. h.c. (ELTE Budapest)

Prof. dr Michael Geistlinger, University of Salzburg, Department of Public International Law, Salzburg, Austria

Prof. dr Sašo Georgijevski, Full Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus", Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, Macedonia

Prof. dr Marina Dimitrijević, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

Dr Vladimir Đurić, Research Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia

Prof. dr Gordana Ilić-Popov, Full Professor, Faculty of Law, University of Belgrade, Serbia

Doc. dr Yasan Mustafa, Assistant Professor, Faculty of Law, Sakarya University, Turkey

Prof. dr Todor Kalamatijev, Full Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus", Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, Macedonia

Prof. dr Vesna Knežević Predić, Full Professor, Faculty of Political Science, University of Belgrade, Serbia

Prof. dr Zlatan Meškić, Associate Professor, Faculty of Law, University of Zenica, Bosnia and Herzegovina

Prof. dr Miroslav Lazić, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

Doc. dr Dušica Miladinović Stefanović, Associate Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

Dr Hajrija Mujović, Research Fellow, Institute of Social Sciences, Belgrade, Serbia

Prof. dr Dragan Nikolić, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

Prof. dr Dušan Nikolić, Full Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad, Serbia

Prof. dr Vladan Petrov, Full Professor, Faculty of Law, University of Belgrade, Serbia

Prof. dr Nevena Petrušić, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

Prof. dr Darko Radić, Full Professor, Faculty of Law, University of Banja Luka, Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina

Prof. dr Željko Radić, Full Professor, Faculty of Law, University of Split, Croatia

Prof. dr Nebojša Raičević, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

Prof. dr Darko Simović, Full Professor, University of Criminal Investigation and Police Studies Zemun, Belgrade, Serbia

Dr Dragoljub Todić, Research Fellow, Institute of International Politics and Economics, Belgrade, Serbia

Doc. dr Dimitrije Ćeranić, Assistant Professor, Faculty of Law in East Sarajevo, Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina

Dr Sanja Ćopić, Senior Research Associate, Institute of Criminological and Sociological Research, Belgrade, Serbia

Secretary of the Editorial Board: Marko Dimitrijević, LL.D.

Proofreading and Translation (summaries): Gordana Ignjatović (English)

Proofreading: Aleksandra Gojković (Serbian)

Layout editor: Nenad Milošević

Online Journal editor: Vladimir Blagojević

Print: Grafika Galeb Niš

Circulation: 120

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš
Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia
Telephone: +381 18 500 201,
E-mail: zbornik@prafak.ni.ac.rs
Website: <http://www.prafak.ni.ac.rs>

<http://www.ebscohost.com/public/legal-source>
<http://home.heinonline.org/titles/Law-Journal-Library/Collection-of-Papers-Faculty-of-Law-Nis/?letter=C>
Central and Eastern European Online Library – CEEOL

САДРЖАЈ / CONTENTS

Уводна реч..... XI

Editor's Introductory Note..... XII

І ЧЛАНЦИ / ARTICLES

У ФОКУСУ / INFOCUS

Финансијско право

FINANCIAL LAW

Срђан Голубовић,

Улога Европског фискалног одбора у фискалном систему Европске уније 15

The Role of the European Fiscal Board in the EU Fiscal System 30

Марина Димитријевић,

Дизајнирање делотворне политике спречавања пореске евазије..... 31

Designing an Effective Tax Evasion Prevention Policy 43

Irena Pejić,

The Constitutional Rationalization of the Separation of Powers: The Case of Serbia..... 45

Уставна рационализација поделе власти - на примеру Србије..... 61

Predrag Cvetković,

Law as a Complex Adaptive System: Path toward Self-sustainability of Legal Framework..... 63

Право као комплексни адаптивни систем: пут ка самоодрживости правног оквира..... 73

Jacek Jaśkiewicz,	
European Cohesion Policy in light of Leon Petrazycki's concept of legal policy.....	75
<i>Европска кохезиона политика у светлу концепта правне политике Леона Петражицког</i>	<i>89</i>
Милица Вучковић,	
Осигурање од одговорности за имисиону штету	91
<i>Insurance against Liability for Damage arising from Emissions</i>	<i>103</i>
Милан Петровић,	
Историјски корени политичког система Сједињених Америчких Држава и конгрегационализам (пуританизам)	105
<i>The Political System of the United States of America and Congregationalism (Puritanism)</i>	<i>115</i>
Lukáš Hadamčík,	
Lessor's Notice of Termination of Residential Lease in Czech Law.....	117
<i>Нотификација закуподавца о отказу уговора о закупу стамбеног простора у чешком праву</i>	<i>131</i>
Dejan Bodul,	
Jelena Čuveljak,	
Јакон Накић,	
Prolegomena o hrvatskom insolventijskom pravu od ulaska u Europску uniju	133
<i>Prolegomenon of the Croatian Insolvency Law from Croatia's accession to the European Union</i>	<i>149</i>
Љубица Николић,	
Политика заштите конкуренције у Србији – домети и ограничења.....	151
<i>Competition Protection Policy in Serbia: Scope and Limitations.....</i>	<i>168</i>

Милош Живковић,	
Употреба информационих технологија у поступку уписа у катастар непокретности.....	171
<i>Use of Information Technologies in the Procedure of Registration in the Real Estate Cadastre.....</i>	<i>189</i>
Aleksandar S. Mojašević,	
Behavioral Law and Economics: multidisciplinarity in action.....	191
<i>Бихевиористичко право и економија: мултидисциплинарност на делу.....</i>	<i>207</i>
Самир Манић,	
Узрочна веза као услов одговорности медицинских посленика.....	209
<i>Causation as a Condition for Liability of Medical Employees.....</i>	<i>226</i>
Сузана Медар,	
Опште и конкретне правне дисциплине са кратким освртом на увод у право.....	227
<i>General and Specific Legal Disciplines, with a brief overview of Introduction to Law.....</i>	<i>240</i>
Срђан Радуловић,	
О потреби проширења домашаја института забране злоупотребе субјективних права.....	241
<i>The Need to Extend the Scope of the Legal Institute concerning the Prohibition of Abuse of Rights.....</i>	<i>255</i>
Данило Стевандић,	
Хармонизација законодавства Србије у области кретања и боравка странаца са прописима Европске уније.....	257
<i>Harmonization of Serbian Legislation in the field of Movement and Stay of Foreigners with the European Union Regulations.....</i>	<i>277</i>

**II РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ
СТУДИЈА / PHD STUDENTS' PAPERS**

Слобода Д. Мидоровић,	
Право на брисање података о личности доступних на интернету	281
<i>The Right to Erasure of Personal Data available on the Internet.....</i>	<i>306</i>
Сања Ђорђевић Алексовски,	
Међународни обичај у јуриспруденцији суда правде ЕУ	307
<i>International Customary Law in the Jurisprudence of the Court of Justice of the EU.....</i>	<i>330</i>
Марко Томић,	
Црквеноправна питања Српске православне цркве у Босни и Херцеговини за време аустроугарске управе	331
<i>Canon Law Issues of the Serbian Orthodox Church in Bosnia and Herzegovina under the Administration of the Austro-Hungarian Empire.....</i>	<i>347</i>
Упутство за ауторе / Instructions for Authors.....	349

Уводна реч

Поштовани читаоци,

У броју 84/2019 Зборника радова Правног факултета у Нишу објављен је део научних радова који су настали као резултат учешћа на Међународној научној конференцији „Право и мултидисциплинарност“ одржаној 12-13. априла 2019. године на Правном факултету у Нишу. У фокусу броја који је пред вама налазе се два научна рада из области финансијског права у којима се на оригиналан начин анализирају питања јавних финансија.

Редакција часописа има задовољство да вас информише да је Зборник радова Правног факултета у Нишу на листи категоризације научних часописа за 2019. годину добио вишу категорију као национални часопис од међународног значаја (М24). Отуда бисмо желели да захвалимо свим ауторима на њиховим прилозима и сарадницима који су нам омогућили публикавање научног часописа. Заједнички напори и сарадња допринели су унапређењу квалитета публикације што је унапредило категорију научног часописа, а надамо се да ће у перспективи подићи његову утицајност и омогућити повезивање истраживача у академском простору региона.

У Нишу, децембар, 2019.

Главни и одговорни уредник

Проф. др Ирена Пејић

Editor's Introductory Note

Dear Readers,

The current issue of the scientific journal Collection of Papers of the Law Faculty, University of Niš, (83/2019) comprises the part of the scientific articles which have been created as a result of participation in the International Scientific Conference "Law and Multidisciplinarity", which was held on 12-13 April 2019 at the Faculty of Law, University of Niš. The rubric In Focus contains two scientific articles in the field of Financial Law which analyze public finance issues in an original way.

The Editorial Board is pleased to inform the readership that the scientific journal Collection of Papers of the Law Faculty, University of Niš, has moved into a higher category in the classification of scientific journals for the year 2019, and has been officially recognizes as a national journal of international importance (M24). For this reason, we wish to thank all authors for their high quality submission and we extend our sincere appreciation to all associates for successful cooperation in the editorial process, both of which have ultimately contributed to improving the overall quality of our scientific journal.

Niš, December 2019

Prof. Irena Pejić, LL.D.

Editor-in-Chief

І ЧЛАНЦИ

Др Срђан Голубовић,*
Редовни професор Правног факултета
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1984

UDK: 336.2/.6(4-672EU)
Раd примљен: 19.09.2019.
Раd прихваћен: 16.10.2019.

УЛОГА ЕВРОПСКОГ ФИСКАЛНОГ ОДБОРА У ФИСКАЛНОМ СИСТЕМУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ**

Апстракт: *Стварање Европске економске и монетарне уније није завршен процес. Због непостојања политичке воље, монетарно уједињење није пратила фискална интеграција држава чланица. Као резултат, створен је институционални оквир који комбинује наднационалну монетарну политику са децентрализованом фискалном политиком. Глобална финансијска криза оголила је све недостатке оваквог концепта, што је имало за последицу покретање процеса реформе фискалног управљања у Европској унији, између осталог, и увођење нових институција. Једна од таквих институција је Европски фискални одбор, који својом активношћу треба да олакша примену фискалних правила и координацију националних фискалних политика. Након анализе улоге и правног положаја Европског фискалног одбора, у раду се указује на правце даље реформе фискалних оквира еврозоне јачањем положаја ове независне фискалне институције.*

Кључне речи: *економска и монетарна унија, координација фискалних политика, Европски фискални одбор, фискална унија.*

* golub@prafak.ni.ac.rs

** Раd је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013–2019.

1. Увод

Глобална финансијска криза, која је кулминирала током 2008. године, разоткрила је свенедостатке институционалних оквира Европске економске и монетарне уније. Изузетак једино представљају институционална решења у монетарној сфери која су омогућила монетарним властима Уније да вођењем експанзивне политике ублаже последице кризе. Међутим, остали елементи институционалне инфраструктуре, важни за функционисање економске и монетарне уније, манифестовали су значајне слабости, што је утицало на појаву и продубљивање економске кризе у Европској унији (ЕУ). Свакако, најслабију карику економске и монетарне уније представљају фискалне институције. Покушај монетарног уједињења, уз задржавање фискалне самосталности држава чланица, доживео је неуспех. Супротно очекивањима, државе чланице нису успеле да очувају фискалну дисциплину, нити су пак институције Уније успеле да обезбеде поштовање утврђених фискалних правила (правило забране преузимања дугова држава чланица, правила о висини јавног дуга, односно висини буџетског дефицита). Нарушени кредибилитет фискалних институција указао је на нужност развијања заједничких оквира фискалног управљања у Европској унији. Започет потписивањем Фискалног споразума 2012. године, од стране држава чланица ЕУ, овај процес довео је до стварања Европског фискалног одбора, као независног саветодавног тела које помаже Европској комисији у координацији фискалних политика држава чланица. Уважавајући потребу фискалне интеграције, као претпоставке функционалности економске и монетарне уније, у раду се анализира положај Европског фискалног одбора и његова улога у фискалном систему Европске уније.

2. Фискални оквири еврозоне

Увођење евра почетком 1999. године, без сумње, представља највеће достигнуће у евроинтеграционом процесу. Монетарни суверенитет држава чланица ЕУ трансферисан је са националног на наднационални ниво. Стварањем економске и монетарне уније (ЕМУ) одговорност за вођење монетарне политике преузео је Европски систем централних банка, који поред националних централних банака обухвата и Европску централну банку. Са усвајањем Лисабонског уговора долази до промене у монетарном систему Уније. Прво, отклоњене су неодоумице у погледу правног статуса Европске централне банке, будући да се чл. 13 Уговора о ЕУ експлиците дефинише као институција Уније. Друга важна промена тиче се овлашћења за вођење монетарне политике. Према Уговору из Мастрихта

у раду Европског система централних банака учествовале су и националне централне банке држава које нису приступиле монетарној унији, што Уговор о функционисању ЕУ (чл. 282) мења, с обзиром на то да вођење монетарне политике препушта Евросистему, као новој институцији, у чијем раду поред Европске централне банке (ЕЦБ), учествују и националне централне банке држава чија је монета евро.¹ За разлику од монетарног система, где је остварен значајан ниво монетарне интеграције (јединствена валута, правни субјективитет Европске централне банке и њена независност у обављању поверених функција и др.), остали елементи институционалне инфраструктуре, важни за функционисање економске и монетарне уније, остали су недовршени. То, свакако, важи за фискални систем ЕУ, који од оснивања ЕМУ одликује сиромашна структура (скроман буџет Уније у односу на буџете држава чланица, затим, никада до краја реализован захтев за хармонизацију пореских система, као и непостојање адекватног механизма за координацију буџетских политика држава чланица). Од свих елемената неопходних за функционисање економске и монетарне уније, до избијања глобалне финансијске кризе, примарно и секундарно законодавство Уније једино је садржало фискална правила, која су постављала ограничења у вођењу националних фискалних политика држава чланица. Уговор о функционисању ЕУ (као и Протокол бр. 12 о поступку који се примењује у случају прекомерног дефицита), односно Пакт о стабилности и расту² садржали су ограничења о висини дефицита, односно поступку који се примењује у случају када се држава чланица суочи са прекомерним буџетским дефицитом.

Повољна економска клима током прве деценије функционисања еврозоне прикрила је структуралне слабости европске монетарне уније, али и несавршеност усвојених институционалних решења, пре свега оних која се односе на фискалну дисциплину. Оне постају видљиве са избијањем глобалне економске кризе, која је разоткрила све слабости фискалног управљања у Европској економској и монетарној унији и поново покренула дебату о креирању одговарајућих фискалних аранжмана за ЕУ. Под утицајем глобалне финансијске кризе, током 2011. године покренут је процес измене и допуне фискалних оквира ЕМУ, што је резултирало усвајањем пет уредби и једне директиве (тзв. пакет шест мера), које,

1 Лисабонски уговор обухвата: Уговор о функционисању Европске уније (*Treaty on the Functioning of the European Union TFEU*) и Уговор о Европској унији (*Treaty on European Union – TEU*) *Official Journal of the European Union (O. J.)*, од 9. 5. 2008. године.

2 Council Regulation (EC) No 1466/97 of 7 July 1997 on the strengthening of the surveillance of budgetary positions and the surveillance and coordination of economic policies; OJ L 209, 2. 8. 1997, p. 1–5. Council Regulation (EC) No 1467/97 of 7 July 1997 on speeding up and clarifying the implementation of the excessive deficit procedure OJ L 209, 2. 8. 1997, p. 6–11.

поред тога што реформишу Пакт о стабилности и расту, уводе нове инструменте за спречавање поремећаја и очување финансијске, односно укупне економске стабилности.³ У недостатку консензуса потребног за измену примарног законодавства, фискални оквири ЕМУ надограђени су Фискалним споразумом, међународним уговором потписаним 2012. године између држава чланица Уније (Споразум о стабилизацији, координацији и управљању у економској и монетарној унији; у даљем тексту Фискални споразум).⁴ Главни разлог за потписивање овог међународног документа је обавезивање држава чланица да ће у национално законодавство инкорпорирати одредбе које ће осигурати поштовање једног од основних начела ЕМУ предвиђеног чл. 119, ст. 3 Уговора о функционисању ЕУ, а које се односи на очување здравих јавних финансија. Најзад, за реформу фискалних оквира ЕМУ важне су и две Уредбе Европског парламента и Савета ЕУ из 2013. године, којима се унапређују механизми економског управљања у Унији и стварају услови за надзор над буџетском политиком држава чланица којима прети опасност или се суочавају са економским тешкоћама које могу да угрозе њихову финансијску стабилност.⁵

3 Regulation (EU) No 1175/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 amending Council Regulation (EC) No 1466/97 on the strengthening of the surveillance of budgetary positions and the surveillance and coordination of economic policies OJ L 306, 23. 11. 2011, p. 12–24; Council Regulation (EU) No 1177/2011 of 8 November 2011 amending Regulation (EC) No 1467/97 on speeding up and clarifying the implementation of the excessive deficit procedure OJ L 306, 23. 11. 2011, p. 33–40; Regulation (EU) No 1173/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 on the effective enforcement of budgetary surveillance in the euro area OJ L 306, 23. 11. 2011, p. 1–7; Council Directive 2011/85/EU of 8 November 2011 on requirements for budgetary frameworks of the Member States OJ L 306, 23. 11. 2011, p. 41–47; Regulation (EU) No 1176/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 on the prevention and correction of macroeconomic imbalances OJ L 306, 23. 11. 2011, p. 25–32; Regulation (EU) No 1174/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 on enforcement measures to correct excessive macroeconomic imbalances in the euro area OJ L 306, 23. 11. 2011, p. 8–11.

4 Споразум о стабилности, координацији и управљању у економској и монетарној унији, потписан од стране 25 држава чланица ЕУ (све државе чланице осим Велике Британије и Чешке), ступио је на снагу 1. јануара 2013. Главни циљеви овог споразума су: повећање буџетске дисциплине, јачање механизма за координацију економске политике држава чланица и унапређење система економског управљања у Унији.

5 Regulation (EU) No 472/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on the strengthening of economic and budgetary surveillance of Member States in the euro area experiencing or threatened with serious difficulties with respect to their financial stability OJ L 140, 27. 5. 2013, p. 1–10 i Regulation (EU) No 473/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on common provisions for monitoring and assessing draft budgetary plans and ensuring the correction of excessive deficit of the Member States in the euro area OJ L 140, 27. 5. 2013, p. 11–23.

Главна поука кризе са којом се суочила ЕМУ је да на стабилност монетарне уније велики утицај има фискална недисциплина и да је, до довршетка изградње економске и монетарне уније, изузетно важно осигурати поштовање наднационалних фискалних правила. У условима када институционална решења препуштају контролу над јавним финансијама државама чланицама, од доследне примене фискалних правила се очекује да фискалну политику држава чланица (пре свега, буџетски дефицит и јавни дуг) држе у границама постављеним нумеричким правилима и на тај начин очувају макроекономску стабилност и одрживост јавних финансија. Реформисани фискални оквири Уније обухватају сложен систем надзора и *ex post* контроле, који подразумева, поред превентивних, примену и корективних мера према фискално недисциплинованим државама чланицама. Кључни сегмент фискалних оквира Уније представљају фискална правила, која обухватају три групе правила. Прву групу чине нумеричка правила о висини дефицита и јавног дуга, дефинисана примарним и секундарним законодавством. Пакт о стабилности и расту предвиђа следеће фискалне критеријуме: 3% за однос између предвиђеног или оствареног буџетског дефицита и унутрашњег бруто производа мереног тржишним ценама, односно 60% за однос између јавног дуга и унутрашњег бруто производа мереног тржишним ценама. У случају да јавни дуг пређе утврђену границу, држава чланица је у обавези да реализује циљ смањења дуга изнад прага од 60%, и то за 1/20 годишње у наредне три године. За разлику од измењеног Пакта о стабилности и расту, који је утврђивао обавезу држава чланица да избегавају прекомерне дефиците, Фискални споразум иде корак даље (чл. 3, ст 1), будући да од држава чланица захтева инкорпорирање у домаће законодавство златног буџетског правила (буџетска равнотежа, односно буџетски суфицит, као и увођења правила “кочнице дуга”). Изузетно, усвојено буџетско правило дозвољава могућност постојања структуралног буџетског дефицита који не може бити већи од 0,5% за државе код којих је удео дуга у односу на унутрашњи бруто производ већи од 60%, односно 1% за државе чији је удео дуга испод референтне вредности. Другу групу чине правила о кретању јавних расхода, а односе се на постављање ограничења у погледу годишњег повећања јавних расхода на стопу која не прелази референтну средњорочну стопу потенцијалног раста бруто домаћег производа. И, најзад, трећа група обухвата правила која се односе на примену клаузуле изузећа од примене усвојеног правила (чланом 3, ст. 3 Фискалног споразума предвиђено је привремено одступање од правила уравнотеженог буџета уколико наступе неочекиване околности, које споразум дефинише “као неуобичајене догађаје изван контроле држава потписница”). На сличан начин излазну клаузулу дефинише и горе поменута Уредба (ЕУ) бр. 1175/2011 у чл. 2 а-б,

дајући могућност привременог одступања од програма прилагођавања према средњорочном буџетском циљу у периодима пада привредног раста у еврозони или Унији у целини; затим, правила о појачаном буџетском надзору (државе чланице ЕМУ које се суочавају са озбиљном финансијском нестабилношћу, које нису у стању да осигурају одрживост јавних финансија, односно које траже или примају финансијску помоћ); односно, правила о примени санкција према државама које не примењују препоруке Савета ЕУ.

Саставни део реформисаних фискалних оквира Уније представљају и правила о Европском семестру, чиме се омогућује симултано праћење програма економске политике држава чланица и олакшава координација економских политика држава чланица, односно спровођење стратешких докумената Европске уније (Димитријевић, 2014: 792). Мада посвећује пажњу и другим циљевима економске политике (запосленост и раст), ипак фокус Европског семестра је на спречавању и отклањању макроекономских неравнотежа. Као инструмент координације, Европски семестар обухват више фаза унутар којих се одвија процес уједначавања поступка извештавања, надзора и евалуације тих политика и има изузетан значај за очување фискалне дисциплине држава чланица.

3. Улога Европског фискалног одбора

Реформа фискалних правила ЕУ представља само један од корака који морају да буду предузети да би се довршио започети процес формирања економске и монетарне уније. На нивоу европодручја (обухвата 19 од 28 држава чланица Уније) искристалисало се становиште да до 2025. године комплетирање ЕМУ подразумева, поред монетарне уније, стварање финансијске (банкарске) уније, фискалне уније и на крају политичке уније (Juncker, Tusk, Dijsselbloem, Draghi, Schulz, 2015: 5). И док је процес изградње банкарске уније увелико започео (јединствени супервизијски и санациони механизам), напредак ка фискалној унији, због непостојања политичке воље, знатно је спорији. Из тога разлога, до окончања овог процеса, односно постизања консензуса међу државама чланицама Уније о фискалној интеграцији, економска и монетарна унија је принуђена да функционише у постојећим институционалним оквирима, што је чини јединственим случајем у коме се у вођењу економске политике комбинује централизована монетарна политика са децентрализацијом свих осталих сегмената економске политике, посебно фискалне политике (Bordo, Jönung, Markiewicz, 2013: 450). У том смислу, од реформисаних фискалних правила очекује се да буду успешна у ограничавању акција субјеката фискалне политике које воде повећању буџетског дефицита, односно

прекомерном расту јавног дуга. С друге стране, иако намећу квантитативна и/или квалитативна ограничења, од фискалних правила се очекује и одређен степен флексибилности како би се оставио довољан простор за прилагођавања стабилизационе политике.

Мера успешности на правилима засновне фискалне политике је транспарентност и одговорност у раду носилаца фискалне политике. Непримењивање ових начела од стране извршне власти води радњама које су мотивисане жељом да се оствари краткорочна политичка корист, а које доводе до кршења фискалних правила. Према томе, само постојање фискалних правила не значи и гаранцију њихове примене, посебно уколико је реч о влади код које је јако изражена склоност ка дефициту и која је спремна да наруши фискалну равнотежу еластичном интерпретацијом постављених правила, или пак њихово свесно заобилажење, радњама попут: креативног рачуноводства, дефинисања циљева фискалне политике на бази нереалних пројекција стопа привредног раста, занемаривања обима квазифискалне потрошње и сл. Недостаци изоловане примене фискалних правила могу да буду избегнути стварањем целовитог система фискалне одговорности, при чему посебна улога припада независним фискалним телима, која су комплементарна са вођењем фискалне политике засноване на правилима. Након глобалне финансијске кризе сведоци смо реафирмације значаја фискалне одговорности, што је, између осталог, праћено убрзаним формирањем фискалних институција (савета или одбора), као органа који надгледају и процењују стање јавних финансија, односно спроводе надзор над применом фискалних правила (Анђелковић, 2014: 164). Фискални проблеми са којима су се суочиле земље чланице ЕМУ иницирали су промене националног фискалног законодавства, које, између осталог, предвиђају и стварање независних фискалних савета. И поред тога што најчешће имају само саветодавну улогу, независне фискалне институције, захваљујући кредибилитету и репутацији, у прилици су да значајно утичу на дисциплину и одговорност фискалних власти. Функције фискалних савета су бројне и обухватају: а) независну и стручну *ex post* оцену о поштовању фискалних правила и успешности фискалне политике; б) *ex ante* евалуацију извесности остваривања циљева фискалне политике; в) анализу дугорочне одрживости равнотеже јавних финансија и оптималности фискалне политике; г) упознавање јавности са извештајима, оценама и мишљењима, чиме повећавају степен транспарентности и одговорности у раду носилаца фискалне политике (Calmfors, Wren-Lewis, 2011: 663). Остваривањем својих надлежности, фискални савет може значајно утицати на конципирање и вођење фискалне политике. Влада суочена са могућношћу да фискални савет негативно оцени њену фискалну

политику свакако ће настојати да поступа фискално одговорније. Овај подстицај ка очувању фискалне дисциплине је још и видљивији уколико имамо у виду да независне фискалне институције, својом проценом ефеката будуће фискалне политике и анализом дугорочних кретања у области јавних финансија, могу да принуде и фискалне субјекте на одговарајуће корекције и прилагођавања.

Потреба успостављања независних фискалних институција у Европској унији први пут је експлиците исказана чл. 3 Фискалног споразума, којим се државе потписнице обавезују да домаћим законодавством успоставе независна фискална тела која ће вршити надзор над поштовањем националних фискалних правила. Следећи корак представља Извештај петорице (Junker et al. 2015: 14), по коме европске фискалне оквири, до успостављања фискалне уније, треба оснажити оснивањем Европског фискалног одбора (European Fiscal Board – EFB). Коначно, наднационални фискални одбори, као саветодавно тело које помаже реализацији функција Европске комисије у оквиру мултилатералног надзора, оформљен је Одлуком Комисије (ЕУ) 2015/1937 од 21. октобра 2015.⁶ Задаци Европског фискалног одбора су бројни и обухватају: евалуацију имплементације фискалних оквира Уније (хоризонталне конзистентности одлука и буџетског надзора), као и случајева посебно тешких видова кршења правила и примерености смера фискалне политике у еврозони, односно националном нивоу; затим, давање мишљења Комисији о концепту фискалне политике који треба да се примени, односно усклађености фискалних политика држава чланица са смером фискалне политике који је примерен за еврозону у целини, односно предлагање могућих политика које су на располагању у оквиру Пакта о стабилности и расту у случају идентификовања ризика који угрожавају функционисање економске и монетарне уније; и, најзад, EFB има обавезу сарадње са националним фискалним саветима. Овако дефинисана улога фискалног одбора, према мишљењу појединих аутора, може да доведе до потенцијалног конфликта циљева (Claeys, Darvas, Leandro, 2016: 170). Наиме, EFB, на темељу економске анализе и мишљења, препоручује пожељно дејство фискалне политике и то, како на националном, тако и на нивоу еврозоне у целини. Ова функција дефинисања смера фискалне политике је много шира, будући да обухвата и циљеве који се тичу макроекономске стабилности, што може бити у конфликту са функцијом надзора која се искључиво односи на поштовање и контролу примене Пакта о стабилности и расту. Остваривање прве функције може бити интерпретирано као дискреционо управљање

6 Commission Decision (EU) 2015/1937 of 21 October 2015 establishing an independent advisory European Fiscal Board OJ L 282, 28. 10. 2015, p. 37–40.

потражњом, док ова друга функција више има оперативни карактер, и подразумева предлагање мера којима би се спречило прекорачење граница постављених фискалним правилима и обезбедила дугорочна фискална одрживост. У том смислу, за избегавање потенцијалног *trade-off*-а између циља дугорочне одрживости јавних финансија и краткорочних стабилизационих циљева, неопходно је јасно дефинисање који од циљева за фискални одбор имају приоритетан значај.

Основни смисао Европског фискалног одбора је да Европској комисији пружи непристрасну експертизу поштовања фискалних правила Уније, а у циљу очувања фискалне дисциплине и промовисања начела здравих јавних финансија у еврозони и националним оквирима, односно повећања транспарентности и одговорности у раду политичких субјеката. Својим деловањем овај савет треба да олакша фискално управљање у Европској монетарној унији, посебно у условима када не постоји сагласност за преношење фискалног суверенитета, а постоји потреба за неким обликом фискалног јединства, односно координацијом фискалних политика држава чланица.

4. Правни статус Европског фискалног одбора

У Европској унији свака држава чланица задржава фискални суверенитет, што значи да се поштовање правила дефинисаних европским фискалним оквирима може осигурати само координацијом националних фискалних политика и њиховим прилагођавањем захтевима одрживих јавних финансија. То, међутим, није лако реализовати, посебно уколико се има у виду да међу државама чланицама постоје политичке разлике у схватању значаја фискалне дисциплине. Ово нарочито важи за земље које су суочене са неповољним макроекономским условима и које, врло често, ограничења постављена европским фискалним правилима виде као сметњу у остваривању других циљева економске политике (на пример, повећању стопа привредног раста, односно запослености). У таквим условима, функционисање на правилима заснованих фискалних оквира подразумева мултилатерални надзор над националним фискалним политикама, што према законодавству ЕУ представља надлежност Европске комисије (чл. 121, 126 и 136 Уговора о функционисању ЕУ). У обављању ових послова значајну улогу има Европски фискални одбор, као саветодавно тело Комисије.

Као и у случају националних фискалних савета, законодавство Уније предвиђа да се правни статус Европског фискалног одбора заснива на принципу независности (чл. 4 Одлуке Комисије (ЕУ) 2015/1937). Овакв

положај омогућава фискалном одбору да независно разматра фискално стање држава чланица и еврозоне и даје процене ризика прекорачења граница постављених фискалним правилима. Европски фискални одбор формиран је по узору на модел тзв. нове генерације фискалних савета, чија је кључна одлика независност у односу на извршну и законодавну власт. Разлог инсистирања на оваквом правном статусу треба тражити у томе што генерација фискалних савета формираних након избијања глобалне финансијске кризе није у тако кратком периоду могла да стекне репутацију компетентних и независних тела као што је то случај са фискалним саветима који имају дугу традицију (Beetsma, Debrun, Fang, Kim, Lledo, Mbaye, Zhang, 2019: 57).

Независност фискалних савета процењује се на основу више елемената. Први подразумева тзв. институционалну независност, која подразумева забрану утицаја институција и политичких чинилаца Уније на “чувара” фискалне дисциплине. То значи да Европски фискални одбор у свом раду “не сме тражити нити примати упутства од институција или тела Уније, било које владе држава чланица или било ког другог јавног или приватног тела” (чл. 4 Одлуке ЕУ). У истом члану дефинисана је и тзв. оперативна независност, која гарантује независност ове фискалне институције у обављању поверених задатака. Европски фискални одбор ужива пуну независност када надзире поштовање фискалних правила, даје оцене смера фискалне политике држава чланица и сугестије о програму фискалне консолидације држава суочених са буџетском неравнотежом, врши процену фискалних ризика и даје мишљење о реализацији фискалних циљева у датом макроекономском окружењу. По свом положају, Европски фискални одбор представља супранационално тело које не поседује стварну фискалну власт, већ представља тело које има тзв. меку моћ – што значи да његове одлуке не обавезују фискалне институције држава чланица, нити пак институције Уније. Специфичност Европског фискалног одбора је да своје анализе и извештаје не упућује државама чланицама, већ то чини преко Европске комисије, која је одговорна за мултилатерални фискални надзор и примену фискалних правила. Према томе, ЕФВ није формални учесник буџетског процеса, његова улога је да својим анализама, проценама и саветима допринесе конструктивном дијалогу националних фискалних институција, влада држава чланица и Комисије о општим последицама буџетских политика, и то како на националном тако и на нивоу еврозоне, а у циљу постизања сагласности о смеру фискалне политике у Унији и примени правила утврђених Пактом о стабилности и расту.

Поред већ поменутих индикатора, за процену степена независности неке институције релевантан је састав и начин избора њених чланова. Основни захтев је да, приликом одређивања састава Одбора, професионалност и компетентност буду главни критеријуми, а не политичке преференције. Током времена, захваљујући компетентности својих чланова, фискални савет креира репутацију контролора фискалне дисциплине, који не води рачуна само о поштовању фискалних правила, већ делује као својеврсна противтежа краткорочним интересима политичких актера, успостављањем политички неутралног и објективног дугорочног надзора над фискалним политикама држава чланица (Asatryan, Heinemann, 2018: 11). У настојању да испуни наведене захтеве у погледу састава Европског фискалног одбора, европско законодавство предвиђа доста сложен поступак именовања његових чланова. Према чл. 3, ст. 2 Одлуке Комисије (ЕУ) 2015/1937, чланови ЕФВ именују се из редова “међународно признатих и компетентних стручњака у области макроекономије и јавних финансија, који поседују искуство релевантно за фискалну политику и буџетско управљање”. Комисија именује председника Одбора, а кад су у питању остали чланови, у поступак именовања укључени су и други органи и тела ЕУ, чија је надлежност битна за функционисање економске и монетарне уније. У том смислу, једног члана Одбора Комисија именује на предлог председника и уз саветовање са потпредседником Комисије надлежним за евро и социјални дијалог и Повереником за економске и финансијске послове, опорезивање и царину, а остала три члана именује након консултација са националним фискалним саветима, Европском централном банком и радним саставом Еврогрупе. Чланови Европског фискалног одбора именују се на период од три године, уз могућност једног обнављања мандата. Дужина мандата одступа од периода на који се бирају чланови Комисије (пет година), односно од праксе националних фискалних савета и то може да представља ограничење у изградњи репутације независног чувара фискалне дисциплине.

Најзад, за оцену положаја једне институције у односу на друге органе и тела релевантан је и захтев да институција располаже довољним ресурсима, односно да организацино буде одвојена од извршне власти (Томић, Јованчић, 2012: 31). Кључни фактор независности било које институције је буџетска независност. За централне банке овај захтев је релативно лако остварити с обзиром на то да оне својим пословањем остварују значајну емисиону добит (*seignorage*). Међутим, када су у питању средства којима располаже фискални одбор, неопходно је да она буду гарантована правним прописима, чиме би се искључила могућност да извршна власт право на одређивање висине средстава искористи као полугу утицаја.

Са становишта финансирања, Европски фискални одбор зависи од Комисије, будући да се према чл. 3, ст. 6 Одлуке о оснивању ЕФВ средства за накнаду трошкова остварују у складу са одредбама “које су на снази у Комисији”. У организационом смислу, фискални одбор функционише као тело одвојено од Комисије, што није случај са секретаријатом Одбора, који је из административних разлога припојен Главном секретаријату (чл. 3, ст. 7). Доминантан положај Комисије у односу на фискални одбор додатно је ојачан Одлуком Комисије (ЕУ) бр. 2016/221, која експлиците предвиђа да Комисија, након консултација са председником ЕФВ, именује начелника секретаријата.⁷ За разлику од централне банке која је независна у конципирању и вођењу монетарне политике, Европски фискални одбор не може самостално да одлучује о фискалној политици. Моћ фискалног савета огледа се у томе што презентирањем својих анализа и пројекција утиче на Комисију и, на тај начин, посредно доприноси примени фискалних правила и координацији националних фискалних политика. Фискални одбор је у позицији да, својим извештајима о ефектима фискалне политике коју намерава да води влада, благовремено укаже на евентуалне последице, и евентуално препоручи друге мере које ће бити фискално одговорније. Због тога је за остваривање улоге ЕФВ изузетно важна транспарентност у раду, чиме би се друга тела и институције, па и јавност благовремено упознали са његовим активностима. Међутим, Одлука о оснивању фискалног одбора не поклања довољно пажње транспарентности у раду. Уместо утврђивања обавезе редовног обавештавања о раду фискалне институције, Одлука (чл. 6) предвиђа само обавезу објављивања годишњих извештаја, са кратким информацијама о саветима и евалуацијама који су достављени Комисији.

Анализа правног статуса ЕФВ показује да, у поређењу са националним фискалним саветима, ова фискална институција спада у групу тзв. слабих фискалних савета (Asatryan et al. 2018: 167). И поред формалне независности, гарантоване законодавством Уније, начин на који је дефинисан правни положај Одбора у односу на Комисију доводи у питање стварну независност ове институције. То се, пре свега односи на право Комисије да одлучује о именовану чланова Одбора и евентуалном понављању мандата, финансирању и опскрбљивању другим ресурсима нужним за остваривање поверених задатака, као и начину утврђивања одговорности чланова овог тела. Важан недостатак у статусу представља и начин на који је уређена одговорност фискалног одбора. Европски фискални одбор нема директних веза са осталим институцијама Уније,

7 Commission Decision (EU) 2016/221 of 12 February 2016 amending Decision (EU) 2015/1937 establishing an independent advisory European Fiscal Board C/2016/888 OJ L 40, 17. 2. 2016, p. 15–15

већ искључиво одговара Комисији. На недостатке у регулисању питања одговорности указано је и у резолуцији Европског парламента, која експлиците указује на потребу да Одбор за свој рад одговара и Европском парламенту.⁸ Полазећи од ових недостатака у правном статусу, поједини аутори Европски фискални одбор и не одређују као независну институцију, већ само као интерно саветодавно тело Комисије (Claeys, et al 2016: 16). У наредном периоду ЕМУ предстоји доградња европских фискалних оквира, чији важан сегмент представљају корази у правцу повећања независности ове институције. За јачање положаја ЕФВ изузетно је важно да се примене принципи који важе за националне фискалне савете, односно да исти стандарди независности који су примењени на националном нивоу важе и за Европски фискални одбор. Наравно, код доградње европских фискалних оквира треба имати у виду и да се положај европске фискалне институције битно разликује од националних фискалних савета. За разлику од националних фискалних савета, Европски фискални одбор није упућен на буџет ЕУ или на надзор над учесницима буџетског процеса. Његов мандат је да саветује Комисију, чија је обавеза да обезбеди примену европских фискалних оквира и није надлежан за спровођење правила и примену санкција у случају непоштовања фискалних правила, нити је директно укључен у процес буџетског одлучивања, и то како на националном тако и на европском нивоу. Оно што отежава улогу Европског фискалног одбора је то што ово тело има много комплекснији задатак у односу на националне фискалне савете – треба да обезбеди непристрасну оцену фискалних политика држава чији се фискални системи разликују. Поред тога, треба да делује као наднационално саветодавно тело, што је знатно изазовније него у случају националних фискалних савета. Сама чињеница да је велики број земаља под лупом Европског фискалног одбора (много шири мандат него било који фискални одбор), нужно намеће значајно увећање ресурса којима ће располагати. Унапређење статуса ЕФВ и његово позиционирање као независне, кредибилне институције свакако може да допринесе ефикасној примени европских фискалних правила и бољој координацији националних фискалних политика. Мека моћ којом располаже не мора нужно да представља ограничавајући фактор у остваривању прописане улоге, посебно уколико се повећа ниво транспарентности овог тела. Редовним објављивањем анализа и извештаја Одбор на посредан начин утиче на повећање фискалне дисциплине у еврозони, пре свега утицајем на јавно мњење, указивањем на поступке држава чланица које одступају од фискалних правила и упозоравањем јавности на последице најављених фискалних политика. Тиме се повећава притисак на националну извршну

8 European Parliament resolution of 17 December 2015 on completing Europe's Economic and Monetary Union (2015/2936(RSP)) OJ C 399, 24. 11. 2017, p. 149–150.

власт да транспарентније и одговорније управља јавним финансијама. Јачање кредибилитета Европског фискалног одбора повећава трошкове кршења фискалних правила и утиче на репутацију политичара, и на тај начин омогућава овој институцији да у европским фискалним оквирима делује као дисциплинирајућа снага.

5. Закључак

Институционални оквири економске и монетарне уније нису до краја конституисани. Услед непостојања политичког консензуса, монетарно уједињење ЕУ утемељено је на јединственој монетарној и децентрализованој фискалној политици. Овакав приступ има бројне слабости, а свакако је највећа та да се стабилност унутар монетарне уније не може обезбедити без фискалне дисциплине држава чланица. Фискална недисциплина угрожава не само стабилност цена, већ и укупну финансијску стабилност с обзиром на то да се негативни ефекти неодговорне фискалне политике одређене државе преливају и на остале државе чланице. Искуство је показало да је за функционисање економске и монетарне уније неопходна даља доградња институционалних оквира. Важан корак, учињен реформом фискалних оквира, након глобалне финансијске кризе, послужио је као основа за формирање Европског фискалног одбора, као наднационалне институције која својим саветима помаже Европској комисији у остваривању функције надзора над применом фискалних правила и координације националних фискалних политика. Мада формално независан, правни статус ЕФВ значајно одступа од статуса националних фискалних савета (посебно у погледу начина доношења одлуке о именовању чланова Одбора и евентуалном понављању мандата, финансирању и опскрбљивању другим ресурсима нужним за остваривање поверених задатака, као и начину утврђивања одговорности чланова Одбора), што га своди на статус обичног саветодавног тела Комисије. То намеће потребу даље доградње фискалних оквира економске и монетарне уније и, посебно, јачање положаја Европског фискалног одбора у односу на Европску комисију. Крајњи резултат треба да буде формирање независне, кредибилне институције која, и поред тога што нема фискалну власт над државама чланицама, може да утиче на њихову спремност да воде фискалну политику у складу са правилима постављеним европским фискалним оквирима.

Литература/References

- Анђелковић, М. (2014). Фискални савети као механизам успостављања фискалне дисциплине, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 66(LII). 161–179.
- Asatryan, Z. Heinemann, F. (2018). The European Fiscal Board: An experiment at the supranational level. In Roel, M.W. Beetsma, J. Debrun, X. *Independent Fiscal Councils: Watchdogs or lapdogs?* Centre for Economic Policy Research (CEPR). 165–173.
- Beetsma, R. Debrun, S. Fang, S. Kim, Y. Lledo, V. Mbaye, S. Zhang, S. (2019). Independent fiscal councils: Recent trends and performance. *European Journal of Political Economy*. 57. 33–69.
- Bordo, M. Jonung, L. Markiewicz, A. (2013). A Fiscal Union for the Euro: Some Lessons from History. *CESifo Economic Studies*. 3(59). 449–488.
- Димитријевић, М. (2014). Институционални оквири новог економског управљања у Европској унији (европски семестар). *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 68 (LIII). 791–804.
- Juncker J. C., Tusk, D. Dijsselbloem, J. Draghi, M. Schulz, M. (2015). The Five President's Report: Completing Europe's Economic and Monetary Union, 22 June).
- Томić, S. Jovančić, A. (2012). Nastanak i nezavisnost regulatornih tela u Srbiji: domaće ili eksterne determinante?. *Političke perspektive*. 2(2). 23–53.
- Calmfors, L. Wren-Lewis, S. (2011). What should fiscal councils do? *Economic Policy*. October. 649–695.
- Claeys, G. Darvas, Z. Leandro, A. (2016). A Proposal to Revive the European Fiscal Framework, *Bruegel Policy Contribution*. March 07.

Prof. Srđan Golubović, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

THE ROLE OF THE EUROPEAN FISCAL BOARD IN THE EU FISCAL SYSTEM

Summary

The financial crisis, which culminated in the course of 2008, revealed all the shortcomings of the institutional framework of the European Economic and Monetary Union. The only exception are institutional solutions in the monetary sphere (the single currency, the legal status and tasks of the European Central Bank), which proved to be functional during the crisis. However, other elements of the institutional infrastructure, important for the functioning of the economic and monetary union, have demonstrated significant weaknesses, which affected the onset and depth of the crisis in the European Union. Certainly, fiscal institutions are the weakest link of the economic and monetary union.

Attempts at monetary unification, while retaining the fiscal autonomy of the member states, failed. Contrary to expectations, member states failed to preserve fiscal discipline, nor did the institutions of the Union succeed in ensuring compliance with established fiscal rules (above all, the rule of prohibiting the takeover of debts by member states, that is, compliance with the rules related to the level of indebtedness and the level of the budget deficit). The distorted credibility of fiscal institutions pointed to the necessity of developing common fiscal governance framework in the European Union. Initiated by signing of the Treaty on Stabilization, Coordination and Governance Agreement in the Economic and Monetary Union in 2012, this process led to the creation of the European Fiscal Board, as an independent advisory body aimed at assisting the European Commission in coordinating member states' fiscal policies. Taking into account the need for fiscal integration, as a prerequisite for the functioning economic and monetary union, the paper analyzes the position of the European Fiscal Board and its role in the fiscal system of the European Union.

Key words: Economic and Monetary Union, fiscal policy coordination, European Fiscal Board, fiscal union.

Др Марина Димитријевић,*
Редовни професор Правног факултета
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1984

UDK: 336.228.34
343.359.2

Рад примљен: 01.10.2019.
Рад прихваћен: 31.10.2019.

ДИЗАЈНИРАЊЕ ДЕЛОТВОРНЕ ПОЛИТИКЕ СПРЕЧАВАЊА ПОРЕСКЕ ЕВАЗИЈЕ**

Апстракт: Порези су „уткани“ у свакодневицу пореских обвезника. Ови важни инструменти финансирања јавних потреба одражавају, на себи својствен начин, односе у социоекономском и политичком бићу једног друштва. Стално присутна појава у виду избегавања плаћања пореза (пореска евазија) условљава мања или већа одступања између планираних и реализованих ефеката у процесу опорезивања. Како се имплементација пореског система првенствено посматра кроз призму остварења јавног интереса у фискалној сфери, односно обезбеђења неопходног износа финансијских средстава за функционисање јавног сектора, проблематика дизајнирања делотворне антиевазионе политике, која је предмет разматрања у овом раду, не излази из фокуса интересовања пореске власти. Циљ рада је да укаже на потребу примене различитих приступа у спречавању пореске евазије, имајућу у виду разноликост њених узрока, појавних облика и променљиве ставове и понашање пореских обвезника у вези са испуњавањем пореских обавеза. Активностима и мерама предузетим у намери сталног унапређења ових приступа посвећена је посебна пажња у раду. У околностима њиховог изостанка у савременим условима, тешко је оствариво достизање друштвено-прихватљивог нивоа испуњавања пореских обавеза, као и очување ауторитета пореске легислативе.

Кључне речи: јавне финансије, порези, порески систем, испуњавање пореских обавеза, пореска евазија, политика спречавања евазије пореза (антиевазиона политика).

* marina@prafak.ni.ac.rs

** Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (бр. 179046), који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

** Рад је изложен у виду усменог саопштења на Међународној научној конференцији „Право и мултидисциплинарност“, која је одржана 12–13. априла 2019. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

1. Увод

Несметано одвијање финансијске делатности државе фундаментални је услов успешног функционисања јавног сектора и живота друштва. За подмиривање бројних јавних потреба неопходан је огроман износ финансијских средстава која се, највећим делом, обезбеђују посредством пореза. Порезе установљава држава на бази свог фискалног суверенитета.

Током историје, јављали су се разноврсни облици пореза, застареле и превазиђене су замењивали нови, прилагођавајући се доминантним економским, политичким и социјалним односима. Верни пратилац пореза је евазија пореза, појава избегавања њиховог плаћања. С обзиром да је наметање фискалне воље државе значајна активност, настојања да се објасни и оправда опорезивање како би било, првенствено добровољно, прихваћено од стране обвезника (*voluntary tax compliance*), перманентно су присутна. Уколико обвезници не испуне своје пореске обавезе (не плате порезе) у законом прописаним роковима, порески органи имају овлашћења да покрену поступак принудне наплате пореза и принудним путем, применом законом прописаних мера, обезбеде испуњавање пореских обавеза (*enforcement tax compliance*). Своје учешће у сношењу терета финансирања јавне потрошње, на тај начин, морају да прихвате и порески обвезници који нису исказали своју пореску лојалност. Уз то, евазионо пореско понашање је повод за санкционисање од стране државне власти. У принципу, изузетно је битно да институционални оквир у сфери опорезивања буде тако формулисан да унапред указује на вишеструку корист од поштовања пореских закона, у највећој могућој мери редукује могућности за неоткривање евазионих пореских понашања и предвиђа праведно санкционисање пореских деликата. Наведено је гаранција јачања система јавних финансија а и саме државе.

Свестрано сагледавање процеса опорезивања, као и ефеката које (не)поштовање пореских закона условљава, подразумевају примену мултидисциплинарног приступа у проучавању односа фискауса и пореских обвезника. Уважавајући ту чињеницу, дизајнирање (креирање) политике спречавања пореске евазије која би имала потенцијал да буде делотворна у примени нужно захтева посматрање феномена (не)прихватања пореских обавеза из различитих теоријских перспектива, коришћење мултидисциплинарних теоријских знања, али и предузимање пажљиво одабраних и одмерених активности и мера, диференцираних према томе шта узрокује евазионо поступање, који облик пореске евазије се манифестује и какве ставове и понашање имају порески обвезници према поштовању регулативе о порезима. У амбијенту несталних друштвено-економских и политичких кретања, то је врло захтеван задатак.

Мултидисциплинарна теоријска знања о „свету“ перципирања пореза од стране пореских обвезника обилују својом разноврсношћу. Рад има за циљ да укаже на могућности њихове употребе приликом моделирања приступа, погодних за спречавање пореске евазије. Активности и мере у виду којих се они испољавају неспорно утичу на схватање обвезника о томе да ли је потребно уредно (дисциплиновано) испуњавати пореске обавезе. У почетном делу рада дат је осврт на мултидисциплинарна теоријска изучавања феномена пореске евазије. Наставак рада доноси детаљну анализу и оцену модела понашања пореских обвезника (економски, психолошки и социолошки модел пореске евазије). Тематика примене мултидисциплинарних теоријских знања, као смерница за дизајнирање делотворне политике спречавања пореске евазије, обрађена је у завршном делу рада.

2. Мултидисциплинарна теоријска изучавања феномена пореске евазије

Практична реализација пореског система испољава се преко низа ефеката у разним подручјима друштвено-економског живота у одређеној земљи. Ти ефекти су комплексни и могу бити очекивани или не, планирани или непланирани (случајни), примарни или секундарни. Особеност опорезивања данас, у односу на неке раније временске периоде, показује се преко јасно испољених тежњи да се појединим пореским облицима конкретније одреде важност и улога у пореској структури. У том смислу, врло је битно какви се ефекти њиховом применом остварују у сфери обезбеђења средстава за финансирање јавних потреба (финансијски – фискални ефекти), али и у домену екстрафискалних ефеката повезаних са том применом (економски, социополитички, психолошки ефекти). Исто се односи и на порески систем у целини. Није препоручљиво да се жељени фискални радман оствари по сваку цену, а да се занемаре остали ефекти опорезивања. Њихово неуважавање може озбиљно да осујети и угрози фискалне планове државе. Притом, неизоставна је обавеза државе и да води рачуна о одржавању економске базе опорезивања.

По природи ствари, разгранати ефекти опорезивања условили су потребу мултидисциплинарног изучавања феномена (не)прихватања пореза од стране пореских обвезника. Имајући у виду висок степен актуелности теме пореске евазије, неопходно је препознати, фундаменталне по свом утицају, чиниоце који одређују да ли ће порески обвезници кренути евазионим путем пореског понашања или не. То се намеће као нарочито потребно пре отпочињања послова дизајнирања политике спречавања пореске евазије, која би требало да буде делотворна у свом дејству.

Значајан искорак у погледу развоја теоријских модела пореске евазије, односно модела објашњења понашања пореских обвезника, направљен је у претходних пола века (Анђелковић, 2018: 166–169). У савременој економској, психолошкој и социолошкој литератури могуће је пронаћи појашњења чинилаца евазионог пореског понашања. Потпуније разумевање феномена пореске евазије, мишљења смо, подразумева сумаран поглед на те чиниоце. Неспорно је, уосталом, да се администрирање пореским системом стално суочава са изазовима који произилазе из економског и социопсихолошког „бића“ друштва из кога порески обвезници и потичу. Њихово добро познавање је предуслов да се на те изазове адекватно одговори тј. пореска евазија сведе на што мању меру. Тиме се штите државни буџет и јавне (државне) финансије.

2.1. Економски модел пореске евазије

Прва систематизована уобличавања теоријских размишљања о понашањима пореских обвезника проналазе се у економској литератури. На основу економског модела кажњавања за недозвољена понашања (кривична дела) који је оформио *Gary Becker*, стандардни економски модел пореске евазије развили су, 1972. године, *Michael Allingham* и *Agnar Sandmo*. Према овом моделу, порески обвезници, вршећи својеврсну *cost-benefit* анализу потенцијалних пореских понашања, доносе своје одлуке, заснивајући их на економској рачуници (Reckers, Sanders, Roark, 1994: 826). Рационалност при одлучивању произилази из настојања пореских обвезника да остваре највећу могућу корист упоређујући трошкове и користи (бенефите), који могу да настану уколико они не испуне своје пореске обавезе (Raskolnikov, 2009: 694). Потенцијално, трошкови којима порески обвезници могу да буду изложени услед непоштовања пореске регулативе условљени су степеном вероватноће откривања таквог понашања, прописаним пореским санкцијама и њиховом ефективном применом, као и склоношћу обвезника да преузму ризик. У околностима када порески обвезници процењују да су трошкови пореске евазије нижи од очекиваних користи, изостаје подстицај да они поштују пореске законе (Keyser Wentworth, Urso Rickel, 1985: 457–458; James, 2005: 44; Hasseldine, 2005: 145). Порески обвезници се тада могу определити за тзв. рационално пореско непоштено поступање.

Економски модел пореске евазије је, на први поглед, уверљив у својој једноставности. Међутим, он није довољно реалан. Наиме, треба указати да ниједна пореска администрација, за сада, нема такав капацитет да стално контролише све пореске обвезнике под својом ингеренцијом и открије сва њихова евазиона понашања. Најчешће се ова чињеница, од стране неких пореских обвезника, умешно и „укључује“ у економску рачуницу приликом

опредељивања за пореско евазионо понашање. Такође, врло је важна и строгост пореских санкција и њихова доследна примена у случајевима откривања пореских деликата. У супротном, изостаје ефекат одвраћања и застрашивања обвезника од несавесног пореског понашања.

У економском моделу пореске евазије, неретко се истиче и утицај пореских стопа и њиховог повећања на одлуку коју у погледу плаћања пореза доносе порески обвезници. Емпиријска истраживања углавном потврђују логично постављену хипотезу да повећање пореских стопа неповољно утиче на испуњавање пореских обавеза, односно смањује ниво пореске сагласности. Уз то, у атмосфери постојања ниског поверења у релацији порески органи – порески обвезници, висока пореска стопа се обично разуме као додатна потврда неадекватног третмана пореских обвезника и негативно утиче на уважавање пореских закона. Уколико је поверење у поменутој релацији високо, повећана пореска стопа и њено прихватање кроз плаћање већих пореза схватају се као акт друштвене солидарности и допринос друштвеном развоју, тј. не одражавају се негативно на поштовање пореских закона (Kirchler, Hoelzl, Wahl: 214–216).

У укупној пореској популацији у свакој држави увек постоји део пореских обвезника који уредно испуњавају своје пореске обавезе, независно од околности да могу бити подвргнути пореској контроли или изложени санкцијама за пореске деликте. *Cost-benefit* анализа потенцијалних пореских понашања, могуће пореске контроле и пореске санкције не опредељују кључно њихову одлуку у погледу тога да ли ће се повиновати пореским обавезама. Покретачи пореског поштења код ових обвезника налазе се изван економске рачунице. На тој су основи развијени психолошки и социолошки (бихејвиорални) модели пореске евазије.

2.2. Психолошки модел пореске евазије

Порези увек делују, са различитим интензитетом, на предузимање активности у личном и пословном животу обвезника пореза. Психолошки модел пореске евазије пажњу усмерава на психолошке факторе везане за личност пореских обвезника, као и на окружење у коме они живе и привређују. У психолошкој литератури се, конкретније финансијској психологији, указује да околина стално утиче на психу пореских обвезника и обликовање њихових унутрашњих ставова. Тако мотиви, жеље, интереси, веровања, системи вредности детерминишу пореска понашања. Такав приступ у објашњењу прихватања пореза формализован је кроз концепт пореског морала. Поред спољних реакција пореских обвезника, дакле, потребно је уважавати и њихову унутрашњу мотивациону структуру

(унутрашњу процену), с обзиром да она битно одређује понашање у вези са испуњавањем пореских обавеза (Torgler, Murphy, 2004: 300). У пореском моралу се збирно рефлектују лични (субјективни) мотиви обвезника и његов економски и друштвени положај и статус.

Опорезивање у принципу доводи до одређених, најчешће, негативних психолошких реакција обвезника. Пореске обавезе се углавном доживљавају као терет који умањује обвезникову економску снагу. У овом се контексту намеће као потребно поједностављење пореске регулативе, да би се лакше разумела и обавезе које прописује прихватиле. Непостојаност, нејасност и сложеност регулативе о порезима јачају уверење обвезника о арбитрарном, неразумљивом и неумереном „непријатељском“ пореском терету, а могу погодовати и појави корупције (Илић Попов, Поповић, 2014: 20). Тиме се формира простор за стварно испољавање психолошких тензија између фискаса и пореских обвезника које су, у уобичајеним стабилним околностима, латентне. Порески обвезник ће психолошки порески терет сматрати прихватљивим и подношљивим уколико тај терет значи умерено пореско оптерећење.

Психолошки модел објашњења понашања пореских обвезника, већ је поменуто, препознатљив је по афирмацији концепта пореског морала. Порески морал представља друштвену и економску спремност пореских обвезника да, у складу са пореским законима, редовно и у целини плаћају порезе, односно савесно испуњавају пореске обавезе према држави (фискусу), као пореском повериоцу (Ловчевић, 1997: 77). Реч је, свакако, о нормама понашања у вези са опорезивањем које одређују која је врста тог понашања корисна (прихватљива), а која штетна са друштвеног становишта (Јелчић, Лончарић-Норват, Шимовић, Арбитина, Мijatовић, 2008: 214).

Мултидимензионални појам пореског морала налази се под утицајем већег броја фактора – културолошких (социо-економске карактеристике, религија, групни идентитет), институционалних (демократска партиципација, степен децентрализације, поверење у институције) и политичко-административних (поступање пореских органа, стратегија наплате пореза, структура пореског система и др.) (Аrsић, Ранджеловић, 2017: 306). Позитивна корелација пореског морала и патриотизма, на индивидуалном и на колективном плану, врло је занимљива. Патриотизам се, између осталог, изражава и плаћањем пореза (Lavoie, 2011: 51). Изражени патриотизам претпоставка је вишег нивоа пореског морала. Одговарајућом владином политиком и адекватним системом образовања може се повољно утицати на патриотизам и порески морал, као осећања унутрашње природе (Konrad, Qari, 2009: 26). Дугогодишња квалитетна

пореска политика најчешће резултира завидним нивоом пореског морала, као показатељем „здравља“ друштва и осећаја заједништва. Везе које спајају појединце са друштвом (државом) нису само чисто рационалне већ су и моралне природе.

2.3. Социолошки модел пореске евазије

Социолошки модел пореске евазије своје упориште има у непоштовању друштвене норме савесног испуњавања пореских обавеза. Друштвена (пореска) норма представља образац понашања који већина процењује на сличан начин у једном друштву и чији га чланови некада, у зависности од датих околности, подржавају а некада не (Анђелковић, 2018: 168). Пожељно је да порези буду прихватљиви према друштвеним стандардима, а култура плаћања пореза (пореска култура) распрострањена.

Култура плаћања пореза је значајан аспект политичке културе. Неплаћање пореза поткопава основе политичког система, чиме се пореска евазија повезује са уставом прописаном обавезом да свако треба да плаћа порез према својој економској снази. Плаћање пореза је јавна дужност, односно обавеза регулисана одговарајућим пореским прописима. Њена реализација, у сваком појединачном случају, представља финализацију јавно-финансијске активности државе. Неопходно је да испуњавање пореских обавеза, фактичка имплементација пореског система и убрани порески приходи имају легитимитет у виду подршке већине бирачког тела. Порески револти су знак кризе таквог легитимитета (Radaelli, 2005: 90). Евентуално присуство распрострањене праксе неплаћања пореза може се третирати, у конкретном друштвеном амбијенту, као резултат непостојања политичке воље да се она сузбије.

Поштовање друштвене норме савесног (уредног) испуњавања пореских обавеза утиче на унутрашњу мотивисаност у погледу позитивне или негативне оцене пореске евазије. Неки порески обвезници спремни су да плаћају порезе захваљујући ефекту угледања и кооперативности (Traxler, 2010: 89), односно непостојању пореске дискриминације у популацији пореских обвезника. Свакако, социјална диференцијација, социјалне неједнакости, заострени социјално-политички односи, произашли из пореских превара које држава толерише, знају да буду врло видљиви. Опорезивање, да би било општеприхваћено и позитивно се одразило на поштовање друштвене норме савесног испуњавања пореских обавеза, мора бити равномерно и правично распоређено на припаднике свих друштвених слојева (Frecknall Hughes, Moizer, 2005: 125; Hasseldine, 2005: 143). Његову примену треба да одликује универзалност, транспарентност

и неселективност а оквири унутар којих се врши расподела пореског терета у друштву правилно постављени.

Правично опорезивање, учешће свих пореских обвезника у финансирању јавне потрошње, непостојање сумње у политику коју води влада и њен кредибилитет, поверење у систем правосуђа, сврсиходно трошење државног новца приликом обезбеђења јавних добара и јавних услуга, квалитетно друштвено управљање погодном утичу на менталитет и свест, тј. морал популације пореских обвезника (Torgler, 2011: 33; Lederman, 2003: 1461). Следствено томе, стид и кривица због пореског неморалног понашања, иако неформални у својој бити, пуно пута могу представљати ефективна средства у спречавању пореске евазије (Wenzel, 2007: 33).

Учтива комуникација пореске власти са поштеним пореским обвезницима доприноси промовисању пореске лојалности. Уважавање честитог пореског понашања се тако, у виду важне поруке, преноси пореском јавном мњењу (Dimitrijević, 2014: 98). Усвојена друштвена норма савесног испуњавања пореских обавеза тако постаје моћна у домену антиевазионе политике.

3. Мултидисциплинарна теоријска знања као смернице дизајнирања делотворне антиевазионе политике

Мноштво чинилаца, како је у претходном делу текста и објашњено, утиче на одлуку пореских обвезника да ли ће поштовати пореску легислативу и, сходно томе, својим поступањем ићи путем пореске (не)регуларности. Мултидисциплинарна теоријска знања о феномену пореске евазије, као врло садржајна, могу креаторима антиевазионе политике значајно помоћи приликом одабира и предузимања потребних активности и мера у овом домену (Gangl, Hofman, Kirchler, 2015: 19).

У савременој пореској држави афирмише се, прилично гласно, идеја да је плаћање пореза друштвена одговорност у сагласју са добрим грађанством. Када је реч о пореским обвезницима правним лицима (корпорацијама) и њиховим пореским обавезама пропагира се тзв. корпоративна пореска одговорност.

Ставови пореских обвезника према поштовању пореског законодавства одређују могућа пореска понашања. Она повратно утичу на обликовање државне политике која се тиче пореске евазије. Њоме треба утицати на пореско понашање обвезника на начин да се што више умање губици средстава за финансирање јавних потреба, настали услед евазије пореза (Bejaković, 2011: 100).

Пореска функција државе не може се ефикасно и рационално остваривати само традиционалним (углавном репресивним) активностима и мерама, предузетим у сврху обезбеђивања повиновања обвезника порезима. Сложено модерно доба захтева стална иновирања и побољшања и у овој сфери државног деловања. Пореска администрација је, стога, временом и еволуирала у снажну институцију, добро организовану и са широким надлежностима у области примене и контроле примене пореских прописа. Уз њу се и други субјекти у друштву укључују у процес предузимања активности и мера у правцу сузбијања појављивања пореске евазије (нпр. медији, образовне институције и сл.). Како би се то постигло, пореским обвезницима је првенствено потребно пружити сигурност да ће сви бити подвргнути правичном и разумном (прихватљивом) пореском третману. Са становишта правног система као целине, они и имају право да очекују такав третман, као и право да претпоставе да ће имплементација пореске регулативе бити правична и непристрасна (Анђелковић, 1999: 119). Битно је да се предупреду узјајмна осећања нетрпељивости пореских органа и обвезника пореза, као традиционално супротстављених страна, и створи клима њиховог међусобног уважавања, разумевања и кооперације у пореском поступку. Кооперативни порескоправни односи у функцији су развоја пореског морала и спречавања евазије пореза.

Потенцијални ставови (понашања) пореских обвезника према испуњавању пореских обавеза су следећи: неспремност да се испуњавају пореске обавезе; непостојање жеље да се испуњавају пореске обавезе, али би она постојала уколико се на понашања пореских обвезника обрати пажња; покушаји да се испуне пореске обавезе али не увек успешни; спремност да се добровољно испуњавају пореске обавезе (Vellutini, 2011:17).

На основу мултидисциплинарних теоријских знања о чиниоцима који опредељују пореску не(са)гласност) и испољених ставова и „форми“ пореских понашања формулишу се приступи у спречавању пореске евазије у облику низа активности и мера. Мишљења смо да различити ставови, као и понашања пореских обвезника у вези са испуњавањем пореских обавеза, захтевају „изнијансирано“ (диференцирано) поступање пореских органа. Олакшавање испуњавања пореских обавеза и пружање одговарајуће помоћи у пореском поступку заслужују одговорни, савесни и поштени порески обвезници. Пореске обвезнике који су неодговорни, несавесни и непоштени треба застрашити откривањем пореске нелојалности и пуном применом прописаних пореских санкција. Како се ставови обвезника према порезима током времена мењају (нису постојани), комбинација учтивог поступања пореских органа (*the respectful approach*) према пореским обвезницима и поступања које у свом фокусу има застрашивање

обвезника и санкционисање разних видова пореске нелојалности (*the deterrence approach*) доста је заступљена. Вештина је открити складну комбинацију превентивних и репресивних активности и мера, које у конкретној пореској збиљи могу да остваре најбоље ефекте. Несумњиво је за то потребан низ предуслова попут: добро организованих, опремљених и професионалних пореских органа; развијене „мреже“ пореских услуга намењених обвезницима (постојање сервиса за пореске обвезнике); погодних административних процеса; одговарајуће културе поступања пореских органа; пореске едукације обвезника; низа општих и посебних антиевазионих активности и мера. Политика спречавања пореске евазије, да би била делотворна, захтева примену спектра активности и мера које су добиле потврду у пракси као погодне за заштиту фискалног интереса државе, али и имплементацију иновираних активности и мера са потенцијалом да додатно допринесу повећању квалитета администрација пореским системом. Све те активности и мере треба примењивати плански и континуирано са усмерењем на развијање афирмативног става према испуњавању пореских обавеза, као и усмерењем ка отклањању узрока штетне појаве каква је пореска евазија.

4. Закључак

Евазија пореза је ограничавајући фактор нормалног одвијања финансијских токова у конкретној земљи и озбиљна претња за интегритет њеног система опорезивања. Чиниоци који утичу на појављивање и величину пореске евазије првенствено су економске природе. Међутим, прилично су изражене, уз ове чиниоце, и социопсихолошке консидарације у вези са самом личношћу пореских обвезника.

Свођење евазије пореза у толерантне оквире подразумева квалитетно разумевање феномена неповиновања обвезника порезима у свој његовој комплексности, као и предузимање бројних делотворних активности и мера антиевазионе политике. У актуелним условима, тежиште поступања пореске власти налази се у покушајима „помирења“ интереса државе, која установљава и уводи порезе, и интереса пореских обвезника, који те порезе плаћају. Такође, фокус рада пореских органа се помера са строгих и дугих пореских контрола и санкционисања несавесних пореских обвезника, ка превенцији непоштеног пореског понашања. Намера је да субјекти у пореском поступку константно поступају у доброј вери (*bona fides*) и да превентивне активности и мере антиевазионе политике добију приоритет у поређењу са репресивним. Наведено представља квалитативно нову димензију у пореским односима и у области вођења политике спречавања

пореске евазије. Проналазак што прихватљивијег одговора на питање зашто се порези плаћају, односно за које намене се троше наплаћени порески приходи, треба усмерити на демистификацију пореске области, стварање позитивне климе за успешно функционисање пореског система и ублажавање негативног става и незадовољства које обвезници, најчешће, према порезима имају и осећају. Да ли ће порески обвезници у својој пореској држави моћи да виде државу која са њима „сарађује“ (кооперативна пореска држава), уместо државе склоне да се „сукобљава“ (конфронтирајућа пореска држава), потврдиће или оповргнути сигурно године које долазе.

Литература/ References

Анђелковић, М. (2018). *Јавне финансије и финансијско право*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета.

Анђелковић, М. (1999). *Пореско право*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета.

Arsić, M., Randjelović, S. (2017). *Ekonomija oporezivanja – Teorija i politika*. Beograd: Ekonomski fakultet – Centar za izdavačku delatnost.

Bejaković, P. (2011). Porezna evazija i predlozi velikih revizorskih kuća za njezino smanjivanje i bolje prikupljanje poreza. *Porezni vjesnik*. 10. 98–103.

Dimitrijević, M. (2014). Odrednice lojalnosti poreskih obveznika. *Pravni život*. 11(LXIII). 89–102.

Frecknall Hughes, J., Moizer, P. (2005). Taxation and Ethics. In Lamb, M., Lymer, A., Freedman, J., James, S. (ed.), *Taxation – An Interdisciplinary Approach to Research* (pp. 125–137). New York: Oxford University Press.

Gangl, K., Hofman, E., Kirchler, E. (2015). Tax authorities' interaction with taxpayers: A conception of compliance in social dilemmas by power and trust. *New Ideas in Psychology*. 37. 13–21.

Hasseldine, J. (2005). Behavioural Studies of Tax Practice. In Lamb, M., Lymer, A., Freedman, J., James, S. (ed.), *Taxation – An Interdisciplinary Approach to Research* (pp.139–151). New York: Oxford University Press.

Илић Попов, Г., Поповић, Д. (2014). Пореска структура и корупција. *Анали Правног факултета у Београду*. 1(LXII). 5–22.

James, S. (2005). Taxation Research as Economic Research. In Lamb, M., Lymer, A., Freedman, J., James, S. (ed.), *Taxation – An Interdisciplinary Approach to Research* (pp. 35–53). New York: Oxford University Press.

Jelčić, B., Lončarić Horvat, O., Šimović, J., Arbutina, H. (2008). *Financijsko pravo i financijska znanost*. Zagreb: Narodne novine.

Keyser Wentworth, D., Urso Rickel, A. (1985). Determinants of Tax Evasion and Compliance. *Behavioral Sciences & the Law*. 4(3). 455–466.

Kirchler, E., Hoelzl, E., Wahl, I. (2008). Enforced versus voluntary tax compliance: The “slippery slope” framework. *Journal of Economic Psychology*. 29. 210–225.

Konrad, K. A., Qari, S. (2009). The Last Refuge of a Scoundrel? Patriotism and Tax Compliance. *IZA Discussion Paper*. 4121. 1–30.

Lavoie, R. (2011). Patriotism and Taxation: The Tax Compliance Implications of The Tea Party Movement. *Loyola of Los Angeles Law Review*. 45. 39–85.

Lederman, L. (2003). The Interplay Between Norms and Enforcement in Tax Compliance. *Ohio State Law Journal*. 6(64). 1453–1514.

Ловчевић, Ј. (1997). *Институције јавних финансија*. Београд: Службени лист СРЈ.

Radaelli, C. M. (2005). Taxation Research as Political Science Research. In Lamb, M., Lymer, A., Freedman, J., James, S. (ed.), *Taxation – An Interdisciplinary Approach to Research* (pp. 85–103). New York: Oxford University Press.

Raskolnikov, A. (2009). Revealing Choices: Using Taxpayer Choice to Target Tax Enforcement. *Columbia Law Review*. 109. 689–754.

Reckers, P. M. J., Sanders, D. L., Roark, S. J. (1994). The Influence of Ethical Attitudes on Taxpayer Compliance. *National Tax Journal*. 4 (XLVII). 825–836.

Torgler, B. (2011). Tax Morale, Eastern Europe and European Enlargement. The World Bank. *Policy Research Working Paper*. No 5911. 1–41.

Torgler, B., Murphy, K. (2004). Tax Morale In Australia: What Shapes It And Has It Changed Over Time? *Journal of Australian Taxation*. 2(7). 298–335.

Traxler, C. (2010). Social norms and conditional cooperative taxpayers. *European Journal of Political Economy*. 26. 89–103.

Vellutini, C. (2011). Key Principles of Risk-Based Audits. In Sultan Khwaja, M., Awasthi, R., Loepnick, J. (ed.), *Risk-Based Tax Audits* (pp. 13–21). Washington: The World Bank.

Wenzel, M. (2007). The Multiplicity of Taxpayer Identities and Their Implications for Tax Ethics. *Law & Policy*. 1(29). 31–50.

Prof. Marina Dimitrijević, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

DESIGNING AN EFFECTIVE TAX EVASION PREVENTION POLICY

Summary

Taxation has always been overcast by the prospect of tax evasion. The phenomenon of tax evasion is based on resistance to paying taxes. It is influenced by numerous factors and accompanied by diverse financial, legal, economic, social, psychological and political effects.

The spectrum and the scope of taxpayers' illicit behaviour in the sphere of compliance with tax regulations essentially reflect the degree of their tax indiscipline. The significant presence of tax evasion calls into question the implementation of the principle of social solidarity and reciprocity in financing public needs, as well as the achievement of liquidity and stability of the budget and public finances. Therefore, quality tax system administration in any country presumes designing an effective policy to prevent tax evasion (anti-evasion policy), aimed at fostering tax loyalty, minimizing the opportunities for tax dishonesty and adequately sanctioning tax delicts.

In effect, short-sightedness and superficial focus on one aspect of the tax evasion problem proves to be inadequate. In seeking new ways to secure tax compliance, tax evasion has to be treated by applying a multidisciplinary approach. In addition, it is important to emphasize the need for a thorough analysis of the perceived obstacles and challenges in the application of tax legislation in order to cast more light on additional opportunities and initiatives for taking purposeful activities and measures aimed at eliminating tax resistance and taxpayers' discontent.

Key words: public finances, taxes, tax system, tax compliance, tax evasion, tax evasion prevention policy (anti-evasion policy).

Prof. Irena Pejić, LL.D.*
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1984

UDK: 342.33:342.5(497.11)
Раđ примљен: 14.11.2019.
Раđ прихваћен: 30.11.2019.

THE CONSTITUTIONAL RATIONALIZATION OF THE SEPARATION OF POWERS: THE CASE OF SERBIA**

Abstract: *The main goal of this paper is to analyze the modalities of the separation of powers in the constitutional state. The starting point is that “pure” forms of separation of powers no longer exist even in traditional constitutional states, whereas in the so-called new democracies the practice is focused on exploring ways of rationalizing the traditional form of parliamentarism. Hence, the semi-presidential system as a new form in the 20th century is proving to be a new platform upon which new modalities of the separation of powers are being built. After considering the theoretical framework of semi-presidentialism, the author focuses on the constitutional approach in the process of selecting the organizational model of the separation of powers. The central topic is the constitutional construction of the separation of powers in Serbia since 1990 and its development through two normative constructions. The last part of the paper highlights, in particular, the prospective of the national separation of powers framework and the possible mechanism for balancing two branches of political power.*

Keywords: *Constitution of Serbia, Government, National Assembly, President of the Republic, semi-presidential system, separation of powers.*

* irena@prafak.ni.ac.rs

** This paper is a result of research on the Project “The Protection of Human and Minority rights in the European Legal Area” (No. 179046), financially supported by the Ministry of Science of the Republic of Serbia.

1. Introduction

A need to explore the possibility of modifying the traditional separation of powers has been evident in the contemporary constitutional state. The “pure” form of separation of powers from the liberal state can no longer give the same effect in the newly created political and social milieu. Hence, difficulties arise when we are trying to choose a constitutional model in so-called new democracies. The power and the role of political parties must be taken into account in modern times because they are the connective tissue of normative constitutional construction. However, according to Carl J. Friedrich “if constitutional law begins to ask what people do under particular constitution, and not merely what battle of words they engage in for the settlement of conflicts among them, the constitutional lawyer becomes a political scientist (one hopes)” (Rosenfeld, Sajó, 2012: 6). In this paper, risking that the principle of separation of powers may move away from interpretation with purely legal arguments, the Serbian constitutional model will be considered by taking into account the undeveloped political and parliamentary pattern that exists in the Republic of Serbia.

Since the beginning of the 20th century, the liberal model of democracy has encountered economic and social challenges which disturbed the capitalist order and led to the emergence of new political choices. This historic milestone has shown that a pure parliamentary model is, with some exceptions, increasingly difficult to implement in its original form. At this stage of constitutional development, new elements have been introduced into the traditional scheme of the separation of powers in order to replace the center of gravity between the constitutional authorities: the legislature and the executive. If we compare this issue with the one at the beginning of the 20th century, it could be said that the modern state based on the separation of powers also requires certain intervention and correction today. It would not be wrong to quote political thinkers from last century (Hugo Preuss, Max Weber and Carl Schmitt) who sought a way out of the parliamentary crisis and considered new forms of government as a modification of classical liberal theory. Thus, Max Weber changed his stance on the correction of parliamentary democracy from his original opinion in 1918, which promotes the liberal concept of balance in parliamentarism, to the latter view that the direct election of the head of state must be accepted as a “need” to prevent parliamentary crises. At that time of the great crisis, English parliamentarism was thought to be “real”, but it did not correspond to the “critical” moment of Germany in the period after the First World War (Kennedy, 2000: xxiv).¹ Also, the Parliament was seen as an authority with reduced function to

1 In this regard, Gustav Radbruch also appreciated the function of the President of the Weimar Republic: “If democracy and parliamentarism are to function, a scale of trust and increasing independence of action must be constructed from the voters in the country through their

the level of a “show”, with no real power to deal with non-parliamentary actors who wish to exert their influence and who do so successfully through political parties they are connected with. However, the light motive was not to encourage the citizens to get involved in politics. On the contrary, when the political game does not work, the divided society should be offered “the opportunity to elect its own powerful national symbol, a symbol standing above politics when politics became too messy”, which was possible through the strong legitimation of one exponent of the executive, i.e. the head of state (Skach, 2007: 98).

The principle of the separation of powers is still the fundamental one in the modern constitutional state, but it has lost its original conceptual and political components. Hence, there is an opinion that this principle is getting old, especially because it is difficult to keep his organizational and functional balance. Due to the growing needs of the modern state, the power shifts to the hands of executive authorities which are able to perform numerous functions, unlike the cumbersome representative assembly. In addition, the phenomenon of the Constitutional Court at the beginning of the 20th century generated theoretical reviews of the traditional separation of power and debates on the potential introduction of a fourth branch of power. Also, considering that numerous independent bodies and agencies carry out important tasks on behalf of the legislative and the executive authorities, a rethinking of the traditional principle is required. Although these modifications have come as a necessity in designing the government of a constitutional state, the problem is particularly emphasized when the principle is applied in states that have no experience with liberal democracy and the separation of powers.

2. The possibility for constitutional approach

In the modern age of the so-called new democracy, the constitutional choice ranges between three options: American, French and German. The American presidential system was impossible to apply in most new democracies under political conditions that form the framework for the constitutional organization of power. The traditional parliamentarism was taken with a reserve because

representatives all the way to the leading statesmen. Among these the Reichspräsident has a special place. ... The Reichspräsident is politically obliged to take appropriate measures if the government, which is responsible only to the parliamentary majority in the Reichstag, asks it of him... and to represent the republic with tact and dignity. ... Against the purely ceremonial interpretation of this office, another fact must be taken into consideration: that the constitution has given the Reichspräsident a fundamentally different political foundation from that of the Reich government based on the parliament, the important foundation of direct election by the people.” (G. Radbruch, “Goldbilanz der Reichsverfassung,” *Die Gesellschaft* 1 (1924), 65-66. Cited according to Kennedy, 2000: xxviii)

it was mainly viewed through the parliamentary monarchy and rarely as the successful experiment of the parliamentary republic, which was the consequence of the possible parliamentary crisis. The constitutional choice, with more or less modifications, has been aimed at the French model of rationalized parliamentarism, also known as the semi-presidential system.

Following the collapse of real-socialism in Europe, a number of states adopted new constitutions establishing the separation of powers as a fundamental principle. In the short meantime, the academic debate focused mainly on the evaluation and effects of the parliamentary system traditionally applied in Western European countries. It was clear that the Presidential model in its original form was not applicable.² Hence, the majority arguments went either “in favor of” or “against” the traditional parliamentary system, that is, for or against introducing rationalization into the level of a semi-presidential model.

Bruce Ackerman is one of the contemporary writers who think that choosing the American model is inappropriate for the new constitutional states. He also considers English parliamentarism, as a pure model under an unwritten constitution, an inappropriate form. Relying on the German mechanism of governmental organization, he thinks it should be the “constrained” parliamentarism (Ackerman, 2000: 641). According to him, the independently elected President of the Republic should not be recognized by the Constitution as a counterweight to the directly elected National Assembly. Instead, the Constitution should protect the Prime Minister and “his” Government as long as they enjoy the parliamentary majority support. The constrained parliamentarism has other mechanisms of “scrutiny”, such as control by independent bodies and agencies through specific constitutional powers, including the Constitutional Court (Ackerman, 2000: 635-636).

Now, the question arises again: where are the limits of the extent to which it was possible to consistently derive the constitutional formula of the separation of powers under the specific political conditions in newly created systems? These conditions have not provided a good basis for the “political game”, despite the view that the parliamentary system would be a safe and stable form in the process of establishing new democracies. The following has not provided a solid ground for the implementation of a pure parliamentary system: an under-built political system (numerous political parties, their fragile structure and somewhere the inherited communist model), a lack of experience with democratic

² According to A. Lijphart (1991: 72), “two fundamental choices that confront architects of new democratic constitutions are those between plurality elections and proportional representation and between parliamentary and presidential forms of government”. Looking at Latin American political systems, J. Linz (1990: 52) emphasized that parliamentarism is “more conducive to stable democracy” than presidentialism. (Also see: Lipset, 1990: 80-83; Horowitz, 1990: 73-79.)

representation and direct elections, as well as a lack of functional capacity of the legislative and executive authorities. The Westminster democracy, as a political framework of English parliamentarism, has not been implemented, but other continental forms (types) have offered elements for discussion.³ Thus, mainly in Eastern European countries, as well as in those created in the former Soviet Union and Yugoslavia, considerable preference has been shown to the French constitutional model, both in academic and in political debates.⁴ There is an opinion suggesting that this system had mainly originated in the process of transition from the authoritarian to a democratic system, as was the case with states dominated by the socialist political system which was firmly and ideologically aligned with the constitutions of that time.⁵

The semi-presidential model has been created in post-socialist countries during the process of democratization at the same time as the process of parliamentarization (Beyme, 2000: 18-19). There is an opinion that the semi-presidential model with proportional representation has been a good compromise between new and old political elites, as well as that it could be “a functional equivalent of party control” with the purpose to avoid “the special interest” of the legislator (Beyme, 2000: 31). Also, the strong President could alleviate weakness of Parliament and the Government in newly created states (Siaroff, 2003: 288). Taking into account all conditions, the semi-presidential system is capable of combining two essential features: greater capacity to rule and greater institutional flexibility than parliamentary and presidential systems (Pasquino, 1997: 136).

The new model of separation of powers was classified in the 1980s by Maurice Duverger as “semi-presidential”, which was defined not only as the simple synthesis of parliamentary and presidential types but as the authentic system in which parliamentary and presidential phases alternate (Duverger, 1980: 165-187). In circumstances where the directly elected head of state enjoys the support of a same majority sitting in Parliament and the support of the Government, there are assumptions for overriding features of the presidential government. In reverse, the system has the characteristics of a parliamentary government

3 It has been developing under the conditions of “unwritten constitution” and a two-party system that was not attainable in the so-called new democracies. (Verney, 1994: 31-48)

4 In addition to new European countries, this system has been implemented in many countries in Asia, Africa and Latin America. In countries that are abandoning the presidential system or at least resisting the influence of this model, G.Sartori (1994: 135-136) believes that a wiser choice is a semi-presidential system, because parliamentarism would be a leap into something different and unknown. Also see Elgie (ed.) 1999; Skach, 2005: 1-2.

5 In addition, the crisis of parliamentarism is a possible cause for the transition to a semi-presidential model, as in the case of the removal of the Fourth French Republic (Pasquino, 1997: 136).

when the Government comes from a parliamentary majority opposed to the President of the Republic. Since this theoretical classification, various subtypes of this model of separation of power have evolved to this day.⁶ The *tertius genus* model is confirmed by the fact that the number of so-called semi-presidential systems has increased. The share of this form of government has jumped from 22% in the 1990s to 33% in 2007 (in the wake of the new constitutions of the North Africa and the Middle East countries).⁷ The rise of the “third” model could also lie in the fact that variations or subtypes of the semi-presidential system have begun to develop rapidly in the modern process of constitutionalization.

Differentia specifica of the semi-presidential model can be found in the following: two different political majorities have the same legitimate source; the directly elected head of state has the ability to “relieve the pressure on parliament to form majorities capable of producing decisions” and he has “strong institutional incentives to inhibit the parliamentary ability to organize a majority” (Möllers, 2013: 112-113). However, there could be found a hidden intent: the head of state with strong institutional capacity can disable a parliament to form majority which leads to the following situation: “the weaker the parliament is, the stronger the president becomes” (Möllers, 2013: 113). Hence, there is an assumption that the head of state can use his competence to dissolve the Parliament in order to destabilize the parliamentary and legislative process. As a consequence, there is an opinion that in the semi-presidential system, unlike the pure presidential model, there will be no two parallel structures of power, but only one of them will remain in the end. Also, unlike in traditional parliamentarism, the Government is less dependent on Parliament; instead, Parliament is largely dependent on the head of state.

Another argument can be made in favor of choosing a semi-presidential model, although it stands on the thin edge of being a counterargument, which is

6 It is worth mentioning the new classification of Shugart and Carey: president-parliamentary and premier-presidential (Shugart, Carey, 2003: 269).

7 According to R. Elgie, countries with a semi-presidential constitution (as of December 2010) are: Algeria (1989), Guinea-Bissau (1993), Russia (1993), Armenia (1995), Haiti (1987), Rwanda (2003), Austria (1945), Iceland (1944), São Tomé e Príncipe (1990), Azerbaijan (1995), Ireland (1937), Senegal (1991), Belarus (1996), Kazakhstan (1993), Serbia (2006), Bulgaria (1991), Kyrgyzstan (1993), Slovakia (1999), Burkina Faso (1991), Lithuania (1992), Slovenia (1992), Cameroon (1991), Macedonia (1991), Sri Lanka (1976), Cape Verde (1990), Mali (1992), Taiwan (1996), Central African Republic (2005), Mauritania (2009), Tanzania (1995), Chad (1996), Mongolia (1992), Timor-Leste (2002), Congo-Kinshasa (2006), Montenegro (2006), Togo (1992), Croatia (1991), Mozambique (1990), Tunisia (1988), Egypt (2007), Namibia (1990), Turkey (2007), Finland (1919), Peru (1993), Ukraine (1996), France (1962), Poland (1990), Yemen (1994), Gabon (1991), Portugal (1976), Georgia (2004), Romania (1990). (Elgie, 2011: 24)

considered to be a consequence of applying this model. The point is that prime ministers in most Eastern European countries have weaker authority than the heads of state, and they are unable to carry out a single term (mandate) in continuity. This can be interpreted as a consequence of the directly elected President of the Republic. Hence, this would be an argument in favor of the parliamentary system in which the Government and the parliamentary majority would be given a chance to assume their position in the separation of powers. On the contrary, the prime ministers of Western European countries are “strong” personalities; they can control the parliamentary majority and their reputation is seen as a necessary support and condition for the political party’s success. In the new democracies, however, prime ministers do not have the capacity to stay in power for a long time; according to Thomas A. Baylis (2007: 82), they have “rarely remained in office long enough to solidify his authority, much less to dominate his nation’s politics”.

From the constitutional point of view, the problem of defining a semi-presidential model lies in the fact that it is not enough to analyze the normative/constitutional framework, but there is a need to consider the political reality on the same issue. If the head of state does not (miss)use his/her competences to strike a balance between the Parliament and the Government, then the semi-presidentialism maintains its values. Vice versa, if the constitutional powers of the head of state are used for political arbitration purposes, even in the pure parliamentary system, then constitutional construction can collapse. According to C. Skach, “at least from the perspective of democracy, presidents who take advantage of this constitutionalized autonomy for an extended period transform their countries from semi-presidential democracies into constitutional dictatorships” (Skach, 2007: 98).

3. The organizational structure in Serbian constitutions since 1990

Along with the fall of the Berlin Wall, the tragic dissolution of the Yugoslav Federation began at the beginning of 1990s. All Federal Republics, later independent states, adopted their own constitutions. The adoption of the Constitution of the Republic of Serbia in 1990 was supposed to institute the system based on the principle of the separation of powers with certain instruments for balancing it. The institutionalization of the separation of powers in Serbia from 1990 until the adoption of the Constitution 2006 went through two stages that marked its development.

The period from 1990 to 2000 was known as Milošević’s rule (the same adjective was also assigned to the Constitution), during which an implementation of the constitutional principles was proceeding under “bad” conditions: the use of an

armed conflict to preserve the Yugoslav Federation (the two-member Federation remained from 1992), the multi- and under-developed party system (without federal political parties), an inherited political structure with the authoritarian rule. However, the organizational construction in the formal sense was semi-presidential. The political majority limited, to say the least, the separation of powers in order to transfer the focus of power to the President of the Republic. The strong political influence of the head of state with his personal authority was moving towards weakening the institutional capacity of other constitutional bodies, primarily the National Assembly. In the first decade, there was (more or less) a complete political consensus in terms of relations between the National Assembly, the Government, and the President of the Republic, which further influenced the strengthening of the President's constitutional and political position. When at one point (in 1993) this political consensus ceased to function and the Government lost the support of the parliamentary majority,⁸ the President decided to exercise his role of "constitutional arbiter" through his competence to dissolve the National Assembly. Thus, the possibility of cohabitation was eliminated and parliamentary elections supplied the President with a political majority; throughout this period, Prime Ministers were weak and "disposable".

The second period of time (from 2000 to 2006) took place under the same legal framework, but with the new "political" constitution: elections at all levels and victory of the opposition coalition that introduced the new democratic Government (Prime Minister Zoran Djindjić and President of the Federal Republic of Yugoslavia Vojislav Kostunica). After 2000, the institutional construction moved towards the parliamentary system with a high level of rationalization, but these elements of rationalization developed on the other hand: between the National Assembly and the Government. If we accept M. Duverger's definition that the semi-presidential Republic is, in fact, an alternative to or replacement of the presidential and parliamentary phases,⁹ it means that in the first years

8 After the early parliamentary elections in 1992, the Government was formed by "a homogeneous political minority" which concurrently supported the President of the Republic. The Government was formed by one political group (SPS) in the National Assembly (101 deputies), but with the consent of the second most powerful political group (SRS with 73 deputies). When the "tacit" agreement failed and the issue of trust in the Government was raised, the President of the Republic used his constitutional authority and dissolved the parliament.

9 According to A. Lijphart, "the strength of Duverger's 1980 analysis is also shown by its predictive ability". Namely, Duverger "dictates not a half-presidential and half-parliamentary form, but alternating presidential and parliamentary phases: presidentialism as long as the presidency and the parliamentary majority belong to the same party or coalition, and parliamentarism when they are in the hands of opposing parties or coalitions." (Lijphart, 1997: 127)

of the second period (2000-2003) Serbia had predominant features of the parliamentary system.

After the parliamentary elections 2003 and the presidential election 2004, it was for the first time that the system began operating under conditions of the “peaceful” cohabitation. This stage predominantly had the characteristics of the premier-presidential form of government because a sort of peaceful cohabitation agreement was reached between the two political majorities, the President and the Prime Minister. With the equal legitimacy source these two constitutional authorities exercised their constitutional powers by protecting an institutional capacity of the National Assembly. The President of the Republic used his right of a suspensive veto, but the Government retained dominance in the legislative process in terms of the number of submitted and adopted legislative proposals. In addition, the President was mainly engaged in foreign policy affairs, while the Prime Minister and his cabinet were performing internal policy affairs. The consensus reached between the parliamentary majority and the parliamentary minority on the adoption of the new Constitution 2006 provided a good basis for ending the first successful cohabitation in the Serbian constitutional system.

After the adoption of the new Serbian Constitution in 2006, the organizational structure of the state in the formal sense remained largely identical to the previous one. The relationship between the legislature and the executive, as well as a correlation within the executive authorities, indicate that the main focus of the separation of powers is highly rationalized in the direction of the semi-presidential model. The Government is subject to formal investiture in the National Assembly at the proposal of the head of state and it is accountable through the ministerial responsibility, individual and collective. On the other hand, the President of the Republic is directly elected by the citizens and he, in addition to the traditional ones, also possesses those constitutional powers that can be a powerful instrument, but only when the “political” constitution provides the conditions for exercising these powers. Thus, the suspensive veto does not automatically is not applicable because the National Assembly decides whether to put the same issue on the agenda, while the power to dissolve parliament can only be exercised by the President of the Republic “upon an elaborated proposal by the Government”. Although formally these powers appear to be “restricted”, they can be used as controlling instruments in the system of separation of powers if the directly elected head of state has “his own” political majority in Parliament and, on the same basis, “his” Government. This shift of focus from the legislative to the executive authority in the constitutional system of Serbia has taken on the characteristics of a semi-presidential system, because it must be taken into account that the formal constitutional framework is subject to the

corresponding dynamics of the so-called political constitution.¹⁰ The author of this paper is inclined to believe that this is a sort of semi-presidential system in the formal sense,¹¹ but under certain political conditions and behavior of government officials, it becomes a type of “constitutional dictatorship”. This “form” has been developed in the current President’s term of office, beginning from the presidential election in 2017. The head of state, who is at the same time the head of the strongest political and parliamentary party, takes over all the activities of the executive authority (although formal acts are signed by disposable “single-use” ministers); thus, the Government becomes a service without action and influence.¹² This situation is directly reflected in the National Assembly, which has been exhausted in supporting the political action of the head of state, and thus loses even the little influence that citizens expect from a representative body. So, if the head of state exercises its political power with strong personal authority (such as in Serbia), a completely distorted mirror of semi-presidentialism is created and the Constitution becomes merely a cover for a “false” separation of powers. Although we are only dealing here with the political authorities, such “usurpation” of powers undermines the concept of the rule of law because it directly affects the independent judiciary. In fact, in-

10 There are different views in the national literature about the nature of constitutional organization of powers. Thus, during the 1990 Constitution, such a shift of focus, in the opinion of P. Nikolić (1991: 91), indicated one (by its construction) mixed and quasi-parliamentary system in Serbia, while M. Jovičić (1992: 34) believed that the system could be classified in the semi-presidential group. After the adoption of the 2006 Constitution, authors also had their own views on it. Thus, R. Marković (2008: 208) believes that the system “has the external characteristics of a mixed system” but, considering the limited powers of the President of the Republic to appoint and dismiss the Prime Minister, the system “tends to be more parliamentary than a mixed system”, i.e. it tends to “streamline the parliamentary system”. D. Simović (2008: 316) believes the 2006 Constitution weakened the position of the President of the Republic and strengthened the position of the Government, and “it is unambiguous from the whole of the constitutional solutions that the Government is the only effective and operational part of the executive”. According to S. P. Orlović (2016: 1211), the President of the Republic should not be “party-involved”. If this constitutional function is connected with party-involved function, the constitutional organization of powers is deformed.

11 Until recently, the classification of Serbia’s constitutional model has not appeared in comparative literature. It could be said that Milosević’s rule was not suitable for classification; thus, the Serbian Constitution of 1990 was not taken as the basis for the classification of the national model. In one of the recent classifications given in the monograph study by R. Elgie (2012: 24), Serbia is listed as one of the 20 post-communist countries implementing the semi-presidential system.

12 It is possible to compare this situation with the early beginning of the Fifth French Republic when, according to C. Skach, there was “one clearly observable symptom of constitutional dictatorship” embodied in the president’s “packing the cabinet with non-party colleagues rather than with representatives from the political parties” (Skach, 2007: 98). This is precisely the case with the Prime Minister in Serbia.

dependent judicial bodies (the High Court of Justice and the State Prosecutors' Council) are elected by the National Assembly, which is then reflected in the process of appointing judges and prosecutors. The latter is not only a hallmark of the most recent time but it has also been a flaw in all legislatures since 2006.

4. Prospective national construction of the separation of powers

The main issue we are facing now is: whether the future constitutional change can bring the pendulum back into balance and enable the establishment of a parliamentary Government with a stable Prime Minister as a political leader, or put differently, whether the existing formal framework should be preserved in anticipation that in the future there will be an opportunity for alternating presidential and parliamentary phases without an authority overrun. It is difficult to give an answer to this question which would completely satisfy the goals of the separation of powers, since it is almost impossible to consistently defend one model without neglecting political parties' rules and a projection of their forces in the future (Pejić, 2016: 67-85). In addition to looking at potential solutions through their formal expression, it is necessary to consider the possibilities of a "living" constitution and political "game" that can be developed under the same formal normative framework. The meaning of "political rules" in new democracies is not the same as in Western European countries¹³ because they are "fresh" and have fluid forms with changeable participants in the political process (considering the pronounced tendency to choose leaders who can "create and break" rules on their own).

Given that both models of profiling the head of state, the "parliamentary" and the "plebiscitary" President of the Republic, can be found in European constitutions, pleading for one of them should be based on arguments about the institutional strength and the need for stability of the separation of powers in Serbia. If we consider the existing circumstances in the national system pertaining to the relationship between the two branches of political power, the legislative authority has been more exposed to erosion of its functional power than it has been the case with the executive authorities. This is supported by the absolute dominance of the Government in the process of drafting the law, whereby the National Assembly has not used constitutional competences to strengthen its own position as a representative and legislative authority. Not only did the government's bills far exceed the legislative initiative of the deputies, but the Parliament did

13 Karl von Beyme (2018: 41) opens a new view on Eastern European democracies as "defective democracies", in which danger arises "because the tradition of a sufficiently established party system has not yet evolved". In addition to Romania and Slovakia, Serbia is a country where "the fluctuation of electors to which populist groups contribute threatens to contribute to unstable party systems".

not put on the agenda the initiatives that came directly from the citizens (the national initiative). Thus, the parliamentary majorities in all legislatures thus far have made themselves completely dependent on governmental bills, as well as on the executive action in general (and on the Presidential action in particular). The parliamentary majority in the National Assembly has behaved “submissively” towards the executive authority and it has respected, without reservation, the Government’s proposals for implementing urgent law-making procedures (reducing the time for discussion in the plenum and limiting the participation of the parliamentary minority). This has compromised the parliamentary structure and its power in two ways: firstly, by weakening the parliamentary opposition and, second, by weakening the individual position of parliamentarians (MPs). Consequently, a contextual legitimation of the National Assembly is gradually decreasing due to the continued neglect of the parliamentary minority. There has been no attempt to establish “the opposition days” or days reserved for minority bills, which may serve as a kind of “vent pipe” and an opportunity to hear “a second opinion”, especially in favor of strengthening the functional capacity of Parliament in relation to the Government.

On the other hand, the dominance of the Government in the legislative process is obvious and, in a way, it is implied in the rationalized parliamentary system. The main problem here is about exercising a function of the “real” chief executive: is it the Prime Minister or the President of the Republic? The next question is also whether it is possible to establish a parliamentary balance when the representative body has a monocameral structure. The bicameral assembly is a good “proofreader” in the relationship between the Parliament and the Government; it is an opportunity for “a second opinion” of the other house with the capacity to reduce an executive political influence and ensure stability within the legislative authority with an aim of pursuing legislative policy. The bicameral structure of Parliament could protect the legislative functional capacity since the Government cannot dominate, through its proposals and powers, at all stages of the legislative procedure. Therefore, changing the structure of parliament could be one of the factors for balancing power in the “plebiscitary” President system. Thus, the constitutional construction including the bicameral Parliament, the Government, and the “plebiscitary” President could meet the needs of the separation of powers in the theoretical point of view. However, from the political point of view this institutional construction could be dangerous: the second house can be a nucleus for the “plebiscitary” President domination if the lower house would be won by the opposition.

The second possible change in the constitutional construction would be the introduction of the “parliamentary” President with the aim of minimizing the consequences of rationalizing parliamentarism and balancing the separation

of powers. The head of state could be elected by Parliament and he would not necessarily be the leader of the strongest political party. In this way, he can be “a neutral arbiter”, leaving it to the Government to fully exercise its supremacy of political action. If the National Assembly remains in its monocameral form, there is a possibility to provide dual-structure representation within it. More precisely, the electoral system might ensure a “duality” in the representation if half of MPs are elected on a proportional basis and the other half on the basis of the majority system. In addition to the programmatic representation, the personal choice election should be introduced as an opportunity for balancing the separation of powers through an alternative form of representation. It should not necessarily be the purely territorial representation, but it could provide a chance for expressing other opinions which are not automatically politically disciplined and forced. Therefore, the relationship between the monocameral National Assembly, the Government and the “parliamentary” President would be appropriate for the constitutional construction in Serbia.

When it comes to the responsibility of the two constitutional branches, in addition to their accountability before the citizens as the original source of constitutional power, it is important to introduce the concept of legal responsibility (liability) of the head of state in the construction of the “plebiscitary” President. In this respect, the current Constitution of Serbia has an inconsistent model, indicating that the President of the Republic is accountable for “the violation of the Constitution” to the National Assembly although, under the Constitution, it is the Constitutional Court that is vested with the authority to adjudicate in liability-related proceedings. However, as the final decision is made by a two-thirds parliamentary majority, then it can be reasonably said that the political responsibility of the President of the Republic has been (covertly) introduced through “the back door”. Therefore, it is important to return this aspect of the separation of powers to the legal meaning of this principle; to this effect, the Constitutional Court or the Supreme Court in the state should be obliged to decide on the legal responsibility (criminal liability) of the head of state.

5. Conclusion

Considering the constitutional period since the adoption of the 1990 Constitution and the subsequent adoption of the 2006 Constitution of the independent Republic of Serbia until the present, it can be said that the state has gone through several phases. In a relatively short time, we had two constitutions and experienced several political transformations in the system of separation of powers, which basically retained the hallmarks of semi-presidentialism. Although drawing a line and making substantiated conclusion requires a longer constitutional

and political experience, it is possible to make a cross-section of what has been achieved and present some solutions for prospective constitutional changes. The starting point should be sought in the mechanism (or mode) for balancing the separation of powers, which should have a “safety valve” to overcome potential conflicts between different political majorities. When tension in political power relations escalates, one should use the “express pot” safety mechanism and find an authority which has legitimacy to give a “second opinion”. In the traditional parliamentary system, this mechanism can be found in the so-called “parliamentary” head of state as a neutral arbiter in the political sense.

On the other hand, the so-called “plebiscitary” President cannot be a neutral arbiter in the political framework of rationalized parliamentarism. With the dominant Government and the powerful head of state, there is a real danger that the National Assembly will be completely stifled “in the arms” of the executive authority. The constitutional reality in Serbia is such that it has not been possible thus far to clearly identify the institutional powerholders, but only the personal holders of power. Thus, for example, the institutional position of the National Assembly has heavily depended on the politicians in the position of the Prime Minister or the head of state, involving an open process of personalizing power. The “personalization” of power can be understood in two ways: firstly, as the danger of overruling and usurping power, and secondly, as “creeping” instrumentalization of constitutional mechanisms by an exponent of the executive power who embodies the personal authority and the power of a political party.

Therefore, it is important to think about restoring the power to the National Assembly, which can be done potentially through a bicameral or dual-structure and by envisaging instruments for its functional strengthening. A bicameral or dual-structure would open up the possibility of mitigating programmatic or political representation and introduce territorial or functional representation, which would provide a “second house” opinion. In a situation where the head of state uses his powers excessively, suppressing the National Assembly and the Government with absolute personal and political authority, the solution may be found in obtaining a “second opinion” of the majority supported by the citizens, which does not necessarily have to be party-oriented. Also, the process of distancing from the executive branch may include resorting to the Constitution (constitutional provisions) and strengthening direct democracy by instituting a referendum and by placing mandatory popular/citizen initiatives on the parliamentary agenda. The urgent legislative procedure, which is favored by the Government despite its clear dominance among the parliamentary majority, should be limited. Finally, it is necessary to establish the so-called “opposition days”, when the parliamentary minority MPs would be able to present their proposals and bills that may later be discussed in the plenary session.

References

- Ackerman, B. (2000). "New Separation of Powers", *Harvard Law Review*, vol. 113. no. 3. 633-729.
- Baylis, T.A. (2007). "Embattled executives: Prime-ministerial weakness in East Central Europe". *Communist and Post-Communist Studies*. no. 40. 81-106.
- Beyme, K.v. (2000). *Parliamentary Democracy: Democratization, Destabilization, Reconsolidation, 1789-1999*. Palgrave Macmillan. London.
- Beyme, K.v. (2018). *From Post-democracy to Neo-Democracy*. Springer International Publishing.
- Duverger, M. (1980). "A New Political System Model: Semi-Presidential Government", *European Journal of Political Research*. vol. 8. no. 2. 165-187.
- Elgie, R. ed. (1999). *Semi-presidentialism in Europe*. Oxford University Press.
- Elgie, R. (2012). *Semi-Presidentialism: Sub-Types and Democratic Performance*. Oxford University Press.
- Horowitz, Donald L. (1990). "Presidents vs. Parliaments: Comparing Democratic Systems". *Journal of Democracy*. vol. 1. no. 4. 73-79.
- Jovičić, M. (1992). „Parlamentarni sistem nasuprot predsedničkom i skupštinskom sistemu“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*. no. 1. 29-49.
- Kennedy, E. (2000). "Introduction: Carl Schmitt's *Parlamentarismus* in its Historical Context". In Carl Schmitt, *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Cambridge, Massachusetts and London: Mit Press.
- Lijphart, A. (1991). "Constitutional Choices for New Democracies", *Journal of Democracy*, vol. 2. no. 1. 72-84.
- Lijphart, A. (1997). "Nomination: Trichotomy or dichotomy?". *European Journal of Political Research*. no. 31. 125-146.
- Linz, Juan J. (1990). "The Perils of Presidentialism". *Journal of Democracy*, vol. 1. no. 1. 51-69.
- Lipset, Seymour M. (1990). "Presidents vs. Parliaments: The Centrality of Political Culture". *Journal of Democracy*. vol. 1. no. 4. 80-83.
- Marković, R. (2008). *Ustavno pravo i političke institucije*, Beograd: Službeni glasnik.
- Möllers, C. (2013). *The Three Branches, a Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford University Press.

- Nikolić, P. (1991). „Ustav Srbije i problemi demokratizacije“, *Pravni život*, no. 1-2. 92-105
- Orlović, S.P. (2016). „Šef države u Srbiji - kralj naspram predsednika republike“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, no. 4. 1197-1212.
- Pasquino, G. (1997). “Semi-presidentialism: A political model at work”. *European Journal of Political Research*. no. 35. 128-137.
- Pejić, I. (2016). „Parlamentarna vlada – mogućnosti ravnoteže u sistemu podele vlasti“. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. no. 73. 67-85.
- Rosenfeld, M., Sajó A. (Eds.). (2012). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press.
- Sartori, G. (1994). *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*. New York: Springer.
- Schmitt, C. (2000). *The Crisis of Parliamentary Democracy*. (translated by Ellen Kennedy). Cambridge, Massachusetts and London: Mit Press.
- Shugart, M.S., Carey J.M. (2003). *Presidents and Assemblies*. Cambridge University Press.
- Siaroff, A. (2003). “Comparative presidencies: The inadequacy of the presidential, semi-presidential and parliamentary distinction”, *European Journal of Political Research*. no. 42. 287-312.
- Simović, D. (2008). *Polupredsednički sistem*, Beograd: Službeni glasnik.
- Skach, C. (2005). *Borrowing Constitutional Designs: Constitutional Law in Weimar Germany and the French Fifth Republic*. Princeton and Oxford: Princeton University Press.
- Skach, C. (2007). „The “ newest ” separation of powers: Semi-presidentialism“. *International Journal of Constitutional Law*. vol. 5. no. 1. 93–121.
- Verney, D.V. (1994). “Parliamentary Government and Presidential Government”. In A.Lijphart (ed.). *Parliamentary versus Presidential Government*. Oxford University Press. 31-48.
- Wiberg, M. (1995). “Parliamentary Questioning: Control by Communication?”, in: H.Döring (ed.) *Parliaments and Majority Rule in Western Europe*. Mannheim: Centre for European Social Research.

Др Ирена Пејић,

Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

УСТАВНА РАЦИОНАЛИЗАЦИЈА ПОДЕЛЕ ВЛАСТИ - НА ПРИМЕРУ СРБИЈЕ

Резиме

Упркос томе што је променио своју изворну идеју и политичку компоненту, принцип поделе власти остао је фундаментални принцип модерне уставне државе мада има мишљења да је овај принцип „остарио“. Након слома реалсоцијализма у Европи велики број бивших социјалистичких земаља донео је нове уставе којима је успостављен систем организације власти заснован на подели власти као темељном принципу правне државе. Бројне академске расправе, које су уследиле у кратком временском интервалу до доношења нових конститутивних аката, биле су усмерене претежно на оцену „ефеката“ парламентарног система. Међутим, највећи број нових устава определио се за трећи модел, тј. полупредседнички тип који је у процесу демократизације постсоцијалистичких земаља развијао своје особености паралелно са процесом парламентаризације. Има мишљења да је полупредседнички систем у комбинацији са пропорционалним изборима у новим системима био добар компромис између „нових и старих“ политичких елита.

Разматрајући кратку уставну историју Србије од доношења грађанског устава Републике 1990. године, а потом и Устава прве самосталне Републике 2006. године, могло би се рећи да је држава прошла кроз неколико фаза. У релативно кратком раздобљу добили смо два уставна формата и неколико политичких трансформација у систему поделе власти што се одразило на релну позицију шефа државе који је од почетка био профилисан као “плебисцитарни председник”. Дакле, у уставном аранжману поделе власти учињена је значајна рационализација парламентаризма у корист егzekутиве, што је настало као последица низа друштвених, политичких, економских и социјалних захтева, упркос одсуству искуства са савременом формом поделе власт.

Питање пред којим се сада налазимо јесте: да ли је потребно мењати уставни оквир организације власти који би вратио клатно у оквире равнотеже парламентаризма јачањем владе и њеног председника у функцији „политичког вође“ егzekутиве или треба очувати формални оквир који и надаље пружа могућности за политичку алтернацију „моћи“ унутар извршне власти између председника Републике и председника Владе. С обзиром да су оба модела

профилисања функције шефа државе, „парламентарни“ и „плебисцитарни председник“, нашла своје утемељење у европским уставима, пледирање за један од њих требало би засновати на аргументацији о институционалној снази и потреби стабилности уставне власти. Политичка реалност у Србији је таква да се до сада нису могли јасно утврдити институционални, већ само персонални носиоци власти. Тако је институционална позиција Народне скупштине у великој мери зависила од чланова и председника Владе или од непосредно изабраног шефа државе, уз отворену опасност персонализације власти и прерастања у “уставну диктатуру”. Отуда је вазно размислити о успостављању јаког народног представништва у лику Народне скупштине, што може бити уцињено најпре кроз њену “бикамерализацију” и увођење дома за “друго мишљење”, а потом и кроз инструменте за њено функционално јачање (преко снажења облика непосредне демократије, успостављања тзв. опозиционих дана и јачањем индивидуалне позиције народних представника). Дакле, уз задржавање форме “плебисцитарног председника” неопходно је унети бикамералну структуру парламента, која би могла да стабилизује односе како унутар легислативе, тако и у односу према егзекутиви.

Кључне речи: Устав Републике Србије, Влада, Народна скупштина, Председник Републике, полупредседнички систем, подела власти.

Prof. Predrag Cvetković, LL.D.*
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1984

UDK: 339.5:341.232
Раџ примљен: 24.09.2019.
Раџ прихваћен: 11.12.2019.

LAW AS A COMPLEX ADAPTIVE SYSTEM: PATH TOWARD SELF-SUSTAINABILITY OF LEGAL FRAMEWORK

Abstract: *The topic of the paper is the possible implementation of the Complex Adaptive Systems (CAS) concept in the field of law. The CAS concept rests on the existence of a dynamic network with many actors (individuals, companies, states, and international institutions), acting simultaneously and constantly responding to the behavior of other actors in the network. The Complex Adaptive System is based on connections that are generated by gradual induction of certain rules; thus, the newly established order is not conditioned by a superior authority, but it functions as a self-regulated one. The CAS concept is not hierarchical, but heterarchical. Unlike the hierarchical structure, heterarchy is a structure that rests on a number of centers of equal standing in the system. The heterarchical system does not rest on the premise of fundamental unity, universal interests, and alike (as common features of the hierarchical system). Instead, the heterarchical system generates rules that cannot be observed and analyzed separately from the application process. The ability of actors or agents to respond to new challenges determines the adaptive character of this system. Applied to the field of law, the CAS concept is especially important when the legal situation at stake is prone to the change of the fundamentals on which it was based at the outset. The actors of the legal relationship (viewed as part of the CAS network) define mutual relations on the basis of the acquired experience resulting from the operation of the particular system. The Complex Adaptive System has tendency to retain patterns that have proved to be adequate and usable for a further process of self-construction of the order in the system. The factors driving and enabling the connection within the*

* pepi@prafak.ni.ac.rs

** The paper is the result of research within the project "Protection of Human and Minority Rights in the European Legal Area" (N° 179046), implemented by the Faculty of Law, University of Nis, and financially supported by the Ministry of Education and Science of the Republic of Serbia.

elements of “law-oriented” complex adaptive systems are embodied in common values, principles and methods of interpretation. The paper illustrates the application of the CAS concept by providing the example of convergence among the agreements from the field of Foreign Investments Law (FIL).

Keywords: *Complex Adaptive System; Autopoietic System; Foreign Investments Law.*

1. Introduction

The Complex Adaptive System Theory attempts to understand the structure and behavior of complex systems, focusing on the cooperative interactions of individual components that give rise to unpredictable outcomes and events. The opposite concept is reductionism, based on the following presumption: the problem at stake is divided into smallest parts and analyzed from small to the most complex in order to respond to the posed questions. Complex systems are non-linear in terms of consequences: i.e., the results of the interaction among the parts of the non-linear system are not the sum of its parts. Furthermore, this sum also differs qualitatively from the sum of the added parts. Unlike non-linear systems, the linear ones are characterized by the situation in which cause and effect have a clear causal relationship and scalable result.¹ In the non-linear systems, collective actions on individual parts generate results which are difficult to predict.²

1 The issue of scalability of legal norms rests on the following premises. Law as a system is based on the implicit notion that a legal norm is arbitrarily scalable, i.e. that a legal rule can adequately regulate matters within its scope, irrespective of their size and frequency. This unsubstantiated assumption leads to a partial overstrain of the law and corresponding dysfunctions. The issue of scalability can be illustrated with the following example. In customary international law, the compelling requirement of non-refoulement has emerged, according to which a refugee at the state border must not be rejected or returned to the home country. The application of this ethically inspired legal principle is possible without serious obstacles and tensions as long as the number the refugees (in terms of magnitude) remains acceptable to the receiving State. If this condition is no longer met (for example, because of a civil war), there is a mass flight of a huge number of people, and the application of the non-refoulement principle reaches its limits. In other words, the requirement of non-refoulement is not an arbitrarily scalable norm of customary international law. The scalability issue is relevant in many disciplines (e.g., engineering, information technology and logistics) as a fundamental factor in the successful organization of production, transport and data transmission processes. Regarding the law, there is a considerable research deficit on the role and effect of scalability in legal discourse. See more in: Probst, T. *Das Recht im Spannungsfeld von Sprache, Geist, Gesellschaft, Wirtschaft und Technik: Gedanken zur Phänomenologie des Rechts. Zeitschrift für schweizerisches Recht. - Basel. -Bd. 136(2017), Halbbd. 1, H. 3, p. 289-315.*

2 The complexity is the third step in the continuum describing the level of intricacy attached to the issue concerned. The first one is the feature of simplicity (simple problems can be

In non-complex systems, removing one element (which reduces the level of intricacy of the observed system) does not fundamentally alter the system's behavior apart from that which directly resulted from the piece that was removed. Complexity arises when the dependencies among the elements become important. In such a system, removing one such element influences the system operations to an extent that goes well beyond what is embodied by the particular element that is removed (Miller, Page, 2009: 9).

2. Complex Adaptive System Theory

The application of the Complex Adaptive System Theory in the field of law has its roots in the teaching of Niklas Luhmann. He posits that one system is always part of environment of the other one. People cannot exist without social systems (Luhmann, Rechtswissenschaftler, 1984: 92). However, those systems do not coincide. There are boundaries between them, produced by virtue of communication in the framework of the system concerned (Luhmann, Rechtswissenschaftler, 1984: 191 ff).

The law is seen as a subsystem of the social system functionally similar to other subsystems, such as: politics, economy, education, etc. Law has the function of stabilizing normative expectations (Luhmann, 2008: 94 ff). Viewed as a complex system, law communicates in terms of binary code: certain fact is either legal or illegal (Luhmann, 2008: 66-75). Legal communications are those belonging to the system: they are unresponsive to the communications from different system (weather forecast, political gossiping, or bribe). It is true that legal norms are applied to situations which, as such, are not part of the legal system. But, it is the law itself that determines what circumstances are relevant according to legal criteria. Therefore, Luhmann describes the law as an operationally closed system (Luhmann, 2008: 38 ff). Legal system is closed because every communication refers to the norm which is, by definition, part of the legal system.

The “operative closure” of a system becomes possible because it can distinguish itself from its environment. What distinguishes a form of communication so that it is recognizable as belonging to the legal system? Luhmann's answer is that law can distinguish itself from its environment by judging it in order to make

solved and their outcomes predicted with great precision because cause equals effect); the second one is “complication” (complicated problems contain a subset of simple problems; yet, once resolved, they do not require further solving); the third one is complexity of the problem. Simple and complicated problems are within the boundaries of cause equals effect. The relationship between cause and effect in the discourse of complex problems is outside the framework of the foregoing “cause-effect” relationship. See more in: Giudice, J. M. (2016). *Through the Lens of Complex Systems Theory: Why Regulators Must Understand the Economy and Society as a Complex System*. *U. Rich. L. Rev.*, 51, 7.p. 105.

the distinction between right (legal) and wrong (illegal) as the differentiation criteria. The unity of the legal system emerges from the following premise: all communications within the system are related to the dichotomy of right and wrong. Other systems have different core idea that forms the basis for communications with the system: economy is the system in which all communications deal with value and cost; science is about true and false, etc. This very core idea is a differentiation criterion for distinguishing the system at stake from its environment formed by other systems.

Communications that are based on the legal/illegal dichotomy can be made by anyone at any time and at any place. The boundaries of the law as a set of all law-relevant communications thus run across all institutions and organizations. A legal system reduces this complexity by using actions as the communication unit (Luhmann, 1993: 74 ff). Namely, the legal system in a narrower sense comprises acts that cause legal consequences. The content of the law is based on certain acts: all subsequent operations of the law have to take into account the previous communications (embodied in the communication unit-particular action). One communication always connects to another. Many communications evoke new communications relating to earlier communications within the system: e.g., a court responds to the submitted complaint by instituting civil proceedings and, in the end, the court “communicates” the judgment.

In the context of Luhmann’s theory, law is viewed as an autopoietic system. An autopoietic system is capable of reproducing and maintaining itself.³ In the same vein, the legal system viewed as a communication network has the ability to reproduce itself from its element. Therefore, legal system is labeled as an autopoietic one: legality cannot be obtained from the environment outside of the law as a whole (Luhmann, 1993: 69). In other words, the law reproduces

3 The word is composed of Greek words (“auto”= self and poiesis = creation, production). The term was introduced by Chilean biologists Humberto Maturana and Francisco Varela to define the self-maintaining chemistry of living cells. The concept has been applied ever since to the fields of cognition, systems theory, and sociology. See: Maturana, H.R. and Varela, F.J., (1991). *Autopoiesis and cognition: The realization of the living* (Vol. 42), Springer Science & Business Media. According to the authors, an autopoietic machine is organized as a network of processes of production (transformation and destruction) of components which: (i) through their interactions and transformations continuously regenerate and realize the network of processes (relations) that produced them; and (ii) constitute the system as a concrete unity in space in which its exist by specifying the topological domain of its realization as such a network (Maturana, Varela, 1991: 78). The opposite of an autopoietic system is an allopoietic system (allopoietic = made by a stranger’s hand), where the final result is different from the system that produces it; an illustrative example is the car assembly line that delivers a car different from the machines that produce it.

itself in a recursive process where new system operations always tie in with the network of own operations.

Autopoietic systems, including the legal system, are reflexive: they can observe themselves at work. They can direct their operations to prioritize their own identities by using the guiding distinction that sets them apart from their environment. Their identity is generated by self-observation. *Mutatis mutandis*, within the legal system, the system boundaries are constantly self-monitored and self-controlled by internal tools established by the legal system itself.

Since the legal system is concerned with norms, the separation between law and other systems forming its environment is restricted to the normative one. Cognitively, the legal system remains open (informational openness). Of course, in the legal system, one can take note of what is happening in the world. But, the system can only react to that with its own yardsticks.⁴

Today, in the field of jurisprudence, Luhmann's systems theory is primarily influenced by Gunther Teubner. In 1989, Teubner elaborated his ideas of systems theory as the basis of sociology of law (Teubner, 1989: 20 ff). He absorbed the notion of the autopoiesis of the legal system. Thus, Autopoiesis and the autonomy of the legal system are not simply the result of self-referential linking of legal communications, but the recursive combination of results of connections. Teubner's view is that legalization of society always means the socialization of law. This is not to be understood simply as an "interaction" between law and the social subsystem, but as a dynamic cumulative process in which a "chain of misreadings" is built, driving both systems forward in a dynamic of misunderstandings. Legalization of society means that social phenomena (e.g. political or economic ones) are re-read into the language of law and transformed into legal phenomena and processed as legal realities. Socialization of law means that new legal phenomena (formed as the result of "legalization" of societal ones) are again perceived and reconstructed back in the realm of societal relations, and so on. Teubner posits that interaction between law and its environment (other subsystems, such as politics and economy) is an infinite process of mutual reading of newly produced realities (Teubner, 1997: 24). He added the expla-

4 The normative separation (closure) and informational openness of a legal system can be illustrated in comparison with the function of hospitals. Hospitals cannot abolish accidents (the health care system is separated from the interior affairs bodies) but they must do their best to take good care of the injured. Accordingly, for example, courts cannot print money to compensate for the financial lost but they can resort to their own resources by awarding damages in response to a properly substantiated claim. The normative closure is not without leaks: non-systemic communication forms the "noise" and potentially "irritates" the system as a whole. In law (especially in international law lacking the overarching authority), "noises" could have political value and, as such, they tend to be transformed into the normative realm.

nation regarding the “noise” and “irritations” in terms of Luhmann’s approach. The “noises” are the result of the clash of rationalities (labelled by Teubner as “intrinsic logic”) peculiar for each subsystem (politics, economy, etc). Every social sphere of action develops its idiosyncratic formal rationality, which is in an indissoluble conflict with the rationalities of other areas (Teubner, 2007: 116). This conflict arises because the social functional systems are presented as expansive: politics wants to politicize everything; economics endeavours to economize everything; the law attempts to justify both, etc. This position reflects the Luhmann’s concept of the core idea as the differentiation criterion.⁵

3. International law as a complex adaptive system

The international legal system consists of many diverse components influencing its evolution. The main feature of those components is their heterogeneity: states, international organizations, international and national courts and tribunals, non-governmental organizations, and individuals, which all differ in critical characteristics. Therefore, the development of international law is a complex process due to the number of contributors with non-identical (and frequently quite opposite) aims, methods and origins. The international legal system is generally a product of international relations and the continual formal and informal relationships between the actors from political, cultural, scientific and military spheres.

This reveals two important complex properties of the international legal system.

First, states, institutions and organizations are constantly re-defining their aims in accordance with their own dynamics as well as the one relevant for international discourse. Hence, international law norms create rules of conduct that are by no means continuously scalable and linear.⁶

Second, the various classes of different autonomous components of international law indicate the *heterogeneity* of the international legal system’s actors. In order to achieve any significant international legal development, the support of the majority of states is needed. However, all states are legally independent and their interests and aims vary. According to the complexity theory, this diversity is not random; on the contrary, it is the result of the environment of the specific system and the actions of other states. Consequently, it is plausible to posit that international law is a decentralized system.

5 See more about differentiation criterion *supra* in part 2.

6 See more about scalability and linearity as the feature of legal norms *supra* in footnotes 1-2 and accompanying text.

However, the application of the Complex Adaptive System Theory to international law lacks some elements which are present in the national set of norms; for example, what is the core norm of certain field of International Law? Ruhl calls it a deterministic rule (Ruhl, 2007: 901). This particular issue could be prevailed by adding more dynamic into the understanding of international law as a complex adaptive system (using Teubner's recursive feature of interactions between law and other subsystems). In order to be efficient, international mechanisms and institutions should be governed as a complex adaptive system: adaptive or decentralized governance is more suitable than the classical hierarchical structures of the international legal order. In effect, by applying the principles of complex adaptive systems to international law and its different actors, institutions and forms, the system's operational format becomes clearer, which eventually enables to seek response to questions regarding the system operative methods and goals. In terms of International Economic Law, there is a huge number of international agreements with an overlapping object of regulation which mutually influences their respective content, legal strength and place in the hierarchy of legal norms; for example, EU members are obliged to observe the EU rules as well as the rules generated within the framework of the World Trade Organization.

3.1. International Law on Foreign Investments as an example of a complex adaptive system

Like other social structures, International Law on Foreign Investments (ILFI) has the qualities of a complex adaptive system.

First of all, ILFI was not introduced via some "grand design" or "major constitutional moment" (Pauwelyn, 2014: 385) in a one-time endeavor; similar to other legal disciplines, it emerged gradually from a series of steps. In a way, this emerging path was incremental in the sense that no quant leap is observable from the up-to-date dynamic of ILFI development. The main vector for the establishment and evolution of the substantive ILFI framework were Bilateral Investment Treaties (BITs).⁷ On the procedural side of ILFI continuum, there was the establishment of the International **Centre** for Settlement of Investment Disputes (ICSID), which provided legitimate and efficient forum for settlement of investment disputes; however, it took more than two decades to make the ICSID fully effective in terms of the number of cases resolved before the Center. The result of this process is that ILFI is the result of overlapping, intersected and not always visible motives, actors, processes and forms. In one way or another, the

⁷ About BITs and other sources of ILFI see more in: Sornarajah, M. (2017). *The international Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press.

role of states, academic community, business circles and particular industries influenced the content and format of IFIL as a fully fledged part of international law. "There is no single creator, plan or deliberate design. Rather, it is large and small steps, influences and interactions which together organically produced and continue to drive FIL" (Pauwelyn, 2014: 378).

Consequently, it is plausible to conclude the following: ILFI is a decentralized system. Unlike WTO or EU law, it is based on the network of bilateral treaties (BITs), regional and multilateral agreements (such as ICSID), with the proper role of customary international law, national legal systems, and insurance schemes (such as MIGA). No unified driving political or economic force is beyond the system. The diversification of substantive rules corresponds to the multiplicity of procedural forums assigned with the task of resolving investment disputes (e.g. ICSID, institutional arbitrations, *ad hoc* arbitrations). So, as other complex adaptive systems, ILFI is not based on hierarchy but on interactions among different subsystems (agreement, conventions) without the central authority.

Second, the cohesion inside of system exists alongside with the dynamism of the system's structure: ILFI is a non-static structure whose flexibility is reflected in interaction among element of the system as such (agreements, custom international law, arbitral decisions, academic jurisprudence in the sense of Article 38 (1) of the Statute of the International Court of Justice). Cohesion is preceded by connection. Connectivity is realized through principles contained in certain clauses of investment agreement.⁸ An illustrative example is the Most-Favored-Nation (MFN) treatment principle. The foregoing principles enable internal consistency of the system, and ensures that waves of change in certain part of the system can reach other parts of the structure: for example, if the content of one BITs changes, then the content of *tertium comparationis* as defined in other BITs changes by virtue of a MFN clause. Several tribunals have held that MFN clauses in the BITs, governing the disputes at hand, directly incorporated into the basic treaty more favorable substantive investment protection from the BITs between the host State and third countries. They, therefore, accepted that investors covered under the basic treaty could directly rely on the more favorable treatment granted to other foreign investors under their respective BITs. (Schill, 2009: 519). The previous description adds plausibility of the conclusion about the autopoietic nature of ILFI.

⁸ See more about Investment agreements in: Dolzer, R., Schreuer, C. (2012). *Principles of international investment law*. Oxford University Press.

4. Conclusion

Legal systems often display the key characteristics of complex adaptive systems: decentralization as a guiding principle, accompanied with the lack of central authority; gradual and incremental emergence; dynamics and flexibility of the system; cohesion and regeneration of the system achieved through interactions and transformations of its components. Accordingly, by applying the principles of complex adaptive systems to international law system's operational format, we can clearly identify driving forces, motives and possible development's directions. In terms of International Economic Law, there is a huge number of international agreements overlapping in the object of regulation and mutually influencing their respective content, legal strength and place in the hierarchy of legal norms (e.g. EU members are obliged to observe the EU rules as well as the rules generated in the framework of World Trade Organization). The understanding of the complexity theory foundations holds important lessons for legislators and regulators. The creators of statutes, rules and regulations must better understand the ramifications of complicated rules applied to a complex system. Looking at these problems through the lens of the complexity theory will give them a broader understanding of the complex problems they are trying to solve. The very emergence, structure and internal interaction of elements of International Law on Foreign Investments are an effective illustration of legal framework showing the essential qualities of a complex adaptive system: it is a decentralized system created in incremental and gradual steps, with interaction of self-contained elements as the key generator of regeneration and transformation of its content (legal rules); cohesion and flexibility are complementary rather than opposite elements. The core features of ILFI justify the efforts of certain segment of international law jurisprudence to accept (even counter-intuitively) that fragmentation and decentralization are not always ostracized from the legal discourse; in certain cases, the systems with those characteristics can be more effective in the long-run.

References

- Giudice, J. M. (2016). *Through the Lens of Complex Systems Theory: Why Regulators Must Understand the Economy and Society as a Complex System*. *U. Rich. L. Rev.*, 51, 7.
- Luhmann, N. (1993) *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main 64.
- Luhmann, N. (2008). *Rechtssoziologie*. Springer-Verlag.
- Luhmann, N., Rechtswissenschaftler, S. (1984). *Soziale systeme: grundriss einer allgemeinen theorie* (Vol. 242). Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Maturana, H.R., Varela, F.J., (1991). *Autopoiesis and cognition: The realization of the living* (Vol. 42). Springer Science & Business Media.

Miller, J. H., Page, S. E. (2009). *Complex adaptive systems: An introduction to computational models of social life* (Vol. 17). Princeton University Press.

Pauwelyn, J. (2014). At the edge of chaos? Foreign investment law as a complex adaptive system, how it emerged and how it can be reformed. *ICSID Review*, 29(2), 372-418.

Pauwelyn, J. (2014). At the edge of chaos? Foreign investment law as a complex adaptive system, how it emerged and how it can be reformed. *ICSID Review*, 29(2), 372-418.

Probst, T. (2017). Das Recht im Spannungsfeld von Sprache, Geist, Gesellschaft, Wirtschaft und Technik: Gedanken zur Phänomenologie des Rechts. *Zeitschrift für schweizerisches Recht. - Basel. -Bd. 136 (2017), Halbbd. 1, H. 3*, p. 289.

Ruhl, J. B. (2007). *Law's complexity: a primer*. *Ga. St. UL Rev.*, 24, 885-911.

Sornarajah, M. (2017). *The international law on foreign investment*. Cambridge University Press.

Teubner, G. (1989). *Recht als autopoietisches System*, Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main.

Teubner, G. (2007). *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie* (pp. 115-147). Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG.

Teubner, G. (1997). *Verrechtlichung-ein ultrazyklisches Geschehen*. Institut für Staatswissenschaften der Universität der Bundeswehr.

Др Предраг Цветковић,
Редовни професор,
Правни факултет, Универзитет у Нишу

ПРАВО КАО КОМПЛЕКСНИ АДАПТИВНИ СИСТЕМ: ПУТ КА САМООДРЖИВОСТИ ПРАВНОГ ОКВИРА

Резиме

Теорија комплексних адаптивних система бави се структуром и функционисање комплексних феномена. Комплексни системи су не-линеарни у контексту последица: резултати интеракција између елемената таквог система нису прост збир њихових вредности. Посматрано као комплексни систем, право карактерише функционисање у бинарном моду: одређени факт је противправан или је правно ваљан. Управо се јединство правног система заснива се на следећој премиси: све интеракције унутар правног система сагледавају се кроз призму противправности или сагласности са нормом. Даље, комплексни адаптивни системи су аутопоиетични у смислу да су способни да се репродукују и одржавају међусобним интеракцијама. Како и право као систем има могућност да се репродукује из сопствених елемената, може оправдано да се окарактерише као аутопоиетични систем; наиме, суд о сагласности одређене чињенице са правном нормом не може да се обезбеди из дискурса који је ванправни. У контексту међународног права, његов развој је комплексан процес у коме учествују различити актери са неподударним интересима. Међународно право има две карактеристике које га чине сложеним системом у контексту теорије комплексних адаптивних система. Прво, правила међународног права нису линеарна и скалабилна у примени. Друго, различите независне компоненте међународног права индицирају хетерогеност његових актера. У складу са напред наведеним, оправдано је да се закључи да је међународно право децентрализован систем. Илустративни пример комплексног адаптивног система из корупса међународног права је међународно право страних инвестиција. Оно није настало као резултат "кровне замисли" већ је настало као резултат не-хијерархијске интеракције између различитих елемената (споразуми, конвенције, међународне организације) без врховног ауторитета; дакле, децентрализовано је. Друго, кохезија унутар овог система базирана је на повезаности коју обезбеђују принципи попут принципа најповлашћеније нације. Стога боље разумевање теорије комплексних адаптивних система оправдава став да у одређеним ситуацијама фрагментирани и децентрализовани системи могу дугорочно да буду ефикаснији него они који такве особине немају.

Кључне речи: теорија комплексних адаптивних система, аутопоиетични систем, међународно право страних инвестиција.

Jacek Jaśkiewicz, PhD

Assistant Professor,

Faculty of Administration and National Security,

The Jacob of Paradies University, in Gorzów Wielkopolski,

Republic of Poland

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД

doi:10.5937/zrpfni1984

UDK: 341.217(4-672EU):340.12 Petrażycki L.

Рад примљен: 24.09.2019.

Рад прихваћен: 17.10.2019.

EUROPEAN COHESION POLICY IN LIGHT OF LEON PETRAŽYCKI'S CONCEPT OF LEGAL POLICY

Abstract: *Leon Petrażycki's concept of legal policy, based on the author's original assumptions, focuses on the social and economic legal actions aiming to the general social prosperity. Legal policy was strictly connected with the idea of the real acceptance of the law, understood by the author as a specific socio-psychic mental state, approved in an individual experience and confirmed in a social practice. Petrażycki was the first law theorist who clearly emphasised the meaning of multiplicity of legal sources and economical nature of law, as well as the necessity to acknowledge various languages and local cultures in its contents. This concept, developed much ahead-of-its-time in the ideas of Leon Petrażycki, contains a lot of solutions which are convergent with one of the most important European policies – EU cohesion policy. The objectives, assumptions and sources of cohesion policy, located at the junction of traditionally understood law-making, application of law and social and economic politics, are surprisingly similar to Petrażycki's program. The author focuses on the subject of these relations.*

Keywords: *Leon Petrażycki, legal policy, EU cohesion policy.*

* jtjaskiewicz@hotmail.com

1. Introduction

The science or practice referring to intentional and rational use of law in order to realize certain social aims would not be possible on the grounds of the views of natural law. The legal norms were given or at least discovered by the legislator, who neither created nor foresaw their long-term impact. However, the ideals expressed in the natural science (e.g. the works of Grotius, Helvetius or Montesquieu) allowed to evaluate the positive law and occasionally indicate the directions of its transformation.

The beginnings of the study of the causative, positive action of law should be sought in the Enlightenment, and the formation of the concept of rational and scientific action of law in positive philosophy. It was the positivists who claimed that the experience, science and the law were to serve the use and adaptation of the world to the will of man. Positive philosophy abandoned contemplation in favour of active action and improvement of reality and proposed a wide programme of practical actions based on systematic and scientifically verified knowledge. Like in Comte's adage - *savoir pour previor*, the benefits of this knowledge were to foster social progress. The society of the future was supposed to be rational and thus good and happy, as social life was supposed to be programmed and organised by science that would be objective and free from subjective restrictions.

It was especially Utilitarianism that emphasised the empirical, scientific foundations of law. Thus, it was J. Bentham that is considered to be a pioneer of the concept of legal policy, as he underlined the causative and motivational functions of law in implementing the overall objective - providing maximum sum of happiness to the maximum number of people. However, it was Leon Petrazycki who is considered to be the actual founder of the concept of interdisciplinary science, comprising in its content and range nearly all significant aspects of functioning of law he specified as legal policy. Innovation and multitude of dimensions in his programme was an original, controversial and - above all - unknown phenomenon for many of his contemporaries, who functioned in different cultural or linguistic circle. It was also due to his personal and scientific peregrinations, as Petrazycki, unlike any of his contemporary prominent lawyers, had been entangled in the twists of history of the Central and Eastern Europe at the turn and early years of the 20th century (Podgorac, Petrazickis, Kojder, 2010:7 et seq.).

Petrazycki's concept, based on original and own assumptions, was ahead of its times and focused on the social, non-invasive legal actions fostering the general social prosperity. This perspective shows the convergence of the solutions proposed by Petrazycki with the EU's development policy (cohesion policy), which is one of the most important EU policies. The objectives, assumptions, sources and conditions of the EU development policy, located at the junction of tradi-

tionally understood law-making, law application, social and economic policy, are surprisingly similar to Petrazycki's legal policy programme. The next part of this paper focuses on the subject of these relations.

2. Assumptions and objectives of Petrazycki's legal policy

Petrazycki's legal policy concept appeared in one of his earliest scientific works written and published in Berlin in 1893 and 1895 (Petrazycki, 1893, 1895). The analysis of the rules of the distribution of income between the owner and the bona-fide holder as well as the division of dowry under the Roman law led Petrazycki to conclude that legal regulations are strictly associated with politics and economic practice of the Roman Empire and the motivational function of law. The key to formulating the foundation of the new discipline turned out to be Petrazycki's observation that the solutions adopted by Roman legislators were solely the result of the impact of environmental phenomena or external pressure on jurisprudence and not the outcome of conscious legislation. Petrazycki, in a way reversing the perspective of the relations analysed, indicated the possibility to consciously enact such a law whose validity would produce real effects, planned and intended by the legislator: mental, social, economic or other (Kojder, 2006:338).

What is more, and proves the uniqueness and primacy of his concept, Petrazycki claimed (and aimed at proving it in his further works) that it was possible to create science whose focus would be learning all the aspects of psycho-social operation of law. According to Petrazycki, such a wide and multifaceted discipline required changes in the practice of contemporary sciences: jurisprudence, ethics, psychology, sociology and methodology. Petrazycki devoted nearly all his later works to this task.

The essence of legal policy issues, as Petrazycki wrote in *"Introduction to the teachings of law and morality"*, was supposed to consist in "scientifically sound anticipation of the consequences to be expected in the event of the introduction of certain legal provisions and the development of rules whose introduction into the legal system would give rise to certain desired effects" (Petrazycki, 1959:13). The mission of the future science, on the other hand, was to "consciously lead humanity in the same direction which it had hitherto followed on the path of unconscious empirical adaptation, as well as to properly accelerate and rectify the pursuit of the "great luminous ideal of the future", namely "the ideal of love"(Petrazycki, 1959:16).

Petrazycki's acceptance of the psychosocial conditions of existence and operation of the law (realism, psychologism) as the foundation of his concept of law policy led him to question and reject the positivist paradigm of legal sciences, which

required the construction of a new theory. In Petrazycki's concept, law was of substantial nature: attributive-imperative. According to Petrazycki, law and morality complemented each other, even though Petrazycki claimed that more complex nature of legal norms contributes to shaping social attitudes to a much greater extent than morality does (Babb, 1937:793). The power of motivational pressure, according to Petrazycki, stemmed from the fact that "the sense of duty of action in the human psyche was accompanied by the conviction that someone is entitled to these actions, even though they constitute realization of a duty." According to Petrazycki, this additional motivational pressure did not occur in morality, whose casual function he perceived to be of a lesser importance (Gizbert-Studnicki, Pleszka, Woleński, 2016: 556 et seq.).

From this point of view, enacting legislation with a specific content caused certain legal experience in the human psyche, which in turn resulted in the emergence of certain social attitudes and behaviours, not only individual ones. For Petrazycki, the educational function was socially integrating, allowing individuals to adapt better in the increasingly larger groups, as well as fostering cultural or civilizational progress. In such an approach to the function of the law, the legislative activity should not be limited to ordering or prohibiting such conducts, but having such influence on the addressees of the law that the implementation of the factual situation assumed by the legislator has become their preferred action due to the dispositions imprinted by law in the human psyche in various cultural conditions (Frieske, 1975:128).

Petrazycki criticised the definitions of law rejecting the classic understanding of positive law and allowing the existence and validity of law he specified as intuitive law, which - being as substantial as positive law - did not contain the image of normative facts in its content, and thus neither in the content of the psychic experience of an individual (Petrazycki, 1960:238). Petrazycki suggested the need to distinguish between official law and unofficial law in this place. In this concept, the official law was the law made and applied by the state, its bodies and institutions, as well as the law of "individuals" developed outside the scope of influence of official law (Timoshina, 2018/2:122). The official law took priority and - referring to the modern data dictionary - had stronger legal effect (Petrazycki, 1960: 302).

Petrazycki, who believed in ethical and social progress of humankind and was inspired by the theory of evolution and Darwinism, claimed that individual adaptation to life by a human being (similarly to other species) had taken place due to unconscious association of the repetitive emotions (impulses). As it is in the case of organisms avoiding harmful substances, he believed that stimulating those processes was supposed to lead to a better social adaptation of human

beings and, consequently, progress of mankind (Gorecki, 1975:118). According to Petrazycki, the ultimate developmental aim of the human psyche was the love ideal. Similarly to Kant, or maybe Kant-inspired, Petrazycki believed in progress and solidarity of species. Thus, law making activity constituted only a measure necessary to realize the overall aim which the other, instrumental aims are subordinate to.

This process, according to Petrazycki, has so far been spontaneous, although its result was the cultural and ethical progress, different in every historical period. In Petrazycki's projection, the realization of this ideal and the eradication of individual egoisms was to result in the disappearance of legal and moral norms (Petrazycki, 1939:20). Thus, law and morality were necessary to Petrazycki only due to inadequate adaptation of human psyche to the real social relations. Hence, scientific legal policy was only to serve rationalization and acceleration of the adaptation processes in the period of transition in order to eliminate social costs of the evolution, carried out in a spontaneous manner so far (Timoshina, 2018/1:40). He emphasised at this point that the legal policy has to take into account the achieved level of social development and the legal system it is supposed to function in, thus rejecting the possibility to formulate ahistoric laws and statements.

3. Legal policy by Leon Petrazycki vs. EU development policy

Originality, or even oddity or utopian nature of Petrazycki's proposal, as well as - first and foremost - the fact his most important works were written in Russian, contributed to the fact that his ideals were not properly recognised, even though the idea itself and the concept of legal science have been given consideration. In post-war Poland, although containing social proclamations close to socialist ideals, Petrazycki's proposals did not gain approval and were not included as part of official doctrine. This was due to the fact that the doctrine, leaving ideology aside, was based on the positivistic law understood as a standard expressed in the text, established by an entity equipped with legislative competence, subject to unconditional execution secured by a sanction. The doctrine which had been in force for years primarily emphasised the hierarchical structure of law, inseparably connected with the authorities and organisation of the state structure. In such an approach, the construction of the system of law was a direct derivative of the hierarchical structure of power and the legislative measure of the authorities which in the extreme form constitute the only normative authority.

In the hierarchical and monocentric concept of power, the rule of law policy is to be based on the creation of legal norms aimed at achieving the goals set by a rational legislator. In a typically positivistic approach, a rational lawmaker is

a lawmaker who selects proper means for the assumed aim due to possessed knowledge and assumed preferences. In this model, the theory of application of law was of ancillary nature and was strictly correlated and subordinate to law making policy (Wróblewski 1979: 127; Wróblewski, 1985:50).

Such an approach, stemming from the traditional legal positivism, had been reinforced in the post-war period to such an extent that it also constituted the foundation of political transformations, and it seems to correspond with the common, social reception of the process of law making. Also, the doctrinal characteristics of the sources of law system expose the systematic and normative aspect of hierarchy, which in turn is related to institutionalisation and formalization of the law-making process. This hierarchical organisation of the system contains the assumption that the acts in the law of a lower degree must be included in the content of the acts in the law of a higher degree, and may not be inconsistent with them either in terms of form or content. In terms of hierarchy, the highest act in the legal system is obviously the Constitution, adopted in a special mode and, once the qualified requirements are fulfilled, providing a primary and undoubtedly the top source of law in the system's hierarchy, pursuant to the adopted assumptions.

The Polish Constitution of 1997 contained a comprehensive catalogue of the authorities entitled to make the universally binding law and the sources which this law may originate from. The constitutional reform strictly limited and classified the catalogue of sources of the universally binding law in terms of both the forms of the acts and the legislative entities, successively and hierarchically specifying them as the Constitution, ratified international agreements, legislative acts, and lower executive acts (regulations) issued for their implementation on the basis of statutory authorisation.

However, due to globalisation phenomena and the convergence of legal cultures, specifically following Poland's entry into the EU, such an approach proves inadequate or insufficient to diagnose and solve the contemporary issues. Although the concept of Montesquieu's "mouth of law" is reflected in the views of domestic legal scholars, it does not withstand rational criticism nowadays, in the era of a clash of different legal cultures in the conditions of progressive inflation of the worsening quality of written law. As the written law is unstable, all too often ambiguous and not clear enough, it is more and more difficult for the entities applying the law to refer only to the wording of the texts and the reasonableness of the actual legislator. It is currently assumed that the concept of rational legislator constitutes idealization indicating a model of institutional legislator adopted in a given culture and recreated by an interpreter – an entity applying the law pursuant to the rules adopted in the interpretation process and not the

model originating from the actual legislator. In the face of commonly known phenomena (inflation of written law and the crisis of legislation), these patterns are increasingly determined by practice and, to the greatest extent, by doctrine and jurisprudence.

Such phenomena and the accompanying collisions or tensions result in updating at least some elements of Petrazycki's concept. The EU developmental policy was probably the most distinctive field where the classic doctrine of positive law has been tested and where new content has been assigned to Petrazycki's ideas. This policy, being one of the most significant and capacious in terms of content of the EU policies, combines the legal, economic, financial and other elements linked by a common goal - stabilization or improvement of the existing state of affairs by means of various instruments (Birkland, 2011:8). Development policy is strictly connected to the common social and economic EU ideas.

The significant features of development policy are its complexity, multimetrics and deliberateness. EU development policy refers to the social legitimization of power, consisting in communication between various entities jointly developing and implementing its aims, tasks and institutions. The instrumentalism (a characteristic feature of the previous solutions), based on social engineering and the so-called hard law, has been replaced with the quest for social justification for legislative decisions and various types of regulations included in soft law, referring to the basic principles of the functioning of the European Union: partnership, solidarity and equality.

It is characteristic for the sources and implementation of aims and instruments of the development policy to introduce - next to the classic legal solutions (statutory law) and the corresponding means or legal instruments based on the standard relation of power (administrative relation), reconciliatory solutions (agreements, contracts) applied in modern administrative models using open models of consultation and coordination (OMC) and multi-level governance (Craig, 2006:191; Hooghe, Marks, 2001:108). Some of these solutions and instruments also apply to local regulations, which means that applying law in this field requires not only dealing with difficulties characteristic for the acts of law located on the border of the EU and domestic law, as well as public and private law, but also breaking the routines and habits characteristic for the continental law doctrine.

4. Soft law as a source and instrument of development policy compared with the continental systems

The cohesion policy law model adopted by EU is of mixed nature (including integration and harmonisation). Integration, understood as an exclusive and

universal nature of EU legal norms, is achieved through establishing universally binding legal acts (statutory law), developed by soft legal regulations. The European Union's development policy acts, however, contain elements that are characteristic of the harmonisation model, allowing the coexistence of two normative systems but in a non-conflicting and complementary way. The instruments playing an important role in realizing the aims of development policy and at the same time harmonization of various legal systems or doctrines is the so-called soft law. Soft law is considered to comprise the standards (norms) of conduct which are not binding in principle but may have practical effects; those are the rules and principles of conduct contained in acts which are not attributed formal and substantive binding force but which have certain (indirect) real legal effects (Snyder 1989:267; Wellens, Borchardt 1989:267). Soft law is characterized by a lower level or degree of the legal binding force than common law (statutory law) but it has a higher force than the rules which do not have a binding characteristic at all (de Melo Cartaxo, 2017).

In the EU law, the establishment and development of soft law is associated with the implementation of treaty principles, specifically the principles of subsidiarity and proportionality. The existence and effectiveness of soft law instruments lies in the fact that they can modify the operation of public institutions and bodies and thus provide a more efficient or cheaper alternative to traditional legislation. Moreover, with reference to the traditional instruments, they are less exposed to collision with the interests of a member state in the spheres considered sovereign for various non-legal reasons (Stefan, 2008: 2). In such an approach, soft law is largely based on negotiations, dialogue, facilitation, acceptance and persuasion, instead of enforcement of the law by entities equipped with formal or real instruments of power.

The concept of soft law contains the following features of policy and law, so desirable today: speed, efficiency, local and non-institutionalised initiatives, social or civic legitimacy, diversification of the sources of knowledge, effectiveness based not on coercion but acceptance or authority as the elements of a mechanism leading to a fuller and more natural participation of civil society in global governance.

In order to grasp the phenomenon of soft law, its functioning with reference to the related statutory law seems of particular importance. Hence, three functional aspects of soft law can be analysed: 1) soft law as a standard preceding establishing and functioning of the statutory law (pre-law function); 2) soft law as a normative functioning in parallel or next to the classic law making (para-law function); and 3) soft law as a standard complementing legislation (post-law function; Senden, 2004:118).

The first of the distinguished functions is related both to the process of consultation and study of the need to perform any strictly normative (statutory) amendment and, in connection to feasibility of soft law application, in a certain way paving the road for a formal act in the law. The post law-function of law is realized through those soft-law instruments adopted in order to complement and support both primary and secondary EU law. The most innovative, however, is the para-law function of soft law, in which the soft instruments replace, rather than support, the classic law making.

Normativity and validity of soft law is a challenge for international and EU bodies and institutions, specifically the ones functioning in the continental law system (statutory law), as they do not comply with either traditional hierarchical principles of exercising public authority or with the formal legitimacy of law making. They also constitute a new situation for the model of law application, specifically judicial control, and thus indirectly for the doctrinal concept of the rule of law.

There are many acts in development policy that can be considered soft law. These are, in particular, recommendations, communications, and guidelines. Some of these acts also appear in domestic legislation. These are, for example, the partnership agreement and the guidelines and documents for the implementation of operational programmes applicable to the distribution of EU aid, the validity and application of which (also to relations other than the classical framework for the application of internal legal acts) are permitted by doctrine and jurisprudence. In doctrinal characteristics, the relation between soft law and national statutory law is based on the same assumption that is applied in the doctrine of EU law of weaker application and conditional binding force of soft law as a standard fulfilling socially useful functions, and cannot interfere axiologically, praxeologically or in terms of the content with the standards of "hard law".

It should be noted that pragmatics and flexibility of this formula, contrary to the first impression and proved by the case law, sometimes secure the situation of individuals in a better and more effective way than the statutory guarantees. This example proves the actual existence of soft law in the domestic system, as well as the classic Kelsen's constitutional formula becoming obsolete and the role of practice growing at the same time. This is due to the fact that the classic doctrine does not cope with the progressive inflation of the statutory law, increasingly casuistic in form and in many acts reminding the quality of internally binding law due to the departmental mode of development and proceeding.

5. Conclusions

The concept of legal policy is based on the assumption that establishing and applying the law is a deliberate and rational activity. Leon Petrazycki, the maker of the scientific approach to this policy, believed it is possible to create law leading to effective realization of the economic and social aims assumed by the legislator. Petrazycki began the discourse on the possibility to construct the science that would formulate, organise and justify the statements or directives rationalizing and optimizing the law-making processes and law application.

In his opinion, the basis of the planned discipline was to be the fullest possible understanding of the causal action of the law. Such knowledge was supposed to constitute the basic content of that science. Legal policy, similar to other social sciences, should, as Petrazycki emphasized, accumulate the knowledge on the rules of effectiveness of predictions concerning the effects of specific law making, using empirically acquired knowledge concerning the causal and consequential action of law.

The innovative and monumental nature of Petrazycki's scientific programme was ahead of the times when the scholar worked and wrote. Although Petrazycki's ideas are over half a century away from the beginnings of European Union policies, it is astonishing how much of his thoughts can be found in the assumptions of the EU development policy. There are significant correlations between the legal assumptions and development policy. It is due to the fact that both policies are characterised by voluntarism, optimism and consideration for the complexity of the form and impact of law. The aim of both policies is to achieve the result consisting in stabilization or improvement of the existing state of social issues using the legal or economic instruments.

For Petrazycki, legal policy was a practical - not only descriptive - science. Rationality, viewed from the scientific perspective, was not only a method but the nature and destiny of human beings, who were supposed to use science in their pursuit of perfection regarding themselves and the surrounding world. Rationalization of making and applying law through scientific cognition (thus, the legal policy) was a social programme in which exposing the nature of the world through science served its positive transformation.

Petrazycki was not the only one who wished to use law for macrosocial aims. In the next decades, various ideas and programmes specified as minimalistic, non-axiological legal policy constituting an element of social engineering even gained negative meaning due to the fact that it was using law making for purposes contrary to the assumed ideas (which was especially common in totalitarian states). Such connotations were completely incongruent with Petrazycki's ideas. Policy of law, as Petrazycki understood and presented it, was connected with the

social and individual acceptance of law, understood by the author as a certain real socio-psychic experience approved in individual experience, and confirmed on a social scale - the practice rooted in axiology. Petrazycki acknowledged and emphasised the multicentric nature of the sources of law and the necessity to acknowledge in its content (especially the so-called official law) the local cultures and the economic aspects which motivate and rationalize the law-making process.

Petrazycki's vision was never realised; however, some of its aspects and intentions are reflected in the policy perceived as certain economic, legal and social form of legal policy. Yet, while Petrazycki's aim was to build a theory of psychosocial operation of law meeting the methodological requirements of a modern scientific discipline, aimed at stimulating human actions for macro-social purposes, the development policy is pragmatics - a set of institutional actions carried out at various levels and by various entities, using political, legal, economic and even psychological instruments sharing a certain common universal idea (either close to or convergent with Petrazycki's idea). To some extent, it is a practical answer to Petrazycki's social, humanistic programme, strongly based on economic phenomena, which was supposed to be not only scientifically developed but also practised.

The instruments of development policy that are equipped with a normative feature (soft law), not complying with the classical definition of positive law, fit well into Petrazycki's characterisation and typology of law forms. Soft law, constituting important causative instrument and the source of development policy norms, should be considered such a standard. This is because soft law is considered a phenomenon of increasing social significance, competing with or at least complying with the laws of the state. A characteristic feature of soft law is its particular flexibility and capability for environmental adaptation, thus enabling resolution of conflicts or issues in a manner adequate to the specific needs or problems.

As shown by the experience of the West European states, as well as of the United States, soft law is the result of a real dialogue to a greater extent than statutory law and, at the same time, the medium of communication between the decision-makers, law enforcement bodies (primarily the courts) and the addressees of legal norms. Without losing the substantive and formal connection with the statutory law, soft law does not constitute an independent source of law. It is realistically understood *ius positivum*, located between the official law and the social practice.

Positivity of soft law as a real phenomenon does not result from the fact of its establishment but, first and foremost, from its application and perception.

The concept of validity of soft law combines the normative and realistic aspect (validity in terms of its establishment and effectiveness). Therefore, the use of soft law is decisive for its application which, leaving aside the psychologism of Petrazycki's concept, underlines the realistic dimension of the functioning of the law. Thus, soft law is characterized by reality, flexibility, pragmatics and social usefulness, as the law perhaps most fully realizing the idea of communication between the objective/normative approach to law and the institutionalised forms of law.

In this light, the actual test for the functioning of soft law is not only its normativity, assigned to statutory law, but its real social functioning. By its very nature, development policy is not strictly the domain of the legislator (or sovereign, especially the monocratic one) but a field where normativity is created mainly by consensus between the various social actors in the community, whereas its application and observance results from conviction or persuasion rather than enforcement.

Both policies assume the possibility of a cause and effect operation of law in the social space and implementation of projects on a social scale (volunteerism, social engineering) originating from the formal legislator (official law, according to Petrazycki, i.e. treaty law and statutory EU law) in the perspective of the norms assimilated and applied by individuals (intuitive law, according to Petrazycki, i.e. soft law) without the need to apply sanctions or coercion. Despite its economic and pragmatic or even consumerist direction, development policy of its source (including soft law) is permeated with Petrazycki's ideals: decline of regulations and imperative norms secured with state coercion; replacing the official law with intuitive law; general social or local practice based on useful habits stimulated or directed by motivational, pragmatic or economic costs of establishing and executing the law.

The relations between this concept and the social and economic costs of making and enforcing the law also indicate such conditions of development policy. It is widely known that conciliation mechanisms and instruments bring greater social benefits than the arguments of order and strength, especially in the long-term perspective. To a certain extent, the proposal of development policy instruments is close to the concepts based on autopoietic systems or communication concepts characteristic for the societies of mature civic democracy, where the law functions not only as an effect of instrumental and technical action but also as a process of free and equal communication between various institutions and social groups.

If the process of constitution of the development policy is perceived as a "dialogue" between the formal legislator and the addressees as entities equipped

with communication rationality, it is soft law that constitutes an instrument of dialogue aimed at rationalisation or optimisation of assumptions and solutions adopted in the statutory law. In this vision of communication, the legal instruments of this policy cannot be perceived as an unconditional, authoritarian command to act or not to act, but as a medium by means of which conventions agreed in social dialogue are created and implemented, as modelled on the ahead-of-its-time ideas of Leon Petrażycki.

References

- Babb, H.W. (1937). *Petrazhitskii: Science of Legal Policy and Theory of Law*. Boston University Law Review, vol. 17, pp. 793-829
- Birkland, T. (2011). *An Introduction to the Policy Process: Theories, Concepts and Models of Public Policy Making*. M.E. Sharpe, New York
- Craig, P. (2006) *EU Administrative Law*. Oxford University Press, Oxford, New York
- Frieske, K. (1975) Leona Petrażyckiego teoria czy socjologia prawa in: *Prawo w społeczeństwie*, ed. J. Kurczewski, PWN, Warszawa
- Gizbert-Studnicki T., Płeszka K., Woleński J. (2016). Chapter 16. 20th-Century Legal Theory and Philosophy in Poland in: *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World*, ed. E. Pattaro, C. Roversi, Vol. 12, Springer, Netherlands (pp. 547-586)
- Gorecki, J. (1975). Social Engineering through Law in: *Sociology and Jurisprudence of Leon Petrażycki*, ed. J. Gorecki, Urbana (Chicago-London), University of Illinois Press, (pp. 115-132)
- Hooghe, L., Marks, G. (2001). *Multi-Level Governance and European Integration*, Rowman & Littlefield Publishers, Oxford
- Kojder, A. (2006). Leon Petrażycki's socio-legal ideas and their contemporary continuation. in: *Journal of Classical Sociology* 2, No. 6, SAGE Publishing, New York, (pp. 333-358)
- de Melo Cartaxo, T. (2017). Theories of Legal Sources and Soft Law: Or the Unbearable Lightness of Ought. [Electronic version] retrieved 1 September 2019 from <http://ssrn.com/abstract=2940775>
- Petrażycki, L. (1893, 1895). *Die Lehre vom Einkommen. Vom standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich*, vol. 1 Berlin 1893 and vol. II Berlin 1895, H.W. Müller

Petrażycki, L. (1939). *O filozofii*. Warszawa, Towarzystwo imienia Leona Petrażyckiego

Petrażycki, L., (1959). *Wstęp do nauki prawa i moralności. Podstawy psychologii emocjonalnej*, PWN, Warszawa

Petrażycki, L. (1960), *Teoria prawa i państwa w związku z teorią moralności*. Tom 2, PWN, Warszawa.

Podgorac, T.I., Kojder A., Petrazickis A., (2010), *Leon Petražicki, delo i rodoslov*, T.I. Podgorac, Kragujevac

Senden, L. (2004). *Soft law in European community law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon

Snyder, F. (1993). The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques, in: *Modern Law Review*, No. 56, John Wiley & Sons Ltd., London, pp. 19–54

Stefan, O.A. (2008). European Competition Soft Law in European Courts: A Matter of Hard Principles?, *European Law Journal*, 2008, Volume 14, Issue 6, pp. 689-877, John Wiley & Sons Ltd. [Electronic version] retrived 1 September 2019 from http://www.ucd.ie/t4cms/08_wish_paper_Oana_Stefan.pdf

Timoshina, E.W. (Тимошина Е. В.) (2018). Философия права Л. И. Петражицкого: генезис постклассического правопонимания в российском правоведении XX в. in: *Петербургская Школа Философии Права. К 150-летию со дня рождения Льва Петражицкого*, eds. А. В. Поляков, Е. В. Тимошина, Издательство Санкт-Петербургского Университета, Sankt Petersburg (pp. 26-50)

Timoshina, E.W. (Тимошина Е. В.) (2018). Право как справедливость: концепция интуитивного права в школе Л. И. Петражицкого in: *Петербургская Школа Философии Права. К 150-летию со дня рождения Льва Петражицкого*, eds. А. В. Поляков, Е. В. Тимошина, Издательство Санкт-Петербургского Университета, Sankt Petersburg (pp. 117-132)

Wellens, K.C., Borchardt, G.M. (1989). Soft Law in European Community Law, in: *European Law Review*, No. 14, Sweet & Maxwell, UK (pp. 267-321)

Wróblewski, J. (1979). Justification of Legal Decision, in: *Revue Internationale de Philosophie*, Vol. 33, No. 127/128, Belgium, (pp. 276-293); available at: https://www.jstor.org/stable/23944028?seq=1#page_scan_tab_contents

Wróblewski, J. (1985). *Teoria racjonalnego tworzenia prawa*. Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław

Др Јацек Јаškiewicz,

Доцент,

Факултет јавне управе и националне безбедности,

Универзитет Јаkub od Paradiza, Gorzów Wielkopolski, Република Пољска

ЕВРОПСКА КОХЕЗИОНА ПОЛИТИКА У СВЕТЛУ КОНЦЕПТА ПРАВНЕ ПОЛИТИКЕ ЛЕОНА ПЕТРАЖИЦКОГ

Резиме

Концепт правне политике који је заговарао познати теоретичар права Леон Петражицки (Леон Петражуцки) на почетку 20. века, заснован на оригиналним претпоставкама аутора, почива на друштвеним и економско-правним активностима које су усмерене ка постизању општег друштвеног просперитета. Правна политика била је стриктно повезана са идејом стварног прихватања закона, коју аутор схвата као специфично социопсихичко ментално стање, које је поткрепљено личним искуством и потврђено у друштвеној пракси. Петражицки је први теоретичар права који је јасно нагласио значај вишеструких правних извора и економске природе права, као и неопходност да се правним садржајима препознају и признају различити језици и локалне културе. Овај концепт правне политике, који је далеко испред времена у коме је Петражицки живео, садржи многа конвергентна решења са једном од најважнијих европских политика - кохезионом политиком ЕУ. Циљеви, претпоставке и извори европске кохезионе политике, која представља тачку везивања између традиционално схваћеног законодавства, примене права, и социјалне и економске политике, изненађујуће су слични програму који је заступао Леон Петражицки. Тема овог рада је однос између ове две концепције.

Кључне речи: Леон Петражицки, концепт правне политике, кохезиона политика ЕУ.

Др Милица Вучковић,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1984

UDK: 347.426(497.11)
Раd примљен: 18.09.2019.
Раd прихваћен: 28.10.2019.

ОСИГУРАЊЕ ОД ОДГОВОРНОСТИ ЗА ИМИСИОНУ ШТЕТУ**

Апстракт: У раду се бавимо анализом решења из чл. 156 Закона о облигационим односима Републике Србије о ограничењу износа накнаде за имисиону штету када она настане у обављању општекорисне делатности за коју је добијена дозвола надлежног државног органа. Пледирамо за укидање посебног законског привилегисања појединих категорија имитената и за могућност да се инхибирање штетникове корисне активности спречи помоћу института осигурања од одговорности.

Кључне речи: имисиона штета, еколошка штета, осигурање од одговорности за штету.

1. Увод

Ово истраживање инспирисано је одредбом чл. 156, ст. 3 ЗОО-а¹, о ограничењу износа накнаде штете у ситуацијама када имисије потичу од општекорисне делатности за коју је добијена дозвола надлежног државног органа. То решење најпре лишава суседа погођеног имисионим узнемиравањем и имисионом штетом механизма превентивне заштите, а потом му ускраћује и натуралну реституцију, приморавајући га да, уз одређену накнаду трпи имисије. Ово наликује “куповини” друштвеног развоја по цену трпљења повреда грађанских субјективних права која, по судијској оцени равнотеже интереса, треба, у конкретном случају, да узмакне пред друштвено корисним имитентом. У таквој пракси, није, макар и егземпларно, прецизирано кога треба сматрати вршиоцем општекорисне

* milica@prafak.ni.ac.rs

** Раd је резултат истраживања на пројекту «Усклађивање права Србије са правом Европске уније», који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу.

1 Закон о облигационим односима Републике Србије. *Сл. лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89, 59/89, *Сл. лист СРЈ*, 31/93.

делатности. У некадашњем социјалистичком миљеу доношења ЗОО-а, то су била сва друштвена правна лица. На данашњем степену развоја нашег правног система, неопходно је редефинисање тих преживелих конструкција.

Становиште ког се држимо у нашем истраживању је да поменуто ограничење треба укинути. Његова примена доводи до апсурдне ситуације већег вредновања неких грађанских субјективних права у односу на друга, истоврсна права, позивањем на неодређене, широке, растегљиве (и употребљиве) појмове друштвеног значаја и друштвене корисности. Тиме долазимо и до могућег грубог извртања смисла начела еколошког права “загађивач плаћа”, у смисао: “загађујте, али плаћајте”, а то се не може ни уз највећи труд уклопити у наведене појмове.

Међутим, уколико се правило о ограничењу износа накнаде имисионе штете укине, и грађанском судији да потпуна слобода да у овој области одговорности изрекне меру имовинске санкције коју сматра најприкладнијом и најефикаснијом, постоји опасност од гушења друштвено корисних, чак и неопходних активности и, консеквентно, до сузбијања сваке предузетничке иницијативе.

Због тога, у раду пледирамо за увођење специфичног модела осигурања од грађанскоправне одговорности, који би био усмерен на проблем имисионих штета, као начина да се спрече погубне последице по делатност имитента.

Најпре ћемо анализовати појам имисионе штете. Затим ћемо се бавити проблематиком грађанскоправне одговорности за имисије и имисионе штете. Након тога, да бисмо допринели аргументацији за пледирање у корист осигурања од одговорности за имисионе штете, указаћемо на правце еволуције грађанскоправне одговорности, на померање тежишта са кривице штетника на саму чињеницу неопходности поправљања те штете и на све израженије кретање грађанскоправне одговорности у смеру превенције.

На крају рада, како нам основни мотив за истраживање и у складу са њим одабрана тема налаже, посветићемо поглавље осигурању од одговорности за имисионе штете.

2. Имисиона штета

Из различитих дефиниција појма имисија закључујемо да ови утицаји могу да се манифестују као узнемиравање у вршењу одређених грађанских субјективних права, а могу да се изразе, и (нај)чешће се изражавају кроз материјалну штету.

Имисије су материјални утицаји који се простиру са једне непокретности на суседну непокретност и утичу на коришћење те непокретности, узроковањем материјалне штете на њој, односно онемогућавањем или отежавањем вршења права својине и других грађанских субјективних права на тој непокретности, а последица су одређене људске активности која се врши на непокретности (Лазих, 2012: 118, Лазаревић, 2011: 444).

Имисије су штетљиви утицаји јер се њихово дејство састоји у узнемиравању или онемогућавању вршења грађанских субјективних права поводом непокретности (имисионо узнемиравање), и готово увек је праћено штетом (имисиона штета) (Вучковић, 2019: 69).

У француском праву, *troubles de voisinage* се дефинишу као „штете узроковане суседу (буком, димом, непријатним мирисима, потресима итд.), које се, ако премашују уобичајене сметње суседства (*les inconvenients ordinaires du voisinage*), сматрају абнормалним (*anormaux*) или прекомерним и обавезују изазивача да обештети жртву, чак и када је та сметња, односно штета, инхерентна одређеној законитој активности, као и када се ономе ко ју је проузроковао не може приписати у кривицу“ (Cornu, 2018: 1045).

Ове штете можемо назвати имисионим штетама. Дефинишемо их као штете на непокретности, штете настале повредом права на непокретностима и штете на личним добрима, као последицу недозвољених утицаја у суседским односима. Оне су пратилац свакодневног, по одређеним критеријумима уобичајеног и допуштеног коришћења непокретности. Због пренаглашених тежњи да се грађанскоправна имисиона заштита апсорбује од стране еколошког права и учини једним аспектом заштите животне средине, неретко се, ако не и редовно, имисиона штета поистовећује са еколошком штетом. Појам еколошке штете је појам који је све заступљенији у теоријским истраживањима, стручним дискусијама, законодавству, судској пракси и пракси осигуравајућих друштава, који можемо посматрати као појам сродан појму имисионе штете, али битно другачији од њега.

Еколошка штета је последица повреде животне средине као вредности по себи, независно од тога да ли је истовремено дошло до повреде неког грађанског субјективног права, односно приватног интереса (Цветић, 2014: 291 - 296). То је штета којом се “уништава или оштећује добро на ком не постоји приватноправни интерес који би се штитио правилима грађанског права” (Караникић Мирић, 2007: 465). Она је, по правилу, последица радњи које се не могу сматрати уобичајеним и свакодневним вршењем својинских овлашћења, и то, како на непокретним, тако и на покретним стварима. Дефинише се и као “знатна измена у елементима

или функционисању екосистема, или у колективној користи коју човек има од животне средине”².

3. Грађанскоправна одговорност за имисије и имисионе штете

Сви правни системи обухваћени истраживањем (француско, немачко, швајцарско, британско, српско право) одликују се више или мање развијеном регулативом и механизмима грађанскоправне заштите од прекомерних имисија. Циљ ове заштите је, првенствено, омогућавање мирног и појединачно и друштвено исплативог коришћења непокретности. (Вучковић, 2019: 118).

Грађанскоправна заштита од имисија у већини савремених права конципирана је у духу доминантне репарације, са све израженијим присуством и превентивних механизма. Елементи стварноправне и облигационоправне заштите од имисија комбиновани су да би се у најбољој могућој мери одговорило и захтевима превенције и захтевима репарације. При том, негде доминирају елементи једног или другог модела, док је другде у искључивој примени стварноправна, односно облигационоправна заштита. Треба напоменути да је и у оним правима где је предност дата стварноправним инструментима, њихово деловање често, ако не и стално, праћено деловањем облигационоправних средстава заштите од имисионе штете (Вучковић, 2019: 118)³.

Када је реч о мерама имовинске санкције за повреду грађанских субјективних права прекомерним имисијама, може се уочити заједничка црта код истраживаних права. Уравнотежавање приватног и јавног интереса, као и економске са еколошком политиком, које, по замисли, представља битну карактеристику института грађанскоправне заштите од прекомерних имисија, прераста у претерани интервенционизам општег и јавног интереса у области остваривања и заштите грађанских субјективних права.

У француском праву, начелно, првенство има натурална реституција пред новчаном накнадом. Ипак, сматра се да потпуна натурална реституција, чак и када је нужна, није могућа у случајевима када прекомерне имисије

2 Art. 1247 Code civil, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000033019111&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte>

3 У Француској и у земљама важења англоамеричког права у примени је облигационоправна заштита од прекомерних имисија. У швајцарском грађанском праву предвиђене су посебне стварноправне тужбе, у немачком се примењују класични стварноправни инструменти петиторне и посесорне заштите, док је у Србији примењена комбинација стварноправних и облигационоправних инструмента заштите од имисија. (Вучковић, 2019: 338-343).

потичу од делатности одобрене одлуком надлежног државног органа, због тога што би се њеним налагањем повредио принцип поделе власти (Вучковић, 2019: 128 - 131).

У праву Швајцарске, у изрицању мера имовинске санкције по суседским тужбама, судије нису везане императивом заштите претежног општег или јавног интереса на страни имитента, нити је овај императив релевантан у одређивању износа накнаде за претрпљену имисиону штету. Интервенционизам општег и јавног интереса у области грађанскоправне заштите од имисија у швајцарском праву је дошао до изражаја кроз институт експропријације суседског права (Вучковић, 2019: 154 - 160).

У немачком праву, погођени сусед може користити негативну и државинске тужбе, осим уколико није дужан да трпи имисије. Дужност трпљења (Duldungspflicht) постојаће када имисије нису прекомерне, као и онда када су прекомерне, али је имитенту предузимање мера за њихово свођење на подношљив ниво велики економски терет. У овом другом случају, сусед који мора трпети прекомерне имисије има право на правично новчано обештећење (angemessener Ausgleich im Geld), које се матра накнадом за претрпљену жртву у општем интересу. О висини накнаде за претрпљену жртву одлучује се, у начелу, по правилима која важе за утврђивање висине накнаде за експроприсану непокретност, тако да би требало да буде релевантна тржишна вредност непокретности, међутим, у реалности, накнада никада не одражава стварну вредност непокретности, већ је, по правилу, резултат поређења приватног интереса са општим добром, и власник, најчешће, добија много мањи износ од оног који би добио да му је непокретност била експроприсана (Вучковић, 2019:173 - 175)⁴.

Мере имовинске санкције у заштити од прекомерних имисија у англоамеричком праву су забрана обављања делатности од које потичу имисије (injunction) и новчана накнада штете (damages). Фактор који опредељује однос снага између натуралне реституције и новчане накнаде штете је јавни или општи интерес, односно економска снага имитента. Судије англоамеричког правног поднебља имају за нијансу више смелости од својих европскоконтиненталних колега да искажу негативан став о таквој пракси (Вучковић, 2019: 202 - 205).

4 Оно што посебно пада у очи јесте да се грађанскоправни захтев за претрпљену жртву и граничне вредности имисија, односно емисија, из еколошких прописа, предвиђене BGB-ом као један од параметара прекомерности, међусобно искључују, а стоје заједно у истом параграфу. Примена овог захтева показује да, чак и када су имисије прекомерне по мерилима граничних вредности за емисије јавног права, корисник непокретности ће морати да их толерише уз правично обештећење, уколико имитент не може економски да поднесе мере за умањење имисија.

3.1. Грађанскоправна заштита од имисија у српском праву

У праву Републике Србије, у грађанскоправној заштити од имисија примењују се одредбе ЗОСПО⁵-а, о негативној и државинским тужбама, и одредбе чл. 156 ЗОО-а о захтеву да се уклони опасност штете. На овом месту, нећемо се задржавати на класичној стварноправној заштити од имисија. Усредсредимо се на заштиту по чл. 156 ЗОО-а.

Одредбама овог члана регулисана су четири захтева: 1) захтев за уклањање извора опасности, односно захтев за уздржавање од делатности (чл. 156, ст. 1 ЗОО), 2) захтев за предузимање одговарајућих мера у циљу спречавања наступања штете или узнемиравања (чл. 156, ст. 2 ЗОО), 3) захтев за накнаду штете која прелази нормалне границе (чл. 156, ст. 3 ЗОО) и 4) захтев за предузимање друштвено оправданих мера за спречавање наступања штете или за њено смањење (чл. 156, ст. 4 ЗОО).

У случају претње наступања знатније имисионе штете, може се, по чл. 156, ст. 1, захтевати уклањање извора опасности штете, односно уздржавање од делатности од које потиче имисионо узнемиравање или опасност имисионе штете, уколико се то узнемиравање, односно штета, не може спречити одговарајућим мерама. Захтев, који по логици ствари, треба да иде пре овог захтева, јесте захтев да се предузму одговарајуће мере за спречавање имисионог узнемиравања и имисионе штете.

Уколико имисионо узнемиравање или имисиона штета потичу од општекорисне делатности за коју је добијена дозвола надлежног државног органа, не може се захтевати уклањање извора опасности, нити престанак обављања делатности. Може се захтевати само накнада штете која прелази нормалне границе, као и предузимање друштвено оправданих мера за спречавање штете или њено смањење. То је битан недостатак наведених одредаба, који неизоставно треба уклонити. Знатно умањује ефикасност ове заштите, и то пред највећим имитентима и загађивачима животне средине. У највећем броју случајева, радиће се о делатностима чије обављање подлеже претходној оцени ризика по животну средину, која је услов за давање дозволе за рад. На тај начин су ови имитенти заштићени самом чињеницом да имају дозволу за рад, а општа корисност се претпоставља, будући да већина делатности које подлежу оцени ризика јесу друштвено корисне (нпр. производња енергије, екстракција и прерада сировина, управљање отпадом, екстензивно сточарство итд.) (Вучковић, 2019: 259 - 263).

⁵ Закон о основама својинскоправних односа Републике Србије. *Сл. лист СФРЈ*, 6/80, 36/90, *Сл. лист СРЈ*, 29/96 и *Сл. гласник РС*, 115/05 - др. закон.

Овако заузетом позицијом знатно се угрожава ефикасност грађанскоправне имисионе заштите и онемогућава се пуна реализација њеног потенцијала. Он се огледа у омогућавању мирног и појединачно и друштвено исплативог коришћења непокретности, и кроз то, очувању и обнављању потенцијала ове врсте ствари, као једног од најважнијих ресурса сваког друштва. Она формира заштитни омотач око приватноправне сфере непокретности и вредности права својине и њеног објекта, и то на специфичан начин-мирећи класични апсолутизам стварних права са њиховом социјалном функцијом, обogaћеном новом-еколошком димензијом. Истовремено, њоме се може постићи правична расподела користи и терета у коришћењу различитих непокретности, уз уважавање друштвене вредности сваког појединог вида тог коришћења, чак и без непотребно и штетно гломазног терета општег и јавног интереса.

На ову констатацију може се надовезати питање: на који начин се подједнако уважава друштвена вредност сваког појединог вида коришћења непокретности, ако се имитенту намеће терет потпуне накнаде имисионе штете и он доводи у опасност да потпуно обустави своју делатност? Трагање за одговором на то питање можемо започети у причи о еволуцији грађанскоправне одговорности.

4. Еволуција грађанскоправне одговорности

Друштво се одувек супротставља нарушавању комутативне и дистрибутивне правде у приватноправним односима. Еволуција одговорности се одвија од “радикално субјективног пола”, где је нагласак на санкционисању штетника, ка “објективизацији одговорности”, где је нагласак на положају оштећеног и на његовом обештећењу (Thibierge, 1999: 564). Правила о грађанскоправној одговорности и о поправљању штете су у том еволуирању била моделована најпре према кривици штетника. У римском праву, одговорност по основу кривице доживљава свој процват, а потом и бурну ренесансу током XIX века (Стојановић, 1992: 1182 - 1187). Каузална одговорност, која је, чинило се, била потпуно избрисана са историјске позорнице са развијањем римског права, појављује се поново, такође у XIX веку, у новом облику, са новим теоријским образложењем. Фокус је и даље на штетнику, али не по принципу да ко узрокује штету одговара за њу, без обзира на неке друге чиниоце, већ сада по принципу «Qui casse les verres les paie»⁶ (Ко поломи чаше, плаћа их). То је принцип сопствене одговорности за ризик створен и одржаван сопственом корисном активношћу.

6 <http://www.expressions-francaises.fr/expressions-q/3400-qui-casse-les-verres-les-paie.html>.

Такође, овим је друштво показало да се грађанскоправно прилагодило новим цивилизацијским захтевима помахниталог франкенштајновског техничког и технолошког развоја.⁷ На крају, тријумфује идеја гаранције и потпуног фокусирања на жртву и императив поправљања претрпљене штете. Крајем XX века, са експанзијом еколошких и других тешких, дифузних и готово непоправљивих штета, јачају ставови о неопходности превентивног моделовања грађанскоправне одговорности. Превенција се показује као једини начин ношења са штетама које није могуће поправити, против којих је управо она-превенција, једини ефикасан лек (Thibierge, 1999: 565 - 568). У том кретању и у датим околностима, негде на прелазу из «индивидуалне сфере, сфере кривице и поправљања», у «социјалну сферу, сферу ризика, гаранције и обештећења» долази до развоја идеје о осигурању од одговорности за штету (Thibierge, 1999: 580). Осигурање од одговорности за штету, услед немоћи човека и његових организација да се изборе са претешким захтевима успешног и испуњеног живота у савременом свету, добија све више на значају.

Поред заштитне функције, осигурање од одговорности врши и превентивну функцију. Путем осигурања, потенцијални штетник обезбеђује своју делатност и своју имовину од некад претешких последица грађанскоправне одговорности за штету. Али, то исто осигурање подстиче га на предузимање мера за спречавање наступања штете или њеног погоршања. Тиме право осигурања потврђује своју социјалну функцију, која постаје све значајнија у односу на социјалну улогу грађанскоправне одговорности за штету (Мркшић, Петровић, Иванчевић, 2014: 136 - 139).

5. Осигурање од одговорности за имисионе штете

У овом поглављу укратко ћемо се осврнути на француски модел осигурања од грађанскоправне одговорности за повреде нанете животној средини трећих лица, будући да су осигуравајуће компаније у овој држави, врло брзо након што је, 2016. године, у Грађански законик изменама уведен појам еколошке штете, понудиле одговарајуће пакете осигурања за ове врсте штета.

Иако се чини да су у теорији и пракси француског права имисионе и еколошке штете јасно међусобно разграничене (Грађански законик никад није ни садржао појам имисионе штете, а о одговорности суседа за њихово

7 «После статичког човека дошло је биће које изгледа да припада другој раси, које се креће без престанка, било ради својих послова, било из задовољства и које ствара у овом циљу машине дивне и брзе, но које могу да буду узрок страшних катастрофа.» (Жосеран, 1992:1166)

проузроковање више и нема конкретних одредаба-грађанскоправна имисиона заштита остала је тамо где је и настала-у судској пракси), то није увек случај у пракси осигуравајућих друштава (што не мора бити лоше, с обзиром да се ризици штета, и имисионих и еколошких, раздвајају у више целина, чиме се омогућава и већа заштита). У њиховој пракси разликују се три категорије одговорности повезаних, непосредно или посредно, са угрожавањем и деградацијом животне средине: грађанскоправна одговорност за еколошке штете, грађанскоправна одговорност за штете нанете нечијој животној средини, које се појмовно у великој мери подударају са имисионим штетама и тзв. еколошка одговорност-која је одговорност загађивача диктирана принципом «загађивач плаћа», и не представља грађанскоправну, већ чисто еколошку одговорност⁸.

Ипак, поменути модел осигурања од одговорности за штету нанету нечијој животној средини врло је близак нашој идеји о моделу осигурања од грађанскоправне одговорности за имисионе штете.

Та одговорност односи се на ситуације у којима је делатност предузећа извор загађења којим је проузрокована штета (имовинска и неимовинска) суседству тог предузећа, било појединцима, било другим предузећима. Загађење о ком је реч може бити тренутно и изненадно, манифестовано одмах након одређеног генеришућег догађаја, или постепено и континуирано, када се његови ефекти константно развијају током времена. Осигурањем од ове одговорности, у пракси француских осигуравајућих друштава, покривају се случајеви проузроковања имовинских и неимовинских штета трећим лицима загађењем које потиче од делатности предузећа или његових производа, хитни трошкови неутрализације, изолације и елиминације непосредне и извесне опасности наступања штете на добрима трећих лица, трошкови које осигураник поднесе у циљу заштите своје делатности (нпр. деконтаминација земљишта), као и губици који су у вези са тим претрпљени (нпр. измакла добит због привременог обустављања рада). Такође, постоје ризици који су изричито искључени, односно случајеви штета које се не покривају овим обликом осигурања. Поред тра-

8 В. сајт Француске осигуравајуће федерације - Fédération Française de l'Assurance; <https://www.ffa-assurance.fr> и чланке на том сајту: La responsabilité environnementale et l'assurance des entreprises, <https://www.ffa-assurance.fr/infos-assures/la-responsabilite-environnementale-et-assurance-des-entreprises>, од 18.02.2019. године, посећено 25.08.2019. године, у 11:51; La responsabilité civile atteinte à l'environnement (RCAE) et l'assurance des entreprises, <https://www.ffa-assurance.fr/infos-assures/la-responsabilite-civile-atteinte-environnement-rcae-et-assurance-des-entreprises>, од 19.06.2019. године, посећено 25.08.2019. године, у 11:00; Le préjudice écologique et l'assurance des entreprises, <https://www.ffa-assurance.fr/infos-assures/le-prejudice-ecologique-et-assurance-des-entreprises>, од 28.01.2019. године, посећено 25.08.2019. године, у 12:00.

диционалне штете која већ постоји у тренутку закључења уговора, то су штете нанете суседству због недостатака у одржавању инсталација и опреме и због непридржавања прописаних мера предострожности (нпр. мере везане за одлагање отпада) и штете од хроничног загађења потеклог од нормалног функционисања предузећа⁹.

Очигледно се појам штете нанете животној средини одређеног лица и појам имисионе штете не поклапају до краја у пракси француских осигуравајућих компанија, јер, управо маркантна црта имисионих штета јесте то да потичу од нормалног, за одређену врсту и намену непокретности и одређену врсту делатности, уобичајеног коришћења непокретности. Ипак, представљени модел осигурања би могао бити прихваћен и као вид осигурања од грађанскоправне одговорности за имисионе штете. Оне јесу пратилац свакодневице у животу појединаца при коришћењу непокретности, као и у пословању многих врста привредних субјеката. Међутим, кључна претпоставка грађанскоправне одговорности за имисије је прекомерност. Прекомерност имисија није свакодневна и уобичајена, већ она симболише екцес, екстремност у нормалном и свакодневном вршењу својинских овлашћења на непокретности. Реализација грађанскоправне одговорности за имисије може имати тешке последице по имовинску ситуацију и делатност имитента. Наведено сматрамо довољним разлогом да се проузроковање имисионе штете посматра као реализација ризика у осигурању, достојна пажње.

7. Закључак

Према садашњем стању ствари, грађанскоправна заштита од имисија креће се између превенције и репарације. Док је све већи број гласова у прилог превенције, а доминантна репарациона политика решава дилему између натуралне реституције и новчане накнаде, дотле обе идеје узмичу пред јавним и општим интересом. Најбоља илустрација за то је постојећа одредба Закона о облигационим односима Републике Србије, којом се привилегишу општекорисне делатности за које је добијена дозвола надлежног државног органа. Пред оваквим имитентима оштећеном суседу ускраћене су, у већини случајева, и превенција и репарација, и они се морају задовољити одговарајућим износом накнаде, тачније накнадом штете која прелази «нормалне границе». Које су општекорисне делатности нигде није прецизно и јасно одређено, а нигде нису дефинисани ни критеријуми

⁹ La responsabilité civile atteinte à l'environnement (RCAE) et l'assurance des entreprises, <https://www.ffa-assurance.fr/infos-assures/la-responsabilite-civile-atteinte-environnement-rcae-et-assurance-des-entreprises>, од 19.06.2019. године, посећено 25.08.2019. године, у 11:00.

за утврђивање величине штете, односно износа накнаде, који прелазе нормалне границе.

Мишљења смо да је пракса привилегисања појединих имитената штетна по једнакост у вршењу грађанских субјективних права и подједнако штетна за друштво као целину.

Један од основних аргумената бранилаца интервенционизма јавног и општег интереса у вршење и заштиту грађанских субјективних права јесте да би натуралном реституцијом или интегралном новчаном накнадом претрпљене штете имитент био доведен до пропасти. Та позиција донекле је оправдана, с обзиром да имисионе штете потенцијално могу много коштати имитенте.

Да би се то избегло, сматрамо да би, уз укидање привилегишућих правила, требало у наше право увести одређени модел осигурања од грађанско-правне одговорности за имисије. Тиме би се омогућило постизање правичне равнотеже у вршењу грађанских субјективних права. Ако се остане при постојећим решењима, а исто тако, ако се она укину, а истовремено не уведе предложени тип осигурања, та равнотежа остаће озбиљно угрожена.

Литература/References

Вучковић, М. (2019). *Грађанскоправни аспект заштите од прекомерних имисија. Докторска дисертација*. Правни факултет универзитета у Нишу.

Жосеран, Л. (1992). Еволуција одговорности. *Правни живот*. 9 - 10. 1164 - 1178.

Караникић Мирић, М. (2007). Одговорност за загађивање животне средине. *Правни живот*. 9. 455 - 479.

Cornu, G. (2018). *Vocabulaire juridique*. Paris: PUF.

Лазаревић, Д. (2011). *Службености и суседско право*. Београд: Пословни биро.

Лазих, М. (2012). Имисије и грађанскоправна заштита. *Правна ријеч*. 113 - 130.

Мркишић, Д., Петровић, З., Иванчевић, К. (2014). *Право осигурања*. Београд: Правни факултет Универзитета Унион, Службени гласник.

Стојановић, Д. (1992). Историјски развој и циљеви грађанскоправне одговорности за проузроковану штету. *Правни живот*. 9 - 10. 1179 - 1190.

Thibierge, C. (1999). Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité. *Revue trimestrielle de droit civil*. 3 / juillet-septembre. 561 - 595.

Цветић, Р. (2014). Одрживи развој и еколошка штета. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 68. 291 - 302.

Прописи:

Грађански законик Француске (C. civ.), Retrieved 1, September 2018 from <https://www.legifrance.gouv.fr>.

Закон о облигационим односима Републике Србије. *Службени лист СФРЈ*. Бр. 29 (1978), 39 (1985), 45 (1989), 59 (1989), *Службени лист СРЈ*. Бр. 31 (1993).

Закон о основама својинскоправних односа Републике Србије. *Службени лист СФРЈ*. Бр. 6 (1980) и 36 (1990), *Службени лист СРЈ*. Бр. 29 (1996) и *Службени гласник РС*. Бр. 115 (2005) - др. закон.

Електронски извори:

<http://www.expressions-francaises.fr/expressions-q/3400-qui-casse-les-verres-les-paie.html>.

<https://www.ffa-assurance.fr>

Milica Vučković, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

INSURANCE AGAINST LIABILITY FOR DAMAGE ARISING FROM EMISSIONS

Summary

The reserach presented in this paper has been inspired by the legal provision contained in Article 156 (Request to remove the risk of damage) of the Obligations Act of the Republic of Serba. This provision envisages the limitation of the amount of damages that are awarded in situations where the nuisance (harmful emission) arises from the performance of an activity of general public interest, which has been duly authorized by the competent state authority that issued an administrative permit. That provision deprives the injured party harmed by the emmision (the neighbour) of the preventive protection mechanism; second, it deprives him of the possibility of seeking natural restitution (injuctive relief), and compells him to sustain the emission in exchange for some compensation. For this reason, the author argues for the abrogation of that provision. However, if the provision is to be repealed and if the civil judge adjudicating cases in his area of tort liability is given full freedom to impose the property sanction he/she deems most appropriate and effective, such a solution implies a danger or inhibiting socially useful and necessary activities, which may consequently lead to suppressing any entrepreneurial initiative. Thus, the author proposes the introduction of a specific model of insurance against civil liability, which would specifically focus on the problem of property damage stemming from harmful emmissions, as a way to prevent the detrimental effects on the economic activity of the emmitter (which is generally beneficial for the community).. This would allow for a fair balance to be struck in the exercise of civil subjective rights. The balance would be seriously compromised if the the Serbian legislator keeps the existing statutory provision or if it abolishes it but fails to insitute the proposed type of insurance agaist civil liability for damage.

Key words: emissions, damage, compensation, civil liability, insurance against liability for damage.

Др Милан Петровић,
Рредовни професор,
Правни факултет Универзитета у Нишу, у пензији

ПРЕТХОДНО САОПШТЕЊЕ
doi:10.5937/zrpfni1984

UDK: 321.01(73)
Рад примљен: 14.05.2019.
Рад прихваћен: 13.11.2019.

ИСТОРИЈСКИ КОРЕНИ ПОЛИТИЧКОГ СИСТЕМА СЈЕДИЊЕНИХ АМЕРИЧКИХ ДРЖАВА И КОНГРЕГАЦИОНАЛИЗАМ (ПУРИТАНИЗАМ)

Апстракт: Политички систем Сједињених Америчких Држава настао је из једне варијанте протестантског хришћанства, конгрегационализма или пуританизма, који наглашава значај јудаистичког Старог завета и учење о предодређености (предетерминацији). Као такав, пуританизам је играо битну улогу приликом настанка америчког типа демократије и сурове колонизације садашње територије Сједињених Држава. Ипак, пуританизам се није сасвим одрекао новозаветне хришћанске љубави, што је у међународној политици деловало у Маршаловом плану и спасавању Србије од глади првих година Титовог режима.

Кључне речи: протестантизам, конгрегационализам (пуританизам), Сједињене Америчке Државе, Титов режим.

Када је у 4. веку хришћанство Васељенске цркве постало државна религија Римскога царства, хришћанство је затекло већ потпуно уобличене институције и правни поредак те светске империје, које је тек поступно могло да уобличава и усмерава сагласно своме светоназору. Притом, највећи противник нове религије није био древни политеизам, који је брзо ишчезавао, већ јереси унутар ње, и њихово побијање било је главни задатак седам васељенских сабора у раздобљу између 325. и 787. године. Но, тај задатак био је само делимично испуњен, јер су неке јереси не само опстале, већ су се успоставиле као засебне цркве: Аријанска црква, Монофизитска црква, Несторијанска црква, те још неке мање цркве. Први значајан пораз Васељенска црква је претрпела услед великог раскола 1054. године, када се коначно распала на западни део, из кога је произашла

* milan@prafak.ni.ac.rs

Римокатоличка црква, и источни, из кога је произашла Православна црква, која је остала верна поретку и учењима Васељенске цркве. Главни узрок те поделе лежи у схватањима германских варвара, који су на тлу западне половине Царства образовали своје краљевине, „регнуме“. То је довело до извесних особених својстава унутар римокатолицизма: до верског фанатизма; до обожавања римског папе (јер су варвари хтели да имају бога кога виде и чују); до крсташких ратова; до истребљивања вештица као наводних „ђаволових невеста“. Други велики пораз Васељенска црква је доживела услед ширења ислама, којим је Блиски исток отргнут од Европе. Знаменити руски историчар цркве и богослов, Карташов, вели (Карташов, 2009: 443): „Наступио је историјски крај, који је отпочео својим освајањем Александар Македонски. После 1.000 година хеленизма и 700 година помпејског освајања под римским орлом, отпочело је велико повлачење европске културе из тих регија!“ Трећи велики пораз духа Васељенске цркве је појава протестантизма у римокатоличким земљама, посебно германским. Непосредан повод протестантизма било је сузбијање папских злоупотреба. Протестантизам је у томе успео, али је уједно уздрмао и саме темеље хришћанства.

Но, важно је разликовати умерени од екстремног протестантизма. Умерени, оличен у лутеранским (евангелистичким) црквама и Англиканској цркви, задржао је свештеничку хијерархију на челу са епископима и прихватио територијални принцип, у смислу да је земаљски господар (ако је протестант) уједно и глава Цркве. Екстремни протестантизам, у првом реду калвинистички реформизам, за разлику од умереног, није епископалан, већ познаје само свештенике које бирају скупштине верника (презбитеријално-синодални систем), што је израз схватања да је сваки верник свештеник („опште свештенство“). Сваки скуп верника може да образује цркву, црквену општину. Једно од битних обележја реформисане цркве, по коме је добила и име, јесте убеђење да црква треба да се „реформише по речи Божјој“ и да јој је „реформа стално неопходна“ (*ecclesia reformata et semper reformanda*). Управо из овога „*ius reformandi*“ пришло је „*ius revolutionis*“ француске и руске („Октобарске“) револуције, чија је оштрица била управљена против саме Цркве Христове. Литургија (миса) била је замењена проповедничким богослужењем. Од огромне важности је и то што је реформизам стао на становиште предодређености (предетерминације). То становиште заступао је још блажени Августин, у супротности са светоотачким предањем (учењем црквених отаца). По том схватању, Бог је од вечности неке људе одабрао за спасење, а неке за проклетство, једне за рај, друге за пакао; следствено томе, нема слободе воље. Лутер је такође стајао на становишту предодређености. Али, највећа

имена немачке философије, Кант и представници немачког идеализма (Фихте, Шелинг, Хегел) видели су у слободи воље један од темељних појмова философског сазнања. Сви они били су евангелисти. То је у Немачкој, домовини протестантизма, отупело оштрицу Лутеровом гледишту. Протестантизам је такође одбацио црквено предање, култ светаца, култ икона. Правила вере садржана су само у Старом (јеврејском) и Новом завету (*sola scriptura*). Лутер је, додуше, и у Старом завету видео Јеванђеље (*solus Christus*). Међутим, екстремни протестантизам изједначио је учења Старог и Новог завета, нашао је, штавише, у Старом завету мерила Новог. С тим у вези, велики немачки песник јеврејског порекла, Хајнрих Хајне (1797–1856), рекао је о презбитеријанским Шкотима да су Јевреји који једу свињетину (Sombart, 1920: 293).

Сасвим је другачије становиште Васељенске, а потом Православне и Римокатоличке цркве, када је у питању Стари завет. Алфред Лоази (Loisy), „отац католичког модернизма“, записао је разговор који је 24. октобра водио са надбискупом Тура и каснијим кардиналом, Мењаном (Meignan), у коме је овај црквени великодостојник рекао (Heer, 1964: 687): „Знате ли, драги пријатељу, да критика никада није постојала у Цркви. Шта су већ црквени оци разумели од Библије? Ништа. А у средњем веку? И потом? Ришар Симон (придодајмо: Он је велики пионир католичког библијског истраживања) беше паметан човек, велики критичар. Али – молим Вас да обратите пажњу на то – није имао никаквог успеха. Босије (Bossuet) га је смлавио...“ Један знаменити француски католички теолог овако одређује однос првог и другог дела Светог писма (Daniélou, 1948: 13): „Бездан који постоји између Старог и Новог завета је бездан који постоји између најаве неке ствари и реалности те ствари.“ Српски црквени отац Јустин беседи (Поповић, 1980: 332) да је „Господ Христос... разрешио људе од проклетства закона“. У чињеничном смислу то није тачно, јер су само Јевреји живели по старозаветном закону, о коме је овде реч. Но, та тврдња показује став Православне цркве према Старом завету.

У Енглеској су у 17. веку деловале три протестантске, антикатоличке цркве: Англиканска или „High Church“, која је била најближа Римокатоличкој, и која је примењивала церемонијал прописан од владара из династије Тјудор; Презбитеријанска или „нонконформистичка“, која је у 17. веку постала државном црквом Шкотске; премда је била екстремно протестантска (реформистичка), тежила је реформама, али је хтела да остане у јединству са Англиканском црквом; напокон, Конгрегионалистичка црква, или „независна“, чије припаднике су у Енглеској и Америци прозвали „пуританцима“, „чистунцима“, која је била најекстремније протестантска и која је осуђивала како епископално

уређење Англиканске цркве, тако и синоде презбитеријанаца. Краљ и високо племство подржавали су Англиканску цркву; ниже племство и трговци подржавали су презбитеријанце; обичан, особито сиромашан свет, стајао је уз пуританце. У грађанском рату који је избио између краља и парламента, војску парламента чинили су углавном пуританци, због чега се збиљска енглеска револуција често назива „пуританском“, и који су напослетку и извојевали победу, јер су били најфанатичнији борци. У први план избио је генијални пуритански војсковођа, који је добио чин „генерал-капетана“, припадник нижег племства Оливер Кромвел. Поставши војни диктатор, Кромвел је издејствовао да парламент 7. фебруара 1649. укине монархију и успостави републику. Парламент је 16. децембра 1653. изгласао Кромвелу за „лорда протектора Енглеске Републике“, режим је називан „протекторатом“ (protectorate) и Кромвел је владао без ограничења мандата све до смрти 3. септембра 1658. (Конвентски парламент је 1660. поново увео монархију, с фикцијом да република никада није постојала!) Епилог енглеске револуције били су догађаји од 1688. до 1689, које је Берк назвао „срећном и славном револуцијом“, јер се, у ствари, није радило о револуцији, већ о, како исправно примећује Шпенглер (Spengler, 1922: 486), победи племићке, у парламенту заступљене фронде. Присталице парламента и присташе монархије, „виговци“ и „торијевци“, споразумели су се да успоставе парламентарну монархију и учврсте Англиканску цркву као државну цркву; десница, римокатолици, и левица, пуританци, били су одстрањени од власти. Нови краљ, холандски намесник Виљем Орански и његова супруга Ана, кћерка последњег Стјуарта, морали су да 12. фебруара 1689. потпишу „Декларацију о правима“, која је онемогућавала сваку краљевску самовољу.

Кромвела и његово поколење пре свега је надахњивао Стари завет. Свеколико мишљење и стил тог раздобља били су дубоко прожети јудејством. Три главне замисли јеврејског национализма владале су пуританском свешћу тог раздобља: мисао изабраног народа, завет с Богом, месијанска очекивања. Васељенска црква је учила да је сав народ сабран у Цркви „изабрани народ“. Насупрот томе, Кромвел је сматрао да је енглески народ у том историјском добу „нови Израел“. Тако је Кромвел, тражећи од парламента да побеђеног и заробљеног краља Карла Првог осуди на смрт, дословце рекао да догод је тај смутљивац жив, „никакав мир у Израелу није могућ“ (Maugois, 1937: 365). Разумљиво је да је такав став Кромвелов довео до узајамних симпатија са Јеврејима. Још 1290. је краљ Едвард протерао све Јевреје из Енглеске (када је откривено да кују лажни новац). Кромвел им је 1655. дозволио да се врате. Јевреји су, заузврат, финансирали Кромвелове армије и, ускоро потом, дванаест јеврејских мешетара, којима је Кромвел

допустио да послују на Лондонској берзи, обртали су већ у 17. столећу четвртину владиних зајмова (Agent, 1955: 27).

Кромвел је 1649. покорио Ирску и 1651. Шкотску. У Ирској је нешто раније римокатоличка странка надвладала и извршила покољ протестаната. Као прави војник старозаветнога Јехове, Кромвел је у Ирској спровео одмазду описану у Старом завету; дао је да се истреби целокупно ирско племство и земља подели енглеским слободњацима; последица тога је била да су место племства заузели у Ирској римокатолички свештеници; тако је протестант Кромвел гурнуо ирски народ у наручје римокатоличког клерикализма. Заслуга је Кромвелова што је Енглеску учинио светском поморском силом. Победио је Холандију, која је од 1600. имала најјачу флоту на свету, у рату од 1652. до 1654. Када је Кромвел 9. маја 1655. заузео Јамајку, била је тиме запечаћена не само енглеска поморска превласт над Шпанијом, већ и победа светског протестантизма (калвинизма) над светским католицизмом (језуитизмом) у владавини морима и океанима (Schmitt, 1954: 30, 45, 47).

Једна мала скупина у Енглеској прогањаних, како од стране англиканаца тако и презбитеријанаца, пуританаца иселила се најпре у Холандију, а потом у Северну Америку. На броду „Мајски цвет“ (Mayflower) налазио се 41 мушкарац са породицама, и ти мушкарци, у Америци прозвани „оци ходочасници“ (pilgrim fathers), пре него што ће се настанити у Новој Енглеској, закључили су 11. новембра 1620. гласовити уговор, „Mayflower Compact“. Премда су се „оци ходочасници“ изјашњавали као поданици енглескога краља, они су сматрали да у погледу државног, црквеног и економског устројства имају потпуну слободу уговорног уређивања, и тај ултралиберализам, који има корен у уговору изабраног народа с Богом, представља основ пуританскога светоназора. Главни део уговора на „Мајском цвету“ гласи: „У име Божје, Амин. Ми, чија имена су доле потписана, лојални поданици нашега узвишенога сувереног господара краља Јакова, милошћу Божјом краља Велике Британије, Француске и Ирске, заштитника вере итд. Предузевши за славу Божју, ради унапређивања хришћанске вере и у славу нашега Краља и Земље, пут да успоставимо колонију у северним деловима Вирџиније; Закључивши од стране присутних, свечано и узајамно, у присуству Бога и једних с другима, уговор и здруживши нас заједно у грађанску и политичку установу, ради нашег бољег рада и очувања, те надаље ради наведених сврха: да доносимо, установљујемо и одређујемо такве праведне и опште законе, уредбе, акте, статуте и службенике, с времена на време, како будемо сматрали да је најдоличније и најподесније за опште добро Колоније; обећавајући да ћемо им указивати

сву дужну потчињеност и послушност.“ У историјском смислу, они су дакле себе видели као „нов народ“.

Ускоро потом почели су да Нову Енглеску колонизују пуританци у све већем броју. Око 1640. било их је у заливу Масачусетса већ приближно око 22.000. Андре Мороа (Maurois, 1953: 338) истиче да без верског прогањања пуританаца у Енглеској „вероватно цивилизација Северне Америке не би постала англосаксонска“. Но, док су „оци ходочасници“ и њихове породице тежили да буду сами и били прожети благошћу општинског живота, дотле су колонисти из залива Масачусетса били ратоборни и тежили освајањима (Perry, 1944: 72).

Калвинизам, па тако и пуританизам, стоји на становишту јединства државе и цркве, црква је држава и обратно. Пуританци су првобитно хтели да остваре теократију и у „новом свету“. Колонисти са „Мајског цвета“ били су уједно црква, ортаклук и држава (Perry, 1944: 74 ид.). Међутим, већ крајем 17. века превладао је принцип слободе вероисповести. У будућим Сједињеним Америчким Државама појавили су се и припадници друкчијих религија. Рецимо, почев од 1651. били су Шкоти ратни заробљеници, по вероисповести презбитеријанци, отпремани у америчке колоније. У 18. веку дошло је до прилива преко 180.000 шкотских и ирских презбитеријанаца. Енглески краљеви, који су код куће били верски нетрпељиви, у повељама о оснивању колонија јемчили су колонистима слободу вероисповести, и у колонијама су се појавиле многе протестантске секте чији су припадници тражили за себе слободу савести. Знаковито је да су у уставним уговорима између већине и иновераца ови потоњи обећавали послушност већини, али „само у грађанским стварима“ – религија није могла бити предмет законодавства (Jellinek, 2006: 47).

Немачки историчар и филозоф Ернст Нолте, полазећи од тога да су први северноамерички колонисти били прогањани и сиромашни у „старом свету“, устврђује да су Сједињене Америчке Државе биле **прва држава левице** (Nolte, 1985: 47 идд). Он, међутим, одмах додаје да је напоредо постојала и једна „аристократска Америка“ (ibid., 48). Та, боље речено, „плутократска Америка“, пошто збиљски аристократије, племства, у Америци никада није било, постојала је не само на северноамеричком робовласничком Југу, већ и на Северу, у Њујорку, где су је оличавале водеће трговачке породице: Rensselaer-ови, Roosevelt-ови, Alsop-ови, Jay-ови. Овима треба додати и богате јеврејске породице, које су се доселиле са Западноиндијских острва на Карипском мору и из Латинске Америке. Ти Јевреји ушли су у симбиозу са њујоршком плутократијом (први тамошњи Јевреји доселили су се 1655. управо у Њујорк) и, између

осталог, финансирани борбу северноамеричких колонија за ослобођење од Енглеске; без јеврејскога новца Сједињене Америчке Државе никада не би стекле независност; Калифорнија је такође добрим делом јеврејска творевина (Sombart, 1920: 40 и дд.). Постоји у Сједињеним Државама и јака супротност између **национализма** и **универзализма**; али је потоњи успевао да превагне.

Ако се остави по страни слобода вероисповести, коју су касније и сами пуританци прихватили, између америчкога пуританизма и калвинизма уопште, с једне стране, и јудаизма, с друге, у политичким и економским схватањима нема разлика. Пре свега, ова подударност је дошла до изражаја у истребљивачким ратовима које су колонисти водили против староседелачких Индијанаца (о историји староседелачких народа обеју Америка после 1492. (Wright, 2000).

Рат против Индијанаца отпочео је такорећи од почетка колонизације будућих Сједињених Америчких Држава. У Члановима конфедерације уједињених колонија Нове Енглеске (1643–1684) стоји: „Док смо сви ми дошли у ове делове Америке са једним те истим циљем и тежњом, а наине, да унапређујемо Краљевство нашега Господа Исуса Христа и уживамо слободе Јеванђеља у чистоти с миром; и док смо у својим насеобинама (мудрим провиђењем Божјим) надалеко распршени на обалама мора и река другачије него што смо најпре намеравали, тако да не можемо сагласно својој жељи да угодно саобраћамо у једној влади и правосуђу; и док живимо окружени људима неколиких народа који говоре неразумљиве језике који (људи) могу да се покажу штетним по нас или наше потомство.“ А у Декларацији о независности од 4. јула 1776. енглески краљ се, између осталог, оптужује: „Он је подстицао унутрашње побуне међу нама, и настојао да доведе становнике са наших граница, немилосрдне индијанске дивљаке, чија су позната правила ратовања уништавање без разлике људи свих доба, пола и услова.“

Но, они су били први који су примењивали та правила ратовања. Пуританци, као изабрани народ Божји, видели су у Америци Богом обећани Израел, чије староседеоце морају да униште због њиховога безбожништва, баш као што стоји у Старом завету. Додуше, Бог им то изравно није рекао. Али, они су сматрали да су предодређени (предестинирани) за рај, а Индијанци за пакао, јер они су побеђивали, а Индијанци губили, они расли, а Индијанци нестајали. Сав овај истребљивачки поход пуританци су сматрали да чине у „славу Божју“ и квалификовали га теолошким терминима. Тако је за њих Америка била „земља у Божјем власништву“, а њихово прво насеље у њој „света гора Цион“; за њих, религија Индијанаца била је „чисти култ ђавола“,

а они „деца ђаволова“, „црвени ђаволи“ (Deschner: 1992, 26, 34, 48). Још 1835. писао је велики француски историчар Де Токвил (Tocqueville: 1951, 506): „Ако се обрати пажња на тиранске мере које су усвојили законодавци државе Југа, на понашање њихових гувернера и акте њихових судова, лако ће се убедити да је потпуно протеривање Индијанаца коначни циљ према коме истовремено теже сви њихови напори.“

Зомбарт закључује (Sombart, 1920: 293, подвучено у изворнику): „Пуританизам је јудаизам.“ Ипак, то је само делимично тачно. Амерички протестанти нису само поклоници Старог завета, они су и поклоници Новог, и то можда више него иједан други хришћански народ. Они су народ у коме делује крајња противречност између Старог и Новог завета, као и крајња противречност између левице и деснице. У том смислу, они су налик на римског бога Јануса који има два лица. Од тог народа зато долази и највеће могуће зло, али и највеће могуће добро.

Та опрека између старозаветног и новозаветног избија на видело у деловању појединих председника Сједињених Држава на нарочито јак начин. Можда највећма код Харија Трумана, који је био на челу те државе од 1945. до 1953. године. Труман је сматрао да се „темељи“ устава Сједињених Америчких Држава налазе у Библији (Deschner, 1992: 19). Но, исти Труман је наредио да се на два јапанска града, Хирошиму и Нагасаки, 6. и 9. августа 1945. баце атомске бомбе, услед чега је погинуло више од 100.000 недужних цивила. Новинар „Њујорк тајмса“, Виљем Лоренс (William L. Laurence), који је као очевидац из авиона славодобитно описао бацање атомске бомбе на Нагасаки, добио је за тај опис Пулицерову награду. Труман, међутим, није бацањем атомских бомби хтео само да принуди Јапан на капитулацију у Другом светском рату, већ је уједно хтео да Совјетски Савез одврати од даљег ширења комунизма. Два месеца након бацања атомских бомби, Труман је изјавио да Сједињене Државе задржавају атомски монопол за себе (Deschner, 1991, 266). Само, већ 25. септембра 1949. експлодирала је прва совјетска атомска бомба, па је отпочела трка у наоружању и хладни рат између америчког империјализма и совјетског комунизма. Легализацију хладног рата представљала је заправо „Труманова доктрина“, коју је амерички Конгрес усвојио након председничког говора 12. марта 1947. Према тој доктрини, „национална безбедност“ Сједињених Држава угрожена је кад год „тоталитарни режими“ покушају да наметну своју вољу „слободним народима“ путем „наоружаних мањина или спољашњим притисцима“. Битно је, међутим, да је тежиште „Труманове доктрине“ финансијска и материјална помоћ, а у складу са принципима Уједињених нација. Јер: „Семе тоталитарних режима потхрањује се бедом и оскудицом.

Оно се шири и расте у злом тлу сиромаштва и неслоге. Оно у потпуности израста када је у народу умрла нада у бољи живот.“

У најпотпунијој мери „Труманова доктрина“ је дошла до изражаја у „Маршаловом плану“, односно „Програму за помоћ Европи“ (European Recovery Program, ERP), чији је аутор био генерал Џорџ Маршал, државни секретар у Трумановом кабинету. Одобрен од америчког председника и Конгреса, Маршалов план је ступио на снагу 3. априла 1948. с важношћу до 1953. На основу тог плана, европске некомунистичке земље – јер су комунистички режими, укључујући и Титов у Југославији, одбили да се прикључе Маршаловом плану – примиле су од Сједињених Америчких Држава 12,5 милијарди долара. С обзиром на његов план, Маршалу је била додељена Нобелова награда за мир за 1953. годину.

У Југославији, законом од 5. децембра 1946. са допунама од априла 1948, национализована су приватна предузећа, укључујући и ситнотрговинску мрежу. Тиме је створен паразитски управљачки слој, коме треба додати голем војни и полицијски апарат, као бољшевички тип политбирографије. Битна обележја тог типа изврсно описује Макс Вебер (Max Weber) само неколиким реченицама (Weber, 1980: 303, 293, 452, подвучено у изворнику): Бољшевизам је, тако, „војничко-надничарски и контрибуционистички милитаризам“, „најчистији милитаризам који у ово време игде постоји“; њега представљају „елементи који се као паразити скупе приликом сваког преврата, и који **неће да живе за револуцију, него од ње**, што ће рећи, који би као „црвена гарда“, или као чланови „револуционарних комитета“, или као њихови опуномоћеници за услуге у брбљању и доушњиштву **желели да се хране без рада**. Ти паразити који се хране на револуционарним јаслама немају никакав интерес да се садашње стање оконча догод им даје храну.“ Као извор прехрањивања себе и својих прирепина, нови властодршци су нарочито бацили око на српско село, па су у ту сврху 1946. донели закон о задругама, који је предвиђао оснивање „сељачких радних задруга“ као вида принудне колективизације, чији су узор били совјетски колхозии. Исте године донели су и уредбу о откупу житарица, на основу које је вршен принудан откуп житних производа. За повреду те уредбе била је предвиђена новчана или затворска казна, као и конфискација вршалица или делимична или потпуна конфискација непокретности. Значајно је да су ове мере правног nihilizma наишле на изванредан отпор руководства србијанских комуниста. Но, Тито је то руководство оптужио да су „секташи“ и „опортунисти“ у погледу индустријализације, а у погледу принудног откупа још рекао: „Кулак у Војводини је зајашио Партију. Ваша „сељачка“ политика је у ствари кулачка“ (Б. Петрановић, М. Зечевић, Југославија

1918–1988. Тематска збирка докумената, 2. изд., Београд 1988, 871 ид., аднотација 10; 873, аднотација 11.)

Примена ових прописа довела је до скоро потпуног гашења српске земљорадничке производње. Опасност од умирања од глади, као последица Титове геноцидне аграрне политике, надвила се над стотинама хиљада српске деце у градовима. Тада су прискочиле у помоћ Сједињене Америчке Државе, и омогућиле 6. јануара 1951. споразум са Титовом владом о „давању хитне помоћи Југославији“. Труманов режим нам је испоручивао брашно, млеко и јаја у праху („Труманово млеко“ и „Труманова јаја“), жути шећер и жути сир, али и новац и лекове. Врата Титовог пакла затворила је рука пуританске љубави према ближњем.

Литература/References

Arent, H. (1955). *Elements und Ursprünge totaler Herrschaft*, Frankfurt am Main.

Daniélou, J. (1948). *Le Mystère de l'Avent*, Paris.

Deschner, K. (1991). *Die Politik der Päpste im 20. Jahrhundert*, Neuausg., sine loco.

Deschner, (1992). (*Der Moloch. Zur Amerikanisierung der Welt*, Stuttgart/Wien.

Weber, M. (1980). *Gesammelte politische Schriften*, herausg. v. J. Winckelmann, 4. Aufl., Tübingen.

Wright, R. (2000). *Stolen Continents. Conquest and Resistance in the Americas*, London 2000.

Jellinek, G. (2006). *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, 3. Aufl. von W. Jellinek, Reprint, Saarbrücken.

Карташов, В.А. (2009). *Васељенски сабори*, Београд.

Maurois, A. (1937). *Die Geschichte Englands*, Wien/Leipzig.

Nolte, E. (1985). *Deutschland und der Kalte Krieg*, 2. Aufl., Stuttgart.

Sombart, W. (1920). *Die Juden und das Wirtschaftsleben*, 10. und 11. Tausend, München/Leipzig.

Spengler, O. (1922). *Der Untergang des Abendlandes*, II, Erste bis fünfzehnte Aufl., München.

Schmitt, C. (1954). *Land und Meer. Eine weltgeschichtliche Betrachtung*, Neue Aufl., Stuttgart.

Perry, B.R. (1944). *Puritanism and Democracy*, New York.

Петрановић, Б. Зечевић, М. Југославија 1918–1988. Тематска збирка докумената, 2. изд., Београд 1988.

Поповић, Ј. (1980). Догматика Православне цркве, II, фототипско изд. из 1935, Београд.

Tocqueville, de A. (1951). De la Démocratie en Amérique, par A. Gain, I, Paris 1951.

Heer, F. (1964). Europa Mutter der Revolutionen, Stuttgart.

Prof. Milan Petrović, LL.D.

Full Professor (retired),

Faculty of Law, University of Niš

THE POLITICAL SYSTEM OF THE UNITED STATES OF AMERICA AND CONGREGATIONALISM (PURITANISM)

Summary

The political system of the United States of America has derived from a variant (faction) of Protestant Christianity, Congregationalism or Puritanism, which emphasizes the importance of the Old Testament Judaism and the doctrine of predestination (pre-determination). As such, Puritanism played an essential role in the emergence of the American type of democracy and the cruel colonization of the present-day territory of the United States. The first English colonists of the present-day United States territories were the Puritans. In line with their precept of Christianity, the Puritans considered themselves to be “the chosen people of God,” perceiving the state, church and economics as institutions based on the covenant between the members of the specific nation. By contrast, the non-Christian Native American Indians were considered to be “the devil’s children,” whom God had doomed to failure. The act of dropping atomic bombs on the Japanese cities of Hiroshima and Nagasaki, as well as the engagement in the Cold War with the Soviet Union, are the expression of such religious and moral perceptions. Yet, Puritanism still features a strong trait of Christian Love embodied in the New Testament. This trait came to the fore in the Marshall Plan, the American recovery program aimed at reviving European economies after the Second World War. Similarly, in the early years of Tito’s regime, when the Serbian agricultural production was almost completely extinguished in 1946 by introducing “peasant co-operatives” and forced purchase of grain products, which put Serbian children at risk of dying from famine, the American President Truman saved Serbia from famine by delivering food, money and medicines.

Key words: Protestantism, Congregationalism (Puritanism), United States, Tito’s regime.

LESSOR'S NOTICE OF TERMINATION OF RESIDENTIAL LEASE IN CZECH LAW

Abstract: Czech private law underwent a major change in 2014, when the new Civil Code came into force. The changes also influenced the regulation of residential leasing. Renting a flat or house is a very common means of satisfying the need for housing in the Czech Republic. In 2011, one quarter of all flats in the Czech Republic were rented. A lessee is considered to be the weaker party in a lease relationship. For this reason, there is strong legal regulation. One way to protect lessees is to limit the lessor's right to give notice. The aim of this contribution is to present Czech regulation on the termination of residential leases, mainly the circumstances and conditions under which the lessor has the right to give notice.

Key words: Residential lease, notice of termination, civil law, rent, lessee, lessor.

1. Introduction

The legal regulation of residential leases in the Czech Republic started evolving in the early 1990s. Until then, the housing policy was entirely controlled by the state. Residential lease did not exist in the legal code. Instead, the institution of personal use of apartments was applied. It was only after the fall of the communist regime that a number of traditional private law institutions, including lease law, were reintroduced into civil law. A substantial part of the housing fund was restituted and privatised. The protection of lessees was originally embodied in the amended Civil Code of 1964, Act No. 40/1964 Coll., Civil Code, as amended (hereinafter referred to as the CivC 1964). In 2014, the new Civil Code, Act No. 89/2012 Coll., came into effect (hereinafter referred to as the "CC"). The regulation of residential lease is found under Section 2235 to 2301 of this act.

* lukas.hadamcik@law.muni.cz

In the Czech Republic, there is no special regulation on social housing, although the need for this legislation has been discussed for years. Hence, the present situation is such that the legal regulation of residential lease does not distinguish whether the lessor of the apartment is a public entity (e.g. municipality) or a private entity. The same strict rules apply irrespectively to all apartments which are leased for the purpose of satisfying the lessee's housing need.

One of the ways in which the lessee's position is traditionally protected is the restriction of the lessor's right to give notice of the lease. The aim of this contribution is to introduce the individual reasons for notice of termination, on the basis of which the lessor is entitled to terminate the lease.

2. Basic reference points

First and foremost, it must be noted that the regulation of residential lease in Czech law is relatively cogent. It is not possible to diverge from legal provisions by agreement, should such agreement result in the curtailment of the lessee's rights (compare Section 2235(1), CC).

Czech law enables the agreement on a lease for both a definite or indefinite term. However, no matter if the lease was agreed for a definite or indefinite term, under no circumstances is the lessor authorised to give notice of termination without relevant reasons.

This situation seemingly contradicts the concept of lease as a relative legal relationship, where the substance of relative legal rights is their limited duration in time. The institute of notice as a unilateral legal act which leads to the termination of the obligation prevents the existence of temporally unlimited relative legal relationships. In the case of the lessor, however, the lease cannot be unilaterally terminated if a relevant reason for notice does not exist. This limitation is relevant under the circumstance that the residential lease serves to satisfy the basic human need of the lessee, that being the need for housing. Nevertheless, the restrictions are fairly significant. During the drafting of the civil code, the option of notice without giving a reason for termination on the part of the lessor was also considered, whereas a relatively long (two-year) notice period should have been introduced simultaneously to protect the lessee in this case. However, this provision was not incorporated into the effective civil code.

The current legislation thus leads to a practice in which lease agreements between private entities for an indefinite term are concluded only minimally. For, if the legal code allows the lessor to conclude the lease for a definite term (e.g. one year) and to extend this lease without limitation, then it would be difficult to imagine that the lessor would be interested in voluntarily giving up the option

of considering at least once per year whether they are interested in continuing the legal relationship or whether they would prefer to use the apartment for a different purpose or lease it to another lessee.

It should be noted that no lower limit is stipulated for the period for which the lease of the apartment may be agreed. For example, Spanish legislation foresees minimally three years, whereas a shorter agreed term of lease shall be automatically extended until the said three years, which may be prevented without giving a reason only by the lessee; on the contrary, the lessor may do so only for the reasons stipulated by law [Art. 9 of Act No. 29/1994 of 24 November, on municipal leases (*de Arrendamientos Urbanos*), as amended]. Czech law does not stipulate any such limitations, which in practice results in the possibility of encountering a lease deliberately concluded for an inadequately short term (e.g. three months). However, if the purpose of such agreed lease terms is to evade the provision on notice, it is an obvious evasion of the law, which means that the given provision shall be disregarded pursuant to Section 2235(1), CC. In this case, the lease shall be considered agreed for an indefinite term (compare Section 2204(1), CC).

3. Categorisation of notice reasons

The notice reasons may be sorted according to several criteria: firstly, the length of the notice period (three months or without a notice period); secondly, whether the reason is on the part of the lessee or lessor, or whether the notice is given for reasons of public interest (Bajura: 42). In Section 2288 CC, categorisation was chosen depending on the relevance of the notice reason in relation to whether the lease is for a definite or indefinite term. The author adheres to this categorisation. However, we have to prepend sanctioning notice reasons, which by their nature fall into the category of notice reasons relevant to leases regardless of the agreed lease term, due to the fact that this is the most problematic category in terms of interpretation.

4. Sanctioning notice reasons

The sanctioning notice reasons are regulated in the provisions of Section 2291 CC, and Section 2288(1)(a) and (b) CC. The substance of the sanctioning notice reasons is that, in this case, the notice is a reaction to a breach of obligations by the lessee. For this purpose, the Civil Code implements categories of breach of obligations by the lessee according to their intensity:

- particularly serious breach (Section 2291 CC),
- material breach (Section 2288 CC),

- serious breach (Section 2269(2) and Section 2272(2) CC).
- minor breach.

The intensity of the breach of obligations affects the existence of the lessor's right to give the lessee notice. A minor breach of obligations cannot lead to a notice of termination of the lease. Likewise, a serious breach of obligation in itself does not establish the right to give the lessee notice, but depending on the reason report in the case of a repeated serious breach, the breach may gain in intensity to become a material or particularly serious breach (Eliáš, Zuklínová, Gaňo, 2012: 863). A material breach of obligation is a reason for notice with a three-month notice period pursuant to Section 2288(1) CC. A particularly serious breach of obligation is a reason for notice without a notice period pursuant to Section 2291 CC.

It may seem that the provision of Section 2291 CC is stricter towards the lessee as compared to Section 2288 CC. This conclusion may be inferred from the fact that it grants the lessor the right to give the lessee notice without a notice period. This conclusion is also suggested by the fact that this includes sanctioning notice reasons with a higher degree intensity of obligation breach. However, upon detailed examination of this provision, we can draw the conclusion that it is a much more benevolent provision in relation to the lessee. Despite the fact that the lessor has the right to terminate the lease without a notice period, the lessor's procedure pursuant to this does not lead to the faster termination of the lease than under Section 2288 CC. According to the third clause of Section 2291 CC, the lessor is obliged to invite the lessee to eliminate the deficient conduct or the unlawful situation within a reasonable period before delivering the notice. Therefore, the notice period in this provision is merely replaced with a reasonable period, which must be granted to the lessee to eliminate the deficient conduct or unlawful situation. Only if the lessee does not respond according to the request within the given period can the lessor give them notice, in which the lessor must clearly specify where it perceives the particularly serious breach of the lessee's obligation. Pursuant to Section 2291(1) CC, the lessee has one month from termination of the lease to hand over the apartment.

It is the lessor's obligation to make this request which leads to the conclusion that the provision protects the lessee's rights to a greater extent than Section 2288 CC because, according to the latter provision, the lessor need not make any such request. If the lessee reacts to the request and rectifies the deficient conduct or the unlawful situation, then it is necessary to draw the conclusion that the lessor does not have the right to give notice pursuant to Section 2291 CC. The opposite conclusion would suggest that the requirement for the request would be a mere redundant formality.

Given that the particularly serious breach of obligations is more intensive than a material breach, the lessor has the right to choose whether it shall proceed pursuant to Section 2288 CC, or Section 2291 CC, in the case of such breach. However, if they choose the procedure pursuant to Section 2291 CC, and make the request under clause (3), they are no longer authorised to give notice based on this fact even pursuant to Section 2288 CC; otherwise, the request would again be a mere redundant formality (Brzobohatá, 2017).¹ Likewise, the Supreme Court has drawn the conclusion that the notice reason is void in this case.² In other words, if the lessee breached the obligation in a particularly serious manner and the lessor is not interested in the continuation of the legal relationship, it should not request anything from the lessee and should proceed immediately pursuant to Section 2288 CC, that is, to give the lessee notice with a three-month notice period. If the lessor proceeds pursuant to Section 2291 CC, he exposes himself to the risk that the lessee shall rectify the unlawful situation based on the request, and the lessor shall thus be unable to terminate the problematic legal relationship.

4.1. Particularly serious breach of obligations

The provision of Section 2291(2) CC contains a demonstrative list of individual breaches of obligations in a particularly serious manner:

- the lessee fails to pay rent and costs for service for a period of at least three months,
- the lessee damages the apartment or house in a severe and irreparable manner,
- the lessee causes other serious damage or problems to the lessor or persons living in the building,
- the lessee uses the apartment in a different manner or for other purposes than those agreed.

4.1.1. Non-payment of rent and costs for services

The non-payment of fees related to living can apparently be considered the most common reason leading to notice of termination of the lease. Hence, it is evident that this notice reason was included in the prior legislation. However, the legal formulation of the notice reason changed even during the effectiveness of the previous civil code, with a corresponding change in case law. Pursuant to Section 711(1)(d) CivC 1964, as amended until 30 March 2006, the lessee

1 Contrarily (Selucká, Hadamčík 2015: 248)

2 Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne (Judgment of the Supreme Court of) 18. 1. 2017, sp. zn. 26 Cdo 4249/2016.

seriously breached their obligation from the lease if he/she “*did not pay rent or fees for performance related to use of the apartment for more than three months.*” From the said provision, case law inferred that the value of the debt was not relevant, but rather the period for which the lessee did not pay these debts.³ Hence, in addition to a situation when no amount was paid on the grounds of rent, the non-payment of rent pursuant to this provision also referred to situations when the lessee did not pay the rent in full.⁴ Following the amendment implemented under Act No. 107/2006 Coll., the notice reason was changed so that the lessee seriously breached the obligation if he/she “*did not pay rent and fees for performance provided with use of the apartment in the amount corresponding to three times the monthly rent and fees for performance provided with use of the apartment.*” Pursuant to this version, the period for which the lessee did not pay rent was no longer decisive, but rather the value of the debt. The conjunction was also changed. While the aforementioned version contained the conjunction “or”, after the amendment it contained the conjunction “and”. From this as well, it must be inferred that the non-payment of rent in full no longer suffices, but rather that the arrear must include the amount for services and the amount for rent, whereas the value of the arrear is simultaneously defined as a multiple of the monthly agreed amount for rent and services (Fiala, Kindl, 2009:1379).

If we compare the current version with the foregoing, then the current regulation again contains the phrase “for at least three months”, from which it may be inferred that the legislators again returned to the diction effective before 30 March 2006 and, therefore, that the period of the lessee’s default rather than the value of the debt is decisive. On the other hand, the conjunction “and” has remained intact, from which on the contrary it may be inferred that it should still refer to the sum of payments, and not only partial non-payment. Hence, the current interpretation is not definite. Bajura deduces that it is necessary to apply the case law pertaining to the version before its amendment (Bajura, 2014: 42). On the contrary, Selucká notes that the breach of obligations must fulfil the general clause, meaning a “particularly serious breach of obligation”. For this reason, the debt must have the attributes of a qualified debt, meaning that the given provision must be interpreted to mean that it is an amount equal to the sum of payments for rent and for costs of services for three months (Hulmák, 2014: 469). The author of this paper is inclined towards the last stated conclusion. For, the given provision cannot be interpreted in isolation but in the context of the

3 Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 20. 5. 2008, sp. zn. 26 Cdo 731/2008.

4 Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 6. 2. 2003, sp. zn. 26 Cdo 585/2002, uveřejněné pod C 1693 ve svazku 23 Souboru rozhodnutí Nejvyššího soudu (Order of the Supreme Court of 6. 2. 2003, sp. zn. 26 Cdo 585/2002, published under C 1693 in Volume 23 of the Supreme Court Decision File.)

legislation as a whole. It is essential to realise that, in the previous regulation, this breach under the effectiveness of both versions led to notice with a three-month notice period. The conclusions of case law before the amendment correspond to this, as it was clearly the intention to also sanction lessees who do not pay their debts even in part. This would not be possible under any provision other than that cited above. However, according to the current legislation, the failure to make payments in full may take on the intensity of a material breach. The lessor is then authorised to give the lessee notice pursuant to Section 2288(1)(a) CC. For this reason, it is no longer possible to simply accept the conclusions of case law pertaining to the solving of this issue pursuant to the previous legislation.

There was also an evolutionary shift in case law concerning the means by which the lessor must factually define the notice reason in the notice. Until 30 June 2006, case law did not require the lessor to state the specific months for which the rent was not paid. However, this was due to the fact that notice could only be given with permission from the court, meaning that the lessor was obliged to prove the fulfilment of the notice reasons in factual terms in the proceedings.⁵ Given the fact that from 31 March 2006, it was a notice reason without permission from the court, case law required that the lessor precisely specify when and how much the lessee failed to pay on rent or service fees to ensure adequate certainty.⁶ In my opinion, there is no relevant reason why this conclusion should not apply likewise to the current legislation.⁷

4.1.2. Damage to the apartment or house in a severe and irreparable manner

This notice reason works with other vague terms such as “serious or irreparable manner”. Hence, the question arises based on what criteria the reaching of the given intensity can be assessed. Bajura refers to damage higher than that which suffices to establish criminal liability (meaning CZK 5,000) (Bajura, 2014: 49). On the contrary, Selucká opts for the viewpoint of the preceding notice reason, meaning three times the monthly rent and costs for services (Hulmák, 2014: 471). The latter opinion seems to be the more appropriate. The previous civil code already specified the lessee’s default merely as an example of a material breach of the lessee’s obligations which constituted a notice reason. In the case of a breach of the lessee’s obligations in other ways, case law inferred that when assessing the intensity of the breach, it is necessary to consider whether this other breach in its significance is at least as serious as the non-payment of rent (service fees), which the law expressly identifies as a “material” breach.⁸ In my

5 Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 8. 6. 1999, sp. zn. 26 Cdo 2259/98.

6 Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 25. 11. 2009, sp. zn. 26 Cdo 1109/2009.

7 Contrarily (Hulmák, 2014: 471).

8 Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 22. 4. 2004, sp. zn. 26 Cdo 85/2004.

opinion, the same conclusion may be applied to the current legislation, meaning that the intensity may be assessed according to the preceding notice reason.

4.1.3. Causing serious damage or problems to the lessor or persons living in the building

The notice reason is directed firstly at the relationship between the lessor and lessee, which should be free of conflict, meaning that the lessee should not damage the apartment **and** should not cause serious damages or other problems to the lessor. The notice reason is also directed at peaceful cohabitation in the building. In my view, the previous notice reasons pursuant to Section 711(2) (a) CivC 1964, meaning a material breach of good morals in the building, can be included herein. Case law provides the following incomplete list: bothering of lessees beyond the reasonable limits by various immission (e.g. excessive noise, odour, insects, dirt, inadequate breeding of animals), or verbal or even physical abuse of the other lessees or the lessor, whereas the intensity can be assessed based on the severity of the consequence of the lessee's conduct and the extent of its duration or recurrence.⁹

4.1.4. Unauthorised use of the apartment in a different manner or for other purposes than those agreed

If the purpose of lease is not the permanent housing of the lessee or their family members in the meaning of Section 2235(1) CC, then it is not a residential lease. Hence, the said notice reason reacts to situations when the lessee does not use the apartment for the aforementioned agreed purpose, but for a different purpose. Naturally, it cannot be a different purpose which is related to the lessee's housing and which is expressly permitted by legislation, e.g. working or operating a business in the apartment (Section 2255(2) CC) or keeping a pet (Section 2258 CC).

It must be noted that the law mentions the foregoing situations as an incomplete list only. Therefore, it will always be necessary to assess the specific situation to determine whether the intensity of the breach of other obligations reaches the degree of a particularly serious breach. Furthermore, it must be such a breach which by its nature is repairable, so as to allow for the request pursuant to Section 2291(3) CC. If it is an irreparable breach, be it of particularly serious intensity, the lessor may proceed only pursuant to Section 2288(1)(a) CC, and give the lessee notice with a three-month notice period.¹⁰

9 Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 24. 11. 2005, sp. zn. 26 Cdo 1865/2004, uveřejněný ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek pod č. 51/06. (Judgment of the Supreme Court sp. zn. 26 Cdo 1865/2004, published in the Collection of Judgments and Opinions under No. 51/06.)

10 Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 18. 1. 2017, sp. zn. 26 Cdo 4249/2016.

4.2. Material breach of obligations

A material breach of obligation constitutes a notice reasons pursuant to Section 2288(1) CC, and is thus a reason for notice with a three-month notice period. As concerns a material breach of obligations, the Civil Code does not contain any similar demonstrative list. It expressly identifies the situation where the lessee unrightfully arranges a sublease as a material breach of obligations (Section 2276 CC). Incidentally, this applied also under the previous legislation (Section 719(1) CivC 1964).

On the contrary, compared to the previous legislation (Section 689(2) CivC 1964), it is no longer a material breach of the lessee's obligations if the lessee does not inform the lessor about an increase in the number of people living in the apartment pursuant to Section 2272(1) CC. For, the law stipulates the intensity of this breach as serious. Likewise, it identifies the breach of the reporting obligation pursuant to Section 2269(2) CC as serious.

The intensity of a material breach of obligations will have to be assessed according to the specific circumstances of the given case, whereas it may be a breach of any obligation from the lease. It is irrelevant whether the obligation arises from the law or from the agreement. However, if it is a contractual obligation, it must not be contrary to Section 2239 CC, meaning **that** it cannot be an obligation which is obviously unreasonable under the circumstances.

4.3. Conviction of an intentional criminal offence

The last sanctioning notice reasons for notice with a three-month notice period is regulated in Section 2288(1)(b) CC: *“if the lessee is convicted of an intentional criminal offence against the lessor or a member of their household or a person living in the building where the lessee's apartment is located, or against the property of another which is located in the building.”* It may seem strange that the legislators included this notice reasons among the reasons pursuant to 2288 CC, with a three-month notice period, when they simultaneously defined the option of notice without a notice period, because the commission of a criminal offence may be considered the most serious breach of the lessee's obligations. However, it is necessary to realise what the reason for notice is, in this case and subsequently, to connect this conclusion with the meaning of 2291 CC, explained above.

The notice reason in this case is not the act committed by the lessee, for which they were convicted, but rather the verdict under which they were convicted. Before this verdict, the act which the lessee committed will have fulfilled some of the notice reasons pursuant to Section 2291 or Section 2288(1)(a) or (d) CC, and the lessor may thus already give the lessee notice pursuant to these provisions. In potential civil proceedings commenced by the lessee pursuant

to Section 2290 CC, the lessor shall bear the burden of proof that the reason for notice was fulfilled in factual terms in this case. On the contrary, in the case of notice pursuant to Section 2288(1)(b) CC, the court is bound by the decision that a criminal offence has been committed.

The inclusion of this notice reason under Section 2288 CC corresponds to the fact that the lessee cannot eliminate the effective verdict based on their own will. For this reason, procedure pursuant to Section 2291 CC is not possible.¹¹ In the case of a criminal offence whose consequence can be rectified, whereas the lessor proceeds pursuant to Section 2291(3) CC even before the decision of the criminal court (meaning that they make a request to which the lessee reacts and rectifies their misconduct), it is questionable whether the lessor is still entitled to the notice reason pursuant to Section 2288(1)(b) CC, after the effective conviction of the lessee. It has already been stated above that in the case of rectification, the lessor is not entitled to the notice reason pursuant to Section 2288(1)(a) CC. In my opinion, however, the situation is different in this case. While the conclusion on preclusion of the notice under letter (a) resulted from the fact that it is the same act, in the case of the notice under letter (b) the reason for notice is an effective verdict. The circumstance that it was issued based on the same act is secondary, in my opinion, precisely because it is a specially regulated notice reason. Hence, I support the opinion that the lessor is entitled to the notice reason even in this case.

5. Other notice reasons from lease for an definite and indefinite term

In addition to the aforementioned sanctioning notice reasons, the lessor may give the lessee notice from the lease for a definite or indefinite term also with a three-month notice period pursuant to Section 2288(1)(c) and (d) CC. Under letter (c), the lessor is authorised to give notice: *“if the apartment is to be vacated because for reasons of public interest, it is necessary to handle the apartment or building in which it is located so that it can no longer be used at all.”* This notice reason was also included (with certain less important differences) in the previous legislation, but it was a notice reason with permission from the court [Section 711a(1)(b) CivC 1964]. Pursuant to the established practice of the Supreme Court, the lessor has the right to give the lessee notice based on this reason only if the decisive claim contained in the notice is substantiated by the respective administrative act of the building authority (or other entity specified by the building code) pursuant to building regulations.¹² Case law simultaneously came to the conclusion that the term “public interest” makes this provision a legal norm with a relatively

11 Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 18. 1. 2017, sp. zn. 26 Cdo 4249/2016.

12 Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 31. 8. 1998, sp. zn. 3 Cdon 7/96, uveřejněný v Soudní judikatuře z oblasti občanského, obchodního a pracovního práva č. 21/98 na s. 492. (Judgment

indefinite hypothesis. Hence, it is up to the court to define the circumstances in which it perceives the fulfilment or non-fulfilment of the condition of existence of public interest in the judged case.¹³ Because the current Civil Code does not recognise notice with court permission, the court's consideration regarding the existence of public interest will thus be applicable only in the case of proceedings commenced pursuant to Section 2290 CC. An analogy of this notice reason is also contained in Section 7(2) of Act No. 184/2006 Coll., on the revocation or restriction of ownership of land or buildings (Expropriation Act), as amended: *"Upon expropriation, the lessor may give notice from the lease of the apartment, commercial premises, building or land also if their further use prevents the purpose of expropriation, in addition to the reasons specified by special legal regulation."*

The provision of Section 2288(1)(d) CC, makes the list of notice reasons open, because pursuant to this provision the lessor has the right to give notice from the lease: *"if there is another similarly serious reason for terminating the lease."* According to the original reason report, however, this clause must be interpreted restrictively (Eliš, Zuklínová, Gaňo, 2012: 868).

The lessor is entitled to a special notice reason pursuant to Section 2283 CC, in the case of the lessee's death and passing of the lease to their heir pursuant to Section 2282 CC.

6. Notice reasons for lease for an indefinite term

If the lease was agreed for an indefinite term, the lessor has two additional notice reasons beyond the framework of the notice reasons specified above. Pursuant to Section 2288(2)(a) CC, the lessor may terminate the lease in the three-month notice period if *"the apartment is to be used by the lessor, their spouse, who intends to leave the family household, and a petition for divorce of the marriage has been filed or the marriage has already been divorced."* In specialised literature, there was a dispute over whether this notice reason may be applied only in the case of divorce of marriage (meaning whether the part of the sentence after the conjunction *"and"* also applies to the lessor),¹⁴ or whether the lessor may give notice from the lease if the condition that it is to be used by the lessor without further ado is fulfilled (the part of the sentence after the conjunction *"and"* applies only to the lessor's spouse) (Bajura, 2014: 73). The Supreme Court carried

of the Supreme Court of 31 August 1998, file no. 3 Cdon 7/96, published in the Court's case-law on civil, commercial and labor law n. 21/98, p.492)

13 Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 8. 4. 2009, sp. zn. 26 Cdo 1642/2008.

14 This opinion can be found apparent for the first time in the work by Bezouška, Petr. *Housing policy all around*. (Eliš, 2014:248). This opinion may also be implicitly deduced from commentary literature (Hulmák: 2014: 460). A more detailed argumentation of this opinion is offered by Křeček (Křeček, 2016:122-123).

out the grammatical, historical, theological and systematic interpretation of the given provision, coming to the following conclusion: *“If the apartment, the lease of which is being terminated, is to be used by the lessor, the notice reason pursuant to Section 2288(2)(a), CC, is fulfilled without further ado; only if the apartment is to be used by the lessor’s spouse, who intends to leave the family household, must the lessor prove that a petition to divorce the marriage has been filed, or that the marriage has already been divorced.”*¹⁵

Pursuant to Section 2288(2)(b) CC, the lessor is also authorised to give notice from the lease with a three-month notice period if: *“the lessor needs the apartment for their relative or their spouse’s relative in a direct line or in collateral line in the second degree.”*

Hence, this is an analogy of the earlier notice reason pursuant to Section 711a(1) (a) CivC 1964. In relation to the previous regulation, the Supreme Court already deduced that the given provision does not require the lessor to be a person who does not have their own apartment. The lessor’s need for housing from the perspective of this provision is given even in the cases when the lessor has their own apartment, but wants to improve their housing conditions.¹⁶ The said change must therefore be interpreted in the meaning of the said case law, which is not that any use by the lessor is sufficient (e.g. use of the apartment as storage or for the lessor’s business), but only use of the apartment for permanent housing of the lessor. The opposite interpretation would mean that the lessor would be authorised to give notice from the lease at any time, essentially without a notice reason. The owner of the apartment (or person with other rights to the apartment), as a rational manager, would not leave apartment unused. Given the foregoing, the earlier conclusion of case law that a lessor who is a legal entity cannot give notice from the lease under this provision will apparently remain intact.¹⁷

In my opinion, the conclusions of case law pertaining to assessing the validity of the notice pursuant to this provision in terms of its compliance with good morals are likewise still applicable. Hence, in the case of notice pursuant to Section 2288(2) CC, the lessor must also take into account the potential advanced age of the lessee, how long they have lived in the apartment, the consequences their moving to another apartment could have for their health and, in the case of the notice reason under letter (b), urgency of the need for housing of the person in whose favour the apartment lease is being terminated in relation to these facts.¹⁸

15 Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 22. 11. 2016, sp. zn. 26 Cdo 1454/2016.

16 Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 22. 12. 1998, sp. zn. 2 Cdon 1246/97.

17 Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 26. 3. 1998, sp. zn. 3 Cdon 1/96, uveřejněný v Soudní judikatuře z oblasti občanského, obchodního a pracovního práva č. 21/98 na s. 489.

18 Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 16. 3. 2004, sp. zn. 26 Cdo 1619/2003.

In order for the notice pursuant to this provision to be definite, the lessor must expressly state in the notice the person in whose favour the lease is being terminated pursuant to the cited provision.¹⁹

Pursuant to Section 2289 CC, the lessor is given a deadline of one month to use the apartment for the purpose specified as the notice reason. This deadline does not run for the period needed to modify the apartment, if modifications were commenced maximally within two weeks after vacating the apartment and are duly progressed. If the lessor does not do so, he is obliged to lease the apartment to the lessee again or compensate their damages. The conjunction “or” is used here in an aggregative meaning so that the repeated lease of the apartment to the lessee does not preclude the lessor’s obligation to compensate the lessee’s damage. The given provision should thus protect the lessee from the misuse of the given notice reasons. However, it must be noted that the practical control of whether the lessor fulfilled the said conditions will surely be difficult, because the lessee has no right to conduct such control.

7. Conclusion

The restriction of notice reasons based on which the lessor is authorised to terminate the lease is traditionally one of the means of protecting the lessee. The Czech civil code does not allow the lessor to give notice from the residential lease without giving one of the reasons specified by law.

Legislation categorises the notice reasons according to whether they pertain only to a lease agreed for an indefinite term, or also to a lease for a definite term. Sanctioning notice reasons may be defined as a special category.

In terms of sanctioning notice reasons, the civil code introduced the differentiation of the breach of the lessee’s obligations into particularly serious breach, material breach, serious breach and minor breach. It will be the task of judicial practice to define these indefinite legal terms. A particularly serious breach of obligation may lead to notice without a notice period. Paradoxically, however, the regulation of notice without a notice period may be seen to strengthen the protection of the lessee’s rights. For, before giving such notice, the lessor must give the lessee an opportunity to rectify the deficient conduct or unlawful situation within a reasonable period. Only if the lessee fails to do so is the lessor authorised to give notice from the lease without a notice period. The lessee then has one month to hand over the apartment to the lessor. Hence, the given procedure does not lead to the faster termination of the obligation.

¹⁹ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 22. 12. 1998, sp. zn. 3 Cdon 1477/96, uveřejněný v Soudní judikatuře z oblasti občanského, obchodního a pracovního práva č. 4/2000 na s. 130.

References

- Bajura, J (2014). *Výpověď z nájmu bytu a jiné způsoby skončení nájmu bytu, přechod nájmu bytu podle nového občanského zákoníku*. Olomouc: Anag, spol. s r.o.
- Brzobohatá, P. (2017) *Aktuální otázky nájmu bytu a prostor sloužících k podnikání*. Training organised by the Justice Academy in Kroměříž on 18 – 20 January 2017.
- Eliáš, K., Zuklínová, M., Gaňo, J., et al. (2012). *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem*. Ostrava: Sagit, a. s.
- Eliáš, K., et al. (2014) *Občanské právo pro každého: pohledem (nejen) tvůrců nového občanského zákoníku*. Praha: Wolters Kluwer ČR
- Selucká, M., Hadamčík, L. (2015). *Nájem bytu a domu po rekodifikaci soukromého práva*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s
- Fiala, J., Kindl, M., et al. (2009). *Občanský zákoník, Komentář. II. díl. 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s.*
- Hulmák, M. et al. (2014). *Občanský zákoník VI: závazkové právo: zvláštní část (§ 2055-3014): komentář*. Praha: C. H. Beck
- Křeček, S. (2016). *Nájemní a družstevní bydlení podle nového občanského zákoníku a zákona o obchodních korporacích*. 2. aktualizované vydání. Praha: Leges

Legislation

Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů

Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník

Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos

Court decisions

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 18. 1. 2017, sp. zn. 26 Cdo 4249/2016.

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 22. 11. 2016, sp. zn. 26 Cdo 1454/2016.

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 25. 11. 2009, sp. zn. 26 Cdo 1109/2009.

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 8. 4. 2009, sp. zn. 26 Cdo 1642/2008.

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 20. 5. 2008, sp. zn. 26 Cdo 731/2008.

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 24. 11. 2005, sp. zn. 26 Cdo 1865/2004, uveřejněný ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek pod č. 51/06.

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 22. 4. 2004, sp. zn. 26 Cdo 85/2004.

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 16. 3. 2004, sp. zn. 26 Cdo 1619/2003.

Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 6. 2. 2003, sp. zn. 26 Cdo 585/2002, uveřejněné pod C 1693 ve svazku 23 Souboru rozhodnutí Nejvyššího soudu.

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 8. 6. 1999, sp. zn. 26 Cdo 2259/98.

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 22. 12. 1998, sp. zn. 2 Cdon 1246/97.

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 22. 12. 1998, sp. zn. 3 Cdon 1477/96, uveřejněný v Soudní judikatuře z oblasti občanského, obchodního a pracovního práva č. 4/2000 na s. 130.

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 31. 8. 1998, sp. zn. 3 Cdon 7/96, uveřejněný v Soudní judikatuře z oblasti občanského, obchodního a pracovního práva č. 21/98 na s. 492.

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 26. 3. 1998, sp. zn. 3 Cdon 1/96, uveřejněný v Soudní judikatuře z oblasti občanského, obchodního a pracovního práva č. 21/98 na s. 489.

Др Лукаш Хадамчик,

Доцент,

Правни Факултет, Масарик Универзитет, Брно, Република Чешка

НОТИФИКАЦИЈА ЗАКУПОДАВЦА О ОТКАЗУ УГОВОРА О ЗАКУПУ СТАМБЕНОГ ПРОСТОРА У ЧЕШКОМ ПРАВУ

Резиме

Циљ овог рада је да представи чешке прописе о престанку закупа стамбеног простора, првенствено право закупадавца на отказ уз претходну нотификацију о престанку закупа. Након општег осврта на закуп стамбеног простора у Чешкој, представљене су референтне тачке чешког грађанског законодавства у овој области. Аутор затим разматра разне категорије разлога за нотификацију о престанку закупа. Правна категоризација разлога за нотификацију о престанку закупа заснована је врсти закупа, тј. да ли је закуп договорен на неодређен или на одређен временски период. Међутим, овој категоризацији претходи посебна категорија разлога за достављање нотификације о санкцијама, који се најчешће истичу у судској пракси. Разлози који се наводе у нотификације о санкцијама обухватају нарочито озбиљну повреду обавеза од стране закупца, које је праћено материјалним кршењем обавеза и осудом за намерно учињено кривично дело против закупадавца или особе која живи у згради у којој се налази стан закупца, или осудом за кривично дело против имовине другог лица која се налази у згради. Аутор

затим разматра и друге разлоге за нотификацију о престанку закупа који се односе на закуп на одређено или неодређено време, попут потребе за исељењем због јавног интереса и других сличних озбиљних разлога. Смрт првобитног закупца стана је посебан разлог за достављање обавештења о престанку закупа, које се може доставити закупчевом наследнику. У завршном делу рада аутор разматра разлоге за престанак закупа од стране закупца, који могу бити основ за достављање обавештења закуподавцу о престанку закупа али искључиво уколико је закуп договорен на неодређен временски период. У том случају, закуподавац може обавестити закупца о престанку закупа уколико у случају развода закуподавац или његов супружник намерава да живи у стану, или уколико је стан намењен за потребе становања њихових сродника или супружничких рођака.

Кључне речи: закуп стамбеног простора, нотификација о престанку закупа, чешко грађанско право, закупнина, купац, закуподавац.

Dr Dejan Bodul,*
Pravni fakultet Sveučilište u Rijeci,
Dr Jelena Čuveljak,*
Visoki trgovački sud Republike Hrvatske,
Jakob Nakić,*
Pravni fakultet Sveučilište u Rijeci

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1984

UDK: 347.736/.739(497.5)
Раđ примљен: 20.09.2019.
Раđ прихваћен: 28.10.2019.

PROLEGOMENA O HRVATSKOM INSOLVENCIJSKOM PRAVU OD ULASKA U EUROPSKU UNIJU**

Apstrakt: *Mišljenja smo kako je insolventijska regulativa normativno solidna u pogledu pravne sistematike, pravne tehnike i dosljednosti u normiranju, čemu su svakako i doprinijeli sudovi kroz sudsku praksu i svoja postupanja, te intenzivno i konstantno razrađivanje zakonskih rješenja. Ipak, uvažavajući činjenicu kako je problematika stečajnog postupka i u zemljama sa dugom tržišnom tradicijom dinamično područje u kojem se traže nova rješenja koja će pratiti trend promjena u međunarodnoj ekonomiji, pitanje svrsishodnosti i potrebe implementacije izmjena i dopuna insolventijske legislative, u kontekstu osuvremenjivanja de lege lata rješenja, je iznimno aktualno. Cilj je rada analizirati zadnjih šest godina implementacije europskih insolventijskih normi i posljedične revizije insolventijskih propisa, a sve kako bi se ustvrdilo je li se usavršio i poboljšao nacionalni režim stečajnog postupka, dakle materijalno stečajno pravo, te proceduralni mehanizam za olakšavanje učinkovitijeg rada na predmetima.*

Ključne riječi: *hrvatsko insolventijsko pravo, ulazak u EU, pravna kultura, pravci promjene.*

* dbodul@pravri.hr

* jelena.cuveljak@gmail.com

* jakobnakic@yahoo.com

** Ovaj rad je izrađen u okviru znanstvenoga projekta Ulaganje u istraživanje i razvoj i konkurentnost Republike Hrvatske i zemalja Zapadnoga Balkana, financiranoga od strane Ekonomskog fakulteta u Rijeci.

1. Okvir za raspravu

Ocjena/analiza uspješnosti promjena koje su se dogodile u reformama insolventijskih propisa ulaskom Republike Hrvatske (dalje: RH) u Europsku uniju (EU) 1. srpnja 2013, zahtijeva usporedba postignutog s dvjema referentnim točkama. Prva je zatečeno, a druga ciljno stanje, odnosno ono koje bi trebalo biti namjeravani rezultat ulaska RH u europsko pravno područje i recepcija *acquis communautaire* u području insolventijskog prava. Ipak smatramo bitnim istaknuti kako prostor koji ovdje imamo ne dopušta detaljnu raščlambu problematike, pa smo prinuđeni ograničiti se isključivo na neke aspekte i probleme revizije insolventijskih propisa zadnjih šest godina.

2. Zatečeno stanje

Moderno hrvatsko insolventijsko pravo uređeno je Stečajnim zakonom od 15. svibnja 1996.¹ Načelno govoreći, tadašnja pozitivno-pravna stečajna regulativa, u osnovi, predstavlja ozbiljan pomak za ovu tranzicijsku fazu. Karakteristike zakona su takve da je regulativa iz ovog područja tada u velikoj mjeri u skladu s modernim svjetskim rješenjima, iako su se i na ovaj zakon mogle čuti primjedbe. *Exempli causa*, jedan od problema je svakako neprimjenjivanje stečajnog zakonodavstva, odnosno činjenica da se na malom broju insolventnih pravnih osoba otvara stečajni postupak, a ostalima se tolerira poslovanje u dubokoj insolventnosti.

3. Ciljno stanje

Gospodarski šokovi koje hrvatska proživljava uvelike utječu na formiranje instituta stečajnog prava. Naime, nerijetko velike krize služile su kao kataklizmički element, u smislu da se insolventijsko zakonodavstvo nerijetko nakon velikih kriza mijenja i to *in favorem* dužnika (Amdursky, R.S., 1990: 2).² Uz učestale reforme hrvatskog insolventijskog zakonodavstva, statističke analize, zaključno s 2011, ukazuju na znatan broj velikih, srednjih i malih trgovačkih društava koja su dugogodišnji gubitaši, s ogromnim obvezama, često s negativnim kapitalom, bez specijalizacije i s viškom zaposlenih. Više nego ikada, financijska kriza uvjetovala je potrebu za radikalnom reformom insolventijske regulative.

1 Narodne novine RH, Br. 44/96 (dalje: SZ/96).

2 Primjerice, postupak stečaja na lokalnim jedinicama uveden je u SAD 1934. tijekom Velike depresije.

3.1. Prva veća reforma – (pre)radikalna redefinicija pravila insolventijskog prava?

Vlada RH je krajem 2012, s ciljem da se restrukturiraju ili da ukoliko to nije moguće odu u stečaj, implementirala Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi.³ On uvodi alternativni izvanjudski insolventijski postupak, postupak predstečajne nagodbe, koji podsjeća na nekadašnji institut sudske izvanstečajne prinudne nagodbe,⁴ čime je značajno utjecao na hrvatsko insolventijsko pravo. Idejna rješenja ZFPPN su transplantirana iz slovenskog *Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju*. U prijedlogu ZFPPN se kao prvi razlog za recepciju predstečajne nagodbe navodi činjenica kako je postojeća primjena Stečajnog zakona dovela u pravilu do nestanka pravne osobe, te da u zakonodavstvima EU postoji tendencija prema modelu restrukturiranja i opstanka dužnika po modelu glave 11 Stečajnog zakonika SAD.⁵

3.1.1. Odabrana materijalno pravna i procesno pravna pitanja ZFPPN

Trgovački sud u Zagrebu u svojim odlukama, 40 Stpn-71/13, od 9. srpnja 2013, 72 Stpn-122/13, od 3. veljače 2013. odbacuje prijedlog dužnika za sklapanje predstečajne nagodbe, ističući da nije sporno da ZFPPN nije propisao sadržaj predstečajne nagodbe, ali da se o minimalnom sadržaju predstečajne nagodbe i sudske odluke kojom se odobrava zaključenje predstečajne nagodbe može zaključiti dovođenjem u vezu pojedinih odredbi Zakona, te analizom odredaba nekada važećih zakona koji su poslužili kao predložak za tekst ZFPPN-a. U skladu s tim, sud se poziva na čl. 40, st. 1 i 2 Zakona o prisilnoj nagodbi, stečaju i likvidaciji kojim se uređuje sadržaj prisilne nagodbe u svezi s utvrđenim postotkom u kojem se isplaćuju vjerovnici i rokovi plaćanja, te čl. 164 Stečajnog zakona i čl. 51, st. 1 Zakona o prinudnom poravnanju van stečaja, oba od 22. studenog 1929.

Nadalje, ZPP ne propisuje razloge za pobijanje sudske nagodbe. Motrište hrvatskih sudova je da se sudska nagodba kao ugovor procesnopravne i materijalno-pravne prirode može (kumulativno) napadati tužbom i zbog procesnopravnih i zbog materijalno-pravnih razloga (Nakić, J. 2002: 105–107).

O utjecaju sklopljene predstečajne nagodbe na prekinute parnične postupke predmet kojih su neprijavljene tražbine u postupku predstečajne nagodbe motri-

³ Narodne novine RH, Br. 108/12, 144/12, 81/13, 112/13, 71/15. i 78/15, dalje: ZFPPN.

⁴ Za starije propise vidi Politeo, I. (1923). *Vanstečajna prinudna nagoda*, Hrvatsko štamparsko društvo, Zagreb.

⁵ Svakako vidjeti, Lazić, M., Jovanović Zattila, M. (ur.), (2014). Međunarodna naučna konferencija *“Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske Unije”*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta, Niš, 1–142.

šte je zauzeo Ustavni sud RH⁶ rekavši: „7. Osporenim rješenjem Visoki trgovački sud je ocijenio da je rješenje Trgovačkog suda u Zagrebu doneseno sukladno mjerodavnim odredbama ZFPPN. Visoki trgovački sud je ocijenio da se u konkretnom slučaju ne radi o tražbini koja je priznata u postupku predstečajne nagodbe, niti je obuhvaćena predstečajnom nagodbom, niti se radi o tražbini koja je osporena u postupku predstečajne nagodbe, slijedom čega je podnositelj izgubio procesnu legitimaciju za vođenje parničnog postupka. U konkretnom slučaju, podnositelj nije, kao vjerovnik, pravovremeno prijavio svoje potraživanje prema dužniku (tuženiku) i nije sudjelovao u postupku radi sklapanja predstečajne nagodbe nad dužnikom, pa protekom roka za prijavu potraživanja u tom postupku, podnositelj više ne može voditi predmetni parnični postupak, slijedom čega je tužba pravilno odbačena.“⁷

3.2. O daljnjem utjecaju europskog prava u novom hrvatskom insolventnom zakonodavstvu i sudskoj praksi

Komisija je donijela 2014. Preporuke o novom pristupu stečaju i insolventnosti poduzetnika.⁸ Naročito je važno ukazati na temeljnu premisu ovog dokumenta, a to je da se stečajni postupak ne može i ne smije smatrati isključivo kao „smrt“ trgovačkog društva. Navedena premisa dobiva ključni značaj, pa čak pravno-politički prioritet pri reformi insolventnog pravosuđenja u kontekstu vrlo učestalog likvidacijskog stečaja. Paralelno, pritisak za donošenje novog Stečajnog zakona 2015,⁹ odnosno za jaču ulogu suda u predstečajnim nagodbama, vršila je i primjena čl. 6 iz Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.¹⁰ Naime, praksa ECHR-a naznačuje kako se čl. 6, st. 1 primjenjuje na stečajni postupak¹¹, pa prva dvojba koja se odnosi na samu legitimnost procesa dejudicializacije kroz model predstečajne nagodbe je činjenica da stečajno pravna zaštita mora biti u nadležnosti onog tijela koje Konvencija označava sintagmom „tribunal“ (koji bez obzira na to kojoj vlasti pripada), a danas ta

6 Vidi U-III - 354/2016 od 16. ožujka 2016.

7 Svakako je zanimljivo odluka Ustavnog suda (U-I-5181/2012. i dr., 20. listopada 2015) gdje je Ustavni sud RH odbacio prijedloge za ocjenom suglasnosti s Ustavom više članaka ZFPPN navodeći kako ne postoje pretpostavke za odlučivanje o biti stvari budući da su osporeni članci prestali važiti stupanjem na snagu SZ15.

8 Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/>, stranica posjećena 12. lipnja 2019.

9 Narodne novine RH, Br. 71/15, dalje: SZ/15.

10 Narodne novine – Međunarodni ugovori RH, Br. 18/97-2/10. – dalje: Konvencija.

11 Arg., ECHR, *S.p.r.l. ANCA and Others protiv Belgije*, odluka, 10. prosinca 1984, Decisions and Reports 40, *Interfina and Christian della Faille d'Huyse protiv Belgije*, odluka, 4. svibnja 1987, br. 11101/84.

svojstva u pozitivnom pravu ima samo sud. To je rezultiralo „brisanjem“ zakonodavnih rješenja po kojima je FINA *de facto* i *de jure* odlučivala u postupcima predstečajne nagodbe. Novo rješenje ukazuje na samostalnost suda, što podrazumijeva da je sud posebna vrsta tijela državne vlasti za koji vrijede posebna pravila organiziranja.

3.2.1. Nova europska rješenja za novi Stečajni zakon

Važeći Stečajni zakon (dalje: SZ/15) stupio je na snagu 1. rujna 2015. Kako je SZ/96 bio mijenjan više puta, zakonodavac se odlučio za donošenje novog zakona, ali u pogledu stečaja riječ je prvenstveno o izmjenama postojećeg zakona dok je predstečajni postupak znatnije promijenjen. Ipak u gotovo dvije godine primjene SZ/15 utvrđeno je da je broj pokrenutih predstečajnih postupaka relativno mali (273 pokrenuta postupka), pri čemu je u samo 58 slučajeva prihvaćen plan restrukturiranja i potvrđen predstečajni sporazum. Stoga je cilj Zakona o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona,¹² koji je stupio na snagu 2. studenog 2017, primarno olakšati predstečajni postupak propisivanjem realnih rokova za poduzimanje određenih radnji u postupku. Za spomenuti je kako su pravila o međunarodnom stečaju u SZ/17 usklađena sa novom Uredbom.¹³

3.2.1.1. Otvorena pitanja novog Stečajnog zakona

Iako je SZ/15 donesen kao novi zakon, on je u osnovi izmjena i dopuna ranijeg zakona, koji je veliki broj puta mijenjan i dopunjavan, često bez sistemskog pristupa, što je u praksi izazivalo nedoumice i probleme. Dodatan problem je u praksi izazvao i veliki broj postupaka koje je inicirala FINA, temeljem zakonske obveze za pokretanjem stečajnih postupaka za sve pravne osobe koje u Očevidniku redosljeda osnova za plaćanje imaju evidentirane neizvršene osnove za plaćanje u neprekinutom razdoblju od 120 dana.

No i SZ/15 nije bio dosljedan u korištenju termina koji će se računati kao rok za poduzimanje određene pravne radnje, odnosno do kada stranka mora napraviti određenu pravnu radnju. Tako u nekim odredbama određuje da će se rokovi računati od dana objave odluka na mrežnoj stranici e-Oglasna ploča sudova, dok je u drugim odredbama određeno da će se rokovi računati od dana dostave, stoga je bila nedoumica hoće li se uvijek primjenjivati i odredba prema kojoj se dostava smatra obavljenom istekom osmoga dana od dana objave pismena na mrežnoj stranici e-Oglasna ploča sudova. Kako su se pojavila različita pravna shvaćanja o računanju rokova kada je u zakonskoj odredbi propisano da će se

12 Narodne novine RH, Br. 104/17.

13 Uredba (EU) 2015/848 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 2015. o postupku u slučaju nesolventnosti, OJ L 141, 5. 6. 2015. 19–72.

određeni rokovi računati od dana objave odluka na mrežnoj stranici e-Oglasna ploča sudova, na 29. sjednici Odjela trgovačkih i ostalih sudova doneseno je ujednačavajuće pravno shvaćanje. Nedoumice je izazivala i činjenica da se odluke dostavljaju kako putem stranice e-Oglasna ploča sudova, tako i putem pošte, no Visoki trgovački sud RH je u odluci Pž-8056/16 od 07. prosinca 2016. iznio da se rješenje dostavlja putem e-Oglasne ploče sudova, a istekom osmoga dana od dana objave na mrežnoj stranici e-Oglasna ploča sudova se smatra da je rješenje dostavljeno iz razloga što je SZ *lex specialis* u odnosu na ZPP, koji se primjenjuje u stečajnom postupku, ali samo u slučaju da određena pitanja nisu regulirana SZ.

SZ/15 je uveo pravilo da se svi podnesci moraju dostavljati na propisanom obrascu, te ako nisu dostavljeni na propisanom obrascu, onda će taj podnesak biti odbačen, no postavilo se pitanje odnosa predmetne norme i prava stranke na pristup sudu. Stoga je Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, u svom rješenju Pž-1781/16 od 30. ožujka 2016, istaknuo da se samo zbog nedostatka propisane forme, podnesak ne može odbaciti. Sud iznosi da je smisao odredbe čl. 13 SZ-a u tome da (određeni) podnesci stranaka u stečajnom postupku budu jednoobrazni, što znači da imaju identičan tekst (osim, naravno, u onom dijelu u kojem to ne mogu biti, jer to ovisi o svakom pojedinom stečajnom postupku – na primjer, pravna osnova tražbine, iznos tražbine u kunama i slično). Prema tome, ako pojedini podnesak i nije napisan na obrascu propisanom Pravilnikom, ali tekst tog podneska u potpunosti odgovara tekstu obrasca iz tog Pravilnika, stečajni sudac samo zbog toga (što podnesak nije podnesen na propisanom obrascu), unatoč odredbi čl. 13, st. 4 SZ-a, takav podnesak ne može odbaciti kao nedopušten. Ovo stoga jer smisao SZ-a nije da se podnesci odbacuju samo zato što nisu napisani na pojedinim obrascima, već da se oni odbacuju ako ne sadrže sve ono što za pojedine situacije zakonodavac propisuje Pravilnikom kojim se nastoji postići jednoobraznost sadržaja pojedinih podnesaka.

S ciljem procesne discipline stranaka i suda je uveden i rok u kojem predstečajni postupak mora biti dovršen, pa je SZ/15 imao predviđen rok od 120 dana, da bi taj rok novelom iz 2017. produljen na 300 dana, no postavilo se pitanje može li stranka trpjeti posljedice ako rok nije poštivan zbog okolnosti koje su na strani suda. Stoga je Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, u rješenju Pž-8441/2016 od 19. prosinca 2016, istaknuo da je predstečajni postupak hitan i propisani su strogi rokovi za poduzimanje određene radnje, stoga svaki sud mora biti organiziran na način da sudac može poštivati predmetne rokove, a suci moraju biti svjesni svih okolnosti konkretnog slučaja, te ako postoje zapreke za poštivanje predmetnih rokova, o tome moraju obavijestiti predsjednika suda. U konkretnom slučaju, od zaprimanja spisa na sudu do preraspodjele, sudac nije poduzimao radnje u postupku niti je obavijestio predsjednika suda o zaprekama za rješa-

vanje predmeta u zakonom propisanim rokovima. No, stranka ne može trpjeti posljedice zbog propuštanja suda, a time je i povrijeđen čl. 6, st. 1 Konvencije.

3.2.2. Regulacija „to big to fail“ trgovačkih društava

Posljednje krizne godine na globalnom planu rezultirale su nedosljednom ekonomskom politikom zemalja članica EU, koja se kretala od politike proklamiranog liberalizma do politike *ad hoc* intervencionizma. Ona je rezultat neskladenosti mogućnosti nacionalne države i njenih postojećih obveza prema građanima. Doktrinarne analize navode kako stoga države pokušavaju ispuniti svoju očekivanu funkciju implementiranjem insolventijskih propisa kojima je za cilj spašavanje infrastrukturnih „gubitaša“ od likvidacijskog stečaja, zadržavajući pritom one subjekte koji predstavljaju oslonac nacionalne politike razvoja. U navedenom kontekstu Vlada RH pokušava ispuniti svoju očekivanu političko ekonomsku funkciju osiguravajući pouzdanu i trajnu ekonomsku bazu za ostvarivanje aktivne ekonomske politike. To čini Odlukom kojom je definiran popis trgovačkih društava i drugih pravnih osoba od strateškog i posebnog interesa za Republiku Hrvatsku.¹⁴ Ipak, trgovačka društva i pravne osobe „strateškog i posebnog interesa“ suočena su s liberalizacijom tržišta, smanjenjem ukupnog broja zaposlenih i sl. Dakle, unatoč svom specifičnom karakteru, ona moraju prilagoditi svoju organizaciju i poslovanje izazovu konkurencije, te učinkovito poslovati, a sve u skladu s principima tržišnog natjecanja kako bi se izbjeglo davanje nezakonitih državnih potpora. Ipak bit je prava u njegovim iznimkama. Naime, krajem 2016. i početkom 2017. grupacija Agrokor zapala je u nepremostive financijske teškoće. Stoga se odmah počelo s pripremom zakonskog okvira, što je rezultiralo donošenjem Zakona o postupku izvanredne uprave u trgovačkim društvima od sistemskog značaja za Republiku Hrvatsku¹⁵ ili tzv. *Lex Agrokor*.¹⁶ U svakom slučaju, iako se tzv. *Lex Agrokor* oslanja na SZ, kao normativno transplatativni uzor hrvatskom zakonodavcu poslužilo je talijansko rješenje za trgovačko društvo *Parmalat* i kasnije *Alitalia*, koja su za tu zemlju bila sistemski važna trgovačka društva. Teza Zakona je da nekontrolirani kolaps sistemski važnog društva može prouzročiti lančanu reakciju koja potencijalno može ozbiljno ugroziti cijeli gospodarski sustav Republike Hrvatske.¹⁷ Agrokor je i u susjednim državama prisutan putem ovisnih društava. Tako je Federacija Bosne i Hercegovine, nakon što njeni sudovi nisu priznali hrvatski postupak o

14 Narodne novine RH, Br. 120/13, 74/15 i 44/16.

15 Narodne novine RH, Br. 32/17. dalje: ZPIU.

16 Za kritički osvrt, Garašić, J. (2017). Izvanredna uprava države nad povezanim društvima, Zbornik 5. susreta pravnika, *Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu*, Zagreb, 5–28.

17 Podrobnije, Vlada RH, (2017). Prijedlog Zakona o postupku izvanredne uprave u trgovačkim društvima od sistemskog značaja za Republiku Hrvatsku, Zagreb, 2. et seq.

otvaranju postupka izvanredne uprave, donijela Uredbu o postupku vanrednog nadzora u privrednim društvima od sistemskog značaja za Federaciju BiH.¹⁸ Isto je napravila i Slovenija, implementirajući *Zakon o pogojih imenovanja izrednega člana uprave v družbah sistemskega pomena za Republiko Slovenijo*, tzv. *Lex Mercator*.¹⁹

3.2.2.1. Počela Zakona i otvorena pitanja

Dana 7. travnja 2017. stupio je na snagu ZPIU. Zakon u hrvatski pravni poredak uvodi novi institut – institut izvanredne uprave za trgovačka društva od sistemskog značaja za RH. Postupovno gledajući, za navedeni postupak isključivo je nadležan Trgovački sud u Zagrebu. Postupak je hitan, a za vrijeme postupka izvanredne uprave nije dopušteno pokretati postupak likvidacije dužnika niti predstečajni ili stečajni postupak. U postupku se podredno primjenjuju odredbe SZ. Tijela postupka su sud, izvanredni povjerenik, savjetodavno tijelo i vjerovničko vijeće. Sam postupak pokreće se prijedlogom za otvaranje postupka izvanredne uprave, koji je ovlašten podnijeti dužnik i vjerovnik uz suglasnost dužnika. Na pravne posljedice izvanredne uprave na odgovarajući način se primjenjuju pravila o pravnim posljedicama stečajnog postupka. Izvanredni povjerenik ima prava i obveze stečajnog upravitelja. U bilo koje doba za vrijeme trajanja postupka izvanredne uprave sud može, na zahtjev izvanrednog povjerenika, uz pribavljenu suglasnost vjerovničkog vijeća, odlučiti da se postupak izvanredne uprave okonča i da se otvori stečajni postupak ako se utvrdi da su nastupile okolnosti zbog kojih više ne postoji vjerojatnost za uspostavu ekonomske ravnoteže i nastavljanja poslovanja dužnika na trajnijoj osnovi, a utvrdi da postoji neki od stečajnih razloga. Druga mogućnost je da sud na prijedlog izvanrednog povjerenika obustavi postupak ako u roku za prijavu tražbina iz rješenja o otvaranju postupka izvanredne uprave ne bude prijavljena niti jedna tražbina ili sud ne odobri nagodbu između dužnika i vjerovnika. Dakle, postupak izvanredne uprave završava pravomoćnošću rješenja o obustavi postupka izvanredne uprave ili provedbom nagodbe ili protekom 15 mjeseci od dana otvaranja postupka izvanredne uprave ako u predmetnom roku nije sklopljena nagodba.

Sam zakon je izazvao broja pitanja, prije svega zbog načina na koji se određuje izvanredni povjerenik, a kojeg imenuje sud na prijedlog Vlade Republike Hrvatske. No, zbog iznimno malog broja pravila koja nisu uredila pitanja vezana uz samu prijavu tražbina je došlo do potpune podredne primjene pravila iz SZ o načinu obračuna i prijave tražbina. Ipak, možda je najveći problem ovog zakona mogućnost izvanredne uprave da djelomično plaćaju tražbine koje su nastale

18 Službene novine FBiH, Br. 83/17.

19 Uradni list RS, Br. 23/17.

prije otvaranja postupka. U konkretnom, jedinom za sada, slučaju izvanredne uprave došlo je do usvajanja nagodbe iako nije bilo formirano stalno vjerovničko vijeće,²⁰ već je u izradi teksta nagodbe sudjelovalo privremeno vjerovničko vijeće, koje je sastavljeno prije nego što su se znali vjerovnici. No, sam Zakon je izričito naveo da se pri izradi teksta nagodbe moraju sudjelovati vjerovnici tog dužnika. Izazivala je dvojbe i činjenica kako su u postupak uključena i sva povezana društva u kojima se drži više od 25 % udjela, jer sam Zakon uopće ne sadrži pravila temeljem kojih se mogu štiti prava i interesi osoba koje drže preostale udjele u tom društvu. Prema usvojenom tekstu nagodbe, sva su ta društva uključena u samu nagodbu i to većinom sa prijenosom cjelokupne imovine na nova društva.

3.2.3. Uvođenje europskih pravila tržišnog natjecanja i pravila o državnim potporama u insolventijsko zakonodavstva

Država je u svom djelovanju ograničena sustavom pravila o državnim potporama kojima je cilj omogućiti jednakost djelovanja poduzetnika na tržištu, odnosno onemogućiti nacionalnom tijelu javne vlasti selektivno dodjeljivanje prednosti nekom poduzetniku.²¹ Praksa provođenja postupaka predstečajne nagodbe („redovni“ i skraćeni postupak predstečajne nagodbe) iz spomenutog ZFPPN pokazuje da je RH vjerovnik s najvećim utvrđenim tražbinama u strukturi obveza gotovo svih dužnika fizičkih osoba (obrtnik i trgovac pojedinac), pravnih osoba te svih drugih oblika udruživanja nad kojima se može pokrenuti insolventijski postupak. Dakle, pri analizi postupaka predstečajnih nagodbi, nezaobilazna tema su i porezne obveze, budući se i Porezna uprava RH javlja kao vjerovnik u postupcima sklapanja predstečajnih nagodbi, a kada je porezni dug u pitanju, otvorila su se i brojna pitanja na koja nije bilo jasnih odgovora. Stoga je, a što je i u skladu s pravilima o državnim potporama, pitanje pravnog položaja države u takvim postupcima trebalo urediti na jedinstveni način kako bi se izbjegla svaka arbitrarnost u postupanju državnih tijela. Tada je, temeljem čl. 211.a tadašnjeg Općeg poreznog zakona, Vlada RH donijela Uredbu o uvjetima, načinu i postupku raspolaganja tražbinama s naslova poreznog duga u postupku predstečajne nagodbe. Ova Uredba sadrži opće odredbe za redovni i skraćeni postupak predstečajne nagodbe, ali i različita pravila u postupku odlučivanja poreznih tijela u svezi s podnesenim zahtjevima (prijedlozima) dužnika. U pogledu predstečajnih nagodbi, nismo našli niti jedan primjer gdje se država pri otpisu ili reprogramiranju poreznog duga u predstečajnim nagodbama, odnosno pri pretvaranju svojih potraživanja u temeljni kapital dužnika, ponašala na način da je nezakonito dodijelila državne potpore. Ipak, treba biti svjestan kako je

20 Vidi odluku Visokog trgovačkog suda RH, Pž-1754/18 od 05. travnja 2018.

21 Podrobnije, Čuveljak, J., Državne potpore, materijali dostupni na mrežnim stranicama VTS RH.

razdoblje zastare od mogućeg povrata potpore u EU deset godina,²² te da se ne uzima u obzir samo tražbina Ministarstva financija, već i se uzima u obzir svaki oblik pomoći, podrške (otpis tražbina, pretvaranje tražbina u uloge i sl.) koje država u širem smislu (županije, gradovi, općine, tijela i pravne osobe koje se financiraju iz proračunskih sredstava ili su u pretežitom vlasništvu države) daje poduzetnicima. Razdoblje počinje teći od dana dodjele potpore, uz napomenu da svakom radnjom odnosno zahtjevom Europske komisije pri ocjeni nezakonito dodijeljene potpore, zastara od 10 godina određuje se od datuma poduzimanje takve radnje. Dana 1. rujna 2015. stupio je na snagu novi SZ, a odredbe iz ZFPPN u dijelu koje se tiču predstečajnih nagodbi prestali su važiti. Stoga je Vlada RH donijela novu Uredbu o uvjetima, načinu i postupku raspolaganja tražbinama s naslova poreznog duga u predstečajnom i stečajnom postupku.²³ Uredbom se utvrđuju uvjeti, način i postupak raspolaganja tražbinama s naslova poreznog duga koji je nastao do dana otvaranja predstečajnog ili stečajnog postupka s osnove poreza i drugih javnih davanja. Danas, iako je implementacijom instituta predstečajnog postupka institut predstečajnih nagodbi stavljen izvan snage, ostaje isto pitanje. Ipak, u odnosu na prijašnje zakonsko rješenje, zakonodavac izrijeком više ne predviđa dosadašnja ograničenja, tj. pravila o otpisu odnosno postotku ispunjenja tražbina koje dužnik može ponuditi vjerovnicima s obzirom na rokove ispunjenja obveza dospjelih do otvaranja predstečajnog postupka. Međutim, u postupku prije podnošenja prijedloga za otvaranje predstečajnog postupka, nadležno Savjetodavno vijeće može pregovarati sa dužnikom o mogućnostima i mjerama iz plana restrukturiranja predviđenih SZ-om. Ipak, ako je planom restrukturiranja predloženo smanjenje tražbine RH, nadležno državno odvjetništvo dužno je zatražiti prethodnu suglasnost ministra nadležnog za financije, odnosno člника državnog tijela iz čijeg djelokruga proizlaze tražbine. O izdavanju prethodne suglasnosti, ministar nadležan za financije, odnosno člник državnog tijela iz čijeg djelokruga proizlazi tražbina dužan je odlučiti u roku od osam dana od dana primitka zahtjeva. Naravno, i u ovakvim slučajevima financiranja mora postojati održiv plan restrukturiranja. Kako bi se utvrdilo ili isključilo postojanje državne potpore, provodi se analiza (test) koja se uglavnom odnosi na načelo „pažljivog privatnog vjerovnika“. Dakle, novi SZ je kao jedno od načela istaknuo i pravilo da će se na postupke i mjere o kojima odlučuju vjerovnici, a kojima se odstupa od skupnoga namirenja vjerovnika unovčenjem dužnikove imovine i podjelom prikupljenih sredstava vjerovnicima, na odgovarajući način primjenjivati propisi kojima se uređuje područje državnih potpora. No niti u novoj Uredbi se ne uzima u obzir činjenica da su državne potpore svaki oblik pomoći, podrške (otpis tražbina, pretvaranje tražbina u uloge i sl.) koje

22 Čl. 233, st. 1 Zakona o obveznim odnosima (Narodne novine RH, Br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15. i 29/18, dalje: ZOO).

23 Narodne novine RH, Br. 122/15.

država u širem smislu (županije, gradovi, općine, tijela i pravne osobe koje se financiraju iz proračunskih sredstava ili su u pretežitom vlasništvu države) daje poduzetnicima, nego se načelno uzima u obzir samo tražbina Ministarstva financija, što može dovesti do toga da se određena mjera utvrdi kao nezakonita državna potpora.

3.2.4. Utjecaj europske regulative na regulaciju položaja radnika u insolventijskom postupku

Ako postoji pitanje povodom koga će se uvijek imati što raspravljati i koje će se čak nametati kao izvor, nerijetko krupnih, institucionalnih, ekonomskih, pa i političko pravnih dilema, onda je to svakako pitanje položaja radnika u stečajnom postupku. Kod gotovo svih promjena SZ-a radilo se o namjeri prevladavanja „akutnih“ problema u praksi i unaprjeđenju sustava ostvarivanja stečajno-pravne zaštite. Radnici su zbog toga mijenjali i status i naslov i isplatni red, a tražbina im se dijelila na tražbinu vjerovnika stečajne mase, te tražbinu stečajnih vjerovnika prvog višeg ili drugog višeg isplatnog reda. Štoviše, učestale promjene položaja radnika u stečajnom postupku vezane su i uz pokušaj osiguravanja socijalnog mira, posebice nakon što je velikom broju radnika prestao radni odnos otvaranjem stečajnog postupka nad njihovim dotadašnjim poslodavcem. Povijesno, Zakon o osiguranju potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca iz 2003. prvi je hrvatski zakon koji se isključivo bavi materijom zaštite radničkih prava u slučaju stečaja poslodavca. Ovim Zakonom u te svrhe osnovan je Fond za razvoj i zapošljavanje. U cilju postizanja potpunog usklađivanja ZORP-a 2003. s Direktivom 2002/74/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 23. 09. 2002, implementiran je novi ZORP. Stupanjem na snagu novog ZORP-a 2008, poslove Fonda preuzima Agencija za osiguranje radničkih potraživanja u slučaju stečaja poslodavca, kao tijela koje tu zaštitu provodi po pravilima općeg upravnog postupka. Izmjene i dopune ZORP-a 2013. usklađene su s Direktivom 2008/94/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 22. 10. 2008. U praksi to je značilo redefiniranje i proširenje dijapazona prava radnika. Navedena reforma iz 2015. redefinirala je pravna pravila o zaštiti materijalnih prava iz radnih odnosa radnika u slučaju stečaja poslodavca, vrste i opseg zaštićenih prava. Uslijed dužeg trajanja stečajnog postupka, kao i činjenice da je zbog nemogućnosti namirenja radnika u stečaju do isplate od strane Agencije prolazilo mnogo vremena tijekom kojeg je radnik bio bez primanja, najveća novina reforme iz 2015, uz već postojeći sustav zaštite materijalnih prava radnika u slučaju stečaja poslodavca, predstavljala je zaštita egzistencije radnika isplatom minimalne plaće od strane Agencije u slučaju blokade računa poslodavca zbog nemogućnosti prisilne naplate neisplate plaće, odnosno naknade plaće (Bodul, Vuković, 2015: 34–40). Kako je SZ15 uveo obvezu FINE za pokretanjem stečajnih postupaka, čim je račun dužnika

blokiran više od 120 dana, u praksi su znatno rjeđi slučajevi dužih neisplata tražbina radnika. Pored toga, u odnosu na ostale vjerovnike tražbine radnika su ipak privilegirane, jer su kao prvo svrstane u prvi viši ispladni red, tako da se ostali stečajni vjerovnici mogu namiriti tek kada su sve tražbine radnika podmirene. Također se dio tražbina radnika nastalih prije otvaranja stečajnog postupka smatra troškovima tog postupka. Ipak, primjenom instituta osiguranja potraživanja radnika u slučaju stečaja i blokade računa poslodavca, uočeni su nedostaci u postupovnim odredbama koji su otežavali pravilno i efikasno postupanje. Stoga je donesen novi zakon, Zakon o osiguranju radničkih tražbina²⁴, kako bi se propisale jasne i nedvojbene postupovne odredbe. Naime, Zakon ne sadrži suštinske izmjene i dopune, već nomotehničku doradu pojedinih odredbi.

3.2.5. Problematika potrošačke prezaduženosti

Posljednja zemlja u europskom pravnom krugu, uz Grčku, koja je implementirala potrošački stečaj je Republika Hrvatska, što je bitno ako se uzme u obzir činjenica da je potrošački stečaj u europskom pravnom krugu prvotno uveden u Danskoj (dans. *Gældssaneringslov*), 9. svibnja 1984. (stupio na snagu 1. srpnja 1984), kada je Stečajnom zakonu (dans. *Konkurslov*) dodan 4. dio. Ipak Hrvatska ima dugu tradiciju stečaja nad imovinom fizičkih osoba. Stoga, iz povijesne perspektive, takav institut nije *terra incognita* hrvatskog zakonodavstva. Novo stečajno pravo uređeno je Stečajnim zakonom od 15. svibnja 1996. Naime, ideja proširenja pasivne stečajne sposobnosti na sve fizičke osobe nije nova i u SZ/96 je implementiran institut stečaja nad imovinom dužnika pojedinca, gdje se dužnikom pojedincem prema odredbama SZ-a iz 96. smatraju trgovac pojedinac i obrtnik, dakle ne svaka fizička osoba. Odgovor na pitanje zašto je u SZ došlo do izostavljanja kategorije potrošača kao mogućeg subjekta stečaja nije jednostavno dati, no ova se nesmotrenost ispravila recepcijom instituta potrošačkog stečaja, odnosno implementacijom 2015. Zakona o stečaju potrošača.²⁵ Ipak indikativna metoda utvrđivanja činjenica ukazuje kako željeni ciljevi u funkcionalizaciji stečajno-pravne zaštite još nisu ostvareni, a pred zakonodavcem je novi problem – provedba ZSP, što ukazuju i izmjene ZSP koje su stupile na snagu 1. siječnja 2019. Naime, uz niz novih rješenja, najveća novina 2019. je glava IX.a, „Jednostavni postupak stečaja potrošača“, gdje se definiraju uvjeti, način i postupak provođenja jednostavnog postupka stečaja potrošača u kojem bi se većem broju osoba koje imaju blokirane račune omogućilo oslobođenje od obveza. Bitno je spomenuti kako je potrošačko stečajni postupak relativno nova tema komparativnih istraživanja. Naime, nacionalni partikularizam u području stečaja potrošača, u europskom kontekstu, i šire, je započeo ustupati mjesto ide-

24 Narodne novine RH, Br. 70/17.

25 Zakon o stečaju potrošača, Narodne novine RH, Br. 100/15. i 67/18, dalje: ZSP.

jama o harmonizaciji, budući su države suočene s istim problemima u području funkcionalizacije potrošačko stečajno pravne zaštite, te sličnim pravno-političkim zahtjevima. Iako su se autori ograničili na opće konstatacije o navedenom modelu postupka, bez detaljnog razmatranja brojnih i raznolikih konkretnih specifičnih rješenja, za spomenuti je kako je implementiranje jednostavnog postupka stečaja potrošača, kao model, nešto što već postoji. Iz nomotehničke perspektive, to smatramo pozitivnim, jer nova rješenja, koja se ne baziraju na homogenom, u praksi ispitanom osnovnom modelu, ipak su nužno i rješenja s kojima se ni u drugim pravnim sustavima nema iskustva.

3.3. Potencijalna revizija insolventnog prava temeljem prijedloga tzv. Direktive o insolventnosti

Usklađivanje različitih postupovnih prava dobiva sve više na značaju, a na međunarodnom planu sve više se nadilaze razlike između pojedinih pravnih poređaka. Europska unija je u ovom trenutku savez od 28 suverenih država kojima je cilj uspostavljanje područja slobode, sigurnosti i pravde. Da je EU tvorevina *in statu nascendi*, jasno je u prikazu trenutnog stanja i razvojnih tendencija pravnog usklađivanja na planu insolventnog prava. Naime, djelatnosti poduzeća i fizičkih osoba sve više imaju prekogranične učinke, pa su stoga sve više uređene pravom Unije. Dok insolventnost poduzeća i fizičkih osoba također utječe na pravilno djelovanje unutarnjeg tržišta, pokazala se potreba za još jednim aktom, uz spomenutu Preporuku o novom pristupu stečaju i insolventnosti poduzetnika, te novu Uredbu (EU) 2015/84. Naime, Komisija je, za sada, izradila Prijedlog Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o okvirima za preventivno restrukturiranje, pružanju druge prilike i mjerama za povećanje učinkovitosti restrukturiranja i postupaka u pogledu nesolventnosti i razrješenja, te izmjeni Direktive 2012/30/EU.²⁶ Ključni cilj je, prema riječima predlagača, smanjenje najznačajnijih prepreka slobodnom protoku kapitala što proizlazi iz razlika u okvirima restrukturiranja i stečaja u državama članicama.

4. In spe

Generalno govoreći, doktrinarna istraživanja pokazuju da u procesnoj doktrini i zakonodavstvu postoje različita shvaćanja o modelima stečajnog postupka. Različiti modeli stečajnog postupka, bilo kao sudski ili administrativni model stečajnopravne zaštite, doveli su do toga da danas suvremeni pravni sustavi nude različite koncepcije stečajnog postupka, koje osciliraju između koncepcije slične donošenju sudskih odluka, s jedne strane, i čisto administrativnih modela, s druge strane, a između njih postoji više različitih prelaznih, odnosno

²⁶ Strasbourg, 22. 11. 2016. COM(2016) 723 final 2016/0359 (COD).

kombiniranih modela. Stoga, iako RH ima za opći cilj transformaciju svoga prava u skladu s pravom EU, ona ipak stoji pred individualnim izazovima. Polazeći od stajališta kako je reforma radikalna redefinicija i temeljiti redizajn pravila postupka, s ciljem ostvarenja poboljšanja ključnih stečajno procesnih parametara (veći stupanj namirenja vjerovnika, manji troškovi postupka i kraće trajanje postupka), teško da se novela SZ iz 2015. i drugi insolventijski propisi mogu nazvati reformskim. Dakle, bez obzira na različitu metodologiju koja se koristi pri analizi pojedinih indikatora, u istraživanjima koje rade razne organizacije, svi dobiveni indeksi ukazuju na nedostatne rezultate sa razlikama koje su manjeg značaja. Za sada, razlika između RH i većine tzv. starih članica EU može se ukratko svesti na: to da najveći broj stečajeva u EU pokreće menadžment poduzeća, jer stečaj smatraju zadnjom linijom obrane poduzeća koja prisiljava vjerovnike na dogovor, a ujedno štiti menadžment od kaznenih postupaka i parnica za naknadu štete; da su u EU vjerovnici, uz menadžment, glavni i vrlo aktivni sudionici stečajnih postupaka, dok je u RH to potpuno obrnuto; nadalje u EU posao stečajnog upravitelja je cijenen, naravno, i dobro plaćen posao što se za RH ne bi moglo reći. Uvažavajući rečeno, modernizaciju hrvatskog insolventijskog prava treba vršiti u pravcu njegove „europizacije“, koja se mora shvatiti kao proces ozbiljniji od pukog transplantiranja pravnih instituta iz drugih prava, jer pravni sustav ne čine samo „europski“ propisi nego i način njihove primjene. Pri tomu glavni teret primjene je na nacionalnim sudovima i ostalim pravnim praktičarima, jer će to za njih biti novi veliki zadatak koji zahtijeva veliko znanje i stalnu informiranost o velikom broju normi europske pravne stečevine. Nadalje, zakone sustavnog značaja, poput SZ-a, nije poželjno često mijenjati, jer je to suprotno načelu pravne sigurnosti. Dosadašnja iskustva pokazuju kako su pravila o insolventijskim postupcima često mijenjana bez konkretne analize problema uz ignoriranje struke, ali i vjerovnika u čijem se interesu stečajni postupak vodi, a sve pod utjecajem „dnevne politike“, što uvelike otežava funkcionalizaciju stečajno pravne zaštite. Time se dolazi i do drugog problema. Naime, SZ je samo jedan od zakona kojim je uređen insolventijski postupak, te su za uspješno vođenje postupka bitna pravila o vlasništvu, ovrsi, porezima, parničnom postupku, te postojanje jasnih registara imovine i promjena predmetne imovine. Stoga je trajanje stečajnog postupka u Republici Hrvatskoj ovisno o pitanjima utvrđivanja imovine i rješavanja pitanja vlasništva, te upisa imovine dužnika u odgovarajuće upisnike. Spuštajući se na praktičnu i empirijsku razinu, vidljivi su mnogi problemi. Primjerice, iako nova pravila o skraćenim stečajnim postupcima ne dovode do većih problema u brzini vođenja postupka, ona su omogućila velike i lagane zlouporabe od strane dužnika. Naime, temeljem SZ15 taj postupak pokreće FINA, dok sud ne provjerava ima li dužnik i imovine, već jedino netko od vjerovnika može dostaviti taj podatak. Stoga je omogućeno da dužnik svu imovinu prenese na druge osobe i da otpusti sve za-

poslenike bez podmirenja dugova i da čeka naprosto brisanje te pravne osobe. Iako se posebno ne ističe, pravila o pobijanjima pravnih radnji dužnika su dosta kompleksna, te zahtijevaju ispunjenje većeg broja uvjeta da bi se sa uspjehom izvršilo pobijanje, stoga i sami stečajni vjerovnici moraju dobro razmisliti hoće li pokretati te postupke jer bi se moglo dogoditi da izgube parnični postupak, te moraju drugoj strani naknaditi troškove sudskog postupka. Ova situacija je dovela do situacija kada se "pripremaju" stečajni postupci i imovina dužnika sistemski sklanja kako se ne bi namirili vjerovnici. Stoga bi trebalo u pravilima o pobijanju pravnih radnji olakšati kako mogućnost pobijanja pravnih radnji tako i utvrđivanja odgovornosti svih osoba koje sudjeluju u radu i poslovanju dužnika.

U svakom slučaju, izazov daljeg proučavanja i praćenja sudbine insolventnog zakonodavstva ostaje u akademskom okviru.

Literatura/References

Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine-Međunarodni ugovori RH, Br. 18/97-2/10.

Odluka kojom se definira popis trgovačkih društava i drugih pravnih osoba od strateškog i posebnog interesa za republiku Hrvatsku, Narodne novine RH, Br. 120/13, 74/15 i 44/16.

Stečajni zakon, Narodne novine RH, Br. 44/96.

Stečajni zakon, Narodne novine RH, Br. 71/15. i 104/17.

Uredba (EU) 2015/848 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 2015. o postupku u slučaju nesolventnosti, OJ L 141, 5. 6. 2015. 19–72.

Uredba o postupku vanrednog nadzora u privrednim društvima od sistemskog značaja za BiH, Službene novine FBiH, Br. 83/17.

Uredba o uvjetima, načinu i postupku raspolaganja tražbinama s naslova poreznog duga u predstečajnom i stečajnom postupku Narodne novine RH, Br. 122/15.

Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, Narodne novine RH, Br. 108/12, 144/12, 81/13, 112/13, 71/15. i 78/15.

Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, Br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15. i 29/18.

Zakon o osiguranju radničkih tražbina, Narodne novine RH, Br. 70/17.

Zakon o pogojih imenovanja izrednoga člana uprave v družbah sistemskoga pomena za Republiku Slovenijo, Uradni list RS, Br. 23/17.

Zakon o postupku izvanredne uprava u trgovačkim društvima od sistemskog značaja za Republiku Hrvatsku, Narodne novine RH, Br. 32/17.

Zakon o stečaju potrošača, Narodne novine RH, Br. 100/15. i 67/18.

Amdursky, R.S. (1990). The 1988 Municipal Bankruptcy Amendments: History, Purposes, and Effects, *The Urban Lawyer*, 22(4). 2.

Lazić, M., Jovanović Zattila, M. (ur.), (2014). Međunarodna naučna konferencija "Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije", Centar za publikacije Pravnog fakulteta, Niš, 1–142.

Bodul, D., Vuković, A. (2015). Novela Zakona o osiguranju potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca – rješenja i dvojbe, *Radno pravo*, 10. 34–40.

Čuveljak, J., Državne potpore, materijali dostupni na mrežnim stranicama VTS RH.

Garašić, J. (2017). Izvanredna uprava države nad povezanim društvima, Zbornik 5. susreta pravnika, *Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu*, Zagreb, 5–28.

Nakić, J. (2002). Sudska nagodba i ponavljanje postupka, *Hrvatska pravna revija*, 2(8). 105–107.

Politeo, I. (1923). *Vanstečajna prinudna nagoda*, Hrvatsko štamparsko društvo, Zagreb,

Radović, V. (2005). *Stečajni isplatni redovi*, Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva, Budva, 173–192.

Vlada RH, (2017). Prijedlog Zakona o postupku izvanredne uprave u trgovačkim društvima od sistemskog značaja za Republiku Hrvatsku, Zagreb, 2. *et seq.*

Interfina and Christian della Faille d'Huyse protiv Belgije, odluka, 4. svibnja 1987, br. 11101/84., ECHR

Odluka Ustavnog suda RH, U-I-5181/2012. i dr., 20. listopada 2015.

Odluka Ustavnog suda RH, U-III - 354/2016 od 16. ožujka 2016.

Odluka Visokog trgovačkog suda, Pž-1754/18 od 05. travnja 2018.

Preporuke Komisije o novom pristupu stečaju i insolventnosti, dostupno na: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=celex:32014H0135_0, stranica posjećena 12. lipnja 2019.

Radni dokument Komisije, prijedlog Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o okvirima za preventivno restrukturiranje, pružanju druge prilike i mjerama za povećanje učinkovitosti restrukturiranja i postupaka u pogledu nesolven-

tnosti i razrješenja te izmjeni Direktive 2012/30/EU, Strasbourg, 22. 11. 2016. COM(2016) 723 final 2016/0359 (COD).

S.p.r.l. ANCA and Others protiv Belgije, odluka, 10. prosinca 1984, Decisions and Reports 40., ECHR

Doc. Dejan Bodul, LL.D.,

Assistant Professor,

Faculty of Law, University in Rijeka, Croatia

Dr Jelena Čuveljak,

Judge,

High Commercial Court of the Republic of Croatia

Jakob Nakić,

Faculty of Law, University in Rijeka, Croatia

PROLEGOMENON OF THE CROATIAN INSOLVENCY LAW FROM CROATIA'S ACCESSION TO THE EUROPEAN UNION

Summary

The normative framework of Croatian insolvency legislation is solid in terms of legal systematics, legal techniques, and normative consistency. To that effect, a significant contribution may be accredited to Croatian courts which have rigorously examined and constantly elaborated on the legal solutions in their practice and proceedings. Yet, even in countries with a long-standing market tradition, the area of bankruptcy proceedings is a dynamic area where new solutions are constantly sought in order to keep pace with the ever-changing trends in international economy. Given this fact, the issue of appropriateness and the need to implement the amendments to the insolvency legislation is extremely relevant in the context of modernizing de lege lata solutions. This paper aims to analyse the last five years of implementation of European insolvency norms and the consequent revision of insolvency regulations in order to establish whether it has improved the national bankruptcy procedure, i.e. substantive bankruptcy law as well as the procedural mechanism facilitating more efficient case work.

Key words: *Croatian insolvency law, entry into the EU, legal culture, directions of change.*

Др Љубица Николић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1984

UDK: 339.137(497.11)
346.545(497.11)

Рад примљен: 10.09.2019.
Рад прихваћен: 14.10.2019.

ПОЛИТИКА ЗАШТИТЕ КОНКУРЕНЦИЈЕ У СРБИЈИ – ДОМЕТИ И ОГРАНИЧЕЊА**

Апстракт: Конкуренција подстиче учеснике на тржишту да буду ефикаснији, чиме се повећава стопа привредног раста и животни стандард. Свако нарушавање конкуренције смањује економску ефикасност и друштвено благостање. Потреба за заштитом конкуренције намеће питање ефикасности политике заштите конкуренције. Прописи којима се штити конкуренција (право конкуренције) јесу основа ове заштите, али ефикасност заштите конкуренције зависи и од других активности државе на плану заштите конкуренције (политика заштите конкуренције). Својом политиком држава може штитити али и нарушити конкуренцију (рецимо, политиком државне помоћи). У циљу примене права конкуренције, државе формирају различита тела (код нас: Комисија за заштиту конкуренције, Комисија за контролу државне помоћи). Рад ових тела у великој мери детерминише слободу конкуренције у једној земљи, али исто тако и ефикасност правосуђа. Како су економска ефикасност и друштвено благостање у директној повезаности са слободом тржишне конкуренције, покушаћемо да у овој области пронађемо неке разлоге тржишне неефикасности у Србији. Поред анализе права и политике заштите конкуренције у Србији, посебна пажња у овом раду биће усмерена на имплементирање актуелне регулативе, као и на рад Комисије за заштиту конкуренције, као кључне институције у овој области код нас. Какав је правни положај ове Комисије, и да ли је она уистину независно тело које спроводи надзор над поштовањем

* ljubica@prafak.ni.ac.rs

** Рад је резултат истраживања на пројекту: „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

** Рад је изложен на међународној научној конференцији „Право и мултидисциплинарност“, на Правном факултету Универзитета у Нишу, 12–13. април 2019.

правила конкуренције на домаћем тржишту, нека су од питања у овом раду. Посебан део биће посвећен ефектима домаће државне политике у области заштите конкуренције, као и могућностима заштите јавног интереса угроженог ограничавањем конкуренције.

Кључне речи: *право и политика заштите конкуренције, комисија за заштиту конкуренције, тржишна ефикасност, јавни интерес.*

1. Увод

Данас се углавном сматра да су слободно тржиште и приватна својина услов ефикасности привреде, али да држава значајно утиче на економску активност.¹ Неслагање постоји у вези са дефинисањем економске улоге државе (Стиглиц, 2008: 4–12). Док једни оправдавају државну контролу над привредом, други се томе противе.² Либералне идеје утемељене на компаративним предностима и слободној конкуренцији стварају јаке тржишне учеснике и подстичу привредни развој. У пракси се, међутим, земље не одричу неомеркантилистичких стратегија, посебно у периодима кризе, једино се разликују по начину и интензитету регулација тржишта. И поред претходних констатација, сматрам да држава мора обезбедити услове за фер тржишно надметање и заштитити конкуренцију, јер је то једини начин за стварање ефикасног тржишног амбијента и конкурентних предузећа. Ову констатацију потврђује истраживање Херитиџ фондације, које показује да земље са нижим степеном ограничавања тржишта имају већу стопу привредног раста и бољи животни стандард. Ниво слободе тржишта ова фондација мери тзв. *индексом економских слобода*. Како се наводи у њеном извештају, земље са већим индексом економских слобода одликује: владавина права (заштита својинских права и одсуство корупције); ограничено државно трошење и ниски порези; ефикасна

1 Пол Семјуелсон и Вилиам Нордхаус наводе следеће разлоге за државну интервенцију у привреди: исправљање тржишних недостатака, као што су монополи и производња јавних добара; контрола екстерних ефеката, попут загађења; повећавање правичности, ублажавањем неједнакости у расподели доходака; и подстицање привредног раста и стабилности привреде (Samuelson, Nordhaus, 2000: 30–35).

2 Оно што је неспорно јесте да држава треба да обезбеди правни поредак (судство, полицију и др.) и владавину права (заштиту својинских и уговорних права), без којих нема ефикасног привређивања. Такође, држава би требало да обезбеди и одређена јавна добра, посебно она за која приватни сектор није заинтересован. Неспорно је да држава може утицати на тржишне резултате, питање је да ли је тај утицај позитиван или не. Трбало би у сваком конкретном случају одмерити трошкове и користи државне интервенције и тржишног избора. (О разлозима за државну интервенцију у привреди, облицима те интервенције и позадини економских одлука државе, видети: Николић, Мојашевић, 2016: 161–178)

регулатива (слободно пословање и тржиште рада и стабилност цена) и отворено тржиште (слобода инвестирања, трговања и отворено финансијско тржиште). Земље са ниским индексом економских слобода одликује: владавина појединаца а не права (несигурна својинска права и присуство корупције); прекомерно државно трошење и високи порези; неефикасна регулатива (препреке за пословање, нефлексибилно тржиште рада и инфлација) и затворено тржиште (препреке за инвестирање и трговину и затворено финансијско тржиште).³

Конкуренција јесте надметање учесника на тржишту, како на страни понуде тако и на страни тражње. Јача конкуренција стимулише тржишне учеснике да буду успешнији од конкурената, чиме се повећава индивидуална али и укупна економска ефикасност. Свако нарушавање конкуренције доводи до пада економске ефикасности и друштвеног благостања. Држава може и требало би да подстиче конкуренцију. У том циљу доносе се антимонополски закони, односно закони којима се штити право конкуренције и санкционишу учесници на тржишту који нарушавају конкуренцију. Поред доношења прописа којима се штити конкуренција, држава оснива тела надлежна за примену ових прописа и предузима друге активности у циљу заштите конкуренције, односно она спроводи политику заштите конкуренције. Инсистирање на разлици између права конкуренције и политике заштите конкуренције има практични значај, јер и најбољи закони без суштинске имплементације не доводе до остварења прокламованих циљева. Заштита конкуренције остварује се предузимањем активности усмерених ка спречавању повреде конкуренције, као и санкционисањем радњи и аката којима је повређена конкуренција. Превенција повреде конкуренције јесте пожељна, али и ефикасно процесуирање и санкционисање учесника на тржишту који су нарушили конкуренцију, такође превентивно делује у будућем периоду. *Закон којим се штити конкуренција спада међу законе које многе земље, с правом, сматрају за првокласно важне у обезбеђивању адекватног пословног окружења, па тиме и предуслова за друштвено благостање и привредни раст* (Беговић, Павић, 2010: 35).

3 Данас у економски најслободније земље света спадају: Хонг Конг, Сингапур и Нови Зеланд. Углавном слободне јесу: Швајцарска, Аустралија, Ирска, Велика Британија, Канада и друге развијене земље. У економски најнеслободније земље спадају: Северна Кореја, Венецуела, Куба, Еритреја, Република Конго и друге. Србија спада у умерено (средње) економски слободне земље, испод светског и европског просека. Извор: The Heritage Foundation, *2019 Index of Economic Freedom*, pregledano 17. jul 2019, <http://www.heritage.org/index/>

Институционална решења из области заштите конкуренције чине: прописи, надзор над применом тих прописа (комисија, директорат итд.) и судови (Беговић, Павић, 2012: 121–125). Право конкуренције јесте основа заштите конкуренције у једној земљи. Од 2009. године код нас се примењује Закон о заштити конкуренције⁴. Како се у члану 1 овог закона наводи, њиме се уређује заштита конкуренције на тржишту РС, у циљу економског напретка и добробити друштва, а нарочито користи потрошача, као и оснивање, положај, организација и овлашћење Комисије за заштиту конкуренције. И поред десетогодишње примене овог закона, као и оснивања Комисије надлежне за његову примену, стиче се утисак да се у заштити конкуренције није напредовало, а посебно није постигнут циљ овог закона – економски напредак и добробит друштва. Због тога је овај рад посвећен анализи права и политике заштите конкуренције у Србији, са посебним освртом на имплементирање права конкуренције и рад надлежне Комисије, као и неке активности државе које утичу на слободу конкуренције код нас. Наш Закон о заштити конкуренције није савршен али пружа солидну основу за заштиту права конкуренције, међутим, стање на тржишту указује на неефикасност политике заштите конкуренције. Посебан део овог рада посвећен је утицају уговора везаних за пословање београдског и нишког аеродрома на конкуренцију авио услуга.

Колико су носиоци власти у Србији вољни да спроводе политику заштите конкуренције, можда је дискутабилно, на то је, међутим, обавезују споразуми са ЕУ. Правила ЕУ штите слободну конкуренцију и спречавају владе да додељују државну помоћ која нарушава конкуренцију. Основе права конкуренције ЕУ постављене су Уговором из Рима о оснивању ЕЕЗ 1957. године.⁵ Уговором из Мастрихта 1992. године прецизирано је да интервенције националних влада не смеју да наруше конкуренцију.⁶ Потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању 2008. године, између осталог, Србија је преузела обавезу да заштити конкуренцију.⁷

4 Закон о заштити конкуренције (ЗЗК), *Сл. гласник РС*, бр. 51/09 и 95/13.

5 Чл. 85 и 86 овог уговора, European Commission, *The Treaty of Rome*, прегледано 17. јула 2019, https://ec.europa.eu/romania/sites/romania/files/tratatul_de_la_roma.pdf

6 Чл. 3 и 102а овог уговора, Europa.eu, *Maastricht Treaty*, прегледано 17. јула 2019, https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_en.pdf

7 Од чл. 72 до 79 Закона о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, *Сл. гласник РС – Међународни уговори*, Бр. 83/08

2. Политика конкуренције и ефикасност државе

Џозеф Е. Стиглиц наводи четири главна разлога за неуспехе државе у остваривању њених прокламованих циљева: ограничене информације, ограничена контрола над реакцијама приватног сектора на њене мере, ограничена контрола бирократије и ограничења која намећу политички процеси (Стиглиц, 2008: 8–10). Последице многих мера државе сложене су и тешко предвидиве. Држава често нема информације везане за остваривање њених циљева, нити може предвидети и контролисати реакцију приватног сектора на њене мере. Можда највећи проблем у остваривању жељених циљева представља недовољна контрола над бирократијом. Колико год да су закони добри, без њихове ефикасне примене нема остварења прокламованих циљева. Другим речима, ефекти одређених закона у великој мери зависе од институција које их примењују. Проблем са применом закона може настати и због њихове непрецизности, као и због неодговорности и злоупотреба оних који их примењују. Као четврти разлог за неуспех државне интервенције, Стиглиц наводи ограничења која намећу политички процеси. Чак и када би држава била савршено информисана у вези с последицама својих мера, додатне тешкоће створио би политички процес у оквиру којег се доносе одлуке о тим мерама. У оквиру законодавног процеса експертске групе концептуализирају право, правна професија у форми нацрта формулише закон/право, разне интересне групе врше притисак да се усвоје одређена правна решења, законодавци/парламент усвајају закон и, на крају, право примењују бирократе. Како наглашава проф. Александра Јовановић, *регулација, односно право креирано од стране извршне власти, као и формирање и деловање различитих административних регулаторних агенција које примењују право и које, да би примењивале право/законе „праве“ право, односно регулацију, такође, ствара проблеме. Економске ефекте регулације која се уводи да „исправи“ тржишну алокацију ресурса је тешко прецизно измерити. Економска регулација није бесплатна. Она ствара директне и индиректне трошкове. Директни трошкови су трошкови државе у погледу доношења и примене прописа, као и рада регулаторне агенције. Индиректни трошкови су трошкови који настају зато што интересне групе (предузећа, гране) врше притисак да се донесе регулаторно правило у њихову корист. Интересне групе, дакле, троше ресурсе који су могли бити ефикасније употребљени што доводи до алокативне дисторзије* (Јовановић, 2008: 62).

Сви претходно наведени разлози неуспеха државне интервенције у привреди утичу и на политику заштите конкуренције и отварају питање адекватне економске улоге државе. Чини се неспорном потреба за смањењем економске улоге државе и приватизација државне имовине. Ефикасна својинска права јесу она којима се максимизира благостање.

Уколико дати оквир својинских права поставља препреке размени и увећавању богатства, јавиће се потреба за новом структуром својинских права. Приватизација јесте реакција на неефикасну својинску структуру државне/друштвене својине (Јовановић, 2008: 110). Конкуренција може бити нарушена и пружањем *државне помоћи*. Државе понекад помажу предузећима губиташима, посебно када су она у јавној својини, чиме се дестимулише ефикасна алокација ресурса, а терет покрића губитака неуспешних предузећа пребацује се са потрошача на пореске обвезнике. Оваквом државном политиком, на тржишту опстају неефикасна предузећа. Када се предузећа навикну на то, да ће их државе одржавати у послу без обзира на пословне резултате, подстицаји за иновације и прилагођавање су изразито слаби (Baldwin, Wyplosz, 2010: 426–440).

Споменута Херитиџ фондација, уназад 25 година, мери *Индекс економских слобода* у 186 земаља (The Heritage Foundation, 2019). Како наводе, у економски слободном друштву, појединци су слободни да раде, производе, инвестирају и располажу својим дохотком, док владе у тим државама дозвољавају слободно кретање рада, капитала и добара, и уздржавају се од ограничавања слободе тржишног надметања. Интервенција владе у оваквим друштвима усмерена је на неопходне активности којима се обезбеђује заштита и одржавање економских слобода. Ова фондација мери економске слободе на основу 12 фактора, груписаних у четири категорије: *владавина права* (имовинска права, ефикасност судства, интегритет владе), *величина владе* (пореско оптерећење, државна потрошња, фискална стабилност), *регулаторна ефикасност* (пословна слобода, слобода рада, монетарна слобода), *отвореност тржишта* (слобода трговине и инвестирања, финансијска слобода). Истраживања ове фондације показују да је, у протеклих 25 година, порасла просечна оцена глобалних економских слобода. Земље које су се отвориле конкуренцији на глобалном тржишту, које су ограничиле економску улогу државе, које су оствариле регулаторну ефикасност и владавину права, оствариле су значајан друштвено-економски развој. Напредак у економској слободи није био равномеран у свим категоријама које су мерене у Индексу. Видан је напредак у категорији ограничавања величине владе и отворености тржишта, док је у мањој мери повећана регулаторна ефикасност. Другим речима, земље које су настојале да унапреде своје економске резултате, пре свега, су смањивале пореске стопе, унапређивале прописе, контролисале инфлацију, унапређивале слободну трговину и отварале своја тржишта за инвестиције. У исто време, непостојање напретка у унапређењу владавине права је алармантно. Владавина права, посебно за земље у развоју, и даље је стуб економске слободе који је најважнији у постављању темеља за

економски раст. Наведени параметри економских слобода корисни су и за анализу ефикасности политике заштите конкуренције.

3. Право конкуренције у Србији

Регулаторни оквир за заштиту конкуренције код нас постоји. Уставом РС забрањени су акти којима се, супротно закону, ограничава слободна конкуренција, стварањем или злоупотребом монополског или доминантног положаја.⁸ Ова област је у највећој мери код нас регулисана у општем закону (Закону о заштити конкуренције), а делом и посебним законима којима се регулише конкуренција у појединим секторима (на пример: банкарском, телекомуникације итд.) (Беговић ет ал., 2012: 125). *Повредом конкуренције, у смислу домаћег закона, сматрају се акти или радње учесника на тржишту које за циљ или последицу имају или могу да имају значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције.*⁹ Одредбе домаћег закона о заштити конкуренције примењују се на сва правна и физичка лица која непосредно или посредно, стално, повремено или једнократно учествују у промету робе, односно услуге, независно од њиховог правног статуса, облика својине или држављанства, односно државне припадности.¹⁰ Дакле, контроли повреде конкуренције подлежу сва домаћа и страна привредна друштва и предузетници; државни органи, органи територијалне аутономије и локалне самоуправе; други учесници на тржишту (синдикати, удружења, установе и др.); као и јавна предузећа и други учесници на тржишту, који обављају делатности од општег интереса, односно којима је актом надлежног државног органа додељен фискални монопол, осим уколико би примена овог закона спречила обављање тих делатности (послова). До повреде конкуренције може доћи стварањем монопола, злоупотребом доминантног положаја на тржишту, путем рестриктивних споразума, као и злоупотребом концентрације. Највидљивији облик повреде конкуренције могу учинити монополи, па отуда и назив антимонополско право. С обзиром на то да постоје и други споменути облици повреде конкуренције, прецизније је користити термин право конкуренције.

Рестриктивни споразуми (уговори, одредбе уговора, изричитих или прећутних договори, усаглашене праксе...) су споразуми између учесника на тржишту који имају за циљ или последицу значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције на територији РС.¹¹ Према нашем закону,

8 Чл. 84 Устава Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 98/06

9 Чл. 9 ЗЗК

10 Чл. 3 ЗЗК

11 Чл. 10 ЗЗК

рестриктивни споразуми забрањени су и ништави, осим у случајевима изузећа од забране.¹² Типичан пример јесу картели у оквиру којих се учесници договарају о престанку међусобног такмичења и дефинишу одређене параметре њиховог пословања (цене и количине производа, подела тржишта и сл.). Циљ картелских споразума јесте ограничавање или нарушавање конкуренције, због чега су они забрањени и сматрају се штетним по привреду. Насупрот њима, монополи могу имати и позитивне ефекте, када рецимо своју позицију користе за развој нових технологија.

Према нашем закону, *доминантан положај има учесник на тржишту који, због своје тржишне снаге, може да послује на релевантном тржишту у значајној мери независно у односу на конкуренте, купце, добављаче или потрошаче.*¹³ *Злоупотреба доминантног положаја* (наметање неправичне цене или других неправичних услова пословања; ограничавање производње, тржишта или технолошког развоја; фаворизовање неких учесника на тржишту; условљавање закључења уговора преузимањем некоректних обавеза) *на тржишту је забрањена.*¹⁴ Као и у случају монопола, само постојање доминантног положаја није забрањено, али јесте његова злоупотреба. Одредбе домаћег закона које се односе на злоупотребу доминантног положаја примењују се и на монополе, односно привредне субјекте који немају конкуренте на одређеном тржишту и који могу тај положај злоупотребити.

Честа је појава на тржишту да се врши концентрација учесника, са намером повећања тржишних учинака, што за последицу може имати повреду конкуренције. Према домаћем закону, *концентрација учесника на тржишту настаје у случају: спајања и других статусних промена учесника на тржишту; стицања од стране једног или више учесника на тржишту, непосредне или посредне контроле над другим учесником или више њих; заједничког улагања од стране два или више учесника на тржишту у циљу стварања новог учесника или стицања заједничке контроле над постојећим учесником на тржишту.*¹⁵ *Концентрације учесника на тржишту су дозвољене, осим ако би значајно ограничиле, нарушиле или спречиле конкуренцију на тржишту РС или његовом делу, а нарочито ако би то ограничавање, нарушавање или спречавање било резултат стварања или јачања доминантног положаја.*¹⁶ У одређеним, законом прописаним случајевима, постоји обавеза тржишних учесника

12 Видети: од чл. 11 до 14 ЗЗК

13 Чл. 15 ЗЗК

14 Чл. 16 ЗЗК

15 Чл. 17 ЗЗК

16 Чл. 19 ЗЗК

да пријаве концентрацију Комисији за заштиту конкуренције.¹⁷ Комисија може испитивати концентрацију и по службеној дужности, на основу својих сазнања о спроведеној концентрацији.¹⁸ Концентрација учесника на тржишту може повредити конкуренцију, али може имати и позитивне економске ефекте. Рецимо, спајањем два или више привредних друштава у ново привредно друштво, могу се смањити трошкови производње под утицајем економије обима, веће су могућности технолошког развоја и сл. Из тих разлога, контроли концентрације треба обазриво приступити и правилно проценити њен утицај на економску ефикасност и друштвено благостање.

Примена права конкуренције код нас везана је за рад Комисије за заштиту конкуренције.¹⁹ Она је формално самостална и независна организација, која за свој рад одговара Народној скупштини.²⁰ Комисија покреће поступак испитивања повреде конкуренције по службеној дужности, када на основу достављених иницијатива, информација и других расположивих података, основано претпостави постојање повреде конкуренције.²¹ Поступак по пријави коцентрације, као и поступак за појединачно изузеће, покреће се и води по захтеву странке.²² Поред тога што је надлежна да решава о правима и обавезама учесника на тржишту у складу са законом, она одређује управне мере и друго, надлежна је и да прати и анализира услове конкуренције на појединачним тржиштима и секторима.²³ Осим Комисије за заштиту конкуренције, постоје и друга тела код нас која су задужена да се старају о конкуренцији у одређеним секторима, рецимо, Народна банка Србије контролише конкуренцију на финансијском тржишту (Беговић *ет ал.*, 2012: 126).

17 Чл. 61 ЗЗК

18 Чл. 62 ЗЗК

19 У САД, колевци борбе против монопола, заштитом конкуренције баве се упоредо два државна тела (посебно одељење Министарства правде и Федерална комисија за трговину). Иако мултипликација тела надлежних за неко питање, бар начелно посматрано, није најбоље решење, у САД оно добро функционише зато што је терет заштите конкуренције другачије распоређен него у другим државама (Беговић, Павић, 2010: 36).

20 Чл. 20 ЗЗК

21 Чл. 35 ЗЗК

22 Чл. 36 ЗЗК

23 Чл. 21, став 1, тачке 1, 2 и 6 ЗЗК

4. Јавна својина и конкуренција – пример београдског и нишког аеродрома

Током 2018. године, пажњу домаће јавности, поред бројних других уговора, привукао је и Уговор о концесији Аеродрома „Никола Тесла“ у Београду и француске фирме VINCI Airports. У исто време (09. 08. 2018. год.) реализује се и пренос власништва Аеродрома „Константин Велики“ са Града Ниша на Републику Србију. Претходно је нишки парламент, већином гласова, изгласао предлог Градског већа којим се нишки Аеродром уступа Републици Србији без накнаде. На примеру ових двају уговора, отворићемо нека питања у вези са економским ефектима располагања јавном имовином и њиховим утицајем на конкуренцију, као и у вези са заштитом јавног интереса када постоји сумња да конкретни државни уговори ограничавају конкуренцију и угрожавају друштвено благостање.

Прво питање односи се на *тајност уговора* које закључује држава. Бројни су уговори којима је РС располагала јавном имовином, а да они нису били доступни грађанима: продаја већинског удела НИС-а, Уговор са Фијатом, изградња „Београда на води“, продаја ЈАТ-а, уступање војног пољопривредног земљишта и многи други. Тако је, рецимо, Министарство привреде одбило да достави уговор о управљању смедеревском железаром 2015. године, и поред неколико налога Повереника за информације од јавног значаја и запрећеном новчаном казном, која се плаћа из буџета, новцем пореских обвезника.²⁴ Ови примери показују да само постојање Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја²⁵ и Повереника за информације од јавног значаја не обезбеђује увек информације од јавног значаја.

Комисија за заштиту конкуренције је 11. јуна 2018. године донела Решење којим одобрава концентрацију учесника на тржишту која настаје стицањем контроле од стране привредног друштва VINCI Airports Serbia d.o.o. над пословањем привредног друштва АД Аеродром Никола Тесла.²⁶ Решење је донето на основу пријаве концентрације коју је поднео VINCI Airports Serbia. На основу члана 45 ЗЗК подносилац пријаве је поднео Комисији захтев за заштиту одређених података садржаних у пријави

24 Транспарентност Србија, *Министарство буџетским новцем брани тајност уговора*, прегледано 22. јул 2019, <http://www.transparentnost.org.rs/index.php/sr/aktivnosti-2/naslovna/7806-ministarstvo-budzetskim-novcem-brani-tajnost-ugovora>

25 Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја, *Сл. гласник РС*, 120/04, 54/07, 104/09 и 36/10

26 АД Аеродром Никола Тесла, *Решење Комисије за заштиту конкуренције*, прегледано 11. марта 2019, <http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2018/07/Resenje-aerodrom-sajt-final.pdf>

концентрације, што је Комисија одобрила доношењем посебног закључка о заштити података. Иако се у закону наводи да заштићени подаци немају својство информације од јавног значаја у смислу закона којим се уређује слободан приступ информацијама од јавног значаја²⁷, оваквим закључком Комисије јавност је остала ускраћена за информације које евентуално указују на ограничавање конкуренције везане за Уговор о концесији Аеродрома Никола Тесла (који је такође тајан) и наводи на размишљање о истинској самосталности Комисије за заштиту конкуренције. Решење којим се одобрава поменута концентрација учесника на тржишту јесте доступно на званичном сајту Комисије, али без заштићених података као и Уговора на основу ког је одлучивано. Тајност Уговора о концесији Аеродрома Никола Тесла створила је сумњу у ефикасно располагање јавном имовином, као и питање да ли је пренос власништва нишког аеродрома, са Града Ниша на РС, и ограничавање промета на њему, део услова које је концесионар поставио. Уколико се испостави да Уговор о концесији београдског аеродрома на било који начин ограничава, нарушава или спречава конкуренцију на српском тржишту авио услуга, то би било групо кршење одредби Закона о заштити конкуренције.²⁸ Против коначног решења Комисије може се поднети тужба Управном суду у року од 30 дана од дана достављања решења странци.²⁹ У вези са судском контролом поменутог решења Комисије, поставља се питање лица која могу покренути управни спор. У складу са нашим законским решењима то могу бити само надлежно јавно правобранилаштво и тужилаштво, због чега се поставља питање правне заштите у ситуацијама када она не покрену судски спор.

Следеће питање у вези са овим уговорима односи се на *улогу правобранилаштва*. Правобранилаштво је орган који обавља послове правне заштите имовинских права и интереса РС, аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе. Послове правобранилаштва за заштиту имовинских права и интереса РС обавља Државно правобранилаштво, док су за заштиту имовинских права и интереса аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе задужена правобранилаштва аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе.³⁰ Државно правобранилаштво врши правобранилачку функцију која се састоји у остваривању и заштити имовинских права и интереса државе, кроз правно заступање и саветовање РС, односно њених органа и организација. Надлежности Државног

27 Чл. 45, став 4 ЗЗК

28 Чл. 3 и 9 ЗЗК

29 Чл. 71 ЗЗК

30 Чл. 2 Закона о правобранилаштву (ЗП), *Сл. гласник РС*, 55/14

правобранилаштва су³¹: заступа РС (и друга правна лица чији је оснивач РС) у поступцима пред судовима, арбитражама, органима управе и другим надлежним органима; прати рад државних органа, као и примену закона и других општих правних аката од значаја за заштиту имовинских права и интереса РС и о уоченим проблемима обавештава Владу и друге надлежне државне органе; овлашћено је да покрене поступак за оцену уставности закона, односно за оцену уставности и законитости других општих правних аката, ако оцени да су њима повређена имовинска права и интереси РС; даје правна мишљења о имовинскоправним питањима субјектима које заступа; када је поступањем другог правобранилаштва повређен јавни интерес, Државно правобранилаштво може преузети поступање; и друго. Надлежности правобранилаштва утврђене су и низом посебних закона. Рецимо, чл. 14 Закона о промету непокретности³² гласи: *ако је уговор о промету непокретности закључен супротно одредбама овог закона, закона којим се уређује јавна својина или другог закона, надлежни правобранилац је дужан да поднесе тужбу за поништај уговора. У складу са чланом 37 Закона о јавној својини (ЗЈС)³³ уговори о прибављању, отуђењу и размени непокретности у својини РС, као и уговори о преносу права јавне својине на непокретности са РС на друге носиоце права јавне својине, закључују се по претходно прибављеном мишљењу Државног правобранилаштва. Државно правобранилаштво дужно је да поднесе тужбу за поништење уговора из члана 37 који је закључен супротно прописима, као и у случају ако уговорена накнада одступа од прописане или од оне која се могла остварити у време закључења уговора.³⁴ Исте одредбе се примењују и код закључења и побијања уговора о прибављању и располагању непокретностима у својини аутономне покрајине и јединице локалне саоправе, с тим што код располагања тим непокретностима мишљење даје, односно тужбу подноси, јавно правобранилаштво аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе, односно други надлежни орган или лице.³⁵ Ако су управним актом повређена имовинска права и интереси РС, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе, управни спор може да покрене и надлежно јавно правобранилаштво.³⁶ И поред споменутих законских могућности, надлежно правобранилаштво*

31 Чл. 11 до 18 ЗП

32 Закон о промету непокретности, *Сл. гласник РС*, 93/14, 121/14 и 6/15)

33 Закон о јавној својини, *Сл. гласник РС*, 72/11, 88/13, 105/14, 104/16 - др. закон, 108/16 и 113/17)

34 Чл. 38 ЗЈС

35 Чл. 39 ЗЈС

36 Чл. 11, став 4 Закона о управним споровима (ЗУС), *Сл. гласник РС*, 111/09

није предузело ништа у вези са споменутиим уговорима нити је познато да ли се од њих и тражило мишљење о располагању јавном имовином. И поред законских могућности, у вези са овим уговорима није се огласило ни домаће тужилаштво. *Јавно тужилаштво* је самосталан државни орган који гони учиниоце кривичних и других кажњивих дела и предузима мере за заштиту уставности и законитости.³⁷ Републички јавни тужилац (највише јавно тужилаштво у РС) одговоран је за рад јавног тужилаштва и за свој рад Народној скупштини. Јавни тужиоци одговарају за рад јавног тужилаштва и за свој рад Републичком јавном тужиоцу и Народној скупштини, а нижи јавни тужиоци и непосредно вишем јавном тужиоцу.³⁸ Тужилац у управном спору може бити лице које сматра да му је управним актом повређено неко право или на закону засновани интерес. Ако је управним актом повређен закон на штету јавног интереса, управни спор може да покрене надлежни јавни тужилац. Јавно тужилаштво је самостални државни орган који гони учиниоце кривичних дела и других кажњивих дела и предузима мере за заштиту уставности и законитости.³⁹ Јавни тужилац и заменик јавног тужиоца су у вршењу функције самостални од извршне и законодавне власти.⁴⁰

5. Разлози неефикасности домаће политике заштите конкуренције

На основу свега реченог, можемо апострофирати неке од разлога неефикасности домаће политике заштите конкуренције. Прва група разлога односи се на *владавину права*. Заштићена имовинска права пружају привредним субјектима поверење да послују, уштеде своје приходе и дугорочно инвестирају. У области заштите конкуренције, домаћи Закон о заштити конкуренције пружа солидну основу ове заштите, што се не може рећи о регулативи која се односи на контролу државне помоћи. Домаћи Закон о контроли државне помоћи (ЗКДП)⁴¹ донет је у исто време када и Закон о заштити конкуренције. Овим законом уређују се услови и поступак контроле државне помоћи у циљу заштите слободне конкуренције на тржишту. Међутим, остваривање прокламованог циља угрозиле су поједине одредбе овог закона. Рецимо, чланове Комисије за контролу државне помоћи (ККДП) углавном постављају министарства

37 Чл. 156 Устава РС

38 Чл. 160 Устава РС

39 Чл. 2 Закона о јавном тужилаштву (ЗЈТ), *Сл. гласник РС*, 116/08, 104/09, 101/10, 78/11 - др. закон, 101/11, 38/12 - одлука УС, 121/12, 101/13, 111/14 - одлука УС, 117/14, 106/15 и 63/16 - одлука УС)

40 Чл. 45 ЗЈТ

41 Закон о контроли државне помоћи, *Сл. гласник РС*, 51/09

која додељују помоћ, а секретаријат ККДП је административни део Министарства финансија.⁴² Стога се ККДП не може сматрати независном институцијом која би требало да контролише државну помоћ и спречи повреду конкуренције. Како се у извештају Европске комисије за 2018. годину наводи, ова комисија још није донела ниједну одлуку којом се забрањује државна помоћ, нити условну одлуку или одлуку у корист повраћаја.⁴³ Суштинска компонента владавине права јесте ефикасност правосуђа. Судови треба да штите права свих грађана од кршења закона од стране других, укључујући и државу и моћне интересне групе. Ефикасност правосуђа јесте кључни фактор заштите права конкуренције код нас, као и пораста економске ефикасности. Томе треба додати и одлучно супротстављање корупцији у државним институцијама.

Ефикасност политике заштите конкуренције условљена је и укупном *регулаторном ефикасношћу*. Ситуација да појединац може основати и водити предузеће, без непотребног уплитања државе, један је од основних показатеља стања на тржишту. Компликована процедура и пратећи трошкови могу бити препрека обављању пословних активности и смањити конкурентско надметање. Државна регулатива може ометати нормално пословање и утицати на формирање цена.⁴⁴ Са друге стране, уколико се прописи примењују према свима и транспарентно, олакшава се пословање и дугорочно пословно планирање. Управо је селективна примена закона и неједнак третман домаћих учесника на тржишту основни разлог неравноправног тржишног надметања. Конкурентска снага учесника на тржишту и њихова ефикасност условљени су и *монетарном и фискалном стабилношћу* у земљи, као и *степеном отворености тржишта*.

Следећу групу разлога неефикасности домаће политике заштите конкуренције можемо наћи у *политици државне интервенције* у привреди. Рецимо, пореска политика директно утиче на конкурентску способност привредних субјеката. Државе које дозвољавају појединцима и привредним субјектима да задрже и управљају већим делом својих прихода и богатства за властиту корист и употребу максимизирају економско благостање повећањем економске ефикасности. Са друге стране, државна потрошња се јавља у више облика, који различито утичу на економску ефикасност. Нека државна потрошња (на пример, за изградњу инфраструктуре,

42 Видети: чл. 6 ЗКДП

43 Министарство за европске интеграције, *Извештај ЕК о Србији за 2018. годину*, прегледано 3. августа 2019, [http://www.mei.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku/izvestaj_ek_o_srbiji\(1\).pdf](http://www.mei.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku/izvestaj_ek_o_srbiji(1).pdf)

44 О регулативи економских активности у Србији и њеним ефектима на конкуренцију, видети: Рауповић, Тасић, 2013: 182–190.

финансирање истраживања или образовања) може се сматрати економски оправданом. Она троши и на јавна добра која су корисна за друштво, уколико приватни сектор за њих није адекватно заинтересован. Међутим, сва државна потрошња мора на крају бити финансирана већим порезима, што јесте трошак за пореске обвезнике. Овај трошак смањује потрошњу и улагања која би се остварила да су финансијска средства остала приватном сектору. Претерана државна потрошња представља велики ризик од истискивања приватних економских активности. Чак и ако економија постигне бржи раст на основу државне потрошње, таква економска експанзија има тенденцију да буде само привремена, нарушавајући тржишну расподелу ресурса и подстицаје за приватна улагања. Држава као учесник на тржишту, за разлику од других учесника који су подвргнути тржишној дисциплини и здравој конкуренцији, често доводи до пораста бирократије, ниже продуктивности, неефикасности и растућег јавног дуга. Једном речи, свака државна интервенција, а код нас је још увек значајна, у већој или мањој мери ремети тржишну утакмицу и смањује економско благостање.⁴⁵

6. Закључак

Иако се конкуренција сматра демократијом у економији, код нас је присутан отпор према њој. Домаћи привредни субјекти нису навикнути на конкуренцију већ, често, покушавају да профитирају коришћењем привилегија. Са друге стране, наша држава не показује истинску спремност за спровођење ефикасне политике заштите конкуренције, нити спроводи озбиљну борбу против корупције везане за пословање, што јесте један од услова слободне конкуренције. Институције значајне за област заштите конкуренције код нас јесу: Комисија за заштиту конкуренције и Комисија за контролу државне помоћи; јавно тужилаштво и правобранилаштво; као и управни суд. Ове комисије суштински нису независне, посебно не Комисија за контролу државне помоћи. Јавно тужилаштво је надлежно да гони учиниоце кривичних дела, мада до сада готово није ни гонило учиниоце кривичног дела забране закључења рестриктивног споразума.⁴⁶ Управни суд је непосредно надлежан за област заштите конкуренције код нас, он спроводи контролу решења Комисије за заштиту конкуренције,

45 О проблемима заштите конкуренције у РС видети: Добрашиновић, Матић Бошковић, Прокопијевић, Плахутник, Радојчић, (2014: 8–10). *Заштита конкуренције и сузбијање монопола*. (Електронска верзија). Прегледано 21. маја 2019, на <http://www.nadzor.org.rs/pdf/Zastita%20konkurencije%20i%20suzbijanje%20monopola.pdf>

46 Чл. 229 Кривичног законика, *Сл. гласник РС*, 85/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 и 94/16

али за сада не постоје специјализована одељења која би се бавила овом сложеном облашћу. Без независних и стручних тела надлежних за примену регулативе из ове области и ефикасног судства нема ефикасне политике заштите конкуренције, као гаранције правне сигурности учесника на тржишту. Што се регулативе тиче, Закон о заштити конкуренције није савршен, али пружа солидну основу за заштиту конкуренције. Можда је највећа замерка у вези њега што влада одређује ближе услове за примену овог закона, чиме је дата прилика извршној власти да подзаконским актима ограничава законске одредбе (Добрашиновић, ет ал., 2014: 31).⁴⁷ Када је реч о Закону о контроли државне помоћи, он би морао да претрпи битније измене, јер није омогућио остваривање циља због која је донет, посебно у делу који се односи на положај надлежне комисије за његову примену. И други закони утичу на слободу конкуренције, као што је рецимо Закон о јавним набавкама⁴⁸, који по својој дефиницији утиче на јачање конкуренције. Уколико се, међутим, дозволи намештање понуда и корупција у вези са јавним набавкама, може се јавити и груба повреда конкуренције (Добрашиновић, ет ал., 2014: 40–46). Иако нису савршена, законска решења у области заштите конкуренције код нас су мањи проблем од њихове примене. Заштита конкуренције је могућа ако постоје добра законска решења, као и ефикасне и независне институције које их примењују.

Литература/References

- Јовановић, А. (2008). *Теоријске основе економске анализе права*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду Издавачки центар
- Рауновић, М., Тасић, С. (2013). Economic Regulation in Serbia: Theory and Practise. U A. Jovanović i LJ. Madžar (Prir.), *Law, Rules and Economic Performance* (str. 174–193). Beograd: Faculty of Law.
- Николић, Љ., Мојашевић, А. (2016). *Економија за правнике*, Ниш: Медивест
- Samuelson, P., Nordhaus, W. (2000). *Economics*, New York: McGraw-Hill Inc.
- Стиглиц, Џ. (2008). *Економија јавног секттора*. Београд: Економски факултет Универзитета у Београду
- Baldwin, R., Wyplosz, Ch. (2010). *Економија европских интеграција*, Београд: DATA STATUS

47 Видети: чл. 13 ЗЗК

48 Закон о јавним набавкама, *Сл. гласник РС*, 124/12, 14/15 и 68/15

Беговић, Б., Павић, В. (2012). *Увод у право конкуренције*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Беговић, Б., Павић, В. (2010). *Шта је конкуренција и како се штити?* (Електронска верзија). Прегледано 25. августа 2019, на <http://www.sam.org.rs/sw4i/download/files/article/%C5%A0ta%20je%20konkurencija.pdf?id=77>

Добрашиновић, Д., Матић Бошковић, М., Прокопијевић, М., Плахутник, А., Радојчић, Ч. (2014). *Заштита конкуренције и сузбијање монопола*. (Електронска верзија). Прегледано 21. маја 2019, на <http://www.nadzor.org.rs/pdf/Zastita%20konkurencije%20i%20suzbijanje%20monopola.pdf>

Устав Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 98 (2006)

Закон о јавној својини. *Службени гласник РС*. Бр. 72 (2011), 88 (2013), 105 (2014), 104 (2016) - др. закон, 108 (2016), 113 (2017)

Закон о правобранилаштву. *Службени гласник РС*. Бр. 55 (2014)

Закон о јавном тужилаштву. *Службени гласник РС*. Бр. 116 (2008), 104 (2009), 101 (2010), 78 (2011) - др.закон, 101 (2011), 38 (2012) - одлука УС, 121 (2012), 101 (2013), 111 (2014) - одлука УС, 117 (2014), 106 (2015) и 63 (2016) - одлука УС

Закон о промету непокретности. *Службени гласник РС*. Бр. 93 (2014), 121 (2014), 6 (2015).

Закон о управним споровима. *Службени гласник РС*. Бр. 111 (2009).

Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја. *Службени гласник РС*. Бр. 120 (2004), 54 (2007), 104 (2009), 36 (2010).

Закон о заштити конкуренције. *Службени гласник РС*. Бр. 51 (2009), 95 (2013).

Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране. *Службени гласник РС - Међународни уговори*. Бр. 83 (2008).

The Heritage Foundation, *2019 Index of Economic Freedom*, pregledano 17. jula 2019, <http://www.heritage.org/index/>

АД Аеродром Никола Тесла, *Решење Комисије за заштиту конкуренције*, прегледано 11. марта 2019, <http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2018/07/Resenje-aerodrom-sajt-final.pdf>

Транспарентност Србија, *Министарство буџетским новцем брани тајност уговора*, прегледано 22. јула 2019, <http://www.transparentnost.org.rs/index>.

php/sr/aktivnosti-2/naslovna/7806-ministarstvo-budzetskim-novcem-branij-tajnost-ugovora

Министарство за европске интеграције, *Извештај ЕК о Србији за 2018. годину*, прегледано 3. августа 2019, [http://www.mei.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku/izvestaj_ek_o_srbiji\(1\).pdf](http://www.mei.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku/izvestaj_ek_o_srbiji(1).pdf)

European Commission, *The Treaty of Rome*, прегледано 17. јула 2019, https://ec.europa.eu/romania/sites/romania/files/tratatul_de_la_roma.pdf)

Europa.eu, *Maastricht Treaty*, прегледано 17. јула 2019, https://europa.eu/european-union/sites/europa.eu/files/docs/body/treaty_on_european_union_en.pdf)

Prof. Ljubica Nikolić, LL.D.,

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

COMPETITION PROTECTION POLICY IN SERBIA: SCOPE AND LIMITATIONS

Summary

Competition encourages market participants to be more efficient, which increases the economic growth rate and the standard of living. Any distortion of competition reduces economic efficiency and social well-being. The need to protect competition raises the issue of the effectiveness of the competition policy. The rules protecting the right of competition are the basis of this protection, but the effectiveness of competition protection also depends on other state activities in the field of competition protection policy. The state policy can both protect and compromise competition (e.g. the state aid policy). Domestic businesses are not used to competition but often try to profit by using privileges. On the other hand, our country does not demonstrate a genuine willingness to implement an effective competition policy, nor does it engage in a serious fight against business-related corruption. The domestic Competition Protection Commission and the State Aid Control Commission are essentially not independent, especially the latter. The Administrative Court is directly competent to decide on competition protection issues in our country; it is in charge of overseeing the decisions of the Competition Protection Commission but, for the time being, there are no specialized departments that would deal with this area. There is no effective competition policy without an independent and expert body, which would competently apply the regulations in this area, and an efficient judiciary. The national Competition Protection Act is not perfect, but it provides a solid basis for competition protection. The major objection to this Act is that the

government establishes closer conditions for the implementation of this law, thus giving the executive authorities the power to restrict legislative provisions by enacting by-laws. The Act on State Aid Control should undergo major changes because it has not accomplished its goals, especially concerning the position of the competent commission in charge of its implementation. Although the Serbian legislation in the field of competition is not perfect, the legal provisions are less of a problem than their implementation. Thus, competition protection implies that good legal solutions are in place and that there are independent and effective institutions for implementing the envisaged provisions.

Key words: *competition protection policy, Competition Protection Commission, market efficiency, public interest.*

Др Милош Живковић,*
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Београду

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1984

UDK: 347.235:347.136(497.11)
Раd примљен: 05.09.2019.
Раd прихваћен: 25.10.2019.

УПОТРЕБА ИНФОРМАЦИОНИХ ТЕХНОЛОГИЈА У ПОСТУПКУ УПИСА У КАТАСТАР НЕПОКРЕТНОСТИ**

Апстракт: Закон о поступку уписа у катастар непокретности и водова из 2018. године донео је бројне новине у српско право регистара непокретности, од којих је најважнија уписивање права у катастар непокретности по службеној дужности. Ова новина је омогућена пре свега технолошким иновацијама и информационим међуповезивањем различитих државних органа и носилаца јавних овлашћења. Раd прегледно анализира целокупан новоустановљени поступак уписа и посебно улогу коју у тако уређеном поступку има употреба информационих технологија, односно електронске комуникације. Истиче се да је, и према слову закона, у току прелазни период који треба да означи транзицију од раније постојећег „папирног“ облика вођења поступка, преко сада примењиваног поступка који се води посредством „дигитализованих“ аналогних докумената, до жељеног поступка који ће се у потпуности водити посредством дигиталних, електронских докумената. У раду се посебно наглашавају изазови које пред правнике поставља употреба информационих технологија у поступку уписа у катастар непокретности, и назначавају трендови будућег развоја у овој области.

Кључне речи: катастар непокретности, поступак уписа, електронски документи, упис по службеној дужности.

* mdz@ius.bg.ac.rs

** Раd је настао у оквиру пројекта „Идентитетски преображај Србије“, који спроводи Правни факултет Универзитета у Београду.

1. Увод

У Европским земљама већ је неколико столећа уобичајено постојање свеобухватних регистара непокретности који покривају целокупну државну територију. Ово је превасходно случај у земљама чија је тековина аустријско-немачки земљишнокњижни систем, захваљујући начелима стварности и потпуности која важе унутар тога система евиденције (уместо многих Josipović, 2001: 122–124, 140). Данас, међутим, ово важи и за земље које су, у ранијем периоду, биле скептичне према потреби устројавања свеобухватне евиденције непокретности, попут Француске¹ или, још више, Енглеске и Велса.² Превасходни разлог за устројство оваквих регистара у савременом праву јесте интерес правне сигурности, како у вези с постојањем и обимом права на непокретностима, тако, још више, у вези с преносом права на непокретностима.

Технолошки развој, посебно нагли развој у области информационих технологија, омогућава повећање ажурности и поузданости евиденције непокретности до степена који је, пре тога развоја, био практично незамислив. Данас постоје софтверска решења која омогућавају сразмерно поуздано мапирање целокупне површине планете, и могло се очекивати да ће овакав развој утицати и на евиденцију непокретности. Идеал компјутерске (електронске) евиденције непокретности и права на њима, уз пренос тих права који би се одигравао „у реалном времену“, односно тренутно, технолошки одавно није недостижан, и системи евиденције

1 Иако у време усвајања грађанске кодификације у Француској није постојала свеобухватна евиденција непокретности, већ половином XIX века извршена је прва реформа евиденције непокретности, док је половином XX века извршена још једна темељна реформа којом је регистар постао свеобухватан (о ситуацији у Француској видети више Aynès, Crosq (2013) 289–294.

2 У Енглеској и Велсу најновија реформа је извршена доношењем *Land Registration Act* 2002. године. Иначе, покушаји увођења свеобухватног регистра непокретности постојали су од 1862, када је донет *Land Registry Act* за Енглеску и Велс, али је овај пропис остао без дејства и практичне примене. 1925. године донет је први *Land Registration Act*, који је реформисан доношењем новог закона 2002. године. Један од разлога за реформу, према ставу *Law Commission*, био је омогућавање дигитализације регистра и тзв. *e-conveyancing*, v. *The Law Commission, Land Registration for the Twenty First Century, A Conveyancing Revolution*, London, Stationary Office, 2001, последњи приступ 12. 8. 2019, на адреси <https://web.archive.org/web/20080909210949/http://www.lawcom.gov.uk/docs/lc271.pdf>, 2. Као разлог за доношење новог прописа у овој опширној студији наводи се следеће: „The fundamental objective of the Bill is that, *under the system of electronic dealing with land that it seeks to create, the register should be a complete and accurate reflection of the state of the title of the land at any given time*, so that it is possible to investigate title to land on line, with the absolute minimum of additional enquiries and inspections.“, 2, Sec. 1.5 (наглашавање моје).

непокретности последњих тридесетак година, у готово свим европским земљама, прелазе на систем електронске евиденције. Тако је у Аустрији увођење е-земљишне књиге започело још 1980, књиге су преведене у електронску форму 1992, а од 1999. је омогућен и приступ преко интернета (Rechberger, Bittner, 2007: 44--48); у Немачкој су први планови за аутоматизацију земљишне књиге донети седамдесетих година прошлог века, док је она уведена путем *Registerverfahrensbeschleunigungsgesetz* (Закон о убрзању поступка регистрације) који је усвојен 1993. године (Schöner, Stöber (2004): 30–31), а почетком ове деценије у доктрини се констатује да је електронски вођена земљишна књига практично једина постојећа (Stöber, Morvilius (2012): 55, детаљно в. Keller, Munzig (2015): 1244–1313); у Швајцарској су радне групе посвећене компјутеризацији земљишне књиге формиране седамдесетих и осамдесетих година прошлог века, а измена ZGB (§ 949a) усвојена је 1991, а ступила на снагу 1994. године (Zobl (2004), 117 и даље).

У Србији се, од касних осамдесетих и раних деведесетих година прошлог века, наместо земљишнокњижног система развија систем јединствене евиденције непокретности посредством катастра непокретности који постоји у оквиру Републичког геодетског завода (даље: РГЗ), дакле, као део управе, а не правосуђа као у земљишнокњижном систему.³ Иако су том аргумену изношене основане критике (Шаркић, 2000: 95–96), један од разлога промене система евиденције који су наводили заговорници промене био је и компјутерска обрада података која је била предвиђена за јединствену евиденцију. За разлику од земљишне књиге, која је изворно настала у аналогном облику средином претпрошлог века, катастар непокретности се у Србији од самог почетка развијао као дигитална (компјутерски вођена) евиденција. Током деведесетих, разуме се, степен компјутеризације био је скромнији, али с развојем информационих технологија и рачунарских система био је омогућен значајно виши степен дигитализације евиденције непокретности. Последња правна реформа у овој области у Србији, доношење Закона о поступку уписа у катастар непокретности и водова⁴ 2018. године (даље: ЗПУКН), у значајној мери је узрокована жељом да се технолошке могућности претворе у правну стварност.

Овај рад има за циљ да истражи домете употребе информационих технологија у евиденцији непокретности у Србији данас, тренутна

³ О досадашњем развоју система јединствене евиденције у Србији в. Живковић (2004): 97, Цветић (2016): 50 и, детаљније о историјату регистара непокретности у Србији, Živković (2017): 384–392.

⁴ *Службени гласник РС* бр. 41/2018, 95/2018 и 31/2019.

ограничења тих домета и даље трендове развоја и изазове који се постављају у овој, данас поново веома динамичној, правној области.

2. Поступак уписа према ЗПУКН

Једна од најкрупнијих новина уведених системом јединствене евиденције јесте начело обавезности уписа. Традиционална земљишна књига, руководећи се фундаменталним начелом диспозиције у грађанском праву, није предвиђала обавезност уписа, већ је било предвиђено да се уписи врше на захтев, а сасвим изузетно и по службеној дужности.⁵ Јединствена евиденција, чији је један од разлога увођења било превазилажење неажурности земљишне књиге (Ћосић (2000): 417; Станојевић (2000): 421), од самог почетка се заснивала на начелу обавезности уписа, пошто се веровало да ће се тиме превазићи проблем неажурности регистра (Карамарковић (2000): 106). То је значило да је постојала обавеза лица које стиче право које се може уписати у регистар да поднесе захтев за упис, под претњом прекршајне казне.⁶ Доношењем ЗПУКН учињен је још један додатни корак, и предвиђено је да се уписи, начелно, врше по службеној дужности, иако још није сасвим искључено вршење уписа на захтев.⁷ Овако смео искорак српског законодавца омогућен је, пре свега, чињеницом да је један од основних реформских захвата у ЗПУКН био „превођење“ поступка регистрације из аналогне, „папирне“, у дигиталну, „електронску“ форму.⁸ Другим речима, пошто је поступак издавања грађевинских дозвола законским изменама из 2014. године преведен у електронску форму (тзв. обједињена процедура),⁹ на ред је дошла евиденција непокретности и поступак уписа у катастар непокретности. Да бисмо разумели улогу и употребу информационих технологија у овој реформи, нужно је да укратко представимо поступак уписа предвиђен ЗПУКН.

5 §§ 83 – 86 Закона о земљишним књигама Краљевине Југославије (*Сл. новине Краљевине Југославије* бр. 146/30 и 281/31). В. и Орлић (2000): 39–49.

6 В. чл. 99 Закона о државном премеру и катастру и уписима права на непокретностима (*Сл. гласник РС* бр. 83/92, 53/93, 67/93, 48/94, 12/96, 15/96 – испр., 34/2001, 25/2002, 101/2005 и 72/2009); Цветић (2009): 117; чл. 61, 117 и 185 Закона о државном премеру и катастру (*Сл. гласник РС* бр. 72/2009, 18/2010, 65/2013, 15/2015 – одлука УС, 96/2015, 47/2017 – аутентично тумачење, 113/2017, 27/2018 и 41/2018); Цветић (2016): 109–110.

7 Чл. 21 ЗПУКН. Детаљно о развоју начела обавезности уписа Цветић (2019): *passim*.

8 Чл. 18 ЗПУКН.

9 Чл. 8 – 8ђ Закона о планирању и изградњи, *Службени гласник РС*, 72/2009, 81/2009 – испр., 64/2010 – одлука УС, 24/2011, 121/2012, 42/2013 – одлука УС, 50/2013 – одлука УС, 98/2013 – одлука УС, 132/2014, 145/2014, 83/2018, 31/2019 и 37/2019.

Реформа поступка уписа најављена је већ изменом формулације начела обавезности уписа. Закон о државном премеру и катастру из 2009. године (ЗДПК) начело официјелности предвиђао је на следећи начин: „(1) *Ималац права на непокретности обавезан је да поднесе захтев за упис непокретности и права својине у катастар непокретности. (2) Упис непокретности и права својине врши се у катастру непокретности и по службеној дужности, у складу са законом.*“¹⁰ Важећи ЗПУКН начело официјелности уређује друкчије: „**начело официјелности**, које подразумева да се поступак уписа у катастар покреће и води по службеној дужности, а по достави исправе од стране обвезника доставе који је донео, односно саставио, потврдио или оверио исправу која је правни основ за упис у катастар, као и ако је прописано да се упису катастар врши по сили закона, с тим што ово начело не искључује могућност да се поступак по истом правном основу покрене и води и по захтеву странке, осим ако је то искључено законом“.¹¹ Дакле, за упис више није потребан захтев, мада одлучивање по захтеву странке није искључено. Правило је да се поступак уписа и покреће и води по службеној дужности, пошто обвезник доставе исправу подобну за упис достави служби катастра. Уз то, као други део реформе поступка уписа, ЗПУКН садржи одредбу о томе да се „*поднесци, докази и акта [се] у поступку уписа у катастар непокретности достављају у форми електронског документа, кроз е-шалтер*“.¹² Једино за жалбу и друге правне лекове задржана је могућност подношења „у форми папирног документа“.¹³ Ипак, прелазним одредбама ЗПУКН предвиђено је да, ако се поступак покреће по захтеву, тај захтев до 31. децембра 2020. године може бити поднет и у папирној форми (што важи и за пратећу документацију). Тако поднети захтев служба катастра непокретности је дужна да скенира (дигитализује) и овери електронским квалификованим потписом. Разуме се, начин достављања и време сачињавања захтева не утичу на одређивање времена пријема захтева – оно се увек одређује према моменту приспећа захтева у пријемну канцеларију катастра, независно од тога којим је методом захтев достављен. Ипак, сва акта која се доносе у поступку покренутом аналогним, папирним захтевом, израђују се и достављају у електронској форми.¹⁴

10 Чл. 61 ЗДПК.

11 Чл. 3 ЗПУКН.

12 Чл. 18, ст. 1 ЗПУКН.

13 Чл. 18, ст. 2 ЗПУКН.

14 Чл. 59 ЗПУКН.

2.1. Покретање поступка уписа по службеној дужности

Према ЗПУКН, надлежна служба за катастар непокретности покреће поступак уписа по службеној дужности у два случаја: прво, кад неки закон предвиди неки упис *ex lege*, и тада се то чини било на дан ступања на снагу тог закона, било истеком рока, ако је тим законом предвиђен други рок за вршење уписа, и друго, непосредно по пријему исправе, кад обвезник доставе тој служби достави исправу подобну за упис. У геодетском катастарском информативном систему (даље: ГКИС), централизованој електронској бази података која, између осталог, садржи и податке катастра непокретности, евидентира се време пријема исправе (исто важи и за захтев, код уписа по захтеву) и то по тзв. астрономском рачунању (уписује се и секунд), уз истовремени упис забележбе да је исправа подобна за упис достављена по службеној дужности (ово се чини и кад буде достављен захтев, код уписа по захтеву). Чим прими исправу, односно захтев, служба за катастар непокретности обвезнику доставе, односно подносиоцу захтева издаје електронску потврду о пријему, која садржи време пријема, број предмета, врсту уписа као и податке о лицу у чију корист се врши упис (односно о подносиоцу захтева, код уписа на захтев).¹⁵

ЗПУКН дефинише и ко су обвезници доставе: то су лица, односно органи који су по ЗПУКН обавезни да *ex officio* надлежној служби катастра непокретности, „ради уписа по службеној дужности [достављају] исправе које доносе, састављају, потврђују или оверавају, а које представљају правни основ за упис података, односно промене података у катастру“.¹⁶ Закон предвиђа четири категорије ових лица, односно органа. То су: „1) **судови**, који достављају „извршне одлуке донете у поступку у коме поступају у својству првостепеног суда, а које представљају подобан правни основ за упис у катастар непокретности;¹⁷ 2) **јавни бележници**, који достављају јавнобележничке исправе које састављају, потврђују или оверавају, односно извршне одлуке које доносе, у оквиру законом поверених јавних овлашћења, а које представљају подобан правни основ за упис у катастар непокретности;¹⁸ 3)

15 Чл. 21 ЗПУКН.

16 Чл. 2, ст. 2, тач. 13) ЗПУКН.

17 Судови су обавезни да се путем е-шалтера повежу са Заводом најкасније до 1. јануара 2020. године, чл. 60, ст. 2 ЗПУКН. Судови су дужни да отпочну са доставом исправа које саставе, потврде или овере уместо јавних бележника почев од 1. јануара 2020. године, као и судских одлука које донесу и постану извршне почев од тог датума, чл. 61, ст. 2 ЗПУКН.

18 Јавни бележници су били обавезни да се путем е-шалтера повежу са Заводом најкасније до 1. јула 2018. године, чл. 60, ст. 1 ЗПУКН, што се и догодило. Јавни бележници су отпочели са доставом исправа које саставе, потврде или овере почев од 1. јула 2018.

јавни извршитељи, који достављају извршне одлуке у случајевима и на начин прописан законом који уређује извршни поступак, а које представљају подобан правни основ за упис у катастар непокретности; и 4) органи јавне управе и други органи и организације који у вршењу јавних овлашћења доносе одлуке које представљају основ за упис у катастар непокретности, достављају извршне одлуке и друга акта која представљају подобан правни основ за упис у катастар непокретности“.^{19,20} Специфичност јавних бележника као обвезника доставе јесте да они имају обавезу да достављају и исправе које сачине или потврде у вези са преносом права својине на непокретности, а које нису подобан правни основ за упис промене у катастру непокретности. Овде спада три категорије исправа: уговор о промету непокретности који не садржи одредбу *clausulaintabulandi*, уговор о промету објекта или посебног дела објекта у изградњи, који се достављају ради предбележавања, и уговор којим се прометује неуписана непокретност, који се доставља ради евидентирања.²¹ Судови не морају да достављају одлуке које по закону треба да достављају јавни извршитељи, али достављају исправе које сачине, потврде или овере вршећи надлежност јавних бележника (што је случај на подручјима на којима нема именованих јавних бележника).²² ЗПУКН дефинише и које податке о лицима у односу на која је исправа основ за упис, а што је услед неусклађености с другим законима довело до извесних проблема у пракси.²³ Обвезници доставе користе за доставу е-шалтер, кроз који се доставља како исправа подобна за упис тако и други документи прописани законом, попут, примера ради, исправа којима се доказује континуитет промене у катастру непокретности (сходно начелу

године, као и одлука које донесу и постану извршне почев од тог датума. Чл. 61, ст. 1 ЗПУКН.

19 Чл. 22, ст. 1 ЗПУКН.

20 Остали обвезници доставе (осим бележника и судова) су били обавезни да се путем е-шалтера повежу са Заводом најкасније до 1. новембра 2018. године, чл. 60, ст. 3 ЗПУКН, што се и догодило. Јавни извршитељи и други обвезници доставе дужни су да достављају одлуке које постану извршне почев од 1. новембра 2018. године, чл. 61, ст. 3 ЗПУКН.

21 Чл. 22, ст. 2 ЗПУКН.

22 Чл. 22, ст. 3 и 4 ЗПУКН.

23 Чл. 22, ст. 6 ЗПУКН. Овде се пре свега мисли на чињеницу да јединствени матични број грађана, према прописима који уређују судске поступке, није саставни део судске одлуке, а тражи се у ЗПУКН јер се уписује у катастар непокретности. Јавни бележници који, као повереници суда, воде оставинске поступке и доносе решења о наслеђивању, нису уносили тај податак у решење, јер то није предвиђено Законом о ванпарничном поступку, што је довело до проблема у практичној примени. Може се претпоставити да ће овај проблем постати још озбиљнији кад почне с применом одредба о судовима као обвезницима доставе.

правног претходника). ЗПУКН предвиђа да ће Влада ближе уредити начин доставе,²⁴ што је Влада учинила доношењем Уредбе о начину достављања докумената у поступку уписа у катастар и начину издавања извода из катастра електронским путем (даље: Уредба),²⁵ о којој ће више речи бити доцније. У случају кад јавни бележник доставља исправе које нису подобне за коначан упис, он треба да определи сврху достављања (упис предбележбе или евидентирање). ЗПУКН предвиђа и рокове за вршење доставе: „1) јавни бележник, у року од 24 часа од тренутка састављања, потврђивања, односно оверавања јавно бележничке исправе, односно од дана извршности одлуке коју је донео у повереном послу, о чему издаје потврду странкама; 2) суд, у року од три радна дана од извршности одлуке коју је донео у предмету у ком води првостепени поступак; 3) јавни извршитељ, у року прописаном законом којим се уређује извршење и обезбеђење; 4) државни орган, орган јединице локалне самоуправе и други субјекти, у року од 24 часа од дана извршности одлуке која је основ за упис“.²⁶ Најпосле, кад је обвезник доставе јавни бележник он је дужан да уз исправу достави и одговарајуће пореске пријаве за утврђивање пореских обавеза, осим ако обвезник подношења тих пријава то изричито одбије.²⁷ Смисао ове одредбе је тежња ка успостављању једношалтерског система и смањење бирократије и процедура које лице које закључује посао у вези с непокретностима треба да предузме да би финализирано тај посао. Томе служи и правило које говори да по достављању, осим покретања поступка уписа по службеној дужности, служба за катастар непокретности „исправу којом се врши пренос права на непокретности“²⁸ без одлагања, путем е-шалтера, прослеђује надлежном пореском органу, односно јединици локалне самоуправе ради утврђивања одговарајућих пореза, као и предузећу месно надлежном за обједињену наплату комуналних услуга. Пореским органима се уз исправу достављају и пореске пријаве или белешка о томе да је обвезник подношења пријаве одбио доставу преко нотара.²⁹

24 Чл. 23, ст. 4 ЗПУКН.

25 Службени гласник РС бр. 50/2018.

26 Чл. 23, ст. 5 ЗПУКН.

27 Чл. 23, ст. 6 ЗПУКН.

28 Требало би „исправу на основу које се врши пренос права својине на непокретности“, јер је у Србији, макар и формално, још увек на снази систем стицања на основу *iustus titulus* али *modus*-ом *acquirendi*. О колебању у доследној примени тог система Živković (2015): 118–124.

29 Чл. 24 ЗПУКН.

2.2. Покретање поступка на захтев странке

Као што је речено, ЗПУКН изузетно дозвољава и да се упис врши и поступак покреће захтевом странке, а не *ex officio*, с тим што и у том случају захтев мора да буде достављен посредством е-шалтера (до 31. децембра 2020. прелазне одредбе дозвољавају и захтев у папирној форми). Притом, у случају да подносилац захтева није ни лице које траженим уписом треба да стекне неко право нити лице против којег се тај упис треба извршити („уписани претходник“), неопходно је уз захтев доставити и доказ постојања правног интереса подносиоца захтева да такав захтев поднесе.³⁰ У погледу достављања одлуке ЗПУКН предвиђа и да „у захтеву странка може тражити да јој се одлука достави препорученом поштом на захтевану адресу или непосредно у просторијама Службе, у ком случају јој се доставља препис решења донетог у електронској форми, у складу са посебним прописима који уређују електронско пословање у органима државне управе. У супротном, одлука јој се доставља у форми електронског документа, на електронску адресу која је наведена у захтеву као адреса за пријем поште“.³¹ Другим речима, и код одлучивања по захтеву фаворизује се електронска достава и форма електронског документа као форма одлуке, осим ако је странка изричито тражила да јој се одлука достави друкчије и у другој форми. По пријему захтева служба за катастар непокретности поступа као по пријему исправе коју јој достави обвезник доставе: отпочиње поступак уписа и исправу којом се врши пренос права својине на непокретности, путем е-шалтера, прослеђује пореским органима и организацији за обједињену наплату комуналних услуга.³² Захтев се подноси на прописаном обрасцу чији електронски формат ближе треба да уреди надлежни министар својим актом (овај акт, колико ми је познато, још није донет).³³ ЗПУКН дозвољава да странка пре доношења одлуке у првом степену измени захтев за упис који је раније поднела, али само једном у току поступка, и само под условом да нема захтева који је после подношења захтева који се мења поднело неко друго лице, а који захтев другог лица би био негативно погођен изменом ранијег захтева („поштовање начела првенства“), а разуме се и под условом да се измењени захтев заснива на истом правном основу (иначе би посредни био сасвим нов, а не измењени захтев).³⁴ ЗПУКН дозвољава странци да

30 Чл. 25, ст. 5 ЗПУКН.

31 Чл. 25, ст. 7 ЗПУКН.

32 Чл. 25, ст. 10 ЗПУКН. Кад је реч о комуналним предузећима, за „прослеђивање“ заправо још увек нема техничких услова, па ова предузећа засад само могу уговором обезбедити приступ е-шалтеру и на тај начин могу „преузети“ исправу.

33 Чл. 26, ст. 2 ЗПУКН.

34 Чл. 28, ст. 1 ЗПУКН.

доставља додатне исправе и доказе током целог првостепеног поступка, па чак и уз жалбу, уз услов да је додатно достављени доказ настао пре подношења иницијалног захтева.³⁵ Иако се ред првенства захтева не мења изменом захтева нити додатном доставом доказа (што би био случај у земљишнокњижном поступку), њоме се продужава законски рок који је надлежном органу остављен да одлучи по захтеву, јер се рачуна од дана измене захтева, односно достављања додатног доказа.³⁶ ЗПУКН омогућава странци и диспонирање захтевом (дакле, не и могућност да својом изјавом воље спречи доставу по службеној дужности), све док одлука по захтеву не буде коначна.³⁷ У случају одустајања од захтева поступак се обуставља.³⁸ ЗПУКН „дигитализује“ чак и плаћање таксе, прво предвиђајући да се плаћање може извршити електронски и друго, ако прво није био случај, јер се доказ о њеној уплати може доставити кроз апликацију обезбеђену посредством е-шалтера.³⁹

2.3. Одлучивање и решење о упису

ЗПУКН предвиђа начело приоритета (првенства), „које подразумева да се упис у катастар и утврђивање реда првенства права у односу на конкретну непокретност ... врши према временском редоследу пријема исправе достављене ради уписа по службеној дужности, односно пријема захтева за упис, осим ако је овим законом друкчије одређено“.⁴⁰ Процесни аспект овог начела налаже да се предмети узимају у рад по редоследу пријема исправа, односно захтева за упис. Тек по коначности решења донетог у поступку по раније достављеној исправи, односно захтеву, узимају се у поступак касније достављене исправе, односно захтеви, по редоследу пријема.⁴¹ ЗПУКН предвиђа и извесно „проширење“ хитности поступања по одређеним захтевима, јер хитност једног од више уписа који се односе на једну непокретност повлачи хитност решавања свих пре тога постојећих нерешених уписа (да би се, уз поштовање начела првенства, хитан захтев заиста решио у кратком року).⁴² Најпоследње, ЗПУКН садржи и изричиту одредбу којом предвиђа да „редослед одлучивања не може бити нарушен

35 Чл. 28, ст. 2 ЗПУКН.

36 Чл. 28, ст. 3 ЗПУКН.

37 Чл. 29, ст. 1 ЗПУКН.

38 Чл. 29, ст. 2 ЗПУКН.

39 Чл. 30 ЗПУКН.

40 Чл. 3, ст. 1, тач. 5) ЗПУКН.

41 Чл. 31, ст. 2 ЗПУКН.

42 Чл. 31, ст. 5 ЗПУКН.

посебним законом“,⁴³ што може бити од значаја за оцењивање уставности одредбе посебног закона којим би се ово правило нарушило, имајући у виду досадашњу устаљену праксу Уставног суда Србије.⁴⁴ Ипак, ЗПУКН садржи и изузетке од овог правила које је, иначе, у другим системима регистрације непокретности најчешће готово безизузетно јер је посве темељно: „надлежна служба за катастар непокретности ће одлучивати приоритетно о упису који се врши на основу прописа којим се уређује експропријација, као и о упису забележбе решења о извршењу донетог на основу уговора о хипотеци, односно заложне изјаве, ако је претходно извршен упис у катастар непокретности хипотеке на основу тог уговора, односно заложне изјаве, осим ако постоје нерешени предмети уписа по правноснажним судским одлукама и по захтевима који су претходили упису те хипотеке“.⁴⁵ Део о експропријацији додат је последњим изменама 2019. године „због брже изградње аутопутева“, док је део о забележби извршења хипотеке ублажена варијанта раније постојеће (и скандалозне) одредбе измена ЗДПК из 2015. године (Živković (2017): 394–396). Још једна новост предвиђена ЗПУКН јесте одредба према којој служба за катастар непокретности, у случају кад је поступак покренут по службеној дужности, не проверава материјалну законитост уписа, већ само подобност исправе за упис и њену формалну исправност. Закон, међутим, предвиђа да катастар, кад сматра да је исправа очигледно ништава, иако мора да спроведе упис може истовремено да о свом ставу обавести орган надлежан да покрене поступак за утврђивање ништавости, односно укидање исправе, као и да упише о томе одговарајућу забележбу.⁴⁶ Ако је поступак покренут по захтеву, служба за катастар непокретности прво проверава испуњеност формалних услова за упис, потом проверава да ли је уз захтев достављена исправа коју је био дужан да достави обвезник доставе, у ком случају постоје посебна правила која иду за тим да се поступак по захтеву споји с поступком по службеној дужности, а у сваком случају и овде изостаје обавеза провере испуњености материјалних услова за упис.⁴⁷ Иако ЗПУКН то не каже изричито, ако се захтев подноси на основу исправе коју обвезник доставе није био дужан да достави катастру, онда служба

43 Чл. 31, ст. 4 ЗПУКН.

44 Уставни суд, наиме, стоји на становишту да је одступање од правила које предвиђа закон који системски уређује неку област као матични закон за ту област, а које одступање се изврши неким другим, посебним законом, није уставно јер је противно одредби члана 4 Устава Републике Србије, *Службени гласник РС* бр. 98/2006, који прописује да је правни поредак Републике Србије јединствен.

45 Чл. 31, ст. 3 ЗПУКН.

46 Чл. 32, ст. 3 ЗПУКН.

47 Чл. 33 ЗПУКН.

катастра поступа као и раније, односно мора да проверава и материјално-правну исправност захтева. Надлежна служба за катастар непокретности начелно је везана захтевом и не може одлучити *ultra petitis*, али „ако из исправе која је правни основ за упис у катастар непокретности произлази да, поред уписа који се захтева, постоје и ограничења тог уписа у смислу терета, обавеза или права других лица, а која се по закону уписују у катастар непокретности, и без захтева се одлучује и о упису тих ограничења“,⁴⁸ што је битно ограничење овог начела (иначе посве напуштеног код уписа по службеној дужности, код којег захтева уопште нема). Рокови за одлучивање су 5 дана код уписа по службеној дужности и 15 дана код уписа по захтеву, осим у случају уписа хипотеке, забележбе хипотекарне продаје, као и у једноставнијим управним стварима, када је рок за доношење решења 5 радних дана од дана пријема захтева.⁴⁹ У погледу садржине решења којим се дозвољава упис, ЗПУКН каже следеће: „Решење о упису у катастар непокретности, поред осталог, садржи: податке о врсти уписа, врсти права, означавање непокретности, податке о лицу у чију корист се врши упис, податке о уписаном претходнику, основу уписа и податке о висини таксе“.⁵⁰ Решење се доноси у форми електронског документа.⁵¹ Решење које се доноси по службеној дужности „доставља се лицима на која се односи упис препорученом пошиљком, у форми одштампаног примерка електронског документа, овереног у складу са законом који уређује електронско пословање, осим ако се затражи да се достава електронског документа изврши електронским путем, а обвезнику доставе који је катастру извршио доставу исправе на основу које је тај упис извршен достава се врши у форми електронског документа, преко е-шалтера, ради информисања“.⁵² Решење које се доноси по захтеву доставља се подносиоцу захтева „у форми електронског документа, преко е-шалтера, а осталим лицима на која се односи упис препорученом пошиљком се доставља одштампани примерак тог

48 Чл. 34, ст. 2 ЗПУКН.

49 Чл. 36 ЗПУКН. У стварности постоји електронска платформа која „мери“ просечно трајање поступка кад се ради о онима који су покренути посредством е-шалтера (по службеној дужности), <http://upisnepokretnosti.rs/statistika.php>. Крајем августа 2019. просек је био 5.10 дана, мада је у другом кварталу 2019. године био порастао на око 8 дана.

50 Чл. 38, ст. 1 ЗПУКН.

51 Чл. 38, ст. 4 ЗПУКН. И у овом случају пуна примена одредбе о форми у којој се доноси решење одложена је до 31. децембра 2020. године, чл. 61, ст. 5 ЗПУКН, до ког датума се решење може доносити и у папирној форми. Такво „папирно“ решење се у циљу уноса у ГКИС и ради електронске доставе дигитализује, а електронским квалификованим потписом овлашћеног лица се потврђује истоветност електронске копије оригиналу.

52 Чл. 39, ст. 1 ЗПУКН.

електронског документа, оверен у складу са законом који уређује електронско пословање, осим ако се затражи да се достава електронског документа и неким од тих лица изврши електронским путем⁵³. Најпоследње, „када се решење доставља електронским путем, уредна достава се доказује електронском потврдом о пријему документа (доставница)“⁵⁴. Упис се спроводи по коначности решења којим је дозвољен,⁵⁵ с тим што је ова примена ове одредбе одложена до 31. децембра 2020. године.⁵⁶ ЗПУКН уређује посебно и жалбени поступак и судски надзор рада управе (подношење тужбе у управном спору против коначног решења о упису),⁵⁷ али та правила нису од значаја за тему којом се у овом раду бавим па ће њихов приказ бити изостављен. Од осталих правила која се тичу вођења катастра, интересантна је одредба о аутоматском ажурирању података уписаних у катастар, чији је смисао у томе да се подаци о имаоцима права (физичким и правним лицима) аутоматски преузимају и ажурирају из одговарајућих база података у којима се о њима води примарна евиденција. Идеја овог правила је у томе да, примера ради, ако неко лице које је уписано у катастру као власник неке непокретности промени пребивалиште, о чему изворну евиденцију воде органи унутрашњих послова, изменом податка о пребивалишту у „примарној“ бази података МУП-а аутоматски ће се променити и податак о пребивалишту у бази података катастра непокретности, без потребе да имацац права или неко трећи доставља исправу о измени или захтев за упис такве измене. Исто важи и за податке о личном имену, односно пословном имену правних лица.⁵⁸ ЗПУКН такође предвиђа да ће се орган који треба да администрира централни регистар становништва електронски повезати с катастром чим тај регистар буде оперативан, чиме би било омогућено да се и из њега подаци аутоматски преузимају у катастар непокретности.⁵⁹ Најпоследње, ваља поменути и правила смештена у прелазне и завршне одредбе ЗПУКН, а која се тичу вршења увида у базу података катастра непокретности и издавање података и извода из те базе. Закон је оставио рок до краја 2020. године за омогућавање

53 Чл. 39, ст. 2 ЗПУКН.

54 Чл. 40 ЗПУКН. Колико ми је познато, електронске доставнице још не постоје у пракси услед недостатка техничких услова.

55 Чл. 41 ЗПУКН.

56 Чл. 61, ст. 6 ЗПУКН. Радна група која ради на препорукама за унапређење поступка уписа, иначе, препоручила је да се од ове измене одустане, те да се уписи, као и до сада, врше одмах по доношењу решења, и пре коначности, уз упис забележбе по службеној дужности да решење није коначно.

57 Чл. 42–47 ЗПУКН.

58 Чл. 49, ст. 1 ЗПУКН.

59 Чл. 49, ст. 2 *in fine* ЗПУКН.

потпуног електронског увида и преузимање података из потпуно ажурне базе ГКИС обвезницима доставе и професионалним корисницима (услови коришћења ове услуге треба да буду уређени подзаконским актом).⁶⁰ Пре тог датума предвиђено је издавање докумената преко е-шалтера у кратком року (24 сата од подношења захтева),⁶¹ мада у пракси засад ни овај начин не ради увек поуздано. Подаци који су потребни обвезницима доставе ради сачињавања, солемнизације или легализације исправа, односно ради доношења одлука преузимају се путем сервисне магистрале органа управе, уз навођење датума с којим су ти подаци ажурни (и за ове податке се не плаћа такса).⁶² Овде ваља напоменути да катастар непокретности још увек није постигао дневну ажурност своје базе, па датум последњег ажурирања овако прибављеног податка може бити и неколико дана пре дана преузимања податка. Закон ипак предвиђа да су овако добијени подаци укључени у начело поуздања, односно сматрају се истинитим и потпуним, те имају доказну снагу јавне исправе, као исправа коју изда катастар (додуше на дан за који је наведено да су ажурни).⁶³

3. Улога информационих технологија у поступку уписа

С тачке гледишта анализе улоге информационих технологија у горе представљеном поступку уписа посебно се издвајају одредбе о форми докумената који се достављају преко е-шалтера, као и начин достављања докумената и издавања извода преко е-шалтера.

Кад је реч о форми докумената који се достављају преко е-шалтера, ЗПУКН предвиђа да се документи који се достављају преко електронског шалтера, без обзира на то је ли поступак покренут *ex officio* или *ex privato*, доставља у електронској форми. То могу бити, с једне стране, електронски документи, како документи који су оригинерно настали у електронској форми тако и електронски препис изворно аналогног документа који је, у форми електронског документа, направио аутор папирног документа, и дигитализовани (скенирани) аналогни документи, ако им је аутентичност квалификованим електронским потписом, односно печатом потврдио нотар, адвокат који има статус професионалног корисника и пуномоћник је странке чији документ потврђује, овлашћено лице органа који је обвезник доставе који доставља тај документ или предузетник, односно овлашћено лице регистроване геодетске организације, ако је она професионални

60 Чл. 60, ст. 4 ЗПУКН.

61 Чл. 60, ст. 5 ЗПУКН.

62 Чл. 60, ст. 6 ЗПУКН.

63 Чл. 60, ст. 7 ЗПУКН.

корисник и наступа као пономоћник странке за коју је сачинио исправу коју потврђује.⁶⁴

У случају да се папирни документ дигитализује, онај ко је извршио дигитализацију и сертификацију копије има обавезу чувања оригиналног (папирног) документа. ЗПУКН предвиђа изузетак само за слање доказа о плаћању републичке административне таксе, која се у одређеним случајевима може послати и као електронски документ који није потписан на одговарајући начин.⁶⁵

Наведена правила значе да се, према ЗПУКН, кроз е-шалтер могу достављати како електронски документи и електронски преписи папирних докумената, тако и потврђени дигитализовани документи издати у папирној форми. У пракси то значи да, осим потпуно електронских докумената (где спада и електронски препис), ЗПУКН дозвољава и скениране папирне документе које је потврдило неко од предвиђених лица. О разлици између електронског документа или преписа и дигитализованог папирног документа биће још речи у закључку, али у основи ове две категорије докумената омогућавају различите нивое употребе информационих технологија у даљем поступку уписа у катастар непокретности.

Што се начина достављања докумената и издавања извода посредством е-шалтера тиче, о томе је, као што је речено, Влада Србије донела посебну Уредбу, у складу с ЗПУКН.⁶⁶ За моју тему најзанимљивије су одредбе о аутоматској обради података у вези с коришћењем е-шалтера, пошто се њима, између осталог, предвиђа да софтвер аутоматски евидентира сваку активност корисника е-шалтера и време предузимања те активности, те аутоматски генерише и доставља електронску поруку кориснику е-шалтера да је процес електронске доставе окончан. Уредбом је такође предвиђено да се документи шаљу директним приступом апликацији е-шалтера, уз могућност за обвезнике доставе да приступају и путем апликације која је путем веб сервиса повезана с апликацијом е-шалтера, а поднесци, исправе и друга документа која се подносе преко е-шалтера израђују се, према Уредби, у електронском облику, на начин и у складу са стандардима описаним у корисничком упутству за коришћење е-шалтера и оверавају квалификованим електронским потписом, односно квалификованим електронским печатом, у складу са законом који уређује електронски документ. Изузетак је само елаборат геодетских радова и остала техничка документација, који се достављају у електронском формату прописаном

64 Чл. 27, ст. 1 ЗПУКН.

65 Чл. 27, ст. 2 и 3 ЗПУКН.

66 В. фн. 25.

подзаконским актом који доноси РГЗ, односно подзаконским актом који уређује обједињену процедуру за издавање грађевинске дозволе, на начин ближе описан у корисничком упутству.⁶⁷ Ипак, и Уредба предвиђа могућност употребе папирних докумената као алтернативе, ако дође до прекида рада е-шалтера за период дужи од 24 часа⁶⁸ (што се у пракси од јула 2018. до данас догодило неколико пута). Напослетку, РГЗ обвезнику доставе обезбеђује увид у податке катастра непокретности и преузимање тих података преко сервисне магистрале органа без плаћања таксе, а кориснику е-шалтера издаје лист непокретности и копију плана преко е-шалтера, на исти начин на који је захтев поднет, у року од 24 часа од подношења захтева у *.pdf* формату, оверене валидним квалификованим електронским потписом, односно електронским печатом, у складу са законом.⁶⁹ Овде ваља приметити да, у техничком смислу, постоје два канала приступа подацима катастра непокретности – посредством е-шалтера, било директно било кроз апликацију повезану с е-шалтером веб сервисом, и путем сервисне магистрале органа. Та два канала, међутим, још увек нису међусобно повезана, тако да се документ прослеђен сервисном магистралом не може непосредно преузети од е-шалтера и обратно.

4. Закључак

Анализа наведених одредаба ЗПУКН и Уредбе не оставља сумњу у погледу тврдње да се регистар непокретности у Србији, с тачке гледишта употребе информационих технологија у поступку уписа, тренутно налази у прелазној фази. С једне стране, поступци који се покрећу по захтеву и даље се подносе у папирној форми, и у тој форми се углавном врши и достављање решења и других аката (у „папирној“ форми се достављају изворно електронски документи). С друге стране, обвезници доставе, осим судова код којих примена новог система још увек није у примени, поступак спроводе коришћењем е-шалтера. Велики је број одредби ЗПУКН које предвиђају достављање и преузимање података путем е-шалтера чија је примена, било самим законом било фактички,⁷⁰ одложена. Такође, још увек није успостављена тренутна ажурност ГКИС, већ се он ажурира

67 Чл. 8 Уредбе.

68 Чл. 13 Уредбе.

69 Чл. 11 Уредбе.

70 Тако, још увек нема интероперабилности софтвера, па грађани не могу да добијају лист непокретности преко јавних бележника или професионалних корисника; само београдско комунално предузеће има закључен уговор да са е-шалтера преузима податке о промету непокретности; пореска пријава се у пракси и даље не подноси преко јавног бележника и сл.

неколико пута недељно, што утиче на сигурност провера које се изврше само у овој бази података и доводи до тога да се некада провере морају извршити и на стари начин, непосредно и лично у надлежној служби катастра непокретности.

Отуд се може рећи да је доношење и прва фаза примене ЗПУКН заправо само први корак у примени информационих технологија у поступку уписа у катастар непокретности. У овој фази поступак се постепено из ранијег „папирног“ претвара у „дигитални“. Крајем ове фазе, до 31. децембра 2020. године, требало би да преовлађује електронска комуникација и форма, ако не и нечег више, а оно бар дигитализованих и потврђених папирних докумената (скениране исправе о уговорима и сл.). Недостатак овако дигитализованих докумената и исправа јесте у томе да онемогућавају непосредно преузимање података садржаних у њима од стране других софтверских апликација. Друкчије речено, иако је скенирани документ послат електронски, кроз е-шалтер, службеник катастра још увек мора да „прекуцава“ податке из таквог документа у базу података катастра непокретности. Један међукорак који побољшава такву ситуацију је слање тзв. метаподатака уз исправе кроз е-шалтер, што данас чине јавни бележници као обвезници доставе, јер су метаподаци у форми која омогућава њихово непосредно коришћење од других апликација, односно чини „прекуцавање“ излишним.

Будућност интеракције информационих технологија и регистра непокретности, бар она блиска, вероватно ће значити пуну употребу електронских докумената у поступку уписа у катастар непокретности. Притом се мисли на изворне електронске документе, код којих су подаци које садрже непосредно употребљиви за друге софтвере и апликације. Ово би могло да буде постигнуто током наредне деценије. Што се даље будућности тиче, њу никада није захвално предвиђати, али значајан број ентузијаста сматра да ће употреба блокчејн технологија и „паметних“ уговора довести до тога да се промет непокретности одвија сасвим аутоматски, без провере и посредовања ниједног лица или органа који има јавна овлашћења. Себи дозвољавам да у погледу таквих предвиђања будем помало скептичан, јер држим да правни односи ипак нису технолошке природе и не могу бити сасвим дефинисани само информационим технологијама, ма како да оне напредне постану.

Литература/References

- Aynès, L, Crocq, P. (2013), *Les sûretés, La publicité foncière* (7^e éd.), Paris: LGDJ.
- Živković, M. (2017), Land Registry Regulations in Serbia: Step Forward in the Wrong Direction?, у Milisavljević, B., Jevremović Petrović, T., Živković, M. (eds.), *Law and Transtition*, Belgrade: University of Belgrade Faculty of Law, 383–398.
- Živković, M. (2015), Acquisition of ownership of real property by contract in Serbian law – departing from the titulus-modus system?, *Анали Правног факултета у Београду*, 3 (LXIII), 112–126.
- Живковић, М. (2004), Регистри непокретности, у Водинелић, В., Гајин, С., Живковић, М., Спасић, И., Пак, Ј. Живковић, В., Кенежевић, А., *Промена стварног права у Србији*, Београд: Институт за упоредно право, 93–103.
- Zobl, D. (2004), *Grundbuchrecht* (2 Aufl.), Zürich: Schulthess.
- Josipović, T. (2001), *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb: Informator.
- Карамарковић, Л. (2000), Систем земљишних књига и јединствене евиденције, *Анали Правног факултета у Београду*, 1–6 (XLVIII), 100–120.
- Keller, U, Munzig, J. (2015), *KEHE Grundbuchrecht* (7. Aufl.), Bonn: Deutscher-NotarVerlag.
- Орлић, М. (2000), Увођење и обнављање земљишних књига, *Анали Правног факултета у Београду*, 1–6 (XLVIII), 6–58.
- Rechberger, W, Bittner, L. (2007), *Grundbuchrecht* (2. Aufl.), Wien: Facultas.
- Станојевић, Ј. (2000), Јединствена евиденција регистровања непокретности, *Анали Правног факултета у Београду*, 1–6 (XLVIII), 419–424.
- Schöner, H, Stöber, K. (2004), *Grundbuchrecht* (13 Aufl.), München: Beck.
- The Law Commission, *Land Registration for the Twenty First Century, A Conveyancing Revolution*, London, Stationary Office, 2001, последњи приступ 12. 8. 2019. на адреси <https://web.archive.org/web/20080909210949/http://www.lawcom.gov.uk/docs/lc271.pdf>.
- Ђосић, Н. (2000), Разлози за увођење јединствене евиденције, *Анали Правног факултета у Београду*, 1–6 (XLVIII), 412–418.
- Цветић, Р. (2019), Развојни пут начела обавезности уписа у катастар непокретности и његово „ново рухо“, у Живковић, М., Гајин, С. (ур.), *Liber Amicorum Vladimir V. Vodinelić*, у штампи.
- Цветић, Р. (2016), *Савремена евиденција непокретности* (2. изд.), Нови Сад: Правни факултет у Новом Саду.

Цветић, Р. (2009), *Савремена евиденција непокретности*, Београд: ЗД+.

Шаркић, Н. (2000), Компјутерска обрада као разлог за увођење јединствене евиденције, *Анали Правног факултета у Београду*, 1–6 (XLVIII), 88–99.

Prof. Miloš Živković, LL.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Belgrade

USE OF INFORMATION TECHNOLOGIES IN THE PROCEDURE OF REGISTRATION IN THE REAL ESTATE CADASTRE

Summary

The 2018 Act on the Registration Procedure with the Real Estate Cadastre and Utilities Cadastre has brought many novelties in the Serbian land registration law, the most important being the ex officio registration of rights in the real estate cadastre. This significant novelty has been primarily made possible by technological innovations and networking of various state bodies and holders of public authority. The paper contains an overview of the overall registration procedure as set forth in the new legislation and, especially, the role of information technologies and electronic communication in the registration procedure. Serbia is currently in a transition period, moving away from the formerly existing “paper-based” registration procedure, through the currently applicable registration procedure based on “digitalized” analogue documents, and moving towards the desired registration procedure that shall be fully based upon digital, electronic documents. The paper emphasizes the challenges that may be encountered by lawyers in the process of using information technologies in the procedure of registration in the real estate cadastre, and outlines the trends of future development in this area.

Key words: real estate cadastre, registration procedure, electronic documents, ex officio registration.

Prof. Aleksandar S. Mojašević, LL.D.,*

Associate Professor,

Faculty of Law, University in Niš

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1984

UDK: 34:159.9

330:159.9

Рад примљен: 16.09.2019.

Рад прихваћен: 18.10.2019.

BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS: MULTIDISCIPLINARITY IN ACTION**

Abstract: *This paper presents the theoretical foundations of Behavioral Law and Economics (BLE), as well as the practical implications of some key findings of this discipline. The author examines the roots of this discipline, its development, the most important representatives and opponents, and, most importantly, the boundaries of this discipline in relation to the neoclassical Law and Economics (L&E), on the one hand, and Behavioral Economics, on the other hand. Since BLE “borrows” certain findings from psychology (especially from social psychology), it raises the issue of interconnection between these two disciplines, which will be analyzed en passant. The central questions that need to be addressed are whether BLE is a special and sufficiently developed scientific discipline, or is it only a theoretical upgrade over its base (the neoclassical L&E), and what are the practical achievements and significance of its key findings in the field of dispute resolution policy?*

Keywords: *Behavioral Law and Economics, Economic Analysis of Law, Behavioral Economics, theoretical foundations, practical findings.*

* mojasevic@prafak.ni.ac.rs

**This article is the result of research within the project “Protection of Human and Minority Rights in the European Legal Area”, funded by the Ministry of Education and Science of the Republic of Serbia (reference number 179046).

**The paper was presented under the same title at the International Scientific Conference “Law and Multidisciplinarity”, held at the Faculty of Law, University in Niš, Serbia, 12th-13th April 2019.

1. Introduction

The traditional neoclassical Economic Analysis of Law (EAL), or Law and Economics (L&E), is already well established and developed scientific discipline. Yet, perhaps the greatest challenge to this discipline is the development of behavioral science¹ which, through numerous empirical studies, calls into question the classical tenets of economic analysis and EAL.

This article explores the relationship between these disciplines. In the first part of the paper, the author presents the definition and the subject matter of EAL, as well as the subject matter of Behavioral Economics (BE) and Behavioral Law and Economics (BLE). In presenting the subject matter and the key concepts of these disciplines (EAL, BE and BLE), the author seeks to answer the key question: will behavioral findings undermine the EAL foundations, or do they only represent an upgrade of already developed economic models, enriching their content? Related to this is the question of whether BLE will have an independent scientific development path.

2. Definition and subject matter of Economic Analysis of Law

Economic Analysis of Law (EAL) may be defined as “the application of economic theory and econometric methods to examine the formation, structure, processes and impact of law and legal institutions” (Rowley, 1989: 125). The subject matter of study in EAL are legal phenomena or, more precisely, legal institutes (institutions),² or even more narrowly, legal rules and their effects on social welfare. But, in a broader sense, the research subject matter goes beyond the law and, for instance, includes political decision-making or effects of social norms. In this sense, there is the intersection between EAL and the public choice theory (see, for example, Rowley, 1989; Gunningham, 1992) as well as between EAL and the sociology of law (see, for instance, Cooter, 1995).

It is common for EAL to be divided into the normative EAL and the positive EAL. The difference between the two lies in the fact that the focus of the positive EAL is on the prediction which rule in the set of legal rules is more efficient, while the normative EAL prescribes the use of the efficient rule in the concrete public policy. The normative side of EAL has been the subject of criticism that boils down to the thesis that the value judgment is not the domain of economic

1 Behavioral science is a branch of science (such as psychology, sociology, or anthropology) that primarily deals with human action and often seeks to generalize about human behavior in society. Retrieved 19 August 2019, from <https://www.merriam-webster.com/dictionary/behavioral%20science>

2 While the term “institute” is commonly used in the legal jargon, the term “institution” is common in the economic literature.

analysis. Considering this issue, we take a completely opposite view, proposed by one of the founders of EAL, Ronald Coase, who pointed out that the value estimates are not and cannot be reserved only for activists outside the economic science and that *such self-restraint* (proposed by some economists) *is unnecessary* (Coase, 1994: 47). Today, the normative basis of EAL is generally accepted, but it is commonly criticized by the BLE representatives.³

The EAL methodology is even more controversial. Namely, the main question is how to define EAL: according to the research subject, which is (as already noted) very “colorful”, or according to the methodology. The consensus was offered by the famous economist Gary Becker, who stressed that economics should be defined according to the *method or approach* and not according to the research subject, because *this economic approach can integrate a wide range of human behavior* (Becker, 1976: 5).

As we already know that the method of neoclassical economics is based on the *rational choice approach* (the so-called *homo economicus*), there is no reason not to apply this reasoning to the question of EAL methodology. In other words, the rational approach can find its application in every area of social life (including the legal field) where the *choice can be made*. In the legal domain, the economic methodology has found its place in the field of substantive law (e.g. family law, labor law, criminal law, etc.), procedural law (e.g. choice between trial and settlement in the civil proceeding), or in auxiliary legal disciplines (such as criminology). This is a manifestation of the so-called “economic imperialism” which obviously and seriously took effect in the legal field, primarily by virtue of the efforts of the eminent lawyer Richard Posner (see, for instance, Posner, 1998).

To conclude this part, the rational choice approach is the main methodology of the neoclassical EAL, by means of which this scientific discipline had been developed. Yet, the question of EAL methodology, as well as the current trends and themes in EAL, require some additional attention.

3. Methodology, trends and themes of Economic Analysis of Law

There are four basic assumptions on which the rational choice approach has been established. Those are:

1. *Methodological individualism*, which means that individuals and their decisions are the subject of economic analysis;
2. *Individuals make decisions in their own interest* – they maximize their own expected utility;
3. *Stable preferences of individuals in the short term*;
4. *Market equilibrium*.

³ This issue will be discussed in the part related to the intersection between EAL and BLE.

If we want to sublimate these assumptions into one sentence, we may say that “people maximize, markets clear” (Baird, 1997: 1132). This sentence reflects the core of the neoclassical economics, which was questioned primarily by the famous scientist Herbert Simon and his concept of *bounded rationality*, and later by other behavioral scientists, such as Daniel Kahneman, Amos Tversky, Dan Ariely, etc. The essence of the bounded rationality is embodied in the following concept: when individuals make decisions, their rationality is bound by psychological limits, especially when it comes to their computational and predictive ability (Simon, 1955: 101). As decision-makers, individuals act as *satisficers*, which means that they seek a satisfactory solution rather than an optimal one (for more detail see: Cristofaro, 2017). *Inter alia*, Simon emphasized the role of *information* in the decision-making process (Simon, 1955: 99). In this regard, Posner pointed out that the issue of information had already been incorporated into the neoclassical economic models *without requiring an alteration in any fundamental assumptions, such as rational maximization* (Posner, 1993: 80). We see that Posner consistently defends the principle of rationality by incorporating into it the question of information costs. The neoclassical economics, as well as the (neoclassical) law and economics, would not exist without rationality. So, from that point of view, this defence seems rational, particularly considering that Posner is, without any doubt, the most prominent EAL theorist.⁴

Besides Posner, there are other theorists who have contributed to the methodological “framing” of EAL. The most prominent among them are: *Ronald Coase*, the Nobel Prize laureate and one of the founding fathers of EAL, who became famous for his work “The Problem of Social Costs” (Coase, 1960); *Guido Calabresi*, who published the significant work “Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts” (Calabresi, 1961), which paves the way for further development of EAL; and, *Gary Becker*, who expanded the scope of microeconomic analysis to a wider field of human behavior and interaction (marriage, family, crime). Each in their own way and sometimes from opposing standpoints, these four scholars laid the groundwork for EAL.⁵

Several themes and trends that enrich neoclassical law and economics research agenda (the mainstream EAL) have been highlighted in relevant literature (Mackaay, 2000: 81): the role of institutions, historical studies, strategic behavior in human interaction, limited rationality of human actors, uncertainty and entrepreneurship, the contributions of public choice and game theory, economic

4 Thus, there is a syntagm *Posnerian Law and Economics*.

5 Other EAL proponents are Robert Cooter and Thomas Ulen, the authors of the famous international textbook *Law & Economics* (Cooter, Ulen, 2016), as well as Steven Shavell, the author of *Foundation of Economic Analysis of Law* (Shavell, 2004), and many other significant EAL theorists.

regulation, the relationship between the law and economics and sociology of law. *Prima facie*, some of these topics clearly indicate the relationship between EAL and another social discipline, such as *psychology*. Indeed, some famous psychologists (such as Kahneman and Tversky) “gave wings” to the unprecedented development of economics and EAL in the direction of emergence and development of BE and BLE. One of the key thesis of these and others authors, which has been confirmed by numerous empirical studies, is that the human reasoning does not in fact conform to the principle of rational choice in a number of ways (Elster, 1989; Kahneman, Knetsch, Thaler, 1991; Simon, 1959; Tversky, Kahneman, 1974). So, the rational behavior paradigm of the neoclassical economics has been seriously shaken by series of empirical studies.

We can conclude that the neoclassical EAL is a discipline with “flexible” methodology and heterogeneous subject of research. Special disciplines, such as BE and BLE, were “born” and developed within its framework. This raises the questions about their relationship, which will be the subject matter of further elaboration in this paper.

4. What is Behavioral Economics?

As already noted, incorporating insights from psychology into traditional economic analysis has spawned the field of *Behavioral Economics* (BE). Basically, BE provides a framework for understanding how people make *real* decisions. Strictly speaking, if we talk about decisions in the domain of economy (for instance, in the financial market), then the term *behavioral economics* is completely correct and logical. But, some of our decisions do not only have economic implications, or some decisions are not made only in the domain of economy. A classic example is our decision whether to go to trial or settlement. It implies that the subject matter of BE could not only be limited to economic decisions (as defined above) and their implications. There are many examples that support this thesis but we will constrain our attention to the Coase Theorem, because of its importance in the legal field.

The Coase Theorem (Coase, 1960) implies as follows: when a court enters a judgment, whether in the form of an injunction or a damage award, the parties are likely to bargain to a different outcome if that outcome is preferable to what the court did and if the transaction costs and wealth effects are small. In terms of the ultimate allocation of entitlements under such conditions, it is irrelevant who an entitlement is allocated to after litigation, and how it is protected (by a property rule or by a liability rule).

But, behavioral economists discovered a phenomenon, the so-called *endowment effect*, which entails that we put a bigger weight on things that we possess as

related to the things that we do not possess. The endowment effect considerably changes the implications of the Coase Theorem. In other words, the assignment of a legal entitlement may well affect the outcome of bargaining, even when transaction costs and wealth effects are zero.

The endowment effect has been demonstrated by numerous experiments, the best known of which is the “coffee mugs experiment” (Kahneman, Knetsch, Thaler, 1990). In this experiment, the behavioral analysis generates a prediction distinct from the standard economic analysis. Whereas the Coase Theorem would have predicted that about half the mugs would be traded by participants, only *fifteen percent* of the mugs were actually traded. In this experiment, the students who were assigned coffee mugs had a strong tendency to keep them, considering that the price they asked to give up their mugs was more than twice higher than the price that the students who did not get a mug were willing to pay.

This endowment effect is a manifestation of the broader phenomenon of *loss aversion*, implying the idea that losses are weighed more heavily than gains, which in turn is a central building block of Kahneman and Tversky’s *prospect theory* (Kahneman, Tversky, 1979). The prospect theory finds its application in many contexts, for example in litigation, where litigants have to decide whether to settle or to go to trial. The core of the prospect theory and its new versions – the cumulative prospect theory (Tversky and Kahneman, 1992) is a *framing effect*, which implies that people make different decisions (risky or less risky), depending on the (positive or negative) framework in which they decide. In a positive framework, they exhibit risk aversion, as opposed to a negative framework, in which they manifest a propensity for risk. So, if the frame in which we make decisions is relevant to our decision, it means that manipulation with a framework can alter our decisions. This is a strong message for policymakers.

Besides the endowment effect and the framing effect, there are many other systematic errors in thinking that affect our decisions, usually known as *cognitive biases* (Samson, 2019: 168). Cognitive biases, as a consequence of heuristic rules, boil down to the intuition bias. To date, 186 cognitive biases had been identified in the general population, and they are classified into three groups: a) decision-making, belief, and behavioral biases; b) social biases; and c) memory errors and biases.⁶

To sum up, BE is a subfield of economics which incorporates primarily psychological insights that radically questioned the standard economic model of rational behavior. In Thaler’s words (cited in: Kahneman, 2015: 251), a real man (*Human*) is opposed to the imagined rational actor (*Econ*) whose way of thinking is not only imbued with cold and rational cost-benefit calculation. This does not mean

6 See the list of cognitive biases: https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_cognitive_biases

that people make systematic irrational decisions, but only that the model of rational behavior does not describe people well enough (Kaneman 2015: 386). Simply put, the bias of our intuition, as one part of our cognitive apparatus (the so-called *System 1*), and the slow control of its other, deliberate, rational part (the so-called *System 2*) make our real decisions quite different to those made by the rational actor in economic models.

On the other hand, as previously described, BE has found its application in the field of law, for instance in litigation, where many actors (such as judges, jurors, lawyers, plaintiffs, defendants, etc.) make biased decisions (see, for instance, Mojašević, Nikolić, 2018). This led to the development of another subdiscipline: *Behavioral Law and Economics*, whose subject matter and task will be elaborated below.

5. What is Behavioral Law and Economics?

In a nutshell, the task of BLE is to explore the implications of actual (not hypothesized) human behavior for the law (Jolls, Sunstein, Thaler, 1998: 1476). According to these authors (Jolls, Sunstein, Thaler, 1998: 1476-1485), there are two lines of distinctions between BLE and the conventional (neoclassical) L&E. The first distinction considers the basic *assumptions of human behavior*. Namely, those assumptions are: *the bounded rationality* (already explained), *the bounded willpower*, and *the bounded self-interest*. The *bounded willpower* refers to the fact that people often make decisions or take actions that they know to be in conflict with their own long-term interests (Jolls, Sunstein, Thaler, 1998: 1479). The best examples are smokers who cannot stop smoking or savers who cannot stop spending money. The *bounded self-interest* is a concept which includes a notion of fairness. In other words, as opposed to the neoclassical economic models, the agent in behavioral models cares about fairness in relationships with others.

The second line of distinction between BLE and L&E considers the *predictive power of economic models*, that is, how law affects people's behavior. These authors provide arguments that contradict the three fundamental principles of the neoclassical L&E (Jolls, Sunstein, Thaler, 1998: 1481-1485). The *first* economic principle is that the total demand for some asset falls when its price rises. This prediction is of course correct, but this does not mean that people are *optimizing*. In other words, people do not always choose optimal solutions as they do in economic models. The *second* principle concerns the very nature of costs. Namely, actors in standard economic models usually equate opportunity costs (incurred by foregoing opportunities) with out-of-pocket costs (incurred in buying possessions) and ignore sunk costs (costs that had been actually incurred), which ultimately leads to wrong predictions. For example, if we own a

house, we are not willing to sell it at the same price as when we wish to buy it. Estimates of the ratio of selling prices to buying prices are often *at least two to one* (Kahneman, Knetsch, Thaler, 1990: 1327). Another example relates to sunk costs, for instance, when one makes a decision to invest. The standard economic analysis postulates that one considers only the future consequences of one's investment, ignoring sunk costs. But, this is wrong because our decisions are also constrained by costs that we have already incurred. This is usually the reason why investors stay in a failed project or spouses remain in a bad marriage. The *third* fundamental principle of conventional L&E is that "resources tend to gravitate toward their most valuable uses". But, we have already explained on the example of Coase Theorem that this principle does not work perfectly because of the existence of the endowment effect.

So, behavioral analysis does not tend to undermine the conventional L&E principles. Rather, it seeks to detect flaws in basic assumptions, correct them and, on that basis, improves the predictive power of standard economic models. We may conclude that the proponents of BLE do not want to substitute the conventional L&E but rather to build more realistic models of human behavior. To prove that, we will present two examples: behavioral insights in the context of legal proceedings, and behavioral insights in the context of negotiations prior to litigation.

5.1. Behavioral insights in the context of legal proceedings

In this section, we elaborate on the practical implications of the Coase Theorem in the context of legal proceedings. Simply put, this Theorem predicts that agents (litigants) will bargain for a better solution (settlement) as related to the one that is contained in a court judgment. For instance, if a court enters a very high damage award, parties will bargain to reach a settlement that better fits their interests, i.e. a settlement with lower damages. In that case, it would be a more efficient solution. But, we have already explained that the endowment effect suggests that the assignment of a legal entitlement may well affect the outcome of bargaining. This effect is particularly pronounced when the entitlement is prescribed and allocated to one of the (opposing) parties by a court judgment. The question is: why is it so?

We can make a parallel to a homeowner. We have seen that a homeowner (or any other holder) demonstrates a strong tendency to keep a thing which he/she already possesses. So, imagine a party who has received a court judgment in his/her favor after a litigation battle. Obviously, that party would think that he/she *deserved it*, which was confirmed by experimental research (Loewenstein, Issacharoff, 1994). So, the endowment effect will be particularly strong after litigation when legal entitlement is allocated to one of the parties who believes

that he/she deserves it or that he/she earned it. Precisely, this kind of belief can prevent agreement on settlement which would be more favorable than a court judgment. The winning party may also take pleasure in his/her victory and the other party's loss. So, in a real-world setting, we can expect fewer agreements on settlement than in neoclassical economic models, even when transactions costs and wealth effects are small.

To test this thesis, we can turn to empirical research. In the research titled "Do Parties to Nuisance Lawsuits Bargain after Judgment? (Farnsworth, 1999), the author examined about twenty nuisance cases and provided proof that in none of them did the parties even attempt to contract around the court order when transaction costs were low. Moreover, the result was similar even when an impartial third party thought there was a room for mutually acceptable agreement. To make matters worse, as reported by the interviewed lawyers, the parties would not have concluded the agreement even if the judgment had been different. This research reveals two key factors that contributed to the lack of settlement agreements: the bitterness (acrimony) between the parties, and the presence of the endowment effect.

Although there is a continuing need for empirical research that would confirm or refute the above thesis, we emphasize that neglecting the behavioral findings impairs the validity of neoclassical L&E findings. We may also see that behavioral findings are of great importance in a similar context: during negotiations, before and after the litigation begins.

5.2. Behavioral insights in the context of negotiations

Based on the previous analysis, we might expect a greater number of settlements *before* litigation begins. But, is that correct? Are there other barriers to effective agreement between the agents (negotiators) before and after the litigation begins? What do literature and empirical studies say about that?

Recent literature (Munsinger, Philbin, 2017: 317-330) suggests that numerous cognitive biases can prevent parties from reaching an agreement during negotiation. Some of the most common biases are: optimism, anchoring, sunk costs, mental accounting, confirmation bias, the herd behavior, loss aversion, contrast effects, and compromise effects. We can add two other types of cognitive bias that can significantly undermine the negotiation process: the egocentric bias and the self-serving bias. Further on, we explain the biases that have not been already addressed and examine their influence on the negotiation process.

The *egocentric bias* implies a tendency to overestimate one's own abilities. It arises in many spheres of life, including professional skills, health, driving skills,

contribution to joint activities, marriage, etc. (see, for instance, Weinstein, 1980; Svenson, 1981; Cross, 1997; Ross, Sicoly, 1979; Baker, Emery, 1993). Despite some similarity and frequent confusion, a distinction should be made between the egocentric bias and a tendency to attribute merits to oneself in case of success, and blaming other people or circumstances for failure (the *self-serving bias*). The latter bias can be characterized as favoring oneself and self-interest (Forsyth, 2007, 429). As empirical evidence suggests (Babcock, Loewenstein, 1997), the parties and their attorneys are prone to this kind of bias in terms of their own abilities, the quality of representation, and the relative value of their case, which can significantly undermine the settlement process. Interestingly, as this study shows (Babcock, Loewenstein, 1997: 120), as soon as a certain asymmetry between negotiators is included in the experiment (e.g. a subtle difference in roles), there is a change in the perception of a fair agreement in the direction of the personal interest of each negotiator; negotiators also believe that their own concept of fairness is impartial. On the other hand, before the introduction of asymmetry, the negotiators considered that it was fair to split the cake in half. Therefore, some shift towards self-interest is obvious. Another experimental study (Loewenstein, Issacharoff, Camerer, Babcock, 1993) shows that the parties' egocentric propensity leads to a lower likelihood of settlement and unnecessary litigation. In this experiment, depending on the role (the plaintiff or the defendant), the parties differently assessed what they considered to be the fair amount of settlement. Namely, the plaintiffs always sought a higher amount of settlement than the defendants, confirming that their different interpretation of the case facts was biased, i.e. in their own interest.

The *optimistic bias* is a general tendency to see things in a positive frame. Although this tendency is useful in many aspects of life, it may have negative consequences in the domain of legal disputes, where realistic assessment of cases is of great importance. Although the disputing parties may be expected to be the only ones that are prone to this bias, lawyers have not been spared either. As noted (McElhaney, 2012), there is a lawyer's tendency "to fall in love with a case", which can significantly diminish his/her client's chances of winning a dispute or concluding a settlement. If a lawyer "falls in love with a case", he/she cannot objectively and realistically see it. He/she will underestimate the strengths of the other side's arguments and overestimate the strengths of his/her position. So, as some authors report (David, 2016), bad mood and negative feelings have benefits too, because one is able (especially as a lawyer) to generate better arguments, recall facts more clearly, examine facts in a fresh and creative way, and reason more effectively. In a word, the bad mood activates the already-mentioned *System 2* of our cognitive apparatus.

The *anchoring effect* implies a human tendency to unconsciously rely on a piece of information (the so-called “anchor”) when making decisions, even if it is insignificant. Numerous experiments confirm the existence of the anchor (see, for example, Tversky, Kahneman, 1974: 1128). Negotiators are more or less inclined to accept a final settlement offer, depending on what the other party’s initial offer was. Obviously, that initial offer shapes the negotiators’ expectations and their preferences in negotiations (Korobkin, Guthrie, 1994). This research showed that plaintiffs were less likely to accept a final settlement offer if it was preceded by a reasonable initial offer than when it was preceded by an extreme initial offer or no initial offer. Besides the anchoring effect, another tendency emerged in this case: *avoiding cognitive dissonance*. Namely, negotiators are more likely to reject a final settlement offer if they have previously rejected it, as compared to those negotiators who have not received a previous offer at all, as they avoid the inconvenience (tension) they have previously experienced. But, it is wrong to think that taking an extreme position early in a negotiation always pays off. Quite opposite to the conventional wisdom, an early extreme position more often produces an *impasse* or requires a larger concession later in negotiation. The same can be said for a too low first offer in negotiation process. So, it is usually more prudent to start with an offer that is perceived as *reasonable* under local convention (Munsinger, Philbin, 2017: 321-323).

The *mental accounting* refers to the tendency that people treat money differently, depending on factors such as the source of funds or the purpose of the account. Actually, people separate assets into different (mental) accounts rather than treating all assets as money equivalents (see, for instance, Thaler, 1999). This cognitive bias might also influence the negotiation outcome. For instance, if one of the negotiators is emotionally attached to the house which is objectively only one source of funds, it can be a strong barrier in negotiating an agreement.

The *confirmation bias* refers to *the tendency to seek out or evaluate information in a way that fits one’s existing thinking and preconceptions* (Samson, 2019: 169). If people make inferences from confirming evidence and ignore facts that contradict their beliefs, it can obviously lead to wrong conclusions. It is quite clear that this bias is particularly pronounced in the legal field, i.e. between the parties and their lawyers in negotiation. In particular, if lawyers “fall in love with a case”, they are biased in pursuing arguments that are in their favour and the clients’ best interest, and those that are at the detriment of the other party. It follows that the confirmation bias might be a strong barrier to agreement.

The *herd behavior* means that *people do what others are doing instead of using their own information or making independent decisions* (Samson, 2019: 176). Simply put, it is a tendency to copy behavior of others in a group. It is a well-known concept

in social psychology that is also applied in behavioral finance in relation to the irrationality of investors, including stock market bubbles. Speculative stock market bubbles are fueled by contagious investor enthusiasm (herd behavior) and stories that justify price increases (see, for instance, Shiller, 2015). In litigation, it can have a distorting effects if, for example, the parties who copy the behavior of other parties decide to go to trial instead of resorting to bargaining and trying to reach an agreement.

The *contrast effect* implies that people are likely to evaluate an existing option more favorably when a similar but inferior option is added to the set of choices. It is reasonable to assume that this contrast effect is present in negotiation when a negotiator considers a set of options and when another option is subsequently introduced. That additional option, even without having any relevant information value in terms of the options under consideration, might alter the negotiators' assessment. This finding has been confirmed by a series of studies (see, for example, Guthrie, 2003: 617-621). In this experiment (where first-year law students were asked to negotiate the sale of a painting), the presence of a third option (giving the painting to the law partner in exchange for payment in four installments of \$5,000) dramatically increased the attractiveness of the first option (giving the painting to the law partner in exchange for an immediate payment of \$20,000) over the second option (selling the painting and then splitting the \$40,000 proceeds equally). The third option is similar to but obviously inferior to the first one, which increased its attractiveness and altered the participants' choice. Apparently, the contrast effect is at work.

The *compromise effect* is another form of context dependence, similar to the contrast effect, which can induce suboptimal decision making in multiple-option negotiation. The compromise effect suggests that people prefer to choose "medium" rather than extreme options in the set of choices. In an experiment similar to the aforementioned one (Guthrie, 2003: 622-625), the presence of this effect in the negotiation was demonstrated. Namely, participants had to choose between two plots of land: one was more attractive in price (the first choice) and the other was more attractive in location (the second choice). In this case, they could not compromise between the two options. But, the introduction of the third option (the plot that is the most expensive but also the most attractive in location) made the second choice most attractive. It was a compromise in that case.

As we have seen, there are a number of factors that affect the outcome of negotiations that have been neglected by standard economic models. Behavioral models correct these errors and provide more accurate findings.

6. Conclusion

The conclusions of this paper may be summarized in several points. First, the rational choice approach (based on *homo economicus*) is the main EAL methodology, by means of which this scientific discipline has been developed. Meantime, as behavioral science developed, the neoclassical EAL willingly or reluctantly “borrowed” some methods from other social disciplines (primarily from psychology) so that its methodology has become quite heterogeneous. These behavioral findings also led to the development of a new subject-specific discipline: Behavioral Law and Economics, which further raises a question of their relationship and future development.

Behavioral Law and Economics (BLE) indicates that many predictions of standard economic models are wrong because they are based on false assumptions about human behavior. As compared to the standard economic theory predictions, people can be more spiteful and more cooperative in reality. We have shown on the example of the Coase Theorem that people are not always inclined to agree on settlement, at least not as predicted by the Theorem. Even in a world without transaction costs and no wealth effect, the assignment of (property) rights alters the ultimate allocation of those rights. In the example of court rulings, we have seen that prescribing and giving an entitlement to one of the disputing parties has a significant impact on the outcome of potential negotiations between the parties at the end of the trial. As revealed by behaviorists, the endowment effect provides an explanation of such an impact.

We have also seen that many others behavioral concepts explain the litigants’ or negotiators’ behavior quite well. So, many “loopholes” that have existed in the standard assumptions of economic models are being filled in with more realistic BE and BLE concepts. The examples of the contrast effect and the compromise effect clearly describe the choices that negotiators made in different contexts. Also, economic theory assumes that choices are invariant to the manner in which a problem is framed. As already noted, the prospect theory and the framing effect have completely rejected this conception. Then, as BLE demonstrates, ignoring the concept of fairness (especially the perception of fairness contained in the aforementioned idea of *bounded self-interest*) in standard economic theory is completely wrong. This concept is highly important regarding the content of law, i.e. what is right and what is wrong. So, those and many other effects and cognitive biases have been neglected in standard economics models, thus leading to wrong predictions and bad conclusions. This has had a profound effect on the public policy-making in various domains, with many detrimental consequences.

In connection with this last issue, the question of the quality of normative policy proposed by EAL, as compared to the normative policy of BE and BLE, has been

raised. This question requires further elaboration and will be the subject of future research. But, Behavioral Law and Economics, with its behavioral findings, may be said to have significantly shaken up the previous views of normative politics in different domains.

To conclude, considering the development of Behavioral Law and Economics thus far, the credibility of its findings and its normative implications, we think that there is no reason to doubt that this discipline will develop in the future as a fully independent discipline and that Law and Economics may eventually turn into *Behavioral Law and Economics*. Until then, incorporating the BLE findings into standard economic models seems inevitable.

References

Babcock, L., Loewenstein, G. (1997). Explaining Bargaining Impasse: The Role of Self-Serving Biases. *Journal of Economic Perspectives*. 11(1). 109-126

Baird, D. (1997). The Future of Law and Economics: Looking Forward. *University of Chicago Law Review*. 64. 1129-1165

Baker, L., Emery, R. (1993). When Every Relationship Is Above Average: Perceptions and Expectations of Divorce at the Time of Marriage. *Law and Human Behavior*. 17(4). 439-450

Becker, G. (1976). *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: University of Chicago Press

Calabresi, G. (1961). Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts. *The Yale Law Journal*. 70(4). 499-553

Coase, R. (1960). The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*. 3. 1-44

Coase, R. (1994). *Essays on Economics and Economists*. Chicago: University of Chicago Press

Cooter, R. (1995). Law and Unified Social Theory. *Journal of Law and Society*. 22. 50-67

Cooter, R., Ulen, T. (2016). *Law & Economics* (sixth edition). Boston, Columbus, Indianapolis, New York, San Francisco, Upper Saddle River, Amsterdam, Cape Town, Dubai, London, Madrid, Milan, Munich, Paris, Montréal, Toronto, Delhi, Mexico, City Sao Paulo, Sydney, Hong Kong, Seoul, Singapore, Taipei, Tokyo: Addison-Wesley

Cross, P. (1997). Not Can, But Will College Teaching Be Improved?. *New Direction for Higher Education*. 17. 1-15

David, S. (2016). *Don't Worry, Be Gloomy: Negative Feelings Have Benefits Too*. Retrieved 20 August 2019, from <http://www.health.com/mind-body/negativity-benefits>

Elster, J. (1989). *Nuts and Bolts for the Social Sciences*. Cambridge: Cambridge University Press

Farnsworth, W. (1999). Do Parties to Nuisance Lawsuits Bargain After Judgment? A Glimpse Inside the Cathedral. *The University of Chicago Law Review*. 66(2), 373-436

Forsyth, D. (2007). Self-Serving Bias. In William A. Darity (Ed.), *International Encyclopedia of the Social Sciences* (p. 429). Detroit: Macmillan Reference

Gunningham, N. (1992). Public Choice: The Economic Analysis of Public Law. *Federal Law Review*. 21. 117-135

Guthrie, C. (2003). Panacea or Pandora's Box?: The Costs of Options in Negotiation. *Iowa Law Review*. 88. 601-653

Jolls, C., Sunstein, C., Thaler, R. (1998). A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*. 50. 1471-1550

Kahneman, D., Knetsch, J., Thaler, R. (1990). Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem. *Journal of Political Economy*. 98(6). 1325-1348

Kahneman, D., Knetsch, J., Thaler, R. (1991). The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias. *Journal of Economic Perspectives*. 5. 193-206

Kahneman, D., Tversky, A. (1979). Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. *Econometrica*. 47(2), 263-292

Kaneman, D. (2015). *Misliti brzo i sporo (Thinking Fast and Slow)*. Smederevo: Heliks

Korobkin, R., Guthrie, C. (1994). Opening Offers and Out-of-Court Settlement: A Little Moderation May Not Go a Long Way. *The Ohio State Journal on Dispute Resolution*. 10(1). 1-22

Loewenstein, G., Issacharoff, S. (1994). Source Dependence in the Valuation of Objects. *Journal of Behavioral Decision Making*. 7(3). 157-168

Loewenstein, G., Issacharoff, S., Camerer, C., Babcock, L. (1993). Self-Serving Assessments of Fairness and Pretrial Bargaining. *Journal of Legal Studies*. 22. 135-159

Макаау, Е. (2000). History of Law and Economics. In B. Bouckaert, G. De Geest, (Ed.), *Encyclopedia of Law and Economics. Volume I. The History and Methodology of Law and Economics* (pp. 65-117). Cheltenham: Edward Elgar

McElhaneу, J. (2012). *Don't Be Seduced: Falling in Love with Your Case Means You Won't See Its Shortcomings*. ABA Journal. Retrieved 15 August 2019, from http://www.abajournal.com/magazine/article/dont_be_seduced_falling_in_love_with_your_case_means_you_wont_see_its_short

Мојашевић, А., Николић, Лј. (2018). Когнитивне пристрасности у правној области: место сусрета правне и бихевиористичке науке (Cognitive Biases in the Legal Field: a Meeting Place of Legal and Behavioral Science). *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu (Collection of Papers of the Faculty of Law in Niš)*. 79. 253-273

Munsinger, H., Philbin, D. (2017). Why Can't They Settle? The Psychology of Relational Disputes. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*. 18. 311-362

Posner, R. (1993). The New Institutional Economics Meets Law and Economics. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*. 149. 73-87

Posner, R. (1998). *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen Law & Business

Ross, M., Sicolу, F. (1979). Egocentric Biases in Availability and Attribution. *Journal of Personality and Social Psychology*. 37(3). 322-336

Rowley, C. (1989). *Public Choice and the Economic Analysis of Law*. Boston: Cluwer Academic Publishers

Samson, A. (Ed.)(2019). *The Behavioral Economics Guide 2019* (with an Introduction by Uri Gneezy). Retrieved 29 July 2019, from <https://www.behavioraleconomics.com>

Shavell, S. (2004). *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press

Shiller, R. (2015). *Irrational exuberance*. Princeton: Princeton University Press

Simon, H. (1955). A Behavioral Model of Rational Choice. *The Quarterly Journal of Economics*. 69(1). 99-118

Simon, H. (1959). Theories of Decision-Making in Economics and Behavioral Science. *American Economic Review*. 49. 253-283

Svenson, O. (1981). Are We All Less Risky and More Skillful Than Our Fellow Drivers?. *Acta Psychologica*. 47(2). 143-148

Thaler, R. (1999). Mental accounting matters. *Journal of Behavioral Decision Making*. 12. 183-206.

Tversky, A. Kahneman, D. (1974). Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases, *Science*. 185. 1124-1131

Weinstein, N. (1980). Unrealistic Optimism about Future Life Events. *Journal of Personality and Social Psychology*. 39(5). 806-820

Др Александар С. Мојашевић,
Ванредни професор,
Правни факултет, Универзитет у Нишу

БИХЕВИОРИСТИЧКО ПРАВО И ЕКОНОМИЈА: МУЛТИДИСЦИПЛИНАРНОСТ НА ДЕЛУ⁷

Резиме

У овом раду се представљају теоријске основе бихевиористичког права и економије (БПЕ), као и практичне импликације кључних налаза ове дисциплине. Како је текао развој БПЕ, где леже корени ове дисциплине, ко су њени најзначајнији представници, али и опонентни, и, најважније, где су границе ове научне дисциплине у односу на неокласичну економску анализу права, с једне стране, и бихевиористичку економију, с друге стране? Будући да БПЕ „позајмљује“ одређене психолошке налазе (нарочито налазе социјалне психологије), поставља се и питање повезаности ових двеју дисциплина, те ће и оно бити узгред анализирано. Све у свему, централно питање, на које је потребно одговорити, гласи: да ли је БПЕ данас посебна и довољно изграђена научна дисциплина, или је она само теоријска надоградња над својом базом (неокласичном економском анализом права) и који су практични домети и значај њених кључних налаза на пољу политике решавања спорова?

Кључне речи: Бихевиористичко право и економија, Економска анализа права, Бихевиористичка економија, теоријске основе, практични налази.

⁷ Овај чланак је резултат рада у оквиру пројекта под називом „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, финансираног од стране Министарства просвете и науке Републике Србије (референтни број 179046).

Др Самир Манић,*
Доцент Департмана за правне науке,
Државни универзитет у Новом Пазару

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1984

UDK: 347.56:614.25]:340.5(497.11)
Раd примљен: 30.08.2019.
Раd прихваћен: 26.10.2019.

УЗРОЧНА ВЕЗА КАО УСЛОВ ОДГОВОРНОСТИ МЕДИЦИНСКИХ ПОСЛЕНИКА

Апстракт: Да би здравствени радник/здравствена установа одговарао за штету коју је пацијент претрпео, потребно је утврдити узрочну везу као један од сталних услова одговорности. Питање узрочне везе једно је од централних и најтежих питања одговорности здравствених радника/здравствених установа за штету. Реч је, заправо, о процени да је рђаво стање пацијентовог здравља узроковано лекарском грешком, а не природним исходом болести или самим лечењем. Имајући у виду околност да је сваки пацијент другачији, да различито подноси болест, обољења, само лечење, односно употребу лекова и медицинских средстава, не може се са сигурношћу констатовати шта је у конкретном случају прави узрок чињеници погоршања лечене болести или појави нове, односно зашто је тело претрпело оштећења или пак зашто је наступила смрт пацијента. Без обзира на све проблеме који постоје око утврђивања узрочности, задатак судија је да постојање узрочне везе прихвате или одбаце у зависности од уверења које стекну о њеном постојању. Предмет овог рада је управо приказ проблематике око утврђивања узрочне везе као услова одговорности здравствених радника/здравствених установа за штету, како у нашем, тако и у упоредном праву.

Кључне речи: узрочна веза, лекарска грешка, медицинска средства.

1. Уводна разматрања

На одговорност за штете у оквирима здравствене делатности примењују се општа правила о одговорности за штету. Да би пацијент имао право на накнаду штете морају се испунити сви неопходни услови одговорности. Међу условима одговорности централно место припада узрочној вези

* manicsamir@hotmail.com

као једном од најтежих питања одговорности здравствених радника/ здравствених установа. Задатак суда је да у сваком конкретном случају утврди узрок лошег стања пацијентовог здравља. Да ли се пацијент налази у таквом стању због чињенице да је здравствени радник направио грешку или је, можда, у таквом стању зато што је сама болест на то утицала или неки други процес из самог организма пацијента.

Када је у питању утврђивање узрочне везе за штете у оквирима здравствене делатности, положај суда није нимало једноставан, јер на штету пацијената може утицати велики број фактора. Мора се водити рачуна и о чињеници да се организми пацијената разликују међу собом, да иста болест може изазвати различите последице у зависности од тога каква је отпорност организма пацијената, као и да исти процес лечења, употреба истих лекова и медицинских средстава може изазвати различите ефекте код различитих пацијената. Све ово има за последицу да се не може са сигурношћу констатовати шта је у конкретном случају прави узрок чињеници погоршања лечене болести или појави нове, односно зашто је тело претрпело оштећења или пак зашто је наступила смрт пацијента (Putzo, 1979: 66).

Упркос свим проблемима који се везују за утврђивање узрочне везе, судија мора постојање узрочне везе или прихватити или одбацити. Истина, тај задатак није лак, јер судији не стоји на располагању математичка формула коју ће применити и на бази које ће утврдити постојање или непостојање узрочне везе. Ипак, судија „својим уверењем мора попунити и онај простор који се, у већој или мањој мери, медицински не може доказати“ (Радишић, 2007: 101).

Овим радом желимо ближе представити проблематику око утврђивања узрочне везе као услова одговорности за штету здравствених радника/ здравствених установа, како у нашем, тако и у упоредном праву.

2. Терет доказивања узрочне везе

Питање терета доказивања узрочне везе између штете и радње здравственог радника (активне или пасивне) једно је од најзначајнијих питања које се везује за узрочну везу. Ово питање има два аспекта, и то: процесно-правни и материјално-правни.

Ако проблематику терета доказивања посматрамо са процесно-правног аспекта, терет доказивања узрочне везе сноси пацијент. Пацијент, уколико жели да његов тужбени захтев буде усвојен, мора навести одређене

чињенице и понудити доказе у циљу утврђивања њихове истинитости.¹ Међутим, чињеница да је пацијент дужан доказати постојање узрочне везе у великој мери утиче на неравноправност учесника парничног поступка. Проблем је у томе што су пацијенти, у већини случајева, лаици који немају праву представу о болести, њеним узроцима, последицама, како се болест лечи, и како је, у конкретном случају, лечена. На противничкој страни су здравствени радници као медицински стручњаци који имају све неопходне информације о болести, шта је требало предузети да би болест била излечена, и шта се, у конкретном случају, предузело. Узимајући у обзир и околност да је вештачење, које по правилу обавља здравствени радник, основно доказно средство, неравноправност учесника парничног поступка је очигледна.

Уколико проблематику терета доказивања посматрамо са материјално-правног аспекта, одговор на питање ко сноси терет доказивања узрочне везе зависи од тога да ли на штету примењујемо правила субјективне или правила објективне одговорности за штету. Примена правила субјективне одговорности за штету за последицу има то да терет доказивања узрочне везе сноси пацијент. Пацијент је тај који мора доказати да постоји узрочна веза између штете коју је претрпео и радње здравственог радника. Али, његов положај зависи од тога да ли се у оквиру одређеног правног система примењује принцип претпостављене или принцип доказане кривице. У правним системима који примењују принцип доказане кривице положај пацијента је веома тежак због чињенице да он мора, поред узрочне везе, доказати и кривицу здравственог радника. У оквирима ових правних система, постоји тенденција побољшања положаја пацијента кроз преваљивање терета доказивања узрочне везе са пацијента на здравствене раднике (Кларић, 2011: 138). Немачка судска пракса нпр. увела је такву могућност у два случаја, један је тзв. *prima facie* доказ, а други када се ради о *грубој лекарској грешци*.

Смисао *prima facie* доказне олакшице је да суд утврди да је штета типичан исход одређеног тока догађаја, а да закључак о томе заснива на искуственом ставу који је стечен на основу довољне вероватноће (Милутиновић, 2004: 239–240). Једноставније речено, пацијентова штета, према медицинском искуству, представља типичну последицу грешке у лечењу (Радишић, 2007: 312). На пример, ако се пацијент, смештен у оквирима болнице заједно са болесником зараженим од одређеног вируса, разболи од истог вируса, има се узети да је заједнички смештај узроковао дату болест (слично. Радишић, 2007: 313). Да би се здравствени радник ослободио одговорности за штету,

1 Чл. 192 Закона о парничном поступку, Сл. гласник РС», бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014 и 87/2018.

он мора доказати да је у конкретном случају био могућ и атипичан догађај (Радишић, 2007: 314). Ако постоје одступања од општег животног искуства, примена *prima facie* доказне олакшице не долази у обзир (Милутиновић, 2004: 240).

Лекар сноси терет доказивања да штета није последица његове грешке у оном случају када се утврди да је лекарска грешка *груба*² и да је пацијент претрпео штету коју је прописно поступање лекара требало да спречи (Радишић, 1998: 242). Ради се о томе да у овом случају постоји претпоставка узрочности коју лекар мора оборити уколико жели да се ослободи од одговорности за штету.³ Међутим, скоро да је немогуће оборити претпоставку узрочности у таквим случајевима, па груба лекарска грешка, у циљу потпуног обештећења пацијента, компензира несигурност постојања узрочне везе (Радишић, 2010: 49). Терет доказивања непостојања узрочне везе пребацује се на здравственог радника увек када постоји велика вероватноћа да је груба лекарска грешка једини узрок штете, односно уколико нису изузетно мале шансе да је груба лекарска грешка узрок штете (слично. Милутиновић, 2004: 241). Такође, треба истаћи да примена ове доказне олакшице долази у обзир само за утврђивање узрочне везе између лекарске грешке и примарне штете коју претрпи пацијент – тј. штете која се налази у подручју које се штити нормом коју је лекар прекршио, јер је норма требала да спречи управо ту штету (Радишић, 2007: 315). Постојање узрочне везе између примарне повреде здравља пацијента и секундарне штете утврђује се на основу општих правила о доказивању (Радишић, 2007: 315–316).

За аустријско право карактеристична је тенденција одрицања од стандардног правила доказивања узрочне везе, ако постоји велика вероватноћа да нешто објективно није у реду у сфери штетника, и поред чињенице да није сасвим јасно, са доказног становишта, шта је узроковало настанак штете (Koch, 2010: 125). Такође, недостатак

2 „Грубом се сматра грешка која се ординирајућем лекару ни у ком случају не би смела поткрасти, јер је, већином, реч о занемаривању елементарних сазнања и искустава медицине“ (Радишић, 2007: 314).

3 Немачки судови су склони да релативно брзо и често квалификују лекарске грешке као грубе, нарочито у области дијагностике, нпр: Када лекар превиди знаке сепсе па, уместо бактеријске инфекције, сматра да је у питању запаљење зглобова; Када гинеколог на основу жуте боје тек рођеног детета не закључи да би се могло радити о неподношљивости резус фактора његових родитеља. Због те грешке, он је тек четвртог дана по рођењу детета извршио замену крви, али дете не спаси смрти. Савезни врховни суд Немачке сматрао је да се ради о грубој дијагностичкој грешци због које лекар треба да докаже да ни благовремена замена крви не би спречила дететову смрт (Deutsch, 1988: 2, наведено према Радишић, 2007: 315).

адекватне документације може бити од велике користи пацијенту. Ради се о томе да је здравствени радник у обавези да документује барем кључне аспекте дијагнозе и лечења, па кршење ове обавезе може преокренути терет доказивања узрочне везе (Koch, 2010: 124). Тако, нпр. ако не постоји документација о томе да су пацијенту саопштене одређене информације које се дају пацијентима, претпоставља се да нису предузети кораци да се он обавести (Koch, 2010: 125).

Када је у питању шпанско право, правила на основу којих се утврђује постојање узрочне везе су веома строга; узрочна веза се мора доказати са сигурношћу, а терет доказивања узрочне везе је на тужиоцу који се не може користити никаквом претпоставком узрочности (Casals, Jordi, Feliu, 2003: 161). Ипак, чини се да у одређеним случајевима шпански судови признају постојање узрочне везе. Тако, на инплицитан начин, када се примењује доктрина тзв. *непропорционалне штете* – претпостављајући кривицу – судови такође признају и постојање узрочне везе између таквог скривљеног понашања и штете (Rubio, Garcia, 2010: 179).

Узрочна веза је услов одговорности и кад се на одговорност здравствених радника примењују правила објективне одговорности за штету. Наравно, положај пацијената у оквирима различитих правних система није исти, већ зависи од правила којима је регулисана објективна одговорност за штету. Пацијенти су у најповољнијем положају у оквирима оних правних система који претпостављају постојање узрочне везе, где спада и наш правни систем. Тако, у оквирима нашег правног система примењује се, сада већ више од четрдесет година, правило да штета настала у вези са опасном ствари, односно опасном делатношћу потиче од те ствари, односно делатности, изузев ако се докаже да оне нису биле узрок штете.⁴ Стога, уколико је штета причињена употребом медицинског средства које се може подвести под појам опасне ствари, или применом одређене дијагностичке или терапијске мере која би се могла подвести под појам *опасне делатности*, задатак пацијента је само да докаже да је штета настала у вези са медицинским средством, односно дијагностичком или терапијском мером (Кларић, 2011: 140; види више. Манић, 2015: 151–161). Здравствени радник мора доказати да штета није последица употребе *опасне ствари* или обављања *опасне делатности* уколико се жели ослободити одговорности за штету која је причињена пацијенту.

4 Чл. 173 300.

3. Степен вероватноће као мерило узрочности

Услед одређених специфичности, које се везују за медицинску делатност, узрочну везу, у одређеним случајевима, веома је тешко, готово немогуће, утврдити. Ова околност посебно долази до изражаја када је штета пацијенту проузрокована пропуштањем одређене медицинске мере (Gross, 1987: 195; Koch, 2003: 92). Иста је ситуација и у случају када је штета узрокована инфекцијама, где код појединих инфекција инкубација може трајати и годинама, или када се ради о психичким штетама (Мујовић, 2012: 364). Збир веома сложених процеса људског организма, са једне стране, и истовременог супротног деловања болести и лечења, са друге стране, имају као последицу, у великом броју случајева, немогућност утврђивања са посебном сигурношћу конкретног тока нарушавања здравља због немогућности тзв. „реконструкције догађаја“ (Радишић, 2010: 48). У наведеним случајевима, суд доноси одлуку којом усваја или одбија тужбени захтев пацијента, а која се заснива на узрочној вези за коју постоји само одређени степен вероватноће постојања/непостојања. Пацијент је, стога, дужан показати постојање одређеног степена вероватноће да штету не би претрпео да је здравствени радник поступао онако како је требало у датој ситуацији (слично. Koch, 2010: 123). Међутим, поставља се питање који степен вероватноће постојања узрочне везе пацијент мора доказати да би суд прихватио да постоји узрочна веза између радње здравственог радника и штете пацијента?

У оквирима англо-америчког права, мерило доказа је *претежна вероватноћа* (Кларић, 2011: 140). Примена овог мерила у медицини изискује од пацијента да покаже да је више вероватно, него што није, да је грешка здравственог радника узрок штете; ако то изразимо у процентима, пацијент ће доказати да узрочна веза постоји уколико је њено постојање више од 50 % вероватно (Кларић, 2011: 140).

Када је у питању немачко право, сходно владајућем мишљењу и судској пракси, за постојање узрочне везе потребно је постојање високог степена вероватноће или, прецизније речено, вероватноће на граници сигурности (Кларић, 2011: 140). У суштини, потребно је да је постојање узрочно-последичног односа између грешке здравственог радника и штете пацијента вероватније од његовог непостојања (Кларић, 2011: 140). Ради се о томе да више индиција говори у прилог узрочне везе, односно да постоји више од 50% вероватноће у прилог узрочној вези (Милутиновић, 2004: 240).

У француском праву, терет доказивања узрочне везе је на пацијенту који мора доказати да му је скривљено понашање здравственог радника

проузроковало штету, а узрочност се посматра као правна чињеница која се може доказивати свим средствима (G'Sell-Macrez, 2011: 1111). Француски судови у својим пресудама, углавном, користе формулацију „озбиљна, прецизна и истовремена претпоставка”.⁵ Треба нагласити да је „доказ искључењем“ облик претпостављеног резоновања; ако не постоје други фактори који би објаснили појаву штете, онда се узима да је понашање туженог узрок настанка штете – на пример, уколико пацијентова хипертензија не би могла бити објашњена ничим другим осим узимањем одређеног лека.⁶

У оквирима швајцарског права, захтева се да узрочни однос између радње здравственог радника и штете пацијента поприма димензију односа који преовладава и има, сходно животном искуству, снагу претежне, рационалне, корелације у односу на све друге узрочно-последичне релације. „Извесност о наступању неке чињенице која судији треба да пружи доказ не сме се идентификовати са апсолутном елиминацијом сваке друге могућности. За одржив каузални развој говори претежна вероватноћа, уколико такав развој, према животном искуству, претеже над могућношћу неког другог каузалног развоја, тако да разумно не треба мислити на неко друго узроковање”.⁷ За постојање узрочне везе довољан је висок степен вероватноће, а у случају нужде довољна је и пука индиција (Gross, 1987: 195).

У аустријском праву, уколико се узрочна веза не може утврдити са апсолутном сигурношћу, од пацијента се захтева да покаже велику вероватноћу да штету не би претрпео да није било грешке здравственог радника (Koch, 2010: 123). Са друге стране, здравствени радник се може ослободити одговорности уколико докаже постојање још неког узрока за који је више вероватно да је проузроковао штету (Koch, 2010: 124). Из новијих судских одлука може се видети да је стандард доказивања узрочне везе снижен, још више, у корист пацијента, и то у тој мери да је довољно да се докаже да грешка здравственог радника надмашује било који други могући разлог погоршања здравља пацијента; док здравствени радник са друге стране мора доказати, са највећом вероватноћом, постојање неког другог узрока који је проузроковао штету (Koch, 2010: 124). Ова стремљења

⁵ See Cass. le civ., Jan. 24, 2006, Bull. civ. 1, No. 34; D. 2006, Pan., 1931, obs. P. Jourdain; JCP 2006, I, 10082, note L. Grynbaum; RCA 2006, No. 89, note C. Rad6; RTD civ. 2006, 323, obs. P. Jourdain., наведено према (G'Sell-Macrez, 2011: 1112).

⁶ Cass. le civ., Jan. 24, 2006, Bull. civ. 1, No. 35; JCP 2006, I, 166, No. 5, obs. Ph. Stoffel-Munck; JCP 2006, I, 10082, note L. Grynbaum; RTD civ. 2006, 323, obs. P. Jourdain., наведено према (G'Sell-Macrez, 2011: 1112).

⁷ Став Савезног суда Швајцарске, наведено према (Gross, 1987: 195)

судске праксе подстакнута су чињеницом да пацијенти, у највећем броју случајева, нису у могућности да пруже тачан доказ узрочности (Koch, 2010: 124).

У циљу утврђивања узрочне везе, посебно у оним ситуацијама када више узрока може допринети настанку штете, што је посебно карактеристично за штете у медицини, правна теорија употребљава одређене теорије о узрочној вези, међу којима су најпознатије *теорија еквивалентности*, *теорија адекватне узрочности* и *теорија о циљу прекршене норме*.

За англо-америчко право карактеристична је употреба *but for* теста („да није било...“) или теорије узрока *sine qua non*, која узроком штете сматра само ону од више околности без које штета не може настати (Кларић, 2011: 141). Прецизније, узроком се сматра она околност коју није могуће искључити, а да због тога и последица не изостане (слично. Мујовић, 2012: 364). Врши се, заправо, поступак хипотетичке елиминације, и на основу тога се утврђује да ли грешка здравственог радника нужно изазива штету пацијента. Суштина је у томе да се цео ток, од радње здравственог радника па до оштећења здравља пацијента, посматра уназад, али на тај начин као да грешке здравственог радника није било, па ако се покаже да у тако претпостављеном току догађаја штета ипак настаје, за њу грешка здравственог радника не би била условљавајућа, па не би било нити одговорности здравственог радника. Ова теорија, која се назива још и *теорија еквиваленције*, служи претежно да се уз помоћ ње искључи радња туженог као узрок штете (Кларић, 2011: 141). Суштина ове теорије може се сагледати, дакле, кроз једноставно питање да ли би се штета догодила да није било грешке здравственог радника (слично. Кларић, 2011: 142). Такође, према *but for* тесту, уколико пацијент жели остварити свој тужбени захтев, он мора доказати да је за више од 50% већа вероватноћа да до штете не би дошло да није било грешке здравственог радника (Swain, 2010: 47). Главна мана *but for* теста је његова крутост која, посебно, долази до изражаја у оним случајевима кад делују више истовремених или сукцесивних чинилаца који доприносе настанку штете (Swain, 2010: 47; Кларић, 2011: 142). Тако, у једном случају пред енглеским судовима,⁸ превремено рођена беба патила је од ретроленталне фиброплазије, била је слепа на једном оку и делимично је видела на другом. Тужилац је тврдио да је штета настала као последица непажње здравственог радника. Међутим, проблем подносиоца тужбеног захтева састојао се у томе што су исте последице могле бити изазване различитим медицинским стањима која су уобичајена код превремено рођене деце. Према мишљењу Апелационог суда (*Court of Appeal*), тужбени захтев био је основан, али истог мишљења

⁸ Wilsher v. Essex Area Health Authority, [1988] AC 1074., наведено према (Swain, 2010: 47)

није био и Дом лордова (*House of Lords*), на бази разлике између случаја где постоји познати узрочник и овог случаја где је било неколико таквих узрочника (Swain, 2010: 47–48).

У француском праву, узрочна веза је услов који се мора доказати независно од тога да ли се накнада штете захтева према правилима уговорне или вануговорне одговорности, али је веома тешко дефинисати критеријуме на основу којих се доказује узрочна веза (G'Sell-Macrez, 2011: 1110). Сходно околности да се *теорија еквиваленције* често примењује у француском грађанском праву, одређена чињеница мора бити услов без кога штета не би настала како би се могла квалификовати као узрок штете (G'Sell-Macrez, 2011: 1110). Ово значи да узрочно-последични однос није утврђен уколико се не покаже да штета не би настала без одређене чињенице; нпр. нема узрочне везе уколико се докаже да би оштећени свакако пристао на одређену интервенцију чак и да је потпуно информисан о ризицима интервенције.⁹ Међутим, француски судови не примењују увек *теорију еквиваленције*, већ користе и теорију директне везе, односно *теорију адекватне узрочности* (G'Sell-Macrez, 2011: 1111).

У нашој судској пракси, као и у пракси немачких, аустријских и швајцарских судова, преовладава *теорија адекватне узрочности*. У складу са овом теоријом, грешка здравственог радника мора бити адекватна оштећењу здравља пацијента, односно радња (чињење или нечињење) мора бити објективно подесна да изазове оштећење здравља пацијента, да је типична за штету коју је пацијент претрпео (слично. Кларић, 2011: 143). Адекватна узрочна веза постоји уколико је поступак здравственог радника, према објективном мерилу, генерално подесан да изазове насталу штету, а не само благодарећи посебним и неочекиваним околностима о којима се, по редовном току ствари, не води рачуна.¹⁰ Здравственом раднику/здравственој установи могу се приписати само они узроци штете који су се у време здравствене интервенције могли уопште предвидети, а не невероватне околности, које се налазе ван медицинског искуства, јер се оне одговорном лицу, правично, не би смеле више приписати (Dieter, 1981: 153). Основни недостатак ове теорије огледа се у томе што је она превише субјективна, јер оставља суду да процењује типичност, односно нетипичност одређене узрочне везе, односно да ли је узрочна веза адекватна или није адекватна (Кларић, 2011: 143). Мишљења смо да се ово не може узети као недостатак *теорије адекватне узрочности*. Правна питања се, никако, не могу подводити под математичке формуле и увек ће

⁹ Cour d'appel [CA] [regional court of appeal] Paris, Nov. 20, 2003, RCA 2004, Comm. No. 76, obs. Ch. Rad. наведено према (G'Sell-Macrez, 2011: 1110).

¹⁰ Став Савезног суда Немачке, наведено према (Радишић, 1998: 242).

имати дозу субјективног у себи. Тешко је створити теорију узрочности која би дала одговор на сва могућа питања, а да се при томе не употребљава одређена доза субјективности. Једино је могуће успоставити критеријуме на бази којих би се та субјективност могла преиспитивати, односно ограничавати. Један од начина је, свакако, употреба других теорија путем којих би мане *теорије адекватне узрочности* биле надомештене. Једна од таквих теорија је и *теорија о циљу прекршене норме*.

Суштина *теорије о циљу прекршене норме* састоји се у томе да се право на накнаду штете мора прилагодити циљу норме која је прекршена (Радишић, 1998: 243). Реч је о норми која мора тежити заштити самог пацијента, односно штета која је настала и чија се надокнада тражи, мора бити обухваћена циљем прекршене норме (Koziol, 1980: 152). Суштински, да би здравствени радник/здравствена установа одговарао за штету, она мора пасти унутар подручја заштите прекршеног правила (Кларић, 2011: 148). Разлика између *теорије адекватне узрочности* и *теорије о циљу прекршене норме* је у томе што *теорија адекватне узрочности* инсистира на суду вероватноће у време извршења штетне радње, док *теорија о циљу прекршене норме* инсистира на општој предвидљивости штете у ранијем времену (Радишић, 1998: 244). Појам норме обухвата стандардна правила медицинске струке, која је, уз одређену пажњу, требало поштовати у одређеном случају (Радишић, 1998: 244). Тако, нпр. циљ правила да се труднице не смеју излагати одређеним средствима за снимање јесте да се избегну могуће последице радијације које су карактеристичне само за њих, па уколико здравствени радник не поштује ту норму, биће одговоран само за оне штете које су последица радијације.

Када је у питању непримена индикованог медицинског средства, услед које је пацијент претрпео штету, *теорија о циљу прекршене норме* може имати велику улогу у утврђивању узрочне везе. Тако, не постоји медицинско средство које није направљено са одређеним циљем, те у складу са тим има конкретно одређено поље своје примене, односно сврху коју му је наменио сам произвођач. У вези са сваким медицинским средством прецизно се зна: како се примењује, у којим случајевима се примењује, у којим условима, шта је циљ, односно сврха примењивања, да ли се примењује у сврху дијагнозе, превенције, лечења, или пак ублажавања болести или повреда. Сходно наведеном, поводом сваког медицинског средства постоји прецизна норма која одређује циљ његовог примењивања. Тај циљ је, најчешће, превенција, лечење и ублажавање разноврсних болести и обољења, па се у случају непримене медицински индикованог медицинског средства крши норма која је имала непосредно за циљ да одређену болест открије, спречи у њеном развоју, отклони или ублажи. Тако, нпр. основни циљ због којег се

примењује магнетна резонанца састоји се у јасном приказу структуре главе и кичменог стуба, мекоткивних структура, коштаног-зглобног система и структуре мале карлице (види више. Михаиловић, Даковић, 2019: 510–517). Ако се деси да пацијент са интензивним боловима у пределу главе или кичменог стуба, који трају дужи временски период, не буде прегледан путем магнетне резонанце, већ третиран одређеним лековима у циљу смањења болова, а касније се испостави да су болови последица тумора који да је откривен у раној фази, када је и требало користити магнетну резонанцу, успешно би се лечио, директно би дошло до кршења норме о циљу примењивања овог медицинског средства, а то је откривање болести или обољења у њиховој раној фази. Као последица кршења норме о циљу употребе магнетне резонанце, могла би се јавити материјална и нематеријална штета, како за пацијента, тако и за његове сроднике.

4. Начело „све или ништа“ или начело „изгубљене шансе“

У већини правних система, како континентално-европских, тако и оних *common law*-а, судови су приликом одлучивања о тужбеним захтевима пацијената, све до у скорије време, примењивали принцип *све или ништа*. Суштина овог принципа огледа се у томе да пацијент добија или потпуно обештећење или не добија ништа, у зависности од тога да ли је узрочна веза доказана или не (Радишић, 1998: 245). Ако се ближе анализира овај принцип, може се закључити да *све* значи да здравствени радник/ здравствена установа мора платити пуну накнаду штете и поред чињенице да узрочна веза није сигурна, а *ништа* да пацијент неће добити никакву накнаду штете упркос чињеници да је постојала грешка здравственог радника (Кларић, 2011: 144; Никшић, 2008: 284). За пацијента не постоји могућност да се позива на сазнања медицинске науке у складу са којима је ипак имао одређену шансу за оздрављење, а која је уништена услед грешке здравственог радника, нити постоји могућност да захтева накнаду штете која би била сразмерна изгубљеној шанси (Радишић, 1998: 245).

Несавршеност принципа *све или ништа* изродила је потребу за проналажењем принципа којим би се успоставила равнотежа у заштити интереса између здравствених радника/здравствених установа и пацијената. Француска судска пракса је решење овог проблема потражила у *теорији изгубљене шансе*.¹¹ Према овој теорији, уколико суд установи да је пацијент

11 Случај од ког је почела широка примена *теорије изгубљене шансе* одиграо се 1965. године када је здравствени радник починио грешку приликом дијагнозе над дететом, које је остало осакаћено, па је суд донео одлуку да здравствени радник плати накнаду штете због изгубљене шансе за излечење. Cass. Ie civ., Dec. 14, 1965, Bull. civ. I, No. 707; JCP G, 1966, 11, 14753. наведено према (G'Sell-Macrez, 2011: 1114).

због грешке здравственог радника изгубио одређену шансу да се излечи, односно одржи у животу, здравствени радник ће дуговати накнаду штете сразмерно свом доприносу у њеном проузроковању (Taylor: 2010, 83; G'Sell-Macrez, 2011: 1114). Суд ће досудити делимично обештећење, и поред чињенице да узрочна веза није сигурна, уколико установи да грешка здравственог радника није била без утицаја на нарушавање здравља пацијента (Taylor: 2010, 83). Односно, суд може донети судску одлуку којом ће огласити даваоца здравствене услуге одговорним на основу губитка шансе пацијента за оздрављење или преживљавање и у одређеним околностима када пацијент није у стању да докаже постојање узрочне везе (Taylor: 2010, 84).

Суштину *теорије изгубљене шансе* представимо на следећи начин: ако би нпр. пацијент, да здравствени радник није направио грешку, имао 30% шансе да се излечи или да остане у животу, у обиму од 30% имао би и право на накнаду штете, односно у случају смрти његови сродници (слично. Радишић, 1998: 245; Кларић, 2011: 144; Цветковић, 2011: 491).¹² Из наведеног се види да пацијент не добија потпуну накнаду штете, већ накнаду која је пропорционална величини шансе за оздрављење или преживљавање, а коју би пацијент, вероватно, имао да здравствени радник није направио грешку (Taylor: 2010, 84; Радишић, 2010: 50; G'Sell-Macrez, 2011: 1114). Међутим, да би суд донео овакву одлуку, он мора бити сигуран да је постојала истинска шанса пацијента за оздрављењем или преживљавањем, а која је уништена услед грешке здравственог радника (Taylor: 2010, 84).

Теорија изгубљене шансе није прихваћена од стране немачке судске праксе. Ипак, у новије време, појављују се радови у стручној литератури који се залажу за њену примену (Кларић, 2011: 144). Међутим, као што смо и видели, немачка судска пракса је развила друге олакшице којима се пацијенти могу служити у циљу утврђивања узрочне везе. Са друге стране, теорија *изгубљене шансе* прихваћена је од стране америчких судова, а на сличан начин и од стране швајцарских и аустријских (Радишић, 2010: 49). У оквирима судске праксе САД, *but for test*, који суштински представља начело *све или ништа*, полако али сигурно губи примат у односу на *теорију изгубљене шансе* (Кларић, 2011: 145). Заступници *теорије изгубљене шансе* у САД апострофирају чињеницу да се путем ње одмерава накнада штете пропорционално њеном проузроковању (Кларић, 2011: 145). Случај *Herskovits* је био познати случај поводом којег је донета одлука која је афирмисала *теорију изгубљене шансе* у судској пракси САД (Wurdeman, 2014: 604). Са

¹² Право на накнаду штете због уништене шансе да преживи пацијент стиче пре смрти, па је то разлог што оно може да пређе и на његове наследнике (Радишић, 1998: 245).

друге стране океана, енглеска судска пракса не прихвата теорију *изгубљене шансе*, мада је било неких покушаја да се овај принцип афирмише кроз одређене судске одлуке (види. Swain, 2010: 49). У аустријској судској пракси, када пацијент претрпи штету, али није јасно да ли се то догодило због одређених узрока који се везују за сам организам пацијента или услед грешке здравственог радника, обе стране ће морати делити последице несигурности узрочне везе, а самим тим и штету (Koch, 2010: 125).

И поред чињенице да постоје одређене тешкоће око утврђивања процента изгубљене шансе, а самим тим и висине накнаде штете, принцип *изгубљене шансе* правичнији је од принципа *све или ништа*, па га зато предлажемо као решење и за судску праксу у оквирима правног поретка Републике Србије. Наиме, са једне стране, сразмера између степена одговорности и висине накнаде штете у великој мери помаже пацијентима да савладају тешкоће везане за доказивање узрочне везе, а са друге стране, здравствени радници/здравствене установе не оптерећују се потпуном накнадом штете (исто. Радишић, 2010: 50).

5. Непрекидност узрочне везе

Једно од занимљивијих питања у вези са одговорношћу здравствених радника/здравствених установа је и питање прекида узрочне везе. Пошто узрочна веза између грешке здравственог радника и штете пацијента мора бити непрекинута, оправдано се може поставити питање да ли у случају када након грешке једног здравственог радника уследи грешка другог здравственог радника долази до прекида узрочне везе и ко одговара за причињену штету?

Према становишту немачког Савезног суда, до прекида узрочне везе, као и до одговорности другог здравственог радника, долази само у оном случају када је други здравствени радник поступао „против свих лекарских правила и искуства“, односно када је други здравствени радник у „необично високој мери занемарио захтеве савесног лекарског поступка“ или, прецизније речено, ако је други здравствени радник починио *грубу* лекарску грешку.¹³ На основу наведеног може се закључити да нема прекида узрочне везе уколико је и први здравствени радник починио *грубу* лекарску штету, па ће оба здравствена радника, у том случају, дуговати накнаду штете. Исто, уколико је након грешке једног здравственог радника уследила грешка другог здравственог радника која се поткрала као последица недовољне пажње (лакша грешка), нема прекида адекватне узрочне везе,

¹³ Пресуда Савезног врховног суда Немачке, од 20. 09. 1988, *Medizinrecht* 2/1989, 78–81, наведено према (Радишић, 2007: 104).

па оба здравствена радника одговарају за проузроковану штету (слично. Кларић, 2011: 146).

Сасвим другачија ситуација је у случају када два или више здравствених радника направе грешку, а радили су симултано и заједнички. Здравствени радници одговарају солидарно уколико су штету проузроковали заједно.¹⁴ Такође, здравствени радници одговарају солидарно и у случају када су проузроковали штету пацијенту радећи независно један од другог, ако се не могу утврдити њихови удели у проузрокованој штети.¹⁵ Здравствени радници одговарају солидарно и у случају када је несумњиво да је штету проузроковао неко од два или више здравствених радника, који су на одређени начин међусобно повезани, али се не може утврдити ко је од њих штету проузроковао.¹⁶ Колико износи удео сваког од здравствених радника у проузроковању штете суд одређује с обзиром на тежину њихове кривице, као и на тежину последица које су проистекле из деловања здравствених радника.¹⁷ Ако је немогуће утврдити уделе здравствених радника, на свакога од њих пада једнак део, осим ако правичност захтева да се у конкретном случају донесе другачија одлука.¹⁸

У енглеској судској пракси, поставило се питање да ли пацијент својим понашањем може прекинути узрочну везу? Понашање пацијента ће довести до прекида узрочне везе уколико је пацијент био свестан свог чина и његових последица, да чин није примерен и да се излаже ризику од штете, да је чин обавио свесно а не под утицајем притиска, као и да није било околности које би му смањиле могућност избора (Grubb, 2004: 462, наведено према Кларић, 2011: 147). Исто, може се поставити питање да ли одбијање третмана од стране пацијента, а након почињене грешке здравственог радника, може довести до прекида узрочне везе? Уколико пацијент одбије даљи третман, макар то било неразумно и ирационално, не прекида узрочну везу (Grubb, 2004: 462, наведено према Кларић, 2011: 147). Уколико пацијент може одбити предложену медицинску интервенцију,¹⁹ утолико пре може одбити медицинску интервенцију којом би се отклонила грешка здравственог радника (исто. Кларић, 2011: 147).

14 Чл. 206, ст. 1 ЗОО.

15 Чл. 206, ст. 3 ЗОО.

16 Чл. 206, ст. 4 ЗОО.

17 Чл. 208, ст. 2 ЗОО.

18 Чл. 208, ст. 3 ЗОО.

19 Види чл. 15–19 Закона о правима пацијената – ЗОПП, *Сл. гласник РС*, бр. 45/2013 и 25/2019 – др. закон)

Прекид узрочне везе понашањем пацијента не треба мешати са доприносом пацијента у проузроковању властите штете. Пацијент је дужан да при остваривању здравствене заштите: активно учествује у заштити, очувању и унапређењу свог здравља; да у потпуности и истинито информише надлежног здравственог радника, односно здравственог сарадника о свом здравственом стању; да се придржава упутстава и предузима мере прописане од стране надлежног здравственог радника, односно здравственог сарадника.²⁰ Пацијент својим понашањем може допринети настанку штете или, штавише, може се узети да је његово понашање искључиви узрок штете уколико не поштује своје обавезе и тиме проузрокује штету по своје здравље (Кларић, 2011: 147). Уколико пацијент својим понашањем допринесе да штета настане или да буде већа него што би иначе била, има право само на сразмерно смањену накнаду.²¹

6. Закључак

Утврђивање узрочне везе у оквирима здравствене делатности је особено управо због чињенице да велики број фактора може утицати на настанак исте последице. Ради проналажења правог узрока за штету коју претрпи пацијент, судови се користе различитим теоријама о узрочној вези међу којима преовладава теорија о *адекватној узрочности*. Ипак, ниједна о теорија о узрочној вези не може дати одговор на сва питања која се могу јавити поводом утврђивања узрочне везе у медицини. Како би се побољшао положај пацијената поводом утврђивања узрочне везе, у оквирима различитих правних поредака, уведене су одређене олакшице за пацијенте, почев од пребацавања терета доказивања узрочне везе са пацијената на здравствене раднике, па све до принципа о *изгубљеној шанси*. И поред чињенице да није савршен, јер постоје одређене тешкоће око утврђивања процента изгубљене шансе, а самим тим и висине накнаде штете, принцип *изгубљене шансе* препоручујемо за нашу судску праксу, јер у великој мери помаже пацијентима да савладају тешкоће око доказивања узрочне везе, а са друге стране, здравствени радници/здравствене установе не оптерећују се потпуном накнадом штете.

Литература/References

Casals, M., Jordi I., Feliu, J. (2003), Medical Malpractice Liability in Spain: Cases, Trends and Developments, *European Journal of Health Law* 1/, Netherlands, Jun;10(2), 153–181.

²⁰ Чл. 33 ЗОПП.

²¹ Чл. 192, ст. 1 ЗОП.

Deutsch, E. (1988). *Versicherungsrecht*, 1.

Dieter, G. (1981). *Arzthaftungsrecht. Die zivilrechtlichve Verantwortlichkeit des Arztes in rechtsvergleichender Sicht*, Bielefeld.

Gross J. (1987). *Haftung für medizinische Behandlung im Privatrecht und im öffentlichen Recht der Schweiz*, Bern.

Grubb, A. (2004). *Principles of Medical Law*, Oxford.

G'Sell-Macrez, F. (2011), *Medical Malpractice and Compensation in France: Part I: the French Rules of Medical Liability since the Patients' Rights Law of March 4, 2002*, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 86, Issue 3, 1093–1124.

Koch, B. (2003). *Austrian Cases on Medical Liability*, *European Journal of Health Law*, Vol. 10, Issue 2 , 91–114.

Koch, B. (2010). *The development of medical liability in Austria*, u: Hondius Ewoud (ed), *The development of medical liability*, Cambridge University Press, 108–131.

Koziol, H. (1980), *Oesterreichisches Haftpflichtrecht*, Band I: Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Wien.

Кларић, П. (2011). Узрочна веза код одговорности за штете у медицини, *Зборник радова: Актуелности здравственог законодавства и приватне праксе*, II, Новаља-Сплит, П.Ф. у Сплиту, 137–148.

Miller, C. (2005). *Gregg v. Scott: loss of chance revisited*, *Law, Probability and Risk*, 4, 227–235.

Putzo, H. (1979). *Die Arzthaftung*, München.

Rubio, M., Garcia, B. (2010). *The development of medical liability in Spain*, u: Hondius Ewoud (ed), *The development of medical liability*, Cambridge University Press, 160–187.

Swain, W. (2010). *The development of medical liability in England and Wales*, u: Hondius Ewoud (ed), *The development of medical liability*, Cambridge University Press, 27–53.

Taylor S. (2010). *The development of medical liability and accident compensation in France*, u: Hondius Ewoud (ed), *The development of medical liability*, Cambridge University Press, 70–107.

Wurdeman, M. (2014). *Loss-of-chance doctrine in washington: from herskovits to mohr and the need for clarification*, *Washington law review*, Vol. 89:603, 603–652.

Закон о правима пацијената – ЗОПП, Сл. гласник РС, бр. 45/2013 и 25/2019 – др. закон).

Закон о облигационим односима – ЗОО, Сл. лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, Сл. лист СРЈ, бр. 31/93 и Сл. лист СЦГ, бр. 1/2003 – Уставна повеља.

Закона о парничном поступку, *Сл. гласник РС*, Бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014 и 87/2018.

Манић, С. (2015), *Одговорност због штете изазване употребом медицинских средстава*, докторска дисертација, Ниш.

Милутиновић, Љ. (2004). Накнада штете због лекарске грешке и проблем доказивања узрочности“, у: Здравко Петровић (ур.), *Актуелни проблеми накнаде штете и осигурања*, [VII Редовно] саветовање са међународним учешћем, Удружење за одштетно право, Београд–Будва, 231–242.

Михаиловић, Ј., Даковић, М. (2019). Напредне технике магнетне резонанце у раном раздвајању псеудопрогресије од прогресије код болесника са глиобластомом мултиформе, *Војносанитетски преглед*, вол. 76, бр. 5, 510–517.

Мујовић, Х. (2012). Право, ментално здравље и накнада штете“, у: Петровић Здравко, Мрвић Петровић Наташа (урс), *Осигурање, накнада штете и нови Закон о парничном поступку*, Златибор, 356–372.

Никшић, С. (2008). Основна обиљежја одговорности за штете у медицини, *Лијеч Вјесн* 2008; годиште 130, 282–287.

Радишић Ј. (2008), *Облигационо право*, „Номос“ Београд, Београд.

Радишић, Ј. (1998). Узрочна веза као основ и као мера одговорности због лекарске стручне грешке, *Правни живот*, бр. 9. 239–251.

Радишић, Ј. (2004), *Медицинско право*, „Номос“ Београд, Београд.

Радишић, Ј. (2007), *Одговорност због штете изазване лекарском грешком у лечењу и у обавештавању пацијента*, „Номос“, Београд.

Радишић, Ј. (2010). Одговорност лекара у случају кад није довољно сигурно да је његова грешка нанела штету пацијентовом здрављу, *Ревизија за право осигурања*, бр. 3, 48–54.

Цветковић, М. (2011). Претпоставке одговорности за штету нанету пацијенту, у: Предраг Димитријевић (ур.), *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*, Ниш, 485–502.

Doc. Samir Manić, LL.D.,
Assistant Professor,
Department of Legal Sciences,
State University in Novi Pazar, Serbia

CAUSATION AS A CONDITION FOR LIABILITY OF MEDICAL EMPLOYEES

Summary

In order to hold a health care worker or a health care institution liable for damage caused to the patient, it is necessary to determine the causation as one of the permanent conditions for establishing liability. The causation issue is one of the central and most difficult issues in determining liability of health workers or health care institutions for damage. In effect, it is a matter of estimating whether the patient's poor condition is a result of a medical error rather than a natural outcome of a disease or a treatment itself. Considering the fact that every patient is different and has a different response to various diseases, medical treatment, and the use of medicines and medical devices, it is impossible to conclude with certainty the real cause of the deterioration of the treated illness in a specific case, or the cause of emergence of a new one, or why the body has suffered damage or why the patient died. Regardless of all the problems arising in determining causation in court proceedings, the task of the judges is to establish the existence or non-existence of causation in a specific case, depending on the independent judicial assessment of relevant facts. The subject matter of this paper is the problem of determining causation as the condition for establishing liability of health care workers and/or health care institutions for damage, both in Serbian legislation and in comparative law.

Key words: causation, medical error, medical devices.

Др Сузана Медар,*
Доцент Правног факултета
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1984

UDK: 340.12
Раd примљен: 27.09.2019.
Раd прихваћен: 30.10.2019.

ОПШТЕ И КОНКРЕТНЕ ПРАВНЕ ДИСЦИПЛИНЕ СА КРАТКИМ ОСВРТОМ НА УВОД У ПРАВО**

“Отрежњење је наступало на каснијим годинама студија, у судару са сложеношћу, двосмисленостима, па чак и бесмисленостима позитивног права.”

Милан Петровић

Апстракт: Почетна дихотомија правних наука на опште и апстрактне обећава уколико јој следи даље рачвање у њој. Постоје бројне теоријско-правне науке и бројне конкретне правне науке. Најзаступљенији метод третирања правних наука је упоредни, односно компаративни. Увод у право као општа, основна и уводна правна наука, у тесном је односу са другим теоријским правним наукама. Такође, као почетна наука услов је проучавања конкретних, како позитивно-правних, тако и историјско-правних дисциплина.

Кључне речи: увод у право, теорија државе и права, филозофија права, правна филозофија, конкретне правне науке.

* medars@prafak.ni.ac.rs

** Раd је изложен на међународној научној конференцији „Право и мултидисциплинарност“, на Правном факултету Универзитета у Нишу, 12–13. април 2019.

Опште и конкретне правне дисциплине са кратким освртом на увод у право

1. Увод

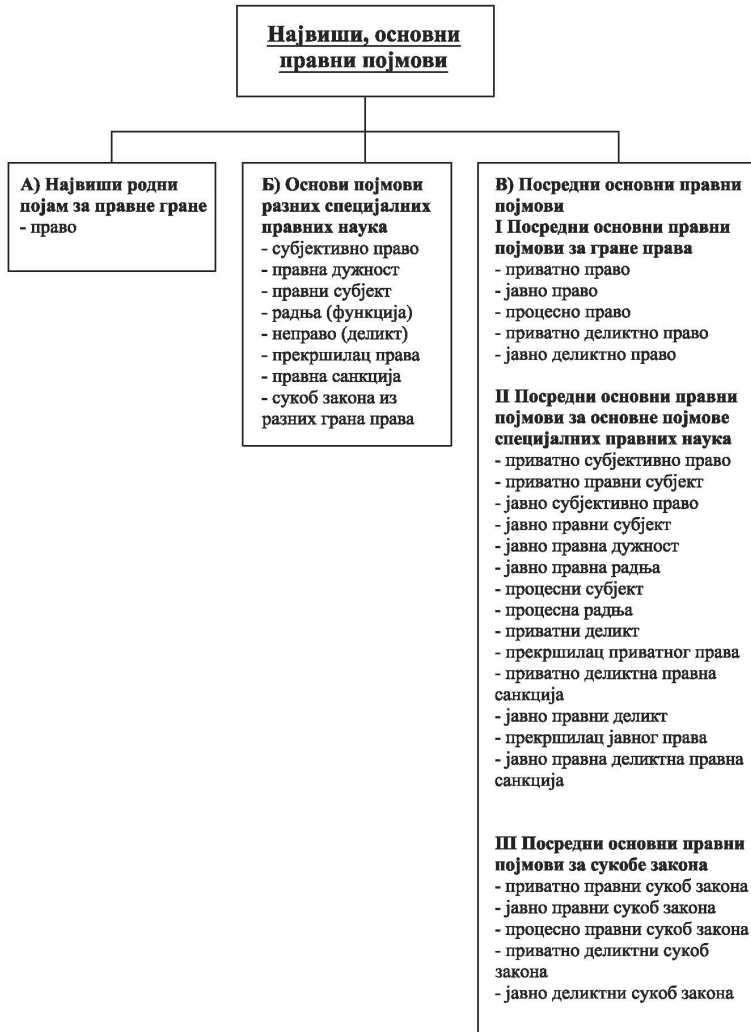
Наука се уобичајено дефинише као скуп систематизованог сазнања о појавама и везама у свету, до којих се долази применом одређених метода. Тома Живановић одређује науку као „систем одређених појмова“ (статички појам науке) и као „координацију и субординацију (класификацију) од ње образованих појмова о одређеним феноменима“ (динамички поја науке)“ (Живановић, 1921: 7). „Поред систематичности знања, предметне одређености, методолошке усмерености, науку карактерише још и објективност и критичност“ (Поповић, 2002: 8). О двама врстама ентитета, појавама и везама, наука даје две врсте сазнања. Једно су појмови као сазнања о појавама. Појмови су скупови смислених одредби о суштини и најважнијим обележјима сваке појаве. „Они могу да буду основни, општи, посебни и појединачни, али се само основним и општим појмовима описују главни квалитети државе и права“ (Митровић, 2004: 4). Појмови су сазнања о појавама материјалног или духовног света, узетим изоловано, и утолико су они статички. Нпр., појам идеје као (с)твари духовног карактера. Други вид сазнања су закони као она (сазнања) о везама, односно законитостима. Њима се изражавају „све везе правилности између појава, и то у распону од природних закона, преко закона вероватноће, све до тенденцијских правилности“ (Митровић, 2004: 4). Закони су сазнања о појавама посматраним у међусобној повезаности и утолико динамички.

Све појаве у свету деле са на реалне и идеалне. „Реално постојање је или постојање само у времену или и у времену и простору“ (Лукић, 1992: 45). У времену постоје само психичке појаве које трају извесно време па нестају. Оне нису материјалне, просторне. Материјалне појаве пак постоје и у простору. Идеално постојање је постојање ван времена и простора. Како се под идеалним обично подразумева савршено, Радомир Лукић предлаже термин идеалне појаве: „Идеално постојање је „чисто“ постојање (ван времена и простора) идеја, одн. евентуално других предмета. Типичан пример су мисли које садржи наша психа, које човек „мисли“ (Лукић, 1992: 46). И даље: „Идеалне појаве могу бити сазнате и формулисане па тако и представљене знацима, језиком или којим другим системом знакова. У знацима као и у памћењу оне постоје виртуелно као могуће али одатле могу прећи у активну свест опажањем или тумачењем знакова или сећањем ако постоје у памћењу. Међутим, то ништа не мења њихову идеалну суштину и идеално постојање“ (Лукић, 1992: 46).

Држава и право постоје *реално*, у простору и времену. Али то није једини вид његовог постојања. Наиме, ови ентитети постоје и „*идеално (виртуелно)*“ изван физичког простора и времена као скуп чистих идеја и вредности, и *актуелно*, само у времену, као садржаји свести, психички процеси, такође делотворно утичући на стварност“ (Митровић, 2007: 20).

Нису сви појмови које дају правне науке једнаког квалитета. Када се ограничимо на најзначајније појмове, појмове из којих се састоји правна норма, можемо запазити две њихове врсте. „Једни су обични, тј. *неправни* појмови, који могу бити било из обичног живота, било из појединих специјализованих области – стручни, научни појмови и сл. Други су *правни* појмови, посебна творевина права. Они изражавају правне појаве и њима се постојећа стварност, изражена неправним појмовима, које правник узима ван права, преображава у правну стварност или јој се додаје посебан слој правне стварности“ (Лукић, 1983: 205). Радбрух разликује такође две врсте појмова. Једно су правно релевантни појмови као „појмови од којих су састављени правни прописи, посебно појмови који се појављују у правним чињеничним стањима законски предвиђеног и разјашњавају се тумачењем... на другој страни су конструктивни и систематски појмови, помоћу којих овладавамо нормативном садржином правног прописа, то су „*прави правни појмови*“ (Radbruch, 1980: 151).

Неспорно је да једну од најразгранатијих шема правних појмова дугујемо Томи Живановићу.



2. Појам и врсте правних наука

Постоји велика дихотомија свих наука на природне и друштвене. Природне науке се баве природним појавама и законитостима, а као егземплари се могу навести биологија, математика, физика итд. Друштвене науке се баве изучавањем друштва и то су нпр. социологија, као најопштија друштвена наука, затим економске, политичке науке итд. Ту спадају и правне науке. Правне науке, заједно са политичким наукама, представљају најстарије

друштвене науке. Постојбина политичке науке је античка Грчка, а правне науке стари Рим.

Предмет проучавања правних наука јесу право али и држава, будући да између њих постоји тесна повезаност. То нагони поједине правне писце да говоре о јединственој државно-правној појави. „Државноправни поредак је дијалектичко јединство две комплетарне социјалне творевине – основне или примарне организације и исто таквог нормативног поретка створених унутар глобалног друштва. То јединство произилази из максималног повезивања ових творевина, али притом обе задржавају посебност или, тачније, специфичност своје егзистенције“ (Врчар, 1965: 46).

У правној науци није установљено, као извесно и опште прихваћено, шта је право. Узроци оваквог стања налазе се „у сложености појаве која се дефинише, затим у различитим схватањима суштине појаве која се назива правом а која потичу од другачијих онтолошких и методолошких претпоставки расуђивања и, најзад, у језичким неспоразумима који отуда проистичу“ (Васић, Чавошки, 1996: 9). Претходна, проста дефиниција права гласи да су то норме чију санкцију обезбеђује држава. Међутим, поред нормативне, право има и друге видове, односно стране. Право је изразито вишедимензионална појава. Интегралну теорију нарочито упечатљиво и филигрански аналитично заступа Никола Висковић: „**Право је један облик друштвеног поретка или јединство становитог типа конфликтних друштвених односа, вриједносних ставова којима се такви односи оцјењују и система норми које на темељу вриједносних ставова такве односе принудно уређују**“ (Visković, 1981: 64). Дакле, барем још два ентитета поред норми морају бити сагледана кад се говори о праву. Једно су друштвени односи и одатле социолошки вид права. За право су интересантни како преднормативни правни односи, друштвени односи које право регулише, тако и друштвена функција права, последице које право остварује у друштву. Ово друго је посебно значајно с обзиром да се ту открива ефикасност права.

Други ентитет који по присталицама интегралне теорије улази у састав правне појаве јесу вредности којима право служи. Најзначајнија правна вредност је правда и њен „сателит“ правичност. По Радбреху „Право је воља за правдом. Правда, међутим, значи: судити не водећи рачуна о личности, мерити све истим мерилом“ (Radbruch, 1980: 266). Правичност је пак правда пјединачног случаја. *“М а т е р и ј а л н а* правичност значи *својство* правне норме, да својом ширином омогућава у примени, да се узму у обзир *особености ма ког појединачног случаја* (дакле, индивидуализацију).

Ф о р м а л н а правичност је решавање појединог од случајева законом обухваћених у духу *материје* („идеје“, материјалног принципа) права, а не по самом закону, кад овај *ванредну* особеност тог случаја према осталим њиме обухваћеним није или није могао узети у обзир, те се у погледу њега појављује законодавно неправедан“ (Живановић, 1959: 681). Поред правде, правом треба да се остваре и друге вредности као што су сигурност, мир, ред, слобода, добро, истина, лепота. Вредностима права се бави филозофија права као део опште филозофије. Вишедимензионална правна појава, поред нормативне, социолошке и вредносне димензије има и историјску, економску, политичку, психолошку, антрополошку... Због тога правне науке стварају везе са одговарајућим другим наукама.

Након ове дигресије о правној појави враћамо се врстама правних наука. Мање-више, опште усвојена је подела правних наука на опште, одн. апстрактне, одн. теоријске и конкретне. Апстрактне правне науке изучавају оно што је опште, заједничко за све државе и права. Најрудиментарнија од свих општих правних наука је увод у право, јер из домена општег издваја оно што је основно, најбитније и почетно, уводно што јој сам назив каже.

Конкретне државе и права предмет су изучавања конкретно-правних наука. Оне се, зависно од тога да ли проучавају данашње, важеће право и данашњу, постојећу државу, или некадашње право и државу, деле на позитивно-правне и историјско-правне. Поједини аутори уводе различите називе за теоријске, пре свега фиозофске науке и позитиво-правну науку. Тако Радбрух: „Науке којима је предмет право означимо као науке о праву, а међу њима као правну науку у ужем смислу ону науку о праву која право обрађује специфично правним методама. Та одистинска правна наука, систематска, догматска правна наука, може се дефинисати као *наука о објективном смислу позитивних правних поредака*, и тиме је окарактерисан њен посебан положај међу осталим наукама о праву“ (Radbruch, 1980: 140).

Позитивно-правне науке се баве проучавањем постојећег, важећег, позитивног права. „Позитивност права обезбеђује се повезивањем с *државом* која уосталом, пре свега ствара „прописе“, а иначе омогућује важење, а поготову примену створених правила“ (Vračar, 1998: 200). Критеријум позитивности зависи од тога да ли се посматра поједина норма или правни поредак у целини. Поједина норма је важећа, позитивна ако је на правом прописан начин донета и није укинута. Правни поредак у целини је позитиван ако се већина његових норми примењује. Дакле, овде је критеријум ефикасност. На глорификацији позитивног права се темељи правни позитивизам као најјача „струја“ у „бујици“ разноврсних схватања о праву. „Правни позитивизам“ има више могућих или прихваћених значења:

прије свега једно *генеричко значење* као опће методолошки приступ правника правној појави, затим *три основна теоретска значења* (нормативна, антинормативна и културалистичка концепција права) унутар тог генеричког, и на крају *три значења изведена из нормативне концепције права*) (Visković, 1969: 608).

Историјско-правне науке се баве проучавањем некада постојећих права и држава. „Као што се сировина у индустрији подвргава вишеструким врстама обраде, тако се и остаци прошлости, кроз различите процедуре, уздижу до пуног историјског разумевања“ (Diltaj, 1980: 207). Историјско изучавање може бити на општем, светском плану, и тада се ради о општој историји права и државе. Могу се проучавати и поједина, некада важећа права и тада говоримо о посебним историјско-правним дисциплинама. Такве су нпр. уставна историја Србије и римско право. Најважнији поступци историјског изучавања су проналажење историјског повода закона (*occasio legis*) и истраживање материјалија, докумената који су настали у поступку доношења закона.

2.1. Теоријске (опште, апстрактне) правне науке

Поред увода у право, опште науке о праву су и филозофија права, теорија државе и права, социологија права, економија права, психологија права, политикологија права... Теоријске правне науке истражују право и државу у њиховој општости, тј. утврђују појмове права и државе, њихове функције, њихове изворе, разлоге важења права, степен праведности права и како се право примењује. „Степен апстраховања (генерализације) у теоријским правним наукама је изузетно висок и појмови који настају на овакав начин (основни појмови „право“ и „држава“ и, затим, нешто мање општи појмови „сувереност“, „надлежност“, „унитарна држава“, „демократија“, „правна норма“, „правни акт“, „правно лице“, „правни систем“, „циљно тумачење“ и други општи појмови) користе се у конкретним правним наукама ради стицања потпунијег знања о конкретним правима и државама (наравно, конкретне правне науке и упоредно проучавање позитивних права различитих држава значајно доприносе изградњи ових општих правних појмова у теоријским правним наукама)“ (Лукић, Кошутић, 2008: 4).

Увод у право је општа, основна и уводна правна наука. Општа, јер даје генерална знања о праву и држави, основна, јер даје базична знања о праву и држави и уводна, јер даје почетна знања о праву и држави. Због овог последњег увод у право је „азбука“ правне науке и изучава се на почетној години студија. Циљ увода у право је дубље разумевање државе и права, настојање да се схвате у систему, у суштини и као целина. Некада се

дисциплини са овим прерогативима дају другачији називи као што су Увод у правну науку, Основи права, Енциклопедија права. Но, независно од тих терминолошких трвења, задатак је ове дисциплине да припреми студенте за разумевање најважнијих појмова и закона с којим ће се сретати током студија у различитим, првенствено позитивно-правним дисциплинама. И саме позитивно-правне науке углавном имају своје уводе, који се називају правна теорија за разлику од теорије права у уводу у право и другим теоријским дисциплинама.

Најпре, треба рашчистити са тим да филозофија права и правна филозофија нису исте дисциплине. Филозофија права је филозофија о праву систематски ослоњена на општу филозофију, док је правна филозофија изведена из правне науке и ослоњена на њу својим циљем, методологијом и предметом. Заједничко је овим дисциплинама пак да обе дају сазнања која нису искуствено проверљива. Неки аутори говоре и о филозофији позитивног права, чија се појава и стварање везују за последње године деветнаестог века. Претходници се могу наћи и раније, а један од њих је Кант са својим „апсолутно априорним карактером филозофије позитивног права“ (Sabo, 1978: 629). „Формални и материјални објекат филозофије права је *бивство права у целини*“ (Vukadinović, Stepanov, 2004: 5). По Лукићу „филозофија права обухвата надискуствено знање о праву, па би се можда зато могла назвати *учењем* (уместо науком), тј. општим учењем о праву, пошто термин *учење* првенствено значи нешто што није наука, нешто мање „позитивно“ и мање поуздано од науке, при чему је филозофија најтипичнија врста учења у смислу најпотпуније надискуствености“ (Лукић, 1992: 293). Тешко је „замислити једну „филозофско-научну“, „омнибус“ дисциплину, названу филозофија права, која не може да пружи искуствено проверљива сазнања чак и кад непосредно тежи ка томе (да постане наука)“ (Митровић, 2007: 28). Једнако као код филозофије, Лукић и филозофију права дели на онтологију права, аксиологију права и гносеологију права.

Теорија државе и права је општа дисциплина која даје искуствено проверљива сазнања, што је разликује од филозофије права. „Појмовна спознаја, која представља прогрес људске мисли схваћене и у историјском смислу и индивидуално-психолошком, надолази тек након искуствене спознаје објективног света“ (Perić, 1962: 207). Теорија државе и права даје општа, основна, уводна али и завршна сазнања. Ово последње је разликује од увода у право. Теорија државе и права или само теорија права чини „општу правну науку која се односи на целокупни живот права са свим његовим узајамним односима“ (Sabo, 1978: 631).

Социологија права је наука о закономерности узајамног дејства између друштва као система и права као његовог подсистема. У том смислу, њен централни предмет проучавања јесте, са једне стране, утицај друштвених услова на настајање, структуру и промене права, а са друге стране, утицај права на друштво, последице правног дејства, што се постиже функционалном анализом. Ова истраживања спроводе се на микросоциолошком и макросоциолошком плану, бавећи се утицајем права на личност човека, али и на односе између друштвених група и кретања друштва у целини. Социологија права посматра право као друштвено условљену појаву, налазећи да њега не треба сводити на систем норми, већ да као део његове структуре треба узети и његову друштвену димензију. Правне науке имају посебан дуг према социологији права у анализи моралних и обичајних норми као најзначајнијих за правну појаву.

Вишедимензионална правна појава има и економску страну. Правне појаве су веома блиске и отуда тесна повезаност између правне и економске науке. Поред основа економије, на правним факултетима се изучавају и друге специјализоване економске науке, као што су економска политика и финансијско право. Најзначајнија дисциплина би требало да се зове економија права. Дуго времена се у земљама реалног социјализма појављивало као владајуће учење економског материјализма као примењеног марксизма. По њему, економске појаве чине основу, базу друштва и у потпуности одређују све друге појаве, па и правне. Овај вулгарни материјализам данас се, као једностран, назива економизмом.

Поред тога што постоји у свести људи, право изазива људска осећања. Право, дакле, постоји и у психи људи и отуда психолошка димензија права и терен за психологију права. Људи заузимају, на основу своје свести о праву, одговарајући став према њему, одобравају га или не одобравају. Ово је ствар психе јер изазива одговарајућа осећања о ономе што је исправно, праведно и неправедно. Када се психолошка страна права глорификује, ствара се психологизам који је повезан са правном политиком. Најзначајнији представник психологизма је руско-пољски теоретичар права Лав Јосифович Петражицки. Он је норме свео на фантазме, а право прогласио императивно-атрибутивним осећањем. Његов психологизам није довео до стварања афирмисане правне „школе“. Он је био као „*метеорски пролет*“ небом у оно време јуриспруденције, али толико блистав и муњевит пролет да се није и муњевито изгубио“ (Vраћар, 1999: 615). Додајмо само још једну реченицу, увек вредног пажње, Радбруха: „Свако од нас је позорница једне на изглед несавладиве противуречности између два етичка система: система дужности и љубави, мира и смерности, и система права и части, борбе и поноса“ (Radbruch, 1980: 132).

Политика је, као вештина могућег, средство за остварење правних вредности. Утолико право и политика остварују узајамну везу, те политика или политикологија права јесте важна дисциплина. “Веза између процеса политичког конституисања друштва и државно правног поретка је двострука: најпре, овај процес представља непосредну детерминанту државноправног поретка; затим ова специфична творевина функционише као најважнији чинилац путем кога се обезбеђује ток овог процеса” (Врачар, 1965: 101). Политичко конституисање је *conditio sine qua non* опстанка и развоја организоване основне заједнице. Утолико су право и држава средства политичког конституисања глобалног друштва. Политика права се не бави постојећим правом – *de lege lata*, већ правом какво би требало да буде – *de lege ferenda*.

2.1.1. Однос увода у право са другим теоријским наукама

Опште или посебне теорије државе и права (социолошке, историјске, политиколошке, економске, психолошке, антрополошке итд.) истражују друштвене појаве у најширем смислу, „па чак уопште не морају ни да се баве државом и правом, због чега њихова стална супстанца неће бити окрњена“ (Митровић, 2004: 7). Као што смо напред разликовали филозофију права и правну филозофију, тако је исто могуће одвојити социологију права и правну социологију, историју права и правну историју, политикологију права од правне политикологије, економију права од правне економије, психологију права од правне психологије итд. Прве дисциплине припадају неправним дисциплинама, док друге изворно припадају правној науци.

Посебно је интересантан однос увода у право са филозофијом права и правном филозофијом. Важно је учинити напомену да „садржај и назив неке дисциплине, који не мора у свему да буде својствен само њој, не треба бркати са смислом и карактером дотичне дисциплине“ (Митровић, 2004: 10). Правна теорија, чији је део увод у право, је научна дисциплина, док филозофија права то није. Филозофија права не пружа искуствена, проверљива сазнања, чак и кад тежи да постане наука. Увод у право и филозофија права су две различите дисциплине, које различитим циљевима и методима истражују државу, право и њихове везе.

Док филозофија права обухвата право споља, из филозофије као најопштијег погледа на свет, дотле правна филозофија то чини изнутра, из саме правне науке. Правна филозофија пружа најосновнија и најопштија знања о држави и праву, која надилазе науку и вредносно је допуњавају. Правна филозофија је доказ да се на врхунска правна питања не може само научно одговорити. „На тај начин, правна филозофија отвара и затвара

круг метасвета права, који развија и постојано одржава правна наука“ (Митровић, 2004: 12).

3. Однос увода у право са другим правним наукама

Увод у право, као општа правна наука, остварује тесну повезаност са свим конкретно правним наукама. Посебно, кад се ради о позитивно правним наукама, јер свака таква наука мора да има теоријско својство: “грађанско право као наука није ништа друго, или не би смело бити ништа друго до теорија грађанског права, а кривично право као наука, бар што се тиче његове суштине, теорија кривичног права итд. Без таквог обележја или теоријског језгра, та посебна научна област о којој је реч изгубила би свој значај и постала чисто експликативна“ (Sabo, 1978: 630).

За теоријске правне науке, па и увод у право, често се каже да проучавају државу и право уопште. Међутим, такво нешто не постоји. Постоје само конкретне државе и конкретна права. Увод у право зато за свој радни материјал има сазнања конкретно правних наука. Дакле, увод у право, као општа, основна и почетна правна наука, произилази из конкретно правних наука. Увод у право се служи методама апстракције и уопштавања из материјала којим располажу конкретне правне науке, како позитивно-правне тако и историјско-правне. Међутим, увод у право превазилази сазнања конкретних правних наука, што се најсликовитије види у највишим општим правним појмовима државе и права. „Као што хирург не може да започне операцију без скалпела, тако ни конкретно правне науке не могу приступити проучавању конкретне државе и конкретног права без претходних (основних и општих) знања о држави и праву“ (Вукадиновић, Аврамовић, 2014: 13).

За разлику од конкретно правних наука а, посебно позитивно-правних, које дају сазнања о конкретним државним организацијама и у њима важећем праву, увод у право даје сазнања о држави и праву као системима чији су елементи испреплетани и чврсто повезани. Позитивно-правне науке пружају практична знања која су промењива, од државе до државе, од права до права. Увод у право даје једно опште, теоријско знање, које треба да води савладавању и изграђивању правничког резоновања, тј. усвајању правничког начина мишљења.

4. Закључак

Однос општих и конкретних правних наука једно је од важнијих питања теоријског значаја и домаћаја. Ово нарочито због тога што оно покреће

питања о појму и суштини права и државе. Теоријско-правне науке треба уздићи на пијадестал виши од конкретних, посебно позитивно-правних наука. Ово због тога што се у земљи у транзицији позитивно-правни прописи стално мењају. Утолико је, нпр. закон у области кривичног права погрешно називати закоником. Он је обичан закон с обзиром на честе промене.

Захтев једног ширег и комплекснијег погледа на право и државу је захтев да се на правним факултетима изучавају у већој мери теоријско-правне дисциплине. У првом реду, мислимо на филозофију права. Како Аристотел каже, све друге науке су важније али је филозофија боља од њих. Филозофију права треба изучавати на основним студијама као обавезну дисциплину. Ту је, даље, преко потребна логика права, која студентима треба да помогне у изградњи критичког мишљења. Као неспорно важне треба изучавати и социологију права, етику права, психологију права, па и естетику права.

Литература/References

- Васић, Р., Чавошки, К. (1996). *Увод у право II*. Београд: Издавачка кућа "Драганић".
- Visković, N. (1969). Što je pravni pozitivizam. *Arhiv za pravne i društvene nauke* 4(XXXVIII). 595–608.
- Visković, N. (1981). *Pojam prava, Prilog integralnoj teoriji prava*. Split: Logos.
- Врачар, С. (1965). *Социјална садржина функције државноправног поретка*. Београд: Савез удружења правника Југославије.
- Vračar, S. (1998). Savinjiјev poged na kodifikaciju prava. U F. K fon Savinji. (Pogovor), *Zakonodavstvo i pravna nauka* (str. 187–207). Podgorica: CID.
- Врачар, С. (1999). Лав Ј. Петражицки – предводник психологизма у јуриспруденцији. (Поговор), *Теорија права и морала* (стр. 611–626). Београд: ЈП службени лист СРЈ, Подгорица: ЦИД, Сремски Карловци, Нови Сад: Издавачка књижарница Зорана Стојановића.
- Vukadinović, G., Stepanov, R. (2004). *Uvod u filozofiju prava*. Novi Sad: Univerzitet u Novom Sadu.
- Вукадиновић, Г., Аврамовић, Д., (2014). *Увод у право*. Нови Сад: Универзитет у Новом Саду.
- Diltaj, V. (1980). *Zasnivanje duhovnih nauka*. Beograd: Prosveta.

Лукић, Р. Д. (1983). *Методологија права*. Београд: Научна књига.

Лукић, Р. Д. (1992). *Систем филозофије права*. Београд: Савремена администрација.

Лукић, Р. Д., Кошутић Б. (2008). *Увод у право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, Издавачки центар, Јавно предузеће „Службени гласник“

Митровић, Д. М. (2004). *Основи права*. Београд: Сингидунум.

Митровић, Д. М. (2007). *Правна теорија*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, Јавно предузеће „Службени гласник“.

Perić, В. (1962). *Pravna znanost i dijalektika*. Zagreb: Narodne novine.

Поповић, М. (2002). *Општа теорија права. Онтогносеологичке претпоставке*. Нови Сад: Правни факултет.

Radbruch, G. (1980). *Filozofija prava*. Beograd: Nolit.

Radbruch, G. (1945). *Filozofskopravni članci Gustava Radbruha, Pet minuta filozofije prava*. Beograd: Nolit.

Sabo, I. (1976). *Filozofija prava, pravna nauka, teorija prava*, iz teorije prava, knjiga 2, O filozofiji prava (međunarodni simpozijum održan u Srpskoj akademiji nauka i umetnosti maja 1976. godine), Beograd 1978. godine (str. 629–640).

Живановић, Т. (1921). *Систем синтетичке правне филозофије*. Београд: Напредак.

Живановић, Т. (1959). *Систем синтетичке правне филозофије*. Београд: Српска академија наука.

Doc. Suzana Medar, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

**GENERAL AND SPECIFIC LEGAL DISCIPLINES, WITH A
BRIEF OVERVIEW OF INTRODUCTION TO LAW**

Summary

The state and law exist, both realistically in time and space and ideally as a set of pure ideas and values in time, as contents of consciousness and mental processes. Legal sciences fall into the group of social sciences. The cradle of legal sciences is ancient Rome. The subject matter of legal sciences is the study of law and the state, as closely related issues. They are divided into general (abstract) and subject-specific (concrete) legal sciences. The subject-specific legal sciences are further divided into positive-law and legal-history disciplines. The theoretical or abstract legal sciences study the law and the state in general; they include disciplines such as: Introduction to law, Theory of law and state, Sociology of law, Economics of law, Psychology of law, Political science of law, etc. Introduction to law has an interesting relationship with Philosophy of law and Legal philosophy. Introduction to law is a general, basic, and introductory legal discipline that provides experientially verifiable knowledge. Philosophy of law and legal philosophy provide trans-experiential knowledge, using methods such as: intuition, inspiration, revelation. Concerning relations with subject-specific legal sciences, Introduction to law derives from specific legal sciences, but it exceeds the scope of their subject matter by studying the the most general concepts related to the law and the state.

Key words: *general and specific legal sciences, legal disciplines, introduction to law, theory of state and law, philosophy of law, legal philosophy.*

Др Срђан Радуловић,*
Доцент Правног факултета
Универзитет у Приштини са привременим
седиштем у Косовској Митровици

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1984

UDK: 347.122
Раd примљен: 27.09.2019.
Раd прихваћен: 29.10.2019.

О ПОТРЕБИ ПРОШИРЕЊА ДОМАШАЈА ИНСТИТУТА ЗАБРАНЕ ЗЛОУПОТРЕБЕ СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА

Апстракт: *Институт забране злоупотребе субјективних права представља изузетак од правила да одговорност једног лица долази у обзир само онда када се оно понашало противно праву или некој другој норми за коју правни поредак везује правно дејство. Као такав, то правна логика налаже, он мора бити тумачен уже. Ипак, теоријско-емпиријско истраживање, које је раду претходило, показује потребу за ширењем домашаја овог правног института и на оне ситуације које се не могу сматрати активним држањем титулара права. У том смислу – служећи се предностима нормативног метода, телеолошког тумачења, али и мултидисциплинарног приступа – аутор у раду наглашава релативни карактер облигационог односа и истражује, не како институт забране злоупотребе права функционише у оквиру важећег парничног процесног права, већ потребу да институт забране злоупотребе у материјалном грађанском праву посматраном *de lege ferenda* буде конструисан као у важећем формалном праву.*

Кључне речи: *злоупотреба субјективних права, забрана злоупотребе субјективних права, конкретизација забране злоупотребе субјективних права.*

* srdjan.radulovic@pr.ac.rs

1. Уводне напомене

Позитивно право, каже се, постоји на нивоу објективне стварности. Његови стални пратиоци – природно, објективно, идеално, праведно право – дакле, права која се у дуалитету с позитивним истичу израженијом моралном компонентом, постоје евентуално, не и нужно, на нивоу колективне или индивидуалне свести, с тежњом да и они постану позитивно право (Марковић, 2000: 9). Право и морал, дакле, нису синоними, но то никако није оправдање за правне прописе који се сматрају неморалним (Перић, 1912: 5-6). Стога, искрено верујемо како постоји и супротна тежња, тежња позитивног права да, барем из перспективе моралности, постане природно, објективно, идеално, праведно. Институт забране злоупотребе права¹ један је од инструмената за којим законодавац, нарочито у новије време, радо посеже у настојањима да се приближи поменутом идеалу².

Мада је правни институт забране злоупотребе права у већој мери прихваћен као основни регулаторни принцип правног промета (Gagula, 2014: 299; Ракочевић, 2018: 771; Cueto-Rua, 1975: 967)³, ставовис њим у вези варирају у дихотомији „за или против“. Другим речима, умерених ставова у вези овог института, било оптимистичних, било песимистичних, готово да нема. Ово не треба да изненади, иако је и сам институт конструисан да би се премостио јаз између две крајности. Правни институт забране злоупотребе субјективних права представља школски пример правних појава које су у

1 Када у раду употребљавамо израз злоупотреба права или забрана исте, мислимо на особен начин употребе конкретних, субјективних овлашћења. Ван нашег интересовања за сада остаје могућност злоупотребе објективног права, поред осталог, зато што верујемо како би злоупотреба објективног права са становишта конкретноправних дисциплина била изнова сведена на (не)употребу постојећих овлашћења, те да би остали случајеви злоупотребе објективног права у процесу док оно још не постоји, то јест у његовом настајању, били интересантни искључиво са становишта теоријскоправних наука.

Слично мишљење је већ формирано у теорији (Пауновић, 2004: 64–65).

2 Институт забране злоупотребе права могао би да буде ултимативно средство у настојањима да се обезбеди *mesotes* сталној тензији између слова закона и духа закона, те крајности у виду трпљења и наношења неправде (Kozlić, 2014: 1159).

3 У корак с нашим размишљањем иду, чини се, и студије рађене под покровитељством Савета Европе. Видети: See J. Voyame, B. Cottier & B. Rocha, "Abuse of Right in Comparative Law" in Abuse of Rights and Equivalent Concepts: The Principle and Its Present Day Application (Proceedings of the 19V Colloquy on European Law, Luxembourg, 6-9 November 1989) (Strasbourg: Council of Europe, 1990) 23 at 23 [hereinafter Abuse of Rights and Equivalent Concepts], наведено према Michael Byers, Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age, *McGill Law Journal* retrieved from https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5574&context=faculty_scholarshipстрp.391.

стању да доведу до правог цепања личности када год се постави питање његове оправданости, правног дејства, домашаја и/или облика у којем га евентуално треба нормирати.

Но, у намери да истраживачку позицију у овом раду не учинимо непотребно сложеном, свесно ћемо заобићи аргументацију става да је, када се ради о вршењу права, могуће разликовати правилно од неправилног вршења⁴. То ћемо учинити тако што ћемо по страни оставити ставове оних аутора који сматрају да забрана злоупотребе субјективних права функционише као корективни принцип чак и унутар оних правних поредака који је својим позитивноправним прописима уопште не дефинишу (Станковић, 2004: 33), али и ставове аутора који не верују у логичку исправност, самим тим и применљивост, овог правног института. Уместо тога, радије указујемо на један позитивноправни моменат који присталице, а нарочито противници овог правног института, у својим настојањима да објасне ову правну појаву не смеју занемаривати.

Наиме, институт забране злоупотребе субјективних права део је нашег позитивног грађанског, тачније облигационог права⁵. Он је део наше правном нормом пројектоване стварности и као такав апсолутно мора бити уважен, чак и од стране оних који не деле наше симпатије према овом правном институту⁶.

Уважавањем ове чињенице отварају се бројна питања. Оно које је у фокусу нашег рада може бити разрешено применом основних техника интерпретације правне норме. Заправо, оно и мора бити разрешено на тај начин с обзиром на наше правнопозитивистичко утемељење истраживања. Наиме, питање које треба размотрити је да ли наше позитивно право даје могућност да се пружи правна заштита лицу које трпи некакву правно релевантну неугодност због тога што друго лице, а са којим је оно у правном

4 Уосталом, сасвим је јасно како доношење „доброг закона“, који ће на свеобухватан начин регулисати одређени сегмент друштвене стварности и претворити је у правну, јесте неопходно, али не и довољно (Сигић, 2015: 56), те да је остављање могућности доцније корекције бројних несавршености саме норме од кључне важности за неометано одвијање правног живота.

5 Чл. 13 Закона о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, 1/2003 – Уставна повеља, одсек В (даље у тексту: 300 РС).

6 Ово тим пре јер је интенција да правни институт забране злоупотребе субјективних права остане регулаторни принцип и *de lege ferenda*. Видети: Чл. 20 Радног текста Грађанског законика Републике Србије. Преузето 25.01.2019. <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>.

односу, право које из тог односа произлази није вршило. Ми сматрамо да је одговор на ово питање позитиван.

1.1. Логички основ концепције о абузивном невршењу права *de lege lata*

Ставда ЗОО РС успешно препознаје, али и санкционише случајеве абузивног невршења права, заслужује двоструку евалуацију. Исту је неопходно извршити, најпре на вишем нивоу апстракције. Након тога, евалуацију је неопходно извршити на нивоу правних норми које непосредно или чак посредно конкретизују предметни институт.

ЗОО РС говори и то изричито о *вршењу* [нагласио аутор С. Р.] субјективног права противно циљу због којег је то право установљено⁷. Правна теорија изводи из тога, на први поглед сасвим исправан, закључак да је *вршење права* [нагласио аутор С. Р.] конститутивна предиспозиција злоупотребе права, те да се субјективно право не може злоупотребити на било који други начин сем вршењем истог. Ови ставови у основи нису погрешни. Ипак, они почивају у потпуности на језичком тумачењу норми ЗОО РС. С тим у вези истичемо, ово тумачење није погрешно, барем не само по себи, али језичко тумачење у било којој грани права, с изузетком, евентуално, кривичноправних прописа, конкретно оних који чине његов „посебни део“, тешко да се може узети за потпуно и априори исправно (Mandić, 2017: 209–210).

Правила тумачења по методи (Mandić, 2017: 177–204), наиме, налажу да се језичко тумачење користи на примарном нивоу интерпретације норме, али не као дефинитивно, коначно и једино исправно тумачење. Оно то не може бити, нити се то од њега очекује⁸. Оно је у логичком систему замишљено само као основ за даља тумачења, те доцнију изградњу правних дефиниција. У том маниру, сматрамо како се изнад језичког тумачења норме која се на злоупотребу права односи ваља издићи на „крилима“ телеолошког тумачења. Стога, иако не доводимо у питање потребу да се то чини без обзира на усмереност права, сматрамо како

7 Чл. 13 Закона о облигационим односима.

8 Нама се чини да то не може бити ни логичко тумачење. Оно се одвија и остаје у оквиру правне норме и, будући да почива на хладној рационализацији, не подразумева додавање било каквих елемената који се ван норме налазе, а којима би она била оживотворена и учињена погоднијом за примену (Mandić, 2017: 203).

је тим пре неопходно уважити правила телеолошког тумачења када се интерпретира норма из које произлазе права релативног карактера⁹.

Језичко тумачење и ставове на њему засноване, дакле, неопходно је допунити постављањем питања (и изналажењем одговора на то питање) шта је циљ института забране злоупотребе субјективних права прокламованог нашим ЗОО РС¹⁰.

Интересантно је у том смислу да законодавац говори о вршењу права противно циљу, по правилу, без стварног навођења циља који се заиста жели постићи конкретним субјективним правом. У одсуству јасних инструкција који су то циљеви који се не смеју компромитовати вршењем конкретних субјективних права, оправдано је поставити питање можемо ли уопште правилно утврдити циљ(еве) самог института забране злоупотребе субјективних права?

Онај општи, мишљења смо, можемо утврдити. У том контексту, једно од питања које треба поставити је да ли се творац ЗОО РС задовољава тиме да спречи или санкционише само она понашања којима се право злоупотребљава, а која се надовезују на активно држање титулара права, или је циљ овог правног института да се стане на пут *свакој злоупотреби права* [нагласио аутор С. Р.], па чак и оној која произлази из пасивног држања титулара права.

Нама не делује да је интенција законодавца, упркос врло уско постављеној формулацији, била да се овај правни институт користи као средство искључиво против абузивног вршења права. Да је тако, законодавац се вероватно не би одлучио да члан 13 ЗОО РС назове „Забрана злоупотребе права“. Циљ чије је остварење било пројектовано поменутом правном нормом је, у то смо сигурни, био да се омогући судијама да се успешно супротставе *свакој злоупотреби права* [нагласио аутор С. Р.] – превасходно оној која произлази из вршења субјективног права, али не и искључиво њој.

9 Овим не доводимо у питање у правној теорији изнете ставове о постојању дуалитета између етатистичке и социолошке норме, те различитости правила тумачења која ваља применити приликом интерпретације првих у односу на последње, тим пре јер се сматра да модерне етатистичке норме преузимају особине социолошких у процесу њиховог правног нормирања, а које, око тога немамо недоумица, ваља уважити приликом тумачења (Марковић, 2000: 15).

10 Намерно користимо израз “циљ” као једину. Свесни смо, наиме, да законодавац, поготово кроз правни стандард, најчешће претендује да оствари велики број циљева, а не само један (Mandić, 2017: 201). Међутим, у мору посебних циљева пројектованих кроз забрану злоупотребе субјективних права чије би утврђивање превазишло потребе овог рада, ми смо се ограничили на утврђивање само оног општег циља.

Ми не споримо чињеницу да је злоупотреба права далеко чешћа у активном облику, те да као таква има „приоритет“ у регулисању. Не споримо ни чињеницу да је конструкција абузивног невршења права врло погодна да и сама буде злоупотребљена. Ипак, сматрамо да би се инсистирањем на стриктном језичком тумачењу и логичком правилу да изузетке треба тумачити уско, овај правни институт, упркос потенцијалу који поседује, суштински учинио неефикасним. Штавише, чини нам се како би било каквим категоричким одбацивањем могућности санкционисања абузивног невршења права потенцијално читава концепција забране злоупотребе права била доведена у питање. Ово из разлога што би један од њена два појавна облика био елиминисан. Како искрено верујемо да је циљ законодавца био, баш напротив, да се правни институт забране злоупотребе права учини што је могуће ефикаснијим средством, а затим и да се исказа његово недвосмислено опредељење у свој супротстављености унутрашње и спољашње теорије злоупотребе права, сматрамо да као логичан произлази закључак да законодавац препознаје друштвену опасност и абузивног невршења права.

Логичку основу, даљом анализом резултата који произлазе из телеолошког тумачења, можемо потражити и у значењу синтагме „вршење права“. Наиме, када у свакодневном говору употребимо израз „вршење“, имамо у виду искључиво активно држање једног лица, то јест некакво чињење. Њему супротан био би израз „невршење“, који указује на одсуство конкретне активности једног лица.

Језик којим се законодавац користи, са друге стране, не ослања се непосредно на народни, односно у правном смислу лаички језик. Он се на њега, то може бити врло интересантно, ослања само посредно. Законодавац се у својим нормативним конструкцијама ослања непосредно на научни језик, то јест језик специјално изграђен за потребе правне науке¹¹. Тако, чак и уколико занемаримо изражену (мета)филозофску компоненту правне науке, приметимо да овај језик у односу на народни, иако из њега проистиче, функционише по значајно другачијем принципу¹².

Уколико пођемо од тога да је циљ научне делатности да се релације из природне или друштвене стварности сведу на низ исказа који су у истим условима увек тачни, језик који наука гради, нарочито при изражавању

11 Ово поимање тространог односа између народног језика, језика законодавца и језика правне науке, иде у корак са инсистирањем на разлици између лаичког, правног и правничког језика (Подгорац, 2000: 270).

12 Питање примене језика важно је подједнако на свим нивоима бављења правом – подједнако је важно и за стварање, и за тумачење, а нарочито примену и остваривање права (Подгорац, 2000: 269–270).

друштвених феномена који се не дају увек прецизно изразити, по природи ствари мора бити шири у значењу. Он нужно мора бити свеобухватнији. У нашем случају то значи да исти израз, израз „вршење“, када га употребљавамо у праву, не можемо интерпретирати на онај начин на који се то чини у лаичком општењу. Њега морамо интерпретирати као шири. Стога, када у складу с препорукама правне теорије успемо да занемаримо конвенционално значење израза и покушамо да проникнемо у суштину терминологије која је употребљена (Marković, 1968: 10), заиста искрено верујемо да појам „вршење права“ не значи нужно само активно држање титулара права, већ да може значити и пасивно држање, те да би синоним – уколико је читаоцу тако лакше да доживи идеју о којој говоримо – у народном језику био, не израз вршење, већ израз уживање¹³. Дакле, уколико синтагму „вршење права“ интерпретирамо као „уживање“ истог од стране титулара, произлази да би се забрана вршења права противно циљу о коме законодавац говори односила на забрану противциљног уживања права. То, даље, значи да се она односи и на забрану абוזивног невршења права.

1.2. Случајеви конкретизације забране абузивног невршења права

Верујемо како је о томе да ЗОО РС препознаје абузивно невршење субјективног права као облик злоупотребе, а нарочито око степена друштвене опасности коју оно носи, могуће постићи минимум консензуса. Међутим, једна ствар је рећи како ЗОО РС препознаје и пасиван облик злоупотребе субјективних права. Нешто сасвим друго је, међутим, рећи да он злоупотребу субјективних права и санкционише. Исправност ове смеле хипотезе не може се више доказивати, барем не довољно успешно, на нивоу интерпретације конкретне норме којом је забрана злоупотребе субјективних права обликована. Индикаторетачности ове хипотезе, иначе расуте унутар текста ЗОО РС, морамо пронаћи у случајевима конкретизације забране злоупотребе субјективних права, како у онима који се традиционално узимају за такве, тако и у онима који до сада нису посматрани на овај начин.

13 Поређења ради, Српски грађански законик – иако може бити спорно да ли творац акта промовише или одбацује идеју о злоупотреби субјективних права – с јаснијим ослонцем на народни језик, у §806 заиста говори о „уживању“ права својине. Приликом формулације института забране злоупотребе права за потребе Општег имовинског законика за књажевину Црну Гору, Валтазар Богишић, се у настојањима да се приближи захтевима народног језика, одлучио у чл. 1000 за формуацију у којој говори о „служењу правом“. У слободном преводу, чини се да се и творац Аустријског општег грађанског законика из 1811, пре измена из 1916, определио за израз „служење правом“ у §1305.

Наиме, законодавац претендује на свеобухватност у регулисању правних односа. Поменутом идеалу могуће је приближити секроз правне норме различитог нивоа општости. Оне најопштије, неодређене ни по диспозицији ни по санкцији, а изражене у виду генералних клаузула, представљају главно средство за остварење тог циља и као такве чине основу правне нормативе (Marković, 1968: 9). Ипак, иако претендује на остваривање правне извесности кроз употребу формулација које обухватају што је већи број чињеничних стања могуће, без сувишног опртеретивања законског текста (Marković, 1968: 12), законодавац не жели да судије у конкретним случајевима препусти саме себи. Он улаже огромне напоре да, када год је то могуће, опште принципе, уткане у правни поредак, конкретизује препознавањем ситуација које се у пракси најчешће понављају. Једном препознате, ове ситуације законодавац издваја под окриље посебних правних института. Општи принцип се према тим засебним правним институтима који су из њега изведени односи као *lex generalis*. То значи да ће се он применити само онда када се чињенице из живота не могу подвести под прецизно дефинисано примарно правило (што би даље дало основа за примену прецизно дефинисаног секундарног правила) конкретног правног института¹⁴.

1.2.1. Застарелост и абузивно невршење права

Кроз правни институт застарелости законодавац претендује да оствари читав низ циљева¹⁵, а начин на који то чини посебно је занимљив. Законодавац, наиме, препознаје два понашања на страни повериоца – невршење права у законом одређеном року, те покушај вршења по протеклу тог рока. У противуречности повериоцевог понашања препознаје одређени степен друштвене опасности, те створену неизвесност, из које опасност произлази, решава тако што у првом тренутку предност даје интересима чијем задовољењу служи установљено право¹⁶, да би по протеклу времена које је сам одредио¹⁷ законодавац стао на страну дужника. То чини тако што даје могућност дужнику да материјалноправним приговором

14 О неодређености правног стандарда на нивоу примарног правила (диспозиције) и секундарног, то јест супсидијерног правила (санкције), детаљније видети код: Марковић, 1968: 9 и даље.

15 Законодавац кроз застарелост претендује да помири, најпре, индивидуалне противуречне интересе дужника и повериоца, затим да помири индивидуалне и опште интересе, да спречи злоупотребу права, да уважи креативни и деструктивни утицај протекла времена, те да успостави нарушени склад између правног и фактичког.

16 Чл. 360 и 361 Закона о облигационим односима.

17 Чл. 371–380 Закона о облигационим односима.

повериоцем праву умањи значај, утолико што ће га лишити привилегије да буде успешно заштићено у судском поступку¹⁸, не дирајући притом у основ(аност) потраживања¹⁹, чиме оставља могућност да се потраживање пуноважно измири добровољно²⁰.

Немогућност повериоца да се ослони на средства принуде којима држава располаже, иако је тешко негирати да има и других исправних интерпретација, ми поимамо као својеврсну санкцију за повериоца. Уколико прихватимо ово схватање, поставља се питање које се понашање тачно санкционише – прво које подразумева невршење права у одређеном року, накнадни покушај вршења права или оба понашања као сукцесивни след? Делује да се последњи став може бранити са највише успеха, те да застарелост наступа након сукцесивне остварености оба облика понашања, међутим ми сматрамо да законодавац санкционише управо невршење права.

Ово закључујемо, најпре, из тога што се законодавац одлучио за то да право опстане након успешног истицања приговора застарелости; затим, из тога што оно може да буде реализовано без подвођења на тај начин прибављене користи под богаћење без ваљаног правног основа; из тога што примена санкције зависи искључиво од воље дужника; те из формулације самог приговора застарелости којом дужник не оспорава садашње вршење права, већ скреће пажњу суду на његово пређашње „невршење“ (Радуловић, 2018: 143–145).

Посебно желимо да нагласимо да дужник може истаћи тужбени захтев којим тражи да се утврди да је право застарело након протекла законом предвиђеног времена у којем није вршено, и тиме отклони неизвесност која доцније може настати. Још је интересантније то да суд може да усвоји тај захтев и огласи право за застарело, чак и онда када поверилац уопште није ни покушао да га врши. Произлази из тога необичан закључак, који као такав завређује да буде предмет посебног истраживања, да вршење права није ни предуслов за наступање застарелости, а затим и да конституенс злоупотребе права у овом случају уопште није противуречност. Оно што је извесније је да се тешко може одржати став да се кроз застарелост санкционише чињенични скуп у виду невршења и вршења права, а нарочито став да се санкционише вршење права. Из ове перспективе делује

18 Чл. 360 ст. 3 Закона о облигационим односима.

19 У овом тренутку вредан анализе је, свакако, и став, изнет у теорији права, о разлици између оних облика абוזивног понашања која су као таква забрањена изричито и оних која нису забрањена, него *само* неоснована (Vodinelić, 1997: 216–217).

20 Чл. 367 Закона о облигационим односима.

да се са више успеха може бранити став да се застарелошћу као обликом конкретизације злоупотребе права санкционише невршење права.

2.2.2. Невршење права избора код алтернативних обавеза и абузивно невршење права

У ред уговора са нижим степеном одређености предмета које законодавац допушта спадају и уговори са алтернативно постављеним обавезама. Критеријуми на основу којих се одређење предмета врши не могу се сматрати објективним, самим тим ни сасвим прецизним, већ су они субјективни, и то у смислу да су везани за поверено и временски ограничено право избора једне од дугованих чинидби²¹. Дакле, услов да овај уговор настане, а затим и буде реализован, јесте да се право избора најпре повери једном лицу у уговору или ван њега, те да оно у остављеном времену изврши избор и дефинитивно определи предмет²². И управо у овом тренутку долазимо до везе између алтернативних обавеза и абузивног невршења права.

Поставља се, наиме, питање које су последице невршења права избора, а затим и питање каква је правна природа тих последица. Законодавац, то се од њега очекује, нуди недвосмислен одговор на прво питање, те забуне нема²³. То нам омогућава да дођемо до поузданог одговора и на друго питање, а које је од посебног значаја за овај рад.

С тим у вези, чврсто стојимо на становишту да се ово правило може и треба посматрати и као *sui generis* санкција. Мада такав став може бити споран, ми у овом тренутку нисмо у стању да правилу садржаном у чл. 405 ЗОУ РС у потпуности одрекнемо „казнени“ карактер. И заиста, како другачије објаснити чињеницу да је, нарочито у случају када оно припада

21 Из формулације норми ЗОУ РС произлази да је примарни услов да уговор са неодређеним предметом настане пуноважно да постоје довољно јасни критеријуми на основу којих се, када се из фазе стварања пређе у фазу извршења уговора, до тада одредив предмет може учинити одређеним у потпуности. Међутим, законодавац иде и корак даље у намери да уважи принцип аутономије воље који је сам прокламовао, те допушта и оне уговоре код којих ти критеријуми недостају, али је поверено право трећем лицу да предмет определи у потпуности.

Чл. 46, чл. 47 и чл. 50 Закона о облигационим односима.

22 Ситуација када право избора припада лицу које није уговорна страна, то јест трећем лицу како га законодавац назива, није интересантна из перспективе овог истраживања и рада, будући да за треће лице не постоји никаква „санкција“ за случај невршења повереног права избора.

Чл. 406 Закона о облигационим односима.

23 Чл. 405 Закона о облигационим односима.

повериоцу, једно овлашћење одузето и пренето на другу страну, која је, када дође до спорног невршења права избора, све мање уговорни партнер, а све више потенцијални противник у судском спору. Верујемо како и лаичком и стручном поимању предметне правне норме одговара став да се у овом случају ради о својеврсној санкцији.

Под условом да прихватимо идеју да се у овом случају ради о супсидијерном правилу, то јест санкцији, будући да је и диспозиција позната, одређење претпоставке санкције постаје особито сложено. Наиме, ако је било које овлашћење установљено правном нормом, субјект чијим интересима је оно подређено њиме се може користити, али и не мора. Изузев уколико не прихватимо спорну конструкцију о праву као „обавези у сопственом интересу“, невршењу овлашћења нема препрека, јер је невршење овлашћења, подједнако као и вршење истог, допуштен начин уживања права. Ни први ни други облик понашања не вређају диспозицију норме којом је то овлашћење предвиђено. Међутим, уколико невршење права није противправно, али се ипак санкционише, произлази да је „санкција“ изречена због злоупотребе права, и то управо због пасивног држања имаоца овлашћења.

2.2.3. Поверилачка доцња и абузивно невршење права

Дејство једном заснованог облигационог односа испољава се у правима и обавезама лица која у том односу учествују (Радишић, 2004: 317), а суштина остварује испуњењем обавезе, то јест извршењем чинидбе коју дужник дугује, а коју је поверилац овлашћен да захтева, те евентуално остварења циља уколико се ради о „обавезама резултата“ (Тишић, 2018: 173). Из тога се даље основано може закључити како је читав облигациони однос заснован ради повериоца. Међутим, иако однос јесте заснован ради задовољења његових (не)материјалних интереса, претходно поменути правни институти: застарелост и правила која се односе на невршење права избора код алтернативних обавеза, али и други који нису предмет интересовања у овом раду, показују како су у облигациони однос уткани и интереси дужника, те да постоји потреба да и они буду заштићени. То показује, можда и најјасније, законом уређен концепт поверилачке доцње.

Наиме, да би се дужник своје обавезе ослободио, најчешће је потребна сарадња повериоца која се састоји у некој радњи пријема испуњења. Случајеви у којима дужник може испунити своју обавезу без икаквог ангажовања повериоца, сем евентуално код обавеза које гласе на нечињење, изузетно су ретки у пракси (Тишић, 2018: 174). Управо у случајевима, истина не нарочито честим у пракси, када у процесу испуњења изостане неопходно

активно учешће повериоца, које би омогућило да дужник започне или доврши започето испуњење, настаје особита правна неизвесност (Тишић, 2018: 176). Она произлази из претпоставке, по нама обориве, да поверилац није једини који има интерес за испуњење обавезе. Нешто прецизније, треба поћи од тога, а чини се да законодавац то и чини, да и дужник има одређени (не)материјални интерес за испуњење обавезе коју дугује²⁴.

На страни дужника у конкретном случају можда уопште не постоји никакав интерес да на испуњењу инсистира уколико већ поверилац показује знаке незаинтересованости. Основано је претпоставити да му такво понашање повериоца чак и одговара. Но, правилније је претпоставити да интереси ипак постоје, те на темељу те претпоставке омогућити дужнику да их оствари упркос изостанку повериоца сарадње на коју га, узгред, дужник никако не може приморати. Законодавац дужнику омогућава да своје интересе који се реализују кроз испуњење оствари прописивањем својеврсних санкција за повериоца који доспе у доцњу²⁵.

Овде се поставља питање правне природе потенцијалних последица поверилачке доцње. Наиме, поверилац, сем у ретким случајевима у којима се законодавац одважи на такву одредбу²⁶, нема обавезу пријема испуњења. Поверилац има право, то јест овлашћење да захтева испуњење обавезе по њеној доспелости, али не и обавезу да исту захтева нити да у њој учествује. Уколико је заиста тако, питање правне природе последица поверилачке доцње може бити разрешено кроз институт забране злоупотребе права и то злоупотребе у пасивном облику.

Треба обратити пажњу на следеће релације с тим у вези. Наиме, рекли смо, поверилац има овлашћење, не и обавезу. Ако је већ санкционисан због свог понашања, санкција не може бити изречена због противправног понашања, будући да никаква дужност на страни повериоца није ни установљена. Ако се неко санкционише, иако се није понашао противправно, онда се санкција може поимати само као последица абузивног понашања. Најзад, под условом да се сложимо да се у конкретном случају санкционише

24 Дужников интерес за испуњење сопствене обавезе према повериоцу почива, то је најчешће и случај, на дужниковој жељи да и поверилац изврши своју обавезу, која произлази из двостранообавезујућег правног посла који је основ дужникове обавезе или неког другог правног посла, уколико су дужник и поверилац, рецимо, у сталном пословном односу (материјални интерес). Дужников интерес може произлазити из моралних разлога за исуњење обавезе, потребе да се очува пословни углед или потребе да се избегне друштвена осуда која прати одговорност за причињену штету (нематеријални интерес).

25 Чл. 326 и 327 Закона о облигационим односима.

26 Чл. 622 Закона о облигационим односима.

злоупотреба, она се у овом случају дефинитивно не састоји у вршењу права или каквог овлашћења већ, напротив, уневршењу истог. Произлази како су законом прокламоване последице поверилачке доцње, као и институт у целини, облик конкретизације забране абузивног невршења права.

2. Закључци

У процесу оживотворења права не сме се губити из вида да се сви облици интерпретација правне норме налазе у односу интеракције делујући једна на другу, што значи да ниједан од њих, осим у ретким случајевима правних дефиниција и кривичних прописа, не може дати валидне резултате сам по себи (Mandić, 1971: 209–210). Посебно место међу начинима интерпретације заузима телеолошко тумачење, јер се утврђивањем циљева који су детерминисали постанак норме ствара основни предуслов за такав начин примене норме који би остварењу тог циља заиста и водио (Mandić, 2017: 201). С тим у вези, а с ослоном на у раду понуђене аргументе, чврсто стојимо на становишту како је циљ института забране злоупотребе права стварање погодног тла за супротстављање свим облицима понашања који јесу у складу са правном нормом, али из којих произлази некаква неугодност за одређено лице, а не само оним облицима злоупотребе који произлазе из активног понашања имаоца овлашћења.

Овакав став сугерише и то да је постојећа одредба ЗОО РС којом се прокламује забрана злоупотребе права, због инсистирања на противциљном *вршењу права* [нагласио аутор С. Р.], сувише уско постављена. Иако ми немамо недоумица да је постојећа норма ЗОО РС сасвим довољан основ да судија санкционише и абузивно невршење права, сматрамо како не би било згорег да се таква могућност учини видљивијом. То је могуће учинити на више различитих начина, свакако, али уколико заиста претендујемо на ефикасност норме и свеобухватност стандарда, сматрамо како је у будући кодекс грађанског права, то јест његов општи део, неопходно имплементирати одредбу коју промовише ЗПП РС, а према којој судија треба да спречи и казни *сваку злоупотребу* [нагласио аутор С. Р.] права које припада одређеном субјекту.

Литература/References

Vodinelić, V. V. (1997). *Takozvana zloupotreba prava*. Beograd: Nomos.

Gagula, A. (2014). Zloupotreba prava u obligacionom pravu u Bosni i Hercegovini. *Izgradnja modernog pravnog sistema*. 289–305.

Закон о облигационим односима. *Службени лист СФРЈ*. Бр. 29.1978, 39.1985, 45.1989 – одлука УСЈ. Бр. 57.1989, *Службени лист СРЈ*. Бр. 31.1993 и *Службени лист СЦГ*. Бр. 1/2003 – *Уставна повеља, одсек В*.

Закон о парничном поступку. *Службени гласник РС*. Бр. 72/2011, 49/2013 – *Одлука УС*. Бр. 74/2013, *Одлука УС*. Бр. 55/2014 и 87/2018.

Kozlić, S. (2014). Zastara u filozofiji prava: Kant i Hegel. *Izgradnja modernog pravnog sistema*. 1157–1168.

Mandić, O. (1971). *Sistem i interpretacija prava*. Zagreb: Narodne novine.

Марковић, Б. (2000). О дуалитету позитивног права. *Стварање права. Србија – правна држава*. 9–19.

Marković, M. (1968). Generalne klauzule (Fragmentarna skica za studiju o pravnom standardu). *Zbornik radova pravno-ekonomskog fakulteta u Nišu*. 7.

Пауновић, С. (2004). Злоупотреба права својине. *Бранич*. 3–4. 64–81.

Перић, Н. (1912). *Теорија злоупотребе права и грађанско законодавство, Докторска теза*. Београд: Геца Кон.

Подгорац, К. (2000). Реч-две о улози језика у стварању права. *Стварање права. Србија – правна држава*. 269–271.

Радишић, Ј. (2004). *Облигационо право, Општи део*. Београд: Номос.

Радни текст Грађанског законика Републике Србије. [Electronic version] Преузето 25.01.2019. <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>

Радуловић, С. (2018). Застарелост као санкција абузивног невршења права. *Зборник радова „Начела добре владавине – начело правне сигурности и начело правичности“*. 3. 135–148.

Rakočević, M. (2018). *Vona fides* u parničnom postupku – teorijska razmatranja. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*. 4(55). 771–789.

Станковић, Г. (2004). Накнада штете због злоупотребе процесних овлашћења. *Бранич*. 3-4. 33–48.

Тишић, Г. (2018). Неке рефлексије о концепту поверилачке доцње. *Зборник радова „Начела добре владавине – начело правне сигурности и начело правичности“*. 3. 173–188.

Ćirić, J. (2015). Idealni zakoni i nesavesni pravници. *Nauka, bezbednost, policija*. 2(20). 55–69.

Cueto-Rua, J. (1975). Abuse of Rights. *Louisiana Law Review: Special Issue*. 5(35). 966–1013.

Doc. Srđan Radulović, LL.D.,
Assistant Professor,
Law Faculty, University of Priština,
Temporary Head Office in Kosovska Mitrovica

**THE NEED TO EXTEND THE SCOPE OF THE LEGAL INSTITUTE
CONCERNING THE PROHIBITION OF ABUSE OF RIGHTS**

Summary

*The legal institute that prohibits the abuse of rights is an exception to the rule that the issue of one's civil liability shall be raised only if the legal subject acted contrary to the legal norm or some other (non-legal) norm which is given legal effect by the legal system. The basic rule of legal logic in interpreting this legal institute is to interpret its norms in the narrowest possible sense. Yet, the theoretical and empirical research that preceded this paper shows the need for extending the scope of this legal institute in order to cover all those situations where a legal subject remained passive when it comes to the use of civil rights. In that sense, relying heavily on the advantages of the normative method, teleological interpretation and multidisciplinary approach, the author emphasizes a relative nature of obligations. Thus, rather than discussing how the legal institute prohibiting the abuse of rights functions in current civil procedure law, the author points to the need of regulating this legal institute more precisely in the substantive civil law *de lege ferenda* as it was done in the current civil procedure legislation.*

Key words: *abuse of rights, prohibition of abuse of rights, precise provisions.*

Др Данило Стевандић,*
Помоћник начелника Управе полиције
Министарство унутрашњих послова Републике Србије

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1984

UDK: 340.137(4-672EU:497.11)
351.756
Раđ примљен: 19.02.2019.
Раđ прихваћен: 31.10.2019.

ХАРМОНИЗАЦИЈА ЗАКОНОДАВСТВА СРБИЈЕ У ОБЛАСТИ КРЕТАЊА И БОРАВКА СТРАНАЦА СА ПРОПИСИМА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Апстракт: У чланку је дат приказ материјалноправних и процесно-правних установа и решења садржаних у Закону о странцима Републике Србије који је донет 26. марта 2018. године, ступио на снагу 3. априла 2018. године, а у примени од 3. октобра 2018. године. После уводних напомена, учињен је кратак осврт на систематику закона и његова номотехничка обележја, а затим је извршена критичка анализа нових установа и законских решења њиховим упоређивањем са одредбама претходног Закона о странцима (2008) и релевантним правним прописима Европске уније. Аутор закључује да је новим Законом о странцима у Републици Србији значајно унапређен правни оквир за остваривање и заштиту права у области уласка, кретања и боравака странаца и да је постигнут виши ниво усаглашености националног права са правним стандардима Европске уније.

Кључне речи: хармонизација законодавства, странац, кретање странаца, боравак странаца, неприхватљив безбедносни ризик, одбијање уласка, незаконит боравак.

1. Уводне напомене

Народна скупштина Републике Србије је на Првој седници Првог редовног заседања у 2018. години одржаној 22. марта 2018. године, после спроведене јавне расправе, донела нови Закон о странцима (у даљем тексту: ЗОС/2018).¹ Закон је проглашен Указом председника Републике 26. марта 2018. године,

* e-mail: stevandic.danilo@gmail.com

1 Сл. гласник РС, 24/18.

ступио је на снагу 3. априла 2018. године, а почео је да се примењује шест месеци од дана ступања на снагу, прецизније од 3. октобра 2018. године.²

Доношење ЗОС/2018 мотивисано је неколиким разлозима. Прво, током десетогодишње примене Закона о странцима (у даљем тексту: ЗОС/2008)³ уочено је да је поједина законска решења време прегазило⁴ и да постоје одређене правне празнине које је требало отклонити доношењем новог правног акта који би свеобухватније уредио област уласка, кретања и боравка странаца у Републици Србији.⁵ Друго, сталне и значајне промене у области миграција, а посебно велика избегличка криза у последњих неколико година, захтевале су нова законска решења која би чинила полазну основу за превазилажење новонасталих околности.⁶ Треће (или можда Прво?), ЗОС/2018 је донет у циљу настављања рада на усклађивању прописа Републике Србије са прописима Европске уније (у даљем тексту: ЕУ) будући да хармонизација законодавства у области легалних и ирегуларних миграција представља једну од кључних активности у свим стратешким документима.⁷

Мотивисане сличним разлозима, нове законе у области права странаца у претходних неколико година донеле су скоро све земље у окружењу које су на путу европских интеграција или су тим путем већ прошле. У првој половини 2018. године, нове законе о странцима донеле су Црна Гора⁸ и Македонија,⁹ а Босна и Херцеговина 2015. године.¹⁰ Хрватска је Закон о

2 У нашој правној науци одавно је указано на неуставност антиципираног ступања на снагу закона пре почетка његове примене (Грубач, 2009: 150-174).

3 *Сл. гласник РС*, 97/08.

4 О разлици између позитивног права у формалноправном (догматском) и социолошком смислу видети код Јовичића (1977: 195-196, 260-266).

5 Критички поглед на одредбе ЗОС/2008 којима је уређен боравак странаца пружа Бордаш (2008: 130-139).

6 О мерама Европске уније, посебно у области права на азил, предузетим као одговор на масовни прилив миграната 2015. године видети код Раичевића (2015: 25-28). Неспремност већине европских држава за изазов мигрантске кризе и њихове мере усмерене на заштиту политичких, економских и социјалних интереса имале су за последицу бројне политичке и друговрсне аномалије, попут забране проласка избеглицама којом се крши глобални принцип слободе кретања људи, роба и услуга, непоштовања људских права миграната (нпр. натурализације), пораста ксенофобије и друге. Више о томе видети код Раичевића (2016: 125) Симеуновића (2017: 28-31).

7 На пример, Акциони план за поглавље 24 – Правда, слобода, безбедност од 1. марта 2016. године (потпоглавље Миграције).

8 *Sl. list CG*, 02/18.

9 *Сл. весник РМ*, 97/18.

10 *Sl. glasnik BiH*, 88/15.

странцима донела 2011. године, али је тај закон до сада претрпео неколико измена и допуна, последње 2018. године.¹¹

ЗОС/2018 је задржао један број одредби ЗОС/2008 и истовремено донео велики број нових установа и нових законских решења, али у овој фази хармонизације са правом ЕУ није обухватио поједине европске правне стандарде у овој области.¹² Међу новим законским решењима најзначајнија су она која се односе на одбијање уласка странца у земљу, статусна питања странаца и надлежност Безбедносно-информативне агенције (у даљем тексту: БИА) за вршење безбедносних провера странаца.

Циљ овог истраживања је да се правном анализом ранијих и нових законских решења и установа и њиховим упоређивањем са европским правним стандардима у овој области испита да ли је и у којој мери Република Србија ускладила своје прописе са прописима ЕУ. Полазна хипотеза истраживања је да је ЗОС/2018 модеран и квалитетан закон чијим доношењем је национално законодавство у значајној мери хармонизовано са правом ЕУ.

11 *NN RH*, 130/11, 74/13, 69/17, 46/18.

12 На пример, правне стандарде о: запошљавању висококвалификованих радника – плава карта (Council Directive 2009/50/EC of 25 May 2009 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of highly qualified employment. *Official Journal of the European Union*, L 155/17); праву грађана Уније и чланова њихових породица на слободно кретање и боравиште на подручју државе чланице (Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States. *Official Journal of the European Communities*, L 158/77); условима за улазак и боравак држављана трећих земаља у сврху запошљавања у статусу сезонских радника (Directive 2014/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the conditions of entry and stay of third-country nationals for the purpose of employment as seasonal workers. *Official Journal of the European Union*, L 94/375); условима за улазак и боравак држављана трећих земаља у оквиру премештаја унутар привредног друштва (Directive 2014/66/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the conditions of entry and residence of third-country nationals in the framework of an intra-corporate transfer. *Official Journal of the European Union*, L 157/1) и минималним стандардима за санкције и мере за послодавце држављана трећих земаља с незаконитим боравком (Directive 2009/52/EC of the European Parliament and of the Council of 18 June 2009 providing for minimum standards on sanctions and measures against employers of illegally staying third-country nationals. *Official Journal of the European Union*, L 168/24). Преузето 5.11.2018. <https://eur-lex.europa.eu/oj/direct-access.html>.

2. Систематика закона и номотехничка обележја

Материја ЗОС/2018 је распоређена у 14 по обиму неједнаких целина (глава):¹³ I. Основне одредбе (чл. 1-10); II. Улазак и излазак странаца из Републике Србије (чл. 11-17); III. Визе (чл. 18-38); IV. Боравак странаца (чл. 39-73); V. Незаконит боравак и поступак враћања (чл. 74-80); VI. Задржавање и принудно удаљење (чл. 81-94); VII. Путне исправе за странце (чл. 95-99); VIII. Исправе за доказивање идентитета (чл. 100-109); IX. Боравиште и пребивалиште странаца (чл. 110-111); X. Посебне одредбе о кретању странаца у униформи (чл. 112); XI. Обрада података (чл. 113-117); XII. Надзор (чл. 118); XIII. Казнене одредбе (чл. 119-123); и XIV. Прелазне и завршне одредбе (чл. 124-128).¹⁴

Општа систематика закона на први поглед изгледа логично, ако се оставе по страни одређене, мање, нелогичности. Рецимо, чини се да би уређивање боравка странаца и боравишта и пребивалишта странаца у једној, као и уређивање путних исправа странаца и исправа за доказивање идентитета у другој глави, пружио бољи преглед материје.

Унутрашња систематика тематских потцелина (глава) такође изгледа логично, мада неке од њих садрже одредбе о дефинисању појмова којима ту није место, већ у „Основним одредбама“ (чл. 3).¹⁵ Прегледности текста закона допринело је то што је сваком члану дат посебан назив (рубрум). Ипак, груписањем и излагањем материје у оквиру ужих потцелина (одељак, пододељак) унутар обимнијих глава (на пример, главе IV. Боравак странаца, чл. 39-73), текст закона би још више добио на прегледности.¹⁶

У погледу језика, стила и начина писања, на текст ЗОС/2018 би се могло упутити неколико примедби. Прво, на више места се у тексту закона понавља израз „Министарство унутрашњих послова“,¹⁷ при чему није коришћен скраћени назив иако би се на тај начин текст закона значајно

13 О систематизици правних прописа видети код Пајванчић (1995: 30-32).

14 ЗОС/2008 је такође био систематизован у 14 глава, али је имао знатно мање чланова (92).

15 На пример, у глави I. Основне одредбе, али у чл. 9 одређено је значење израза „неприхватљив безбедносни ризик“ или у глави IX. Боравиште и пребивалиште странаца, у чл. 110 ст. 1 и 2, одређено је значење, у смислу овог закона, израза „боравиште“ и „адреса становања“ којима је место у чл. 3 који носи рубрум «Значење израза».

16 Чл. 19-23 Јединствених методолошких правила за израду прописа – ЈМП, *Сл. гласник РС*, 21/10.

17 Чл. 3 ст. 1 тач. 3 чл. 9, чл. 29 и чл. 38 ЗОС/2018.

растеретио.¹⁸ Друго, уочљива је недоследност у употреби појединих израза.¹⁹ Тако се, на пример, за означавање једног „министарства“ употребљава израз „Министарство унутрашњих послова“, а за означавање другог израз „министарство надлежно за спољне послове“.²⁰ Треће, везник „ако“ је готово у потпуности замењен везником „уколико“²¹ (чак и у оквиру истог члана),²² иако је боље и једноставније користити везник „ако“, не само због тога што је реч о *правом* везнику (Станојчић, Поповић, 1994: 120), већ и због правила да се везник „уколико“ употребљава у пару с везником „утолико“, што овде није случај. Четврто, чак и код непућеног читаоца преовлађује утисак да се приликом израде текста закона није водило довољно рачуна о економичности и редунтантности језика права (Visković, 1989: 92-102; Лукић, Кошутић, Митровић, 1999: 615-617). Тако, рецимо, чл. 9 ЗОС/2018 има девет ставова и преко 370 речи чиме је мера употребе дугих низова речи у правним нормама вишеструко пређена. Осим тога, груписањем одредби чл. 9 ЗОС/2018 у две мање и логичне целине (два одвојена члана), рецимо у одредбе материјалноправне и процесноправне природе, постигла би се још боља прегледност материје.

Употреба речи савременог српског језика у њиховом уобичајеном значењу и умерено коришћење стручних израза из ове области у извесној мери компензују наведене недостатке и колико-толико олакшавају читање и разумевање текста закона.

3. Анализа појединачних установа и законских решења

3.1. Нова појмови и нова начела

ЗОС/2018 доноси неколико нових законских (легалних) појмова, као што су: земља порекла, уобичајено боравиште, спајање породице, студент, ученик, научно истраживачки рад, научно истраживачка организација, истраживач, посебно угрожена лица, малолетник без пратње, разлози заштите безбедности Републике Србије, незаконит боравак, враћање, адреса становања и други (чл. 3). Истовремено, садржај и обим других нових појмова одређен је у појединим законским одредбама, а не у чл. 3 ЗОС/2018, о чему је већ дата критичка напомена. Појмовно одређење нових израза

18 Чл. 37 ст. 1ЈМП.

19 О потреби доследне употребе језичких израза (термина) видети код Лукића (1957: 198).

20 Чл. 99 ст. 5 и чл. 115 ст. 83ОС/2018.

21 Чл. 6, чл. 9 ст. 3 и 8, чл. 10 и чл. 13 ЗОС/2018.

22 Чл. 25 ст. 4 и 73ОС/2018.

уподобљено је значењу релевантних израза садржаних у директивама ЕУ којима је уређена ова област.²³

Међу новим појмовима вреди скренути пажњу на појам адресе становања странца. У односу на ЗОС/2008, који појмовно одређује само установе боравишта и пребивалишта странца, ЗОС/2018 дефинише и установу адресе становања странца (чл. 110 ст. 2). Детаљнијим уређењем ове установе смањен је обим обавеза странаца у вези њиховог привременог боравка, јер у случају да више пута напуштају боравиште због нпр. службеног пута или туристичке посете у другом делу Србије они сада не морају поново да пријављују боравиште (члан 110. ст. 4). Поједностављење процедуре представља и могућност да физичко лице код кога странац долази у посету може овластити друго лице или самог странца да изврши пријаву боравишта код надлежног органа (чл. 111 ст. 4), што раније није било случај јер је ЗОС/2008 захтевао да пријаву боравка странца изврши лице код кога странац одседа (Југовић, 2013: 95-96).

Поред начела која је преузео из ЗОС/2008, нови закон доноси и неколико нових начела. Прву групу чине начела којима доносилац одлуке треба да се руководи приликом одлучивања о захтеву за одобрење привременог боравка (чл. 65). То су начело о оцени околности сваког појединачног случаја (дужина трајања претходног боравка, личне, породичне, економске и социјалне околности), начело о оцени претње коју странац представља по безбедност Републике Србије и њених грађана и начело најбољег интереса малолетног странца. Примена ових начела требало би да обезбеди да се одлука о захтеву за одобрење привременог боравка заснива на тачном

23 Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification. *Official Journal of the European Union*, L 251/12; Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents. *Official Journal of the European Union*, L 16/44; Council Directive 2005/71/EC of 12 October 2005 on a specific procedure for admitting third-country nationals for the purposes of scientific research. *Official Journal of the European Union*, L 289/15; Council Directive 2004/114/EC of 13 december 2004 on the conditions of admission of third-country nationals for the purposes of studies, pupil exchange, unremunerated training or voluntary service. *Official Journal of the European Union*, L 375/12; Council Directive 2004/81/EC of 29 April 2004 on the residence permit issued to third-country nationals who are victims of trafficking in human beings or who have been the subject of an action to facilitate illegal immigration, who cooperate with the competent authorities. *Official Journal of the European Union*, L 261/19; Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals. *Official Journal of the European Union*, L 348/98 i Regulation (EC) No 810/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 establishing a Community Code on Visas (Visa Code). *Official Journal of the European Union*, L 243/1. Преузето 6.11.2018. <https://eur-lex.europa.eu/oj/direct-access.html>.

и потпуно утврђеном чињеничном стању поводом сваког конкретног случаја чиме се уједно штити најбољи интерес странаца. Другу групу чине начела која се односе на незаконит боравак странца (чл. 75), и то су: а) начело да ће током поступка враћања надлежни орган водити рачуна о специфичној ситуацији посебно угрожених лица, породичном и здравственом стању лица према коме је мера враћања усмерена, као и о најбољем интересу малолетника. Сагласно томе, пре доношења решења о враћању, малолетнику без пратње мора бити обезбеђена одговарајућа помоћ службе за социјалну заштиту деце и младих; б) начело поштовања јединства породице у поступку враћања; ц) начело да се на захтев странца мора се обезбедити превод диспозитива и правног лека решења о враћању на језик који странац разуме или за који се оправдано може претпоставити да може да га разуме. Такође, ако је то неопходно, у току поступка враћања обезбедиће се присуство преводиоца на језик који странац разуме или се основано може претпоставити да разуме.

На овом месту вреди напоменути да је чл. 80 ЗОС/2018 прописано да се жалба против решења о враћању подноси у писаној форми, на српском језику. Такво законско решење је у складу са зајемченим правом коришћења језика странца у поступку који се води, јер се ова одредба односи искључиво на писани поднесак (жалбу), а не на ток поступка који странац у складу са Уставом Републике Србије (у даљем тексту: УРС)²⁴ и Законом о општем управном поступку (у даљем тексту: ЗУП)²⁵ прати на језику који разуме.

3.2. Основне одредбе

Основне одредбе су прва глава ЗОС/2018 (чл. 1-10) и њима су начелно прописани предмет закона и обим његове примене, значење израза и њихова родна неутралност, коришћење путне исправе, улазак и боравак странца у земљи, обавеза поштовања закона, обавезе државних органа, физичких и правних лица у вези са применом закона, безбедносно проверавање у поступку одлучивања о правима и обавезама странца и супсидијарна примена закона којим је уређен општи управни поступак.

24 У чл. 10 Устава Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 98/06, је прописано да је у Републици Србији у службеној употреби српски језик и ћирилично писмо, а да се службена употреба других језика и писама уређује законом.

25 У чл. 4 Закона о општем управном поступку, *Сл. гласник РС*, 18/16, је прописано да је у управном поступку у службеној употреби „српски језик и ћирилично писмо, а латиничко писмо на начин утврђен законом. На подручјима у којима је у службеној употреби и језик националне мањине, поступак се води и на језику и уз употребу писма те националне мањине, у складу са законом.“

У односу на ЗОС/2008, ова глава доноси неколико новела. Прво, за разлику од ЗОС/2008, дефинисано је учешће државног органа надлежног за заштиту безбедности Републике Србије – БИА²⁶ у поступку одлучивања о правима и обавезама странаца у вези са уласком и боравком на територији Републике Србије, чиме је, заправо, формализовано (озакоњено) досадашње поступање тог органа (чл. 9 ст. 1). Према слову закона, у том поступку Министарство унутрашњих послова (у даљем тексту: МУП) прибавља мишљење БИА о не/постојању ризика по безбедност Републике Србије и њених грађана у случају уласка и боравка странца на територији Републике Србије. Такво законско решење требало би да појача јемства правне сигурности подносиоца захтева за издавање визе, привременог боравка или сталног настањења и да омогући упознавање подносиоца таквог захтева да ће његови лични подаци у поступку одлучивања бити употребљени за одговарајуће провере у складу са прописима којима се уређује област заштите података о личности. Друго, у циљу превенције криминала и унапређења заштите јавне безбедности, процену безбедносног ризика уласка или боравка странца на територији Републике Србије може дати и организациона јединица МУП-а надлежна за борбу против организованог криминала и тероризма (чл. 9 ст. 2) што такође представља новелу у односу на ЗОС/2008. Такво законско решење свакако представља корак напред, али се чини да је у погледу тог питања у извесном смислу ограничена активност других организационих јединица МУП-а, чија је надлежност овим одредбама искључена. Треће, за разлику од ЗОС/2008, уведена је установа „неприхватљив безбедносни ризик“ који ће постојати када „расположиви подаци и сазнања указују да странац заговара, подстиче, помаже, припрема или предузима активности којима угрожава уставно уређење и безбедност Републике Србије, добра заштићена међународним правом и националну, регионалну и глобалну безбедност од значаја за Републику Србију и правни поредак“ (чл. 9 ст. 3).

3.3. Улазак и излазак странца из земље

У другој глави ЗОС/2018 (чл. 11-17), уређена су питања граничне контроле, уласка и изласка на основу заједничке путне исправе, обавеза превозника, незаконитог уласка, одбијања уласка, уласка и боравка без визе и изласка из Републике Србије.

Новину у овој глави у односу на ЗОС/2008 представљају обавезе превозника који доведе странца на границу Републике Србије. Прва обавеза превозника

²⁶ Чл. 2 Закона о Безбедносно-информативној агенцији, *Сл. гласник РС*, 42/02, 111/09, 65/14 – одлука УС и 66/14.

је да на гранични прелаз може довести само странца који поседује важећу путну или другу исправу у коју је унета виза или одобрење боравка, ако законом или међународним уговором није другачије одређено (чл. 13 ст. 1). Друга обавеза превозника је да странца коме је одбијен улазак у Републику Србију одвезе без одлагања и о свом трошку. Ако превоз није могуће обезбедити у разумном року, превозник сноси трошкове боравка и принудног удаљења странца из Републике Србије (чл. 13 ст. 2). Ове законске одредбе би требало изменити и допунити, будући да прописују обавезе превозника које су *апсолутне*, односно обавезе које не познају изузетке. На пример, не изгледа логично да превозник има било какву обавезу према странцу којег је довео на гранични прелаз, а коме буде одбијен улазак у Републику Србију јер то захтевају разлози заштите безбедности Републике Србије и њених грађана или ако се утврди да у вези са уласком и боравком странаца на територији Републике Србије постоји негативна процена безбедносног ризика (чл. 15 ст. 1 тач. 7 и 8), јер такве околности тешко да могу бити познате превознику.

Главне новине представљају нови разлози за одбијање уласка странца у земљу и прописивање поступка за одбијање његовог уласка. Поред других разлога прописаних ЗОС/2008, према чл. 15 ст. 1 ЗОС/2018 гранична полиција ће одбити улазак у Републику Србију странцу ако: нема путно здравствено осигурање за период који намерава да борави у Републици Србији (тач. 6); се утврди да у вези са уласком и боравком странаца на територији Републике Србије постоји негативна процена безбедносног ризика (тач. 8); је странац већ боравио у Републици Србији 90 дана током 180 дана, уколико међународним уговором није другачије одређено, осим ако се ради о странцу који има визу за дужи боравак (визу Д) или одобрени привремени боравак (тач. 11); постоји оправдана сумња да неће напустити Републику Србију пре истека рока важења визе, односно ако постоји могућност незаконите миграције по уласку у Републику Србију (тач. 13). Према ЗОС/2008, разлог одбијања уласка у земљу је странцу саопштаван усмено, уз евидентирање одбијања уласка отискивањем печата у путну исправу странца. Новим законским решењем прописано је да се о одбијању уласка странац непосредно обавештава уручењем стандардизованог обрасца о одбијању уласка у коме се наводе тачни разлози одбијања уласка. Против одлуке о одбијању уласка дозвољена је жалба о којој одлучује МУП. На овај начин хармонизовано је национално законодавство у односу на прописе ЕУ којима је уређена ова област,²⁷ а увођењем права на жалбу

27 Regulation (EC) No 562/2006 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 establishing a Community Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code). *Official Journal of the European Union*, L 105/1.

оснажена је правна сигурност и загарантован је принцип двостепености у одлучивању (чл. 36 УРС-а и чл. 13 ЗУП-а).²⁸

3.4. Визе

Трећа глава (чл. 18-38) садржи опште одредбе које се односе на дефиницију визе, врсте виза, надлежност за издавање виза, проверу услова за издавање визе странцу и процену ризика, одбијање визе, продужење визе, издавање визе на граничном прелазу, поништавање и укидање визе и жалбу на одбијање захтева за визу.

У односу на ЗОС/2008, у ову главу је унето неколико новина. Главне новине представљају провера услова за издавање визе странцу и процена ризика за чије вршење су надлежни Министарство спољних послова Републике Србије (у даљем тексту: МСП), МУП и БИА (чл. 29). Захтеви за визу држављана земаља (држава) које се налазе на листи миграционо високо ризичних подручја коју утврђује Влада Републике Србије подлежу обавезној провери услова и процене ризика за издавање визе. Начелно је прописан поступак вршења провера и процене ризика.

Даље, за разлику од ЗОС/2008, нови закон уводи установу поништавања и укидања визе (чл. 37) и таксативним нормирањем наводи документацију коју је неопходно приложити уз захтев за визу у дипломатско-конзуларном представништву Републике Србије (у даљем тексту: ДКП) у иностранству (чл. 25).

Значајну новину представља и достављање одлуке о одбијању захтева за издавање визе на прописаном обрасцу у коме се наводе разлози на којима се заснива негативна одлука. Против ове одлуке странац има право жалбе, а против коначне одлуке може се покренути управни спор (чл. 38). Јемством управне и судске заштите загарантован је принцип двостепености у одлучивању и ојачана правна сигурност, а национално законодавство усклађено са правом ЕУ.²⁹

3.5. Боравак странаца

У четвртој глави (чл. 39-73) су садржане одредбе којима су дефинисане врсте легалног боравака које странац може имати у Републици Србији, прописани основи привременог боравака странаца и документација која је

Преузето 7.11.2018. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:02006R0562-20131126>.

28 Више о принципу двостепености у одлучивању код Марковића (1995: 239-241).

29 Regulation (EC) No 810/2009.

потребна да би захтев за привремени боравак био уредан. Поред одредби о привременом боравку, ова глава садржи и одредбе које се односе на стално настањење странца у Републици Србији (чл. 67-73) које су у потпуности усклађене са Директивом 2003/109/ЕЗ о статусу држављана трећих земаља са дуготрајним боравиштем.³⁰

Ова глава, такође, садржи више новина. Прво, ЗОС/2018 прописана је могућност одобравања привременог боравка члану уже породице странца коме је одобрена заштита у складу са одредбама Закона о азилу, а што је у складу са правним стандардима ЕУ.³¹ Друго, уведена је могућност одобравања тзв. самосталног, односно аутономног боравка странцу који је најмање четири године привремено боравио у Републици Србији по основу спајања породице (чл. 59). Странцу је дакле омогућено да након одређеног временског периода не буде везан за лице по коме му је одобрен привремени боравак по основу спајања породице. Суштина ове установе огледа се у самосталности страног држављанина у односу на супружника. Њена примена се не исцрпљује искључиво у случају развода брака, већ и у случају стабилног брачног односа омогућава супружнику (најчешће жени), самостални основ боравка, независан од супруга, и на тај начин штити лични интегритет странца који је одређено време (најмање четири године) био везан за супружника и по коме му је и дозвољен боравак у Републици Србији. Посебним одредбама прописано је да жртви породичног насиља може бити одобрен самостални привремени боравак у Републици Србији, без обзира на временско трајње одобреног привременог боравка по основу спајања породице (чл. 59 ст. 3). Треће, у односу на ЗОС/2008, новим законом је уведена установа брака из користи (чл. 60), чиме је попуњена правна празнина и странцима знатно отежано да користећи „рупе у закону“ остваре права која им по закону не припадају. Упада у очи да је за постојање брака из користи неопходан степен *оправдане сумње* да међу супружницима постоје такве околности које могу указивати на то да је брак склопљен из користи.³² Четврто, странцу се може уз испуњење одређених услова одобрити привремени боравак из хуманитарних разлога, укључујући и одобрење привременог боравка странцима који су били умешани у акцију која је имала за циљ омогућавање ирегуларне миграције, ако сарађују

30 Council Directive 2003/109/EC.

31 Council Directive 2003/86/EC.

32 ЗОС/2018 појмовно не одређује оправдану сумњу. Према чл. 2 ст. 1 тач. 19 Законика о кривичном поступку, *Сл. гласник РС*, 72/211, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 и 55/14, оправдана сумња је „скуп чињеница које непосредно поткрепљују основану сумњу и оправдавају подизање оптужбе“. О критици таквог појмовног одређења видети код Грубаћа (2011: 471).

са надлежним органима или учествују у поступку као оштећени или сведок (чл. 61). Тако се привремени боравак из хуманитарних разлога може одобрити странцу који испуњава опште услове (чл. 43) и ако за њега постоје друге околности које налажу посебно разматрање у вези са: а) његовим породичним, културним или друштвеним везама са Републиком Србијом, степеном интеграције странца у друштвени живот Републике Србије у претходном периоду, посебно у погледу његовог школовања, радних активности или познавања језика; б) одлагањем принудног удаљења странца (чл. 84) у временском трајању од годину дана или више; ц) странцем који је жртва тешког кривичног дела, укључујући и лица која су била умешана у акцију за омогућавање ирегуларне миграције и који сарађује са полицијом и правосудним органима, а његово присуство је неопходно у кривичном поступку или учествује у истрази као сведок или оштећени; д) малолетном странцу који је напуштен, који је жртва организованог криминала или је из других разлога остао без родитељског старања или без пратње; е) озбиљним и оправданим личним разлозима хуманитарне природе, постојања интереса Републике Србије или међународно преузетих обавеза. Такође, странцу који из оправданих разлога није у законском року поднео захтев за одобрење привременог боравака (чл. 41 ст. 2) и не испуњава опште услове за одобрење привременог боравака (чл. 43), одобриће се привремени боравак из хуманитарних разлога ако надлежни орган утврди да су околности на основу којих је поднет захтев основане.³³ Пето, странцу се може одобрити привремени боравак ако је жртва трговине људима (чл. 62-63). Таквим законским решењем не само да се наглашава положај жртава трговине људима у односу на странце оштећене другим кривичним делима, већ се пратећим одредбама у национално законодавство уводи установа идентификације жртава трговине људима, одређује тело надлежно за идентификацију жртава трговине људима, регулише период и време опоравка и рефлексије.³⁴

3.6. Незаконит боравак и поступак враћања

Седам чланова (чл. 74-80) који чине пету главу уређују следећа питања: појам незаконитог боравака, начела у поступку враћања, доношење решења о враћању странца који не испуњава или више не испуњава услове за легалан боравак у Републици Србији, као и рокове за добровољни повратак у земљу порекла или уобичајеног боравишта.

³³ Привремени боравак из хуманитарних разлога се одобрава у временском трајању од најмање шест месеци, а најдуже до годину дана. Ако и даље постоје околности на основу којих је одобрен, привремени боравак се може се продужити. Чл. 61 ст. 3 ЗОС/2018.

³⁴ Council Directive 2004/81/EC.

Новина у овој глави такође има неколико. Прво, увођењем решења о враћању практично је замењено постојеће решење о незаконитом боравку (чл. 42 ЗОС/2008) и решење о отказу боравка. Друго, прописани су услови који треба да буду испуњени да би се странцу изрекла мера забране уласка (чл. 78 ст. 1-2), чиме је сужено поље дискреционог одлучивања поступајућег државног органа. Треће, прописана је могућност да се у решењу о враћању странца изрекне и мера забране уласка у одређеном временском периоду који не може бити дужи од пет година, изузев у случају да странац представља озбиљну претњу по јавни поредак или безбедност Републике Србије (чл. 78 ст. 3). Четврто, уведена је могућност да се странцу скрати, односно укине забрана уласка у Републику Србију, ако испуњава одређене услове (чл. 79).³⁵ Пето, уређен је поступак по жалби на решење о враћању (чл. 80). Жалба не одлаже извршење решења, осим у случајевима када постоји стварна опасност кршења права забране враћања (*non refoulement*) или ако за то постоје озбиљни хуманитарни разлози. Суспензивно дејство жалбе би омогућило странцу који је у прекршајном поступку због незаконитог боравка санкционисан од стране судије за прекршаје и коме је наложено да напусти земљу да још два месеца борави у Србији. Заштита његових права у жалбеном поступку је обезбеђена путем установе заступања.

3.7. Задржавање и принудно удаљење

Шеста глава (чл. 81-94), којом су уређена питања задржавања странца и његовог принудног удаљења, доноси такође неколико новина. Прво, заштитник грађана је одређен као надзорни орган у поступку принудног удаљења странца, чиме је сам поступак постао транспарентнији (чл. 82). Друго, уведена је установа одлагања принудног удаљења када за то постоје оправдани разлози (чл. 84-85). Треће, решење о смештају у Прихватилиште за странце (у даљем тексту: Прихватилиште) може донети поред надлежног органа (полицијске управе) и гранична полиција (чл. 87 ст. 2). Четврто, прописано је када постоји ризик да странац неће бити доступан ради спровођења принудног удаљења, што је иначе услов да се странац смести у Прихватилиште које је објекат затвореног типа (чл. 87 ст. 3). Овим одредбама су проширени разлози за смештај странаца који треба да се врате у земљу порекла и који нису искористили могућност да се самостално и добровољно врате у своју земљу у року који им је остављен у решењу о враћању. Стиче се утисак да је реч о добром законодавном решењу, будући да се поред до сада прописаних разлога за смештај у Прихватилиште (непоседовање докумената за проверу или утврђивање

35 Directive 2008/115/EC.

идентитета) проширује могућност ограничавања кретања странаца који не поштују правни поредак Републике Србије.³⁶ Пето, уређена су питања које се односе на услове за смештај, отпуштање и период боравка странца у Прихватилишту, као и правни лекови на решење о смештају странца у Прихватилиште (чл. 87-89). Сагласно правним стандардима ЕУ у овој области, ако се у року од 180 дана (90+90) не створе услови за удаљење странца у земљу порекла или државу из које је дошао, он према ЗОС/2018 мора бити отпуштен из Прихватилишта. Такво законско решење је у складу са принципом заштите људских права и обавезом поступајућег државног органа да уколико није у могућности да лице врати у земљу порекла, мора лице пустити ван објекта где му је кретање ограничено. До стицања услова за његово враћање у земљу порекла, ако за тим постоји потреба, процену безбедносног ризика странца који се отпушта из Прихватилишта и, евентуално, контролисање његовог кретања вршиће органи надлежни за безбедност Републике Србије и њених грађана. Шесто, уређен је начин смештаја малолетника у Прихватилиште, смештај малолетника без пратње у установе социјалног старања и утврђене су норме којима се штити најбољи интерес детета. Седмо, сасвим одређено (детаљно) је прописан кућни ред у прихватилишту (чл. 91). Осмо, уведена је установа обавезног боравка у одређеном месту, као блажа (сразмернија) мера у односу на смештај странца у Прихватилиште (чл. 93).³⁷

3.8. Путне исправе за странца и исправе за доказивање идентитета

У седмој (чл. 95-99) и осмој глави (чл. 100-109) уређена су следећа питања: путни лист за странца и путна исправа за лица без држављанства као врсте путних исправа за странце које издају органи Републике Србије, надлежност и услови за њихово издавање, рокови важења и разлози за одбијање захтева за њихово издавање и исправе које странацу у Републици Србији користи за доказивање идентитета.

Према ЗОС/2018 исправе којима странац доказује идентитет су: а) страна важећа путна исправа; б) важећа лична карта коју је издао орган његове државе; в) лична карта за странца; г) привремена лична карта за странца; и д) посебна лична карта. Личну карту за странца и привремену личну

³⁶ За разлику од ограничења слободе кретање у кривичноправном смислу, смештање странца у прихватилиште за странце ради обезбеђења принудног удаљења је административна мера коју гранична полиција предузима управо да би ефикасно извршила удаљење странца који не испуњава или више не испуњава услове за боравак у Републици Србији.

³⁷ Упореди: Чл. 63УП-а. Више о начелу сразмерности видети код Милосављевића (2017: 82-85, 275).

карту за странца издаје МУП, док посебну личну карту издаје МСП у оквиру своје надлежности.

3.9. Боравиште и пребивалиште странца и кретање странца у униформи

У деветој глави (чл. 109-111) одређени су појмови боравишта, адресе становања и пребивалишта странца у Републици Србији и поступак њиховог пријављивања. Поред већ споменутог појмовног одређења адресе становања странца, главну новину у овој глави представља поједностављивање процедуре пријављивања странаца од стране правних лица и предузетника који пружају услуге смештаја странцима који то сада могу вршити и електронским путем (чл. 111). Пријава боравишта странца се реализује као услуга електронске управе на Порталу еУправа, а из разлога безбедности неопходно је поседовање личне карте са чипом.

У десетој глави (чл. 112) прописани су услови за ношење стране војне, полицијске или царинске униформе у Републици Србији бланкетном диспозицијом која упућује на одредбе међународног уговора.

3.10. Обрада личних података странца

У глави о обради личних података странаца, која обухвата пет чланова (чл. 113-117) уређени су разлози за обраду података о личности странаца и сврха такве обраде.

Сагласно одредбама ЗОС/2018, МУП врши размену података о личности странца и са њим повезаних лица са три државна органа: МСП-омради издавања виза; са БИА ради заштите безбедности РС и њених грађана; и са организацијом надлежном за послове запошљавања (Национална служба за запошљавање) ради примене прописа о запошљавању странаца.

Осим тога, ова глава садржи и следеће новине. Прво, подаци који се налазе у евиденцији о визама, а које води МСП, уносе се и обрађују у Визном информационом систему (ВИС), апликацији коју је у претходном периоду израдио МСП. Друго, МУП је овлашћен да преузима податке о поднетим захтевима за визу у конзулатима, врши одговарајуће провере по поднетим захтевима за визу и даје претходно мишљење.³⁸ Треће, успостављен је правни основ да МСП (у иностранству ДКП) врши проверу подносиоца захтева за визу кроз прописане евиденције страних држављана чији је руковалац МУП. Таква законска решења требало би да омогуће, с једне стране, да се подаци потребни за одлучивање (које орган мора сам

38 Чл. 29 ЗОС/2018.

прибавити) размењују на ефикасан и безбедан начин и да се убрза рад државних органа, а, с друге стране, да странци буду упознати да ће по подношењу неког од захтева за остваривање својих права, њихови лични подаци бити коришћени за вршење различитих провера и ради спровођења поступка, а све у циљу заштите његове правне сигурности.

3.11. Надзор над спровођењем закона и казнене одредбе

У дванаестој глави (чл. 118) је утврђено да надзор над спровођењем закона и прописа донетих на основу овог закона врши МУП и МСП, свако у делу своје надлежности.

У тринаестој глави (чл. 119-123) су прописане прекршајне санкције за кршење прописа како од стране странца, тако и од стране позивара, организатора туристичког или пословног путовања, превозника и пружаоца услуга смештаја странца уз накнаду. Будући да су ЗОС/2018 пооштрене санкције за омогућавање незаконитог преласка државне границе, односно омогућавање незаконитог боравка странца на територији Републике Србије, реално је очекивати да ће та законска решења довести до смањивања броја миграната и правног регулисања њиховог статуса уколико нису у поступку азила.

3.12. Прелазне и завршне одредбе

У последњој, четрнаестој глави (чл. 124-128) је утврђена обавеза за доношење подзаконских аката потребних за спровођење овог закона, дефинисани су случајеви покретања поступка по ЗОС/2008 и окончања конкретне правне ствари у моменту ступања на снагу ЗОС/2018, затим положај и статус странаца који су стекли одређено право по ЗОС/2008, временско важење ранијих прописа до доношења нових на основу ЗОС/2018 и ступање на снагу ЗОС/2018. За разлику од лоше навике која је код нас већ дуже време присутна, добру страну примене ЗОС/2018 представља чињеница да је од ступања на снагу (3. април 2018. године) од укупно предвиђених 13 до сада донето 10 подзаконских аката ради његовог извршавања. Таква динамика доношења подзаконских прописа даје наду да ће ЗОС/2018 у скорије време бити потпуно уведен у живот.

4. Закључак

ЗОС/2018 је донет првенствено ради хармонизације националног законодавства у области легалних и ирегуларних миграција са правом ЕУ. Уједно, овај закон представља одговор на потребу за променом појединих

одредби ЗОС/2008 које су се током времена изобичајиле, као и на сталне и значајне промене у области миграција које су се у протеклих десет година догодиле на територији Србије.

Као резултат рецепције европских правних стандарда, ЗОС/2018 је донео нове установе и нова законска решења, пре свега у погледу услова за одбијање уласка странца у земљу и статусних питања странаца, чиме је у значајној мери промењен правни режим у овој области. Квалитет новог закона огледа се у јаснијем дефинисању начела и правних усанова; прецизирању поступака, права и обавеза странаца у вези са уласком, кретањем и боравком у Републици Србији; детаљнијем уређењу начела и поступка враћања странаца из Републике Србије који не испуњавају или више не испуњавају услове за боравак у земљи; стварању услова за ефикаснију заштиту права која се гарантују и пружају веће правне сигурности. Додатну вредност закону дао је транспарентан поступак његовог доношења (објављивање нацрта закона на званичном веб сајту МУП-а и спровођење јавне расправе) чиме су законске одредбе постале ближе јавности. Динамика доношења подзаконских аката у периоду од ступања закона на снагу до почетка његове примене показује да постоји велики степен вероватноће да ће ЗОС/2018 у скорије време бити потпуно уведен у живот.

На текст закона могу се упутити и одређене замерке. Прво, пажљивије повезивање и груписање сродних питања и њихово излагање у оквиру ужих потцелина пружило би бољи преглед материје. Такође, доследнија употреба појединих израза и скраћених назива значајно би растеретила текст закона и омогућила лакше читање и разумевање његових одредби. Друго, поједина законска решења садрже извесне нелогичности, као што су, на пример, ускраћивање овлашћења појединим организационим јединицама МУП-а да врше процену безбедносно неприхватљивог ризика за улазак и боравак странца у земљу или наметање обавеза превознику у вези странца коме је одбијен улазак у земљу из разлога који нису познати или не могу бити познати превознику. Треће, у овој фази хармонизације са правом ЕУ законом нису обухваћени поједини европски правни стандарди у овој области.

Међутим, ако се оставе по страни одређене мањкавости појединих законских решења, мање номотехничке грешке и правне празнине, извесно је да је Србија добила модеран закон којим је значајно унапређен правни оквир за остваривање и заштиту права у области уласка, кретања и боравка странаца у Републици Србији и којим је постигнут виши ниво

усаглашености националног права са правним стандардима Европске уније.

Ипак, доношењем ЗОС/2018 рад на хармонизацији националних прописа са правом ЕУ у овој области није завршен. Време које предстоји требало би искористити да се отклањањем до сада уочених недостатака побољшају законске одредбе и да се доношењем преосталих подзаконских аката, спровођењем организационих реформи и едукације кадрова државних органа створе услови за ефикасну примену новог закона.

Литература/References

Акциони план за поглавље 24 – Правда, слобода, безбедност од 1. марта 2016. године (потпоглавље Миграције).

Bordaš, B. (2008). Regulisanje boravka stranca u Republici Srbiji: na putu ka harmonizaciji sa pravom Evropske zajednice. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. 3(42). 130-139.

Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents. *Official Journal of the European Union*, L 16/44.

Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification. *Official Journal of the European Union*, L 251/12.

Council Directive 2004/114/EC of 13 december 2004 on the conditions of admission of third-country nationals for the purposes of studies, pupil exchange, unremunerated training or voluntary service. *Official Journal of the European Union*, L 375/12.

Council Directive 2004/81/EC of 29 April 2004 on the residence permit issued to third-country nationals who are victims of trafficking in human beings or who have been the subject of an action to facilitate illegal immigration, who cooperate with the competent authorities. *Official Journal of the European Union*, L 261/19.

Council Directive 2005/71/EC of 12 October 2005 on a specific procedure for admitting third-country nationals for the purposes of scientific research. *Official Journal of the European Union*, L 289/15.

Council Directive 2009/50/EC of 25 May 2009 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of highly qualified employment. *Official Journal of the European Union*, L 155/17.

Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and

reside freely within the territory of the Member States. *Official Journal of the European Communities*, L 158/77.

Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals. *Official Journal of the European Union*, L 348/98.

Directive 2009/52/EC of the European Parliament and of the Council of 18 June 2009 providing for minimum standards on sanctions and measures against employers of illegally staying third-country nationals. *Official Journal of the European Union*, L 168/24.

Directive 2014/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the conditions of entry and stay of third-country nationals for the purpose of employment as seasonal workers. *Official Journal of the European Union*, L 94/375.

Directive 2014/66/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the conditions of entry and residence of third-country nationals in the framework of an intra-corporate transfer. *Official Journal of the European Union*, L 157/1.

Грубач, М. (2009). Једно погрешно схватање уставних одредаба о ступању закона на снагу. *Гласник Адвокатске коморе Војводине*. 81(5). 150-174.

Grubač, M. (2011). Nove ustanove i nova rešenja Zakonika o krivičnom postupku Srbije od 26. septembra 2011. godine. *Pravni zapisi*. 2(2). 471.

Јединствена методолошка правила за израду прописа. *Службени гласник РС*, бр. 21/2010.

Јовићић, М. (1977). *Zakon i zakonitost – Zivot pravnih propisa*. Београд: Радничка штампа.

Југовић, С. (2013). *Управна функција полиције*. Београд: Криминалистичко-полицијска академија.

Лукић, Д. Р. (1957). *Теорија државе и права*. Београд: Научна књига.

Лукић, Д. Р., Кошутећ, П. Б., Митровић, М. Д. (1999). *Увод у право*. Београд: Јавно предузеће Службени лист СРЈ.

Марковић, Р. (1995). *Управно право*. Београд: Службени гласник.

Милосављевић, Б. (2017). *Управно право*. Београд: Правни факултет Универзитета Унион у Београду – Јавно предузеће Службени гласник.

Пајванчић, М. (1995). *Правно нормирање*. Нови Сад: Правни факултет у Новом Саду – Адвокатска комора Војводине.

Раичевић, Н. (2015). Изградња заједничког европског система азила и његово прилагођавање масовном приливу миграната. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 71(LIV). 25-28.

Раичевић, Н. (2016). Поступак одлучивања о захтеву за азил у праву Европске уније. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 72(LV). 125.

Regulation (EC) No 810/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 establishing a Community Code on Visas (Visa Code). *Official Journal of the European Union*, L 243/1.

Regulation (EC) No 562/2006 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 establishing a Community Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code). *Official Journal of the European Union*, L 105/1.

Симеуновић, Д. (2017). Релације националне државе и глобализације у времену великих миграција. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 76(LVI). 28-31.

Станојчић, Ж., Поповић, Љ. (1994). *Грамматика српског језика*. Београд: Завод за уџбенике и наставна средства.

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

Visković, N. (1989). *Jezik prava*. Zagreb: Naprijed.

Закон о Безбедносно-информативној агенцији. *Службени гласник РС*, бр. 42/2002, 111/2009, 65/2014 – одлука УС и 66/2014.

Закон о општем управном поступку. *Службени гласник РС*, бр. 18/2016.

Закон о странцима. *Narodne novine*, бр. 130/2011, 74/2013, 69/2017, 46/2018.

Закон о странцима. *Službeni glasnik BiH*, бр. 88/2015.

Закон о странцима. *Службени гласник РС*, бр. 24/2018.

Закон о странцима. *Службени гласник РС*, бр. 97/2008.

Закон о странцима. *Službeni list CG*, бр. 12/2018.

Закон за странци. *Службен весник на РМ*, бр. 97/2018.

Законик о кривичном поступку. *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

Преузето 5.11.2018. <https://eur-lex.europa.eu/oj/direct-access.html>.

Преузето 5.11.2018. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:02006R0562-20131126>

Danilo Stevandić, PhD

*Assistant Head of the Police Directorate,
Ministry of Interior Republic of Serbia, Belgrade*

**HARMONIZATION OF SERBIAN LEGISLATION IN THE FIELD OF MOVEMENT
AND STAY OF FOREIGNERS WITH THE EUROPEAN UNION REGULATIONS**

Summary

The article provides an overview of the substantive and procedural law institutes and solutions contained in the Foreigners Act of the Republic of Serbia, which was adopted on 26 March 2018, entered into force on 3 April 2018, and took effect from 3 October 2018. After the introduction notes, the author provides a short review of the systematics of this law and its nomotechnical features, followed by a critical analysis of the new institutions and legal solutions which are compared with the provisions of the previous Foreigners Act (2008) and relevant European Union legislation. The author concludes that the new Foreigners Act of the Republic of Serbia has significantly improved the legal framework for the exercise and protection of foreigners' rights, concerning their entry, movement and stay in the country. Moreover, it has significantly contributed to a higher level of harmonization of the national law with the legal standards of the European Union.

Key words: *harmonization of legislations, foreigners, movement of foreigners, stay of foreigners, unacceptable security risk, refusal of entry, illegal stay.*

II РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА

Слобода Д. Мидоровић,*
Асистент Правног факултета,
Универзитет у Новом Саду

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1984

UDK: 342.7:004.738.5
Раđ примљен: 19.02.2019.
Раđ прихваћен: 31.10.2019.

ПРАВО НА БРИСАЊЕ ПОДАТАКА О ЛИЧНОСТИ ДОСТУПНИХ НА ИНТЕРНЕТУ**

Апстракт: У раду је приказано право на брисање података о личности, које ће, у свом редефинисаном облику, представљати једну од новина Закона о заштити података о личности Републике Србије из 2018. године. По узору на Општу уредбу о заштити података о личности Европске уније, Закон о заштити података о личности Републике Србије настоји да прилагоди садржину права на брисање околностима широке доступности личних података на глобалној рачунарској мрежи – интернету. Циљ рада је да се научној и стручној јавности приближи ово право имајући у виду да његова формулација отвара бројна питања. У ту сврху, најпре су представљене околности које су условиле редефинисање права на брисање. Затим су конкретизовани садржина и начин његове реализације према пракси Суда правде Европске уније са кључним аргументима *pro et contra*. Указано је на непостојање подударности између садржине права на брисање према пракси Суда правде Европске уније, с једне, и Опште уредбе о заштити података о личности Европске уније, с друге стране. На крају су анализирани разлози који, према важећим решењима права Европске уније и домаћег права, треба да доведу до усвајања захтева за брисање података о личности, као и изузеци од права на брисање.

Кључне речи: право на заборав, лични подаци, интернет, обавеза обавештавања, одмеравање интереса.

* smidorovic@pf.uns.ac.rs

** Раđ је, под насловом „Право лица да буде заборављено – (не)успели покушај заштите права на приватност у ери интернета“, усмено изложен на међународној научној конференцији „Право и мултидисциплинарност“, одржаној 12. априла 2019. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

1. Увод

Право на заштиту података о личности представља људско право које се гарантује као самостално право личности¹, или као саставни део другог личног права² – права на приватност.³ Остваривање овог права је у Републици Србији детаљно уређено Законом о заштити података о личности⁴, који је ступио на снагу 21. новембра 2018. године, и који се примењује од 21. августа 2019. године (скраћено: ЗЗПЛ). По узору на Општу уредбу о заштити података о личности Европске уније (скраћено: ГДПР),⁵ ЗЗПЛ уводи низ новина међу којима је и редефинисано *право на брисање података о личности* из чл. 30. Иако је право на брисање података и раније било предвиђено у оквиру *права лица поводом извршеног увида* зајемченог чл. 22 Закона о заштити података о личности из 2008. године⁶, ЗЗПЛ доноси измене у настојању да прилагоди његову садржину околностима широке доступности личних података на глобалној рачунарској мрежи – интернету.

У раду ће управо бити речи о праву на брисање података о личности доступних на интернету са циљем да се научној и стручној јавности приближи његова садржина и начин његове реализације. Ово је потребно имајући у виду да његова формулација из чл. 17 ГДПР, односно чл. 30 ЗЗПЛ, отвара бројн питања на која је тешко дати одговоре без консултовања одговарајућих коментара, који често ни сами не нуде јединствена тумачења појединих решења.

Као синоним за *право на брисање података о личности* у раду ће се користити иназив *право лица да буде заборављено*, односно *право на заборав*, с обзиром на то да се он помиње у чувеној пресуди Суда правде Европске уније

1 Вид. чл. 42 Устава Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 98/2006 и чл. 8 Повеље Европске уније о људским правима, “Official Journal of the European Communities”, С 364/1 од 18. 12. 2000.

2 О могућим називима категорије права којој припада право на заштиту личних података вид. у: Vodinelić, 2018: 262.

3 Вид. чл. 8 Европске конвенције о људским правима и основним слободама, „Службени лист СЦГ“ – Међународни уговори, бр. 9/2003 – Право на поштовање приватног и породичног живота.

4 „Службени гласник РС“, бр. 87/2018.

5 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), Official Journal of the European Union“ L 119/1 од 4. маја 2016. године, 1–88.

6 „Службени гласник РС“, бр. 97/2008, 104/2009, 68/2012 – Одлука Уставног суда, 107/2012.

(скраћено: СПЕУ) донетој у случају *Google Spain SL and Google Inc. V Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González* (скраћено: *Google пресуда*)⁷, *Google* смерницама за њено спровођење (Floridi et. all, 2015), бројним научним и стручним радовима, те у ГДПР. Овај назив, иако широко прихваћен, не осликава на адекватан начин суштину права које се крије иза њега.⁸ Штавише, у бројним радовима на ову тему, исти назив – *право на заборав* се користи за означавање два садржински различита права, што додатно усложњава проблематику и ствара конфузију, јер право на заборав из *Google* пресуде и право на брисање (право на заборав) из чл. 17 ГДПР, односно чл. 30 ЗЗПЛ, немају исти домаћај.

У раду ће најпре бити речи о околностима које су условиле увођење права на заборав. Затим ће бити конкретизовани садржина и начин реализације овог права у складу са *Google* пресудом и смерницама за њено спровођење Саветодавног одбора *Google* (скраћено: *Google* одбор) и Радне групе основане у складу са чл. 29 Директиве 95/46/ЕЗ (Article 29 Data protection working party, 2014) (скраћено: Радна група ЕУ). У наставку ће бити изложени кључни аргументи *pro et contra* овог права. На крају ће бити размотрена садржина права на брисање личних података у складу са чл. 17 ГДПР, односно чл. 30 ЗЗПЛ.

2. Околности у којима је настало право на заборав

Право на заборав је настало као одговор на брзи развој технологије и својеврсна противтежа практично неограниченим меморијским капацитетима интернета (Hornung, Hofmann, 2013: 164; Kelly, Satola, 2017: 4). Осим глобалне рачунарске мреже – интернета, посебну улогу у настајању овог права одиграли су и интернет претраживачи. Њихови алгоритми су временом до те мере усавршени да уз помоћ једне одреднице и клика омогућују структурирани приказ иначе непрегледног броја садржаја доступних на најразличитијим веб-страницама. Претраживање се, између осталог, може вршити и уз помоћ имена и презимена неког лица, на основу чега се, за само неколико секунди, долази до података

7 Иако се ова формулација среће у наведеној пресуди, потребно је истаћи да она не потиче од самог СПЕУ, него је споменуто у оквиру захева за претходну одлуку (питање под бр. 3), који је шпански суд упутио СПЕУ, као и у оквиру поднесака упућених СПЕУ – вид. пасус 91 пресуде СПЕУ у случају С-131/12 од 13. маја 2014. године.

8 У том смислу треба похвалити избор нашег законодавца који је у коначној верзији ЗЗПЛ одустао од овог назива одређивши се за јединствени назив *право на брисање података о личности*. Осим синонимне употребе ова два назива, која је доминантна, у литератури је присутно и мишљење да се ради о два одвојена права. О томе више у: Taeger, Gabel: 2019, 444–445, Rn. 4, са даљим упућивањима.

који омогућују тзв. профилисање личности⁹, тј. извођење закључака о неком битном својству одређене особе, као што су њено здравствено стање, склоности, интересовања, професија, кретање и сл.¹⁰ У таквим околностима, право на приватност је добило потпуно нову димензију. Док се раније оно доживљавало као право на простор у физичком смислу у оквиру ког појединац има право да се слободно развија, да буде „остављен на миру“ (Warren, Brandeis, 1890: 193, 195) и у који органи власти не могу задирати без правног основа (Kelly, Satola, 2017: 3), у данашњим условима оно се све више сагледава у контексту информационо-комуникационих технологија. Та промена парадигме намеће питање да ли се у интернет окружењу уопште може говорити о приватности ако се узме у обзир чињеница да сваки интернет корисник може приступити туђим личним подацима доступним на интернету у било које време, без знања и питања особе на коју се ти подаци односе (Schweitzer, 2017: 249).

Иако интернет нуди неограничене меморијске капацитете, упитно је да ли дигитална меморија може да врши улогу „непристрасног судије“ у процени нечијих способности и особина. Наиме, резултати претраге често не указују на то да ли је конкретна информација до које се претрагом долази актуелна или одавно депласирана и као таква ирелевантна, те да ли је она истинита, тачна и потпуна. Понуђене информације су често истргнуте из свог контекста и нису хронолошки приказане (Mayer-Schönberger, 2009: 78), што може допринети формирању слике о претраживаној особи која не одговара стварности (Schweitzer, 2017: 247). Иако неадекватне, информације о некој особи које су доступне на интернету могу утицати на доношење одлука које се тичу различитих аспеката њеног живота, попут одлуке послодавца о томе да ли ће је запослити, да ли ће се потенцијални пословни партнери упустити у пословни однос са њом, да ли ће добити визу за одлазак у страну земљу¹¹ и слично. Из ових примера се види да појединац, због доступности некада непроверених и неистинитих, или пак тачних, али застарелих информација на интернету, може бити ускраћен за нека своја права, тј. за животне прилике које би му иначе биле указане. У описаним околностима, опсег права на заштиту личних података се перманентно шири, о чему најбоље сведочи редефинисање права на брисање.¹²

9 О профилисању вид. више у: Diligenski, Prlja, Cerović, 2018: 48–61.

10 Вид. чл. 4, ст. 1, тачка 5) ЗЗПЛ и чл. 4, ст. 1, тачка 4) ГДПР. Вид. § 80 *Google* пресуде.

11 О најновијим изменама правила аплицирања за америчку визу вид. у: Rafia Zakaria, „US makes hurdles even higher for visa applicants“, објављено 5. јуна 2019. године на *CNN* интернет порталу, <https://edition.cnn.com/2019/06/05/opinions/visa-applications-social-media-requirements-zakaria/index.html>, 10. јун 2019. године.

12 Претече идеје о овом праву се често везују за дело „Брисање – Врлина заборавља у дигиталном добу“, професора Виктора Мајера-Шонбергера (*Viktor Mayer-Schönberger*).

3. Садржина и начин реализације права на заборав према *google* пресуди

Право на заборав ће најпре бити представљено кроз садржину коју му је „удакнуто“ СПЕУ у *Google* пресуди,¹³ након чега ће бити речи о ближим смерницама за њено спровођење у пракси.

У *Google* пресуди СПЕУ није на свеобухватан начин одредио садржину права на заборав. Уместо тога, он се изјаснио само о допуштености и начину његове реализације у контексту интернет претраживача. Управо због тога, назив права лако може да наведе на погрешан закључак о његовој суштини, због чега се нашао на удару критике (Floridi et. all, 2015: 3, фн. 1).¹⁴ Наиме, када се неко право назове правом на брисање, тј. правом на заборав, оно може одати утисак да се заиста ради о уклањању личних података са интернета, што би за последицу имало трајно онемогућавање приступа тим подацима без обзира на одредницу уз помоћ које се претрага врши. Међутим, суштина права на заборав се према *Google* пресуди не састоји у брисању личних података са сајта на коме су они објављени на дозвољен начин. Уместо тога, ради се о уклањању одређеног линка из индекса резултата који би интернет кориснику били приказани на основу претраге која се врши помоћу интернет претраживача, и то само онда када се као одредница претраге користи име и презиме одређене особе. Конкретно, ради се о уклањању линка¹⁵ који би иначе корисника упућивао на веб-сајт на коме је садржан податак уз помоћ ког се може идентификовати лице на које се он односи. То, међутим, не значи да се сам лични податак уклања са интернета и да се он више ни на који начин

У њему аутор, између осталог, наводи да смо савременици фундаменталне промене у којој је заборављање, као природан људски феномен, истиснуто неограниченим дигиталним памћењем, чиме се појединцима често одузима могућност за „другу шансу“ (Mayer-Schönberger, 2009: 11, 13).

13 Основ за доношење ове пресуде СПЕУ је, између осталог, нашао у екстензивном тумачењу права на приступ – које обухвата право на брисање из чл. 12(б) и права на приговор из чл. 14(а) тада важеће Директиве 95/46/ЕЗ Европског парламента и Савета о заштити појединаца у вези са обрадом личних података и о слободном протоку таквих података од 24. октобра 1995. године, *ОЈ* 1995 L 281, 31. У раду се неће наводити чињенице случаја како би се уштедело на простору.

14 Руковођени суштином овог права, поједини стручњаци предложили су његово преименовање у: право лица да оспори обраду својих личних података, право лица да отежа претраживање својих личних података, право лица да не буде помињано и др. Упркос критикама, термин право на заборав (енгл. *right to be forgotten*, нем. *Das Recht auf Vergessenwerden*) је и даље широко распрострањен.

15 О различитим нивоима доступности личних података на интернету вид. у: Sartor, 2016: 95.

не може сазнати. Напротив, он је и даље доступан интернет корисницима и они му могу приступити вршењем претраге уз помоћ друге одреднице, или пак директним приступом на веб-сајт на коме је он објављен. Другим речима, интернет корисницима није онемогућено него им је само отежано проналажење жељеног личног податка (Floridi et. all, 2015: 3, 4).

Захтев за уклањање конкретног линка упућује се оператеру интернет претраживача (*Google, Yahoo, Bing, Yandex* и др.)¹⁶ у чијој се листи резултата тај линк приказује. Основ за одговорност компаније која води одговарајући интернет претраживач СПЕУ је нашао у чињеници да је реч о субјекту који врши обраду личних података на тај начин што већ доступне податке на интернету „прикупља, снима, организује уз помоћ програма за индексирање, чува на својим серверима, објављује и чини их доступним својим корисницима“.¹⁷ Да ли ће оператер прихватити конкретан захтев за уклањање линка зависи од резултата одмеравања сукобљених интереса, и то у првом реду права на заштиту личних података, с једне, и права на слободно информисање и изражавање мишљења, с друге стране. Да би захтев био усвојен није нужно да се односи на линк који упућује на неистинит или нетачан податак, нити да подносилац докаже да услед индексирања конкретног линка трпи штету.¹⁸ Могуће је чак да је реч о линку који упућује на веродостојну информацију која је у време објављивања била релевантна, али је временом престала да остварује сврху због које је иницијално била прибављена. Колико је времена потребно да прође да би нека информација престала да буде релевантна, зависиће од околности конкретног случаја и од улоге коју појединац има у јавном животу.¹⁹

3.1. Смернице за остваривање права на заборав према *Google* пресуди

Иако је *Google* пресуда увела „револуцију“ по питању доступности личних података на интернету, на низ питања у вези са спровођењем ове пресуде

16 Како би се повиновао пресуди, *Google* је припремио *Образац захтева за уклањање личних података*, који је доступан свим интернет корисницима на разним језицима, укључујући и српски језик: https://www.google.com/webmasters/tools/legal-removal-request?complaint_type=rtbf&visit_id=636812691350981068-928487754&rd=1&pli=1, 30. јул 2019. Иако је овај образац доступан домаћим интернет корисницима на српском језику, у падајућем менију у коме подносилац захтева треба да означи земљу у којој има пребивалиште или боравиште није наведена Србија, тако да је неизвесно да ли би се *Google* упустио у разматрање захтева који би упутио корисник из Србије.

17 Вид. пасус 28 *Google* пресуде.

18 Вид. пасус 96, 99 и тачку 4 изреке *Google* пресуде.

19 Вид. пасусе 93, 94, 96 и 97 *Google* пресуде.

СПЕУ није дао одговор. Због тога су за имплементацију одлуке биле неопходне ближе смернице. У ту сврху *Google* је формирао саветодавни одбор, који су чинили експерти у предметној материји, који је дао упутства за спровођење *Google* пресуде (скраћено: *Google* смернице). Осим тога, инструкције за спровођење ове пресуде дала је и Радна група за заштиту података, основана у складу са чл. 29 Директиве 95/46/ЕЗ (скраћено: смернице Радне групе).

Саветодавни одбор *Google* је предложио параметре које треба узети у обзир приликом одмеравања интереса, истичући при томе да ниједан од њих нема снагу одлучујућег критеријума. У одмеравању интереса потребно је сагледати: 1) улогу коју подносилац захтева има у јавном животу, 2) природу информације, 3) њен извор и 4) њену временску димензију. Сходно томе, мањи су изгледи да ће бити усвојен захтев за уклањање линка који упућује на сајт који садржи информацију о особи која има јасну улогу у јавном животу, попут улоге коју, примера ради, имају политичари, док ће далеко веће изгледе на успех са захтевом имати особа која нема препознатљиву улогу у јавном животу (Floridi et. all, 2015: 7, 8). Природа информације може да буде таква да више нагиње ка приватној сфери појединца. То ће, на пример, бити случај ако је реч о информацији која се тиче здравља појединца, његовог интимног живота, броја банковног рачуна, идентификацијских ознака попут адресе, јединственог матичног броја и сл. Приликом разматрања захтева нарочито је потребно водити рачуна о интересима малолетника који су погођени конкретном информацијом. Ако линк упућује на информацију која не одговара стварности, тј. која је нетачна и као таква носи ризик од наступања штете, већи су изгледи да ће захтев за њено уклањање бити усвојен. *Argumentum a contrario*, ако је реч о информацији која је истинита и базирана на чињеницама, мања је вероватноћа да ће захтев за уклањање линка бити усвојен (Floridi et. all, 2015: 10, 12). У одмеравању интереса треба водити рачуна о потреби очувања доступности информација које подржавају: политички дискурс и дебату о питањима од јавног интереса; слободу научног истраживања и уметничког изражавања; информисаност јавности о питањима од значаја за јавно здравље и заштиту потрошача; приступ информацијама о историјским догађајима и личностима (Floridi et. all, 2015: 9–13). При оци захтева пажњу треба посветити и извору информације. У том смислу узеће се да претеже јавни интерес за приступ одређеној информацији ако је она објављена у оквиру новинарског извештавања обављеног у складу са правилима добре новинарске праксе (Floridi et. all, 2015: 13). Истовремено, не сме се занемарити временска димензија одређене информације, при чему протек времена нема потенцијал да умањи релевантност свих

информација попут оних о најтежим злочинима. Ако се пак ради о лакшем кривичном делу, протек значајног временског периода би требало да иде у прилог уклањању линка. Осим протеклог времена, код оваквих захтева треба узети у обзир и дати контекст, улогу коју подносилац захтева има у друштву, те да ли је реч о извршиоцу или о жртви кривичног дела (Floridi et. all, 2015: 12, 14). У смерницама је наглашено и да одлуке *Google* поводом захтева за уклањање линка треба да садрже образложења, с обзиром на то да подлежу контроли националних тела и судова (Floridi et. all, 2015: 21).

Док се *Google* препоруке односе на поступање компаније *Google* у вези са поднетим захтевима за уклањање линкова на бази претраге према имену и презимену неке особе, смернице Радне групе ЕУ представљају заједничке критеријуме према којима треба да поступају национална тела за заштиту података о личности по изјављеним правним лековима на одлуке оператера интернет претраживача. Другим речима, поступак одлучивања о захтевима за уклањање линкова из индекса резултата устројен је као вишестепени, при чему у првом степену о захтеву одлучује оператер који управља конкретним претраживачем, док по правном леку изјављеном на одлуку оператера одлучују национална тела којима је поверено старање о праву на заштиту личних података и национални судови (Article 29 Data protection working party, 2014: 5). У том смислу су препоруке Радне групе ЕУ битне и за саме оператере интернет претраживача.

С обзиром на то да су и *Google* одбор и Радно тело ЕУ дали смернице за спровођење исте пресуде, између њихових закључака има доста преклапања. У својим препорукама Радна група ЕУ је указала на потребу разликовања резултата претраге који се односе на туђе мишљење о некој особи од информација које су базирани на чињеницама. Ако се нека информација базира на очигледно нетачним чињеницама, што за последицу има пласирање слике у јавности о некој особи која не одговара стварности, веће су шансе да ће захтев бити усвојен (Article 29 Data protection working party, 2014: 15, 17). У супротном, ако је реч о испољавању туђег мишљења, мање су шансе да ће захтев успети. Налик *Google* одбору, и Радна група ЕУ закључује да приликом разматрања захтева треба водити рачуна о томе да ли је подносилац јавна личност, што међутим не значи да јавне личности немају право на приватност (Article 29 Data protection working party, 2014: 16).

Приликом разматрања смерница за спровођење *Google* пресуде, повело се питање и о томе да ли усвајање захтева подразумева уклањање одређеног *URL*, тј. веб-адресе на глобалном нивоу, што би значило да се претрагом према имену и презимену онемогућује приступање одређеној информацији без обзира из које земље се претрага врши, или је довољно онемогућити

приступ информацији у Европској унији, или још уже, у конкретној држави преко локалне верзије *Google*. Поводом овог питања *Google* одбор и Радна група ЕУ су дошли до различитих закључака. Док је *Google* одбор заузео став да линкове треба уклањати само са домена у оквиру Европске уније (Floridi et. al, 2015: 20), Радна група ЕУ о заштити података је стала на становиште да брисање линка треба да буде спроведено на глобалном нивоу, тј. на домену *Google.com*, како би се спречило изигравање права Европске уније (Article 29 Data protection working party, 2014: 3). У једној од новијих пресуда, СПЕУ се изјаснио о овом питању, заузевши став да „оператор претраживача, кад прихвати захтев за уклањање линка [...], није дужан да уклони линк на свим верзијама свог претраживача, него само на оним верзијама које постоје у свим државама чланицама [...]“.²⁰

3.2. Аргументи *pro et contra*

Увођење права на заборав у интернет окружењу поделило је стручну и научну јавност. Највише замерки на његов рачун упућено је с обзиром на уверење појединих аутора да ће редефинисано право на брисање ограничити слободу изражавања и право на слободно информисање. Заговорници овог права, с друге стране, истакли су његов допринос реуспостављању контроле интернет корисника над њиховим личним подацима, што би требало да ојача поверење јавности у дигиталне услуге на којима почива дигитална економија (European Commission, није наведена година издања: 2, 7).

Присталице права на заборав сматрају да је ово право у *Google* пресуди формулисано на начин који омогућује постизање оптималне равнотеже између сукобљених интереса, с обзиром на то да је реч о најблажој интервенцији у погледу доступности тражених података (Sartor, 2016: 97). У прилог праву лица да буде заборављено наведен је и аргумент ресоцијализације (Wallisch, 2015: 96). Наиме, брисање са интернета „проблематичних“ или бар не претерано пријатних података из даље прошлости неког лица може да олакша његову реинтеграцију у друштво. Овај аргумент је тим пре прихватљив, ако се узме у обзир чињеница да национални закони, под одређеним условима, дозвољавају рехабилитацију осуђених лица, која повлачи престанак свих правних последица осуде.²¹ Један од аргумената у прилог права на заборав изведен је из неограничене могућности објављивања различитих садржаја на интернету без икакве претходне провере и контроле. Због тога се право на заборав може разумети

²⁰ С-507/17 од 24. септембра 2019. године.

²¹ Вид. чл. 97–100 и чл. 94–96 Кривичног законика, „Службени гласник РС“, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019.

као својеврстан коректив честог одсуства претходног редиговања и рецензирања садржаја који се објављују на интернету (Kelly, Satola, 2017: 13).

У погледу остваривања права на брисање, поједини аутори су изразили бојазан да ће бројност захтева за уклањање линкова онемогућити њихово појединачно разматрање, што ће за последицу имати њихово некритичко усвајање (Kelly, Satola, 2017: 15). Досадашња пракса, међутим, показује да су овакве стрепње биле неоправдане. То потврђују статистички подаци *Google* према којима број усвојених захтева чини свега око 40% укупно поднетих захтева.²² У критички настројеним радовима се указује и на то да је вероватноћа проналажења информације на коју би иначе указао уклоњени линк само хипотетички замислива, јер је тешко очекивати од интернет корисника да ће претрагом уз помоћ другог појма успети да дође до податка који тек треба да сазна (Arning, Moos, Schefzig, 2014: 452). Критикама се придружује и виђење да је *Google* пресуда фактички нарушила еквилибријум између људских права, успостављајући својеврстан хијерархијски однос међу њима, у коме је право на заштиту личних података однело примат над слободом изражавања (Brkan, 2016: 825, 827). Један од најпроминентнијих контра аргумената истакнут је на рачун субјекта који врши одмеравање интереса. Као што је већ поменуто, захтев за уклањање линка заинтересовано лице најпре треба да упути компанији која руководи интернет претраживачем. Управо су у томе многи опоненти права на заборав видели неприхватљиво измештање заштите субјективних права појединаца из надлежности државних органа у руке приватних компанија, указујући да се у томе крије потенцијал за злоупотребу, као и превелика моћ у креирању „колективног памћења“ (Herr, 2015). Иако овај аргумент има своју тежину, не треба сметнути са ума чињеницу да одлука приватне компаније о поднетом захтеву за брисање, на иницијативу незадовољне стране, подлеже контроли националних тела (нпр. повереника за заштиту личних података и националних судова), што у извесној мери релативизује његову снагу.

Упркос бројним критикама, делује да је право на брисање оправдано у случају да се ради о нарочито осетљивим подацима лица која немају препознатљиву улогу у јавном животу (нпр. података о здравственом стању, вероисповести, интимном животу, чињеници да је лице било жртва кривичног дела попут дела против полне слободе и сл.).²³ Осим тога, ако право које је прилагођено аналогном добу, познаје механизме за „поправљање“ слике појединца у

22 Наиме, Гугл је до сада запримио преко три милиона захтева, док је од њих усвојено нешто више од 800.000: <https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview?hl=en16.7.2019,31>, јул 2019.

23 Вид. чл. 16 ЗЗПЛ.

друштву, попут права на рехабилитацију ранијих осуђеника или права покајања аутора²⁴, логично би било да упоредиви механизми постоје и у виртуелном окружењу. Но, опсег права на брисање у дигиталном свету не треба ограничити на случајеве у којима постоје упоредиви механизми заштите у аналогним условима, него га треба саобразити практично неограниченој меморији интернета. Због тога, под одређеним условима, треба дозволити и брисање података који би у „недигиталним“ условима, протеклом времена, били препуштени заборава. То, међутим, не значи да право на брисање треба олако дозволити. Оно треба да уследи само ако резултат одмеравања сукобљених интереса недвосмислено говори у прилог прече потребе за заштитом приватних интереса појединца у односу на интересе јавности за приступ одређеном податку.

4. Право на брисање података о личности према чл. 17 ГДПР и чл. 30 ЗЗПЛ

Поређењем права на заборав из *Google* пресуде, с једне, и права на брисање (права на заборав) из чл. 17 ГДПР, с друге стране, да се закључити да формулација овог права из ГДПР далеко премашује значење које му је изворно приписао СПЕУ (Voigt, von dem Bussche, 2018: 209). То је разумљиво ако се узме у обзир да је у *Google* пресуди СПЕУ заузео став само поводом доступности личних података путем интернет претраживача (а не и интернета уопште), и то онда када се претрага врши према имену и презимену одређеног лица. За разлику од тога, чл. 17 ГДПР говори о *брисању података о личности* – при чему се под брисањем мисли на уклањање података, а не само на уклањање линкова који упућују на одређени податак, и то од стране свих руковалаца,²⁵ а не само од стране компанија које воде интернет претраживаче.²⁶

24 Вид. чл. 72 Закона о ауторском и сродним правима, „Службени гласник РС“, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012, 29/2016 (Одлука Уставног суда).

25 Према чл. 4 ст. 1, тачка 3) и 8) ЗЗПЛ, руковалац је физичко или правно лице, односно орган власти који самостално или заједно са другима одређује сврху и начин обраде, док се под обрадом подразумева свака радња или скуп радњи које се врше аутоматизовано или неаутоматизовано са подацима о личности или њиховим скуповима, као што су прикупљање, бележење, разврставање, груписање, односно структурисање, похрањивање, уподобљавање или мењање, откривање, увид, употреба, откривање преносом, односно достављањем, умножавање, ширење или на други начин чињење доступним, упоређивање, ограничавање, брисање или уништавање.

26 Иако домаћај овог права није ограничен на руковоаце који обрађују личне податке у интернет окружењу, имајући у виду улогу коју интернет има у савременом друштву, за очекивати је да ће се највећи број захтева управо односити на уклањање личних података доступних на овој глобалној рачунарској мрежи.

Штавише, право на заборав, на начин на који је формулисано у *Google* пресуди, није изричито садржано у ГДПР. Наведена констатација актуелизује питање односа права на заборав из *Google* пресуде и истоименог права из ГДПР. Наиме, након ступања на снагу ГДПР није престала могућност уклањања линкова из резултата претраге интернет претраживача у складу са условима предвиђеним у *Google* пресуди. Напротив, појединцу стоје две могућности на располагању: или да захтева уклањање линка из индекса претраге одређеног интернет претраживача према условима из *Google* пресуде, или да руковоацу упути захтев за брисање самог податка у складу са условима из ГДПР. У вези са овим може бити спорно да ли ову могућност избора треба дозволити и лицима са пребивалиштем, односно боравиштем у Србији, односно да ли се и она могу позвати на право које је формулисано у *Google* пресуди. Иако Србија није чланица ЕУ, и иако се право на уклањање линкова из резултата претраге путем интернет претраживача не спомиње изричито у ЗЗПЛ, закључивањем *argumentum a maiore ad minus* би се могло пледирати за допуштеност избора. Наиме, ако је под условима из чл. 3, ст. 4 ЗЗПЛ²⁷ могуће захтевати брисање личних података од иностраних руковалаца, тим пре би требало дозволити и деминутив овог права које се састоји у уклањању линка који упућује на тај податак.

У настојању да се постигне свеобухватно брисање података, ГДПР иде и корак даље. У чл. 17, ст. 2 ГДПР (чл. 30, ст. 3 ЗЗПЛ)²⁸ предвиђена је обавеза руковоаца који је јавно објавио податке о личности поводом којих је поднет захтев за брисање, да предузме све разумне мере како би обавестио остале руковоаце тих података о томе да је поднет захтев за брисање свих њихових копија и свих упућивања на њих. Управо овај став доноси суштинску промену у односу на ранију формулацију права на брисање, због чега у њему многи аутори виде настојање за суштинско остваривање права на заборав (Eßer, Kramer, von Lewinski, 2018: Abschnitt 3, Art. 17, Rn. 7).²⁹

27 ЗЗПЛ се „примењује на обраду података о личности лица на које се подаци односе које има пребивалиште, односно боравиште на територији Републике Србије од стране руковоаца, односно обрађивача који нема седиште, односно пребивалиште или боравиште на територији Републике Србије, ако су радње обраде везане за: 1) понуду робе, односно услуге лицу на које се подаци односе на територији Републике Србије, без обзира да ли се од тог лица захтева плаћање накнаде за ову робу, односно услугу; 2) праћење активности лица на које се подаци односе, ако се активности врше на територији Републике Србије.“

28 Слична обавеза садржана је у чл. 19 ГДПР и чл. 33 ЗЗПЛ.

29 У електронској верзији коментара није означен број странице.

У вези са остваривањем права на брисање података о личности, поставља се неколико питања: 1) под којим условима се ово право може остварити; 2) у којим околностима ће руковалац моћи да одбије захтев за брисање података о личности; 3) на чију иницијативу треба да уследи брисање података о личности, и коначно, 4) коме (и у којој врсти поступка) ће лице о чијим се подацима ради моћи да се обрати ако сматра да му је ово право повређено.³⁰

С обзиром на то да је у чл. 30 ЗЗПЛ, уз минималне разлике, преузета садржина чл. 17 ГДПР, у наставку рада ће се, ради лакшег праћења, наводити само одговарајући чланови и ставови ЗЗПЛ.

4.1. Случајеви у којима се може остварити право на брисање података о личности - чл. 30, ст. 2 ЗЗПЛ

Да би уследило брисање података о личности потребно је да отпадне правни основ по коме руковалац обрађује туђе личне податке (чл. 12 ЗЗПЛ). Руковалац, међутим, није дужан да приступи брисању туђих личних података уколико отпадне један од више основа који обраду туђих података чине дозвољеном у конкретном случају.

Под условом да није испуњен ниједан од изузетака од права на брисање, захтев за брисање ће бити усвојен у једном од следећих случајева:

1) Ако „подаци о личности више нису неопходни за остваривање сврхе због које су прикупљени или на други начин обрађивани.“ Овај разлог брисања директно проистиче из *начела ограничења у односу на сврху обраде*, према коме се обрада личних података може вршити само у сврхе које су „конкретно одређене, изричите, оправдане и законите“ (чл. 5, ст. 1, тачка 2) ЗЗПЛ). Ипак, ово начело је релативизовано предвиђањем два изузетка. Наиме, сматраће се да је упркос остварењу првобитне сврхе обраде, даља обрада допуштена ако се „врши у сврхе архивирања у јавном интересу, у сврхе научног или историјског истраживања, као и у статистичке сврхе“ (чл. 6, ст. 1 ЗЗПЛ). Осим тога, изузетак од правила да је обрада података везана сврхом због које су они првобитно прикупљени, јавља се и случај тзв. компатибилне сврхе (Eßer, Kramer, von Lewinski, 2018: Abschnitt 3, Art. 17, Rn. 12, 13). Наиме, ако се испостави да руковалац има интерес да настави са обрадом података у сврху која је различита од сврхе због које су они изворно прикупљени, а да за то нема основ у закону нити у пристанку лица о чијим је подацима реч, процена допуштености даље обраде података зависиће

30 Због ограничености простора, у раду ће бити понуђени одговори на прве три групе питања.

од критеријума као што су сродност првобитне и накнадно настале сврхе обраде, околности у којима су релевантни подаци прикупљени, њихове природе, последица које даља обрада може проузроковати лицу о чијим се подацима ради, примене мера заштите попут псеудонимизације³¹ и др. (чл. 6, ст. 2 ЗЗПЛ). У тим случајевима руковалац сам треба да одмери ове интересе, при чему сноси и одговорност за сопствену процену.

2) Ако је лице опозвало свој пристанак, а не постоји други правни основ за обраду. Опозив пристанка се може дати у сваком тренутку, при чему та могућност мора бити предочена лицу о чијим се подацима ради, и то пре давања пристанка. За опозив пристанка није предвиђена посебна форма, при чему ЗЗПЛ изричито прописује да опозивање пристанка мора бити подједнако једноставно као и давање пристанка. Опозив делује *ex nunc* (чл. 15 ЗЗПЛ). Ипак, опозив пристанка не значи нужно и престанак даље обраде података, јер руковалац може да настави са обрадом ако докаже да постоји други разлог који даљу обраду података чини допуштеном. Да би опозив пристанка довео до брисања података, потребно је да је у том смислу изричито упућен захтев руковоацу, с обзиром на то да у овом случају лице о чијим се подацима ради уместо брисања може да захтева и ограничење употребе података (чл. 31, ст. 1, тач. 2 ЗЗПЛ) (Taeger, Gabel: 2019, 452, Rn. 38, са даљим упућивањем).

3) У случају подношења приговора на обраду података. У овом случају треба разликовати две варијанте. Прва је када се приговор односи на обраду података која се врши у циљу обављања послова у јавном интересу, ради извршења законом прописаних овлашћења руковоаца или је она неопходна у циљу остваривања легитимних интереса руковоаца или треће стране (чл. 12, ст. 1, тач. 5 и 6 ЗЗПЛ). Тада је руковалац по приговору дужан да обрише личне податке подносиоца, осим ако докаже да разлочи за даљом обрадом претежу над легитимним интересима, правима и слободама подносиоца захтева, или ако докаже да је даља обрада неопходна у вези са подношењем, остваривањем или одбраном правног захтева (чл. 37, ст. 1 ЗЗПЛ). Друга варијанта постоји ако се лични подаци обрађују у сврху директног оглашавања. Тада делује да по изјављеном приговору брисање података мора да уследи, односно у том случају руковалац нема могућност да доказује постојање интереса који претежу над интересима подносиоца захтева (чл. 37, ст. 2 ЗЗПЛ) (Eßer, Kramer, von Lewinski, 2018: Abschnitt 3, Art. 17, Rn. 25). Иако би овакво тумачење уследило на основу чл. 30, ст. 2, тач. 3, б) ЗЗПЛ, спорно је да ли брисање личних података заиста мора да

31 Под псеудонимизацијом се подразумева „обрада на начин који онемогућава приписивање података о личности одређеном лицу без коришћења додатних података“ (чл. 4, ст. 1, тач. 6 ЗЗПЛ).

уследи без обзира на евентуално постојање друге сврхе обраде. Наиме, из чл. 37, ст. 3 ЗЗПЛ³², делује да након изјављеног приговора на обраду података о личности за потребе директног оглашавања, подаци могу и даље да се обрађују у друге сврхе. Због тога делује да чл. 30, ст. 2, тач. 3, б) ЗЗПЛ треба тумачити у вези са чл. 37, ст. 3 ЗЗПЛ, на основу чега се може извести закључак да право на брисање, без одмеравања других интереса, треба да уследи само онда када су подаци прикупљени и иначе обрађивани искључиво у сврхе директног оглашавања (Taeger, Gabel: 2019, 455, Rn. 55, 56, са даљим упућивањем).

4) Ако су лични подаци били незаконито обрађивани. Овде је реч о свеобухватном основу који супсумира претходно наведене разлоге за брисање, али је вероватно предвиђена са циљем да обухвати евентуално друге случајеве незаконите обраде (нпр. ако руковалац настави да обрађује туђе личне податке упркос томе што му они више нису неопходни ради извршења уговора које је закључио са лицем на које се ти подаци односе, или упркос томе што подаци више нису неопходни ради заштите животно важних интереса лица на које се подаци односе или другог физичког лица, као и у другим случајевима који би били противни чл. 12 ЗЗПЛ који уређује законитост обраде, или начелима обраде из чл. 5 ЗЗПЛ, попут начела транспарентности, минимизације, тачности и др.).³³ Појам незаконите обраде, међутим, није ограничен на повреде ЗЗПЛ, него обухвата и повреде евентуално других закона којима се уређује обрада личних података.

5) Ако је њихово брисање нужно ради извршења законских обавеза руковоаца. Примера рад, Закон о адвокатури у чл. 80³⁴ прописује обавезу адвокатске коморе да обрише податак о изреченој дисциплинској мери ако у прописаном року након коначности одлуке дисциплинског суда адвокат не учини нову повреду дужности и угледа адвоката. Други пример за брисање података *ex lege* садржан је у чл. 98 Кривичног законика Републике Србије и тиче се законске рехабилитације.

6) Ако су подаци о личности прикупљени у вези са коришћењем услуга информационог друштва, а пристанак на обраду података је дало малолетно лице које је навршило 15 година,³⁵ при чему се ово право

32 „Ако лице на које се подаци односе поднесе приговор на обраду за потребе директног оглашавања, подаци о личности *не могу се даље обрађивати* такве сврхе“ (Нагласак аутора).

33 О законитости обраде говоре чл. 12, 13 и 14 ЗЗПЛ.

34 „Службени гласник РС“, бр. 31/2011, 24/2012.

35 Вид. чл. 16 ЗЗПЛ. У погледу узраста детета које може самостално да да сагласност у погледу коришћења услуга информационог друштва, ГДПР оставља државама

може вршити и након стицања пунолетства (Voigt, von dem Bussche, 2018: 211). С обзиром на то да се у овом основу изричито упућује на чл. 16, ст. 1 ЗЗПЛ, у пракси може бити спорно да ли ће право на брисање моћи да захтева и лице у случају из чл. 16 ст. 2 ЗЗПЛ – тј. онда када је сагласност у вези са коришћењем услуга информационог друштва за дете млађе од 15 година дао родитељ који врши родитељско право или други законски заступник.³⁶ Циљ ове одредбе је да се лицу које је пристанак за обраду података дало као дете, тј. у узрасту у коме није у потпуности могло бити свесно свих последица свог пристанка, омогући да захтева брисање личних података, и то независно од тога да ли се у очима правног поретка и даље сматра дететом.³⁷ Имајући наведено у виду, делује да би ово право требало омогућити чак и у случају да је сагласност на обраду података за лице млађе од 15 година дао родитељ или други законски заступник, с обзиром на то да није искључена могућност да ће, када одрасте, лице имати другачији став поводом раније дате сагласности, и да се из те животне перспективе можда неће сложити са одлуком коју је својевремено у његово име донео његов законски заступник. У поређењу са случајем када брисање података треба да уследи због повлачења пристанка (чл. 30, ст. 2, тач. 2), делује да у односу на малолетника руковалац не може да настави са обрадом његових података предочавањем другог основа за обраду који претеже над легитимним интересима подносиоца захтева (Eßer, Kramer, von Lewinski, 2018: Abschnitt 3, Art. 17, Rn. 36).

Као што се из изложеног може закључити, разлози за брисање су релативизовани тиме што је уз готово сваки од њих предвиђена могућност одступања. Осим тога, разумевање разлога за брисање је отежано бројним упућивањима на одредбе из других чланова, у којима се неретко даље преупућује на примену одредаба садржаних у другим члановима.

4.2. Обавеза обавештавања осталих руковалаца о поднетом захтеву за брисање података о личности – чл. 30, ст. 3 ЗЗПЛ

Неретко се дешава да се подаци који су објављени на неком сајту преузимају, чине доступним, линкују или на други начин обрађују од стране других руковалаца. Због тога није искључена могућност да ће одређени податак

чланицама могућност да ту границу поставе између 13. и 16. године. Под услугама информационог друштва се, у складу са чл. 4, ст. 1, тачка 23 ЗЗПЛ, подразумева „свака услуга која се уобичајено пружа уз накнаду, на даљину, електронским средствима на захтев примаоца услуга“.

36 У редакцији овог члана ЗЗПЛ је вероватно учињена омашка, с обзиром на то да су у упоредивом чл. 8, ст. 1 ГДПР обједињени ставови 1 и 2 чл. 16 ЗЗПЛ.

37 Вид. тачку 65 уводног образложења ГДПР.

и даље бити доступан на интернету упркос томе што је обрисан са сајта на коме је првобитно био објављен. То је био разлог због ког је у ГДПР значајно проширен домет права на брисање. Наведено је постигнуто увођењем обавезе руковоаца који је јавно објавио личне податке да обавести остале руковоаце (не и обрађиваче³⁸) који врше њихову обраду о томе да је уз захтев за брисање податка поднет и захтев за брисање свих његових копија и упућивања на њега, односно свих електронских веза према њему. Међутим, да би за руковоаца који је јавно објавио податке о личности наступила обавеза обавештавања других руковоаца који те исте податке обрађују, потребно је да је претходно утврђена основаност захтева за брисање личних података у односу на конкретног руковоаца (Eßer, Kramer, von Lewinski, 2018: Abschnitt 3, Art. 17, Rn. 51).

У вези са овом обавезом спорно је како треба тумачити синтагму „јавно објавио“. У појединим коментарима се упућује на могућу примену дефиниције из закона којим се уређује област ауторског права. У том случају би се у нашем праву могло узети да је руковалац јавно објавио неки податак ако га је „учинио доступним већем броју лица која нису међусобно повезана родбинским или другим личним везама“.³⁹ Осим тога, спорно је да ли се израз „јавно објавио“ односи само на објаве података на интернету или и на другим медијима за саопштавање информација (Eßer, Kramer, von Lewinski, 2018: Abschnitt 3, Art. 17, Rn. 49).

У сваком случају, обавеза обавештавања није апсолутна, тј. руковалац који је јавно објавио податке о личности може да се ослободи ове обавезе ако би доказао да је њено извршење скопчано са мерама које он није у могућности да предузме имајући у виду препреке техничке, технолошке или финансијске природе. С обзиром на то да нема сваки руковалац на располагању иста финансијска средства, нити исти број запослених, став о томе како треба схватити синтагму „предузимање свих разумних мера“ цениће се за сваког адресата ове обавезе посебно, на основу комбинације субјективних и објективних критеријума (Eßer, Kramer, von Lewinski, 2018: Abschnitt 3, Art. 17, Rn. 54).

Ratio ове одредбе се огледа у растерећењу лица о чијим се подацима ради на тај начин што оно не би морало сваком појединачном руковоацу да упућује захтев за брисање својих података, него је довољно да га упути руковоацу који је тај податак јавно објавио, који потом захтев за брисање

38 Обрађивачи су лица која обрађује податке на основу уговора са руковоацем у његово име (вид. чл. 4, ст. 1, тач. 9 у вези са чл. 45 ЗЗПЛ).

39 Вид. чл. 7, ст. 2 Закона о ауторском и сродним правима, „Службени гласник РС“, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012, 29/2016 (Одлука Уставног суда).

свих копија ових података и упућивања на њих треба да проследи осталим руковоацима. То, међутим, не значи да руковалац коме буде прослеђен овај захтев аутоматски има обавезу да престане са даљом обрадом конкретног податка. Да ли ће та обавеза уследити или не зависи од тога да ли обавештени руковалац има правни основ за обраду конкретног податка или не (Hornung, Hofmann, 2013: 167; Kubis, 2017: 583), те од одмеравања интереса које ће у складу са чл. 30 ЗЗПЛ спровести сваки руковалац. Уколико би се испоставило да обавештавање представља прекомеран терет за руковоаца који је јавно објавио податак, лицу на које се податак односи преостаје да се са захтевом за брисање директно обрати сваком руковоацу. То је могуће јер у оквиру права на приступ подацима, лице од руковоаца може захтевати информацију о томе коме су све његови лични подаци откривени (чл. 26, ст. 1, тачка 3 ЗЗПЛ).

За разлику од обавезе брисања која треба да уследи „без непотребног одлагања“, за испуњење обавезе обавештавања није предвиђена ближа временска одредница, с тим што је руковалац у оба случаја дужан да без одлагања, а најкасније у року од 30 дана од пријема захтева, пружи информације о поступању по поднетом захтеву лицу о чијим се подацима ради. Уколико се покаже неопходним, рок од 30 дана може бити продужен за још 60 дана, уз обавезу руковоаца да о томе обавести подносиоца захтева у оквиру првобитног тридесетодневног рока (чл. 21, ст. 3 ЗЗПЛ).

4.3. Изузеци од права на брисање података о личности – чл. 30, ст. 5 ЗЗПЛ

Осим одступања која се спомињу уз поједине разлоге за брисање (вид. одељак 4.1.), у чл. 30, ст. 5 ЗЗПЛ су предвиђени разлози због којих право на брисање података о личности може бити суспендовано упркос постојању основа за брисање. Они упућују на потребу одмеравања интереса у сваком појединачном случају како би се успоставила правична равнотежа између различитих права. Наиме, брисање података о личности неће уследити упркос постојању горе елаборираних разлога за брисање ако је њихова даља обрада неопходна ради:

1) остваривања слободе изражавања и информисања. У вези са овим изузетком од права на брисање потребно је разликовати чињеничне наводе од испољавања самог мишљења, што је нарочито тешко у ситуацијама када се мишљење базира на подацима о некој личности (Voigt, von dem Bussche, 2018: 212). У сваком случају, остваривање права на брисање искључено је у случају када се обрада података о личности врши у сврхе новинарског истраживања и објављивања информација у медијима (тзв. медијска

привилегија) (Eßer, Kramer, vonLewinski, 2018:Abschnitt 3, Art. 17, Rn. 64), и у сврхе научног, уметничког или књижевног изражавања, ако је то у конкретном случају неопходно у циљу заштите слободе истраживања и информисања (чл. 88 ЗЗПЛ);

2) поштовања законске обавезе руковоаца или ради извршења послова у јавном интересу или службених овлашћења руковоаца. Обавеза обраде личних података може, примера ради, проистацати из закона којим се уређују радноправни односи, опорезивање, евиденција привредних друштава и сл. (Gola: 2018, 470, Rn. 46). Круг послова у јавном интересу због којих се може ограничити право на брисање се може конкретизовати уз помоћ чл. 40 ЗЗПЛ. Сходно њему, до ограничења права на брисање би могло доћи из разлога: националне и јавне безбедности, спречавања, истраге и откривања кривичних дела, гоњења учинилаца кривичних дела, извршења кривичних санкција, из важних државних или финансијских интереса Републике Србије и др.

3) остваривања интереса јавног здравља. Овај разлог ће, примера ради, бити испуњен ако је обрада података неопходна у сврху превентивне медицине, процене радне способности запослених, управљања здравственим системима и сл. (чл. 17, ст. 2, тач. 8 и 9 ЗЗПЛ);

4) архивирања у јавном интересу, научног или историјског истраживања или у статистичке сврхе, с тим што је тада потребно испитати примењивост мера попут минимизације података или псеудонимизације, ако се њиховом применом не би реметила обрада података у наведене сврхе (чл. 92 ЗЗПЛ);

5) подношења, остваривања или одбране правног захтева (чл. 30, ст. 5 ЗЗПЛ). Смисао овог изузетка се огледа у спречавању губитка доказног материјала од ког би зависио исход спора који је већ у току, односно за који постоји висок степен вероватноће да ће уследити, без обзира на то да ли ће се он решавати судским или вансудским путем (Eßer, Kramer, von Lewinski, 2018: Abschnitt 3, Art. 17, Rn. 66). Циљ ове одредбе је да се спречи злоупотреба права на брисање у сврху придобијања повољније позиције у поступку који је у току или који тек предстоји (Taeger, Gabel: 2019, 471, Rn. 124, са даљим упућивањем).

Осим у наведеним ситуацијама, право на брисање података о личности може бити суспендовано и у функцији обраде личних података у посебне сврхе од стране надлежних органа (чл. 30, ст. 6 ЗЗПЛ).

Док постојање разлога за брисање треба да докаже подносилац захтева, постојање разлога за одступање од права на брисање треба да докаже руковалац.

4.4. Иницирање брисања података о личности

У вези са брисањем података о личности, потребно је још разјаснити и када ће оно уследити, односно да ли се личн и подаци бришу само на захтев лица о чијим се подацима ради, или пак њихово брисање, под претпоставком испуњености одређених услова, треба да уследи и на иницијативу самог руковоаца. Оно што је неспорно јесте да се захтев за брисање увек упућује руковоацу, а не и обрађивачу.

Иако је одговор на ово питање од значаја за процену одговорности руковоаца,⁴⁰ упитно је да ли он може бити јединствен с обзиром на то да ЗЗПЛ даје повод за различита тумачења. Наиме, док чл. 30, ст. 2 ЗЗПЛ прописује да је руковалац „без непотребног одлагања“ дужан да обрише личне податке у наведеним случајевима, у ст. 4 истог члана се наводи да „лице на које се подаци односе подноси захтев за остваривање права из ст. 1 овог члана руковоацу“. Дакле, на основу чл. 30, ст. 2 ЗЗПЛ би се могло рећи да је руковалац дужан да обрише личне податке чим утврди да су се стекли разлози из чл. 30 ЗЗПЛ (Taeger, Gabel: 2019, 461, Rn. 81, са даљим упућивањем; Moos, Schefzig, Arning (Hrsg.): 2018, 189, Rn. 192), док из ст. 4 истог члана проистиче да остваривање овог права треба да уследи тек на иницијативу заинтересованог лица. Осим наведена два, могуће је и треће тумачење. Наиме, ст. 2 у вези са ст. 4, чл. 30 ЗЗПЛ се може протумачити и тако да је руковалац коме је претходно упућен захтев, без непотребног одлагања, дужан да обрише личне податке ако су испуњени за то прописани услови. Но, када се узму у обзир појединачни разлози који дају повод за брисање, делује да је могуће још једно тумачење према коме би став о иницијативи за брисање података требало заузети спрам околности конкретног случаја. Тако, на пример, у случају да обавеза брисања за руковоаца проистиче из закона (види горе наведене примере из Закона о адвокатури и Кривичног законика), делује да би руковалац требало да приступи брисању података без захтева лица о чијим се подацима ради, чим за то буду испуњени законски услови.

Имајући у виду одговорност коју руковалац може да сноси у случају непоступања по одредби чл. 30 ЗЗПЛ (вид. чл. 95 ЗЗПЛ), делује да би најправичније било тумачити ову одредбу тако да обавеза брисања, па и одговорност за непоступање по захтеву за брисање, за руковоаца наступа само ако му је претходно упућен захтев од стране овлашћеног лица.⁴¹ Ово

40 Вид. чл. 95, ст. 1, тачка 13, као и чл. 95, ст. 4 и ст. 5 ЗЗПЛ.

41 Сличан став заузео је и Виши регионални суд (*Oberlandesgericht*) у Хамбургу (OLGHamburg, Urteilvom 07.07.2015 – 7 U 29/12, <https://openjur.de/u/838786.html> 4. март 2019). У цитираном случају, Суд је био мишљења да када се ради о личним подацима

тумачење би могло бити подржано и аргументом да је српски законодавац у засебном ставу прописао обавезу подношења захтева (чл. 30, ст. 4 ЗЗПЛ), што у европском изворнику није случај. Уз то, лице о чијим је подацима реч може да оптира између права на брисања, с једне, и права на ограничење обраде, с друге стране (чл. 31, ст. 1, тачка 2) ЗЗПЛ). То значи да би у случају самоиницијативног брисања података руковаца практично ускратио лицу о чијим се подацима ради могућност избора између ова два права (Taeger, Gabel: 2019, 461, Rn. 82, са даљим упућивањем).

У вези са подношењем захтева, спорно је и да ли сваки захтев за брисање који је упућен руковацу који је јавно објавио податак треба тумачити тако да он у себи имплицитно садржи и захтев за обавештавање осталих руковаца о захтеву за брисање свих његових копија и упућивања на тај податак, или је то потребно посебно нагласити у склопу захтева за брисање или у посебном захтеву. Док се у неким коментарима истиче да у таквој ситуацији треба презумирати да лице које је упутило захтев за брисање прећутно жели да се конкретан податак обрише са свих места на којима је снимљен (Taeger, Gabel: 2019, 466, Rn. 103, са даљим упућивањем; Moos, Schefzig, Arning (Hrsg.): 2018, 195, Rn. 215, са даљим упућивањем), у другим коментарима се указује на то да је наступање обавезе обавештавања условљено подношењем захтева у том правцу, на шта указује и став 66 уводног образложења ГДПП (Eßer, Kramer, von Lewinski, 2018: Abschnitt 3, Art. 17, Rn. 48). С обзиром на то да обавеза обавештавања за руковаца повлачи ангажовање значајних ресурса, те полазећи од формулације чл. 30, ст. 3 ЗЗПЛ у коме се експлицитно спомиње „захтев за брисање свих копија ових података и упућивања, односно електронских веза према овим подацима“, треба стати на становиште да је за наступање обавезе обавештавања потребно упутити одговарајући захтев, и то било у виду самосталног захтева, или као подзахтев у оквиру захтева за брисање.

5. Закључак

Google пресуда СПЕУ из 2014. године је увела „револуцију“ у погледу доступности личних података преко интернет претраживача у случају када се претрага врши на основу имена и презимена одређеног лица. Право које је СПЕУ формулисао у *Google* пресуди се у научној и стручној литератури често означава као као право на брисање, а често и као право на

који су доступни преко различитих интернет платформи (интернет архива, форума, блогова и слично), оператер није дужан да унапред, самоиницијативно и константно преиспитује да ли доступност туђих личних података представља повреду личних права одређеног лица. Обавеза преиспитивања оператера оваквих платформи настаје тек онда када му на то својим захтевом пажњу скрене лице о чијим се подацима ради.

заборав. Остваривање овог права у складу са *Google* пресудом, међутим, не подразумева уклањање конкретног податка са интернета, него само линка који упућује на сајт на коме је он објављен, и то под условом да интереси појединца за заштиту личних података у конкретном случају претежу над интересима јавности за приступ тим подацима. Ова пресуда је подстакла редефинисање права на брисање на нивоу ЕУ ради прилагођавања његове садржине околностима широке доступности личних података на интернету. Прилагођавање садржине права на брисање изазовима информационо-комуникационих технологија спроведено је, између осталог, у чл. 17 ГДПР. Аналогана одредба нашла је своје место и у српском правном систему, и то у чл. 30 ЗЗПЛ из 2018. године, који се примењује од 21. августа 2019. године.

Иако се исти назив – право на заборав користи и у контексту *Google* пресуде и у смислу чл. 17 ГДПР, реч је о правима између којих не постоји садржинска подударност. Наиме, право на заборав из *Google* пресуде има далеко ужи домашај у односу на право на брисање (право на заборав) из чл. 17 ГДПР. То, међутим, не значи да је након ступања на снагу ГДПР престала могућност уклањања линкова из резултата претраге интернет претраживача у складу са условима из *Google* пресуде. Напротив, појединцу стоје две могућности на располагању: или да захтева уклањање линка из индекса претраге одређеног интернет претраживача према условима из *Google* пресуде, или да упути захтев за брисање самог податка у складу са условима из ГДПР. У вези са овим се као спорно може јавити питање да ли могућност избора важи и за лица која имају пребивалиште, односно боравиште у Србији, односно да ли се и она могу позвати на право које је формулисано у *Google* пресуди. Иако Србија није чланица ЕУ, и иако се право на уклањање линкова из резултата претраге путем интернет претраживача не спомиње у ЗЗПЛ, ослонцем на закључивање *argumentum a maiore ad minus* би се могло пледирати за допуштеност избора. Јер, ако је под условима из чл. 3, ст. 4 ЗЗПЛ могуће захтевати брисање личних података од иностраних руковалаца, тим пре треба дозволити и деминутив овог права који се састоји у уклањању линка који упућује на тај податак. Иако би овакав закључак налагала правила логике, остаје да се види да ли ће се *Google* упуштати у разматрање захтева за уклањање линкова које му упуте домаћи интернет корисници, те какав ће став према евентуалним негативним одлукама *Google* заузети национална тела и органи који су по ЗЗПЛ овлашћена да преиспитују одлуке руковаоца.

Осим тога, право на брисање је према редакцији чл. 17 ГДПР и чл. 30 ЗЗПЛ проширено и на обавезу руковаоца који је јавно објавио одређени лични податак да обавести остале руковаоце који обрађују тај податак

о томе да је поднет захтев за брисање свих његових копија, упућивања, односно електронских веза према њему. Ипак, ова обавеза обавештавања није прописана као апсолутна, него је условљена разумно доступном технологијом и финансијским могућностима конкретног руковаоца.

Анализа у раду је показала да практична примена права садржаног у чл. 30 ЗЗПЛ неће бити ни мало једноставна, и то како због често коришћене технике упућивања и преупућивања, тако и због употребе недовољно прецизне терминологије. Док се примена овог права не искристалише у нашој пракси, домаћим руковаоцима, те телима и органима за његову заштиту могу послужити коментари ГДПР, као и до сада изграђена пракса у државама чланицама ЕУ.

Литература/References

Књиге, коментари и чланци

Arning M., Moos F., Schefzig J. (2014). Vergiss (,) Europa! Ein Kommentar zu EuGH, Urt. v. 13. 5. 2014 – Rs. C-131/12 – Google/Mario Costeja Gonzalez, CR 2014, 460. *Computer und Recht*. 7. 447–456.

Brkan M. (2016). The Unstoppable Expansion of the EU Fundamental Right to Data Protection - Little Shop of Horrors?. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 5(Vol. 23). 812–841.

Vodinelić V. V. (2018). Prava ličnosti – stare i nove dileme o nazivu i još ponečemu. *Zbornik radova u čast prof. dr. sc. Aldu Radoloviću – Liber amicorum Aldo Radolović, Zvonimir Slakoper, Maja Bukovac Puvača, Gabrijela Mihelčić, ed., Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet*. 259–300.

Voigt P., von dem Bussche A. (2018). *EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) Praktikerhandbuch, unter vollständiger Berücksichtigung des deutschen Datenschutz-Anpassungs-und-Umsetzungsgesetzes EU*. Berlin: Springer

Gola P. (Hrsg.), (2018). *Datenschutz-Grundverordnung VO (EU) 2016/679 – Kommentar*. München: C. H. Beck

Diligenski A., Prlija D., Cerović D. (2018). *Pravo zaštite podataka GDPR*. Beograd: Institut za uporedno pravo Beograd

Eßer M., Kramer P., von Lewinski K. (2018). *Auernhammer DSGVO/BDSG (Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz und Nebengesetze – Kommentar)*. Köln: Carl Heymanns Verlag

Kelly J. M., Satola D. (2017). Right to be forgotten. *University of Illinois Law Review*. 1. 1–64

Kubis M. (2017). Das „Recht auf Vergessenwerden“. *Datenschutz und Datensicherheit*. 9. 583

Mayer-Schönberger V. (2009). *Delete – The Virtue of Forgetting in the Digital Age*. Princeton – Oxford: Princeton University Press

Moos F., Schefzig J., Arning M. (Hrsg.). (2018). *Die neue Datenschutz-Grundverordnung*. Berlin – Boston: De Gruyter

Sartor G. (2016). The right to be forgotten: balancing interests in the flux of time. *International Journal of Law and Information Technology*. 24. 72–98.

Taeger J., Gabel D. (Hrsg.). (2019). *Kommentar DSGVO-BDSG*. Frankfurt am Main: Fachmedien Recht und Wirtschaft, dfv Mediengruppe

Schweitzer D. (2017). Die digitale Person: Die Anrufung des Subjekts im „Recht auf Vergessenwerden“. *Österreichische Zeitschrift für Soziologie* (Springer). 42. 237–257.

Hornung G., Hofmann K. (2013) „Ein Recht auf Vergessenwerden“ – Anspruch und Wirklichkeit eines neuen Datenschutzrechts. *Juristen Zeitung*. 4(Vol. 68). 163–170.

Wallisch C. (2015). *Das 'Recht auf Vergessenwerden' im Spannungsfeld von Privatsphäre und Meinungsfreiheit*. Masterarbeit, Universität Wien, Betreuer: Hon.-Prof. Dr. Gottfried Korn

Warren D. S., Brandeis D. L. (1890). The Right to Privacy. *Harvard Law Review*. 5. 193–220.

Прописи

Устав Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 98/2006.

Повеља Европске уније о људским правима, „Official Journal of the European Communities“, С 364/1 од 18. 12. 2000.

Европска конвенција о људским правима и основним слободама, „Службени лист СЦГ« – Међународни уговори, бр. 9/2003)

Закон о заштити података о личности, „Службени гласник РС“, бр. 87/2018.

Закон о заштити података о личности, „Службени гласник РС“, бр. 97/2008, 104/2009, 68/2012 - Одлука Уставног суда, 107/2012.

Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directi-

ve 95/46/EC, “Official Journal of the European Union“L 119/1 од 4. маја 2016. године, 1–88.

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

Закон о ауторском и сродним правима, „Службени гласник РС“, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012, 29/2016 (Одлука Уставног суда)

Закон о адвокатури, „Службени гласник РС“, бр. 31/2011, 24/2012.

Судске одлуке

Google Spain SL and Google Inc. V Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González, Суд правде Европске уније, C-131/12 од 13. маја 2014. године

Пресуда Вишег регионалног суда у Хамбургу (OLGHamburg, Urteilvom 07. 07. 2015. – 7 U 29/12

Електронски извори

Article 29 Data protection working party, 14/EN WP 225. (2014). *Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union judgment on “Google Spain and Inc v. Agencia española de protección de datos (AEPD) and Mario Costeja González” C-131/12, 2014.* [Electronic version]. Retrieved 29, January 2019, from <https://www.pdpjournals.com/docs/88502.pdf>

European Commission. Myth-Busting, The Court of Justice of the EU and the “Right to be Forgotten”. [Electronic version]. Retrieved 28, January 2019, from https://www.inforights.im/media/1187/cl_eu_rtbf_mythbuster.pdf

Zakaria R. (2019). *US makes hurdles even higher for visa applicants.* [Electronic version]. Retrieved 10, June 2019, from <https://edition.cnn.com/2019/06/05/opinions/visa-applications-social-media-requirements-zakaria/index.html>

Floridi L. et. all. (2015). *The Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten.* [Electronic version]. Retrieved 29, January 2019, from

<https://static.googleusercontent.com/media/archive.google.com/en//advisorycouncil/advisement/advisory-report.pdf>

https://www.google.com/webmasters/tools/legal-removal-request?complaint_type=rtbf&visit_id=636812691350981068-928487754&rd=1&pli=1 Retrieved 30, July 2019.

<https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview?hl=en> Retrieved 16, July 2019

Herr_A.-C. (2015). *Ein Jahr Recht auf Vergessenwerden „Im Zweifel für die Meinungsfreiheit“*. Legal Tribune Online. [Electronic version]. Retrieved 29, June, 2019, from <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/recht-auf-vergessenwerden-ein-jahr-bilanz/>

Sloboda Midorović, LL.B.,
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Novi Sad

THE RIGHT TO ERASURE OF PERSONAL DATA AVAILABLE ON THE INTERNET

Summary

The paper examines the right to erasure of personal data (“the right to be forgotten”), as a specific reflection of the right to privacy in the era of information technology. In line with the solutions of the General Data Protection Regulation of the European Union (GDPR), Serbia enacted the Act on the Protection of Personal Data of the Republic of Serbia (2018), which endeavours to adapt the content of the right to erasure of data to the circumstances of wide availability of personal data on the global worldwide network – the Internet. The paper aims to present the right to erasure to the domestic scientific and professional audiences, bearing in mind that its wording leaves room for diverging interpretations. The author first briefly outlines the circumstances which have led to introducing the right to erasure of data. The content and the manner of exercising this right have been presented, with reference to the case law of the Court of the Justice of the European Union (CJEU), including the key pro and con arguments. Then, the author discusses the discrepancies in the substance of this right observed in the CJEU jurisprudence (on the one hand) and the substance of this right as envisaged in the GDPR (on the other hand). Finally, the author analyzes the conditions under which this right can be exercised provisions, under the GDPR and the Serbian Personal Data on the Protection Act (2018), particularly in terms of the reasons that may lead to granting the request for erasure of personal data as well as the exceptions from exercising this right in case of balancing interests.

Key words: *right to be forgotten, erasure of personal data, Internet, obligation to inform, balancing interests.*

МЕЂУНАРОДНИ ОБИЧАЈ У ЈУРИСПРУДЕНЦИЈИ СУДА ПРАВДЕ ЕУ**

Апстракт: Како статус, хијерархија нити дејство међународног обичајног права нису регулисани оснивачким уговорима ЕУ, било је неопходно да се одговори на ова питања пронађу у пракси Суда правде ЕУ. Позивање на међународне обичаје је у судској пракси вршено из многоструких разлога: 1) ради одређивања и појашњавања границе надлежности између ЕЗ/ЕУ и држава чланица; 2) као правило тумачења, односно зарад помоћи при тумачењу међународних споразума обавезујућих за Унију, као и утврђивања значења међународноправних норми на које се позива унутар права ЕУ, 3) као средство попуњавања правних празнина у одсуству специфичних правила из домена права ЕЗ/ЕУ, као и 4) ради оспоравања ваљаности секундарне легислативе.

Кључне речи: међународни обичај, међународно право, Суд правде, ЕУ, јуриспруденција.

1. Увод

Међународни обичај као извор права обавезује међународне организације,¹ укључујући и Европску унију (даље: ЕУ). Како статус тог формалног извора међународног права није одређен оснивачким уговорима ЕУ, отварају

* sanjadj@prafak.ni.ac.rs

** Раd представља резултат истраживања на пројекту *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*, бр. 179046, који финансира Министарство за просвету, науку и технолошки развој РС. Раd је изложен на Међународној научној конференцији *Право и мултидисциплинарност*, 12–13. 4. 2019. год. на Правном факултету Универзитета у Нишу.

1 „Међународне организације су субјекти међународног права и, као такве, обавезане свим правилима општег међународног права”. ICJ, Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory opinion, 1980, para. 37; такође истакнуто и у Opinion of Advocate General Kokott, C-398/13 P *Inuit Tapiriit Kanatami v Commission* [2015], para. 86.

се бројна питања у вези са његовом применом у правном поретку ЕУ. У одсуству писаних правила, одговори на та питања морају се потражити у пракси Суда правде ЕУ/ЕЗ.

Треба истаћи да су судови ЕЗ/ЕУ користили различите формулације за међународни обичај. Они су за тај формални извор употребљавали изразе „општа правила међународног права”², „правила међународног права”³, „принципи међународног права”⁴, „међународно јавно право”⁵ или само „међународно право”⁶, што је стварало додатне проблеме приликом анализе судске праксе.

У почетку је Суд правде ЕЗ био изузетно заштитнички настројен, те је избегавао позивање на међународне обичаје, настојећи да очува аутономију права ЕЗ у односу на међународно право (Timmermans, 1999: 181–183).⁷ Међутим, такав уздржани став се временом мењао, тако да је број предмета у којима се Суд индиректно, а касније и директно позивао на међународни обичај растао (Croquet, AJ. N, 2013: 58), достигавши такве размере да се данас с правом поставља питање због чега Суд правде и даље инсистира на одвојености од међународноправног поретка (Klabbers, 2012: 131).

Анализом врло хетерогене, а по неким и контрадикторне (Konstantinides, 2012: 1177) праксе Суда правде ЕЗ/ЕУ, могу се уочити четири улоге⁸ међународног обичаја у праву ЕУ (Wouters, Eeckhoutte: 2002: 7):

2 C-104/81 *Hauptzollamt Mainz v Kupferberg* [1982], para. 18; C-146/89 *Commission v United Kingdom* [1991], para. 2; C-221/89 *The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame* [1991], para. 17; C-246/89 *Commission v United Kingdom* [1991], para. 15.

3 Jointed opinion of Advocate General Mischo, C-62/98, C-84/98 *Commission v Portugal*, para. 61; Opinion of Advocate General Darmon, C-9/89 *Spain v Council* [1990], para. 37.

4 C-244/80 *Pasquale Foglia v Mariella Novello* [1981], para. 24; *Kupferberg*, para. 17; C-286/86 *Ministère public v Gérard Deserbais* [1988], para. 17; C-158/91 *Ministère public et Direction du travail et de l'emploi v Jean—Claude Levy* [1993], para. 12; C-324/93 *The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Evans Medical and Macfarlan Smith* [1995], para. 27; C-124/95 *The Queen, ex parte Centro-Com Srl v HM Treasury and Bank of England* [1997], para. 56; Jointed Cases C-364/95, C-365/95 *T-Port v Hauptzollamt Hamburg-Jonas* [1998], para. 60; C-62/98 *Commission v Portugal* [2000], para. 44; C-84/98 *Commission v Portugal* [2000], para. 53.

5 Jointed Cases 3/76, 4/76, 6/76 *Cornelis Kramer and others* [1976], paras 30–33.

6 C-369/90 *Mario Vicente Micheletti and others v Delegación del Gobierno en Cantabria* [1992], para. 10; Jointed Cases 46/93, C-48/93 *Brasserie du Pêcheur v Germany and R (Factortame III) v SS for Transport* [1996], para. 34.

7 C-26/62 *Van Gend & Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963], p. 12; C-6/64 *Costa v ENEL* [1964], p. 593.

8 Истиче се неопходност плуралистичког приступа међународним обичајима у праву ЕУ (Gianelli, 2012: 98).

1) демаркациона улога, када је коришћен за разграничење надлежности између ЕЗ/ЕУ и држава чланица; 2) интерпретативна улога, када је примењиван ради тумачења права ЕУ; 3) попуњавајућа улога, или *praeter legem* функција, када је служио као средство попуњавања правних празнина у праву ЕЗ/ЕУ, и 4) поништавајућа улога, када је служио као правни основ за оспоравање ваљаности секундарне легислативе.

2. Демаркациона улога међународног обичаја

Прва улога коју је Суд правде доделио међународном обичају је демаркациона, служећи разграничењу поља деловања ЕЗ/ЕУ и њених чланица. Неспорно позивање на међународни обичај ради дефинисања поља надлежности, Суд правде је извршио већ у првим случајевима који су се тицали примене међународног права. Приметно је да се Суд правде није уздржавао да на овај начин користи међународни обичај, за разлику од осталих улога које су се јавиле знатно касније и уз велике недоследности.

Пример овакве улоге обичаја налазимо већ у случају *Van Duyn* из 1974. г., у коме је Велика Британија спречила да држављанка друге чланице уђе на њену територију и запосли се, позивајући се на принцип заштите јавног поретка као одступање од примене слободе кретања радника. Како исто ограничење није било наметнуто домаћим држављанима, логично се поставило питање дискриминације по основу држављанства. Суд правде се овом приликом јасно позвао на међународни обичај, истакавши да је: „*принцип међународног права, за који се не може претпоставити да Уговор ЕЕЗ занемарује у односима између држава чланица, да је држави онемогућено да одбије сопственим држављанима право на улазак или пребивалиште*”,⁹ на шта се више пута позивао и у другим предметима.¹⁰

Међународни обичаји представљали су ограничење овлашћења Заједнице за усвајање мера у предмету *Kramer*, када је Суд правде испитивао

9 C-41/74 *Yvonne Van Duyn v Home Office* [1974], para. 22; Joined Cases 115/81, 116/81 *Rezguia Adoui v Belgian State and City of Liège*; *Dominique Cornuaille v Belgian State* [1982], para. 7.

10 Joined Cases C-65/95, C-111/95, *The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Mann Singh Shingara*; *The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Abbas Radiom* [1997], para. 28; C-171/96 *Rui Alberto Pereira Roque v His Excellency the Lieutenant Governor of Jersey* [1998], para. 38; C-348/96 *Donatella Calfa* [1999], para. 20; C-416/96 *Nour Eddline El-Yassini v Secretary of State for Home Department* [1999], para. 45; C-235/99 *The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Eleanora Ivanova Kondova* [2001], para. 84; C-63/99 *The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Wieslaw Gloszczuk et Elzbieta Gloszczuk* [2001], para. 79; C-257/99 *The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Julius Barkoci and Marcel Malik* [2001], para. 81.

овлашћење ЕЗ да се укључи у међународне обавезе у односу на очување морских ресурса. Том приликом је закључио да слична овлашћења за доношење одлука у овој сфери имају како ЕЗ тако и државе чланице *ratione materiae*, што је у складу са одредбама међународног јавног права у погледу риболова на отвореном мору.¹¹ Суд се доследно држао изнетог става потврђујући га у више прилика.¹²

Од вишеструке важности је и случај *Poulsen* из 1992. г.,¹³ будући да је тада Суд по први пут експлицитно навео да „ЕЗ мора поштовати међународно право у вршењу својих овлашћења“, мислећи тиме на међународне обичаје и стављајући их хијерархијски изнад секундарне легислативе. Посматрано другачије, одредбе законодавства ЕЗ треба тумачити у светлу релевантних међународних обичаја¹⁴ сагласно доктрини доследног тумачења, чиме све међународноправне обавезе стичу индиректно дејство (Casolari, 2012: 405).

Случај је покренуо бројна питања о односу Регулative о техничким мерама за очување риболовних извора¹⁵ и међународног права мора, издвојивши као најзначајније питање јурисдикције, односно могућности да се одредбе права ЕЗ примењују на брод регистрован у нечланици. Ради давања одговора на претходна питања која је поставио дански суд, Суд правде је морао узети у обзир бројна правила међународног обичајног права мора. Прво међу њима је правило да брод у начелу може имати само једну националност, из чега произилази да чланица ЕЗ то пловило не може сматрати *сopственим* због постојања *стварне* или *ефективне* везе, чак и ако је једина веза између пловила и државе регистрациона административна формалност регистрације.¹⁶ Као што се може видети, дански суд је покушао да установи аналогију са институтом дипломатске заштите, истичући

11 *Supra* 7.

12 C-61/77 *Commission v Ireland* [1978], para. 63; C-258/89 *Commission v Spain* [1991], para. 9; C-405/92 *Établissements Armand Mondiet v Armement Islais* [1993], para. 12; C-25/94 *Commission v Council* [1996], para. 42.

13 Брод регистрован у Панаму, али састављен од искључиво данске посаде, ухватио је неколико хиљада килограма лососа на отвореном мору у северном Атлантику и био је на путу до Пољске да тамо прода свој терет. Због проблема са мотором и лоших временских услова, били су принуђени да се прикотве у данску луку, где је подигнута оптужница против капетана и уједно власника брода који је био дански држављанин због лососа уловљеног у супротности са прописом ЕЗ.

14 C-286/90 *Anklagemyndigheden v. Peter Michael Poulsen and Diva Navigation Corp.* [1992], para. 9.

15 Council Regulation (EEC) No 3094/86, OJ 1986, L 288/1.

16 *Poulsen*, paras 12–16.

превагу *стварне везе* над формалним чином регистравања, што је одбијено. Друго, релевантно право за регулисање активности посаде не зависи од њихове националности већ од државе регистравања, као и евентуално морско подручје где се налази брод,¹⁷ односно територијални принцип, што је круцијално за одговор на питање примене спорне Регулative. Треће, на слободном мору, активности пловила и на пловилу се начелно регулишу националним правом заставе брода.¹⁸ Наиме, ЕЗ има овлашћења да усвоји правила у морским областима држава чланица, али не безусловно, имајући у виду да брод у искључивој економској зони ужива слободу пловидбе, а у територијалним водама нешкодљив пролаз.¹⁹ *A contrario*, Регулative може да се примењује на пвило изван ЕЗ/ЕУ „кад плови у унутрашњим морским водама или, нарочито, када се налази у луци државе чланице, где је начелно неограничена надлежност те државе“.²⁰ Четврто, у складу са међународним обичајним начелом *pacta tertiis*, Суд је закључио да се ЕЗ као уговорница не може позивати на Конвенцију о очувању лососа у северном Атлантику²¹ у односу на државе неугворнице, попут Панаме, и последично томе, не може се примењивати на бродове регистроване у трећој држави.²²

Годину дана касније, Суд правде је применио међународни обичај ради разграничења поља надлежности ЕЗ и у случају *Mondiet*²³, у коме је француска риболовна фирма оспорила ваљаност ЕЗ регулативе којом је забрањено држање или коришћење риболовних мрежа дужине 2.5 км бродовима регистрованим у чланицама ЕЗ, чак и на слободном мору. Позивајући се на изнет став из предмета *Kramer* о надлежности ЕЗ над морским појасевима, Женевској конвенцији из 1958. г. о рибарењу и очувању природних ресурса отвореног мора, као и Конвенцију о праву мора из 1982. ., Суд је закључио да је по међународним обичајима кодификованим овим конвенцијама ЕЗ заправо била у обавези да усвоји такве мере ради очувања риболовних ресурса отвореног мора.²⁴

Као што се може закључити из поменуте праксе, Суд правде се релативно често и са лакоћом позивао на међународни обичај ради разграничења надлежности држава чланица од ингеренција ЕЗ/ЕУ.

17 Ibid, para. 18.

18 Ibid, para. 22.

19 Ibid, paras 24–27.

20 Ibid, para. 28.

21 Convention on the Conservation of Salmon in the North Atlantic Ocean, OJ 1982, L 378/25.

22 Poulsen, para. 23.

23 Supra 12.

24 *Mondiet*, paras 13–15; *Commission v Council*, para. 44.

3. Интерпретативна улога међународног обичаја

Интерпретативна улога међународних обичаја није *per se* спорна функција. Међутим, оно што се примењује је да је досад Суд правде једино био спреман да примењује кодификоване обичаје, ослобађајући се тиме терета доказивања њиховог постојања или садржине. Стога се сви примери интерпретативне функције заправо свODE на примену одређених чланова двеју Бечких конвенција о међународном уговорном праву.²⁵ Судском праксом је прихваћено да неке одредбе ових конвенција заправо представљају кодификацију међународних обичаја о праву уговора²⁶, те су као такви примењиви на ЕУ.²⁷ Интересантно је да се Суд чешће позивао на прву Бечку конвенцију из 1969. г., и то не само ради тумачења или примене међународних споразума ЕЗ/ЕУ, већ и самог оснивачког уговора.²⁸

Најосновније правило, изражено у члану 26 обе конвенције, јесте начело *pacta sunt servanda*, на које се Суд правде експлицитно позивао.²⁹ У предметима *Kupferberg* и *Португал против Савета*, овај принцип представљао је полазну тачку у провери директног дејства одредаба Споразума о слободној трговини из 1972. г. између ЕЕЗ и Португалије, те је истакнуто да: „у складу са општим правилима међународног права

25 Vienna Convention on the Law of Treaties, (UN Doc. A/CONF.39/27) UNTS, vol. 1155, p. 331; Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organisations or between International Organisations, UN Doc. A/CONF. 129/15. Међутим, оно што треба посебно напоменути је да се ниједна не примењује на ЕУ, односно на споразуме где је она страна уговорница – прва се односи на међудржавне уговоре, те је као таква неадекватна за примену на ЕУ, а друга још увек није ступила на снагу, иако би била адекватнија њена примена на ову специфичну МО.

26 Потврђено јуриспруденцијом Међународног суда правде у сл. предметима: *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276*, para. 94; *Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom v Iceland)*, para. 36; *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, paras 47, 49; *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v Slovakia)*, para. 46.

27 C-386/08 *Brita GmbH v Hauptzollamt Hamburg-Hafen* [2010], paras 40–42.

28 C-432/92 *The Queen v Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Anastasiou* [1994], paras 43, 50; *Commission v Council*, para. 33; C-62/98 *Commission v Portugal*, para. 44; C-84/98 *Commission v Portugal*, para. 53; T-2/99 *T. Port GmbH & Co. KG v Council of the European Union* [2001], para. 81.

29 C-142/88 *Hoesch AG and Federal Republic of Germany v Bergrohr GmbH* [1989], para. 30; C-344/04 *The Queen, on the application of International Air Transport Association and European Low Fares Airline Association v Department for Transport (IATA and ELFAA)* [2006], para. 40; T-338/08 *Stichting Natuur en Milieu and Pesticide Action Network Europe v Commission* [2012], para. 72; T-465/08, *Czech Republic v Commission* [2011], para. 63; C-118/07 *Commission v Finland* [2009], para. 39.

*мора постојати bona fide примена сваког споразума. Иако је свака уговорна страна одговорна за потпуно извршавање обавеза које је предузела, слободна је у одређењу правних средстава погодних за постизање тог циља у њеном правном систему, осим ако споразум, у светлу његовог предмета и сврхе, сам одређује та средства“.*³⁰

Поред тога, Суд је поменуо и друге одредбе Бечке конвенције из 1969. г. као илустрацију међународних обичаја. Сматрао је да члан 307 Римског уговора прати принципе међународног права садржане у члану 30(4)(б) Бечке конвенције из 1969. г., те да примена правила о Уговору ЕЗ не утиче на дужност дотичне државе чланице да поштује права трећих држава по претходно закљученом споразуму.³¹ Иако су државе чланице дужне да отклоне све неусклађености између оснивачког уговора и претходно закљученог споразума са трећим државама, у међувремену су односи између чланице и треће државе у питању регулисани таквим споразумима.

Суд се позвао и на правила интерпретације уговора из члана 31 Бечке конвенције из 1969. г., који предвиђа да се међународни споразум мора тумачити у доброј вери и у складу са уобичајеним значењем које му треба дати, у контексту и светлу његовог предмета и сврхе.³² Посебну важност је Суд давао овој формулацији, стварајући њоме одступницу у примени бројних међународних одредби (Кијпер, 2008: 92).

Коначно, Суд се позивао и на обичајно правило из члана 59(1) Бечке конвенције, који предвиђа престанак дејства ранијег уговора у случају закључења новог уговора о истом предмету. То је учинио Првостепени суд у предмету *T. Port*, приликом истицања да ГАТТ споразум из 1994. г. треба посматрати као претходно закључени у односу на Римски уговор, у мери у којој понавља материјално право ГАТТ из 1947. г.³³ Исто тако, у предмету *Levy*, Суд правде је прихватио, с обзиром на члан 59(1)(б) Бечке конвенције, да „*одредбе међународног споразума могу бити лишене своје обавезујуће снаге ако су све стране у споразуму закључиле накнадни споразум чије су одредбе инкомпатибилне са онима из ранијег споразума, тако да се они не могу применити истовремено“.*³⁴

30 *Kupferberg*, para. 18; C-149/96 *Portugal v Council* [1999], para. 35.

31 C-62/98 *Commission v Portugal*, para. 44; C-84/98 *Commission v Portugal*, para. 53.

32 Opinion 1/91 EEA Agreement I [1991], para. 14; C-312/91 *Metalsa Srl. v Gaetano, Lo Presti* [1993], para. 12; *El-Yassini*, para. 47; C-268/99 *Aldona Malgorzata Jany and Others v Staatssecretaris van Justitie* [2001], para. 35.

33 *T. Port v Council*, para. 81.

34 *Levy*, paras 19–20.

Као што илуструју претходни примери, међународни обичаји су добродошли у ситуацијама тумачења одредби које је требало применити унутар правног система ЕЗ/ЕУ. Међутим, замера се то што је Суд правде био спреман да примењује само јасно установљена и добро позната обичајна правила већ кодификована Бечким конвенцијама, не усуђујући се да сâм приступи анализи постојања каквог међународног обичаја, и његове консеквентне примене.

4. *Praeter legem* улога међународног обичаја

Међународни обичаји такође представљају значајно средство за попуњавање правних празнина унутар правног поретка ЕУ, испољавајући тиме своју попуњавајућу улогу, односно функцију *praeter legem*.

Интересантно је да се оваква улога међународних обичаја претежно користила у области међународног права мора. Већ у предмету *Factortame II*, истакнуто је да у одсуству посебних комунитарних правила о регистрацији бродова, могуће да „државе чланице одреде, у складу са општим правилима међународног права, услове који морају бити испуњени како би пловило постало уписано у њихове регистре и одобриле право пловидбе под својом заставом”.³⁵ Иако су државе чланице истакле да по међународном праву оне саме дефинишу услове регистрације бродова, Суд је разјаснио да „то може имати одређену превагу само ако се услови прописани правом Заједнице ... сукобљавају са правилима међународног права”.³⁶ Будући да државе чланице „у вршењу тог овлашћења морају поштовати правила права Заједнице”,³⁷ значајно је ограничена слобода коју им пружају међународноправне одредбе.

У случају *Weber* из 2002. г., Суду је постављено претходно питање да ли се рад запосленог у пределу континенталне равни може сматрати извршеним у Холандији у смислу члана 5(1) Бриселске конвенције. Суд је том приликом дао позитиван одговор, сматрајући да „у одсуству било какве одредбе у Бриселској конвенцији којом се регулише тај аспект њеног делокруга или било које друге индикације у погледу одговора на ово питање, треба упутити на принципе међународног јавног права који се односе на правни режим примењив у континенталном појасу”.³⁸

35 *Factortame II*, para. 17; C-246/89 *Commission v United Kingdom*, para. 15; C-62/96 *Commission v Greece* [1997], para. 22.

36 *Factortame II*, para. 16; C-246/89 *Commission v United Kingdom*, para. 14.

37 *Factortame II*, para. 17; C-246/89 *Commission v United Kingdom*, para. 17; *Commission v Greece*, para. 22.

38 C-37/00 *Herbert Weber v Universal Ogden Services Ltd.* [2002], para. 31.

Слично упућивање на међународно обичајно право извршено је у предмету *Micheletti* у погледу услова за доделу националности, где је Суд сматрао да према „међународном праву, на свакој држави чланици је да одреди услове за стицање и губитак држављанства“³⁹, али додао да се право Заједнице „мора узети у обзир“.⁴⁰ Исто тако, у међудржавном спору Мађарске и Словачке, Суд правде је истакао да „посебан третман који међународно право даје шефовима држава углавном потиче из међународног обичаја, а у мањем броју ... из међународних конвенција“.⁴¹

Поврх тога, Суд правде неће прихватити позивање држава чланица на надлежности које имају у складу са међународним обичајем, уколико би то довело до једностране измене обавезе по праву ЕУ. То је јасно истакнуто у спору са Великом Британијом, у коме је Суд одбацио њен аргумент да је проширење њеног територијалног мора са 3 на 12 наутичких миља 1987. г. било у складу са међународним правом мора. Суд је приметно да „међународно право само овлашћује државе да прошире своје територијално море до 12 наутичких миља и, у одређеним околностима, уцртавање базних линија које се користе за мерење ширине територијалног мора до и од линија ниске воде које се налазе унутар тог територијалног мора“. С обзиром на то да се „одлука о коришћењу ове могућности према правилима међународног права“ може приписати искључиво Великој Британији, она је једнострано променила обим одговарајуће Регулative ЕЗ,⁴² смањујући географску област за риболов доступну рибарима других чланица. Наиме, једностраним актом чланице дошло је до смањења ефикасности Регулative, јер је новоутврђеном полазном линијом дошло до поремећаја релативне стабилности риболовних активности.⁴³ Како појам *базне линије* није био дефинисан предметном регулативом, Велика Британија се искључиво ослонила на одредбе међународног обичаја кодификованог Конвенцијом о праву мора. Међутим, испоставило се да допуштеност измене према међународном обичају није аутоматски подразумевала и допуштеност измене по праву ЕУ, јер је у пресуди истакнуто да позивање чланице на међународни обичај ради попуњавања празнина права ЕЗ/ЕУ може бити у супротности са другим основним вредностима права ЕЗ/ЕУ, као што је очување ефикасности, на основу доктрине *effet utile*.

39 *Micheletti*, para. 10; C-179/98 *Belgian State v Fatna Mesbah* [1999], para. 29; C-192/99 *The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Manjit Kaur* [2001], paras 19–20.

40 *Micheletti*, para. 10.

41 C-364/10 *Hungary v Slovak Republic* [2012], para. 56. Детаљи спора могу се погледати у: Кнежевић Предић, Радивојевић, 2016: 97–98.

42 C-146/89 *Commission v United Kingdom*, para. 25.

43 *Ibid*, paras 27–29.

На основу реченог, може се тврдити да позивање на међународни обичај није безусловно, већ је могуће само уколико је сагласно са вредностима и правилима ЕУ. Другачије речено, коришћење међународних обичаја *praeter legem* допуштено је само уколико би се тиме, поред попуњавања празнине, постигла комплементарност и са свим осталим правилима и принципима права ЕУ. Свакако, Суд правде у оваквим ситуацијама приступа доктрини *доследног тумачења*, којим се секундарна легислатива интерпретира тако да у што већој мери буде комплементарна међународној обавези, избегавајући тиме стварање негативне последице међународне одговорности ЕУ (Kuijper, 2008: 93).

5. Међународни обичај као основ за оспоравање ваљаности секундарне легислативе

Последња улога међународних обичаја у јуриспруденцији Суда правде је најкомплекснија, најконтроверзнија и развила се најкасније. Могућност позивања на међународни обичај претпоставља претходни одговор на питање да ли међународно обичајно право чини интегрални део права ЕУ. Потврдни одговор датог питања имплицитно је добијен у предмету *Poulsen*,⁴⁴ а експлицитно у *Racke*.⁴⁵ Према томе, Суд правде мора тумачити и примењивати секундарну легислативу тако да је усаглашена са међународним обичајем, чиме се дошло до истог закључка као и својевремено за међународне уговоре након случаја *Haegeman*⁴⁶. Дакле, међународни обичај не само да представља део правног поретка ЕЗ/ЕУ, већ је Суд овлашћен и да осигура усклађеност нижих аката ЕУ са њим.⁴⁷ Следствено томе, нужно се поставило питање могућности позивања на међународне обичаје ради оспоравања ваљаности аката ЕУ.

44 Суд правде је у пара. 9 истакао да „Европска заједница мора поштовати међународно право у вршењу својих овлашћења“, те је доктрина закључила да се тиме заправо мислило на међународни обичај.

45 C-162/96 *A. Racke GmbH & Co. v Hauptzollamt Mainz* [1998], paras 45–46.

46 C-181/73 *Haegeman v Belgian State* [1974], para. 5.

47 У сваком случају, потврда Суда да ЕУ мора поштовати међународно право у вршењу својих овлашћења не подразумева аутоматски и могућност позивања на међународни обичај као основ за ревизију законитости аката ЕУ. Односно, позитиван одговор на прво потпитање не подразумева добијање позитивног одговора и на друго. У самом међународном праву нису дефинисана правила нити услови за директно дејство или могућност позивања појединаца на одредбе из домена међународног права, већ сваки међународноправни субјект (у овом случају ЕУ) одлучује самостално да ли ће такву могућност уопште дозволити и под којим условима.

Експлицитно постављање питања могућности позивања на међународни обичај од стране приватних лица ради оспоравања ваљаности секундарне легислативе јавило се у предметима *Opel Austria* и *Racke*, али су, нажалост, изостали јасни одговори. Олакшавајућа околност је што се у оба случаја међународни обичај односио на право уговора, те се анализа сводила на позивање на одговарајуће одредбе Бечких конвенција, чиме је доказивање било знатно олакшано. У првом случају, реч је било о обавези да се предмет и сврха уговора не обесмишљавају пре ступања на снагу уговора, док је у другом случају било речи о позивању на правило *rebus sic stantibus*.

Интересантан је приступ Првостепеног суда у предмету *Opel Austria*,⁴⁸ који, након подсећања да је „*принцип добре вере правило међународног обичајног права који је признат од стране Међународног суда правде ... и стога обавезујући за Заједницу*“,⁴⁹ напомиње да је он кодификован у члану 18 Бечке конвенције из 1969. године,⁵⁰ који прописује обавезу да се не осујети циљ и сврха уговора пре него што ступи на снагу. Међутим, наставља тако што изненада и без превише објашњења долази до замене теза, те се поменути међународни обичај замењује правом ЕЗ, тачније принципом легитимних очекивања: „*Принцип добре вере у међународном јавном праву је последица начела заштите легитимних очекивања које, према судској пракси, чини део правног поретка Заједнице*“.⁵¹ Аналогна правила која се односе на међународни обичај „*да се уговор не сме лишити циља и сврхе пре његовог ступања на снагу*“, Првостепени суд је нашао да важе и за начело легитимних очекивања.⁵² Стога, он долази до два закључка: 1) да је

48 T-115/94 *Opel Austria GmbH v Council of the European Union* [1997]. У време док још Аустрија није била чланица ЕУ, давала је значајну државну помоћ фирми Opel Austria, која је по мишљењу Комисије на основу тога била у значајнијој предности, те је зато увела царину за њен производ од 4.5% Регулативом (Council Regulation (EC) No 3697/93 OJ L 343, L 343), као меру којом би се таква предност смањила или елиминисала. Скоро у исто време, односно недељу дана пре усвајања поменуте Регулативе, закључен је Споразум о европском простору, којим је било предвиђено укидање свих мера сличног ефекта са царинама или додатним порезима. Тиме је Регулатива Комисије постала неусаглашена са овим међународним споразумом, који је требало да ступи на снагу 1. 1. 1994. г. Подносиоци захтева су стога сматрали да је дошло до повреде истоветног члана 18 обеју Бечких конвенција о уговорном праву, које представљају међународни обичај.

49 Ibid, para. 90.

50 Ibid, para. 91.

51 Ibid, para. 93.

52 Ibid, para. 94: „*У ситуацији када су Заједнице депоновале своје инструменте усвајања међународног споразума и датум његовог ступања на снагу, трговци се могу ослонити на принцип заштите легитимног очекивања у циљу оспоравања усвајања од стране*

предметна одредба (чл. 10) Споразума о европском економском простору⁵³ директно дејствујућа након ступања на снагу,⁵⁴ као и 2) да је оспорена Регулатива неспојива са одредбом Споразума о Европском економском простору,⁵⁵ те је тиме дошло до повреде принципа легитимних очекивања.⁵⁶ На тај начин се солонским решењем комплексно питање тумачења и примене правила међународног обичајног права избегава. Пошто је Суд поступио по принципу права ЕЗ, а не међународног обичаја, његова улога и дејство у оваквој ситуацији остаје нејасно. Дакле, међународно обичајно право није примењено директно, већ индиректно, путем права ЕЗ као својеврсног *медијума* (Schutze, 2007: 9).

Овим случајем Првостепени суд је створио тзв. *трансформациони приступ* (Wouters, Eeckhoutte, 2002: 28), по коме међународни обичај постаје право ЕЗ/ЕУ, услед чега долази до вишеструких последица. Прво, тиме поприма све карактеристике права ЕЗ/ЕУ, међу којима су и принципи директног дејства и примата. Поред тога, тако створени општи принципи права ЕЗ/ЕУ почињу да воде сопствени правни живот, одвојено од међународног обичаја, те формирање, тумачење, измена или укидање заправо бивају регулисани правом ЕУ и подвргнути су тумачењима Суда правде. Коначно, оваквим методом заправо долази и до тзв. *европеизације* међународног права (Wouters, Nollkaemper, Wet, 2008: 8), што други аутори називају и *унионизацијом* међународноправних норми (Rossem, 2013: 20). Првобитно су судови ЕУ, а нарочито Првостепени суд, посебно инсистирали на идеји да међународни обичај сме имати само индиректно дејство, путем трансформационе методе којом се претвара у општи принцип права ЕУ, и у том руху примењује (Konstadinides, 2016: 520).⁵⁷

У случају *Racke*⁵⁸, који се тицао примене правила *rebus sic stantibus*, као основа за суспензију Споразума о сарадњи са тадашњом Југославијом, не

институција, пре ступања на снагу тог споразума, било које мере супротне одредбама тог споразума које ће имати директан утицај након што је ступио на снагу”.

53 Agreement on the European Economic Area, OJ L 1, 3. 1. 1994, p. 3–522.

54 Ibid, paras 100–102.

55 Ibid, paras 96–99, 103–122.

56 Ibid, para. 123.

57 Ibid, paras 83, 90, 93; C-372/97 *Italy v Commission* [2004], paras 116–118, Joined Cases C-74/00 P, C- 75/00 P *Falck and Acciaierie di Bolzano v Commission* [2002], para. 140; T-308/00 *Salzgitter AG v European Commission* [2004], para. 166.

58 Немачка компанија *Racke*, која је увозила вино са територије Косова по преференцијалном режиму установљеном на основу Споразума о сарадњи између Југославије и ЕЕЗ (Cooperation agreement between the European Economic Community and the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, OJ L 41, 14. 2. 1983, p. 2–27), желела је да

само да је експлицитно речено да међународно обичајно право представља интегрални део права Уније,⁵⁹ већ и да је начелно могуће и дозвољено позивање на обавезе које за ЕЗ/ЕУ потичу из међународног обичаја,⁶⁰ што неки изједначавају са директним дејством (Eeckhout, 2004: 332), док други разликују појам директног дејства од могућности позивања на одредбу (Wouters, Eeckhoutte, 2002: 6). Иако је овај став Суда окарактерисан као врло напредан, истовремено је вишеструко ограничен (Wouters: Eeckhoutte: 2002: 20). Као прво, ограничен је на ситуацију у којој се појединац позива на међународни обичај ради разматрања законитости акта ЕЗ/ЕУ, а не државе. Суд је посебно нагласио да се предмет не односи на питање директног дејства међународних обичаја,⁶¹ већ истиче да се у датом случају физичко лице заправо ослања на директно дејство Споразума о сарадњи, тиме инцидентно оспоравајући ваљаност Регулative која га спречава да се позива на додељена права. Друго, позивање на међународни обичај ради оцене законитости акта ограничено је на ситуацију у којој је реч заправо о акту којим се врши његова имплементација,⁶² чиме се поставља питање да ли се случај *Racke* своди на примену теста *Nakajima* у контексту међународних обичаја.⁶³ Треће, Суд ограничава своју одлуку

настави да то чини, те је покушала да оспори суспензију датог уговора ради заштите сопственог економског интереса. Сматрала је да је Регулativeвом којом је извршена суспензија дошло до повреде процесних захтева за примену правила *rebus sic stantibus*, што је послужило као правни основ за суспензију.

59 Најзначајнији су параграфи 45–46: „45. Треба истаћи у том погледу ... да Европска заједница мора поштовати међународно право у вршењу својих овлашћења. Због тога је неопходно поштовати правила међународног обичајног права приликом доношења прописа ... 46. Из тога произилази да су правила међународног обичајног права која се односе на прекид и суспензију уговорних односа због битне промене околности обавезујуће за институције Заједнице и чине део правног поретка Заједнице.“

60 Наиме, у параграфу 51 он истиче: „У таквим околностима, појединац који се ослања на правни поступак о правима која непосредно произилазе из споразума са нечланицом, не може бити ускраћен за могућност оспоравања валидности регулативе... нити могућности позивања на обавезе које проистичу из правила међународног обичајног права, које регулише престанак и суспензију уговорних односа“.

61 Пара. 47 истиче: „У овом случају, међутим, тужилац случајно оспорава ваљаност Регулative Заједнице према тим правилима (међународног обичајног права) у редоследу да се ослањају на права која непосредно произилазе из споразума Заједнице са земљом која није чланица. Овај случај се не односи на директно дејство тих правила“.

62 Наиме, спорна регулатива је изричито навела да је донета на бази правила *rebus sic stantibus*.

63 У пара. 48 пресуде *Racke*, Суд се изричито позива, „на сличну ситуацију у односу на основна правила уговорне природе“ случаја *Nakajima*. У том предмету, увозницима јапанских писаћих машина и штампача је уведена антидампиншка обавеза, након чега је подигнута тужба за поништај дате регулативе, тврдећи да је она незаконита и

на међународне обичаје тзв. *фундаменталне природе*.⁶⁴ Иако их, нажалост, није дефинисао, јасно наводи да принципи *pacta sunt servanda* и *rebus sic stantibus* спадају у ову категорију.⁶⁵

Међутим, и у овом случају долази до обрта, будући да у пара. 52 пресуде Суд објашњава да је „због сложености правила о којима се ради и непрецизности неких од концепата на које се односе ... Савет учинио очигледне грешке у процени у вези са условима за примену тих правила”.⁶⁶ Тиме је, заправо, оправдао грешку органа ЕЗ/ЕУ, истичући манљивост међународних обичаја као непрецизних формалних извора, што је био предмет жестоке критике.⁶⁷ Суд је овим покушао да помири два супротстављена гледишта – са једне стране да дозволи могућност позивања на међународни обичај ради испитивања ваљаности акта, док је са друге стране својим тумачењем претерано проширио дискрециона овлашћења органима ЕЗ да их погрешно протумаче или примене (Schutze: 2007: 11). Тако је створена маргина слободне процене и за судове ЕЗ. Епилог случаја је да Суд није утврдио неспојивост спорне Регулативе са међународним обичајем, те је поново

стога неважећа услед њене супротности са Антидампиншким кодом ГАТТ. Суд правде је сматрао да се у начелу не може вршити позивање на правила споразума ГАТТ ради разматрања ваљаности аката Заједнице, али је додао да је ипак дозвољено позивање на таква правила уколико је спорни акт Заједнице заправо имплементациони акт којим се намеравало спровођење преузете обавезе на осниву датог споразума. C-69/89 *Nakajima All Precision Co. Ltd v Council of the European Communities* [1991], paras 28–31; *Portugal v Council*, para. 49. С једне стране, може се протумачити да је случај *Racke* заправо преточен пример јуриспруденције из предмета *Nakajima* из домена права СТО која се прелила на правила међународног обичајног права. Уколико је то случај, могућност позивања на правила међународног обичајног права ради оспоравања законитости аката била би веома ограничена, будући да би то представљало додатни услов који би се морао испунити.

64 *Racke*, para. 48.

65 *Ibid*, paras 49–50.

66 *Ibid*, para. 52. Овај став Суда био је инспирисан мишљењем општег правобраниоца; *Opinion of Advocate General Jacobs* [1998], para. 71.

67 Претерано је поједностављење да се међународни обичаји карактеришу као неодређени, неизвесни и непрецизни, када је обичајно правило *rebus sic stantibus* кодификовано члановима 62 обе Бечке конвенције, стога има исте карактеристике као и одредбе уговора. Заправо је реч о изузетку који се мора уско тумачити, те је управо прецизност једна од његових одлика. Наиме, *rebus sic stantibus* је изузетак од принципа *pacta sunt servanda* и као такав се мора тумачити рестриктивно и сме се „примењивати само у изузетним случајевима“, као што је истакао Међународни суд правде у пресуди *Gabčíkovo-Nagymaros*, цитираној у пара. 50 *Racke*. Друго, члан 62(1) намерно је формулисан негативно, да би се позивање на њега могло извршити само под строгим и кумулативним условима.

изостао јасан закључак или став по питању њиховог директног дејства, али јесте створен тзв. *тест очигледне грешке* у примени међународног обичаја.

Од значаја је и предмет АТАА⁶⁸ у коме се, *inter alia*, поставило питање компатибилности Директиве 2008/101⁶⁹ са бројним принципима међународног обичајног права.⁷⁰ Случај је изузетан јер је по први пут затражено да Суд правде по директној надлежности утврди јасне критеријуме позивања на међународни обичај зарад судске ревизије аката ЕУ, будући да су сви претходни примери били из домена индиректне надлежности Суда, односно по методу постављања претходних питања. Према Мишљењу општег правобраниоца, међународни обичаји по самој својој природи нису у стању да буду директно дејствујући, будући да су претежно међудржавног карактера. Изузетно, могуће је да представљају основ испитивања ваљаности секундарног акта ЕУ у случају кумулативног испуњења два услова: 1) да међународни обичај мора бити обавезујући за ЕУ; 2) да природа и широка логика датог обичаја не смеју спречити испитивање ваљаности.⁷¹ Поврх тога, претходни захтеви директног дејства такође морају бити испуњени, односно међународни обичај мора бити довољно прецизан и безуслован.

Међутим, Суд правде је заузео нешто другачије становиште и дефинисао тежи тест примене приликом позивања на међународни обичај ради оспоравања ваљаности секундарне легислативе. Прво, појединци могу вршити позивање на њих ради испитивања ваљаности акта ЕУ уколико доведе у питање надлежност ЕУ да усвоји тај акт,⁷² односно уколико је ЕУ деловала *ultra vires*.⁷³ Друго, предметни акт мора бити такав да утиче на права или обавезе које појединац црпи из права ЕУ⁷⁴ (De Baere, Ryngaert,

68 C-366/10 *Air Transport Association of America (ATAA) and Others v Secretary of State for Energy and Climate Change* [2011], paras 52–54.

69 Directive 2008/101/EC, OJ 2009 L 8/3.

70 Искључиве надлежности држава над ваздушним простором, немогућности држава да врше надлежност над слободним морем, слободом прелета изнад слободног мора, као и правила да се ваздухоплови у прелету изнад слободног мора налазе под искључивом јурисдикцијом државе регистрања.

71 Opinion of advocate general Kokott, *ATAA*, para. 109.

72 Joined Cases 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85, 125/85-129/85 *Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission of the European Communities* [1988], paras 14-18; C-405/92 *Mondiet*, paras 11–16.

73 Наиме, фокус је стављен на области искључиве надлежности ЕУ, односно на области где наликује на државе, што је истакнуто и у разматрањима Шестог комитета ГС УН поводом међународних обичаја.

74 *ATAA*, para 107.

2013: 394). То заправо значи да дати међународни обичај мора бити таквог квалитета да утиче на правни положај појединца. Поред тога, претходно установљен услов остао је на снази – да дати међународни обичај мора бити фундаменталне природе, као и да су усвајањем дотичног акта институције ЕУ направиле *очигледне грешке у процени* у погледу услова за примену тих обичаја.⁷⁵ Дакле, услови из предмета АТАА нису заменили или укинули претходно установљен тест из дотадашње судске праксе, већ су их само допунили, доводећи до тезе да је реч о комплементарној јуриспруденцији (Konstadinides: 2016: 520). Тачније речено, дошло је до поштравања већ довољно строгог теста примене када је реч о могућности приватних субјеката да се позивају на међународни обичај.

На бази реченог, може се сматрати да је Суд правде изузетно обазрив приликом одобравања могућности позивања на међународни обичај зарад испитивања ваљаности секундарне легислативе, у жељи да заштити аутономију права ЕУ од овакаве нове врсте *оружја* (Konstadinides, 2016: 525). Истовремено се поставља питање да ли превеликом заштитничком улогом он штети праву ЕУ и заправо крњи установљену аутономију (Rossem, 2013: 42).

6. Закључак

Пошто правила о формирању, тумачењу и суспензији међународних обичаја спадају у домен међународног јавног права, она задржавају своју природу и карактеристике правила међународног права чак и када се у правном поретку ЕУ позивају на њих. Изузетак представља приступ трансформације, којим се правило међународног обичајног права заправо претвара у правило ЕУ, попримајући карактеристике правних аката Уније, омогућујући позивање на њих путем принципа директног дејства. Другачије речено, врши се европеизација правила из домена међународног јавног права.

Анализа кључних случајева из јуриспруденције Суда правде показује да постоји начелна спремност да се међународно обичајно право узима у обзир приликом разматрања границе надлежности и овлашћења држава или ЕУ, као и приликом тумачења и попуњавања правних празнина у унутрашњем правном поретку ЕУ. Тако индиректно коришћење међународног обичајног права и методе доследног тумачења не доводи до правних проблема или недоследности. Они се јављају тек при последњој функцији међународних обичаја, када представљају правни основ оспоравања ваљаности акта ЕУ.

75 Ibid, para. 110, *Racke*, paras 50–61.

Позивање на међународне обичаје ради преиспитивања секундарне легислативе прошло је кроз својеврсну еволуцију. Испрва је Суд ограничио сопствени опсег судског преиспитивања на *очигледне грешке у процени* дотичне институције ЕУ, „због комплексности датих правила и непрецизности неких појмова на које се односе”,⁷⁶ дајући тиме већа дискрециона овлашћења институцијама ЕУ у случају примене међународних обичаја условљено њиховом *непрецизношћу*. Поврх тога, могућност позивања на међународни обичај начелно је призната само уколико је *фундаменталног карактера*, односно зависи од његове категорије, тачније од мишљења самог Суда да ли спада у ред оних који у *принципу, имајући у виду њихову природу и структуру међу правилима у светлу којих Суд треба да размотри законитост мера које су усвојиле институције Заједнице*, или пак спада у *основна правила међународних обичајних правила*. Пошто Суд није приступио систематском објашњењу фундаменталног карактера, од случаја до случаја се морају тражити одговори који међународни обичаји заслужују тај епитет. Каснијом судском праксом, поменути тест примене је допуњен. Могућност позивања на међународне обичаје ради испитивања ваљаности акта ЕУ условљена је тиме да је ЕУ усвајањем побијаног акта деловала *ultra vires*, као и да дати међународни обичај утиче на правни положај појединца. На основу реченог, са озбиљном резервом се мора прихватити начелна могућност позивања на међународне обичаје, јер се уочава изузетно строг, четвороструки тест примене који је Суд изградио.

Пошто је Суд правде више пута истицао да је међународно право саставни део ЕУ, очекивало би се обилато и безрезервно коришћење међународног обичајног права. Међутим, судска пракса нас упућује на битно другачији закључак о постојању различитих модалитета примене међународног обичаја у складу са његовим различитим функцијама, при чему код већине доминира отпор Суда правде.

Литература/References

Casolari, F. (2012). Giving Indirect Effect to International Law within the EU Legal Order: The Doctrine of Consistent Interpretation. In: Cannizzaro, E., Palchetti,

⁷⁶ *Racke*, para. 52.

P., Wessel, R. (Ed.). *International Law as Law of the European Union*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 395–415.

Croquet, A.J. N. (2013). The Import of International Customary Law into the EU Legal Order: The Adequacy of a Direct Effect Analysis, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 15, 2013, pp. 47–81.

De Baere, G, Ryngaert, C. (2013). The ECJ's Judgment in Air Transport Association of America and the International Legal Context of the EU's Climate Change Policy, *European Foreign Affairs Review* 18, no. 3, 2013, pp. 389–410.

Eeckhout, P. (2004). *External Relations of the European Union: Legal and Constitutional Foundations*, Oxford: Oxford University Press.

Gianelli, A. (2012). Customary International Law in the European Union. In: Cannizzaro, E., Palchetti, P., Wessel, R. (Ed.), *International Law as Law of the European Union*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 93–110.

Klabbers, J. (2012). The voidity of EU norms conflicting with international obligations. In: Cannizzaro, E., Palchetti, P., Wessel, R. (Ed.), *International Law as Law of the European Union*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 111–131.

Кнежевић Предић, В., Радивојевић, З. (2016). Правосудна контрола у Европској унији: процесна легитимација државе чланице, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 74, стр. 95–116.

Konstadinides, T. (2016). The Meso Level: Means of Interaction between EU and International Law - Customary International Law as a Source of EU Law: A Two-Way Fertilization Route?, *Yearbook of European Law*, Vol. 35, No. 1, 2016, pp. 513–532.

Konstadinides, T. (2012). When in Europe: Customary International Law and EU Competence in the Sphere of External Action, 13 *German Law Journal*, pp. 1177–1201.

Kuijper, P.J. (2008). Customary International Law, Decisions of International Organizations and Other Techniques for Ensuring Respect for International Legal Rules in European Community Law. In: Wouters, J., Nollkaemper, A., Wet, E. (Ed.). *The Europeanization of International Law*, The Hague: TMC Asser Press, pp. 87–106.

Rossem, J. W. (2013). The Autonomy of EU Law: More is Less?, In: Wessel, R., Blockmans, S. (Ed.). *Between Autonomy and Dependence: The EU Legal Order Under the Influence of International Organisations*, The Hague: TMC Asser Press, Springer, pp. 13–46.

Timmermans, C. (1999). The EU and Public International Law, *European Foreign Affairs Review*, No 4, pp. 181–194.

Wouters J., Van Eeckhoutte, D. (2002). *Giving Effect to Customary International law Through European Community Law*, Working Paper No 25, June 2002, Retrieved 20 August 2019 from: www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/WP25e.pdf

Wouters, J., Nollkaemper, A., Wet, E. (2008). Introduction: The ‘Europeanisation’ of International Law. In: Wouters, J., Nollkaemper, A., Wet, E. (Ed.). *The Europeanization of International Law*, The Hague: TMC Asser Press, pp. 1–13.

Јуриспруденција Суда правде ЕУ:

C-26/62, Van Gend & Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen [1963] ECR 1.

C-6/64, Costa v ENEL [1964] ECR 585.

C-181/73, Haegeman v Belgian State [1974] ECR 449.

C-41/74, Yvonne Van Duyn v Home Office [1974] ECR 1337.

C-61/77, Commission v Ireland [1978] ECR 417.

C-244/80, Pasquale **Foglia v Mariella Novello** [1981] ECR 3045.

C-104/81, Hauptzollamt Mainz v C.A. Kupferberg & Cie KG a.A [1982] ECR 3641.

C-286/86, Ministère public v Gérard Deserbais [1988] ECR 4907.

C-142/88, Hoesch AG and Federal Republic of Germany v Bergrohr GmbH [1989] ECR 3413.

C-69/89, **Nakajima** All Precision Co. Ltd v **Council** of the European Communities [1991] ECR I-2069.

C-146/89, Commission v United Kingdom [1991] ECR I-3533.

C-221/89, The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd and others (Factortame II), [1991] ECR I-03905.

C-246/89, Commission v United Kingdom [1991] ECR I-4585.

C-258/89, Commission v Spain [1991] ECR I-3977.

C-286/90, Anklagemyndigheden v Peter Michael Poulsen and Diva Navigation Corp. [1992] ECR I-6019.

C-369/90, Mario Vicente Micheletti and others v Delegación del Gobierno en Cantabria [1992] I-4239.

C-158/91, Ministère public et Direction du travail et de l'emploi v Jean—Claude Levy [1993] ECR I-4287.

C-312/91, Metalsa Srl. v Gaetano, Lo Presti [1993] ECR I-3751.

C-405/92, Établissements Armand Mondiet v Armement Islais [1993] ECR I-6133.

C-432/92, The Queen v Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Anastasiou [1994] ECR I-3087.

C-324/93, The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Evans Medical and Macfarlan Smith [1995] ECR I-563.

C-25/94, Commission v Council [1996] ECR I-1469.

C-124/95, The Queen, ex parte Centro-Com Srl v HM Treasury and Bank of England [1997] ECR I-81.

C-62/96, Commission v Greece [1997] ECR I-6725.

C-149/96, Portugal v Council [1999] ECR I-8395.

C-162/96, A. Racke GmbH & Co. v Hauptzollamt Mainz [1998] ECR I-3655.

C-171/96, Rui Alberto Pereira Roque v His Excellency the Lieutenant Governor of Jersey [1998] ECR I-4607.

C-348/96, Donatella Calfa [1999] ECR I-11.

C-416/96, Nour Eddline El-Yassini v Secretary of State for Home Department [1999] ECR I-1209.

C-372/97, Italy v Commission [2004] ECR I-3679.

C-62/98, Commission v Portugal [2000] ECR I-5171.

C-84/98, Commission v Portugal [2000] ECR I-5215.

C-179/98, Belgian State v Fatna Mesbah [1999] ECR I-7955.

C-63/99, The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Wieslaw Gloszczuk et Elzbieta Gloszczuk [2001] ECR I 6369.

C-192/99, The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Manjit Kaur [2001] ECR I-1237.

C-235/99, The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Eleanora Ivanova Kondova [2001] ECR I-6427.

C-257/99, The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Julius Barkoci and Marcel Malik [2001] ECR I-6557.

C-268/99, Aldona Malgorzata **Jany** and Others v Staatssecretaris van Justitie [2001] ECR I8615.

C-37/00, Herbert Weber v Universal Ogden Services Ltd. [2002] ECR I-02013.

C-344/04, The Queen, on the application of International Air Transport Association and European Low Fares Airline Association v Department for Transport (IATA and ELFAA) [2006] ECR I-403.

C-118/07, Commission v Finland [2009] ECR I-10889.

C-386/08, Brita GmbH v Hauptzollamt Hamburg-Hafen [2010] ECR I-1289.

C-364/10, Hungary v Slovak Republic [2012], ECLI:EU:C:2012:630.

C-366/10, Air Transport Association of America (ATAA) and Others v Secretary of State for Energy and Climate Change [2011] ECR I-13755.

Joined Cases 3/76, 4/76, 6/76, Cornelis Kramer and others [1976] ECR 1279.

Joined Cases 115/81, 116/81, Rezguia Adoui v Belgian State and City of Liège; Dominique Cornuaille v Belgian State [1982] ECR 1665.

Joined Cases C-89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85, 125/85-129/85 Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission of the European Communities [1988], ECLI:EU:C:1988:447.

Joined Cases 46/93, C-48/93, Brasserie du Pêcheur v Germany and R (Factortame III) v SS for Transport [1996] ECR I-1029.

Joined Cases C-65/95, C-111/95, The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Mann Singh Shingara; The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Abbas Radiom [1997] ECR I-3343.

Joined Cases C-364/95, C-365/95, T-Port v Hauptzollamt Hamburg-Jonas [1998] ECR I-1023.

Joined Cases C-74/00 P, C- 75/00 P, Falck and Acciaierie di Bolzano v Commission [2002] ECR I-7869.

T-115/94, Opel Austria GmbH v Council of the European Union [1997] ECR II-39.

T-2/99, T. Port GmbH & Co. KG v Council of the European Union [2001] ECR II-2093.

T-308/00, Salzgitter AG v European Commission [2004] ECR II-01933.

T-338/08, Stichting Natuur en Milieu and Pesticide Action Network Europe v Commission [2012] ECLI:EU:T:2012:300.

T-465/08, *Czech Republic v Commission* [2011] ECR I-1941.

Opinion of Advocate General Darmon, *C-9/89 Spain v Council* [1990] ECR I-1401.

Opinion of Advocate General Jacobs, *C-162/96 A. Racke GmbH & Co. v Hauptzollamt Mainz* [1998] ECR I-3677.

Joined opinion of Advocate General Mischo in Cases *C-62/98, C-84/98, Commission v Portugal*.

Opinion of Advocate General Kokott, *C-398/13 P Inuit Tapiriit Kanatami v Commission* [2015] ECLI:EU:C2015:190.

Opinion 1/91 EEA Agreement I [1991] ECR I-6079.

Јуриспруденција Међународног суда правде:

International Court of Justice, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (Advisory Opinion)* [1971] ICJ Reports 1971.

International Court of Justice, *Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v Iceland) (Judgment)* [1973] ICJ Reports, 1973.

International Court of Justice, *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, (Advisory opinion)* [1980] ICJ Reports, 1980.

International Court of Justice, *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, (Advisory opinion)* [1980] ICJ Reports, 1980.

International Court of Justice, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v Slovakia), (Judgment)* [1997] ICJ Reports, 1997.

Документи:

Council Regulation (EEC) No 3094/86, OJ 1986, L 288/1.

Directive 2008/101/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 amending Directive 2003/87/EC so as to include aviation activities in the scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community, OJ 2009 L 8/3.

Convention on the Conservation of Salmon in the North Atlantic Ocean [1982] OJ 1982, L 378/25.

Council Regulation (EC) No 3697/93 OJ L 343, L 343.

Agreement on the European Economic Area, OJ L 1, 3.1.1994, p. 3-522.

Cooperation agreement between the European Economic Community and the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, OJ L 41, 14.2.1983, p. 2-27.

Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organisations or between International Organisations, UN Doc. A/CONF.129/15.

Vienna Convention on the Law of Treaties, (UN Doc. A/CONF.39/27) UNTS, vol. 1155.

Sanja Đorđević Aleksovski, LL.B.,

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

INTERNATIONAL CUSTOMARY LAW IN THE JURISPRUDENCE OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EU

Summary

By analysing the highly heterogeneous practice of the Court of Justice of the European Union (CJEU), one can identify four roles of international customary law within the EU legal order. Firstly, it has relatively frequently and easily been invoked for its demarcation role in order to differentiate the competences of EC/EU from its Member States. It is notable that the Court of Justice did not refrain from this type of role of international customary law.

The interpretative role of international customary law is also not per se a contested one. However, it appears that the Court of Justice has only been keen to apply those customary provisions codified by the two Vienna conventions on the Law of Treaties, thus freeing itself from the burden of proving their existence or content.

International customary law serves as a means of filling in legal gaps within EU law, thus having a praeter legem function. Jurisprudence has clarified that the invoking of international customary law in this function is only allowed when complementary to all other rules and principles of EU law.

Finally, it has an important yet not fully clarified derogatory role, when serving as a legal basis for challenging the validity of secondary legislation, which is in fact the most contested function. Throughout the years, by adding new requirements, the Court of Justice has defined a very high threshold. It is extremely cautious when granting the possibility of invoking international customary law in order to examine the validity of secondary legislation, thus (over)protecting the autonomy of EU law.

Therefore, although the Court of Justice has repeatedly emphasized that international law is an integral part of the EU, there are different levels of invoking and applying international customary law in accordance with its different functions.

Key words: *international customary law, international law, Court of Justice, EU, jurisprudence.*

Марко Томић*,
докторанд

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1984

UDK: 271.222(497.11)-9(497.15)
327(497.11:439.5)

Раd примљен: 09.09.2019.
Раd прихваћен: 24.10.2019.

ЦРКВЕНОПРАВНА ПИТАЊА СРПСКЕ ПРАВОСЛАВНЕ ЦРКВЕ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ ЗА ВРЕМЕ АУСТРОУГАРСКЕ УПРАВЕ**

Апстракт: У раду се разматрају одређена црквеноправна питања са којима се суочавала Српска православна црква у Босни и Херцеговини у периоду до 1905. г. и доношења Статута којим је дефинитивно решен њен правни положај у овиру Аустро-Угарске. У овом периоду, Бечки двор и Цариградска патријаршија су Конвенцијом о привременом решењу односа српских православних митрополија у БиХ са Цариградском патријаршијом из 1880. г. регулисали правни положај СПЦ у БиХ. Конвенција је изазвала низ проблема и сукоба, како на плану односа СПЦ са новом влашћу, тако и на унутарцрквеном плану. У главном делу рада приказују се односи између више јерархије и црквено-школских општина (народних првака и ниже јерархије) и анализирају одређени проблеми настали на овој релацији. Поменути проблеми се разматрају са аспекта канонског права православне цркве, са циљем да се покаже на који начин су били устројени односи између различитих структура и служби у СПЦ у новонасталом државноправном и друштвено-политичком контексту.

Кључне речи: Српска православна црква у Босни и Херцеговини, Аустро-Угарска, црквено-школска општина, виша јерархија, црквено (канонско) право.

* tomicmarko@hotmail.com

** Ради прецизности треба напоменути да Српска православна црква у БиХ у аустроугарском периоду званично није носила назив који је дат у наслову рада, али пошто се ради о изразу који је у широј употреби у домаћој историографији, он је у самом наслову и наведен. Званични назив у временском периоду који је предмет истраживања био је Православне епархије Босне, Зворника и Захумља (под јурисдикцијом Цариградске патријаршије). Од 1905. године и доношења Уредбе о управи црквених и школских послова српско-православних епархија у БиХ, званични назив Српске цркве у БиХ био је Српске православне митрополије у БиХ (под јурисдикцијом Цариградске патријаршије). У самом раду, паралелно се употребљавају поменути изрази.

1. Увод

Непосредно по уласку аустроугарске војске у БиХ и успостављању нове власти, отпочели су сукоби између црквено-школских општина као представника српског народа, с једне стране, и власти, како локалне тако и централне у Сарајеву, са друге стране. У позадини ових сукоба стајала је жеља власти у Бечу да прилагоди Српску православну цркву у БиХ својим потребама, и на тај начин је елиминише као фактор интеграције српског народа око Србије (Краљачић, 1987: 333). Ти сукоби су трајали практично до краја окупационе управе у БиХ, некад већим, некад мањим интензитетом. Начин и масовност борбе црквено-школских општина није био увек исти. Конвенцијом о привременом решењу односа српских православних митрополија у БиХ са Цариградском патријаршијом из 1880. г. регулисан је правни положај Српске православне цркве у БиХ. Сам назив Конвенције истиче њен привремени карактер, што су народне вође константно истицале, борећи се за њено укидање. Овим актом у седам тачака, аустроугарски владар је добио право да поставља и смењује митрополите православне цркве у БиХ без учешћа народа и нижег свештенства само уз формалну сагласност Цариградске патријаршије. Митрополити су после именовања морали ићи у Беч да положе заклетву владару.¹ Осим тога, архијереји су по одредбама Конвенције примали плату из државне касе, што их је практично учинило државним чиновницима. Оваква решења изазвала су буру негодовања код народних вођа и уопште у српском народу окупљеном у црквено-школске општине (Шнелер, 1898: 37–41).²

У периоду од 1878. до 1896. године, борбу за црквено-школска правоводила је готово усамљена Мостарска црквено-школска општина, иако је незадовољство било заједничко на нивоу целокупног српског народа. Са аспекта црквене историје гледано, битан догађај у овом периоду јесте замена фанариотских владика српском јерархијом.

1 Ове одредбе недвосмислено сведоче о намери Аустро-Угарске да Српску православну цркву одмах стави под строгу контролу. У османском периоду султан је формално издавао берат новоизабраном митрополиту, али није имао удела у његовом избору. Сада је одлучујућа улога дата инославном владару а улога цркве (Цариградске патријаршије) је сведена на формалност. Хришћанска црква се у току своје историје суочавала са различитим искушењима на плану односа са државом. Историја сведочи да је црква имала сукобе са владарима како Источног, тако и Западног римског царства. Већ у 4. веку истакнути представници цркве као што су Атанасије Александријски патријарх и Амвросије Милански епископ супротстављају се хришћанским владарима желећи да заштите цркву од превласти државе. Детаљније о овој тематици види у чланцима (Шаркић: 2008: 55–67 и 2009: 21–37).

2 Целокупан текст Конвенције доступан је на <http://www.scribd.com>. Преузето 7. 12. 2018.

Од 1896. године, тј. од момента када су се борби активно прикључиле и остале црквено-школске општине предвођене сарајевском, и када је цару у Бечу предат Први меморандум, настаје нови период. Историчари ову годину узимају као преломну, јер од тада почиње масовна, систематска и организована борба за права српског народа, која прераста у покрет Срба БиХ за верско-просветну аутономију. Борба српског националног покрета биће окончана Уредбом о управи црквених и школских послова српско-православних епархија у БиХ из 1905. године. У периоду који је претходио поменутој Уредби разбуктала се борба између црквено-школских општина и више црквене јерархије. Власт је успела да подели парохијско свештенство у две групе, на тзв. народне и владине људе. Ови други су били финансирани од стране државе (Слијепчевић, 2002: 503) и груписани око митрополита Николаја Мандића.³ Овај сукоб донео је Српској цркви у БиХ мноштво искушења на унутарцрквеном плану. Та искушења била су много опаснија по црквени организам од искушења која су настала као плод сукоба са државним властима. Претио је потпуни расцеп српског духовног и националног јединства, а управо такав развој догађаја ишао је у корист окупационе власти, која се у том сукобу званично држала по страни али је вешто манипулисала и радила на разбијању црквеног јединства.

2. Црквено-школске општине

Црквено-школске општине су постојале у БиХ и за време османске владавине. У оквиру Цркве, оне су биле званичне институције српског народа које су имале своје уставе, управне и извршне органе а сабор црквене општине је имао и судску функцију у споровима верника (Мирковић, 1965: 122–130). После укидања Пећке патријаршије 1766. године, јерархијска структура српских православних митрополија у БиХ је постепено измењена, на митрополитске катедре су дошли епископи углавном грчког порекла. Тако да су црквено-школске општине остале једине чисто српске институције под османском влашћу. Зато и не чуди чињеница да је народ

3 Николај Мандић (1840–1907), рођен у Горњем Грачацу у Хрватској, потиче из свештеничке породице. Најпре је службовао као парохијски свештеник у Плашком, Грачацу и Госпићу, а после смрти супруге замонашио се у манастиру Гомирје и убрзо постао игуман. Године 1892. Синод Цариградске патријаршије изабрао га је за митрополита Зворничко-тузланског, а 1896. г. именован је за митрополита дабробосанског. У времену тешких искушења за СПЦ у БиХ, мудрошћу и тактичношћу успео је да уреди своју епархију, подигне бројне цркве и црквене објекте, унапреди рад Рељевске богословије и коначно да усклади непомирљиве ставове народних представника, више јерархије и власти у време борбе за црквено-школску самоуправу; Јован С. Радојчић, *Срби западно од Дунава и Дрине*, књ. II, Нови Сад, 2009, 673; <http://www.mitropolijadabrobosanska.org>. Преузето 10. 12. 2018.

у црквено-школским општинама видео заступника његових националних интереса и заштитника његовог духовно-националног идентитета.

На основу првог дела садржаја Првог царског меморандума из 1896. године, може се видети да су црквено-школске општине имале два поља деловања: духовно и просветно, и да су у свом раду имале широку аутономију, која се није односила само на оквир БиХ (Маџар, 1982: 181–185). Наиме, црквено-школске општине су имале право да учествују у избору цариградског патријарха и да се у случају кршења њихових права петицијом обраћају и самом султану (Ibid, 182).

Поменуто аутономија је подразумевала потпуну слободу у раду црквено-школских општина на црквено-просветном пољу и слободно располагање црквеном и манастирском имовином која је била под њиховом управом. Ипак, треба напоменути да су ова права, призната од врховне османске власти, била у пракси често кршена од стране локалне власти.

Скоро свака парохија имала је црквено-школску општину, али мало њих је било активних. О њиховој организацији и деловању Б. Маџар наводи да је од „351 српско-православне црквено-школске општине, колико их је тада (тј. у време предавања Првог царског меморандума 1896. год) постојало у Босни и Херцеговини, свега 42 је организовано тако да су им на челу били лаици, зато ту преовлађује утицај лаичког елемента, док су на челу осталих 309 општина стајали свештеници и њихова дјелатност је била сведена само на црквене послове. Ниједна од општина на челу којих су били свештеници није послала депутацију у Беч“ (Ibid: 176).

Ситуација није била иста у свим епархијама и у свим местима. У борби за црквено-школска права предњачиле су градске средине, сеоско становништво је далеко мање било укључено у ова дешавања, што је и разумљиво, с обзиром на то да је српског сељака највише тиштао аграрни проблем и тежак социјално-економски положај. Аграрно питање било је донекле занемарено, што је био повод за касније критике упућене српском политичком вођству у БиХ (Милошевић, 2017: 72). Проблеми сеоског становништва су поменути тек у Четвртом царском меморандуму из 1902. године.

На основу ових података види се да црквено-школске општине нису биле једнообразне, ни по саставу ни по начину и програму рада. Оне општине на чијем челу су се налазили лаици излазиле су из црквеног оквира, биле активније и све више су се ангажовале и на националном плану. Национални аспект избио је у први план после окупације, када је постало јасно да је новим властима првенствени циљ да се у БиХ избришу вековне духовне, културне, а особито националне разлике, и да се од

народа БиХ створи једна нација, коју би било знатно лакше држати под контролом и уклопити у састав Аустро-Угарске монархије. Калајев режим је давао одређене уступке Србима да црквеном плану, али је истрајавао у гушењу националног идентитета. Сматрало се да би национално буђење и освешћивање народа у БиХ довело до развоја панславистичких идеја и рада на уједињењу јужнословенских народа.

3. Виша и нижа јерархија

У периоду до 1896. године долазило је до повремених, мањих несугласица између црквено-школских општина и више црквене јерархије. Већ се тада могло наслутити да би у будућности неповерење и разилажење између ове две групе српских представника могло да кулминира отвореним сукобом и потпуним расколом. Приметно је да су се обе стране у борби за своја права позивале на канонско право.

У време доласка аустро-угарске власти, црквено-школске општине су имале своје устаљене, традиционалне активности и начин рада, за које се османска власт није много интересовала.

Промена власти донела је нове услове живота и рада и за црквено-школске општине. Убрзо после окупације и формирања органа власти у Сарајеву, дошло је до сукоба са црквено-школском општином у Мостару. Власт је тврдила да су црквено-школске општине нелегална удружења, која раде ван закона јер немају статут и нису регистрована. Црквено-школска општина у Мостару 1880. године доноси Правилник и Школску уредбу. Тако је настао први Статут мостарске црквено-школске општине, који ће бити разлог каснијих сукоба са властима. Б. Маџар наводи да одредбе овог Статута, које су биле трн у оку власти, омогућују „Општини да иступа (у договору са митрополитом) и у име свих општина у Херцеговини, против чега је енергично иступала окупациона власт... Пада у очи да овим Правилником није уопште предвиђен надзор политичке власти над радом црквено-школске општине и школе, што ће у току реорганизација црквено-школских општина у Босни и Херцеговини представљати један од главних захтјева окупаторске власти“ (Маџар, 1982: 120).

Убрзо је дошло до сукоба око Статута, а резултат је био распуштање црквено-школске општине у Мостару 1882. године. Окружна власт је предложила нови Статут 1885. године. По њему власт има пуни надзор над радом ове црквено-школске општине, сваки скуп њених чланова мора се пријавити, а свим седницама присуствује представник власти који има право да прекине заседање уколико процени да рад општине није у складу са државним законом.

Овако формулисан и понуђен статут Скупштина црквено-школске општине није прихватила. Преговори су настављени, и 1888. године коначно је усвојен статут и Мостарска црквено-школска општина је обновљена. Статут је заправо био готово истоветан Статуту из 1885. године, тј. власт је, бар на папиру, успела да наметне контролу над црквено-школском општином у Мостару. Усвајање оваквог статута не само да није решило сукобе, већ их је још више разбуктало.

После обнављања рада црквено-школске општине у Мостару, дошло је и до првих несугласица њених представника са вишом јерархијом, тј. митрополитом. После смрти Леонтија Радуловића, 1889. године, за новог митрополита је изабран Серафим Перовић. Он ће се одмах сукобити са црквено-школском општином око начина избора свештеника и управе имањем и школом манастира Житомислића. Сукоб кулминира 1895. године, када долази до потпуног прекида односа митрополита и црквено-школске општине.

Са канонског аспекта, нарочито је занимљив сукоб око начина избора свештеника. Тај сукоб је показао у коликој мери је дошло до застрањења на плану црквеног живота у српским православним митрополијама у БиХ у том периоду.

Те девијације, које су датирале још од пада под османску власт, постепено су се развијале и узимале различите облике, а биле су узроковане негативним историјским околностима по православној цркви. Највећу штету Црква није трпела на институционалном нивоу, већ на плану свакодневног живота. С друге стране, последице одумирања изворног хришћанског, јеванђељског и богослужбеног живота утицале су свакако и на Цркву као институцију.

Зато и не чуди што су односи између представника и носилаца различитих служби у Цркви били у основи поремећени, па су се дешавале и такве ситуације као што је ова која је описана.

Наиме, у османском периоду појавила се пракса да православне свештенике бира лаичка институција, тј. црквено-школска општина, без учешћа епископа, путем конкурса.⁴ Изабраног свештеника би затим митрополит потврђивао и рукополагао. Пошто је свештеника плаћала црквено-школска општина, произилази да је он био нека врста најамног радника, или, у

4 Ова пракса почиње да се развија од друге половине 17. в., када јачају лаички елементи у црквеној општини, конкретно одбор кметова као главни управни орган ЦО. Одбор кметова преузима на себе функције сабора црквене општине, и поред управљања имовином и финансијама почиње да поставља пароха заједно са епископом, чиме сужава његова права која су му била гарантована и црквеним и државним (османским) правилима (Мирковић, 1965: 125 и 128).

најбољем случају, чиновника кога послодавац прима и отпушта по свом нахођењу.

Нова власт је хтела да преко више јерархије, коју је по Конвенцији из 1880. године она плаћала, држи под контролом и нижу јерархију. Томе су се супротставиле црквено-школске општине, које су хтеле да независно од било кога бирају свештенике за подручје своје црквене општине. Тако се створила једна замршена ситуација у којој су учествовале три стране: државна власт, виша јерархија и црквено-школске општине.

Црквено-школска општина у Мостару је после првих несугласица са митрополитом Серафимом почела да га оптужује за сарадњу са властима и гушење националне борбе. У прилог овој оптужби ишла је и чињеница да је Земаљска влада давала пуну подршку митрополиту.

Јасно је да је новонастала ситуација највише одговарала управо државној власти, која је једва дочекала поделу унутар Цркве, јер је та подела ударала на национално јединство. Власт је вештим потезима одржавала и продубљивала овај сукоб, усмеравајући сву своју снагу на сламање и стављање под контролу институције црквено-школске општине.

С друге стране, виша јерархија се налазила у веома тешком положају, разапета између власти која ју је плаћала, и са којом је за добробит Цркве и народа морала да сарађује, и представника народа, који су били углавном непомирљиви противници исте те власти.

На основу овог кратког увида у проблем односа црквено-школских општина и митрополита може се увидети да је канонски аспект проблема око избора свештеника и управе над манастиром Житомислић био у другом плану, иако су се сви позивали на канонско право.

Шта се конкретно десило у овом случају? Почетком 1889. године, Мостарска црквено-школска општина је одлучила да изабере једног образованог свештеника који ће опслуживати парохију у граду Мостару. Расписан је конкурс на који су се пријавила четворица кандидата, од којих је изабран свештеник из Дубровника Јован Бућин. Окружна власт се успротивила овом начину избора, позивајући црквено-школску општину да молбе кандидата предају митрополиту, који ће изабрати једног од њих и поставити га на парохију у Мостару. Окружни предстојник је обавестио црквено-школску општину да је избор пароха на једној митрополитској цркви кроз световну (лаичку) општину по каноничким прописима и посвећеним догмама недопустив (Маџар, 1982: 135).

J. Цисман, у то време, један од водећих римокатоличких стручњака за канонско право, тврдио је да само у БиХ и нигде више једна лаичка институција бира свештеника без утицаја локалног епископа (Ibid.).

То право црквено-школска општина није имала ни по свом статуту из 1888. године. Државна власт се, дакле, позивала на канонско право и статут црквено-школске општине, а црквено-школска општина на своје традиционално, неписано право и обичај из османског периода. Власт је заправо била против овог избора из политичких разлога, јер је изабрани свештеник Бућин био осведочени родољуб и панслависта (Ibid.).

Без обзира на то што је позивање на канонско право од стране власти била злоупотреба у политичке сврхе, треба испитати да ли су, заиста, са канонског аспекта гледано, црквено-школске општина имале право да на тај начин бирају свештенике.

Епископ Никодим Милаш, један од главних ауторитета на пољу црквеног права у оквиру православне цркве, о избору свештеника каже да „главни и одлучни глас при постављању пароха мора припадати врховноме носиоцу епархијске власти, наиме, епископу. Ово право епископа, колико потиче из природе саме ствари, толико је било потврђено законодавством цркве свију вијекова“ (Милаш, 2004: 435). На основу ових речи јасно је да је, према православном схватању и црквеном законодавству, првенствено епископ тај који бира и поставља свештенике у својој епархији. Без његовог благослова, тј. одобрења, не може се обавити ниједан посао у епархији, па тим пре ни избор свештеника.

Поставља се питање да ли народ, тј. лаици, имају учешћа у избору свештеника и ако имају, на који начин?

Свештенике је у османском периоду бирала црквено-школска општина, већ поменутом методом конкурса, која је потпуно страна православном предању.

Дакле, очигледно је да је дошло до поремећаја и нарушавања односа на плану богослужбене и јерархијске структуре Цркве коју чине три службе: епископска, свештеничка и служба лаика. За нормално функционисање црквеног организма неопходно је да између носилаца ових служби буде савршено јединство, али и јасно разликовање служби, тј. немешање истих.

Ипак, лаици нису потпуно искључени из процеса избора свештеника будући да чине неопходни и незамењиви део Цркве. Питање је само који начин је са канонске стране исправан. Н. Милаш о овом питању сматра да „исто као и глас клира, слушао је епископ и глас дотичног народа, прије него што ће му поставити некога за пастира (свештеника)... по каноничким наредбама

православне цркве, врховно право при постављању пароха припадало је епархијском епископу; народ је имао у томе да искаже мишљење своје о дотичном лицу, које ће да му буде пастир, и да засвједочи повјерење... Учешће клира (у избору свештеника) више или мање се задржало, а учешће народа, услјед везе, у коју је ступила црква са државом, прешло је већим дијелом на државну власт, чију је помоћ црква често сама тражила..." (Ibid.: 435–436).

На основу наведеног Милашевог мишљења јасно је да је улога лаика при избору свештеника неопходна, али њен карактер је саветодаван, никако пресудан. Иако се у случају који разматрамо радило о већ рукоположеном свештенику који само прелази из парохије у парохију, а не кандидату за свештенички чин, то не мења овај основни став.

Црквено-школска општина је могла да препоручи и гарантује митрополиту за одређену личност коју већина жели, али никако није могла да сама, независно од епископа, методом конкурса бира свештенике. То је канонски недопустиво, иако је у османском периоду, због сплета несрећних историјских околности, то било донекле оправдано. Десило се то да је једна, силом прилика, наметнута, канонски искривљена и у крајњој тачки нецрквена пракса, заживела као правило на основу извесне традиције. Историја Цркве сведочи о мноштву таквих случајева, али сведочи и о томе да је Црква живо тело Христово које је у стању да превазиђе такве појаве.

Тврди став црквено-школских општина по овом питању сведочи о губитку аутентичне црквене свести и мешању исте са национално-политичком. С друге стране, и ставови митрополита су углавном били нефлексибилни, и тамо где је могла да се примени снисходљивост, то је изостало. Све ово је резултирало потпуним раскидом представника црквено-школских општина и митрополита 1895. године, и то у тренутку када је духовно-национално јединство Срба било преко потребно. Ситуација је била у појединим местима катастрофална по Цркву, јер је народ одбијао да прихвати свештеника кога је митрополит изабрао и поставио, а кога је такође плаћала држава. Деца нису крштавана, покојници су сахрањивани без опела, свадбе без чина венчања итд. Свештенике које није изабрала црквено-школска општина народ је погрдно називао „намет-поповима“ (Милошевић, 2012: 63–65).

Држава је ову ситуацију вешто користила да што више продуби несугласице и разједини Цркву, а тиме и народ. Стекао се утисак да су се митрополити удружили са влашћу да би црквено-школске општине потчинио себи. Такве оптужбе су одмах почеле да круже по народу, а ширили су их појединци из редова црквено-школских општина, углавном

имућније газде. У многим случајевима, лични сукоби интереса стајали су у позадини проблема односа црквено-школских општина и више јерархије, тако да треба пажљиво и аналитички приступати овој проблематици да би се добила реална слика стања.

Виша јерархија је била принуђена да сарађује са влашћу, што јој је често узимано за зло. Није искључена ни могућност да су се митрополити понекад ослањали на државну власт да би остварили или заштитили своја канонска права, као у овом случају који је истраживан, или у случају сукоба око управе над манастиром Житомислић. Међутим, погрешно би било на основу овога закључити како је виша јерархија издала народ и ставила се у службу окупатора, како су у то време о овом проблему писали поједини новински листови у Србији и Русији. Митрополит Серафим је, нпр., тако представљан као унијата од стране листова у Србији (Маџар, 1982: 165).

Овај спор црквено-школских општина и власти, у који је убрзо укључена и виша јерархија, 1896. године узме масовни облик и прерашће у покрет Срба за верско-просветну самоуправу.

Највише проблема ипак је изазивало питање избора митрополита. Коначни предлог народних вођа био је да **епархијска скупштина бира три кандидата, а цар именује једног** (истакао аутор). По овом предлогу епархијска скупштина би имала 70 чланова; председник би био митрополит, а однос лаика и свештеника би био 5 према 2 (Ibid: 352). Лаици би према овом предлогу, захваљујући скупштинској већини, имали одлучујућу реч при избору митрополита.

Н. Милаш наводи да је учешће народа у избору епископа до почетка 4. века било незаобилазно. Глас народа је био подједнако важан као и глас јерархије, а без сагласности народа нико није могао бити изабран за епископа. Међутим, наставља Милаш, због разних злоупотреба, Лаодикијски сабор (13. канон), који је одржан у другој половини 4. века, забранио је „скупу свјетине“ да учествује у избору епископа. Глас народа је сведен на глас угледнијих представника народа, што је озаконио цар Јустинијан у 6. веку (Новела 123). Већ од 13. века преовладава пракса прописана Првим васељенским сабором (4. канон), која каже да епископа бира искључиво сабор свих епископа те области (Милаш, 2004: 378–380).

Као што видимо, учешће народа у избору више јерархије је због немира, смутњи и злоупотреба постепено смањивано и на крају потпуно укинуто. Црква, дакле, може да мења начин бирања епископа водећи рачуна првенствено о својим потребама и историјском контексту у коме се налази, чувајући притом свој идентитет. Зато и не чуди различита пракса при избору епископа у православним црквама тог доба. На пример, у Румунској,

Бугарској и Кипарској цркви, те у Сибињској митрополији, у то време народ учествује у избору епископа (Ibid: 386).

На основу овога може се закључити да овакав предлог начина избора митрополита није у потпуности канонски, јер одузима јерархији главну улогу у избору, а лаицима уместо саветодавне и конфирмативне даје пресудну улогу на основу скупштинске већине. Али, као што се видело, ни оваква пракса није била непозната у православном свету тог доба (у Сибињској митрополији је била готово идентична ситуација), и ипак се може прихватити, пре свега зато што одговара потребама цркве у конкретной историјској ситуацији. У случају који се разматра, представници црквено-школских општина виде СПЦ као чувара духовног и националног јединства свог народа који се налази под инославном влашћу, и та чињеница обликује њихов став по питању канонског уређења саме цркве.

4. Предлог статута црквено-школских општина

Народне вође су у периоду од 1896. до 1902. године изнеле низ предлога решења проблема црквено-школске аутономије, тј. уређивања унутарцрквених односа, те односа Цркве и државе. Почетни став је био радикалан и бескомпромисан, међутим, како је време одмицало такав тврди курс је слабио. На крају, представници црквено-школских општина су 1902. г. формулисали своје ставове у виду тзв. Шолиних⁵ 11 тачака. Овај предлог је био заправо скраћен Јефтановићев⁶ статут из 1898. год., али са битним одступањима у правцу компромиса са јерархијом и влашћу. Шолиних 11 тачака власт је прихватила као званични став народних вођа.

Занимљиво је истаћи да је Едуард Хоровиц⁷, који је 1902. године преузео одлучујућу улогу у преговорима са представницима црквено-школских општина, запазио да су управо канонска питања та која коче преговоре. По његовом мишљењу, није се смело препустити јерархији и лаицима да их

5 Војислав Шола (1863–1921) био је један од најугледнијих Срба у Мостару тог доба. Заједно са Глигоријем Јефтановићем стао је на чело покрета за црквено-школску аутономију 1896. г. Био је и председник Босанског сабора, прогоњен и утамничен више пута због отвореног противљења режиму (Радојчић, 2009: књ. III, 1166–1167).

6 Глигорије Јефтановић (1840–1929) био је један од најугледнијих Срба свог времена из Босне и Херцеговине. Потиче из богате сарајевске трговачке породице, у време борбе за црквено-школску аутономију био је један од истакнутих чланова опозиције аустроугарском режиму и вишој јерархији. Биран је и за потпредседника Великог управног и просветног савјета, као и за члана Босанског сабора. У току Првог светског рата, у два наврата, суђено му је за велеиздају. После рата био је председник Народног вијећа за Босну и Херцеговину (Радојчић, 2009: књ. II, 130).

7 Шеф одељења за БиХ у Заједничком министарству финансија Аустро-Угарске.

независно од власти решавају. Хоровиц је предложио да се Земаљска влада активно укључи и у решавање канонских несугласица (Маџар, 1982: 351).

Из овога произилази је да је канонскоправни аспект проблема црквено-школске аутономије једнако битан као и питање државних надлежности у односу на Цркву. За комплетнију анализу проблематике рада, неопходно је у кратким цртама размотрити коначни предлог Статута народних вођа, тј. Шолиних 11 тачака.

Првих 5 тачака се односе на унутарцрквене односе, других пет говоре о односу Цркве и државе, а у последњој тачки се тражи гаранција Земаљске владе да се коначни, заједнички Статут неће накнадно мењати, тј. да се неће наметати нове одредбе после његовог усвајања.⁸

Прва тачка предвиђа да Конвенција из 1880. године, ипак, остане на снази, уз извесне услове. Ово је био први велики уступак с обзиром да је до тада један од главних захтева народних вођа било укидање Конвенције. За ово истраживање важно је детаљније размотрити одредбе које се тичу црквене организације и администрације.

5. Органи црквено-школске управе

Поред митрополита, који је глава црквеног сабрања, и без кога православна црква не може постојати, други једнако важан чинилац црквеног живота су помоћни органи митрополита: Конзисторија, Духовни суд, Епархијска скупштина и Управни и просветни савет.

Органи црквене управе заиста јесу помоћни органи епископа, чија је функција да му помогну да ефикасније управља епархијом. Епископ по канонском праву има апсолутну богослужбену, управну и судску власт у оквиру своје епархије. О томе директно или индиректно говори мноштво канона⁹. Јасно је да реч епископа у свим овим органима треба да буде одлучујућа и пресудна, а реч осталих чланова саветодавна.

Предлог решења овог питања знатно одступа од ранијих радикалних ставова представника црквено-школских општина, тако се, што се тиче Конзисторије (Савета), одустало од ранијег захтева да она буде мешовитог састава (6 свештеника и 3 лаика) и предложено је да чланови Конзисто-

8 Детаљније о предлогу Статута народних вођа, тј. Шолиних 11 тачака види у (Маџар, 1982: 352–354).

9 Види нпр. канон 39. Апостолски у (Јевтић, 2005: 47).

рије буду искључиво свештеници (Маџар, 1982: 352), што сасвим одговара нормама канонског права.¹⁰

Шолин предлог састава Великог духовног суда био је да тај орган чине сва четири митрополита, затим 8 свештеника и 4 лаика које би бирале епархијске скупштине. Овај суд би био суд друге инстанце и решавао би углавном брачне спорове (Маџар, 1982: 361).

С обзиром на делокруг рада, састав суда није проблематичан, све док не дође до тога да лаици преузму иницијативу и њихов глас постане одлучујући (Милаш, 2004: 350).

Следећи орган црквено-школске управе би била Епархијска скупштина, која би требало да има 70 чланова, митрополит би био на челу, а однос свештеника и лаика би био 2 према 5. Епархијска скупштина би била законодавно тело и бирала би представнике за Велики духовни суд и Управни и просветни савет и, што је најважније, бирала би три кандидата за митрополита, од којих би цар именовоа једног.

Чланови би се бирали мешовитим путем, тј. свештенство и лаици би били јединствено изборно тело, а не сепаратно за шта се залагала јерархија (Маџар, 1982: 353).

На основу овога се види да је овај орган управе био од изузетног значаја за црквено-школски живот једне епархије, практично највиши орган црквено-школске власти на нивоу епархије. Надлежности епархијске скупштине су мешовитог, црквено-школског карактера, и зато је учешће лаика у њој оправдано.

10 Епископ Никодим Милаш детаљно објашњава историјски развој ове институције наводећи називе и области делатности (службу) свих чланова Конзисторије, како постојећих у његово време (почетак 20. века), тако и оних који су раније постојале. Основне делатности Конзисторије су: чување и одржавање православне вере и богослужења, подизање и поправљање манастира и цркава, просуђивање о каквоћама кандидата за свештенство, брига о уредности у вршењу службе од стране свештенства итд. (Милаш, 2004: 413–415 и 418). Установа конзисторије, тј. црквеног суда (савета), постојала је у Цркви од најранијег времена. Наравно, временом се мењао начин организације, рада и само њено име, а од 8. века конзисторија постоји у свакој епископији православне цркве. Чланови конзисторије су одувек били искључиво свештеници (до 12. века и свештеномонаси), те стога је један од најстаријих назива за ову установу и био „Презвитерски савет“. Н. Милаш даље наводи да у Карловачкој митрополији у састав конзисторије улазе и лаици. По њему, улога лаика у раду конзисторије може бити само саветодавна. Лаици могу да учествују у раду конзисторије само као посматрачи, и да евентуално по благослову епископа изнесу своје мишљење, аналогно њиховој улози у раду помесног или васељенског сабора. Ово се односи како на верске тако и на административне послове (Ibid., 418 и 237).

Међутим, Д. Руварац наводи пример разних злоупотреба епархијске скупштине у Карловачкој митрополији, тврдећи да је она устројена по лутеранском моделу који је стран православном канонском предању и српском менталитету. Зато је такав систем црквено-школске управе и доводио до бројних злоупотреба и апсурдних ситуација, као нпр. да потпуно нецрквени људи, па чак и декларисани атеисти, буду чланови или председници у овим црквено-школским органима управе (Руварац, 1899: 56–59).

Последњи орган црквено-школске управе био би Велики управни и просветни савет, највиша црквено-школска власт, чији састав би чинили: 4 митрополита, затим свештена лица и лаици, бирани из све четири епархијске скупштине српских православних митрополија у БиХ. Однос лаика и свештеника би био 2 према 1. Овај орган би одлучивао о оснивању и о надзору над образовним установама српског народа у БиХ (Маџар, 1982: 353 и 362). Пошто се и овде ради о мешовитом органу са двоструким пољем делатности, важи исти коментар као и за епархијску скупштину.

Као што се види из овог кратког приказа коначног предлога статута представника црквено-школских општина, лаички елемент је кориговао своје радикалне ставове, који су били потпуно страни канонском предању православне цркве.

Према канонима православне цркве, однос лаика и клира је одређен њиховом службом у Цркви. Службе у Цркви су пак истовремено различите и неодвојиве и, што је изузетно битно, не могу се мешати међусобно. На пример, ђакон не може вршити службу епископа и обрнуто. У том богослужбеном поретку треба тражити и модел за све остале сфере црквеног живота.

Служба лаика у Цркви је пре свега богослужбеног карактера, као уосталом и служба епископа и свештеника, и првенствено се састоји од потврђивања онога што савшава клир. Без народног амин (потврде), нема богослужења Цркве, тј. нема ни Цркве саме. Лаици су, дакле, конститутивни део Цркве. Тако треба да буде и на пољу управе, организације, економије и целокупног живота Цркве – лаици су ти који сведоче, саветују и коначно потврђују сваку одлуку епископа.

6. Закључак

Представници црквено-школских општина заједно са народом и већином парохијског свештенства, с једне, и виша јерархија, с друге стране, имали су у суштини један те исти циљ. Тај циљ је био да се очувају национално и духовно јединство и идентитет српског народа у БиХ, који су били

угрожени од стране нове инославне власти. Циљ је био исти, али начин остварења није, и у тој тачки је дошло до раздора. Пошто је виша јерархија била у чиновничком положају у односу на државу која ју је финансирала, народни представници су тежили да преузму доминантну улогу у Српској православној цркви и да је у што већој мери дистанцирају од државне контроле. Тиме је виша јерархија стављена у веома тежак положај, будући да су митрополити морали да буду истовремено и лојални власти и народни пастири. С обзиром на то да је коначно решење црквено-школске аутономије требало да потврди и Цариградска патријаршија, државна власт и обе стране у овом сукобу су се позивале на канонско право у покушају да оправдају своје ставове. Анализа унутарцрквених односа са аспекта канонског права показала је под којим условим и на који начин је могуће устројити и ускладити односе између различитих структура и служби у Цркви, а да притом буде очуван њен канонски поредак.

Литература/References

- Краљачић, Т. (1987). *Калајев режим у Босни и Херцеговини (1882–1903)*. Сарајево: ИРО „Веселин Маслеша“.
- Маџар, Б. (1982). *Покрет Срба Босне и Херцеговине за вјерско-просветну самоуправу*. Сарајево: ИРО „Веселин Маслеша“.
- Милаш, Н. (2004). *Православно црквено право*. Београд-Шибеник:Истина, издавачка установа Епархије далматинске.
- Милошевић, Б. (2012). *Православно свештенство у друштвеном развоју Босанске Крајине у другој половини XIX и почетком XX вијека*. Бања Лука: Филозофски факултет Бања Лука.
- Милошевић, Б. (2017). *Уредба црквено-просвјетне управе српских правослаvnих епархија (митрополија) у Босни и Херцеговини“*, *Зборник радова Стотину двадесет година од почетка борбе српског народа у Босни и Херцеговини за црквено-школску самоуправу (1896–2016)*, Бања Лука: 72–88. [Електронска верзија]. Преузето 10. 12. 2018. <http://www.srbiubih.com>
- Мирковић, М. (1965). *Правни положај и карактер српске цркве под турском влашћу (1459–1766)*, Београд: Завод за издавање уџбеника Социјалистичке Републике Србије.
- Радојчић, С. Ј. (2009). *Срби западно од Дунава и Дрине*, књ. II и III, Нови Сад: Издавачка кућа Прометеј.

Руварац, Д. (1899). *Устав црквене и школске самоуправе српско-православног народа у БиХ састављен Др. Емилом Гаврилом, приказан протојерејем Димитријем Руварцем*. Земун: Штампарија Јована Пуља.

Свештени канони Цркве, превод са грчког и словенског Епископа Атанасија умировљеног Херцеговачког, Београд: Митрополије и Епархије: Црногорско-Приморска, Дабро-Босанска, Новограчаничка, Бачка, Далматинска, Захумско-Херцеговачка и Приморска, Православни богословски факултет Универзитета у Београду 2005.

Слијепчевић, Ђ. (2002). *Историја Српске православне цркве, Књига 2, Од почетка XIX века до краја Другог светског рата*. Земун: ЈРЗ Земун.

Шаркић, С. (2008). Схватања Атанасија из Александрије о монархији. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2008, 55–67.

Шаркић, С. (2009). Правне и политичке идеје Амброзија из Милана. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1/2009, 21–37.

Шнелер, Х. (1898). *Државно-правни положај Босне и Херцеговине*. [Електронска верзија]. Преузето 7. 12. 2018. <http://www.scribd.com>

Биографија митрополита Николаја Мандића [Електронска верзија]. Преузето 10. 12. 2018. <http://www.mitropolijadabrobosanska.org>

Marko Tomić, PhD student
Faculty of Law, University of Belgrade

**CANON LAW ISSUES OF THE SERBIAN ORTHODOX
CHURCH IN BOSNIA AND HERZEGOVINA UNDER THE
ADMINISTRATION OF THE AUSTRO-HUNGARIAN EMPIRE**

Summary

The paper examines certain canon law issues encountered the Serbian Orthodox Church in Bosnia and Herzegovina in the period until 1905, when the Church authorities enacted a Statute which definitely resolved the legal status of the Serbian Orthodox Church in the Austro-Hungarian Empire. In this period, the Viennese court and the Patriarchate of Constantinople regulated the legal position of the Serbian Orthodox Church in Bosnia and Herzegovina by the 1880 Convention on the temporary solution of relations between the Serbian Orthodox Metropolitanates in Bosnia and Herzegovina with the Patriarchate of Constantinople. The Convention caused a number of problems and conflicts, both in terms of relations between the church and the state as well as within the Serbian Orthodox Church. In the central part of the paper, the author describes the relations between higher order clergy (hierarchy) and church-school municipalities (national leaders and lower order clergy), and analyses certain problems in their relations. The author considers these problems from the aspect of canon law of the Orthodox Church, in order to show how the relations between the various structures and services in the Serbian Orthodox Church were organized in the new legal state and socio-political context.

Key words: *Serbian Orthodox Church in Bosnia and Herzegovina, Austro-Hungarian Empire, church-school municipality, higher order clergy (hierarchy), church (canon) law.*

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ (M51)

УПУТСТВО АУТОРИМА

Опште напомене	Рукопис рада компјутерски обрадити коришћењем програма <i>Word</i> , у фонту <i>Times New Roman</i> ћирилица (Serbian-Cyrillic), (осим оригиналних латиничних навода), величина фонта 12 pt, размак између редова 1,5. Формат странице треба да буде А4.
Обим рада	Један ауторски табак - рад не треба да има више од 40.000 карактера, односно 6.000 карактера када се ради о приказима, укључујући размаке.
Језик и писмо	Језици на којима се могу објављивати радови су српски, енглески, руски, француски и немачки.
Наслов рада	Наслов рада куцати величином фонта 14 pt, bold, Times New Roman Наслов рада приложити и на енглеском језику.
Аутор(и)	Не уносити име(на) аутора у текст рада да би се обезбедила анонимност рецензирања. Подаци о аутору(има) биће доступни редакцији преко Асистент програма.
Подаци о пројекту или програму*	На дну прве странице текста, треба навести у фусноти следеће: Назив и број пројекта, назив програма, назив институције која финансира пројекат.
Подаци о усменом саопштењу рада*	Ако је рад био изложен на научном скупу у виду усменог саопштења под истим или сличним називом, податак о томе треба навести у оквиру посебне напомене на дну прве стране текста (фуснота).
Апстракт	Апстракт садржи 100-250 речи.
Кључне речи	Не више од 10 кључних речи на српском и енглеском језику (Key words).
Напомена о анонимности	У тексту се не смеју користити изрази који упућују или откривају идентитет аутора (нпр. „о томе видети у нашем раду...“ или „...мој рад под називом ...“ и слично).
Структура текста	<ol style="list-style-type: none"> 1. Увод 2. Поднаслов 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Поднаслов 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Поднаслов 3 3. Поднаслов 2 4. Закључак <p>Наслови и поднаслови пишу се фонтом 12 pt, bold.</p>
Литература (<i>References</i>)	Пише се након текста, као посебна секција. Поређати све јединице азбучним редом по презимену аутора, а код истог аутора, по години издавања (од најновије до најстарије). Молимо ауторе да искључе команду numbering, тј. без бројева испред. (Погледати табелу на крају унутрства).
Резиме (<i>Summary</i>)	Пише се на крају текста после Литературе, дужине до 2 000 карактера (укључујући размаке), на српском и енглеском језику.
Табеле, графикони, слике	Табеле урадити у Wordu или Excelu. Фотографије, графикони или слике доставити у формату jpg.
Ауторска права	Аутори радова потписују сагласност за пренос ауторских права.
Достава радова	Радови се предају путем онлајн система за електронско уређивање АСИСТЕНТ, http://asestant.ceon.rs/index.php/zrpfm/index

* Ови подаци уносе се само у случају да рад испуњава наведене услове (пројекат или саопштење)



УПУТСТВО ЗА ЦИТИРАЊЕ ЛИТЕРАТУРЕ

Навођење цитата треба урадити у тексту, као што је наведено у упутству. **Фус ноте** користити само када је неопходно пружити додатно објашњење или пропратни коментар, као и у случају позивања на нормативни акт, службена гласила и одлуке судова.

Цитати и позиви на литературу у тексту и листа библиографских јединица на крају текста морају се у потпуности слагати. Сваки цитат из текста и позив на литературу мора да се нађе на листи библиографских јединица, односно, свака библиографска јединица наведена у литератури мора да се нађе у тексту. Позив на библиографске јединице наводи се у оригиналном писму, без превожња.

Врста рада	Референце – литература	Цитирање у тексту
Књига, 1 аутор	Келзен, Х. (2010). <i>Општа теорија права и државе</i> . Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.	(Келзен, 2010: 56)
Књига, Више аутора	Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Београд: Београдски центар за људска права.	Прво цитирање у тексту: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) Наредно цитирање у тексту: (Dimitrijević et al. 2007: 200)
Колективно ауторство	<i>Oxford Essential World Atlas</i> . (1996). 3.ed. Oxford: Oxford University Press.	(Oxford, 1996: 245)
Рад или део књиге која има приређивача	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U Pavlović, V. i Orlović, S. (Prir.). <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> . Београд: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289.	(Nolte, 2007: 280)
Чланак у часопису	Марковић, Р. (2006). Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед. <i>Анали Правног факултета у Београду</i> . 2(LIV). 5-46	(Марковић, 2006: 36)
Енциклопедија	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> . Vol. 2. Tokyo: Kodansha. 1-3.	(Pittau, 1983: 3)
Институција као аутор	Републички завод за статистику. (2011). <i>Месечни статистички билтен</i> . Бр. 11.	(Републички завод за статистику, 2011)
Прописи	Закон о основама система васпитања и образовања. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 62. 2004.	Фус нота: Чл. 12. Закона о основама система васпитања и образовања, <i>Сл. гласник РС</i> , 62/04
Судске одлуке	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 или <i>Otojudi v UK</i> (2010) 51 EHRР 10 или Одлука Уставног суда IУ-197/2002. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 57. 2003.	Фус нота: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] или Одлука Уставног суда IУ-197/2002
Електронски извори	Wallace, A.R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Преузето 15.11.2005. http://www.gutenberg.org/etext/2530 или European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	Навођење у тексту: (Wallace, 2001) Фус нота: European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp

ZBORNIK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M51)

UPUTSTVO AUTORIMA

Opšte napomene	Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa <i>Word</i> , u fonu <i>Times New Roman</i> ćirilica (Serbian-Cyrillic), (osim originalnih latiničnih navoda), veličina fonta 12 pt , razmak između redova 1,5. Format stranice treba da bude A4 .
Obim rada	Jedan autorski tabak - rad ne treba da ima više od 40.000 karaktera , odnosno 6.000 karaktera kada se radi o prikazima, uključujući razmake.
Jezik i pismo	Jezici na kojima se mogu objavljivati radovi su srpski, engleski, ruski, francuski i nemački.
Naslov rada	Naslov rada kucati veličinom fonta 14 pt, bold , Times New Roman Naslov rada priložiti i na engleskom jeziku.
Autor(i)	Ne unositi ime(na) autora u tekst rada da bi se obezbedila anonimnost recenziranja. Podaci o autoru(ima) biće dostupni redakciji preko Asistent programa.
Podaci o projektu ili programu*	Na dnu prve stranice teksta, treba navesti u fusnoti sledeće: Naziv i broj projekta, naziv programa, naziv institucije koja finansira projekat.
Podaci o usmenom saopštenju rada*	Ako je rad bio izložen na naučnom skupu u vidu usmenog saopštenja pod istim ili sličnim nazivom, podatak o tome treba navesti u okviru posebne napomene na dnu prve strane teksta (fusnota).
Apstrakt	Apstrakt sadrži 100-250 reči.
Ključne reči	Ne više od 10 ključnih reči na srpskom i engleskom jeziku (Key words).
Napomena o anonimnosti	U tekstu se ne smeju koristiti izrazi koji upućuju ili otkrivaju identitet autora (npr. „o tome videti u našem radu...“ ili „...moj rad pod nazivom ...“ i slično).
Struktura teksta	<ol style="list-style-type: none"> 1. Uvod 2. Podnaslov 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Podnaslov 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Podnaslov 3 3. Podnaslov 2 4. Zaključak <p>Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, bold.</p>
Literatura (References)	Piše se nakon teksta, kao posebna sekcija. Poredati sve jedinice azbučnim redom po prezimenu autora, a kod istog autora, po godini izdavanja (od najnovije do najstarije). Molimo autore da isključe komandu numbering, tj. bez brojeva ispred. (Pogledati tabelu na kraju uputstva).
Rezime (Summary)	Piše se na kraju teksta posle Literature, dužine do 2 000 karaktera (uključujući razmake), na srpskom i engleskom jeziku.
Tabele, grafikoni, slike	Tabele uraditi u Wordu ili Excelu. Fotografije, grafikoni ili slike dostaviti u formatu jpg.
Autorska prava	Autori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava.
Dostava radova	Radovi se predaju putem onlajn sistema za elektronsko uređivanje ASISTENT, http://asestant.ceon.rs/index.php/zrpf/index

* Ovi podaci unose se samo u slučaju da rad ispunjava navedene uslove (projekat ili saopštenje)



UPUTSTVO ZA CITIRANJE LITERATURE

Navodenje citata treba uraditi u **tekstu**, kao što je navedeno u uputstvu. **Fus note** koristiti samo kada je neophodno pružiti dodatno objašnjenje ili propratni komentar, kao i u slučaju pozivanja na normativni akt, službena glasila i odluke sudova.

Citati i pozivi na literaturu u tekstu i lista bibliografskih jedinica na kraju teksta moraju se u potpunosti slagati. Svaki citat iz teksta i poziv na literaturu mora da se nađe na listi bibliografskih jedinica, odnosno, svaka bibliografska jedinica navedena u literaturi mora da se nađe u tekstu. Poziv na bibliografske jedinice navodi se u originalnom pismu, bez prevodenja.

Vrsta rada	Reference – literatura	Citiranje u tekstu
Knjiga, 1 autor	Kelzen, H. (2010). <i>Opšta teorija prava i države</i> . Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu	(Kelzen, 2010: 56)
Knjiga, Više autora	Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T., Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Beograd: Beogradski centar za ljudska prava	Prvo citiranje u tekstu: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) Naredno citiranje u tekstu: (Dimitrijević et al., 2007: 200)
Kolektivno autorstvo	<i>Oxford essential world atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
Rad ili deo knjige koja ima priredivača	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U V.Pavlović i S.Orlović (Prir.), <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> (str. 279-289). Beograd: Konrad Adenauer Stiftung	(Nolte, 2007: 280)
Članak u časopisu	Marković, R. (2006). Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled. <i>Anali Pravnog fakulteta u Beogradu</i> . 2(LIV), 5-46	(Marković, 2006: 36)
Enciklopedija	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institucija kao autor	Republički zavod za statistiku. <i>Mesečni statistički bilten</i> . Br. 11 (2011)	(Republički zavod za statistiku, 2011)
Propisi	Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 62 (2004)	Fus nota: Čl. 12. Zakona o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, <i>Sl. glasnik RS</i> , 62/04
Sudske odluke	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 ili <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002, <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 57 (2003)	Fus nota: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002
Elektronski izvori	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15, November 2005, from http://www.gutenberg.org/etext/2530 ili European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	Navodenje u tekstu: (Wallace, 2001) Fus nota: European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp

Collection of Papers, Faculty of Law, Niš (M51)

GUIDELINES FOR AUTHORS

General notes	The paper shall be processed in <i>MS Word (doc.)</i> format; paper size A4; font Times New Roman (Serbian-Cyrillic) , except for papers originally written in <i>Latin</i> script; font size 12 pt; line spacing 1,5.
Paper length	The paper shall not exceed 16 pages. An article shall not exceed 40.000 characters (including spaces). A review shall not exceed 6.000 characters (including spaces).
Language and script	Papers may be written in Serbian, English, Russian, French and German.
Paper Title	The paper title shall be formatted in font Times New Roman , font size 14 pt, bold . The title shall be submitted in English as well.
Author(s)	In order to ensure the author's anonymity and preclude bias in the double-blind peer review process, the author's name and surname should not be included in the article submitted for review. The data about the author(s) will be available to the Editorial staff via the Assistant program.
Data on the project or program* (optional)	In the footnote at the bottom of the first page of the text shall include: the project/program title and the project number, the project title, the name of the institution financially supporting the project.
Data on the oral presentation of the paper* (optional)	In case the paper has already been presented under the same or similar title in the form of a report at a prior scientific conference, authors are obliged to enter a relevant notification in a separate footnote at the bottom of the first page of the paper.
Abstract	The abstract shall comprise 100 - 250 words at the most
Key words	The list of key words following the abstract shall not exceed 10 key words. The key words shall be submitted in both Serbian and English.
Note on author's identity (anonymity)	In order to ensure the author's anonymity, the text of the submitted article should not include phrases that refer to or reveal the author's identity (e.g. "for more information, see our paper on..." or "my paper titled...", and alike)
Text structure	<ol style="list-style-type: none"> 1. Introduction 2. Chapter 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Section 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Subsection 3 3. Chapter 2 4. Conclusion <p>All headings (Chapters) and subheadings (Sections and Subsections) shall be in Times New Roman, font 12 pt, bold.</p>
References	At the end of the submitted text, the author(s) shall provide a list of References. All entries shall be listed in alphabetical order by author's surname, and each entry shall include the source and the year of publication. When referring to the same author, include the year of publication (from the most recently dated backwards). Please, see the table at the end of the Guidelines for Authors .
Summary	The summary shall be included at the end of the text, after the References. The summary shall not exceed 2.000 characters (including spaces) and it shall be submitted in both Serbian and English.
Tables, graphs, figures	Tables shall be prepared in <i>MS Word</i> or in <i>Excell</i> . Photos, graphs or figures shall be in jpg format.
Copyright	The authors are obliged to sign a written consent on the transfer of copyright. The Author's Statement may be downloaded here .
Paper submission	The articles are to be submitted via online editorial management system АСИСТЕНТ, http://asestant.ceon.rs/index.php/zrpf/index

* The data shall be included only if the paper is subject to such circumstances.

CITATION GUIDELINES

The citations should be included in the text, in line with the guidelines provided below. Footnotes shall be used only for additional explanation or commentary and for referring to the specific normative act, official journals, and court decisions.

In-text citations and reference entries shall fully comply with the list of bibliographic units in the References, provided at the end of the paper. Each in-text citation and reference entry shall be clearly cross-referenced in the list of bibliographic units and, vice versa, each bibliographic unit shall be entered in the text of the submitted paper. The referential sources shall be cited in the language and script of the original work (without providing an English translation).

Type of work	References	In-text citation
Book (a single author)	Jones, C. P. (1994). <i>Investments: Analysis and Management</i> . New York: John Wiley & Sons. Ltd.	(Jones, 1994: 123)
Book (a number of authors)	Osterrieder, H., Bahloul, H., Wright, G., Shafner, K., Mozur, M. (2006). <i>Joining Forces and Resources for Sustainable Development Cooperation among Municipalities – A Guide for Practitioners</i> . Bratislava: UNDP	First in-text citation: (Osterrieder, Bahloul, Wright, Shafner, Mozur, 2006: 31) A subsequent in-text citation: (Osterrieder et al., 2006: 45)
Joint authorship (a group of authors)	<i>Oxford Essential World Atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
An article or a chapter in a book with an editor	Scot, C., del Busto, E. (2009). Chemical and Surgical Castration. In Wright, R. G. (ed.), <i>Sex Offender Laws, Failed Policies and New Directions</i> (pp. 291-338). New York: Springer	(Scot, del Busto, 2009: 295)
Journal article	Sandler, J. C., Freeman, N. J. (2007). Typology of Female Sex Offenders: A Test of Vandiver and Kercher. <i>Sex Abuse</i> . 19 (2), 73-89	(Sandler, Freeman, 2007: 79)
Encyclopedia	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha Encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institution (as an author)	Statistical Office of the Republic of Serbia, <i>Monthly statistical bulletin</i> , No. 11 (2011)	(Statistical Office RS, 2011)
Legal documents and regulations	Education Act, Official Gazette RS, No. 62 (2004)	Footnote: Article 12. Education Act, Official Gazette RS, 62/04
Court decisions	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905; or <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10; or Constitutional Court decision IY-197/2002, <i>Official Gazette RS</i> , No. 57 (2003)	Footnote: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] or Constitutional Court decision IY-197/2002
Online sources	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15 November 2005, from http://www.gutenberg.org/etext/2530 ; or European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	In-text citation: (Wallace, 2001) Footnote: European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp