

---

UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

---

Univerzitet u Nišu  
Pravni fakultet

**ZBORNİK RADOVA PRAVNOG  
FAKULTETA U NIŠU**

BROJ 84 | GODINA LVIII | 2019

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

N°84 | YEAR LVIII | 2019

Niš, 2019.

# ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU

Niš, 2019.

## Izdavač

Pravni fakultet u Nišu

## Za izdavača

Prof. dr Goran Obradović, dekan

## Glavni i odgovorni urednik

Prof. dr irena Pejić,

Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

## Članovi Redakcionog odbora

Dr Martin Belov, redovni profesor Pravnog fakulteta, Univerzitet "kliment Ohridski" u Sofiji, Bugarska

Dr Serjogin andrej viktorović, docent Pravnog fakulteta Južnog federalnog univerziteta, rostov na Donu, ruska federacija

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

Dr Michael Geistlinger, profesor Univerziteta, Salzburg, austrija

Dr Sašo Georgijevski, redovni profesor Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" u Skoplju, republika Severna Makedonija

Dr Marina Dimitrijević, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u nišu

Dr vladimir Đurić, naučni saradnik instituta za uporedno pravo u Beogradu

Dr Gordana ilić-Popov, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

Dr Mustafa Yasan, docent Pravnog fakulteta, Univerzitet "Sakarya", turska

Dr todor kalamatijev, redovni profesor Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" u Skoplju, republika Severna Makedonija

Dr vesna knežević Predić, redovni profesor fakulteta političkih nauka, Univerziteta u Beogradu

Dr Miroslav lazić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u nišu

Dr zlatan Meškić, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u zenici, Bosna i Hercegovina

Dr Dušica Miladinović-Stefanović, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u nišu

Dr Hajrija Mujović, naučnik savetnik instituta društvenih nauka u Beogradu

Dr Dragan nikolić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u nišu

Dr Dušan nikolić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u novom Sadu

Dr vladan Petrov, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

Dr nevena Petrušić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u nišu

Dr Darko radić, redovni profesor Pravnog fakulteta u Banjoj luci, republika Srpska, Bosna i Hercegovina

Dr Željko radić, redovni profesor  
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu,  
Hrvatska

Dr nebojša raičević, redovni profesor  
Pravnog fakulteta Univerziteta u nišu

Dr Darko Simović, redovni profesor  
kriminalističko-policijskog Univerziteta  
u Beogradu

Dr Dragoljub todić, naučni savetnik  
instituta za međunarodnu politiku i  
privredu u Beogradu

Dr Dimitrije Čeranić, docent Pravnog  
fakulteta u istočnom Sarajevu, republika  
Srpska, Bosna i Hercegovina

Dr Sanja Čopić, viši naučni saradnik  
instituta za kriminološka i sociološka  
istraživanja u Beogradu

**Sekretar Redakcionog odbora:** Dr Marko Dimitrijević,  
docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

**Lektura radova i prevod rezimea:** Gordana Ignjatović (engleski)

**Lektura:** Aleksandra Gojković (srpski)

**Tehnički urednik:** Nenad Milošević

**Tehnički urednik onlajn izdanja:** Vladimir Blagojević

**Štampa:** Grafika Galeb niš

**Tiraž:** 120

---

Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu  
pod nazivom Collection of Papers, Faculty of Law, Nis je u punom tekstu dostupan  
u HeinOnline bazi podataka, EBSCO bazi Legal Source, kao i u bazi Central and Eastern  
European Online Library – CEEOL.

Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu  
18 000 niš, trg kralja aleksandra 11, tel. +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 Čeranić, Assistant Professor, Faculty of Law in East Sarajevo, Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina

Dr Sanja Čopić, 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](mailto: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-ofLaw-Nis/?letter=C>  
Central and Eastern European Online Library – CEEOL



# SADRŽAJ / CONTENTS

Uvodna reč ..... XI

Editor's Introductory Note ..... XII

## I ČLANCI / ARTICLES

### U FOKUSU / IN FOCUS

#### Finansijsko pravo

#### FINANCIAL LAW

##### **Srđan Golubović,**

Uloga Evropskog fiskalnog odbora u fiskalnom sistemu  
Evropske unije ..... 15

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

##### **Marina Dimitrijević,**

Dizajniranje delotvorne politike  
sprečavanja poreske evazije..... 31

*Designing an Effective Tax Evasion Prevention Policy* ..... 43

##### **Irena Pejić,**

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

*Ustavna racionalizacija podele vlasti - na primeru  
Srbije* ..... 61

##### **Predrag Cvetković,**

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

*Pravo kao kompleksni adaptivni sistem: put ka  
samoodrživosti pravnog okvira* ..... 73

<b>Jacek Jaśkiewicz,</b> European Cohesion Policy in light of Leon Petrazycki's concept of legal policy.....	75
<i>Evropska koheziona politika u svetlu koncepta pravne politike Leona Petražickog .....</i>	<i>89</i>
<b>Milica Vučković,</b> Osiguranje od odgovornosti za imisionu štetu .....	91
<i>Insurance against Liability for Damage arising from Emissions .....</i>	<i>103</i>
<b>Milan Petrović,</b> Istorijski koreni političkog sistema Sjedinjenih Američkih Država i kongregacionalizam (puritanizam) .....	105
<i>The Political System of the United States of America and Congregationalism (Puritanism) .....</i>	<i>115</i>
<b>Lukáš Hadamčik,</b> Lessor's Notice of Termination of Residential Lease in Czech Law.....	117
<i>Notifikacija zakupodavca o otkazu ugovora o zakupi stambenog prostora u češkom pravu .....</i>	<i>131</i>
<b>Dejan Bodul,</b> <b>Jelena Čuveljak,</b> <b>Jakon Nakić,</b> Prolegomena o hrvatskom insolventnom pravu od ulaska u Europsku uniju .....	133
<i>Prolegomenon of the Croatian Insolvency Law from Croatia's accession to the European Union .....</i>	<i>149</i>
<b>Ljubica Nikolić,</b> Politika zaštite konkurencije u Srbiji – dometi i ograničenja .....	151
<i>Competition Protection Policy in Serbia: Scope and Limitations .....</i>	<i>168</i>



<b>Miloš Živković,</b>	
Upotreba informacionih tehnologija u postupku upisa u katastar nepokretnosti.....	171
<i>Use of Information Technologies in the Procedure of Registration in the Real Estate Cadastre .....</i>	<i>189</i>
<b>Aleksandar S. Mojašević,</b>	
Behavioral Law and Economics:	
multidisciplinarity in action .....	191
<i>Biheviorističko pravo i ekonomija:</i>	
<i>multidisciplinarnost na delu .....</i>	<i>207</i>
<b>Samir Manić,</b>	
Uzročna veza kao uslov odgovornosti medicinskih poslenika.....	209
<i>Causation as a Condition for Liability of Medical Employees .....</i>	<i>226</i>
<b>Suzana Medar,</b>	
Opšte i konkretne pravne discipline sa kratkim osvrtom na uvod u pravo.....	227
<i>General and Specific Legal Disciplines, with a brief overview of Introduction to Law.....</i>	<i>240</i>
<b>Srđan Radulović,</b>	
O potrebi proširenja domašaja instituta zabrane zloupotrebe subjektivnih prava.....	241
<i>The Need to Extend the Scope of the Legal Institute concerning the Prohibition of Abuse of Rights.....</i>	<i>255</i>
<b>Danilo Stevandić,</b>	
Harmonizacija zakonodavstva Srbije u oblasti kretanja i boravka stranaca sa propisima Evropske unije .....	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 RADOVI StUDEnATA DOKtORSKIh StUDIJA / PHD STUDENTS' PAPERS

### **Sloboda D. Midorović,**

Pravo na brisanje podataka o ličnosti  
dostupnih na internetu ..... 281

*The Right to Erasure of Personal Data available  
on the Internet..... 306*

### **Sanja Đorđević Aleksovski,**

Međunarodni običaj u jurisprudenciji  
suda pravde EU ..... 307

*International Customary Law in the Jurisprudence  
of the Court of Justice of the EU ..... 330*

### **Marko Tomić,**

Crkvenopravna pitanja Srpske pravoslavne crkve u Bosni i  
Hercegovini za vreme austrougarske uprave .....331

*Canon Law Issues of the Serbian Orthodox Church in  
Bosnia and Herzegovina under the Administration  
of the Austro-Hungarian Empire.....347*

**Uputstvo za autore / Instructions for Authors..... 349**

## Uvodna reč

Poštovani čitaoci,

U broju 84/2019 zbornika radova Pravnog fakulteta u Nišu objavljen je deo naučnih radova koji su nastali kao rezultat učešća na Međunarodnoj naučnoj konferenciji „Pravo i multidisciplinarnost“ održanoj 12-13. aprila 2019. godine na Pravnom fakultetu u nišu. U fokusu broja koji je pred vama nalaze se dva naučna rada iz oblasti finansijskog prava u kojima se na originalan način analiziraju pitanja javnih finansija.

redakcija časopisa ima zadovoljstvo da vas informiše da je zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu na listi kategorizacije naučnih časopisa za 2019. godinu dobio višu kategoriju kao nacionalni časopis od međunarodnog značaja (M24). Otuda bismo želeli da zahvalimo svim autorima na njihovim priložima i saradnicima koji su nam omogućili publikovanje naučnog časopisa. Zajednički naponi i saradnja doprineli su unapređenju kvaliteta publikacije što je unapredilo kategoriju naučnog časopisa, a nadamo se da će u perspektivi podići njegovu uticajnost i omogućiti povezivanje istraživača u akademskom prostoru regiona.

U Nišu, decembar, 2019.

*Glavni i odgovorni urednik*

*Prof. dr Irena Pejić*

## 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 recognized 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*

# I ČLANCI

---

---



**Dr Srđan Golubović,\***  
Redovni profesor Pravnog fakulteta  
Univerzitet u Nišu

originalni naučni rad  
doi:10.5937/zrpfni1984

UDK: 336.2/.6(4-672EU)  
Rad primljen: 19.09.2019.  
Rad prihvaćen: 16.10.2019.

## **ULOGA EVROPSKOG FISKALNOG ODBORA U FISKALNOM SISTEMU EVROPSKE UNIJE\*\***

**Apstrakt:** Stvaranje Evropske ekonomske i monetarne unije nije završen proces. Zbog nepostojanja političke volje, monetarno ujedinjenje nije pratilo fiskalna integracija država članica. Kao rezultat, stvoren je institucionalni okvir koji kombinuje nadnacionalnu monetarnu politiku sa decentralizovanom fiskalnom politikom. Globalna finansijska kriza ogolila je sve nedostatke ovakvog koncepta, što je imalo za posledicu pokretanje procesa reforme fiskalnog upravljanja u Evropskoj uniji, između ostalog, i uvođenje novih institucija. Jedna od takvih institucija je Evropski fiskalni odbor, koji svojom aktivnošću treba da olakša primenu fiskalnih pravila i koordinaciju nacionalnih fiskalnih politika. Nakon analize uloge i pravnog položaja Evropskog fiskalnog odbora, u radu se ukazuje na pravce dalje reforme fiskalnih okvira evrozona jačanjem položaja ove nezavisne fiskalne institucije.

**Ključne reči:** ekonomska i monetarna unija, koordinacija fiskalnih politika, Evropski fiskalni odbor, fiskalna unija.

---

\* golub@prafak.ni.ac.rs

\*\* rad je rezultat istraživanja na projektu „Usklađivanje prava Srbije sa pravom evropske unije“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u nišu u periodu 2013–2019.

## 1. Uvod

Globalna finansijska kriza, koja je kulminirala tokom 2008. godine, razotkrilajesvenedostatkeinstitucionalnihokvira evropskeekonomske i monetarne unije. izuzetak jedino predstavljaju institucionalna rešenja u monetarnoj sferi koja su omogućila monetarnim vlastima Unije da vođenjem ekspanzivne politike ublaže posledice krize. Međutim, ostali elementi institucionalne infrastrukture, važni za funkcionisanje ekonomske i monetarne unije, manifestovali su značajne slabosti, što je uticalo na pojavu i produbljanje ekonomske krize u evropskoj uniji (EU). Svakako, najslabiju kariku ekonomske i monetarne unije predstavljaju fiskalne institucije. Pokušaj monetarnog ujedinjenja, uz zadržavanje fiskalne samostalnosti država članica, doživeo je neuspeh. Suprotno očekivanjima, države članice nisu uspele da očuvaju fiskalnu disciplinu, niti su pak institucije Unije uspele da obezbede poštovanje utvrđenih fiskalnih pravila (pravilo zabrane preuzimanja dugova država članica, pravila o visini javnog duga, odnosno visini budžetskog deficita). narušeni kredibilitet fiskalnih institucija ukazao je na nužnost razvijanja zajedničkih okvira fiskalnog upravljanja u evropskoj uniji. započet potpisivanjem fiskalnog sporazuma 2012. godine, od strane država članica EU, ovaj proces doveo je do stvaranja evropskog fiskalnog odbora, kao nezavisnog savetodavnog tela koje pomaže evropskoj komisiji u koordinaciji fiskalnih politika država članica. Uvažavajući potrebu fiskalne integracije, kao pretpostavke funkcionalnosti ekonomske i monetarne unije, u radu se analizira položaj evropskog fiskalnog odbora i njegova uloga u fiskalnom sistemu evropske unije.

## 2. Fiskalni okviri evrozone

Uvođenje evra početkom 1999. godine, bez sumnje, predstavlja najveće dostignuće u evrointegracionom procesu. Monetarni suverenitet država članica EU transferisan je sa nacionalnog na nadnacionalni nivo. Stvaranjem ekonomske i monetarne unije (eMU) odgovornost za vođenje monetarne politike preuzeo je evropski sistem centralnih banka, koji pored nacionalnih centralnih banaka obuhvata i evropsku centralnu banku. Sa usvajanjem lisabonskog ugovora dolazi do promene u monetarnom sistemu Unije. Prvo, otklonjene su neodoumice u pogledu pravnog statusa evropske centralne banke, budući da se čl. 13 Ugovora o EU eksplicite definiše kao institucija Unije. Druga važna promena tiče se ovlašćenja za vođenje monetarne politike. Prema Ugovoru iz Mاستrihta



u radu evropskog sistema centralnih banaka učestvovala su i nacionalne centralne banke država koje nisu pristupile monetarnoj uniji, što Ugovor o funkcionisanju EU (čl. 282) menja, s obzirom na to da vođenje monetarne politike prepušta evrosistemu, kao novoj instituciji, u čijem radu pored evropske centralne banke (eCB), učestvuju i nacionalne centralne banke država čija je moneta evro.<sup>1</sup> za razliku od monetarnog sistema, gde je ostvaren značajan nivo monetarne integracije (jedinствена valuta, pravni subjektivitet evropske centralne banke i njena nezavisnost u obavljanju poverenih funkcija i dr.), ostali elementi institucionalne infrastrukture, važni za funkcionisanje ekonomske i monetarne unije, ostali su nedovršeni. to, svakako, važi za fiskalni sistem EU, koji od osnivanja eMU odlikuje siromašna struktura (skroman budžet Unije u odnosu na budžete država članica, zatim, nikada do kraja realizovan zahtev za harmonizaciju poreskih sistema, kao i nepostojanje adekvatnog mehanizma za koordinaciju budžetskih politika država članica). Od svih elemenata neophodnih za funkcionisanje ekonomske i monetarne unije, do izbijanja globalne finansijske krize, primarno i sekundarno zakonodavstvo Unije jedino je sadržalo fiskalna pravila, koja su postavljala ograničenja u vođenju nacionalnih fiskalnih politika država članica. Ugovor o funkcionisanju EU (kao i Protokol br. 12 o postupku koji se primenjuje u slučaju prekomernog deficita), odnosno Pakt o stabilnosti i rastu<sup>2</sup> sadržali su ograničenja o visini deficita, odnosno postupku koji se primenjuje u slučaju kada se država članica suoči sa prekomernim budžetskim deficitom.

Povoljna ekonomska klima tokom prve decenije funkcionisanja evrozona prikrila je strukturalne slabosti evropske monetarne unije, ali i nesavršenost usvojenih institucionalnih rešenja, pre svega onih koja se odnose na fiskalnu disciplinu. One postaju vidljive sa izbijanjem globalne ekonomske krize, koja je razotkrila sve slabosti fiskalnog upravljanja u evropskoj ekonomskoj i monetarnoj uniji i ponovo pokrenula debatu o kreiranju odgovarajućih fiskalnih aranžmana za EU. Pod uticajem globalne finansijske krize, tokom 2011. godine pokrenut je proces izmene i dopune fiskalnih okvira eMU, što je rezultiralo usvajanjem pet uredbi i jedne direktive (tzv. paket šest mera), koje,

1 Lisabonski ugovor obu hvata: Ugovor o funkcionisanju evropske unije (*Treaty on the Functioning of the European Union TFEU*) i Ugovor o evropskoj uniji (*Treaty on European Union – TEU*) *Official Journal of the European Union (O. J.)*, od 9. 5. 2008. godine.

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.

pored toga što reformišu Pakt o stabilnosti i rastu, uvode nove instrumente za sprečavanje poremećaja i očuvanje finansijske, odnosno ukupne ekonomske stabilnosti.<sup>3</sup> U nedostatku konsenzusa potrebnog za izmenu primarnog zakonodavstva, fiskalni okviri eMU nadograđeni su fiskalnim sporazumom, međunarodnim ugovorom potpisanim 2012. godine između država članica Unije (Sporazum o stabilizaciji, koordinaciji i upravljanju u ekonomskoj i monetarnoj uniji; u daljem tekstu fiskalni sporazum).<sup>4</sup> Glavni razlog za potpisivanje ovog međunarodnog dokumenta je obavezivanje država članica da će u nacionalno zakonodavstvo inkorporirati odredbe koje će osigurati poštovanje jednog od osnovnih načela eMU predviđenog čl. 119, st. 3 Ugovora o funkcionisanju EU, a koje se odnosi na očuvanje zdravih javnih finansija. najzad, za reformu fiskalnih okvira eMU važne su i dve Uredbe evropskog parlamenta i Saveta EU iz 2013. godine, kojima se unapređuju mehanizmi ekonomskog upravljanja u Uniji i stvaraju uslovi za nadzor nad budžetskom politikom država članica kojima preti opasnost ili se suočavaju sa ekonomskim teškoćama koje mogu da ugroze njihovu finansijsku stabilnost.<sup>5</sup>

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 Sporazum o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju u ekonomskoj i monetarnoj uniji, potpisan od strane 25 država članica EU (sve države članice osim velike Britanije i Češke), stupio je na snagu 1. januara 2013. Glavni ciljevi ovog sporazuma su: povećanje budžetske discipline, jačanje mehanizma za koordinaciju ekonomske politike država članica i unapređenje sistema ekonomskog upravljanja u Uniji.

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.

Glavna pouka krize sa kojom se suočila eMU je da na stabilnost monetarne unije veliki uticaj ima fiskalna nedisciplina i da je, do dovršetka izgradnje ekonomske i monetarne unije, izuzetno važno osigurati poštovanje nadnacionalnih fiskalnih pravila. U uslovima kada institucionalna rešenja prepuštaju kontrolu nad javnim finansijama državama članicama, od dosledne primene fiskalnih pravila se očekuje da fiskalnu politiku država članica (pre svega, budžetski deficit i javni dug) drže u granicama postavljenim numeričkim pravilima i na taj način očuvaju makroekonomsku stabilnost i održivost javnih finansija. reformisani fiskalni okviri Unije obuhvataju složen sistem nadzora i *ex post* kontrole, koji podrazumeva, pored preventivnih, primenu i korektivnih mera prema fiskalno nedisciplinovanim državama članicama. Ključni segment fiskalnih okvira Unije predstavljaju fiskalna pravila, koja obuhvataju tri grupe pravila. Prvu grupu čine numerička pravila o visini deficita i javnog duga, definisana primarnim i sekundarnim zakonodavstvom. Pakt o stabilnosti i rastu predviđa sledeće fiskalne kriterijume: 3% za odnos između predviđenog ili ostvarenog budžetskog deficita i unutrašnjeg bruto proizvoda merenog tržišnim cenama, odnosno 60% za odnos između javnog duga i unutrašnjeg bruto proizvoda merenog tržišnim cenama. U slu čaju da javni dug pređe utvrđenu granicu, država članica je u obavezi da realizuje cilj smanjenja duga iznad praga od 60%, i to za 1/20 godišnje u naredne tri godine. Za razliku od izmenjenog Pakta o stabilnosti i rastu, koji je utvrđivao obavezu država članica da izbegavaju prekomerne deficite, fiskalni sporazum ide korak dalje (čl. 3, st 1), budući da od država članica zahteva inkorporiranje u domaće zakonodavstvo zlatnog budžetskog pravila (budžetska ravnoteža, odnosno budžetski suficit, kao i uvođenja pravila “kočnice duga”). izuzetno, usvojeno budžetsko pravilo dozvoljava mogućnost postojanja strukturalnog budžetskog deficita koji ne može biti veći od 0,5% za države kod kojih je udeo duga u odnosu na unutrašnji bruto proizvod veći od 60%, odnosno 1% za države čiji je udeo duga ispod referentne vrednosti. Drugu grupu čine pravila o kretanju javnih rashoda, a odnose se na postavljanje ograničenja u pogledu godišnjeg povećanja javnih rashoda na stopu koja ne prelazi referentnu srednjoročnu stopu potencijalnog rasta bruto domaćeg proizvoda. i, najzad, treća grupa obuhvata pravila koja se odnose na primenu klauzule izuzeća od primene usvojenog pravila (članom 3, st. 3 fiskalnog sporazuma predviđeno je privremeno odstupanje od pravila uravnoteženog budžeta ukoliko nastupe neočekivane okolnosti, koje sporazum definiše “kao neuobičajene događaje izvan kontrole država potpisnica”). na sličan način izlaznu klauzulu definiše i gore pomenuta Uredba (EU) br. 1175/2011 u čl. 2 a-b,

dajući mogućnost privremenog odstupanja od programa prilagođavanja prema srednjoročnom budžetskom cilju u periodima pada privrednog rasta u evrozoni ili Uniji u celini; zatim, pravila o pojačanom budžetskom nadzoru (države članice eMU koje se suočavaju sa ozbiljnom finansijskom nestabilnošću, koje nisu u stanju da osiguraju održivost javnih finansija, odnosno koje traže ili primaju finansijsku pomoć); odnosno, pravila o primeni sankcija prema državama koje ne primenjuju preporuke Saveta EU.

Sastavni deo reformisanih fiskalnih okvira Unije predstavljaju i pravila o evropskom semestru, čime se omogućuje simultano praćenje programa ekonomske politike država članica i olakšava koordinacija ekonomskih politika država članica, odnosno sprovođenje strateških dokumenata evropske unije (Dimitrijević, 2014: 792). Mada posvećuje pažnju i drugim ciljevima ekonomske politike (zaposlenost i rast), ipak fokus evropskog semestra je na sprečavanju i otklanjanju makroekonomskih neravnoteža. kao instrument koordinacije, evropski semestar obuhvat više faza unutar kojih se odvija proces ujednačavanja postupka izveštavanja, nadzora i evaluacije tih politika i ima izuzetan značaj za očuvanje fiskalne discipline država članica.

### **3. Uloga Evropskog fiskalnog odbora**

Reforma fiskalnih pravila EU predstavlja samo jedan od koraka koji moraju da budu preduzeti da bi se dovršio započeti proces formiranja ekonomske i monetarne unije na nivou evropodručja (obuhvata 19 od 28 država članica Unije) iskristalisalo se stanovište da do 2025. godine kompletiranje eMU podrazumeva, pored monetarne unije, stvaranje finansijske (bankarske) unije, fiskalne unije i na kraju političke unije (Juncker, Tusk, Dijsselbloem, Draghi, Schulz, 2015: 5). i dok je proces izgradnje bankarske unije uveliko započeo (jedinствeni supervizijski i sanacioni mehanizam), napredak ka fiskalnoj uniji, zbog nepostojanja političke volje, znatno je sporiji. Iz toga razloga, do okončanja ovog procesa, odnosno postizanja konsenzusa među državama članicama Unije o fiskalnoj integraciji, ekonomska i monetarna unija je prinuđena da funkcioniše u postojećim institucionalnim okvirima, što je čini jedinstvenim slučajem u kome se u vođenju ekonomske politike kombinuje centralizovana monetarna politika sa decentralizacijom svih ostalih segmenata ekonomske politike, posebno fiskalne politike (Bordo, Jonung, Markiewicz, 2013: 450). U tom smislu, od reformisanih fiskalnih pravila očekuje se da budu uspešna u ograničavanju akcija subjekata fiskalne politike koje vode povećanju budžetskog deficita, odnosno

prekomernom rastu javnog duga. S druge strane, iako nameću kvantitativna i/ili kvalitativna ograničenja, od fiskalnih pravila se očekuje i određen stepen fleksibilnosti kako bi se ostavio dovoljan prostor za prilagođavanja stabilizacione politike.

Mera uspešnosti na pravilima zasnovne fiskalne politike je transparentnost i odgovornost u radu nosilaca fiskalne politike. neprimenjivanje ovih načela od strane izvršne vlasti vodi radnjama koje su motivisane željom da se ostvari kratkoročna politička korist, a koje dovode do kršenja fiskalnih pravila. Prema tome, samo postojanje fiskalnih pravila ne znači i garanciju njihove primene, posebno ukoliko je reč o vladi kod koje je jako izražena sklonost ka deficitu i koja je spremna da naruši fiskalnu ravnotežu elastičnom interpretacijom postavljenih pravila, ili pak njihovo svesno zaobilazanje, radnjama poput: kreativnog računovodstva, definisanja ciljeva fiskalne politike na bazi nereálnih projekcija stopa privrednog rasta, zanemarivanja obima kvazifiskalne potrošnje i sl. nedostaci izolovane primene fiskalnih pravila mogu da budu izbegnuti stvaranjem celovitog sistema fiskalne odgovornosti, pri čemu posebna uloga pripada nezavisnim fiskalnim telima, koja su komplementarna sa vođenjem fiskalne politike zasnovane na pravilima. nakon globalne finansijske krize svedoci smo reafirmacije značaja fiskalne odgovornosti, što je, između ostalog, praćeno ubrzanim formiranjem fiskalnih institucija (saveta ili odbora), kao organa koji nadgledaju i procenjuju stanje javnih finansija, odnosno sprovode nadzor nad primenom fiskalnih pravila (anđelković, 2014: 164). fiskalni problemi sa kojima su se suočile zemlje članice eMU inicirali su promene nacionalnog fiskalnog zakonodavstva, koje, između ostalog, predviđaju i stvaranje nezavisnih fiskalnih saveta. i pored toga što najčešće imaju samo savetodavnu ulogu, nezavisne fiskalne institucije, zahvaljujući kredibilitetu i reputaciji, u prilici su da značajno utiču na disciplinu i odgovornost fiskalnih vlasti. funkcije fiskalnih saveta su brojne i obuhvataju: a) nezavisnu i stručnu *ex post* ocenu o poštovanju fiskalnih pravila i uspešnosti fiskalne politike; b) *ex ante* evaluaciju izvesnosti ostvarivanja ciljeva fiskalne politike; v) analizu dugoročne održivosti ravnoteže javnih finansija i optimalnosti fiskalne politike; g) upoznavanje javnosti sa izveštajima, ocenama i mišljenjima, čime povećavaju stepen transparentnosti i odgovornosti u radu nosilaca fiskalne politike (Calmfors, Wren-Lewis, 2011: 663). Ostvarivanjem svojih nadležnosti, fiskalni savet može značajno uticati na koncipiranje i vođenje fiskalne politike. vlada suočena sa mogućnošću da fiskalni savet negativno oceni njenu fiskalnu

politiku svakako će nastojati da postupa fiskalno odgovornije. Ovaj podsticaj ka očuvanju fiskalne discipline je još i vidljiviji ukoliko imamo u vidu da nezavisne fiskalne institucije, svojom procenom efekata buduće fiskalne politike i analizom dugoročnih kretanja u oblasti javnih finansija, mogu da prinude i fiskalne subjekte na odgovarajuće korekcije i prilagođavanja.

Potreba uspostavljanja nezavisnih fiskalnih institucija u evropskoj uniji prvi put je eksplicite iskazana čl. 3 fiskalnog sporazuma, kojim se države potpisnice obavezuju da domaćim zakonodavstvom uspostave nezavisna fiskalna tela koja će vršiti nadzor nad poštovanjem nacionalnih fiskalnih pravila. Sledeći korak predstavlja izveštaj petorice (Junker et al. 2015: 14), po kome evropske fiskalne okvire, do uspostavljanja fiskalne unije, treba osnažiti osnivanjem evropskog fiskalnog odbora (European Fiscal Board – EFB). konačno, nadnacionalni fiskalni odbori, kao savetodavno telo koje pomaže realizaciji funkcija evropske komisije u okviru multilateralnog nadzora, oformljen je Odlukom komisije (EU) 2015/1937 od 21. oktobra 2015.<sup>6</sup> zadaci evropskog fiskalnog odbora su brojni i obu hvataju: evaluaciju implementacije fiskalnih okvira Unije (horizontalne konzistentnosti odluka i budžetskog nadzora), kao i slu čajeva posebno teških vidova kršenja pravila i primerenosti smera fiskalne politike u evrozoni, odnosno nacionalnom nivou; zatim, davanje mišljenja komisiji o konceptu fiskalne politike koji treba da se primeni, odnosno usklađenosti fiskalnih politika država članica sa smerom fiskalne politike koji je primeren za evrozonu u celini, odnosno predlaganje mogućih politika koje su na raspolaganju u okviru Pakta o stabilnosti i rastu u slučaju identifikovanja rizika koji ugrožavaju funkcionisanje ekonomske i monetarne unije; i, najzad, EFB ima obavezu saradnje sa nacionalnim fiskalnim savetima. Ovako definisana uloga fiskalnog odbora, prema mišljenju pojedinih autora, može da dovede do potencijalnog konflikta ciljeva (Claeys, Darvas, Leandro, 2016: 170). naime, EFB, na temelju ekonomske analize i mišljenja, preporučuje poželjno dejstvo fiskalne politike i to, kako na nacionalnom, tako i na nivou evrozone u celini. Ova funkcija definisanja smera fiskalne politike je mnogo šira, budući da obuhvata i ciljeve koji se tiču makroekonomske stabilnosti, što može biti u konfliktu sa funkcijom nadzora koja se isklju čivo odnosi na poštovanje i kontrolu primene Pakta o stabilnosti i rastu. Ostvarivanje prve funkcije može biti interpretirano kao diskreciono upravljanje

---

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.

potražnjom, dok ova druga funkcija više ima operativni karakter, i podrazumeva predlaganje mera kojima bi se sprečilo prekoračenje granica postavljenih fiskalnim pravilima i obezbedila dugoročna fiskalna održivost. U tom smislu, za izbegavanje potencijalnog *trade-off*-a između cilja dugoročne održivosti javnih finansija i kratkoročnih stabilizacionih ciljeva, neophodno je jasno definisanje koji od ciljeva za fiskalni odbor imaju prioritetan značaj.

Osnovni smisao evropskog fiskalnog odbora je da evropskoj komisiji pruži nepristrasnu ekspertizu poštovanja fiskalnih pravila Unije, a u cilju očuvanja fiskalne discipline i promovisanja načela zdravih javnih finansija u evrozoni i nacionalnim okvirima, odnosno povećanja transparentnosti i odgovornosti u radu političkih subjekata. Svojim delovanjem ovaj savet treba da olakša fiskalno upravljanje u evropskoj monetarnoj uniji, posebno u uslovima kada ne postoji saglasnost za prenošenje fiskalnog suvereniteta, a postoji potreba za nekim oblikom fiskalnog jedinstva, odnosno koordinacijom fiskalnih politika država članica.

#### **4. Pravni status Evropskog fiskalnog odbora**

U evropskoj uniji svaka država članica zadržava fiskalni suverenitet, što znači da se poštovanje pravila definisanih evropskim fiskalnim okvirima može osigurati samo koordinacijom nacionalnih fiskalnih politika i njihovim prilagođavanjem zahtevima održivih javnih finansija. to, međutim, nije lako realizovati, posebno ukoliko se ima u vidu da među državama članicama postoje političke razlike u shvatanju značaja fiskalne discipline. Ovo naročito važi za zemlje koje su suočene sa nepovoljnim makroekonomskim uslovima i koje, vrlo često, ograničenja postavljena evropskim fiskalnim pravilima vide kao smetnju u ostvarivanju drugih ciljeva ekonomske politike (na primer, povećanju stopa privrednog rasta, odnosno zaposlenosti). U takvim uslovima, funkcionisanje na pravilima zasnovanih fiskalnih okvira podrazumeva multilateralni nadzor nad nacionalnim fiskalnim politikama, što prema zakonodavstvu EU predstavlja nadležnost evropske komisije (čl. 121, 126 i 136 Ugovora o funkcionisanju EU). U obavljanju ovih poslova značajnu ulogu ima evropski fiskalni odbor, kao savetodavno telo komisije.

kao i u slu čaju nacionalnih fiskalnih saveta, zakonodavstvo Unije predviđa da se pravni status evropskog fiskalnog odbora zasniva na principu nezavisnosti (čl. 4 Odluke komisije (EU) 2015/1937). Ovakav

položaj omogućava fiskalnom odboru da nezavisno razmatra fiskalno stanje država članica i evrozone i daje procene rizika prekoračenja granica postavljenih fiskalnim pravilima. evropski fiskalni odbor formiran je po uzoru na model tzv. nove generacije fiskalnih saveta, čija je ključna odlika nezavisnost u odnosu na izvršnu i zakonodavnu vlast. razlog insistiranja na ovakvom pravnom statusu treba tražiti u tome što generacija fiskalnih saveta formiranih nakon izbijanja globalne finansijske krize nije u tako kratkom periodu mogla da stekne reputaciju kompetentnih i nezavisnih tela kao što je to slučaj sa fiskalnim savetima koji imaju dugu tradiciju (Beetsma, Debrun, Fang, Kim, Lledo, Mbaye, Zhang, 2019: 57).

nezavisnost fiskalnih saveta procenjuje se na osnovu više elemenata. Prvi podrazumeva tzv. institucionalnu nezavisnost, koja podrazumeva zabranu uticaja institucija i političkih činilaca Unije na "čuvara" fiskalne discipline. to znači da evropski fiskalni odbor u svom radu "ne sme tražiti niti primati uputstva od institucija ili tela Unije, bilo koje vlade država članica ili bilo kog drugog javnog ili privatnog tela" (čl. 4 Odluke EU). U istom članu definisana je i tzv. operativna nezavisnost, koja garantuje nezavisnost ove fiskalne institucije u obavljanju poverenih zadataka. evropski fiskalni odbor uživa punu nezavisnost kada nadzire poštovanje fiskalnih pravila, daje ocene smera fiskalne politike država članica i sugestije o programu fiskalne konsolidacije država suočenih sa budžetskom neravnotežom, vrši procenu fiskalnih rizika i daje mišljenje o realizaciji fiskalnih ciljeva u datom makroekonomskom okruženju. Po svom položaju, evropski fiskalni odbor predstavlja supranacionalno telo koje ne poseduje stvarnu fiskalnu vlast, već predstavlja telo koje ima tzv. meku moć – što znači da njegove odluke ne obavezuju fiskalne institucije država članica, niti pak institucije Unije. Specifičnost evropskog fiskalnog odbora je da svoje analize i izveštaje ne upućuje državama članicama, već to čini preko evropske komisije, koja je odgovorna za multilateralni fiskalni nadzor i primenu fiskalnih pravila. Prema tome, EFB nije formalni učesnik budžetskog procesa, njegova uloga je da svojim analizama, procenama i savetima doprinese konstruktivnom dijalogu nacionalnih fiskalnih institucija, vlada država članica i komisije o opštim posledicama budžetskih politika, i to kako na nacionalnom tako i na nivou evrozone, a u cilju postizanja saglasnosti o smeru fiskalne politike u Uniji i primeni pravila utvrđenih Paktom o stabilnosti i rastu.



Pored već pomenutih indikatora, za procenu stepena nezavisnosti neke institucije relevantan je sastav i način izbora njenih članova. Osnovni zahtev je da, prilikom određivanja sastava Odbora, profesionalnost i kompetentnost budu glavni kriterijumi, a ne političke preferencije. tokom vremena, zahvaljujući kompetentnosti svojih članova, fiskalni savet kreira reputaciju kontrolora fiskalne discipline, koji ne vodi računa samo o poštovanju fiskalnih pravila, već deluje kao svojevrsna protivteža kratkoročnim interesima političkih aktera, uspostavljanjem politički neutralnog i objektivnog dugoročnog nadzora nad fiskalnim politikama država članica (Asatryan, Heinemann, 2018: 11). U nastojanju da ispuni navedene zahteve u pogledu sastava evropskog fiskalnog odbora, evropsko zakonodavstvo predviđa dosta složen postupak imenovanja njegovih članova. Prema čl. 3, st. 2 Odluke komisije (EU) 2015/1937, članovi EFB imenuju se iz redova "međunarodno priznatih i kompetentnih stručnjaka u oblasti makroekonomije i javnih finansija, koji poseduju iskustvo relevantno za fiskalnu politiku i budžetsko upravljanje". komisija imenuje predsednika Odbora, a kad su u pitanju ostali članovi, u postupak imenovanja uključeni su i drugi organi i tela EU, čija je nadležnost bitna za funkcionisanje ekonomske i monetarne unije. U tom smislu, jednog člana Odbora komisija imenuje na predlog predsednika i uz savetovanje sa potpredsednikom komisije nadležnim za evro i socijalni dijalog i Poverenikom za ekonomske i finansijske poslove, oporezivanje i carinu, a ostala tri člana imenuje nakon konsultacija sa nacionalnim fiskalnim savetima, evropskom centralnom bankom i radnim sastavom evrogrupe. Članovi evropskog fiskalnog odbora imenuju se na period od tri godine, uz mogućnost jednog obnavljanja mandata. Dužina mandata odstupa od perioda na koji se biraju članovi komisije (pet godina), odnosno od prakse nacionalnih fiskalnih saveta i to može da predstavlja ograničenje u izgradnji reputacije nezavisnog čuvara fiskalne discipline.

najzad, za ocenu položaja jedne institucije u odnosu na druge organe i tela relevantan je i zahtev da institucija raspolaže dovoljnim resursima, odnosno da organizacino bude odvojena od izvršne vlasti (Tomić, Jovančić, 2012: 31). ključni faktor nezavisnosti bilo koje institucije je budžetska nezavisnost. za centralne banke ovaj zahtev je relativno lako ostvariti s obzirom na to da one svojim poslovanjem ostvaruju značajnu emisionu dobit (*seignorage*). Međutim, kada su u pitanju sredstva kojima raspolaže fiskalni odbor, neophodno je da ona budu garantovana pravnim propisima, čime bi se isključila mogućnost da izvršna vlast pravo na određivanje visine sredstava iskoristi kao polugu uticaja.

Sa stanovišta finansiranja, evropski fiskalni odbor zavisi od komisije, budući da se prema čl. 3, st. 6 Odluke o osnivanju EFB sredstva za naknadu troškova ostvaruju u skladu sa odredbama "koje su na snazi u komisiji". U organizacionom smislu, fiskalni odbor funkcioniše kao telo odvojeno od komisije, što nije slu čaj sa sekretarijatom Odbora, koji je iz administrativnih razloga pripojen Glavnom sekretarijatu (čl. 3, st. 7). Dominantan položaj komisije u odnosu na fiskalni odbor dodatno je ojačan Odlukom komisije (EU) br. 2016/221, koja eksplicite predviđa da komisija, nakon konsultacija sa predsednikom EFB, imenuje načelnika sekretarijata.<sup>7</sup> za razliku od centralne banke koja je nezavisna u koncipiranju i vođenju monetarne politike, evropski fiskalni odbor ne može samostalno da odlučuje o fiskalnoj politici. Moć fiskalnog saveta ogleda se u tome što prezentiranjem svojih analiza i projekcija utiče na komisiju i, na taj način, posredno doprinosi primeni fiskalnih pravila i koordinaciji nacionalnih fiskalnih politika. fiskalni odbor je u poziciji da, svojim izveštajima o efektima fiskalne politike koju namerava da vodi vlada, blagovremeno ukaže na eventualne posledice, i eventualno preporuči druge mere koje će biti fiskalno odgovornije. zbog toga je za ostvarivanje uloge EFB izuzetno važna transparentnost u radu, čime bi se druga tela i institucije, pa i javnost blagovremeno upoznali sa njegovim aktivnostima. Međutim, Odluka o osnivanju fiskalog odbora ne poklanja dovoljno pažnje transparentnosti u radu. Umesto utvrđivanja obaveze redovnog obaveštavanja o radu fiskalne institucije, Odluka (čl. 6) predviđa samo obavezu objavljivanja godišnjih izveštaja, sa kratkim informacijama o savetima i evaluacijama koji su dostavljeni komisiji.

Analiza pravnog statusa EFB pokazuje da, u poređenju sa nacionalnim fiskalnim savetima, ova fiskalna institucija spada u grupu tzv. slabih fiskalnih saveta (Asatryan et al. 2018: 167). i pored formalne nezavisnosti, garantovane zakonodavstvom Unije, način na koji je definisan pravni položaj Odbora u odnosu na komisiju dovodi u pitanje stvarnu nezavisnost ove institucije. to se, pre svega odnosi na pravo komisije da odlučuje o imenovanju članova Odbora i eventualnom ponavljanju mandata, finansiranju i opskrbljivanju drugim resursima nužnim za ostvarivanje poverenih zadataka, kao i načinu utvrđivanja odgovornosti članova ovog tela. važan nedostatak u statusu predstavlja i način na koji je uređena odgovornost fiskalnog odbora. evropski fiskalni odbor nema direktnih veza sa ostalim institucijama Unije,

---

<sup>7</sup> Commission Decision (EU) 2016/221 of 12 Februar y 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

već isključivo odgovara komisiji na nedostatke u regulisanju pitanja odgovornosti ukazano je i u rezoluciji evropskog parlamenta, koja eksplicite ukazuje na potrebu da Odbor za svoj rad odgovara i evropskom parlamentu.<sup>8</sup> Polazeći od ovih nedostataka u pravnom statusu, pojedini autori evropski fiskalni odbor i ne određuju kao nezavisnu instituciju, već samo kao interno savetodavno telo komisije (Claeys, et al 2016: 16). U narednom periodu EMU predstoji dogradnja evropskih fiskalnih okvira, čiji važan segment predstavljaju koraci u pravcu povećanja nezavisnosti ove institucije. za jačanje položaja EFB izuzetno je važno da se primene principi koji važe za nacionalne fiskalne savete, odnosno da isti standardi nezavisnosti koji su primenjeni na nacionalnom nivou važe i za evropski fiskalni odbor. naravno, kod dogradnje evropskih fiskalnih okvira treba imati u vidu i da se položaj evropske fiskalne institucije bitno razlikuje od nacionalnih fiskalnih saveta. za razliku od nacionalnih fiskalnih saveta, evropski fiskalni odbor nije upućen na budžet EU ili na nadzor nad učesnicima budžetskog procesa. Njegov mandat je da savetuje komisiju, čija je obaveza da obezbedi primenu evropskih fiskalnih okvira i nije nadležan za sprovođenje pravila i primenu sankcija u slučaju nepoštovanja fiskalnih pravila, niti je direktno uključen u proces budžetskog odlučivanja, i to kako na nacionalnom tako i na evropskom nivou. Ono što otežava ulogu evropskog fiskalnog odbora je to što ovo telo ima mnogo kompleksniji zadatak u odnosu na nacionalne fiskalne savete – treba da obezbedi nepristrasnu ocenu fiskalnih politika država čiji se fiskalni sistemi razlikuju. Pored toga, treba da deluje kao nadnacionalno savetodavno telo, što je znatno izazovnije nego u slučaju nacionalnih fiskalnih saveta. Sama činjenica da je veliki broj zemalja pod lupom evropskog fiskalnog odbora (mnogo širi mandat nego bilo koji fiskalni odbor), nužno nameće značajno uvećanje resursa kojima će raspolagati. Unapređenje statusa EFB i njegovo pozicioniranje kao nezavisne, kredibilne institucije svakako može da doprinese efikasnoj primeni evropskih fiskalnih pravila i boljoj koordinaciji nacionalnih fiskalnih politika. Meka moć kojom raspolaže ne mora nužno da predstavlja ograničavajući faktor u ostvarivanju propisane uloge, posebno ukoliko se poveća nivo transparentosti ovog tela. redovnim objavljivanjem analiza i izveštaja Odbor na posredan način utiče na povećanje fiskalne discipline u evrozoni, pre svega uticajem na javno mnjenje, ukazivanjem na postupke država članica koje odstupaju od fiskalnih pravila i upozoravanjem javnosti na posledice najavljenih fiskalnih politika. time se povećava pritisak na nacionalnu izvršnu

---

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.

vlast da transparentnije i odgovornije upravlja javnim finansijama. Jačanje kredibiliteta evropskog fiskalnog odbora povećava troškove kršenja fiskalnih pravila i utiče na reputaciju političara, i na taj način omogućava ovoj instituciji da u evropskim fiskalnim okvirima deluje kao disciplinirajuća snaga.

## 5. Zaključak

institucionalni okviri ekonomske i monetarne unije nisu do kraja konstituisani. Usled nepostojanja političkog konsenzusa, monetarno ujedinjenje EU utemeljeno je na jedinstvenoj monetarnoj i decentralizovanoj fiskalnoj politici. Ovakav pristup ima brojne slabosti, a svakako je najveća ta da se stabilnost unutar monetarne unije ne može obezbediti bez fiskalne discipline država članica. fiskalna nedisciplina ugrožava ne samo stabilnost cena, već i ukupnu finansijsku stabilnost s obzirom na to da se negativni efekti neodgovorne fiskalne politike određene države prelivaju i na ostale države članice. iskustvo je pokazalo da je za funkcionisanje ekonomske i monetarne unije neophodna dalja dogradnja institucionalnih okvira. važan korak, učinjen reformom fiskalnih okvira, nakon globalne finansijske krize, poslužio je kao osnova za formiranje evropskog fiskalnog odbora, kao nadnacionalne institucije koja svojim savetima pomaže evropskoj komisiji u ostvarivanju funkcije nadzora nad primenom fiskalnih pravila i koordinacije nacionalnih fiskalnih politika. Mada formalno nezavisan, pravni status EFB značajno odstupa od statusa nacionalnih fiskalnih saveta (posebno u pogledu načina donošenja odluke o imenovanju članova Odbora i eventualnom ponavljanju mandata, finansiranju i opskrbljivanju drugim resursima nužnim za ostvarivanje poverenih zadataka, kao i načinu utvrđivanja odgovornosti članova Odbora), što ga svodi na status običnog savetodavnog tela komisije. to nameće potrebu dalje dogradnje fiskalnih okvira ekonomske i monetarne unije i, posebno, jačanje položaja evropskog fiskalnog odbora u odnosu na evropsku komisiju. krajnji rezultat treba da bude formiranje nezavisne, kredibilne institucije koja, i pored toga što nema fiskalnu vlast nad državama članicama, može da utiče na njihovu spremnost da vode fiskalnu politiku u skladu sa pravilima postavljenim evropskim fiskalnim okvirima.

## Literatura/References

- anđelković, M. (2014). fiskalni saveti kao mehanizam uspostavljanja fiskalne discipline, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 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.
- Dimitrijević, M. (2014). institucionalni okviri novog ekonomskog upravljanja u evropskoj uniji (evropski semestar). *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 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).
- Tomić, 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.

**Dr Marina Dimitrijević,\***  
Redovni profesor Pravnog fakulteta  
Univerzitet u Nišu

originalni naučni rad  
doi:10.5937/zrpfni1984

UDK: 336.228.34  
343.359.2

Rad primljen: 01.10.2019.  
Rad prihvaćen: 31.10.2019.

## **DIZAJNIRANJE DELOTVORNE POLITIKE SPREČAVANJA PORESKE EVAZIJE\*\***

**Apstrakt:** Porezi su „utkani“ u svakodnevnicu poreskih obveznika. Ovi važni instrumenti finansiranja javnih potreba odražavaju, na sebi svojstven način, odnose u socioekonomskom i političkom biću jednog društva. Stalno prisutna pojava u vidu izbegavanja plaćanja poreza (poreska evazija) uslovljava manja ili veća odstupanja između planiranih i realizovanih efekata u procesu oporezivanja. Kako se implementacija poreskog sistema prvenstveno posmatra kroz prizmu ostvarenja javnog interesa u fiskalnoj sferi, odnosno obezbeđenja neophodnog iznosa finansijskih sredstava za funkcionisanje javnog sektora, problematika dizajniranja delotvorne antievazione politike, koja je predmet razmatranja u ovom radu, ne izlazi iz fokusa interesovanja poreske vlasti. Cilj rada je da ukaže na potrebu primene različitih pristupa u sprečavanju poreske evazije, imajuću u vidu raznolikost njenih uzroka, pojava oblika i promenljive stavove i ponašanje poreskih obveznika u vezi sa ispunjavanjem poreskih obaveza. Aktivnostima i merama preduzetim u nameri stalnog unapređenja ovih pristupa posvećena je posebna pažnja u radu. U okolnostima njihovog izostanka u savremenim uslovima, teško je ostvarivo dostizanje društveno- prihvatljivog nivoa ispunjavanja poreskih obaveza, kao i očuvanje autoriteta poreske legislative.

**Ključne reči:** javne finansije, porezi, poreski sistem, ispunjavanje poreskih obaveza, poreska evazija, politika sprečavanja evazije poreza (antievaziona politika).

---

\* marina@prafak.ni.ac.rs

\*\* Rad je rezultat istraživanja na projektu „zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“ (br. 179046), koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja republike Srbije.

\*\* Rad je izložen u vidu usmenog saopštenja na Međunarodnoj naučnoj konferenciji „Pravo i multidisciplinarnost“, koja je održana 12–13. aprila 2019. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u nišu.

## 1. Uvod

Nesmetano odvijanje finansijske delatnosti države fundamentalni je uslov uspešnog funkcionisanja javnog sektora i života društva. Za podmirivanje brojnih javnih potreba neophodan je ogroman iznos finansijskih sredstava koja se, najvećim delom, obezbeđuju posredstvom poreza. Poreze ustanovljava država na bazi svog fiskalnog suvereniteta.

tokom istorije, javljali su se raznovrsni oblici poreza, zastarele i prevaziđene su zamenjivali novi, prilagođavajući se dominantnim ekonomskim, političkim i socijalnim odnosima. verni pratilac poreza je evazija poreza, pojava izbegavanja njihovog plaćanja. S obzirom da je nametanje fiskalne volje države značajna aktivnost, nastojanja da se objasni i opravda oporezivanje kako bi bilo, prvenstveno dobrovoljno, prihvaćeno od strane obveznika (*voluntary tax compliance*), permanentno su prisutna. Ukoliko obveznici ne ispune svoje poreske obaveze (ne plate poreze) u zakonom propisanim rokovima, poreski organi imaju ovlašćenja da pokrenu postupak prinudne naplate poreza i prinudnim putem, primenom zakonom propisanih mera, obezbede ispunjavanje poreskih obaveza (*enforcement tax compliance*). Svoje u češće u snošenju tereta finansiranja javne potrošnje, na taj način, moraju da prihvate i poreski obveznici koji nisu iskazali svoju poresku lojalnost. Uz to, evaziono poresko ponašanje je povod za sankcionisanje od strane državne vlasti. U principu, izuzetno je bitno da institucionalni okvir u sferi oporezivanja bude tako formulisan da unapred ukazuje na višestruku korist od poštovanja poreskih zakona, u najvećoj mogućoj meri redukuje mogućnosti za neotkrivanje evazionih poreskih ponašanja i predviđa pravedno sankcionisanje poreskih delikata. Navedeno je garancija jačanja sistema javnih finansija a i same države.

Svestrano sagledavanje procesa oporezivanja, kao i efekata koje (ne)poštovanje poreskih zakona uslovljava, podrazumevaju primenu multidisciplinarnog pristupa u proučavanju odnosa fiskusa i poreskih obveznika. Uvažavajući tu činjenicu, dizajniranje (kreiranje) politike sprečavanja poreske evazije koja bi imala potencijal da bude delotvorna u primeni nužno zahteva posmatranje fenomena (ne)prihvatanja poreskih obaveza iz različitih teorijskih perspektiva, korišćenje multidisciplinarnih teorijskih znanja, ali i preduzimanje pažljivo odabranih i odmerenih aktivnosti i mera, diferenciranih prema tome šta uzrokuje evaziono postupanje, koji oblik poreske evazije se manifestuje i kakve stavove i ponašanje imaju poreski obveznici prema poštovanju regulative o porezima. U ambijentu nestalih društveno- ekonomskih i političkih kretanja, to je vrlo zahtevan zadatak.



Multidisciplinarna teorijska znanja o „svetu“ percipiranja poreza od strane poreskih obveznika obiluju svojom raznovrsnošću. rad ima za cilj da ukaže na mogućnosti njihove upotrebe prilikom modeliranja pristupa, pogodnih za sprečavanje poreske evazije. aktivnosti i mere u vidu kojih se oni ispoljavaju nesporno utiču na shvatanje obveznika o tome da li je potrebno uredno (disciplinovano) ispunjavati poreske obaveze. U početnom delu rada dat je osvrt na multidisciplinarna teorijska izučavanja fenomena poreske evazije. nastavak rada donosi detaljnu analizu i ocenu modela ponašanja poreskih obveznika (ekonomski, psihološki i sociološki model poreske evazije). tematika primene multidisciplinarnih teorijskih znanja, kao smernica za dizajniranje delotvorne politike sprečavanja poreske evazije, obrađena je u završnom delu rada.

## **2. Multidisciplinarna teorijska izučavanja fenomena poreske evazije**

Praktična realizacija poreskog sistema ispoljava se preko niza efekata u raznim područjima društveno-ekonomskog života u određenoj zemlji. ti efekti su kompleksni i mogu biti očekivani ili ne, planirani ili neplanirani (slučajni), primarni ili sekundarni. Osobnost oporezivanja danas, u odnosu na neke ranije vremenske periode, pokazuje se preko jasno ispoljenih težnji da se pojedinim poreskim oblicima konkretnije odrede važnost i uloga u poreskoj strukturi. U tom smislu, vrlo je bitno kakvi se efekti njihovom primenom ostvaruju u sferi obezbeđenja sredstava za finansiranje javnih potreba (finansijski – fiskalni efekti), ali i u domenu ekstrasfiskalnih efekata povezanih sa tom primenom (ekonomski, sociopolitički, psihološki efekti). isto se odnosi i na poreski sistem u celini. nije preporučljivo da se željeni fiskalni radman ostvari po svaku cenu, a da se zanemare ostali efekti oporezivanja. Njihovo neuvažavanje može ozbiljno da osujeti i ugrozi fiskalne planove države. Pritom, neizostavna je obaveza države i da vodi računa o održavanju ekonomske baze oporezivanja.

Po prirodi stvari, razgranati efekti oporezivanja usloveli su potrebu multidisciplinarnog izučavanja fenomena (ne)prihvatanja poreza od strane poreskih obveznika. imajući u vidu visok stepen aktuelnosti teme poreske evazije, neophodno je prepoznati, fundamentalne po svom uticaju, činioce koji određuju da li će poreski obveznici krenuti evazionim putem poreskog ponašanja ili ne. to se nameće kao naročito potrebno pre otpočinjanja poslova dizajniranja politike sprečavanja poreske evazije, koja bi trebalo da bude delotvorna u svom dejstvu.

značajan iskorak u pogledu razvoja teorijskih modela poreske evazije, odnosno modela objašnjenja ponašanja poreskih obveznika, napravljen je u prethodnih pola veka (anđelković, 2018: 166–169). U savremenoj ekonomskoj, psihološkoj i sociološkoj literaturi moguće je pronaći pojašnjenja činilaca evazionog poreskog ponašanja. Potpunije razumevanje fenomena poreske evazije, mišljenja smo, podrazumeva sumaran pogled na te činioce. nesporno je, uostalom, da se administriranje poreskim sistemom stalno suočava sa izazovima koji proizilaze iz ekonomskog i sociopsihološkog „bića“ društva iz koga poreski obveznici i potiču. Njihovo dobro poznavanje je preduslov da se na te izazove adekvatno odgovori tj. poreska evazija svede na što manju meru. time se štite državni budžet i javne (državne) finansije.

### **2.1. Ekonomski model poreske evazije**

Prva sistematizovana uobličavanja teorijskih razmišljanja o ponašanjima poreskih obveznika pronalaze se u ekonomskoj literaturi. na osnovu ekonomskog modela kažnjavanja za nedozvoljena ponašanja (krivična dela) koji je oformio *Gary Becker*, standardni ekonomski model poreske evazije razvili su, 1972. godine, *Michael Allingham* i *Agnar Sandmo*. Prema ovom modelu, poreski obveznici, vršeći svojevrsnu *cost-benefit* analizu potencijalnih poreskih ponašanja, donose svoje odluke, zasnivajući ih na ekonomskoj računici (Reckers, Sanders, Roark, 1994: 826). racionalnost pri odlučivanju proizilazi iz nastojanja poreskih obveznika da ostvare najveću moguću korist upoređujući troškove i koristi (benefite), koji mogu da nastanu ukoliko oni ne ispune svoje poreske obaveze (Raskolnikov, 2009: 694). Potencijalno, troškovi kojima poreski obveznici mogu da budu izloženi usled nepoštovanja poreske regulative uslovljeni su stepenom verovatnoće otkrivanja takvog ponašanja, propisanim poreskim sankcijama i njihovom efektivnom primenom, kao i sklonošću obveznika da preuzmu rizik. U okolnostima kada poreski obveznici procenjuju da su troškovi poreske evazije niži od očekivanih koristi, izostaje podsticaj da oni poštuju poreske zakone (Keyser Wentworth, Urso Rickel, 1985: 457–458; James, 2005: 44; Hasseldine, 2005: 145). Poreski obveznici se tada mogu opredeliti za tzv. racionalno poresko nepošteno postupanje.

Ekonomski model poreske evazije je, na prvi pogled, uverljiv u svojoj jednostavnosti. Međutim, on nije dovoljno realan. naime, treba ukazati da nijedna poreska administracija, za sada, nema takav kapacitet da stalno kontroliše sve poreske obveznike pod svojom ingerencijom i otkrije sva njihova evazona ponašanja. najčešće se ova činjenica, od strane nekih poreskih obveznika, umešno i „uključuje“ u ekonomsku računicu prilikom

opredeljivanja za poresko evaziono ponašanje. takođe, vrlo je važna i strogost poreskih sankcija i njihova dosledna primena u slučajevima otkrivanja poreskih delikata. U suprotnom, izostaje efekat odvraćanja i zastrašivanja obveznika od nesavesnog poreskog ponašanja.

U ekonomskom modelu poreske evazije, neretko se ističe i uticaj poreskih stopa i njihovog povećanja na odluku koju u pogledu plaćanja poreza donose poreski obveznici. empirijska istraživanja uglavnom potvrđuju logično postavljenu hipotezu da povećanje poreskih stopa nepovoljno utiče na ispunjavanje poreskih obaveza, odnosno smanjuje nivo poreske saglasnosti. Uz to, u atmosferi postojanja niskog poverenja u relaciji poreski organi – poreski obveznici, visoka poreska stopa se obično razume kao dodatna potvrda neadekvatnog tretmana poreskih obveznika i negativno utiče na uvažavanje poreskih zakona. Ukoliko je poverenje u pomenutoj relaciji visoko, povećana poreska stopa i njeno prihvatanje kroz plaćanje većih poreza shvataju se kao akt društvene solidarnosti i doprinos društvenom razvoju, tj. ne odražavaju se negativno na poštovanje poreskih zakona (Kirchler, Hoelzl, Wahl: 214–216).

U ukupnoj poreskoj populaciji u svakoj državi uvek postoji deo poreskih obveznika koji uredno ispunjavaju svoje poreske obaveze, nezavisno od okolnosti da mogu biti podvrgnuti poreskoj kontroli ili izloženi sankcijama za poreske delikte. *Cost-benefit* analiza potencijalnih poreskih ponašanja, moguće poreske kontrole i poreske sankcije ne opredeljuju ključno njihovu odluku u pogledu toga da li će se povinovati poreskim obavezama. Pokretači poreskog poštenja kod ovih obveznika nalaze se izvan ekonomske računice. na toj su osnovi razvijeni psihološki i sociološki (bihejvioralni) modeli poreske evazije.

## **2.2. Psihološki model poreske evazije**

Porezi uvek deluju, sa različitim intenzitetom, na preduzimanje aktivnosti u ličnom i poslovnom životu obveznika poreza. Psihološki model poreske evazije pažnju usmerava na psihološke faktore vezane za ličnost poreskih obveznika, kao i na okruženje u kome oni žive i privređuju. U psihološkoj literaturi se, konkretnije finansijskoj psihologiji, ukazuje da okolina stalno utiče na psihi poreskih obveznika i oblikovanje njihovih unutrašnjih stavova. tako motivi, želje, interesi, verovanja, sistemi vrednosti determinišu poreska ponašanja. takav pristup u objašnjenju prihvatanja poreza formalizovan je kroz koncept poreskog morala. Pored spoljnih reakcija poreskih obveznika, dakle, potrebno je uvažavati i njihovu unutrašnju motivacionu strukturu

(unutrašnju procenu), s obzirom da ona bitno određuje ponašanje u vezi sa ispunjavanjem poreskih obaveza (Torgler, Murphy, 2004: 300). U poreskom moralu se zbirno reflektuju lični (subjektivni) motivi obveznika i njegov ekonomski i društveni položaj i status.

Oporezivanje u principu dovodi do određenih, najčešće, negativnih psiholoških reakcija obveznika. Poreske obaveze se uglavnom doživljavaju kao teret koji umanjuje obveznikovu ekonomsku snagu. U ovom se kontekstu nameće kao potrebno pojednostavljenje poreske regulative, da bi se lakše razumela i obaveze koje propisuje prihvatile. nepostojanost, nejasnost i složenost regulative o porezima jačaju uverenje obveznika o arbitrarnom, nerazumljivom i neumerenom „neprijateljskom“ poreskom teretu, a mogu pogodovati i pojavi korupcije (ilić Popov, Popović, 2014: 20). time se formira prostor za stvarno ispoljavanje psiholoških tenzija između fiskusa i poreskih obveznika koje su, u uobičajenim stabilnim okolnostima, latentne. Poreski obveznik će psihološki poreski teret smatrati prihvatljivim i podnošljivim ukoliko taj teret znači umereno poresko opterećenje.

Psihološki model objašnjenja ponašanja poreskih obveznika, već je pomenuto, prepoznatljiv je po afirmaciji koncepta poreskog morala. Poreski moral predstavlja društvenu i ekonomsku spremnost poreskih obveznika da, u skladu sa poreskim zakonima, redovno i u celini plaćaju poreze, odnosno savesno ispunjavaju poreske obaveze prema državi (fiskusu), kao poreskom poveriocu (lovčević, 1997: 77). reč je, svakako, o normama ponašanja u vezi sa oporezivanjem koje određuju koja je vrsta tog ponašanja korisna (prihvatljiva), a koja štetna sa društvenog stanovišta (Jelčić, Lončarić Horvat, Šimović, Arbitina, Mijatović, 2008: 214).

Multidimenzionalni pojam poreskog morala nalazi se pod uticajem većeg broja faktora – kulturoloških (socioekonomske karakteristike, religija, grupni identitet), institucionalnih (demokratska participacija, stepen decentralizacije, poverenje u institucije) i političko-administrativnih (postupanje poreskih organa, strategija naplate poreza, struktura poreskog sistema i dr.) (Arsić, Randjelović, 2017: 306). Pozitivna korelacija poreskog morala i patriotizma, na individualnom i na kolektivnom planu, vrlo je zanimljiva. Patriotizam se, između ostalog, izražava i plaćanjem poreza (Lavoie, 2011: 51). izraženi patriotizam pretpostavka je višeg nivoa poreskog morala. Odgovarajućom vladinom politikom i adekvatnim sistemom obrazovanja može se povoljno uticati na patriotizam i poreski moral, kao osećanja unutrašnje prirode (Konrad, Qari, 2009: 26).

Dugogodišnja kvalitetna poreska politika najčešće rezultira zavidnim nivoom poreskog morala, kao pokazateljem „zdravlja“ društva i osećaja zajedništva. veze koje spajaju pojedince sa društvom (državom) nisu samo čisto racionalne već su i moralne prirode.

### ***2.3. Sociološki model poreske evazije***

Sociološki model poreske evazije svoje uporište ima u nepoštovanju društvene norme savesnog ispunjavanja poreskih obaveza. Društvena (poreska) norma predstavlja obrazac ponašanja koji većina procenjuje na sličan način u jednom društvu i čiji ga članovi nekada, u zavisnosti od datih okolnosti, podržavaju a nekada ne (anđelković, 2018: 168). Poželjno je da porezi budu prihvatljivi prema društvenim standardima, a kultura plaćanja poreza (poreska kultura) rasprostranjena.

Kultura plaćanja poreza je značajan aspekt političke kulture. neplaćanje poreza potkopava osnove političkog sistema, čime se poreska evazija povezuje sa ustavom propisanom obavezom da svako treba da plaća porez prema svojoj ekonomskoj snazi. Plaćanje poreza je javna dužnost, odnosno obaveza regulisana odgovarajućim poreskim propisima. Njena realizacija, u svakom pojedinačnom slučaju, predstavlja finalizaciju javno-finansijske aktivnosti države. neophodno je da ispunjavanje poreskih obaveza, faktička implementacija poreskog sistema i ubrani poreski prihodi imaju legitimitet u vidu podrške većine biračkog tela. Poreski revolti su znak krize takvog legitimiteta (Radaelli, 2005: 90). eventualno prisustvo rasprostranjene prakse neplaćanja poreza može se tretirati, u konkretnom društvenom ambijentu, kao rezultat nepostojanja političke volje da se ona suzbije.

Poštovanje društvene norme savesnog (urednog) ispunjavanja poreskih obaveza utiče na unutrašnju motivisanost u pogledu pozitivne ili negativne ocene poreske evazije. neki poreski obveznici spremni su da plaćaju poreze zahvaljujući efektu ugledanja i kooperativnosti (Traxler, 2010: 89), odnosno nepostojanju poreske diskriminacije u populaciji poreskih obveznika. Svakako, socijalna diferencijacija, socijalne nejednakosti, zaoštreni socijalno-politički odnosi, proizašli iz poreskih prevara koje država toleriše, znaju da budu vrlo vidljivi. Oporezivanje, da bi bilo opšteprihvaćeno i pozitivno se odrazilo na poštovanje društvene norme savesnog ispunjavanja poreskih obaveza, mora biti ravnomerno i pravično raspoređeno na pripadnike svih društvenih slojeva (Frecknall Hughes, Moizer, 2005: 125; Hasseldine, 2005:143). Njegovu primenu treba da odlikuje univerzalnost,

transparentnost i neselektivnost a okviru unutar kojih se vrši raspodela poreskog tereta u društvu pravilno postavljeni.

Pravično oporezivanje, učešće svih poreskih obveznika u finansiranju javne potrošnje, nepostojanje sumnje u politiku koju vodi vlada i njen kredibilitet, poverenje u sistem pravosuđa, svrsihodno trošenje državnog novca prilikom obezbeđenja javnih dobara i javnih usluga, kvalitetno društveno upravljanje pogodno utiču na mentalitet i svest, tj. moral populacije poreskih obveznika (Torgler, 2011: 33; Lederman, 2003: 1461). Sledstveno tome, stid i krivica zbog poreskog nemoralnog ponašanja, iako neformalni u svojoj biti, puno puta mogu predstavljati efektivna sredstva u sprečavanju poreske evazije (Wenzel, 2007: 33).

Učtiva komunikacija poreske vlasti sa poštenim poreskim obveznicima doprinosi promovisanju poreske lojalnosti. Uvažavanje čestitog poreskog ponašanja se tako, u vidu važne poruke, prenosi poreskom javnom mnjenju (Dimitrijević, 2014: 98). Usvojena društvena norma savesnog ispunjavanja poreskih obaveza tako postaje moćna u domenu antievazione politike.

### **3. Multidisciplinarna teorijska znanja kao smernice dizajniranja delotvorne antievazione politike**

Mnoštvo činilaca, kako je u prethodnom delu teksta i objašnjeno, utiče na odluku poreskih obveznika da li će poštovati poresku legislativu i, shodno tome, svojim postupanjem ići putem poreske (ne)regularnosti. Multidisciplinarna teorijska znanja o fenomenu poreske evazije, kao vrlo sadržajna, mogu kreatorima antievazione politike značajno pomoći prilikom odabira i preduzimanja potrebnih aktivnosti i mera u ovom domenu (Gangl, Hofman, Kirchler, 2015: 19).

U savremenoj poreskoj državi afirmiše se, prilično glasno, ideja da je plaćanje poreza društvena odgovornost u saglasju sa dobrim građanstvom. kada je reč o poreskim obveznicima pravnim licima (korporacijama) i njihovim poreskim obavezama propagira se tzv. korporativna poreska odgovornost.

Stavovi poreskih obveznika prema poštovanju poreskog zakonodavstva određuju moguća poreska ponašanja. Ona povratno utiču na oblikovanje državne politike koja se tiče poreske evazije. Njome treba uticati na poresko ponašanje obveznika na način da se što više umanje gubici sredstava za finansiranje javnih potreba, nastali usled evazije poreza (Bejaković, 2011: 100).

Poreska funkcija države ne može se efikasno i racionalno ostvarivati samo tradicionalnim (uglavnom represivnim) aktivnostima i merama, preduzetim u svrhu obezbeđivanja povinovnja obveznika porezima. Složeno moderno doba zahteva stalna inoviranja i poboljšanja i u ovoj sferi državnog delovanja. Poreska administracija je, stoga, vremenom i evoluirala u snažnu instituciju, dobro organizovanu i sa širokim nadležnostima u oblasti primene i kontrole primene poreskih propisa. Uz nju se i drugi subjekti u društvu uklju čuju u proces preduzimanja aktivnosti i mera u pravcu suzbijanja pojavljivanja poreske evazije (npr. mediji, obrazovne institucije i sl.) kako bi se to postiglo, poreskim obveznicima je prvenstveno potrebno pružiti sigurnost da će svi biti podvrgnuti pravičnom i razumnom (prihvatljivom) poreskom tretmanu. Sa stanovišta pravnog sistema kao celine, oni i imaju pravo da očekuju takav tretman, kao i pravo da pretpostave da će implementacija poreske regulative biti pravična i nepristrasna (anđelković, 1999: 119). Bitno je da se preduprede uzajamna osećanja netrpeljivosti poreskih organa i obveznika poreza, kao tradicionalno suprotstavljenih strana, i stvori klima njihovog međusobnog uvažavanja, razumevanja i kooperacije u poreskom postupku. kooperativni poreskopравни odnosi u funkciji su razvoja poreskog morala i sprečavanja evazije poreza.

Potencijalni stavovi (ponašanja) poreskih obveznika prema ispunjavanju poreskih obaveza su sledeći: nespремnost da se ispunjavaju poreske obaveze; nepostojanje želje da se ispunjavaju poreske obaveze, ali bi ona postojala ukoliko se na ponašanja poreskih obveznika obrati pažnja; pokušaji da se ispune poreske obaveze ali ne uvek uspešni; spremnost da se dobrovoljno ispunjavaju poreske obaveze (Vellutini, 2011:17).

na osnovu multidisciplinarnih teorijskih znanja o činiocima koji opredeljuju poresku ne(saglasnost) i ispoljenih stavova i „formi“ poreskih ponašanja formulišu se pristupi u sprečavanju poreske evazije u obliku niza aktivnosti i mera. Mišljenja smo da različiti stavovi, kao i ponašanja poreskih obveznika u vezi sa ispunjavanjem poreskih obaveza, zahtevaju „iznijansirano“ (diferencirano) postupanje poreskih organa. Olakšavanje ispunjavanja poreskih obaveza i pružanje odgovarajuće pomoći u poreskom postupku zaslužuju odgovorni, savesni i pošteni poreski obveznici. Poreske obveznike koji su neodgovorni, nesavesni i nepošteni treba zastrašiti otkrivanjem poreske nelojalnosti i punom primenom propisanih poreskih sankcija. kako se stavovi obveznika prema porezima tokom vremena menjaju (nisu postojani), kombinacija u čtivog postupanja poreskih organa (*the respectful approach*) prema poreskim obveznicima i postupanja koje u svom fokusu ima zastrašivanje

obveznika i sankcionisanje raznih vidova poreske neloyalnosti (*the deterrence approach*) dosta je zastupljena. veština je otkriti skladnu kombinaciju preventivnih i represivnih aktivnosti i mera, koje u konkretnoj poreskoj zbilji mogu da ostvare najbolje efekte. nesumnjivo je za to potreban niz preduslova poput: dobro organizovanih, opremljenih i profesionalnih poreskih organa; razvijene „mreže“ poreskih usluga namenjenih obveznicima (postojanje servisa za poreske obveznike); pogodnih administrativnih procesa; odgovarajuće kulture postupanja poreskih organa; poreske edukacije obveznika; niza opštih i posebnih antievazionih aktivnosti i mera. Politika sprečavanja poreske evazije, da bi bila delotvorna, zahteva primenu spektra aktivnosti i mera koje su dobile potvrdu u praksi kao pogodne za zaštitu fiskalnog interesa države, ali i implementaciju inoviranih aktivnosti i mera sa potencijalom da dodatno doprinesu povećanju kvaliteta administriranja poreskim sistemom. Sve te aktivnosti i mere treba primenjivati planski i kontinuirano sa usmerenjem na razvijanje afirmativnog stava prema ispunjavanju poreskih obaveza, kao i usmerenjem ka otklanjanju uzroka štetne pojave kakva je poreska evazija.

#### **4. Zaključak**

Evazija poreza je ograničavajući faktor normalnog odvijanja finansijskih tokova u konkretnoj zemlji i ozbiljna pretnja za integritet njenog sistema oporezivanja. Činioci koji utiču na pojavljivanje i veličinu poreske evazije prvenstveno su ekonomske prirode. Međutim, prilično su izražene, uz ove činioce, i sociopsihološke konsideracije u vezi sa samom ličnošću poreskih obveznika.

Svođenje evazije poreza u tolerantne okvire podrazumeva kvalitetno razumevanje fenomena nepovinovanja obveznika porezima u svoj njegovoj kompleksnosti, kao i preduzimanje brojnih delotvornih aktivnosti i mera antievazione politike. U aktuelnim uslovima, težište postupanja poreske vlasti nalazi se u pokušajima „pomirenja“ interesa države, koja ustanovljava i uvodi poreze, i interesa poreskih obveznika, koji te poreze plaćaju. takođe, fokus rada poreskih organa se pomera sa strogih i dugih poreskih kontrola i sankcionisanja nesavesnih poreskih obveznika, ka prevenciji nepoštenog poreskog ponašanja. namera je da subjekti u poreskom postupku konstantno postupaju u dobroj veri (*bona fides*) i da preventivne aktivnosti i mere antievazione politike dobiju prioritet u poređenju sa represivnim. navedeno predstavlja kvalitativno novu dimenziju u poreskim odnosima i u oblasti vođenja politike sprečavanja



poreske evazije. Pronalazak što prihvatljivijeg odgovora na pitanje zašto se porezi plaćaju, odnosno za koje namene se troše naplaćeni poreski prihodi, treba usmeriti na demistifikaciju poreske oblasti, stvaranje pozitivne klime za uspešno funkcionisanje poreskog sistema i ublažavanje negativnog stava i nezadovoljstva koje obveznici, najčešće, prema porezima imaju i osećaju. Da li će poreski obveznici u svojoj poreskoj državi moći da vide državu koja sa njima „sarađuje“ (kooperativna poreska država), umesto države sklone da se „sukobljava“ (konfrontirajuća poreska država), potvrdiće ili opovrgnuti sigurno godine koje dolaze.

### **Literatura/ References**

Anđelković, M. (2018). *Javne finansije i finansijsko pravo*. niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta.

Anđelković, M. (1999). *Poresko pravo*. niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta.

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.

ilić Popov, G., Popović, D. (2014). Poreska struktura i korupcija. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 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.
- lovčević, J. (1997). *Institucije javnih finansija*. Beograd: Službeni list SrJ.
- 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., Loeprick, 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

originalni naučni rad  
doi:10.5937/zrpfni1984

UDK: 342.33:342.5(497.11)  
Rad primljen: 14.11.2019.  
Rad prihvaćen: 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 20<sup>th</sup> 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 20<sup>th</sup> 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 20<sup>th</sup> 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).<sup>1</sup> 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 20<sup>th</sup> 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.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup>

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.<sup>6</sup> 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).<sup>7</sup> 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,<sup>8</sup> 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,<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup> The author of this paper is inclined to believe that this is a sort of semi-presidential system in the formal sense,<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup> 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, independent

---

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 Milošević’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.

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 countries<sup>13</sup> 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.

**Dr Irena Pejić,**

Redovni profesor Pravnog fakulteta,

Univerzitet u Nišu

## **USTAVNA RACIONALIZACIJA PODELE VLASTI - NA PRIMERU SRBIJE**

### **Rezime**

*Uprkos tome što je promenio svoju izvornu idejnu i političku komponentu, princip podele vlasti ostao je fundamentalni princip moderne ustavne države mada ima mišljenja da je ovaj princip „ostario“. Nakon sloma realsocijalizma u Evropi veliki broj bivših socijalističkih zemalja doneo je nove ustave kojima je uspostavljen sistem organizacije vlasti zasnovan na podeli vlasti kao temeljnom principu pravne države. Brojne akademske rasprave, koje su usledile u kratkom vremenskom intervalu do donošenja novih konstitutivnih akata, bile su usmerene pretežno na ocenu „efekata“ parlamentarnog sistema. Međutim, najveći broj novih ustava opredelio se za treći model, tj. polupredsednički tip koji je u procesu demokratizacije postsocijalističkih zemalja razvijao svoje osobenosti paralelno sa procesom parlamentarizacije. Ima mišljenja da je polupredsednički sistem u kombinaciji sa proporcionalnim izborima u novim sistemima bio dobar kompromis između „novih i starih“ političkih elita.*

*Razmatrajući kratku ustavnu istoriju Srbije od donošenja građanskog ustava Republike 1990. godine, a potom i Ustava prve samostalne Republike 2006. godine, moglo bi se reći da je država prošla kroz nekoliko faza. U relativno kratkom razdoblju dobili smo dva ustavna formata i nekoliko političkih transformacija u sistemu podele vlasti što se odrazilo na relnu poziciju šefa države koji je od početka bio profilisan kao „plebiscitarni predsednik“. Dakle, u ustavnom aranžmanu podele vlasti učinjena je značajna racionalizacija parlamentarizma u korist egzekutive, što je nastalo kao posledica niza društvenih, političkih, ekonomskih i socijalnih zahteva, uprkos odsustvu iskustva sa savremenom formom podele vlasti.*

*Pitanje pred kojim se sada nalazimo jeste: da li je potrebno menjati ustavni okvir organizacije vlasti koji bi vratio klatno u okvire ravnoteže parlamentarizma jačanjem vlade i njenog predsednika u funkciji „političkog vođe“ egzekutive ili treba očuvati formalni okvir koji i nadalje pruža mogućnosti za političku alternaciju „moći“ unutar izvršne vlasti između predsednika Republike i predsednika Vlade. S obzirom da su oba modela*

*profilisanja funkcije šefa države, „parlamentarni“ i „plebiscitarni predsednik“, našla svoje utemeljenje u evropskim ustavima, plediranje za jedan od njih trebalo bi zasnovati na argumentaciji o institucionalnoj snazi i potrebi stabilnosti ustavne vlasti. Politička realnost u Srbiji je takva da se do sada nisu mogli jasno utvrditi institucionalni, već samo personalni nosioci vlasti. Tako je institucionalna pozicija Narodne skupštine u velikoj meri zavisila od članova i predsednika Vlade ili od neposredno izabranog šefa države, uz otvorenu opasnost personalizacije vlasti i prerastanja u “ustavnu diktaturu”. Otuda je vazno razmisljati o uspostavljanju jakog narodnog predstavništva u liku Narodne skupštine, što može biti učinjeno najpre kroz njenu “bikameralizaciju” i uvođenje doma za “drugo mišljenje”, a potom i kroz instrumente za njeno funkcionalno jačanje (preko snaženja oblika neposredne demokratije, uspostavljanja tzv. opozicionih dana i jačanjem individualne pozicije narodnih predstavnika). Dakle, uz zadržavanje forme “plebiscitarnog predsednika” neophodno je uneti bikameralnu strukturu parlamenta, koja bi mogla da stabilizuje odnose kako unutar legislative, tako i u odnosu prema egzekutivi.*

**Ključne reči:** Ustav Republike Srbije, Vlada, Narodna skupština, Predsednik Republike, polupredsednički sistem, podela vlasti.

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

originalni naučni rad  
doi:10.5937/zrpfni1984

UDK: 339.5:341.232  
Rad primljen: 24.09.2019.  
Rad prihvaćen: 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.<sup>1</sup> In the non-linear systems, collective actions on individual parts generate results which are difficult to predict.<sup>2</sup>

---

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.<sup>3</sup> 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 unit *y* 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.<sup>4</sup>

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.<sup>5</sup>

### **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.<sup>6</sup>

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).<sup>7</sup> 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

---

<sup>7</sup> 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 IFIL" (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.<sup>8</sup> 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.



**Dr Predrag Cvetković,**  
Redovni profesor,  
Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu

## **PRAVO KAO KOMPLEKSNI ADAPTIVNI SISTEM: PUT KA SAMOODRŽIVOSTI PRAVNOG OKVIRA**

### **Rezime**

*Teorija kompleksnih adaptivnih sistema bavi se strukturom i funkcionisanje kompleksnih fenomena. Kompleksni sistemi su ne-linearni u kontekstu posledica: rezultati interakcija između elemenata takvog sistema nisu prost zbir njihovih vrednosti. Posmatrano kao kompleksni sistem, pravo karakteriše funkcionisanje u binarnom modu: određeni fakt je protivpravan ili je pravno valjan. Upravo se jedinstvo pravnog sistema zasniva se na sledećoj premisi: sve interakcije unutar pravnog sistema sagledavaju se kroz prizmu protivpravnosti ili saglasnosti sa normom. Dalje, kompleksni adaptivni sistemi su autopoietični u smislu da su sposobni da se reprodukuju i održavaju međusobnim interakcijama. Kako i pravo kao sistem ima mogućnost da se reprodukuje iz sopstvenih elemenata, može opravdano da se okarakteriše kao autopoietični sistem; naime, sud o saglasnosti određene činjenice sa pravnom normom ne može da se obezbedi iz diskursa koji je vanpravn. U kontekstu međunarodnog prava, njegov razvoj je kompleksan proces u kome učestvuju različiti akteri sa nepodudarnim interesima. Međunarodno pravo ima dve karakteristike koje ga čine složenim sistemom u kontekstu teorije kompleksnih adaptivnih sistema. Prvo, pravila međunarodnog prava nisu linearna i skalabilna u primeni. Drugo, različite nezavisne komponente međunarodnog prava indiciraju heterogenost njegovih aktera. U skladu sa napred navedenim, opravdano je da se zaključi da je međunarodno pravo decentralizovani sistem. Ilustrativni primer kompleksnog adaptivnog sistema iz korupsa međunarodnog prava je međunarodno pravo stranih investicija. Ono nije nastalo kao rezultat "krovne zamisli" već je nastalo kao rezultat ne-hijerarhijske interakcije između različitih elemenata (sporazumi, konvencije, međunarodne organizacije) bez vrhovnog autoriteta; dakle, decenentralizovano je. Drugo, kohezija unutar ovog sistema bazirana je na povezanosti koju obezbeđuju principi poput principa najpovlašćenije nacije. Stoga bolje razumevanje teorije kompleksnih adaptivnih sistema opravdava stav da u određenim situacijama fragmentirani i decentralizovani sistemi mogu dugoročno da budu efikasniji nego oni koji takve osobine nemaju.*

**Ključne reči:** teorija kompleksnih adaptivnih sistema, autopoietični sistem, međunarodno pravo stranih investicija.



**Jacek Jaśkiewicz, PhD**

*Assistant Professor,*

*Faculty of Administration and National Security,*

*The Jacob of Paradies University, in Gorzów Wielkopolski,*

*Republic of Poland*

originalni naučni rad

doi:10.5937/zrpfni1984

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

Rad primljen: 24.09.2019.

Rad prihvaćen: 17.10.2019.

## **EUROPEAN COHESION POLICY IN LIGHT OF LEON PETRAŻYCKI'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, Płeszka, 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., Płaszka 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 Petrażycki, 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](http://www.ucd.ie/t4cms/08_wish_paper_Oana_Stefan.pdf)

Timoshina, E.W. (timošina e. v.) (2018). filozofija prava l. i. Petrażyckogo: genezis postklassičeskogo pravoponimanija v rossijskom pravovedenii XX v. in: *Peterburgskaja Škola Filozofii Prava*. k 150-letiju so dnja roždenija L'va Petrażyckogo, eds. a. v. Poľakov, e. v. timošina, izdatel'stvo Sankt-Peterburgskogo Universiteta, Sankt Petersburg (pp. 26-50)

Timoshina, E.W. (timošina e. v.) (2018). Pravo kak spravedlivost': koncepcija intuitivnogo prava v škole l. i. Petrażyckogo in: *Peterburgskaja Škola Filozofii Prava*. K 150-letiju so dnja roždenija L'va Petrażyckogo, eds. a. v. Poľakov, e. v. timošina, izdatel'stvo Sankt- Peterburgskogo Universiteta, 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](https://www.jstor.org/stable/23944028?seq=1#page_scan_tab_contents)

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



**Dr Jacek Jaškiewicz,**

Docent,

Fakultet javne uprave i nacionalne bezbednosti,

Univerzitet Jakub od Paradiža, Gorzów Wielkopolski, Republika Poljska

## **EVROPSKA KOHEZIONA POLITIKA U SVETLU KONCEPTA PRAVNE POLITIKE LEONA PETRAŽICKOG**

### **Rezime**

Koncept pravne politike koji je zagovarao poznati teoretičar prava Leon Petražicki (Leon Petrażycki) na početku 20. veka, zasnovan na originalnim pretpostavkama autora, počiva na društvenim i ekonomsko-pravnim aktivnostima koje su usmerene ka postizanju opšteg društvenog prosperiteta. Pravna politika bila je striktno povezana sa idejom stvarnog prihvatanja zakona, koju autor shvata kao specifično socio-psihičko mentalno stanje, koje je potkrepljeno ličnim iskustvom i potvrđeno u društvenoj praksi. Petražicki je prvi teoretičar prava koji je jasno naglasio značaj višestrukih pravnih izvora i ekonomske prirode prava, kao i neophodnost da se pravnim sadržajima prepoznaju i priznaju različiti jezici i lokalne kulture. Ovaj koncept pravne politike, koji je daleko ispred vremena u kome je Petražicki živeo, sadrži mnoga konvergentna rešenja sa jednom od najvažnijih evropskih politika - kohezionom politikom EU. Ciljevi, pretpostavke i izvori evropske kohezivne politike, koja predstavlja tačku vezivanja između tradicionalno shvaćenog zakonodavstva, primene prava, i socijalne i ekonomske politike, iznenađujuće su slični programu koji je zastupao Leon Petražicki. Tema ovog rada je odnos između ove dve koncepcije.

**Ključne reči:** Leon Petražicki, koncept pravne politike, koheziona politika EU.



## **OSIGURANJE OD ODGOVORNOSTI ZA IMISIONU ŠTETU\*\***

**Apstrakt:** U radu se bavimo analizom rešenja iz čl. 156 Zakona o obligacionim odnosima Republike Srbije o ograničenju iznosa naknade za imisionu štetu kada ona nastane u obavljanju opštekorisne delatnosti za koju je dobijena dozvola nadležnog državnog organa. Plediramo za ukidanje posebnog zakonskog privilegisanja pojedinih kategorija imitenata i za mogućnost da se inhibiranje štetnikove korisne aktivnosti spreči pomoću instituta osiguranja od odgovornosti.

**Ključne reči:** imisiona šteta, ekološka šteta, osiguranje od odgovornosti za štetu.

### **1. Uvod**

Ovo istraživanje inspirisano je odredbom čl. 156, st. 3 ZOO-a<sup>1</sup>, o ograničenju iznosa naknade štete u situacijama kada imisije potiču od opštekorisne delatnosti za koju je dobijena dozvola nadležnog državnog organa. to rešenje najpre lišava suseda pogođenog imisionim uznemiravanjem i imisionom štetom mehanizama preventivne zaštite, a potom mu uskraćuje i naturalnu restituciju, primoravajući ga da, uz određenu naknadu trpi imisije. Ovo nalikuje "kupovini" društvenog razvoja po cenu trpljenja povreda građanskih subjektivnih prava koja, po sudijskoj oceni ravnoteže interesa, treba, u konkretnom slučaju, da uzmaknu pred društveno korisnim imitentom. U takvoj praksi, nije, makar i egzemplarno, precizirano koga treba smatrati vršiocem opštekorisne

\* milica@prafak.ni.ac.rs

\*\* rad je rezultat istraživanja na projektu «Usklađivanje prava Srbije sa pravom evropske unije», koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u nišu.

1 zakon o obligacionim odnosima republike Srbije. *Sl. list SFRJ*, 29/78, 39/85,45/89, 59/89, *Sl. list SRJ*, 31/93.

delatnosti. U nekadašnjem socijalističkom miljeu donošenja zOO-a, to su bila sva društvena pravna lica. na današnjem stepenu razvoja našeg pravnog sistema, neophodno je redefinisanje tih preživelih konstrukcija.

Stanovište kog se držimo u našem istraživanju je da pomenuto ograničenje treba ukinuti. Njegova primena dovodi do apsurdne situacije većeg vrednovanja nekih građanskih subjektivnih prava u odnosu na druga, istovrsna prava, pozivanjem na neodređene, široke, rastegljive (i upotrebljive) pojmove društvenog značaja i društvene korisnosti. Time dolazimo i do mogućeg grubog izvrtanja smisla načela ekološkog prava "zagađivač plaća", u smisao: "zagađujte, ali plaćajte", a to se ne može ni uz najveći trud uklopiti u navedene pojmove.

Međutim, ukoliko se pravilo o ograničenju iznosa naknade imisione štete ukine, i građanskom sudiji da potpuna sloboda da u ovoj oblasti odgovornosti izrekne meru imovinske sankcije koju smatra najprikladnijom i najefikasnijom, postoji opasnost od gušenja društveno korisnih, čak i neophodnih aktivnosti i, konsekventno, do suzbijanja svake preduzetničke inicijative.

Zbog toga, u radu plediramo za uvođenje specifičnog modela osiguranja od građanskopravne odgovornosti, koji bi bio usmeren na problem imisionih šteta, kao načina da se spreče pogubne posledice po delatnost imitenta.

Najpre ćemo analizovati pojam imisione štete. zatim ćemo se baviti problematikom građanskopravne odgovornosti za imisije i imisione štete. nakon toga, da bismo doprineli argumentaciji za plediranje u korist osiguranja od odgovornosti za imisione štete, ukazaćemo na pravce evolucije građansko-pravne odgovornosti, na pomeranje težišta sa krivice štetnika na samu činjenicu neophodnosti popravljanja te štete i na sve izraženije kretanje građansko-pravne odgovornosti u smeru prevencije.

Na kraju rada, kako nam osnovni motiv za istraživanje i u skladu sa njim odabrana tema nalaže, posvetićemo poglavlje osiguranju od odgovornosti za imisione štete.

## **2. Imisiona šteta**

iz različitih definicija pojma imisija zaključujemo da ovi uticaji mogu da se manifestuju kao uznemiravanje u vršenju određenih građanskih subjektivnih prava, a mogu da se izraze, i (naj)češće se izražavaju kroz materijalnu štetu.

imisije su materijalni uticaji koji se prostiru sa jedne nepokretnosti na susednu nepokretnost i utiču na korišćenje te nepokretnosti, uzrokovanjem materijalne štete na njoj, odnosno onemogućavanjem ili otežavanjem vršenja prava svojine i drugih građanskih subjektivnih prava na toj nepokretnosti, a posledica su određene ljudske aktivnosti koja se vrši na nepokretnosti (lazić, 2012: 118, lazarević, 2011: 444).

imisije su škodljivi uticaji jer se njihovo dejstvo sastoji u uznemiravanju ili onemogućavanju vršenja građanskih subjektivnih prava povodom nepokretnosti (imisiono uznemiravanje), i gotovo uvek je praćeno štetom (imisiona šteta) (vučković, 2019: 69).

U francuskom pravu, troubles de voisinage se definišu kao „štete uzrokovane susedu (bukom, dimom, neprijatnim mirisima, potresima itd.), koje se, ako premašuju uobičajene smetnje susedstva (les inconvenients ordinaires du voisinage), smatraju abnormalnim (anormaux) ili prekomernim i obavezuju izazivača da obešteti žrtvu, čak i kada je ta smetnja, odnosno šteta, inherentna određenoj zakonitoj aktivnosti, kao i kada se onome ko ju je prouzrokovao ne može pripisati u krivicu“ (Cornu, 2018: 1045).

Ove štete možemo nazvati imisionim štetama. Definišemo ih kao štete na nepokretnosti, štete nastale povredom prava na nepokretnostima i štete na ličnim dobrima, kao posledicu nedozvoljenih uticaja u susedskim odnosima. One su pratilac svakodnevnog, po određenim kriterijumima uobičajenog i dopuštenog korišćenja nepokretnosti. zbog prenatrženosti težnja da se građanskopravna imisiona zaštita apsorbuje od strane ekološkog prava i učini jednim aspektom zaštite životne sredine, neretko se, ako ne i redovno, imisiona šteta poistovećuje sa ekološkom štetom. Pojam ekološke štete je pojam koji je sve zastupljeniji u teorijskim istraživanjima, stručnim diskusijama, zakonodavstvu, sudskoj praksi i praksi osiguravajućih društava, koji možemo posmatrati kao pojam srodan pojmu imisione štete, ali bitno drugačiji od njega.

Ekološka šteta je posledica povrede životne sredine kao vrednosti po sebi, nezavisno od toga da li je istovremeno došlo do povrede nekog građanskog subjektivnog prava, odnosno privatnog interesa (Cvetić, 2014: 291 - 296). to je šteta kojom se “uništava ili oštećuje dobro na kom ne postoji privatnopravni interes koji bi se štitio pravilima građanskog prava” (karanikić Mirić, 2007: 465). Ona je, po pravilu, posledica radnji koje se ne mogu smatrati uobičajenim i svakodnevnim vršenjem svojinskih ovlašćenja, i to, kako na nepokretnim, tako i na pokretnim stvarima. Definiše se i kao “znatna izmena u elementima

ili funkcionisanju ekosistema, ili u kolektivnoj koristi koju čovek ima od životne sredine”<sup>2</sup>.

### 3. Građanskopravna odgovornost za imisije i imisione štete

Svi pravni sistemi obuhvaćeni istraživanjem (francusko, nemačko, švajcarsko, britansko, srpsko pravo) odlikuju se više ili manje razvijenom regulativom i mehanizmima građanskopravne zaštite od prekomernih imisija. Cilj ove zaštite je, prvenstveno, omogućavanje mirnog i pojedinačno i društveno isplativog korišćenja nepokretnosti. (Vučković, 2019: 118).

Građanskopravna zaštita od imisija u većini savremenih prava koncipirana je u duhu dominantne reparacije, sa sve izraženijim prisustvom i preventivnih mehanizama. elementi stvarnopravne i obligaciono- pravne zaštite od imisija kombinovani su da bi se u najboljoj mogućoj meri odgovorilo i zahtevima prevencije i zahtevima reparacije. Pri tom, negde dominiraju elementi jednog ili drugog modela, dok je drugde u isključivoj primeni stvarnopravna, odnosno obligacionopravna zaštita. Treba napomenuti da je i u onim pravima gde je prednost data stvarnopravnim instrumentima, njihovo delovanje često, ako ne i stalno, praćeno delovanjem obligacionopravnih sredstava zaštite od imisione štete (vučković, 2019: 118)<sup>3</sup>.

kada je reč o merama imovinske sankcije za povredu građanskih subjektivnih prava prekomernim imisijama, može se uočiti zajednička crta kod istraživanih prava. Uravnotežavanje privatnog i javnog interesa, kao i ekonomske sa ekološkom politikom, koje, po zamisli, predstavlja bitnu karakteristiku instituta građanskopravne zaštite od prekomernih imisija, prerasta u preterani intervencionizam opšteg i javnog interesa u oblasti ostvarivanja i zaštite građanskih subjektivnih prava.

U francuskom pravu, načelno, prvenstvo ima naturalna restitucija pred novčanom naknadom. ipak, smatra se da potpuna naturalna restitucija, čak i kada je nužna, nije moguća u slučajevima kada prekomerne imisije

---

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

3 U francuskoj i u zemljama van anglosaksonskog prava u primeni je obligacionopravna zaštita od prekomernih imisija. U švajcarskom građanskom pravu predviđene su posebne stvarnopravne tužbe, u nemačkom se primenjuju klasični stvarnopravni instrumenti petitorne i posesorne zaštite, dok je u Srbiji primenjena kombinacija stvarnopravnih i obligacionopravnih instrumenta zaštite od imisija. (vučković, 2019: 338-343).

potiču od delatnosti odobrene odlukom nadležnog državnog organa, zbog toga što bi se njenim nalaganjem povredio princip podele vlasti (vučković, 2019: 128 - 131).

U pravu švajcarske, u izricanju mera imovinske sankcije po susedskim tužbama, sudije nisu vezane imperativom zaštite pretežnog opšteg ili javnog interesa na strani imitenta, niti je ovaj imperativ relevantan u određivanju iznosa naknade za pretrpljenu imisionu štetu. intervencionizam opšteg i javnog interesa u oblasti građanskopravne zaštite od imisija u švajcarskom pravu je došao do izražaja kroz institut eksproprijacije susedskog prava (vučković, 2019: 154 - 160).

U nemačkom pravu, pogođeni sused može koristiti negatornu i državinske tužbe, osim ukoliko nije dužan da trpi imisije. Dužnost trpljenja (Duldungspflicht) postojaće kada imisije nisu prekomerne, kao i onda kada su prekomerne, ali je imitentu preduzimanje mera za njihovo svodenje na podnošljiv nivo veliki ekonomski teret. U ovom drugom slučaju, sused koji mora trpeti prekomerne imisije ima pravo na pravično novčano obeštećenje (angemessener Ausgleich im Geld), koje se matra naknadom za pretrpljenu žrtvu u opštem interesu. O visini naknade za pretrpljenu žrtvu odlučuje se, u načelu, po pravilima koja važe za utvrđivanje visine naknade za ekspropriisanu nepokretnost, tako da bi trebalo da bude relevantna tržišna vrednost nepokretnosti, međutim, u realnosti, naknada nikada ne odražava stvarnu vrednost nepokretnosti, već je, po pravilu, rezultat poređenja privatnog interesa sa opštim dobrom, i vlasnik, najčešće, dobija mnogo manji iznos od onog koji bi dobio da mu je nepokretnost bila ekspropriisana (vučković, 2019:173 - 175)<sup>4</sup>.

Mere imovinske sankcije u zaštiti od prekomernih imisija u anglo-meričkom pravu su zabrana obavljanja delatnosti od koje potiču imisije (injunction) i novčana naknada štete (damages). faktor koji opredeljuje odnos snaga između naturalne restitucije i novčane naknade štete je javni ili opšti interes, odnosno ekonomska snaga imitenta. Sudije angloameričkog pravnog podneblja imaju za nijansu više smelosti od svojih evropskokontinentalnih kolega da iskažu negativan stav o takvoj praksi (vučković, 2019: 202 - 205).

---

4 Ono što posebno pada u oči jeste da se građanskopravni zahtev za pretrpljenu žrtvu i granične vrednosti imisija, odnosno emisija, iz ekoloških propisa, predviđene BGB-om kao jedan od parametara prekomernosti, međusobno isključuju, a stoje zajedno u istom paragrafu. Primena ovog zahteva pokazuje da, čak i kada su imisije prekomerne po merilima graničnih vrednosti za emisije javnog prava, korisnik nepokretnosti će morati da ih toleriše uz pravično obeštećenje, ukoliko imitent ne može ekonomski da podnese mere za umanjene imisija.

### **3.1. Građanskopravna zaštita od imisija u srpskom pravu**

U pravu republike Srbije, u građanskopravnoj zaštiti od imisija primenjuju se odredbe zOSPO<sup>5</sup>-a, o negatornoj i državinskim tužbama, i odredbe čl. 156 zOO-a o zahtevu da se ukloni opasnost štete. na ovom mestu, nećemo se zadržavati na klasičnoj stvarnopravnoj zaštiti od imisija. Usredsredićemo se na zaštitu po čl. 156 zOO-a.

Odredbama ovog člana regulisana su četiri zahteva: 1) zahtev za uklanjanje izvora opasnosti, odnosno zahtev za uzdržavanje od delatnosti (čl. 156, st. 1 zOO), 2) zahtev za preduzimanje odgovarajućih mera u cilju sprečavanja nastupanja štete ili uznemiravanja (čl. 156, st. 2 zOO), 3) zahtev za naknadu štete koja prelazi normalne granice (čl. 156, st. 3 zOO) i 4) zahtev za preduzimanje društveno opravdanih mera za sprečavanje nastupanja štete ili za njeno smanjenje (čl. 156, st. 4 zOO).

U slučaju pretnje nastupanja znatnije imisione štete, može se, po čl. 156, st. 1, zahtevati uklanjanje izvora opasnosti štete, odnosno uzdržavanje od delatnosti od koje potiče imisiona uznemiravanje ili opasnost imisione štete, ukoliko se to uznemiravanje, odnosno šteta, ne može sprečiti odgovarajućim merama. zahtev, koji po logici stvari, treba da ide pre ovog zahteva, jeste zahtev da se preduzmu odgovarajuće mere za sprečavanje imisionog uznemiravanja i imisione štete.

Ukoliko imisiona uznemiravanje ili imisiona šteta potiču od opštekorisne delatnosti za koju je dobijena dozvola nadležnog državnog organa, ne može se zahtevati uklanjanje izvora opasnosti, niti prestanak obavljanja delatnosti. Može se zahtevati samo naknada štete koja prelazi normalne granice, kao i preduzimanje društveno opravdanih mera za sprečavanje štete ili njeno smanjenje. to je bitan nedostatak navedenih odredaba, koji neizostavno treba ukloniti. znatno umanjuje efikasnost ove zaštite, i to pred najvećim imitentima i zagađivačima životne sredine. U najvećem broju slučajeva, radiće se o delatnostima čije obavljanje podleže prethodnoj oceni rizika po životnu sredinu, koja je uslov za davanje dozvole za rad. na taj način su ovi imitenti zaštićeni samom činjenicom da imaju dozvolu za rad, a opšta korisnost se pretpostavlja, budući da većina delatnosti koje podležu oceni rizika jesu društveno korisne (npr. proizvodnja energije, ekstrakcija i prerada sirovina, upravljanje otpadom, ekstenzivno stočarstvo itd.) (vučković, 2019: 259 - 263).

---

5 zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa republike Srbije. *Sl. list SFRJ*, 6/80, 36/90, *Sl. list SRJ*, 29/96 i *Sl. glasnik RS*, 115/05 - dr. zakon.



Ovako zauzetom pozicijom znatno se ugrožava efikasnost građanskopravne imisione zaštite i onemogućava se puna realizacija njenog potencijala. On se ogleda u omogućavanju mirnog i pojedinačno i društveno isplativog korišćenja nepokretnosti, i kroz to, očuvanju i obnavljanju potencijala ove vrste stvari, kao jednog od najvažnijih resursa svakog društva. Ona formira zaštitni omotač oko privatnopravne sfere nepokretnosti i vrednosti prava svojine i njenog objekta, i to na specifičan način- mireći klasični apsolutizam stvarnih prava sa njihovom socijalnom funkcijom, obogaćenom novom-ekološkom dimenzijom. Istovremeno, njome se može postići pravična raspodela koristi i tereta u korišćenju različitih nepokretnosti, uz uvažavanje društvene vrednosti svakog pojedinog vida tog korišćenja, čak i bez nepotrebno i štetno glomaznog tereta opšteg i javnog interesa.

na ovu konstataciju može se nadovezati pitanje: na koji način se podjednako uvažava društvena vrednost svakog pojedinog vida korišćenja nepokretnosti, ako se imitentu nameće teret potpune naknade imisione štete i on dovodi u opasnost da potpuno obustavi svoju delatnost? traganje za odgovorom na to pitanje možemo započeti u priči o evoluciji građanskopravne odgovornosti.

#### **4. Evolucija građanskopravne odgovornosti**

Društvo se oduvek suprotstavlja narušavanju komutativne i distributivne pravde u privatnopravnim odnosima. evolucija odgovornosti se odvija od "radikalno subjektivnog pola", gde je naglasak na sankcionisanju štetnika, ka "objektivizaciji odgovornosti", gde je naglasak na položaju oštećenog i na njegovom obeštećenju (Thibierge, 1999: 564). Pravila o građanskopravnoj odgovornosti i o popravljanju štete su u tom evoluiranju bila modelovana najpre prema krivici štetnika. U rimskom pravu, odgovornost po osnovu krivice doživljava svoj procvat, a potom i burnu renesansu tokom XIX veka (Stojanović, 1992: 1182 - 1187). kauzalna odgovornost, koja je, činilo se, bila potpuno izbrisana sa istorijske pozornice sa razvijanjem rimskog prava, pojavljuje se ponovo, takođe u XIX veku, u novom obliku, sa novim teorijskim obrazloženjem. fokus je i dalje na štetniku, ali ne po principu da ko uzrokuje štetu odgovara za nju, bez obzira na neke druge činioce, već sada po principu «Qui casse les verres les paie»<sup>6</sup> (ko polomi čaše, plaća ih). to je princip sopstvene odgovornosti za rizik stvoren i održavan sopstvenom korisnom aktivnošću.

---

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

takođe, ovim je društvo pokazalo da se građanskopravno prilagodilo novim civilizacijskim zahtevima pomahnitalog frankenštajnovskog tehničkog i tehnološkog razvoja.<sup>7</sup> na kraju, trijumfuje ideja garancije i potpunog fokusiranja na žrtvu i imperativ popravljanja pretrpljene štete. Krajem XX veka, sa ekspanzijom ekoloških i drugih teških, difuznih i gotovo nepopravljivih šteta, jačaju stavovi o neophodnosti preventivnog modelovanja građanskopravne odgovornosti. Prevencija se pokazuje kao jedini način nošenja sa štetama koje nije moguće popraviti, protiv kojih je upravo ona-prevencija, jedini efikasan lek (Thibierge, 1999: 565 - 568). U tom kretanju i u datim okolnostima, negde na prelazu iz «individualne sfere, sfere krivice i popravljanja», u «socijalnu sferu, sferu rizika, garancije i obeštećenja» dolazi do razvoja ideje o osiguranju od odgovornosti za štetu (Thibierge, 1999: 580). Osiguranje od odgovornosti za štetu, usled nemoći čoveka i njegovih organizacija da se izbore sa preteškim zahtevima uspešnog i ispunjenog života u savremenom svetu, dobija sve više na značaju.

Pored zaštitne funkcije, osiguranje od odgovornosti vrši i preventivnu funkciju. Putem osiguranja, potencijalni štetnik obezbeđuje svoju delatnost i svoju imovinu od nekad preteških posledica građanskopravne odgovornosti za štetu. ali, to isto osiguranje podstiče ga na preduzimanje mera za sprečavanje nastupanja štete ili njenog pogoršanja. time pravo osiguranja potvrđuje svoju socijalnu funkciju, koja postaje sve značajnija u odnosu na socijalnu ulogu građanskopravne odgovornosti za štetu (Mrkšić, Petrović, Ivančević, 2014: 136 - 139).

## 5. Osiguranje od odgovornosti za imisione štete

U ovom poglavlju ukratko ćemo se osvrnuti na francuski model osiguranja od građanskopravne odgovornosti za povrede nanete životnoj sredini trećih lica, budući da su osiguravajuće kompanije u ovoj državi, vrlo brzo nakon što je, 2016. godine, u Građanski zakonik izmenama uveden pojam ekološke štete, ponudile odgovarajuće pakete osiguranja za ove vrste šteta.

iako se čini da su u teoriji i praksi francuskog prava imisione i ekološke štete jasno međusobno razgraničene (Građanski zakonik nikad nije ni sadržao pojam imisione štete, a o odgovornosti suseda za njihovo

---

<sup>7</sup> «Posle statičkog čoveka došlo je biće koje izgleda da pripada drugoj rasi, koje se kreće bez prestanka, bilo radi svojih poslova, bilo iz zadovoljstva i koje stvara u ovom cilju mašine divne i brze, no koje mogu da budu uzrok strašnih katastrofa.» (Zoseran, 1992:1166)

prouzrokovanje više i nema konkretnih odredaba-građanskopravna imisiona zaštita ostala je tamo gde je i nastala-u sudskoj praksi), to nije uvek slučaj u praksi osiguravajućih društava (što ne mora biti loše, s obzirom da se rizici šteta, i imisionih i ekoloških, razdvajaju u više celina, čime se omogućava i veća zaštita). U njihovoj praksi razlikuju se tri kategorije odgovornosti povezanih, neposredno ili posredno, sa ugrožavanjem i degradacijom životne sredine: građanskopravna odgovornost za ekološke štete, građanskopravna odgovornost za štete nanete nečijoj životnoj sredini, koje se pojmovno u velikoj meri podudaraju sa imisionim štetama i tzv. ekološka odgovornost-koja je odgovornost zagađivača diktirana principom «zagađivač plaća», i ne predstavlja građanskopravnu, već čisto ekološku odgovornost<sup>8</sup>.

ipak, pomenuti model osiguranja od odgovornosti za štetu nanetu nečijoj životnoj sredini vrlo je blizak našoj ideji o modelu osiguranja od građanskopravne odgovornosti za imisione štete.

ta odgovornost odnosi se na situacije u kojima je delatnost preduzeća izvor zagađenja kojim je prouzrokovana šteta (imovinska i neimovinska) susedstvu tog preduzeća, bilo pojedincima, bilo drugim preduzećima. zagađenje o kom je reč može biti trenutno i iznenadno, manifestovano odmah nakon određenog generišućeg događaja, ili postepeno i kontinuirano, kada se njegovi efekti konstantno razvijaju tokom vremena. Osiguranjem od ove odgovornosti, u praksi francuskih osiguravajućih društava, pokrivaju se slučajevi prouzrokovanja imovinskih i neimovinskih šteta trećim licima zagađenjem koje potiče od delatnosti preduzeća ili njegovih proizvoda, hitni troškovi neutralizacije, izolacije i eliminacije neposredne i izvesne opasnosti nastupanja štete na dobrima trećih lica, troškovi koje osiguranik podnese u cilju zaštite svoje delatnosti (npr. dekontaminacija zemljišta), kao i gubici koji su u vezi sa tim pretrpljeni (npr. izmakla dobit zbog privremenog obustavljanja rada). takođe, postoje rizici koji su izričito isključeni, odnosno slučajevi šteta koje se ne pokrivaju ovim oblikom osiguranja. Pored tradicionalne

---

8 v. sajt francuske osiguravajuće federacije - Fédération Française de l'Assurance; <https://www.ffa-assurance.fr> i članke na tom sajtu: La responsabilité environnementale et l'assurance des entreprises, <https://www.ffa-assurance.fr/infos-assures/la-responsabilite-environnementale-et-assurance-des-entreprises>, od 18.02.2019. godine, posećeno 25.08.2019. godine, u 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-rae-et-assurance-des-entreprises>, od 19.06.2019. godine, posećeno 25.08.2019. godine, u 11:00; Le préjudice écologique et l'assurance des entreprises, <https://www.ffa-assurance.fr/infos-assures/le-prejudice-ecologique-et-assurance-des-entreprises>, od 28.01.2019. godine, posećeno 25.08.2019. godine, u 12:00.

štete koja već postoji u trenutku zaključenja ugovora, to su štete nanete susedstvu zbog nedostataka u održavanju instalacija i opreme i zbog nepridržavanja propisanih mera predostrožnosti (npr. mere vezane za odlaganje otpada) i štete od hroničnog zagađenja poteklog od normalnog funkcionisanja preduzeća<sup>9</sup>.

Očigledno se pojam štete nanete životnoj sredini određenog lica i pojam imisione štete ne poklapaju do kraja u praksi francuskih osiguravajućih kompanija, jer, upravo markantna crta imisionih šteta jeste to da potiču od normalnog, za određenu vrstu i namenu nepokretnosti i određenu vrstu delatnosti, uobičajenog korišćenja nepokretnosti. ipak, predstavljeni model osiguranja bi mogao biti prihvaćen i kao vid osiguranja od građanskopravne odgovornosti za imisione štete. One jesu pratilac svakodnevice u životu pojedinaca pri korišćenju nepokretnosti, kao i u poslovanju mnogih vrsta privrednih subjekata. Međutim, ključna pretpostavka građanskopravne odgovornosti za imisije je prekomernost. Prekomernost imisija nije svakodnevna i uobičajena, već ona simboliše ekces, ekstremnost u normalnom i svakodnevnom vršenju svojinskih ovlašćenja na nepokretnosti. realizacija građanskopravne odgovornosti za imisije može imati teške posledice po imovinsku situaciju i delatnost imitentata. navedeno smatramo dovoljnim razlogom da se prouzrokovanje imisione štete posmatra kao realizacija rizika u osiguranju, dostojna pažnje.

## 7. Zaključak

Prema sadašnjem stanju stvari, građanskopravna zaštita od imisija kreće se između prevencije i reparacije. Dok je sve veći broj glasova u prilog prevencije, a dominantna reparaciona politika rešava dilemu između naturalne restitucije i novčane naknade, dotle obe ideje uzmiču pred javnim i opštim interesom. najbolja ilustracija za to je postojeća odredba zakona o obligacionim odnosima republike Srbije, kojom se privilegišu opštekorisne delatnosti za koje je dobijena dozvola nadležnog državnog organa. Pred ovakvim imitentima oštećenom susedu uskraćene su, u većini slučajeva, i prevencija i reparacija, i oni se moraju zadovoljiti odgovarajućim iznosom naknade, tačnije naknadom štete koja prelazi «normalne granice». koje su opštekorisne delatnosti nigde nije precizno i jasno određeno, a nigde nisu definisani ni kriterijumi

<sup>9</sup> La responsabilité civile atteinte à l'environnement (RCAE) et l'assurance des entreprises, <https://www.ffa-assurance.fr/infos-assures/la-responsabilite-civile-atteinte-nvironnement-rcae-et-assurance-des-entreprises>, od 19.06.2019. godine, posećeno 25.08.2019. godine, u 11:00.

za utvrđivanje veličine štete, odnosno iznosa naknade, koji prelaze normalne granice.

Mišljenja smo da je praksa privilegisanja pojedinih imitenata štetna po jednakost u vršenju građanskih subjektivnih prava i podjednako štetna za društvo kao celinu.

Jedan od osnovnih argumenata branilaca intervencionizma javnog i opšteg interesa u vršenje i zaštitu građanskih subjektivnih prava jeste da bi naturalnom restitucijom ili integralnom novčanom naknadom pretrpljene štete imitent bio doveden do propasti. ta pozicija donekle je opravdana, s obzirom da imisione štete potencijalno mogu mnogo koštati imitente.

Da bi se to izbeglo, smatramo da bi, uz ukidanje privilegišućih pravila, trebalo u naše pravo uvesti određeni model osiguranja od građansko-pravne odgovornosti za imisije. time bi se omogućilo postizanje pravične ravnoteže u vršenju građanskih subjektivnih prava. ako se ostane pri postojećim rešenjima, a isto tako, ako se ona ukinu, a istovremeno ne uvede predloženi tip osiguranja, ta ravnoteža ostaće ozbiljno ugrožena.

## Literatura/References

Vučković, M. (2019). *Građanskopravni aspekt zaštite od prekomernih imisija. Doktorska disertacija*. Pravni fakultet univerziteta u nišu.

Žoseran, I. (1992). evolucija odgovornosti. *Pravni život*. 9 - 10. 1164 - 1178.

Karanikić Mirić, M. (2007). Odgovornost za zagađivanje životne sredine. *Pravni život*. 9. 455 - 479.

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

Lazarević, D. (2011). *Službenosti i susedsko pravo*. Beograd: Poslovni biro.

Lazić, M. (2012). imisije i građanskopravna zaštita. *Pravna riječ*. 113- 130.

Mrkšić, D., Petrović, z., Ivančević, k. (2014). *Pravo osiguranja*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union, Službeni glasnik.

Stojanović, D. (1992). istorijski razvoj i ciljevi građanskopravne odgovornosti za prouzrokovanu štetu. *Pravni život*. 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.

Cvetić, r. (2014). Održivi razvoj i ekološka šteta. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 68. 291 - 302.

Propisi:

Građanski zakonik francuske (C. civ.), Retrieved 1, September 2018 from <https://www.legifrance.gouv.fr>.

Zakon o obligacionim odnosima republike Srbije. *Službeni list SFRJ*. Br. 29 (1978), 39 (1985), 45 (1989), 59 (1989), *Službeni list SRJ*. Br. 31 (1993).

Zakon o osnovama svojinskopравnih odnosa republike Srbije. *Službeni list SFRJ*. Br. 6 (1980) i 36 (1990), *Službeni list SRJ*. Br. 29 (1996) i *Službeni glasnik RS*. Br. 115 (2005) - dr. zakon.

elektronski izvori:

<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 research 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 Serbia. 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 emission (the neighbour) of the preventive protection mechanism; second, it deprives him of the possibility of seeking natural restitution (injunctive relief), and compels 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 emissions, as a way to prevent the detrimental effects on the economic activity of the emitter (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 institute the proposed type of insurance against civil liability for damage.*

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





**Dr Milan Petrović,**  
Redovni profesor,  
Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, u penziji

prethodno saopštenje  
doi:10.5937/zrpfni1984

UDK: 321.01(73)  
Rad primljen: 14.05.2019.  
Rad prihvaćen: 13.11.2019.

## **ISTORIJSKI KORENI POLITIČKOG SISTEMA SJEDINJENIH AMERIČKIH DRŽAVA I KONGREGACIONALIZAM (PURITANIZAM)**

**Apstrakt:** *Politički sistem Sjedinjenih Američkih Država nastao je iz jedne varijante protestantskog hrišćanstva, kongregacionalizma ili puritanizma, koji naglašava značaj judaističkog Starog zaveta i učenje o predodređenosti (predeterminaciji). Kao takav, puritanizam je igrao bitnu ulogu prilikom nastanka američkog tipa demokratije i surove kolonizacije sadašnje teritorije Sjedinjenih Država. Ipak, puritanizam se nije sasvim odrekao novozavetne hrišćanske ljubavi, što je u međunarodnoj politici delovalo u Maršalovom planu i spasavanju Srbije od gladi prvih godina Titovog režima.*

**Ključne reči:** *protestantizam, kongregacionalizam (puritanizam), Sjedinjene Američke Države, Titov režim.*

Kada je u 4. veku hrišćanstvo vaseljenske crkve postalo državna religija rimskoga carstva, hrišćanstvo je zateklo već potpuno uobličene institucije i pravni poredak te svetske imperije, koje je tek postupno moglo da uobličava i usmerava saglasno svome svetonazoru. Pritom, najveći protivnik nove religije nije bio drevni politeizam, koji je brzo iščezavao, već jeresi unutar nje, i njihovo pobijanje bilo je glavni zadatak sedam vaseljenskih sabora u razdoblju između 325. i 787. godine. no, taj zadatak bio je samo delimično ispunjen, jer su neke jeresi ne samo opstale, već su se uspostavile kao zasebne crkve: arijanska crkva, Monofizitska crkva, nestorijanska crkva, te još neke manje crkve. Prvi značajan poraz vaseljenska crkva je pretrpela usled velikog raskola 1054. godine, kada se konačno raspala na zapadni deo, iz koga je proizašla

---

\* milan@prafak.ni.ac.rs

rimokatolička crkva, i istočni, iz koga je proizašla Pravoslavna crkva, koja je ostala verna poretku i učenjima vasiljenske crkve. Glavni uzrok te podele leži u shvatanjima germanskih varvara, koji su na tlu zapadne polovine Carstva obrazovali svoje kraljevine, „regnume“. to je dovelo do izvesnih osobenih svojstava unutar rimokatolicizma: do verskog fanatizma; do obožavanja rimskog pape (jer su varvari hteli da imaju boga koga vide i čuju); do krstaških ratova; do istrebljivanja veštica kao navodnih „đavolovih nevesta“. Drugi veliki poraz vasiljenska crkva je doživela usled širenja islama, kojim je Bliski istok otrgnut od Evrope. znameniti ruski istoričar crkve i bogoslov, kartašov, veli (kartašov, 2009: 443): „nastupio je istorijski kraj, koji je otpočeo svojim osvajanjem aleksandar Makedonski. Posle 1.000 godina helenizma i 700 godina pompejskog osvajanja pod rimskim orlom, otpočelo je veliko povlačenje evropske kulture iz tih regija!“ treći veliki poraz duha vasiljenske crkve je pojava protestantizma u rimokatoličkim zemljama, posebno germanskim. Neposredan povod protestantizma bilo je suzbijanje papskih zloupotreba. Protestantizam je u tome uspeo, ali je ujedno uzdrmao i same temelje hrišćanstva.

No, važno je razlikovati umereni od ekstremnog protestantizma. Umereni, oličen u luteranskim (evangelističkim) crkvama i anglikanskoj crkvi, zadržao je svešteničku hijerarhiju na čelu sa episkopima i prihvatio teritorijalni princip, u smislu da je zemaljski gospodar (ako je protestant) ujedno i glava Crkve. ekstremni protestantizam, u prvom redu kalvinistički reformizam, za razliku od umerenog, nije episkopalan, već poznaje samo sveštenike koje biraju skupštine vernika (prezbiterijalno-sinodalni sistem), što je izraz shvatanja da je svaki vernik sveštenik („opšte sveštenstvo“). Svaki skup vernika može da obrazuje crkvu, crkvenu opštinu. Jedno od bitnih obeležja reformisane crkve, po kome je dobila i ime, jeste ubeđenje da crkva treba da se „reformiše po reči Božjoj“ i da joj je „reforma stalno neophodna“ (ecclesia reformata et semper reformanda). Upravo iz ovoga „ius reformandi“ prizašlo je „ius revolutionis“ francuske i ruske („Oktobarske“) revolucije, čija je oštrica bila upravljena protiv same Crkve Hristove. liturgija (misa) bila je zamenjena propovedničkim bogoslužjenjem. Od ogromne važnosti je i to što je reformizam stao na stanovište predodređenosti (predeterminacije). to stanovište zastupao je još blaženi avgustin, u suprotnosti sa svetoatačkim predanjem (učenjem crkvenih otaca). Po tom shvatanju, Bog je od večnosti neke ljude odabrao za spasenje, a neke za prokletstvo, jedne za raj, druge za pakao; sledstveno tome, nema slobode volje. luter je takođe stajao na stanovištu predodređenosti. ali, najveća

imena nemačke filosofije, kant i predstavnici nemačkog idealizma (fihte, šeling, Hegel) videli su u slobodi volje jedan od temeljnih pojmova filofsokog saznanja. Svi oni bili su evangelisti. to je u nemačkoj, domovini protestantizma, otupelo oštricu luterovom gledištu. Protestantizam je takođe odbacio crkveno predanje, kult svetaca, kult ikona. Pravila vere sadržana su samo u Starom (jevrejskom) i novom zavetu (sola scriptura). luter je, doduše, i u Starom zavetu video Jevanđelje (solus Christus). Međutim, ekstremni protestantizam izjednačio je učenja Starog i novog zaveta, našao je, štaviše, u Starom zavetu merila novog. S tim u vezi, veliki nemački pesnik jevrejskog porekla, Hajnrih Hajne (1797–1856), rekao je o prezbiterijanskim škotima da su Jevreji koji jedu svinjetinu (Sombart, 1920: 293).

Sasvim je drugačije stanovište vasseljske, a potom Pravoslavne i rimokatoličke crkve, kada je u pitanju Stari zavet. alfred loazi (Loisy), „otac katoličkog modernizma“, zapisao je razgovor koji je 24. oktobra vodio sa nadbiskupom tura i kasnijim kardinalom, Menjanom (Meignan), u kome je ovaj crkveni velikodostojnik rekao (Heer, 1964: 687): „znate li, dragi prijatelju, da kritika nikada nije postojala u Crkvi. šta su već crkveni oci razumeli od Biblije? ništa. a u srednjem veku? i potom? rišar Simon (pridodajmo: On je veliki pionir katoličkog biblijskog istraživanja) beše pametan čovek, veliki kritičar. ali – molim vas da obratite pažnju na to – nije imao nikakvog uspeha. Bosije (Bossuet) ga je smlavio...“ Jedan znameniti francuski katolički teolog ovako određuje odnos prvog i drugog dela Svetog pisma (Daniélou, 1948: 13): „Bezdan koji postoji između Starog i novog zaveta je bezdan koji postoji između najave neke stvari i realnosti te stvari.“ Srpski crkveni otac Justin besedi (Popović, 1980: 332) da je „Gospod Hristos... razrešio ljude od prokletstva zakona“. U činjeničnom smislu to nije tačno, jer su samo Jevreji živeli po starozavetnom zakonu, o kome je ovde reč. no, ta tvrdnja pokazuje stav Pravoslavne crkve prema Starom zavetu.

U engleskoj su u 17. veku delovale tri protestantske, antikatoličke crkve: anglikanska ili „Higch Church“, koja je bila najbliža rimokatoličkoj, i koja je primenjivala ceremonijal propisan od vladara iz dinastije tudor; Prezbiterijanska ili „nonkonformistička“, koja je u 17. veku postala državnom crkvom škotske; premda je bila ekstremno protestantska (reformistička), težila je reformama, ali je htela da ostane u jedinstvu sa anglikanskom crkvom; napokon, kongrecionalistička crkva, ili „nezavisna“, čije pripadnike su u engleskoj i americi prozvali „puritancima“, „čistuncima“, koja je bila najekstremnije protestantska i koja je osuđivala kako episkopalno

uređenje anglikanske crkve, tako i sinode prezbiterijanaca. kralj i visoko plemstvo podržavali su anglikansku crkvu; niže plemstvo i trgovci podržavali su prezbiterijance; običan, osobito siromašan svet, stajao je uz puritance. U građanskom ratu koji je izbio između kralja i parlamenta, vojsku parlamenta činili su uglavnom puritanci, zbog čega se zbiljska engleska revolucija često naziva „puritanskom“, i koji su napokon i izvojevali pobjedu, jer su bili najfanatičniji borci. U prvi plan izbio je genijalni puritanski vojskovođa, koji je polučio čin „general-kapetana“, pripadnik nižeg plemstva Oliver kromvel. Postavši vojni diktator, kromvel je izdejstvovao da parlament 7. februara 1649. ukine monarhiju i uspostavi republiku. Parlament je 16. decembra 1653. izglasao kromvela za „lorda protektora engleske republike“, režim je nazivan „protektoratom“ (protectorate) i kromvel je vladao bez ograničenja mandata sve do smrti 3. septembra 1658. (konventski parlament je 1660. ponovo uveo monarhiju, s fikcijom da republika nikada nije postojala!) epilog engleske revolucije bili su događaji od 1688. do 1689, koje je Berk nazvao „srećnom i slavnom revolucijom“, jer se, u stvari, nije radilo o revoluciji, već o, kako ispravno primećuje špengler (Spengler, 1922: 486), pobjedi plemićke, u parlamentu zastupljene fronde. Pristalice parlamenta i pristaše monarhije, „vigovci“ i „torijevci“, sporazumeli su se da uspostave parlamentarnu monarhiju i u čvrste anglikansku crkvu kao državnu crkvu; desnica, rimokatolici, i levica, puritanci, bili su odstranjeni od vlasti. novi kralj, holandski namesnik viljem Oranski i njegova supruga ana, kćerka poslednjeg Stjuarta, morali su da 12. februara 1689. potpišu „Deklaraciju o pravima“, koja je onemogućavala svaku kraljevsku samovolju.

Kromvela i njegovo pokolenje pre svega je nadahnjivao Stari zavet. Svekoliko mišljenje i stil tog razdoblja bili su duboko prožeti judejstvom. tri glavne zamisli jevrejskog nacionalizma vladale su puritanskom svešću tog razdoblja: misao izabranog naroda, zavet s Bogom, mesijanska očekivanja. vaseljska crkva je učila da je sav narod sabran u Crkvi „izabrani narod“. nasuprot tome, kromvel je smatrao da je engleski narod u tom istorijskom dobu „novi izrael“. tako je kromvel, tražeći od parlamenta da pobjeđenog i zarobljenog kralja karla Prvog osudi na smrt, doslovce rekao da dogod je taj smutljivac živ, „nikakav mir u izraelu nije moguć“ (Maurois, 1937: 365). razumljivo je da je takav stav kromvelov doveo do uzajamnih simpatija sa Jevrejima. Još 1290. je kralj edvard proterao sve Jevreje iz engleske (kada je otkriveno da kuju lažni novac). kromvel im je 1655. dozvolio da se vrate. Jevreji su, zauzvrat, finansirali kromvelove armije i, uskoro potom, dvanaest jevrejskih mešetara, kojima je kromvel

dopustio da posluju na londonskoj berzi, obrtali su već u 17. stoleću četvrtinu vladinih zajmova (Arent, 1955: 27).

Kromvel je 1649. pokorio irsku i 1651. škotsku. U irskoj je nešto ranije rimokatolička stranka nadvladala i izvršila pokolj protestanata. kao pravi vojnik starozavetnoga Jehove, kromvel je u irskoj sproveo odmazdu opisanu u Starom zavetu; dao je da se istrebi celokupno irsko plemstvo i zemlja podeli engleskim slobodnjacima; posledica toga je bila da su mesto plemstva zauzeli u irskoj rimokatolički sveštenici; tako je protestant kromvel gurnuo irski narod u naručje rimokatoličkog klerikalizma. zasluga je kromvelova što je englesku učinio svetskom pomorskom silom. Pobedio je Holandiju, koja je od 1600. imala najjaču flotu na svetu, u ratu od 1652. do 1654. kada je kromvel 9. maja 1655. zauzeo Jamajku, bila je time zapečaćena ne samo engleska pomorska prevlast nad španijom, već i pobeda svetskog protestantizma (kalvinizma) nad svetskim katolicizmom (jezuitizmom) u vladavini morima i okeanima (Schmitt, 1954: 30, 45, 47).

Jedna mala skupina u engleskoj proganjanih, kako od strane anglikanaca tako i prezbiterijanaca, puritanaca iselila se najpre u Holandiju, a potom u Severnu ameriku. na brodu „Majski cvet“ (Mayflower) nalazio se 41 muškarac sa porodicama, i ti muškarci, u americi prozvani „oci hodočasnici“ (pilgrim fathers), pre nego što će se nastaniti u novoj engleskoj, zaključili su 11. novembra 1620. glasoviti ugovor, „Mayflower Compact“. Premda su se „oci hodočasnici“ izjašnjavali kao podanici engleskoga kralja, oni su smatrali da u pogledu državnog, crkvenog i ekonomskog ustrojstva imaju potpunu slobodu ugovornog uređivanja, i taj ultraliberalizam, koji ima koren u ugovoru izabranog naroda s Bogom, predstavlja osnov puritanskoga svetonazora. Glavni deo ugovora na „Majskom cvetu“ glasi: „U ime Božje, amin. Mi, čija imena su dole potpisana, lojalni podanici našega uzvišenoga suverenog gospodara kralja Jakova, milošću Božjom kralja velike Britanije, francuske i irske, zaštitnika vere itd. Preduzevši za slavu Božju, radi unapređivanja hrišćanske vere i u slavu našega kralja i zemlje, put da uspostavimo koloniju u severnim delovima virdžinije; zaključivši od strane prisutnih, svečano i uzajamno, u prisustvu Boga i jednih s drugima, ugovor i združivši nas zajedno u građansku i političku ustanovu, radi našeg boljeg rada i očuvanja, te nadalje radi navedenih svrha: da donosimo, ustanovljujemo i određujemo takve pravedne i opšte zakone, uredbe, akte, statute i službenike, s vremena na vreme, kako budemo smatrali da je najdoličnije i najpodesnije za opšte dobro kolonije; obećavajući da ćemo im ukazivati

svu dužnu potčinjenost i poslušnost.“ U istorijskom smislu, oni su dakle sebe videli kao „nov narod“.

Uskoro potom počeli su da novu englesku kolonizuju puritanci u sve većem broju. Oko 1640. bilo ih je u zalivu Masačusetsa već približno oko 22.000. andre Moroa (Maurois, 1953: 338) ističe da bez verskog proganjanja puritanaca u engleskoj „verovatno civilizacija Severne amerike ne bi postala anglosaksonska“. no, dok su „oci hodočasnici“ i njihove porodice težili da budu sami i bili prožeti blagošću opštinskog života, dotle su kolonisti iz zaliva Masačusetsa bili ratoborni i težili osvajanjima (Perry, 1944: 72).

Kalvinizam, pa tako i puritanizam, stoji na stanovištu jedinstva države i crkve, crkva je država i obratno. Puritanci su prvobitno hteli da ostvare teokratiju i u „novom svetu“. kolonisti sa „Majskog cveta“ bili su ujedno crkva, ortakluk i država (Perry, 1944: 74 id.). Međutim, već krajem 17. veka prevladao je princip slobode veroispovesti. U budućim Sjedinjenim američkim Državama pojavili su se i pripadnici drukčijih religija. recimo, počev od 1651. bili su škoti ratni zarobljenici, po veroispovesti prezbiterijanci, otpremani u američke kolonije. U 18. veku došlo je do priliva preko 180.000 škotskih i irskih prezbiterijanaca. engleski kraljevi, koji su kod kuće bili verski netrpeljivi, u poveljama o osnivanju kolonija jemčili su kolonistima slobodu veroispovesti, i u kolonijama su se pojavile mnoge protestantske sekte čiji su pripadnici tražili za sebe slobodu savesti. znakovito je da su u ustavnim ugovorima između većine i inoveraca ovi potonji obećavali poslušnost većini, ali „samo u građanskim stvarima“ – religija nije mogla biti predmet zakonodavstva (Jellinek, 2006: 47).

Nemački istoričar i filosof ernst nolte, polazeći od toga da su prvi severnoamerički kolonisti bili proganjeni i siromašni u „starom svetu“, ustvrđuje da su Sjedinjene američke Države bile **prva država levice** (Nolte, 1985: 47 idd). On, međutim, odmah dodaje da je naporedo postojala i jedna „aristokratska amerika“ (ibid., 48). ta, bolje rečeno, „plutokratska amerika“, pošto zbiljski aristokratije, plemstva, u americi nikada nije bilo, postojala je ne samo na severnoameričkom robovlasničkom Jugu, već i na Severu, u Njujorku, gde su je oličavale vodeće trgovačke porodice: Rensselaer-ovi, Roosevelt-ovi, Alsop-ovi, Jay-ovi. Ovima treba dodati i bogate jevrejske porodice, koje su se doselile sa zapadnoindijskih ostrva na karipskom moru i iz latinske amerike. ti Jevreji ušli su u simbiozu sa njujorškom plutokratijom (prvi tamošnji Jevreji doselili su se 1655. upravo u Njujork) i, između

ostalog, finansirali borbu severnoameričkih kolonija za oslobođenje od engleske; bez jevrejskoga novca Sjedinjene američke Države nikada ne bi stekle nezavisnost; kalifornija je takođe dobrim delom jevrejska tvorevina (Sombart, 1920: 40 idd.). Postoji u Sjedinjenim Državama i jaka suprotnost između **nacionalizma i univerzalizma**; ali je potonji uspevao da prevagne.

Ako se ostavi po strani sloboda veroispovesti, koju su kasnije i sami puritanci prihvatili, između američkoga puritanizma i kalvinizma uopšte, s jedne strane, i judaizma, s druge, u političkim i ekonomskim shvatanjima nema razlika. Pre svega, ova podudarnost je došla do izražaja u istrebljivačkim ratovima koje su kolonisti vodili protiv starosedelačkih indijanaca (o istoriji starosedelačkih naroda obeju amerika posle 1492. (Wright, 2000).

Rat protiv indijanaca otpočeo je takoreći od početka kolonizacije budućih Sjedinjenih američkih Država. U članovima konfederacije ujedinjenih kolonija nove engleske (1643–1684) stoji: „Dok smo svi mi došli u ove delove amerike sa jednim te istim ciljem i težnjom, a naime, da unapređujemo kraljevstvo našega Gospoda isusa Hrista i uživamo slobode Jevanđelja u čistoti s mirom; i dok smo u svojim naseobinama (mudrim providenjem Božjim) nadaleko raspršeni na obalama mora i reka drugačije nego što smo najpre nameravali, tako da ne možemo saglasno svojoj želji da ugodno saobraćamo u jednoj vladi i pravosuđu; i dok živimo okruženi ljudima nekih naroda koji govore nerazumljive jezike koji (ljudi) mogu da se pokažu štetnim po nas ili naše potomstvo.“ a u Deklaraciji o nezavisnosti od 4. jula 1776. engleski kralj se, između ostalog, optužuje: „On je podsticao unutrašnje pobune među nama, i nastojao da dovede stanovnike sa naših granica, nemilosrdne indijanske divljake, čija su poznata pravila ratovanja uništavanje bez razlike ljudi svih doba, pola i uslovâ.“

No, oni su bili prvi koji su primenjivali ta pravila ratovanja. Puritanci, kao izabrani narod Božji, videli su u americi Bogom obećani izrael, čije starosedeoce moraju da unište zbog njihovoga bezbožništva, baš kao što stoji u Starom zavetu. Doduše, Bog im to izravno nije rekao. ali, oni su smatrali da su predodređeni (predestinirani) za raj, a indijanci za pakao, jer oni su pobeđivali, a indijanci gubili, oni rasli, a indijanci nestajali. Sav ovaj istrebljivački pohod puritanci su smatrali da čine u „slavu Božju“ i kvalifikovali ga teološkim terminima. tako je za njih amerika bila „zemlja u Božjem vlasništvu“, a njihovo prvo naselje u njoj „sveta gora Cion“; za njih, religija indijanaca bila je „čisti kult đavola“,

a oni „deca đavolova“, „crveni đavoli“ (Deschner: 1992, 26, 34, 48). Još 1835. pisao je veliki francuski historičar De tokvil (Tocqueville: 1951, 506): „ako se obrati pažnja na tiranske mere koje su usvojili zakonodavci države Juga, na ponašanje njihovih guvernera i akte njihovih sudova, lako će se ubediti da je potpuno proterivanje indijanaca konačni cilj prema kome istovremeno teže svi njihovi napori.“

Zombart zaključuje (Sombart, 1920: 293, podvučeno u izvorniku): „Puritanizam je judaizam.“ ipak, to je samo delimično tačno. američki protestanti nisu samo poklonici Starog zaveta, oni su i poklonici novog, i to možda više nego ijedan drugi hrišćanski narod. Oni su narod u kome deluje krajnja protivrečnost između Starog i novog zaveta, kao i krajnja protivrečnost između leve i desne. U tom smislu, oni su nalik na rimskog boga Janusa koji ima dva lica. Od tog naroda zato dolazi i najveće moguće zlo, ali i najveće moguće dobro.

Ta opreka između starozavetnog i novozavetnog izbija na videlo u delovanju pojedinih predsednika Sjedinjenih Država na naročito jak način. Možda najvećma kod Harija Trumana, koji je bio na čelu te države od 1945. do 1953. godine. truman je smatrao da se „temelji“ ustava Sjedinjenih američkih Država nalaze u Bibliji (Deschner, 1992: 19). No, isti Truman je naredio da se na dva japanska grada, Hirošimu i Nagasaki, 6. i 9. Avgusta 1945. bace atomske bombe, usled čega je poginulo više od 100.000 nekućinih civila. Novinar „Njujork tajmsa“, Viljem Lorens (William L. Laurence), koji je kao očevidac iz aviona slavodobitno opisao bacanje atomske bombe na Nagasaki, polučio je za taj opis Pulicerovu nagradu. Truman, međutim, nije bacanjem atomskih bombi hteo samo da prinudi Japan na kapitulaciju u Drugom svetskom ratu, već je ujedno hteo da Sovjetski Savez odvraća od daljeg širenja komunizma. Dva meseca nakon bacanja atomskih bombi, Truman je izjavio da Sjedinjene Države zadržavaju atomski monopol za sebe (Deschner, 1991, 266). Samo, već 25. septembra 1949. eksplodirala je prva sovjetska atomska bomba, pa je otpočela trka u naoružanju i hladni rat između američkog imperijalizma i sovjetskog komunizma. Legalizaciju hladnog rata predstavljala je zapravo „trumanova doktrina“, koju je američki kongres usvojio nakon predsednikovog govora 12. Marta 1947. Prema toj doktrini, „nacionalna bezbednost“ Sjedinjenih Država ugrožena je kad god „totalitarni režimi“ pokušaju da nametnu svoju volju „slobodnim narodima“ putem „naoružanih manjina ili spoljašnjim pritiscima“. Bitno je, međutim, da je težište „trumanove doktrine“ finansijska i materijalna pomoć, a u skladu sa principima Ujedinjenih nacija. Jer: „Seme totalitarnih režima pothranjuje se bedom i oskudicom.“



Ono se širi i raste u zlom tlu siromaštva i nesloge. Ono u potpunosti izrasta kada je u narodu umrla nada u bolji život.“

U najpotpunijoj meri „trumanova doktrina“ je došla do izražaja u „Maršalovom planu“, odnosno „Programu za pomoć evropi“ (European Recovery Program, ERP), čiji je autor bio general Džordž Maršal, državni sekretar u trumanovom kabinetu. Odobren od američkog predsednika i kongresa, Maršalov plan je stupio na snagu 3. aprila 1948. s važnošću do 1953. na osnovu tog plana, evropske nekomunističke zemlje – jer su komunistički režimi, uključujući i titov u Jugoslaviji, odbili da se priključe Maršalovom planu – primile su od Sjedinjenih američkih Država 12,5 milijardi dolara. S obzirom na njegov plan, Maršalu je bila dodeljena Nobelova nagrada za mir za 1953. godinu.

U Jugoslaviji, zakonom od 5. decembra 1946. sa dopunama od aprila 1948, nacionalizovana su privatna preduzeća, uključujući i sitnotrgovinsku mrežu. Time je stvoren parazitski upravljački sloj, kome treba dodati golem vojni i policijski aparat, kao boljševički tip politbirokratije. Bitna obeležja tog tipa izvrsno opisuje Maks Veber (Max Weber) samo nekolikim rečenicama (Weber, 1980: 303, 293, 452, podvučeno u izvorniku): Boljševizam je, tako, „vojničko-nadničarski i kontribucionistički militarizam“, „najčistiji militarizam koji u ovo vreme igde postoji“; njega predstavljaju „elementi koji se kao paraziti skupe prilikom svakog prevrata, i koji neće da žive za revoluciju, nego od nje, što će reći, koji bi kao „crvena garda“, ili kao članovi „revolucionarnih komiteta“, ili kao njihovi opunomoćenici za usluge u brbljanju i doušništvu želeli da se hrane bez rada. ti paraziti koji se hrane na revolucionarnim jaslama nemaju nikakav interes da se sadašnje stanje okonča dogod im daje hranu.“ Kao izvor prehranjivanja sebe i svojih prirepina, novi vlastodršci su naročito bacili oko na srpsko selo, pa su u tu svrhu 1946. doneli zakon o zadrugama, koji je predviđao osnivanje „seljačkih radnih zadruga“ kao vida prinudne kolektivizacije, čiji su uzor bili sovjetski kolhozi. Iste godine doneli su i uredbu o otkupu žitarica, na osnovu koje je vršen prinudan otkup žitnih proizvoda. Za povredu te uredbe bila je predviđena novčana ili zatvorska kazna, kao i konfiskacija vršalica ili delimična ili potpuna konfiskacija nepokretnosti. značajno je da su ove mere pravnog nihilizma naišle na izvestan otpor rukovodstva srbijanskih komunista. No, tito je to rukovodstvo optužio da su „sektaši“ i „oportunisti“ u pogledu industrijalizacije, a u pogledu prinudnog otkupa još rekao: „kulak u Vojvodini je zajašio Partiju. Vaša „seljačka“ politika je u stvari kulačka“ (B. Petranović, M. zečević, Jugoslavija

1918–1988. tematska zbirka dokumenata, 2. izd., Beograd 1988, 871 id., adnotacija 10; 873, adnotacija 11.)

Primena ovih propisa dovela je do skoro potpunog gašenja srpske zemljoradničke proizvodnje. Opasnost od umiranja od gladi, kao posledica titove genocidne agrarne politike, nadvila se nad stotinama hiljada srpske dece u gradovima. Tada su priskočile u pomoć Sjedinjene američke Države, i omogućile 6. januara 1951. sporazum sa titovom vladom o „davanju hitne pomoći Jugoslaviji“. Trumanov režim nam je isporučivao brašno, mleko i jaja u prahu („trumanovo mleko“ i „trumanova jaja“), žuti šećer i žuti sir, ali i novac i lekove. Vrata titovog pakla zatvorila je ruka puritanske ljubavi prema bližnjem.

### **Literatura/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.

kartašov, v.a. (2009). *vaseljenski sabori*, Beograd. 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.

Petranović, B. zečević, M. Jugoslavija 1918–1988. tematska zbirka dokumenata, 2. izd., Beograd 1988.

Popović, J. (1980). Dogmatika Pravoslavne crkve, II, fototipsko izd. iz 1935, Beograd.

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).<sup>1</sup> Likewise, the Supreme Court has drawn the conclusion that the notice reason is void in this case.<sup>2</sup> 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, Hadamčik 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.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> 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 Nejv yššího soudu ze dne 20. 5. 2008, sp. zn. 26 Cdo 731/2008.

4 Usnesení Nejv yššího soudu ze dne 6. 2. 2003, sp. zn. 26 Cdo 585/2002, uveřejněné pod C 1693 ve svazku 23 Souboru rozhodnutí Nejv yššího 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.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> In my opinion, there is no relevant reason why this conclusion should not apply likewise to the current legislation.<sup>7</sup>

#### 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.<sup>8</sup> In my

---

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

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

7 Contrarily (Hulmák, 2014: 471).

8 Rozsudek Nejv yššího 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.<sup>9</sup>

#### 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.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Rozsudek Nejv yššího 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.)

<sup>10</sup> Rozsudek Nejv yššího 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.<sup>11</sup>

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.<sup>12</sup> Case law simultaneously came to the conclusion that the term “public interest” makes this provision a legal norm with a relatively

---

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

12 Rozsudek Nejv yššího 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.

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.<sup>13</sup> 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 (Eliáš, 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),<sup>14</sup> 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 Nejv yššího 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.* (Eliáš, 2014:248). This opinion may also be implicitly deduced (Judgment 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."*<sup>15</sup>

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.<sup>16</sup> 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 fore-going, 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.<sup>17</sup>

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.<sup>18</sup>

---

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

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

17 Rozsudek Nejv yššího 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 Nejv yššího 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.<sup>19</sup>

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.

---

<sup>19</sup> Rozsudek Nejv yššího 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.

**Dr. Lukáš hadamčik,**

*Docent,*

*Právní Fakultet, Masarik Univerzitet, Brno, Republika Češka*

## **NOTIFIKACIJA ZAKUPODAVCA O OTKAZU UGOVORA O ZAKUPU STAMBENOG PROSTORA U ČEŠKOM PRAVU**

### **Rezime**

*Cilj ovog rada je da predstavi češke propise o prestanku zakupa stambenog prostora, prvenstveno pravo zakupodavca na otkaz uz prethodnu notifikaciju o prestanku zakupa. Nakon opšteg osvrtu na zakup stambenog prostora u Češkoj, predstavljene su referentne tačke českog građanskog zakonodavstva u ovoj oblasti. Autor zatim razmatra razne kategorije razloga za notifikaciju o prestanku zakupa. Pravna kategorizacija razloga za notifikaciju o prestanku zakupa zasnovana je vrsti zakupa, tj. da li je zakup dogovoren na neodređen ili na određen vremenski period. Međutim, ovoj kategorizaciji prethodi posebna kategorija razloga za dostavljanje notifikacije o sankcijama, koji se najčešće ističu u sudskoj praksi. Razlozi koji se navode u notifikacije o sankcijama obuhvataju naročito ozbiljnu povredu obaveza od strane zakupca, koje je praćeno materijalnim kršenjem obaveza i osudom za namerno učinjeno krivično delo protiv zakupodavca ili osobe koja živi u zgradi u kojoj se nalazi stan zakupca, ili osudom za krivično delo protiv imovine drugog lica koja se nalazi u zgradi. Autor*

*zatim razmatra i druge razloge za notifikaciju o prestanku zakupa koji se odnose na zakup na određeno ili neodređeno vreme, poput potrebe za iseljenjem zbog javnog interesa i drugih sličnih ozbiljnih razloga. Smrt prvobitnog zakupca stana je poseban razlog za dostavljanje obaveštenja o prestanku zakupa, koje se može dostaviti zakupčevom nasledniku. U završnom delu rada autor razmatra razloge za prestanak zakupa od strane zakupca, koji mogu biti osnov za dostavljanje obaveštenja zakupodavcu o prestanku zakupa ali isključivo ukoliko je zakup dogovoren na neodređen vremenski period. U tom slučaju, zakupodavac može obavestiti zakupca o prestanku zakupa ukoliko u slučaju razvoda zakupodavac ili njegov supružnik namerava da živi u stanu, ili ukoliko je stan namenjen za potrebe stanovanja njihovih srodnika ili supružničkih rođaka.*

**Ključne reči:** *zakup stambenog prostora, notifikacija o prestanku zakupa, češko građansko pravo, zakupnina, zakupac, zakupodavac.*

**Dr Dejan Bodul,\***

Pravni fakultet Sveučilište u Rijeci,

**Dr Jelena Čuveljak,\***

Visoki trgovački sud Republike Hrvatske,

**Jakob Nakić,\***

Pravni fakultet Sveučilište u Rijeci

pregledni naučni rad  
doi:10.5937/zrpfni1984

UDK: 347.736/.739(497.5)

Rad primljen: 20.09.2019.

Rad prihvaćen: 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 znanstvenog projekta Ulaganje u istraživanje i razvoj i konkurentnost Republike Hrvatske i zemalja Zapadnog 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.<sup>1</sup> 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).<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> On uvodi alternativni izvanjudski insolventijski postupak, postupak predstečajne nagodbe, koji podsjeća na nekadašnji institut sudske izvanstečajne prinudne nagodbe,<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup>

#### *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: 10–107). O utjecaju sklopljene predstečajne nagodbe na prekinute parnične postupke predmet kojih su neprijavljene tražbine u postupku predstečajne nagodbe motrište

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 Zat tila, M. (ur.), (2014). Međunarodna naučna konferencija *“Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske Unije”*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta, Niš, 1–142.

je zauzeo Ustavni sud RH<sup>6</sup> 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.“<sup>7</sup>

### **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.<sup>8</sup> 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,<sup>9</sup> odnosno za jaču ulogu suda u predstečajnim nagodbama, vršila je i primjena čl. 6 iz Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.<sup>10</sup> Naime, praksa ECHR-a naznačuje kako se čl. 6, st. 1 primjenjuje na stečajni postupak<sup>11</sup>, pa prva dvojba koja se odnosi na samu legitimost 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 st vari 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,<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup>

#### *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 redoslijeda 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 rješavanje 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 neusklađenosti 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.<sup>14</sup> 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 Hrvatsku<sup>15</sup> ili tzv. *Lex Agrokor*.<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup> Isto je napravila i Slovenija, implementirajući *Zakon o pogojih imenovanja izrednoga člana uprave v družbah sistemskega pomena za Republiko Slovenijo*, tzv. *Lex Mercator*.<sup>19</sup>

### 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,<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup> 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,<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup> 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 izrijekom 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 čelnika državnog tijela iz čijeg djelokruga proizlaze tražbine. O izdavanju prethodne suglasnosti, ministar nadležan za financije, odnosno čelnik 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 tražbina<sup>24</sup>, 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.<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup> 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

---

<sup>26</sup> 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 cijenjen, 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

zaposlenike bez podmirenja dugova i da čeka naprosto brisanje te pravne osebe. Iako se posebno ne ističe, pravila o pobijanju 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 društvima sistemskog 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](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.*



**Dr Ljubica Nikolić,\***  
Redovni profesor Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Nišu

pregledni naučni rad  
doi:10.5937/zrpfni1984

UDK: 339.137(497.11)  
346.545(497.11)

Rad primljen: 10.09.2019.

Rad prihvaćen: 14.10.2019.

## **POLITIKA ZAŠTITE KONKURENCIJE U SRBIJI – DOMETI I OGRANIČENJA\*\***

**Apstrakt:** Konkurencija podstiče učesnike na tržištu da budu efikasniji, čime se povećava stopa privrednog rasta i životni standard. Svako narušavanje konkurencije smanjuje ekonomsku efikasnost i društveno blagostanje. Potreba za zaštitom konkurencije nameće pitanje efikasnosti politike zaštite konkurencije. Propisi kojima se štiti konkurencija (pravo konkurencije) jesu osnova ove zaštite, ali efikasnost zaštite konkurencije zavisi i od drugih aktivnosti države na planu zaštite konkurencije (politika zaštite konkurencije). Svojom politikom država može štititi ali i narušiti konkurenciju (recimo, politikom državne pomoći). U cilju primene prava konkurencije, države formiraju različita tela (kod nas: Komisija za zaštitu konkurencije, Komisija za kontrolu državne pomoći). Rad ovih tela u velikoj meri determiniše slobodu konkurencije u jednoj zemlji, ali isto tako i efikasnost pravosuđa. Kako su ekonomska efikasnost i društveno blagostanje u direktnoj povezanosti sa slobodom tržišne konkurencije, pokušaćemo da u ovoj oblasti pronađemo neke razloge tržišne neefikasnosti u Srbiji. Pored analize prava i politike zaštite konkurencije u Srbiji, posebna pažnja u ovom radu biće usmerena na implementiranje aktuelne regulative, kao i na rad Komisije za zaštitu konkurencije, kao ključne institucije u ovoj oblasti kod nas. Kakav je pravni položaj ove Komisije, i da li je ona uistinu nezavisno telo koje sprovodi nadzor nad poštovanjem

---

\* ljubica@prafak.ni.ac.rs

\*\* rad je rezultat istraživanja na projektu: „zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, br. 179046, koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja republike Srbije.

\*\* rad je izložen na međunarodnoj naučnoj konferenciji „Pravo i multidisciplinarnost“, na Pravnom fakultetu Univerziteta u nišu, 12–13. april 2019.

*pravila konkurencije na domaćem tržištu, neka su od pitanja u ovom radu. Poseban deo biće posvećen efektima domaće državne politike u oblasti zaštite konkurencije, kao i mogućnostima zaštite javnog interesa ugroženog ograničavanjem konkurencije.*

**Ključne reči:** *pravo i politika zaštite konkurencije, komisija za zaštitu konkurencije, tržišna efikasnost, javni interes.*

## 1. Uvod

Danas se uglavnom smatra da su slobodno tržište i privatna svojina uslov efikasnosti privrede, ali da država značajno utiče na ekonomsku aktivnost.<sup>1</sup> neslaganje postoji u vezi sa definisanjem ekonomske uloge države (Stiglic, 2008: 4–12). Dok jedni opravdavaju državnu kontrolu nad privredom, drugi se tome protive.<sup>2</sup> liberalne ideje utemeljene na komparativnim prednostima i slobodnoj konkurenciji stvaraju jake tržišne učesnike i podstiču privredni razvoj. U praksi se, međutim, zemlje ne odriču neomerkantilističkih strategija, posebno u periodima krize, jedino se razlikuju po načinu i intenzitetu regulisanja tržišta. i pored prethodnih konstatacija, smatram da država mora obezbediti uslove za fer tržišno nadmetanje i zaštititi konkurenciju, jer je to jedini način za stvaranje efikasnog tržišnog ambijenta i konkurentnih preduzeća. Ovu konstataciju potvrđuje istraživanje Heritidž fondacije, koje pokazuje da zemlje sa nižim stepenom ograničavanja tržišta imaju veću stopu privrednog rasta i bolji životni standard. nivo slobode tržišta ova fondacija meri tzv. *indeksom ekonomskih sloboda*. kako se navodi u njenom izveštaju, zemlje sa većim indeksom ekonomskih sloboda odlikuje: vladavina prava (zaštita svojinskih prava i odsustvo korupcije); ograničeno državno trošenje i niski porezi; efikasna

---

1 Pol Semjuelson i viliam nordhaus navode sledeće razloge za državnu intervenciju u privredi: ispravljanje tržišnih nedostataka, kao što su monopoli i proizvodnja javnih dobara; kontrola eksternih efekata, poput zagađenja; povećavanje pravičnosti, ublažavanjem nejednakosti u raspodeli dohodaka; i podsticanje privrednog rasta i stabilnosti privrede (Samuelson, Nordhaus, 2000: 30–35).

2 Ono što je nesporno jeste da država treba da obezbedi pravni poredak (sudstvo, policiju i dr.) i vladavinu prava (zaštitu svojinskih i ugovornih prava), bez kojih nema efikasnog privređivanja. takođe, država bi trebalo da obezbedi i određena javna dobra, posebno ona za koja privatni sektor nije zainteresovan. nesporno je da država može u ticati na tržišne rezultate, pitanje je da li je taj u ticaj pozitivan ili ne. trebalo bi u svakom konkretnom slu čaju odmeriti troškove i koristi državne intervencije i tržišnog izbora. (O razlozima za državnu intervenciju u privredi, oblicima te intervencije i pozadini ekonomskih odluka države, videti: nikolić, Mojašević, 2016: 161–178)



regulativa (slobodno poslovanje i tržište rada i stabilnost cena) i otvoreno tržište (sloboda investiranja, trgovanja i otvoreno finansijsko tržište). zemlje sa niskim indeksom ekonomskih sloboda odlikuje: vladavina pojedinaca a ne prava (nesigurna svojinska prava i prisustvo korupcije); prekomerno državno trošenje i visoki porezi; neefikasna regulativa (prepreke za poslovanje, nefleksibilno tržište rada i inflacija) i zatvoreno tržište (prepreke za investiranje i trgovinu i zatvoreno finansijsko tržište).<sup>3</sup>

Konkurencija jeste nadmetanje u česnika na tržištu, kako na strani ponude tako i na strani tražnje. Jača konkurencija stimuliše tržišne učesnike da budu uspešniji od konkurenata, čime se povećava individualna ali i ukupna ekonomska efikasnost. Svako narušavanje konkurencije dovodi do pada ekonomske efikasnosti i društvenog blagostanja. Država može i trebalo bi da podstiče konkurenciju. U tom cilju donose se antimonopolski zakoni, odnosno zakoni kojima se štiti pravo konkurencije i sankcionišu učesnici na tržištu koji narušavaju konkurenciju. Pored donošenja propisa kojima se štiti konkurencija, država osniva tela nadležna za primenu ovih propisa i preuzima druge aktivnosti u cilju zaštite konkurencije, odnosno ona sprovodi politiku zaštite konkurencije. insistiranje na razlici između prava konkurencije i politike zaštite konkurencije ima praktični značaj, jer i najbolji zakoni bez suštinske implementacije ne dovode do ostvarenja proklamovanih ciljeva. zaštita konkurencije ostvaruje se preduzimanjem aktivnosti usmerenih ka sprečavanju povrede konkurencije, kao i sankcionisanjem radnji i akata kojima je povređena konkurencija. Prevencija povrede konkurencije jeste poželjna, ali i efikasno procesuiranje i sankcionisanje učesnika na tržištu koji su narušili konkurenciju, takođe preventivno deluje u budućem periodu. *Zakon kojim se štiti konkurencija spada među zakone koje mnoge zemlje, s pravom, smatraju za prvoklasno važne u obezbeđivanju adekvatnog poslovnog okruženja, pa time i preduslova za društveno blagostanje i privredni rast* (Begović, Pavić, 2010: 35).

---

3 Danas u ekonomski najslobodnije zemlje sveta spadaju: Hong kong, Singapur i novi zeland. Uglavnom slobodne jesu: švajcarska, australija, irska, velika Britanija, Kanada i druge razvijene zemlje. U ekonomski najneslobodnije zemlje spadaju: Severna Koreja, Venecuela, Kuba, Eritreja, Republika Kongo i druge. Srbija spada u umereno (srednje) ekonomski slobodne zemlje, ispod svetskog i evropskog proseka. izvor: The Heritage Foundation, 2019 *Index of Economic Freedom*, pregledano 17. jul 2019, <http://www.heritage.org/index/>

institucionalna rešenja iz oblasti zaštite konkurencije čine: propisi, nadzor nad primenom tih propisa (komisija, direktorat itd.) i sudovi (Begović, Pavić, 2012: 121–125). Pravo konkurencije jeste osnova zaštite konkurencije u jednoj zemlji. Od 2009. godine kod nas se primenjuje zakon o zaštiti konkurencije<sup>4</sup>. kako se u članu 1 ovog zakona navodi, njime se uređuje zaštita konkurencije na tržištu rS, u cilju ekonomskog napretka i dobrobiti društva, a naročito koristi potrošača, kao i osnivanje, položaj, organizacija i ovlašćenje komisije za zaštitu konkurencije. i pored desetogodišnje primene ovog zakona, kao i osnivanja komisije nadležne za njegovu primenu, stiče se utisak da se u zaštiti konkurencije nije napredovalo, a posebno nije postignut cilj ovog zakona – ekonomski napredak i dobrobit društva. zbog toga je ovaj rad posvećen analizi prava i politike zaštite konkurencije u Srbiji, sa posebnim osvrtom na implementiranje prava konkurencije i rad nadležne komisije, kao i neke aktivnosti države koje utiču na slobodu konkurencije kod nas. naš zakon o zaštiti konkurencije nije savršen ali pruža solidnu osnovu za zaštitu prava konkurencije, međutim, stanje na tržištu ukazuje na neefikasnost politike zaštite konkurencije. Poseban deo ovog rada posvećen je uticaju ugovora vezanih za poslovanje beogradskog i niškog aerodroma na konkurenciju avio usluga.

Koliko su nosioci vlasti u Srbiji voljni da sprovedu politiku zaštite konkurencije, možda je diskutabilno, na to je, međutim, obavezuju sporazumi sa EU. Pravila EU štite slobodnu konkurenciju i sprečavaju vlade da dodeljuju državnu pomoć koja narušava konkurenciju. Osnove prava konkurencije EU postavljene su Ugovorom iz rima o osnivanju eez 1957. godine.<sup>5</sup> Ugovorom iz Mastrihta 1992. godine precizirano je da intervencije nacionalnih vlada ne smeju da naruše konkurenciju.<sup>6</sup>

Potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju 2008. godine, između ostalog, Srbija je preuzela obavezu da zaštiti konkurenciju.<sup>7</sup>

---

4 zakon o zaštiti konkurencije (zzk), *Sl. glasnik RS*, br. 51/09 i 95/13.

5 Čl. 85 i 86 ovog ugovora, European Commission, *The Treaty of Rome*, pregledano 17. jula 2019, [https://ec.europa.eu/romania/sites/romania/files/tratatul\\_de\\_la\\_roma.pdf](https://ec.europa.eu/romania/sites/romania/files/tratatul_de_la_roma.pdf) )

6 Čl. 3 i 102a ovog ugovora, Europa.eu, *Maastricht Treaty*, pregledano 17. jula 2019, [https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty\\_on\\_european\\_union\\_en.pdf](https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_en.pdf) )

7 Od čl. 72 do 79 zakona o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između evropskih zajednica i njihovih država članica, sa jedne strane, i republike Srbije, sa druge strane, *Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*, Br. 83/08

## 2. Politika konkurencije i efikasnost države

Džozef e. Stiglic navodi četiri glavna razloga za neuspjeh države u ostvarivanju njenih proklamovanih ciljeva: ograničene informacije, ograničena kontrola nad reakcijama privatnog sektora na njene mere, ograničena kontrola birokratije i ograničenja koja nameću politički procesi (Stiglic, 2008: 8–10). Posljedice mnogih mera države složene su i teško predvidive. Država često nema informacije vezane za ostvarivanje njenih ciljeva, niti može predvideti i kontrolisati reakciju privatnog sektora na njene mere. Možda najveći problem u ostvarivanju željenih ciljeva predstavlja nedovoljna kontrola nad birokratijom. koliko god da su zakoni dobri, bez njihove efikasne primene nema ostvarenja proklamovanih ciljeva. Drugim rečima, efekti određenih zakona u velikoj meri zavise od institucija koje ih primenjuju. Problem sa primenom zakona može nastati i zbog njihove nepreciznosti, kao i zbog neodgovornosti i zloupotreba onih koji ih primenjuju. kao četvrti razlog za neuspjeh državne intervencije, Stiglic navodi ograničenja koja nameću politički procesi. Čak i kada bi država bila savršeno informisana u vezi s posledicama svojih mera, dodatne teškoće stvorio bi politički proces u okviru kojeg se donose odluke o tim merama. U okviru zakonodavnog procesa ekspertske grupe konceptualiziraju pravo, pravna profesija u formi nacрта formuliše zakon/pravo, razne interesne grupe vrše pritisak da se usvoje određena pravna rešenja, zakonodavci/parlament usvajaju zakon i, na kraju, pravo primenjuju birokrate. kako naglašava prof. aleksandra Jovanović, *regulacija, odnosno pravo kreirano od strane izvršne vlasti, kao i formiranje i delovanje različitih administrativnih regulatornih agencija koje primenjuju pravo i koje, da bi primenjivale pravo/ zakone „prave“ pravo, odnosno regulaciju, takođe, stvara probleme. Ekonomske efekte regulacije koja se uvodi da „ispravi“ tržišnu alokaciju resursa je teško precizno izmeriti. Ekonomska regulacija nije besplatna. Ona stvara direktne i indirektne troškove. Direktni troškovi su troškovi države u pogledu donošenja i primene propisa, kao i rada regulatorne agencije. Indirektni troškovi su troškovi koji nastaju zato što interesne grupe (preduzeća, grane) vrše pritisak da se donese regulatorno pravilo u njihovu korist. Interesne grupe, dakle, troše resurse koji su mogli biti efikasnije upotrebljeni što dovodi do alokativne distorzije* (Jovanović, 2008: 62).

Svi prethodno navedeni razlozi neuspjeha državne intervencije u privredi utiču i na politiku zaštite konkurencije i otvaraju pitanje adekvatne ekonomske uloge države. Čini se nespornom potreba za smanjenjem ekonomske uloge države i privatizacija državne imovine. efikasna svojinska prava jesu ona kojima se maksimizira blagostanje.

Ukoliko dati okvir svojinskih prava postavlja prepreke razmeni i uvećavanju bogatstva, javiće se potreba za novom strukturom svojinskih prava. Privatizacija jeste reakcija na neefikasnu svojinsku strukturu državne/društvene svojine (Jovanović, 2008: 110). konkurencija može biti narušena i pružanjem *državne pomoći*. Države ponekad pomažu preduzećima gubitašima, posebno kada su ona u javnoj svojini, čime se destimuliše efikasna alokacija resursa, a teret pokriva gubitaka neuspešnih preduzeća prebacuje se sa potrošača na poreske obveznike. Ovakvom državnim politikom, na tržištu opstaju neefikasna preduzeća. kada se preduzeća naviknu na to, da će ih države održavati u poslu bez obzira na poslovne rezultate, podsticaji za inovacije i prilagođavanje su izrazito slabi (Baldwin, Wyplosz, 2010: 426–440).

Spomenuta Heritidž fondacija, unazad 25 godina, meri *Indeks ekonomskih sloboda* u 186 zemalja (The Heritage Foundation, 2019). kako navode, u ekonomski slobodnom društvu, pojedinci su slobodni da rade, proizvode, investiraju i raspolazu svojim dohotkom, dok vlade u tim državama dozvoljavaju slobodno kretanje rada, kapitala i dobara, i uzdržavaju se od ograničavanja slobode tržišnog nadmetanja. intervencija vlade u ovakvim društvima usmerena je na neophodne aktivnosti kojima se obezbeđuje zaštita i održavanje ekonomskih sloboda. Ova fondacija meri ekonomske slobode na osnovu 12 faktora, grupisanih u četiri kategorije: *vladavina prava* (imovinska prava, efikasnost sudstva, integritet vlade), *veličina vlade* (poresko opterećenje, državna potrošnja, fiskalna stabilnost), *regulatorna efikasnost* (poslovna sloboda, sloboda rada, monetarna sloboda), *otvorenost tržišta* (sloboda trgovine i investiranja, finansijska sloboda). Istraživanja ove fondacije pokazuju da je, u proteklih 25 godina, porasla prosečna ocena globalnih ekonomskih sloboda. zemlje koje su se otvorile konkurenciji na globalnom tržištu, koje su ograničile ekonomsku ulogu države, koje su ostvarile regulatornu efikasnost i vladavinu prava, ostvarile su značajan društveno-ekonomski razvoj. napredak u ekonomskoj slobodi nije bio ravnomeran u svim kategorijama koje su merene u indeksu. vidan je napredak u kategoriji ograničavanja veličine vlade i otvorenosti tržišta, dok je u manjoj meri povećana regulatorna efikasnost. Drugim rečima, zemlje koje su nastojale da unaprede svoje ekonomske rezultate, pre svega, su smanjivale poreske stope, unapređivale propise, kontrolisale inflaciju, unapređivale slobodnu trgovinu i otvarale svoja tržišta za investicije. U isto vreme, nepostojanje napretka u unapređenju vladavine prava je alarmantno. vladavina prava, posebno za zemlje u razvoju, i dalje je stub ekonomske slobode koji je najvažniji u postavljanju temelja za

ekonomski rast. navedeni parametri ekonomskih sloboda korisni su i za analizu efikasnosti politike zaštite konkurencije.

### 3. Pravo konkurencije u Srbiji

Regulatorni okvir za zaštitu konkurencije kod nas postoji. Ustavom rS zabranjeni su akti kojima se, suprotno zakonu, ograničava slobodna konkurencija, stvaranjem ili zloupotrebom monopolskog ili dominantnog položaja.<sup>8</sup> Ova oblast je u najvećoj meri kod nas regulisana u opštem zakonu (zakonu o zaštiti konkurencije), a delom i posebnim zakonima kojima se reguliše konkurencija u pojedinim sektorima (na primer: bankarskom, telekomunikacije itd.) (Begović et al., 2012: 125). *Povredom konkurencije*, u smislu domaćeg zakona, *smatraju se akti ili radnje učesnika na tržištu koje za cilj ili posledicu imaju ili mogu da imaju značajno ograničavanje, narušavanje ili sprečavanje konkurencije.*<sup>9</sup> Odredbe domaćeg zakona o zaštiti konkurencije primenjuju se na sva pravna i fizička lica koja neposredno ili posredno, stalno, povremeno ili jednokratno učestvuju u prometu robe, odnosno usluge, nezavisno od njihovog pravnog statusa, oblika svojine ili državljanstva, odnosno državne pripadnosti.<sup>10</sup> Dakle, kontroli povrede konkurencije podležu sva domaća i strana privredna društva i preduzetnici; državni organi, organi teritorijalne autonomije i lokalne samouprave; drugi učesnici na tržištu (sindikati, udruženja, ustanove i dr.); kao i javna preduzeća i drugi u česnici na tržištu, koji obavljaju delatnosti od opšteg interesa, odnosno kojima je aktom nadležnog državnog organa dodeljen fiskalni monopol, osim ukoliko bi primena ovog zakona sprečila obavljanje tih delatnosti (poslova). Do povrede konkurencije može doći stvaranjem monopola, zloupotrebom dominantnog položaja na tržištu, putem restriktivnih sporazuma, kao i zloupotrebom koncentracije. najvidljiviji oblik povrede konkurencije mogu u činiti monopoli, pa otuda i naziv antimonopolsko pravo. S obzirom na to da postoje i drugi spomenuti oblici povrede konkurencije, preciznije je koristiti termin pravo konkurencije.

*Restriktivni sporazumi* (ugovori, odredbe ugovora, izričiti ili prećutni dogovori, usaglašene prakse...) *su sporazumi između učesnika na tržištu koji imaju za cilj ili posledicu značajno ograničavanje, narušavanje ili sprečavanje konkurencije na teritoriji RS.*<sup>11</sup> Prema našem zakonu,

8 Čl. 84 Ustava republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, 98/06

9 Čl. 9 zzk

10 Čl. 3 zzk

11 Čl. 10 zzk

restriktivni sporazumi zabranjeni su i ništavi, osim u slučajevima izuzeća od zabrane.<sup>12</sup> tipičan primer jesu karteli u okviru kojih se u česnici dogovaraju o prestanku međusobnog takmičenja i definišu određene parametre njihovog poslovanja (cene i količine proizvoda, podela tržišta i sl.). Cilj kartelskih sporazuma jeste ograničavanje ili narušavanje konkurencije, zbog čega su oni zabranjeni i smatraju se štetnim po privredu. nasuprot njima, monopoli mogu imati i pozitivne efekte, kada recimo svoju poziciju koriste za razvoj novih tehnologija.

Prema našem zakonu, *dominantan položaj ima učesnik na tržištu koji, zbog svoje tržišne snage, može da posluje na relevantnom tržištu u značajnoj meri nezavisno u odnosu na konkurente, kupce, dobavljače ili potrošače.*<sup>13</sup> *Zloupotreba dominantnog položaja* (nametanje nepravične cene ili drugih nepravičnih uslova poslovanja; ograničavanje proizvodnje, tržišta ili tehnološkog razvoja; favorizovanje nekih učesnika na tržištu; uslovljavanje zaključenja ugovora preuzimanjem nekorektnih obaveza) *na tržištu je zabranjena.*<sup>14</sup> kao i u slučaju monopola, samo postojanje dominantnog položaja nije zabranjeno, ali jeste njegova zloupotreba. Odredbe domaćeg zakona koje se odnose na zloupotrebu dominantnog položaja primenjuju se i na monopole, odnosno privredne subjekte koji nemaju konkurente na određenom tržištu i koji mogu taj položaj zloupotrebiti.

Česta je pojava na tržištu da se vrši koncentracija učesnika, sa namerom povećanja tržišnih u činaka, što za posledicu može imati povredu konkurencije. Prema domaćem zakonu, *koncentracija učesnika na tržištu nastaje u slučaju: spajanja i drugih statusnih promena učesnika na tržištu; sticanja od strane jednog ili više učesnika na tržištu, neposredne ili posredne kontrole nad drugim učesnikom ili više njih; zajedničkog ulaganja od strane dva ili više učesnika na tržištu u cilju stvaranja novog učesnika ili sticanja zajedničke kontrole nad postojećim učesnikom na tržištu.*<sup>15</sup>

*Koncentracije učesnika na tržištu su dozvoljene, osim ako bi značajno ograničile, narušile ili sprečile konkurenciju na tržištu RS ili njegovom delu, a naročito ako bi to ograničavanje, narušavanje ili sprečavanje bilo rezultat stvaranja ili jačanja dominantnog položaja.*<sup>16</sup> U određenim, zakonom propisanim slučajevima, postoji obaveza tržišnih učesnika

---

12 videti: od čl. 11 do 14 zzk

13 Čl. 15 zzk

14 Čl. 16 zzk

15 Čl. 17 zzk

16 Čl. 19 zzk

da prijave koncentraciju komisiji za zaštitu konkurencije.<sup>17</sup> komisija može ispitivati koncentraciju i po službenoj dužnosti, na osnovu svojih saznanja o sprovedenoj koncentraciji.<sup>18</sup> koncentracija učesnika na tržištu može povrediti konkurenciju, ali može imati i pozitivne ekonomske efekte. recimo, spajanjem dva ili više privrednih društava u novo privredno društvo, mogu se smanjiti troškovi proizvodnje pod uticajem ekonomije obima, veće su mogućnosti tehnološkog razvoja i sl. iz tih razloga, kontroli koncentracije treba obazrivo pristupiti i pravilno proceniti njen uticaj na ekonomsku efikasnost i društveno blagostanje.

Primena prava konkurencije kod nas vezana je za rad komisije za zaštitu konkurencije.<sup>19</sup> Ona je formalno samostalna i nezavisna organizacija, koja za svoj rad odgovara narodnoj skupštini.<sup>20</sup> komisija pokreće postupak ispitivanja povrede konkurencije po službenoj dužnosti, kada na osnovu dostavljenih inicijativa, informacija i drugih raspoloživih podataka, osnovano pretpostavi postojanje povrede konkurencije.<sup>21</sup> Postupak po prijavi koncentracije, kao i postupak za pojedinačno izuzeće, pokreće se i vodi po zahtevu stranke.<sup>22</sup> Pored toga što je nadležna da rešava o pravima i obavezama učesnika na tržištu u skladu sa zakonom, ona određuje upravne mere i drugo, nadležna je i da prati i analizira uslove konkurencije na pojedinačnim tržištima i sektorima.<sup>23</sup> Osim komisije za zaštitu konkurencije, postoje i druga tela kod nas koja su zadužena da se staraju o konkurenciji u određenim sektorima, recimo, narodna banka Srbije kontroliše konkurenciju na finansijskom tržištu (Begović et al., 2012: 126).

---

17 Čl. 61 zzk

18 Čl. 62 zzk

19 U Sa D, kolevci borbe protiv monopola, zaštitom konkurencije bave se uporedo dva državna tela (posebno odeljenje Ministarstva pravde i federalna komisija za trgovinu). iako multiplikacija tela nadležnih za neko pitanje, bar načelno posmatrano, nije najbolje rešenje, u Sa D ono dobro funkcioniše zato što je teret zaštite konk u rencije drugačije raspoređen nego u drugim državama (Begović, Pavić, 2010: 36).

20 Čl. 20 zzk

21 Čl. 35 zzk

22 Чл. 36 ззк

23 Чл. 21, став 1, тачке 1, 2 и 6 ззк

#### **4. Javna svojina i konkurencija – primer beogradskog i niškog aerodroma**

tokom 2018. godine, pažnju domaće javnosti, pored brojnih drugih ugovora, privukao je i Ugovor o koncesiji aerodroma „Nikola Tesla“ u Beogradu i francuske firme VINCI Airports. U isto vreme (09. 08. 2018. god.) realizuje se i prenos vlasništva aerodroma „konstantin veliki“ sa Grada niša na republiku Srbiju. Prethodno je niški parlament, većinom glasova, izglasao predlog Gradskog veća kojim se niški aerodrom ustupa republici Srbiji bez naknade. na primeru ovih dvaju ugovora, otvorićemo neka pitanja u vezi sa ekonomskim efektima raspolaganja javnom imovinom i njihovim uticajem na konkurenciju, kao i u vezi sa zaštitom javnog interesa kada postoji sumnja da konkretni državni ugovori ograničavaju konkurenciju i ugrožavaju društveno blagostanje.

Prvo pitanje odnosi se na *tajnost ugovora* koje zaključuje država. Brojni su ugovori kojima je rS raspolagala javnom imovinom, a da oni nisu bili dostupni građanima: prodaja većinskog udela niS-a, Ugovor sa fijatom, izgradnja „Beograda na vodi“, prodaja Jat-a, ustupanje vojnog poljoprivrednog zemljišta i mnogi drugi. tako je, recimo, Ministarstvo privrede odbilo da dostavi ugovor o upravljanju smederevskom železarnom 2015. godine, i pored nekoliko naloga Poverenika za informacije od javnog značaja i zaprećenom novčanom kaznom, koja se plaća iz budžeta, novcem poreskih obveznika.<sup>24</sup> Ovi primeri pokazuju da samo postojanje zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja<sup>25</sup> i Poverenika za informacije od javnog značaja ne obezbeđuje uvek informacije od javnog značaja.

komisija za zaštitu konkurencije je 11. juna 2018. godine donela rešenje kojim odobrava koncentraciju učesnika na tržištu koja nastaje sticanjem kontrole od strane privrednog društva VINCI Airports Serbia d.o.o. nad poslovanjem privrednog društva aD aerodrom nikola tesla.<sup>26</sup> rešenje je doneto na osnovu prijave koncentracije koju je podneo VIN- CI Airports Serbia. na osnovu člana 45 zzk podnosilac prijave je podneo komisiji zahtev za zaštitu određenih podataka sadržanih u prijavi

<sup>24</sup> transparentnost Srbija, *Ministarstvo budžetskim novcem brani tajnost ugovora*, pregledano 22. jul 2019, <http://www.transparentnost.org.rs/index.php/sr/aktivnosti-2/naslovna/7806-ministarstvo-budžetskim-novcem-brani-tajnost-ugovora>

<sup>25</sup> zakon o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja, *Sl. glasnik RS*, 120/04, 54/07, 104/09 i 36/10

<sup>26</sup> aD aerodrom nikola tesla, *Rešenje Komisije za zaštitu konkurencije*, pregledano 11. marta 2019, <http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2018/07/Resenje-aerodrom-sajt-final.pdf>



koncentracije, što je komisija odobrila donošenjem posebnog zaključka o zaštiti podataka. iako se u zakonu navodi da zaštićeni podaci nemaju svojstvo informacije od javnog značaja u smislu zakona kojim se uređuje slobodan pristup informacijama od javnog značaja<sup>27</sup>, ovakvim zaključkom komisije javnost je ostala uskraćena za informacije koje eventualno ukazuju na ograničavanje konkurencije vezane za Ugovor o koncesiji aerodroma nikola tesla (koji je takođe tajan) i navodi na razmišljanje o istinskoj samostalnosti komisije za zaštitu konkurencije. rešenje kojim se odobrava pomenuta koncentracija učesnika na tržištu jeste dostupno na zvaničnom sajtu komisije, ali bez zaštićenih podataka kao i Ugovora na osnovu kog je odlučivano. Tajnost Ugovora o koncesiji aerodroma nikola tesla stvorila je sumnju u efikasno raspolaganje javnom imovinom, kao i pitanje da li je prenos vlasništva niškog aerodroma, sa Grada niša na rS, i ograničavanje prometa na njemu, deo uslova koje je koncesionar postavio. Ukoliko se ispostavi da Ugovor o koncesiji beogradskog aerodroma na bilo koji način ograničava, narušava ili sprečava konkurenciju na srpskom tržištu avio usluga, to bi bilo grupno kršenje odredbi zakona o zaštiti konkurencije.<sup>28</sup> Protiv konačnog rešenja komisije može se podneti tužba Upravnom sudu u roku od 30 dana od dana dostavljanja rešenja stranci.<sup>29</sup> U vezi sa sudskom kontrolom pomenutog rešenja komisije, postavlja se pitanje lica koja mogu pokrenuti upravni spor. U skladu sa našim zakonskim rešenjima to mogu biti samo nadležno javno pravobranilaštvo i tužilaštvo, zbog čega se postavlja pitanje pravne zaštite u situacijama kada ona ne pokrenu sudski spor.

Sledeće pitanje u vezi sa ovim ugovorima odnosi se na *ulogu pravobranilaštva*. Pravobranilaštvo je organ koji obavlja poslove pravne zaštite imovinskih prava i interesa rS, autonomne pokrajine, odnosno jedinice lokalne samouprave. Poslove pravobranilaštva za zaštitu imovinskih prava i interesa rS obavlja Državno pravobranilaštvo, dok su za zaštitu imovinskih prava i interesa autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave zadužena pravobranilaštva autonomnih pokrajina i jedinica lokalne samouprave.<sup>30</sup> Državno parvobranilaštvo vrši pravobranilačku funkciju koja se sastoji u ostvarivanju i zaštiti imovinskih prava i interesa države, kroz pravno zastupanje i savetovanje rS, odnosno njenih organa i organizacija. nadležnosti Državnog

---

27 Čl. 45, stav 4 zzk

28 Čl. 3 i 9 zzk

29 Čl. 71 zzk

30 Čl. 2 zakona o pravobranilaštvu (zP), *Sl. glasnik RS*, 55/14

pravobranilaštva su<sup>31</sup>: zastupa rS (i druga pravna lica čiji je osnivač rS) u postupcima pred sudovima, arbitražama, organima uprave i drugim nadležnim organima; prati rad državnih organa, kao i primenu zakona i drugih opštih pravnih akata od značaja za zaštitu imovinskih prava i interesa rS i o uočenim problemima obaveštava vladu i druge nadležne državne organe; ovlašćeno je da pokrene postupak za ocenu ustavnosti zakona, odnosno za ocenu ustavnosti i zakonitosti drugih opštih pravnih akata, ako oceni da su njima povređena imovinska prava i interesi rS; daje pravna mišljenja o imovinskopравnim pitanjima subjektima koje zastupa; kada je postupanjem drugog pravobranilaštva povređen javni interes, Državno pravobranilaštvo može preuzeti postupanje; i drugo. nadležnosti pravobranilaštva utvrđene su i nizom posebnih zakona. recimo, čl. 14 zakona o prometu nepokretnosti<sup>32</sup> glasi: *ako je ugovor o prometu nepokretnosti zaključen suprotno odredbama ovog zakona, zakona kojim se uređuje javna svojina ili drugog zakona, nadležni pravobranilac je dužan da podnese tužbu za poništaj ugovora*. U skladu sa članom 37 zakona o javnoj svojini (zJS)<sup>33</sup> ugovori o pribavljanju, otuđenju i razmeni nepokretnosti u svojini rS, kao i ugovori o prenosu prava javne svojine na nepokretnosti sa rS na druge nosioce prava javne svojine, zaključuju se po prethodno pribavljenom mišljenju Državnog pravobranilaštva. Državno pravobranilaštvo dužno je da podnese tužbu za poništenje ugovora iz člana 37 koji je zaključen suprotno propisima, kao i u slučaju ako ugovorena naknada odstupa od propisane ili od one koja se mogla ostvariti u vreme zaključenja ugovora.<sup>34</sup> iste odredbe se primenjuju i kod zaključenja i pobijanja ugovora o pribavljanju i raspolaganju nepokretnostima u svojini autonomne pokrajine i jedinice lokalne saouprave, s tim što kod raspolaganja tim nepokretnostima mišljenje daje, odnosno tužbu podnosi, javno pravobranilaštvo autonomne pokrajine, odnosno jedinice lokalne samouprave, odnosno drugi nadležni organ ili lice.<sup>35</sup> ako su upravnim aktom povređena imovinska prava i interesi RS, autonomne pokrajine ili jedinice lokalne samouprave, upravni spor može da pokrene i nadležno javno pravobranilaštvo.<sup>36</sup> i pored spomenutih zakonskih mogućnosti, nadležno pravobranilaštvo

---

31 Čl. 11 do 18 zP

32 zakon o prometu nepokretnosti, *Sl. glasnik RS*, 93/14, 121/14 i 6/15)

33 zakon o javnoj svojini, *Sl. glasnik RS*, 72/11, 88/13, 105/14, 104/16 - dr. zakon, 108/16 i 113/17)

34 Čl. 38 zJS

35 Čl. 39 zJS

36 Čl. 11, stav 4 zakona o upravnim sporovima (zUS), *Sl. glasnik RS*, 111/09

nije preduzelo ništa u vezi sa spomenutim ugovorima niti je poznato da li se od njih i tražilo mišljenje o raspolaganju javnom imovinom. i pored zakonskih mogućnosti, u vezi sa ovim ugovorima nije se oglasilo ni domaće tužilaštvo. *Javno tužilaštvo* je samostalan državni organ koji goni učinioce krivičnih i drugih kažnjivih dela i preduzima mere za zaštitu ustavnosti i zakonitosti.<sup>37</sup> republički javni tužilac (najviše javno tužilaštvo u RS) odgovoran je za rad javnog tužilaštva i za svoj rad narodnoj skupštini. Javni tužioci odgovaraju za rad javnog tužilaštva i za svoj rad republičkom javnom tužiocu i narodnoj skupštini, a niži javni tužioci i neposredno višem javnom tužiocu.<sup>38</sup> tužilac u upravnom sporu može biti lice koje smatra da mu je upravnim aktom povređeno neko pravo ili na zakonu zasnovani interes. ako je upravnim aktom povređen zakon na štetu javnog interesa, upravni spor može da pokrene nadležni javni tužilac. Javno tužilaštvo je samostalni državni organ koji goni učinioce krivičnih dela i drugih kažnjivih dela i preduzima mere za zaštitu ustavnosti i zakonitosti.<sup>39</sup> Javni tužilac i zamenik javnog tužioca su u vršenju funkcije samostalni od izvršne i zakonodavne vlasti.<sup>40</sup>

## 5. Razlozi neefikasnosti domaće politike zaštite konkurencije

na osnovu svega rečenog, možemo apostrofirati neke od razloga neefikasnosti domaće politike zaštite konkurencije. Prva grupa razloga odnosi se na *vladavinu prava*. zaštićena imovinska prava pružaju privrednim subjektima poverenje da posluju, uštede svoje prihode i dugoročno investiraju. U oblasti zaštite konkurencije, domaći zakon o zaštiti konkurencije pruža solidnu osnovu ove zaštite, što se ne može reći o regulativi koja se odnosi na kontrolu državne pomoći. Domaći zakon o kontroli državne pomoći (zkDP)<sup>41</sup> donet je u isto vreme kada i zakon o zaštiti konkurencije. Ovim zakonom uređuju se uslovi i postupak kontrole državne pomoći u cilju zaštite slobodne konkurencije na tržištu. Međutim, ostvarivanje proklamovanog cilja ugrozile su pojedine odredbe ovog zakona. recimo, članove komisije za kontrolu državne pomoći (kkDP) uglavnom postavljaju ministarstva

37 Čl. 156 Ustava rS

38 Čl. 160 Ustava rS

39 Čl. 2 zakona o javnom tužilaštvu (zJt), *Sl. glasnik RS*, 116/08, 104/09, 101/10, 78/11 - dr. zakon, 101/11, 38/12 - odluka US, 121/12, 101/13, 111/14 - odluka US, 117/14, 106/15 i 63/16 - odluka US)

40 Čl. 45 zJt

41 zakon o kontroli državne pomoći, *Sl. glasnik RS*, 51/09

koja dodeljuju pomoć, a sekretarijat kkDP je administrativni deo Ministarstva finansija.<sup>42</sup> Stoga se kkDP ne može smatrati nezavisnom institucijom koja bi trebalo da kontroliše državnu pomoć i spreči povredu konkurencije. kako se u izveštaju evropske komisije za 2018. godinu navodi, ova komisija još nije donela nijednu odluku kojom se zabranjuje državna pomoć, niti uslovnu odluku ili odluku u korist povraćaja.<sup>43</sup> Suštinska komponenta vladavine prava jeste efikasnost pravosuđa. Sudovi treba da štite prava svih građana od kršenja zakona od strane drugih, uključujući i državu i moćne interesne grupe. efikasnost pravosuđa jeste ključni faktor zaštite prava konkurencije kod nas, kao i porasta ekonomske efikasnosti. tome treba dodati i odlučno suprotstavljanje korupciji u državnim institucijama.

efikasnost politike zaštite konkurencije uslovljena je i ukupnom *regulatornom efikasnošću*. Situacija da pojedinac može osnovati i voditi preduzeće, bez nepotrebnog uplitanja države, jedan je od osnovnih pokazatelja stanja na tržištu. komplikovana procedura i prateći troškovi mogu biti prepreka obavljanju poslovnih aktivnosti i smanjiti konkurentsko nadmetanje. Državna regulativa može ometati normalno poslovanje i uticati na formiranje cena.<sup>44</sup> Sa druge strane, ukoliko se propisi primenjuju prema svima i transparentno, olakšava se poslovanje i dugoročno poslovno planiranje. Upravo je selektivna primena zakona i nejednak tretman domaćih u česnika na tržištu osnovni razlog neravnopravnog tržišnog nadmetanja. konkurentska snaga učesnika na tržištu i njihova efikasnost uslovljeni su i *monetarnom i fiskalnom stabilnošću* u zemlji, kao i *stepenom otvorenosti tržišta*.

Sledeću grupu razloga neefikasnosti domaće politike zaštite konkurencije možemo naći u *politici državne intervencije* u privredi. recimo, poreska politika direktno utiče na konkurentsku sposobnost privrednih subjekata. Države koje dozvoljavaju pojedincima i privrednim subjektima da zadrže i upravljaju većim delom svojih prihoda i bogatstva za vlastitu korist i upotrebu maksimiziraju ekonomsko blagostanje povećanjem ekonomske efikasnosti. Sa druge strane, državna potrošnja se javlja u više oblika, koji različito utiču na ekonomsku efikasnost. neka državna potrošnja (na primer, za izgradnju infrastrukture,

---

42 videti: čl. 6 zKDP

43 Ministarstvo za evropske integracije, *Izveštaj EK o Srbiji za 2018. godinu*, pregledano 3. avgusta 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 O regulativi ekonomskih aktivnosti u Srbiji i njenim efektima na konkurenciju, videti: Paunović, Tasić, 2013: 182–190.

finansiranje istraživanja ili obrazovanja) može se smatrati ekonomski opravdanom. Ona troši i na javna dobra koja su korisna za društvo, ukoliko privatni sektor za njih nije adekvatno zainteresovan. Međutim, sva državna potrošnja mora na kraju biti finansirana većim porezima, što jeste trošak za poreske obveznike. Ovaj trošak smanjuje potrošnju i ulaganja koja bi se ostvarila da su finansijska sredstva ostala privatnom sektoru. Preterana državna potrošnja predstavlja veliki rizik od istiskivanja privatnih ekonomskih aktivnosti. Čak i ako ekonomija postigne brži rast na osnovu državne potrošnje, takva ekonomska ekspanzija ima tendenciju da bude samo privremena, narušavajući tržišnu raspodelu resursa i podstiče za privatna ulaganja. Država kao učesnik na tržištu, za razliku od drugih učesnika koji su podvrgnuti tržišnoj disciplini i zdravoj konkurenciji, često dovodi do porasta birokratije, niže produktivnosti, neefikasnosti i rastućeg javnog duga. Jednom reči, svaka državna intervencija, a kod nas je još uvek značajna, u većoj ili manjoj meri remeti tržišnu utakmicu i smanjuje ekonomsko blagostanje.<sup>45</sup>

## 6. Zaključak

iako se konkurencija smatra demokratijom u ekonomiji, kod nas je prisutan otpor prema njoj. Domaći privredni subjekti nisu naviknuti na konkurenciju već, često, pokušavaju da profitiraju korišćenjem privilegija. Sa druge strane, naša država ne pokazuje istinsku spremnost za sprovođenje efikasne politike zaštite konkurencije, niti sprovodi ozbiljnu borbu protiv korupcije vezane za poslovanje, što jeste jedan od uslova slobodne konkurencije. institucije značajne za oblast zaštite konkurencije kod nas jesu: komisija za zaštitu konkurencije i komisija za kontrolu državne pomoći; javno tužilaštvo i pravobranilaštvo; kao i upravni sud. Ove komisije suštinski nisu nezavisne, posebno ne komisija za kontrolu državne pomoći. Javno tužilaštvo je nadležno da goni učinioce krivičnih dela, mada do sada gotovo nije ni gonilo učinioce krivičnog dela zabrane zaključenja restriktivnog sporazuma.<sup>46</sup>

Upravni sud je neposredno nadležan za oblast zaštite konkurencije kod nas, on sprovodi kontrolu rešenja komisije za zaštitu konkurencije,

45 O problemima zaštite konkurencije u rS videti: Dobrašinović, Matić Bošković, Prokopijević, Plah u tnik, radojčić, (2014: 8–10). *Zaštita konkurencije i suzbijanje monopola*. (elektronska verzija). Pregledano 21. maja 2019, na <http://www.nadzor.org.rs/pdf/Zastita%20konkurencije%20i%20suzbijanje%20monopola.pdf>

46 Čl. 229 krivičnog zakonika, *Sl. glasnik RS*, 85/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 i 94/16

ali za sada ne postoje specijalizovana odeljenja koja bi se bavila ovom složenom oblašću. Bez nezavisnih i stručnih tela nadležnih za primenu regulative iz ove oblasti i efikasnog sudstva nema efikasne politike zaštite konkurencije, kao garancije pravne sigurnosti u česnika na tržištu. što se regulative tiče, zakon o zaštiti konkurencije nije savršen, ali pruža solidnu osnovu za zaštitu konkurencije. Možda je najveća zamerka u vezi njega što vlada određuje bliže uslove za primenu ovog zakona, čime je data prilika izvršnoj vlasti da podzakonskim aktima ograničava zakonske odredbe (Dobrašinić, et al., 2014: 31).<sup>47</sup> kada je reč o zakonu o kontroli državne pomoći, on bi morao da pretrpi bitnije izmene, jer nije omogućio ostvarivanje cilja zbog koja je donet, posebno u delu koji se odnosi na položaj nadležne komisije za njegovu primenu. i drugi zakoni utiču na slobodu konkurencije, kao što je recimo zakon o javnim nabavkama<sup>48</sup>, koji po svojoj definiciji utiče na jačanje konkurencije. Ukoliko se, međutim, dozvoli nameštanje ponuda i korupcija u vezi sa javnim nabavkama, može se javiti i gruba povreda konkurencije (Dobrašinić, et al., 2014: 40–46). iako nisu savršena, zakonska rešenja u oblasti zaštite konkurencije kod nas su manji problem od njihove primene. zaštita konkurencije je moguća ako postoje dobra zakonska rešenja, kao i efikasne i nezavisne institucije koje ih primenjuju.

## Literatura/References

Jovanović, A. (2008). *Teorijske osnove ekonomske analize prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu izdavački centar

Paunović, M., Tasić, S. (2013). Economic Regulation in Serbia: Theory and Practice. U A. Jovanović i Lj. Madžar (Prir.), *Law, Rules and Economic Performance* (str. 174–193). Beograd: Faculty of Law.

Nikolić, Lj., Mojašević, a. (2016). *Ekonomija za pravnike*, niš: Medivest

Samuelson, P., Nordhaus, W. (2000). *Economics*, New York: McGraw-Hill Inc.

Stiglic, Dž. (2008). *Ekonomija javnog sektora*. Beograd: ekonomski fakultet Univerziteta u Beogradu

Baldwin, R., Wyplosz, Ch. (2010). *Ekonomija evropskih integracija*, Beograd: DATA STATUS

---

47 videti: čl. 13 zzk

48 zakon o javnim nabavkama, *Sl. glasnik RS*, 124/12, 14/15 i 68/15

Begović, B., Pavić, v. (2012). *Uvod u pravo konkurencije*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Begović, B., Pavić, v. (2010). *Šta je konkurencija i kako se štiti?* (elektronska verzija). Pregledano 25. avgusta 2019, na <http://www.sam.org.rs/sw4i/download/files/article/%C5%A0ta%20je%20konkurencija.pdf?id=77>

Dobrašinović, D., Matić Bošković, M., Prokopijević, M., Plahutnik, a., radojčić, Č. (2014). *Zaštita konkurencije i suzbijanje monopola*. (elektronska verzija). Pregledano 21. maja 2019, na <http://www.nadzor.org.rs/pdf/Zastita%20konkurencije%20i%20suzbijanje%20monopola.pdf>

Ustav republike Srbije. *Službeni glasnik RS*. Br. 98 (2006)

zakon o javnoj svojini. *Službeni glasnik RS*. Br. 72 (2011), 88 (2013), 105 (2014), 104 (2016) - dr. zakon, 108 (2016), 113 (2017)

Zakon o pravobranilaštvu. *Službeni glasnik RS*. Br. 55 (2014)

Zakon o javnom tužilaštvu. *Službeni glasnik RS*. Br. 116 (2008), 104 (2009), 101 (2010), 78 (2011) - dr.zakon, 101 (2011), 38 (2012) - odluka US, 121 (2012), 101 (2013), 111 (2014) - odluka US, 117 (2014), 106 (2015) i 63 (2016) - odluka US

Zakon o prometu nepokretnosti. *Službeni glasnik RS*. Br. 93 (2014), 121 (2014), 6 (2015).

Zakon o upravnim sporovima. *Službeni glasnik RS*. Br. 111 (2009).

Zakon o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja. *Službeni glasnik RS*. Br. 120 (2004), 54 (2007), 104 (2009), 36 (2010).

Zakon o zaštiti konkurencije. *Službeni glasnik RS*. Br. 51 (2009), 95 (2013).

Zakon o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između evropskih zajednica i njihovih država članica, sa jedne strane, i republike Srbije, sa druge strane. *Službeni glasnik RS - Međunarodni ugovori*. Br. 83 (2008).

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

AD aerodrom nikola tesla, *Rešenje Komisije za zaštitu konkurencije*, pregledano 11. marta 2019, <http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2018/07/Resenje-aerodrom-sajt-final.pdf>

Transparentnost Srbija, *Ministarstvo budžetskim novcem brani tajnost ugovora*, pregledano 22. jula 2019, <http://www.transparentnost.org.rs/index>

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

Ministarstvo za evropske integracije, *Izveštaj EK o Srbiji za 2018. godinu*, pregledano 3. avgusta 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*, pregledano 17. jula 2019, [https://ec.europa.eu/romania/sites/romania/files/tratatul\\_de\\_la\\_roma.pdf](https://ec.europa.eu/romania/sites/romania/files/tratatul_de_la_roma.pdf))

Europa.eu, *Maastricht Treaty*, pregledano 17. jula 2019, [https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty\\_on\\_european\\_union\\_en.pdf](https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/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.*



**Dr Miloš Živković,\***  
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Beogradu

pregledni naučni rad  
doi:10.5937/zrpfni1984

UDK: 347.235:347.136(497.11)  
Rad primljen: 05.09.2019.  
Rad prihvaćen: 25.10.2019.

## **UPOTREBA INFORMACIONIH TEHNOLOGIJA U POSTUPKU UPISA U KATASTAR NEPOKRETNOSTI\*\***

**Apstrakt:** *Zakon o postupku upisa u katastar nepokretnosti i vodova iz 2018. godine doneo je brojne novine u srpsko pravo registara nepokretnosti, od kojih je najvažnija upisivanje prava u katastar nepokretnosti po službenoj dužnosti. Ova novina je omogućena pre svega tehnološkim inovacijama i informacionim međupovezivanjem različitih državnih organa i nosilaca javnih ovlašćenja. Rad pregledno analizira celokupan novoustanovljeni postupak upisa i posebno ulogu koju u tako uređenom postupku ima upotreba informacionih tehnologija, odnosno elektronske komunikacije. Ističe se da je, i prema slovu zakona, u toku prelazni period koji treba da označi tranziciju od ranije postojećeg „papirnog“ oblika vođenja postupka, preko sada primenjivanog postupka koji se vodi posredstvom „digitalizovanih“ analognih dokumenata, do željenog postupka koji će se u potpunosti voditi posredstvom digitalnih, elektronskih dokumenata. U radu se posebno naglašavaju izazovi koje pred pravnike postavlja upotreba informacionih tehnologija u postupku upisa u katastar nepokretnosti, i naznačavaju trendovi budućeg razvoja u ovoj oblasti.*

**Ključne reči:** *katastar nepokretnosti, postupak upisa, elektronski dokumenti, upis po službenoj dužnosti.*

---

\* mdz@ius.bg.ac.rs

\*\* rad je nastao u okviru projekta „identitetski preobražaj Srbije“, koji sprovodi Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

## 1. Uvod

U evropskim zemljama već je nekoliko stoleća uobičajeno postojanje sveobuhvatnih registara nepokretnosti koji pokrivaju celokupnu državnu teritoriju. Ovo je prevashodno slučaj u zemljama čija je tekovina austrijsko-nemački zemljišnoknjižni sistem, zahvaljujući načelima stvarnosti i potpunosti koja važe unutar toga sistema evidencije (umesto mnogih Josipović, 2001: 122–124, 140). Danas, međutim, ovo važi i za zemlje koje su, u ranijem periodu, bile skeptične prema potrebi ustrojavanja sveobuhvatne evidencije nepokretnosti, poput francuske<sup>1</sup> ili, još više, engleske i velsa.<sup>2</sup> Prevashodni razlog za ustrojstvo ovakvih registara u savremenom pravu jeste interes pravne sigurnosti, kako u vezi s postojanjem i obimom prava na nepokretnostima, tako, još više, u vezi s prenosom prava na nepokretnostima.

tehnološki razvoj, posebno nagli razvoj u oblasti informacionih tehnologija, omogućava povećanje ažurnosti i pouzdanosti evidencije nepokretnosti do stepena koji je, pre toga razvoja, bio praktično nezamisliv. Danas postoje softverska rešenja koja omogućavaju srazmerno pouzdano mapiranje celokupne površine planete, i moglo se očekivati da će ovakav razvoj uticati i na evidenciju nepokretnosti. ideal kompjuterske (elektronske) evidencije nepokretnosti i prava na njima, uz prenos tih prava koji bi se odigravao „u realnom vremenu“, odnosno trenutno, tehnološki odavno nije nedostižan, i sistemi evidencije

---

1 iako u vreme usvajanja građanske kodifikacije u francuskoj nije postojala sveobuhvatna evidencija nepokretnosti, već polovinom XIX veka izvršena je prva reforma evidencije nepokretnosti, dok je polovinom XX veka izvršena još jedna temeljna reforma kojom je registar postao sveobuhvatan (o situaciji u francuskoj videti više Aynès, Crocq (2013) 289–294.

2 U engleskoj i velsu najnovija reforma je izvršena donošenjem *Land Registration Act* 2002. godine. inače, pokušaji uvođenja sveobuhvatnog registra nepokretnosti postojali su od 1862, kada je donet *Land Registry Act* za englesku i vels, ali je ovaj propis ostao bez dejstva i praktične primene. 1925. godine donet je prvi *Land Registration Act*, koji je reformisan donošenjem novog zakona 2002. godine. Jedan od razloga za reformu, prema stavu *Law Commission*, bio je omogućavanje digitalizacije registra i tzv. *e-conveyancing*, v. *The Law Commission, Land Registration for the Twenty First Century, A Conveyancing Revolution*, London, Stationary Office, 2001, poslednji pristup 12. 8. 2019, na adresi <https://web.archive.org/web/20080909210949/http://www.lawcom.gov.uk/docs/lc271.pdf>, 2. kao razlog za donošenje novog propisa u ovoj opširnoj studiji navodi se sledeće: „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 (naglašavanje moje).

nepokretnosti poslednjih tridesetak godina, u gotovo svim evropskim zemljama, prelaze na sistem elektronske evidencije. tako je u austriji uvođenje e-zemljišne knjige započelo još 1980, knjige su prevedene u elektronsku formu 1992, a od 1999. je omogućen i pristup preko interneta (Rechberger, Bittner, 2007: 44--48); u nemačkoj su prvi planovi za automatizaciju zemljišne knjige doneti sedamdesetih godina prošlog veka, dok je ona uvedena putem *Registerverfahrensbeschleunigungsgesetz* (zakon o ubrzanju postupka registracije) koji je usvojen 1993. godine (Schöner, Stöber (2004): 30–31), a početkom ove decenije u doktrini se konstatuje da je elektronski vođena zemljišna knjiga praktično jedina postojeća (Stöber, Morvilius (2012): 55, detaljno v. Keller, Munzig (2015): 1244–1313); u švajcarskoj su radne grupe posvećene kompjuterizaciji zemljišne knjige formirane sedamdesetih i osamdesetih godina prošlog veka, a izmena ZGB (§ 949a) usvojena je 1991, a stupila na snagu 1994. godine (Zobl (2004),117 i dalje).

U Srbiji se, od kasnih osamdesetih i ranih devedesetih godina prošlog veka, namesto zemljišnoknjižnog sistema razvija sistem jedinstvene evidencije nepokretnosti posredstvom katastra nepokretnosti koji postoji u okviru republičkog geodetskog zavoda (dalje: rGz), dakle, kao deo uprave, a ne pravosuđa kao u zemljišnoknjižnom sistemu.<sup>3</sup> iako su tom argumentu iznošene osnovane kritike (šarkić, 2000: 95–96), jedan od razloga promene sistema evidencije koji su navodili zagovornici promene bio je i kompjuterska obrada podataka koja je bila predviđena za jedinstvenu evidenciju. za razliku od zemljišne knjige, koja je izvorno nastala u analognom obliku sredinom pretprošlog veka, katastar nepokretnosti se u Srbiji od samog početka razvijao kao digitalna (kompjuterski vođena) evidencija. tokom devedesetih, razume se, stepen kompjuterizacije bio je skromniji, ali s razvojem informacionih tehnologija i računarskih sistema bio je omogućen značajno viši stepen digitalizacije evidencije nepokretnosti. Poslednja pravna reforma u ovoj oblasti u Srbiji, donošenje zakona o postupku upisa u katastar nepokretnosti i vodova<sup>4</sup> 2018. godine (dalje: zPUkn), u značajnoj meri je uzrokovana željom da se tehnološke mogućnosti pretvore u pravnu stvarnost.

Ovaj rad ima za cilj da istraži domete upotrebe informacionih tehnologija u evidenciji nepokretnosti u Srbiji danas, trenutna

---

3 O dosadašnjem razvoju sistema jedinstvene evidencije u Srbiji v. Živković (2004): 97, Cvetić (2016): 50 i, detaljnije o istorijatu registara nepokretnosti u Srbiji, Živković (2017): 384–392.

4 *Službeni glasnik RS* br. 41/2018, 95/2018 i 31/2019.

ograničenja tih dometa i dalje trendove razvoja i izazove koji se postavljaju u ovoj, danas ponovo veoma dinamičnoj, pravnoj oblasti.

## 2. Postupak upisa prema ZPUKN

Jedna od najkrupnijih novina uvedenih sistemom jedinstvene evidencije jeste načelo obaveznosti upisa. tradicionalna zemljišna knjiga, rukovodeći se fundamentalnim načelom dispozicije u građanskom pravu, nije predviđala obaveznost upisa, već je bilo predviđeno da se upisi vrše na zahtev, a sasvim izuzetno i po službenoj dužnosti.<sup>5</sup> Jedinstvena evidencija, čiji je jedan od razloga uvođenja bilo prevazilaženje neažurnosti zemljišne knjige (Ćosić (2000): 417; Stanojević (2000): 421), od samog početka se zasnivala na načelu obaveznosti upisa, pošto se verovalo da će se time prevazići problem neažurnosti registra (karamarković (2000): 106). to je značilo da je postojala obaveza lica koje stiče pravo koje se može upisati u registar da podnese zahtev za upis, pod pretnjom prekršajne kazne.<sup>6</sup> Donošenjem zPUkn učinjen je još jedan dodatni korak, i predviđeno je da se upisi, načelno, vrše po službenoj dužnosti, iako još nije sasvim isključeno vršenje upisa na zahtev.<sup>7</sup> Ovako smeo iskorak srpskog zakonodavca omogućen je, pre svega, činjenicom da je jedan od osnovnih reformskih zahvata u zPUkn bio „prevođenje“ postupka registracije iz analogne, „papirne“, u digitalnu, „elektronsku“ formu.<sup>8</sup> Drugim rečima, pošto je postupak izdavanja građevinskih dozvola zakonskim izmenama iz 2014. godine preveden u elektronsku formu (tzv. objedinjena procedura),<sup>9</sup> na red je došla evidencija nepokretnosti i postupak upisa u katastar nepokretnosti. Da bismo razumeli ulogu i upotrebu informacionih tehnologija u ovoj reformi, nužno je da ukratko predstavimo postupak upisa predviđen zPUkn.

---

5 §§ 83 – 86 zakona o zemljišnim knjigama kraljevine Jugoslavije (*Sl. novine Kraljevine Jugoslavije* br. 146/30 i 281/31). v. i Orlić (2000): 39–49.

6 v. čl. 99 zakona o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima (*Sl. glasnik RS* br. 83/92, 53/93, 67/93, 48/94, 12/96, 15/96 – ispr., 34/2001, 25/2002, 101/2005 i 72/2009); Cvetić (2009): 117; čl. 61, 117 i 185 zakona o državnom premeru i katastru (*Sl. glasnik RS* br. 72/2009, 18/2010, 65/2013, 15/2015 – odluka US, 96/2015, 47/2017 – autentično tumačenje, 113/2017, 27/2018 i 41/2018); Cvetić (2016): 109–110.

7 Čl. 21 zPUkn. Detaljno o razvoju načela obaveznosti upisa Cvetić (2019): *passim*.

8 Čl. 18 zPUkn.

9 Čl. 8 – 8đ zakona o planiranju i izgradnji, *Službeni glasnik rS*, 72/2009, 81/2009 – ispr., 64/2010 – odluka US, 24/2011, 121/2012, 42/2013 – odluka US, 50/2013 – odluka US, 98/2013 – odluka US, 132/2014, 145/2014, 83/2018, 31/2019 i 37/2019.

reforma postupka upisa najavljena je već izmenom formulacije načela obaveznosti upisa. zakon o državnom premeru i katastru iz 2009. godine (zDPk) načelo oficijelnosti predviđao je na sledeći način: „(1) Imalac prava na nepokretnosti obavezan je da podnese zahtev za upis nepokretnosti i prava svojine u katastar nepokretnosti. (2) Upis nepokretnosti i prava svojine vrši se u katastru nepokretnosti i po službenoj dužnosti, u skladu sa zakonom.“<sup>10</sup> važeći zPUkn načelo oficijelnosti uređuje drukčije: „**načelo oficijelnosti**, koje podrazumeva da se postupak upisa u katastar pokreće i vodi po službenoj dužnosti, a po dostavi isprave od strane obveznika dostave koji je doneo, odnosno sastavio, potvrdio ili overio ispravu koja je pravni osnov za upis u katastar, kao i ako je propisano da se upis u katastar vrši po sili zakona, s tim što ovo načelo ne isključuje mogućnost da se postupak po istom pravnom osnovu pokrene i vodi i po zahtevu stranke, osim ako je to isključeno zakonom“.<sup>11</sup> Dakle, za upis više nije potreban zahtev, mada odlučivanje po zahtevu stranke nije isključeno. Pravilo je da se postupak upisa i pokreće i vodi po službenoj dužnosti, pošto obveznik dostave ispravu podobnu za upis dostavi službi katastra. Uz to, kao drugi deo reforme postupka upisa, zPUkn sadrži odredbu o tome da se „*podnesci, dokazi i akta [se] u postupku upisa u katastar nepokretnosti dostavljaju u formi elektronskog dokumenta, kroz e-šalter*“.<sup>12</sup> Jedino za žalbu i druge pravne lekove zadržana je mogućnost podnošenja „*u formi papirnog dokumenta*“.<sup>13</sup> ipak, prelaznim odredbama zPUkn predviđeno je da, ako se postupak pokreće po zahtevu, taj zahtev do 31. decembra 2020. godine može biti podnet i u papirnoj formi (što važi i za prateću dokumentaciju). tako podneti zahtev služba katastra nepokretnosti je dužna da skenira (digitalizuje) i overi elektronskim kvalifikovanim potpisom. razume se, način dostavljanja i vreme sačinjavanja zahteva ne utiču na određivanje vremena prijema zahteva – ono se uvek određuje prema momentu prispeća zahteva u prijemnu kancelariju katastra, nezavisno od toga kojim je metodom zahtev dostavljen. ipak, sva akta koja se donose u postupku pokrenutom analognim, papirnim zahtevom, izrađuju se i dostavljaju u elektronskoj formi.<sup>14</sup>

---

10 Čl. 61 zDPk.

11 Čl. 3 zPUkn.

12 Čl. 18, st. 1 zPUkn.

13 Čl. 18, st. 2 zPUkn.

14 Čl. 59 zPUkn.

## 2.1. Pokretanje postupka upisa po službenoj dužnosti

Prema zPUkn, nadležna služba za katastar nepokretnosti pokreće postupak upisa po službenoj dužnosti u dva slučaja: prvo, kad neki zakon predvidi neki upis *ex lege*, i tada se to čini bilo na dan stupanja na snagu tog zakona, bilo istekom roka, ako je tim zakonom predviđen drugi rok za vršenje upisa, i drugo, neposredno po prijemu isprave, kad obveznik dostave toj službi dostavi ispravu podobnu za upis. U geodetskom katastarskom informativnom sistemu (dalje: GkiS), centralizovanoj elektronskoj bazi podataka koja, između ostalog, sadrži i podatke katastra nepokretnosti, evidentira se vreme prijema isprave (isto važi i za zahtev, kod upisa po zahtevu) i to po tzv. astronomskom računanju (upisuje se i sekund), uz istovremeni upis zabeležbe da je isprava podobna za upis dostavljena po službenoj dužnosti (ovo se čini i kad bude dostavljen zahtev, kod upisa po zahtevu). Čim primi ispravu, odnosno zahtev, služba za katastar nepokretnosti obvezniku dostave, odnosno podnosiocu zahteva izdaje elektronsku potvrdu o prijemu, koja sadrži vreme prijema, broj predmeta, vrstu upisa kao i podatke o licu u čiju korist se vrši upis (odnosno o podnosiocu zahteva, kod upisa na zahtev).<sup>15</sup>

Zpukn definiše i ko su obveznici dostave: to su lica, odnosno organi koji su po Zpukn obavezni da *ex officio* nadležnoj službi katastra nepokretnosti, „radi upisa po službenoj dužnosti [dostavljaju] isprave koje donose, sastavljaju, potvrđuju ili overavaju, a koje predstavljaju pravni osnov za upis podataka, odnosno promene podataka u katastru“.<sup>16</sup> zakon predviđa četiri kategorije ovih lica, odnosno organa. to su: „1) **sudovi**, koji dostavljaju „izvršne odluke donete u postupku u kome postupaju u svojstvu prvostepenog suda, a koje predstavljaju podoban pravni osnov za upis u katastar nepokretnosti;“<sup>17</sup> 2) **javni beležnici**, koji dostavljaju javnobeležničke isprave koje sastavljaju, potvrđuju ili overavaju, odnosno izvršne odluke koje donose, u okviru zakonom poverenih javnih ovlašćenja, a koje predstavljaju podoban pravni osnov za upis u katastar nepokretnosti;“<sup>18</sup> 3)

---

15 Čl. 21 zPUkn.

16 Čl. 2, st. 2, tač. 13) zPUkn.

17 Sudovi su obavezni da se pu tem e-šaltera povežu sa zavodom najkasnije do 1. januara 2020. godine, čl. 60, st. 2 zPUkn. Sudovi su dužni da otpočnu sa dostavom isprava koje sastave, potvrde ili overe umesto javnih beležnika počev od 1. januara 2020. godine, kao i sudskih odluka koje donesu i postanu izvršne počev od tog datuma, čl. 61, st. 2 zPUkn.

18 Javni beležnici su bili obavezni da se pu tem e-šaltera povežu u sa zavodom najkasnije do 1. jula 2018. godine, čl. 60, st. 1 zPUkn, što se i dogodilo. Javni beležnici su otpočeli sa dostavom isprava koje sastave, potvrde ili overe počev od 1. jula 2018.



**javni izvršitelji**, koji dostavljaju izvršne odluke u slučajevima i na način propisan zakonom koji uređuje izvršni postupak, a koje predstavljaju podoban pravni osnov za upis u katastar nepokretnosti; i 4) **organi javne uprave i drugi organi i organizacije** koji u vršenju javnih ovlašćenja donose odluke koje predstavljaju osnov za upis u katastar nepokretnosti, dostavljaju izvršne odluke i druga akta koja predstavljaju podoban pravni osnov za upis u katastar nepokretnosti<sup>19, 20</sup> Specifičnost javnih beležnika kao obveznika dostave jeste da oni imaju obavezu da dostavljaju i isprave koje sačine ili potvrde u vezi sa prenosom prava svojine na nepokretnosti, a koje nisu podoban pravni osnov za upis promene u katastru nepokretnosti. Ovde spada tri kategorije isprava: ugovor o prometu nepokretnosti koji ne sadrži odredbu *clausulaintabulandi*, ugovor o prometu objekta ili posebnog dela objekta u izgradnji, koji se dostavljaju radi predbeležavanja, i ugovor kojim se prometuje neupisana nepokretnost, koji se dostavlja radi evidentiranja.<sup>21</sup> Sudovi ne moraju da dostavljaju odluke koje po zakonu treba da dostavljaju javni izvršitelji, ali dostavljaju isprave koje sačine, potvrde ili overe vršeći nadležnost javnih beležnika (što je slučaj na područjima na kojima nema imenovanih javnih beležnika).<sup>22</sup> zPUkn definiše i koje podatke o licima u odnosu na koja je isprava osnov za upis, a što je usled neusklađenosti s drugim zakonima dovelo do izvesnih problema u praksi.<sup>23</sup> Obveznici dostave koriste za dostavu e-šalter, kroz koji se dostavlja kako isprava podobna za upis tako i drugi dokumenti propisani zakonom, poput, primera radi, isprava kojima se dokazuje kontinuitet promene u katastru nepokretnosti (shodno načelu

godine, kao i odluka koje donesu i postanu izvršne počev od tog datuma. Čl. 61, st. 1 zPUkn.

---

19 Čl. 22, st. 1 zPUkn.

20 Ostali obveznici dostave (osim beležnika i sudova) su bili obavezni da se pu tem e-šaltera povežu sa zavodom najkasnije do 1. novembra 2018. godine, čl. 60, st. 3 zPUkn, što se i dogodilo. Javni izvršitelji i drugi obveznici dostave du žni su da dostavljaju odluke koje postanu izvršne počev od 1. novembra 2018. godine, čl. 61, st. 3 zPUkn.

21 Čl. 22, st. 2 zPUkn.

22 Čl. 22, st. 3 i 4 zPUkn.

23 Čl. 22, st. 6 zPUkn. Ovde se pre svega misli na činjenicu da jedinstveni matični broj građana, prema propisima koji uređuju sudske postupke, nije sastavni deo sudske odluke, a traži se u zPUkn jer se upisuje u katastar nepokretnosti. Javni beležnici koji, kao poverenici suda, vode ostavinske postupke i donose rešenja o nasleđivanju, nisu unosili taj podatak u rešenje, jer to nije predviđeno zakonom o vanparničnom postupku, što je dovelo do problema u praktičnoj primeni. Može se pretpostaviti da će ovaj problem postati još ozbiljniji kad počne s primenom odredba o sudovima kao obveznicima dostave.

pravnog prethodnika). zPUkn predviđa da će vlada bliže urediti način dostave,<sup>24</sup> što je vlada učinila donošenjem Uredbe o načinu dostavljanja dokumenata u postupku upisa u katastar i načinu izdavanja izvoda iz katastra elektronskim putem (dalje: Uredba),<sup>25</sup> o kojoj će više reći biti docnije. U slučaju kad javni beležnik dostavlja isprave koje nisu podobne za konačan upis, on treba da opredeli svrhu dostavljanja (upis predbeležbe ili evidentiranje). zPUkn predviđa i rokove za vršenje dostave: „1) javni beležnik, u roku od 24 časa od trenutka sastavljanja, potvrđivanja, odnosno overavanja javno beležničke isprave, odnosno od dana izvršnosti odluke koju je doneo u poverenom poslu, o čemu izdaje potvrdu strankama; 2) sud, u roku od tri radna dana od izvršnosti odluke koju je doneo u predmetu u kom vodi prvostepeni postupak; 3) javni izvršitelj, u roku propisanom zakonom kojim se uređuje izvršenje i obezbeđenje; 4) državni organ, organ jedinice lokalne samouprave i drugi subjekti, u roku od 24 časa od dana izvršnosti odluke koja je osnov za upis“.<sup>26</sup> najposle, kad je obveznik dostave javni beležnik on je dužan da uz ispravu dostavi i odgovarajuće poreske prijave za utvrđivanje poreskih obaveza, osim ako obveznik podnošenja tih prijava to izričito odbije.<sup>27</sup> Smisao ove odredbe je težnja ka uspostavljanju jednošalterskog sistema i smanjenje birokratije i procedura koje lice koje zaključuje posao u vezi s nepokretnostima treba da preduzme da bi finaliziralo taj posao. tome služi i pravilo koje govori da po dostavljanju, osim pokretanja postupka upisa po službenoj dužnosti, služba za katastar nepokretnosti „*ispravu kojom se vrši prenos prava na nepokretnosti*“<sup>28</sup> bez odlaganja, putem e-šaltera, prosleđuje nadležnom poreskom organu, odnosno jedinici lokalne samouprave radi utvrđivanja odgovarajućih poreza, kao i preduzeću mesno nadležnom za objedinjenu naplatu komunalnih usluga. Poreskim organima se uz ispravu dostavljaju i poreske prijave ili beleška o tome da je obveznik podnošenja prijave odbio dostavu preko notara.<sup>29</sup>

---

24 Čl. 23, st. 4 zPUkn.

25 *Službeni glasnik RS* br. 50/2018.

26 Čl. 23, st. 5 zPUkn.

27 Čl. 23, st. 6 zPUkn.

28 trebalo bi „*ispravu na osnovu koje se vrši prenos prava svojine na nepokretnosti*“, jer je u Srbiji, makar i formalno, još uvek na snazi sistem sticanja na osnovu *iustus titulus* ali *modus-acquirendi*. O kolebanju u doslednoj primeni tog sistema Živković (2015): 118–124.

29 Čl. 24 zPUkn.

## **2.2. Pokretanje postupka na zahtev stranke**

kao što je rečeno, zPUkn izuzetno dozvoljava i da se upis vrši i postupak pokreće zahtevom stranke, a ne *ex officio*, s tim što i u tom slučaju zahtev mora da bude dostavljen posredstvom e-šaltera (do 31. decembra 2020. prelazne odredbe dozvoljavaju i zahtev u papirnoj formi). Pritom, u slučaju da podnosilac zahteva nije ni lice koje traženim upisom treba da stekne neko pravo niti lice protiv kojeg se taj upis treba izvršiti („upisani prethodnik“), neophodno je uz zahtev dostaviti i dokaz postojanja pravnog interesa podnosioca zahteva da takav zahtev podnese.<sup>30</sup>

U pogledu dostavljanja odluke zPUkn predviđa i da „ u zahtevu stranka može tražiti da joj se odluka dostavi preporučenom poštom na zahtevanu adresu ili neposredno u prostorijama Službe, u kom slučaju joj se dostavlja prepis rešenja donetog u elektronskoj formi, u skladu sa posebnim propisima koji uređuju elektronsko poslovanje u organima državne uprave. U suprotnom, odluka joj se dostavlja u formi elektronskog dokumenta, na elektronsku adresu koja je navedena u zahtevu kao adresa za prijem pošte“.<sup>31</sup> Drugim rečima, i kod odlučivanja po zahtevu favorizuje se elektronska dostava i forma elektronskog dokumenta kao forma odluke, osim ako je stranka izričito tražila da joj se odluka dostavi drukčije i u drugoj formi. Po prijemu zahteva služba za katastar nepokretnosti postupa kao po prijemu isprave koju joj dostavi obveznik dostave: otpočinje postupak upisa i ispravu kojom se vrši prenos prava svojine na nepokretnosti, putem e-šaltera, prosleđuje poreskim organima i organizaciji za objedinjenu naplatu komunalnih usluga.<sup>32</sup> zahtev se podnosi na propisanom obrascu čiji elektronski format bliže treba da uredi nadležni ministar svojim aktom (ovaj akt, koliko mi je poznato, još nije donet).<sup>33</sup> zPUkn dozvoljava da stranka pre donošenja odluke u prvom stepenu izmeni zahtev za upis koji je ranije podnela, ali samo jednom u toku postupka, i samo pod uslovom da nema zahteva koji je posle podnošenja zahteva koji se menja podnelo neko drugo lice, a koji zahtev drugog lica bi bio negativno pogođen izmenom ranijeg zahteva („poštovanje načela prvenstva“), a razume se i pod uslovom da se izmenjeni zahtev zasniva na istom pravnom osnovu (inače bi posredi bio sasvim nov, a ne izmenjeni zahtev).<sup>34</sup> zPUkn dpzvoljava stranci da

---

30 Čl. 25, st. 5 zPUkn.

31 Čl. 25, st. 7 zPUkn.

32 Čl. 25, st. 10 zPUkn. kad je reč o komunalnim preduzećima, za „prosleđivanje“ zapravo još uvek nema tehničkih uslova, pa ova preduzeća zasad samo mogu ugovorom obezbediti pristup e-šalteru i na taj način mogu „preuzeti“ ispravu.

33 Čl. 26, st. 2 zPUkn.

34 Čl. 28, st. 1 zPUkn.

dostavlja dodatne isprave i dokaze tokom celog prvostepenog postupka, pa čak i uz žalbu, uz uslov da je dodatno dostavljeni dokaz nastao pre podnošenja inicijalnog zahteva.<sup>35</sup> iako se red prvenstva zahteva ne menja izmenom zahteva niti dodatnom dostavom dokaza (što bi bio slučaj u zemljišnoknjižnom postupku), njome se produžava zakonski rok koji je nadležnom organu ostavljen da odluči po zahtevu, jer se računa od dana izmene zahteva, odnosno dostavljanja dodatnog dokaza.<sup>36</sup> zPUkn omogućava stranci i disponiranje zahtevom (dakle, ne i mogućnost da svojom izjavom volje spreči dostavu po službenoj dužnosti), sve dok odluka po zahtevu ne bude konačna.<sup>37</sup> U slučaju odustajanja od zahteva postupak se obustavlja.<sup>38</sup> zPUkn „digitalizuje“ čak i plaćanje takse, prvo predviđajući da se plaćanje može izvršiti elektronski i drugo, ako prvo nije bio slučaj, jer se dokaz o njenoj uplati može dostaviti kroz aplikaciju obezbeđenu posredstvom e-šaltera.<sup>39</sup>

### **2.3. Odlučivanje i rešenje o upisu**

ZPUKN predviđa načelo prioriteta (prvenstva), „*koje podrazumeva da se upis u katastar i utvrđivanje reda prvenstva prava u odnosu na konkretnu nepokretnost ... vrši prema vremenskom redosledu prijema isprave dostavljene radi upisa po službenoj dužnosti, odnosno prijema zahteva za upis, osim ako je ovim zakonom drukčije određeno*“.<sup>40</sup> Procesni aspekt ovog načela nalaže da se predmeti uzimaju u rad po redosledu prijema isprava, odnosno zahteva za upis. tek po konačnosti rešenja donetog u postupku po ranije dostavljenoj ispravi, odnosno zahtevu, uzimaju se u postupak kasnije dostavljene isprave, odnosno zahtevi, po redosledu prijema.<sup>41</sup> ZPUKN predviđa i izvesno „proširenje“ hitnosti postupanja po određenim zahtevima, jer hitnost jednog od više upisa koji se odnose na jednu nepokretnost povlači hitnost rešavanja svih pre toga postojećih nerešenih upisa (da bi se, uz poštovanje načela prvenstva, hitan zahtev zaista rešio u kratkom roku).<sup>42</sup> Najposle, ZPUKN sadrži i izričitu odredbu kojom predviđa da „*redosled odlučivanja ne može biti narušen*

---

35 Čl. 28, st. 2 zPUkn.

36 Čl. 28, st. 3 zPUkn.

37 Čl. 29, st. 1 zPUkn.

38 Čl. 29, st. 2 zPUkn.

39 Čl. 30 zPUkn.

40 Čl. 3, st. 1, tač. 5) zPUkn.

41 Čl. 31, st. 2 zPUkn.

42 Čl. 31, st. 5 zPUkn.

*posebnim zakonom*“,<sup>43</sup> što može biti od značaja za ocenjivanje ustavnosti odredbe posebnog zakona kojim bi se ovo pravilo narušilo, imajući u vidu dosadašnju ustaljenu praksu Ustavnog suda Srbije.<sup>44</sup> ipak, zPUkn sadrži i izuzetke od ovog pravila koje je, inače, u drugim sistemima registracije nepokretnosti najčešće gotovo bezizuzetno jer je posve temeljno: „*nadležna služba za katastar nepokretnosti će odlučivati prioritarno o upisu koji se vrši na osnovu propisa kojim se uređuje eksproprijacija, kao i o upisu zabeležbe rešenja o izvršenju donetog na osnovu ugovora o hipoteci, odnosno založne izjave, ako je prethodno izvršen upis u katastar nepokretnosti hipoteke na osnovu tog ugovora, odnosno založne izjave, osim ako postoje nerešeni predmeti upisa po pravnosnažnim sudskim odlukama i po zahtevima koji su prethodili upisu te hipoteke*“.<sup>45</sup>

Deo o eksproprijaciji dodat je poslednjim izmenama 2019. godine „zbog brže izgradnje autoputeva“, dok je deo o zabeležbi izvršenja hipoteke ublažena varijanta ranije postojeće (i skandalozne) odredbe izmena zDPk iz 2015. godine (Živković (2017): 394–396). Još jedna novost predviđena zPUkn jeste odredba prema kojoj služba za katastar nepokretnosti, u slučaju kad je postupak pokrenut po službenoj dužnosti, ne proverava materijalnu zakonitost upisa, već samo podobnost isprave za upis i njenu formalnu ispravnost. zakon, međutim, predviđa da katastar, kad smatra da je isprava očigledno ništava, iako mora da sprovede upis može istovremeno da o svom stavu obavesti organ nadležan da pokrene postupak za utvrđivanje ništavosti, odnosno ukidanje isprave, kao i da upiše o tome odgovarajuću zabeležbu.<sup>46</sup> ako je postupak pokrenut po zahtevu, služba za katastar nepokretnosti prvo proverava ispunjenost formalnih uslova za upis, potom proverava da li je uz zahtev dostavljena isprava koju je bio dužan da dostavi obveznik dostave, u kom slučaju postoje posebna pravila koja idu za tim da se postupak po zahtevu spoji s postupkom po službenoj dužnosti, a u svakom slučaju i ovde izostaje obaveza provere ispunjenosti materijalnih uslova za upis.<sup>47</sup> iako zPUkn to ne kaže izričito, ako se zahtev podnosi na osnovu isprave koju obveznik dostave nije bio dužan da dostavi katastru, onda služba

---

43 Čl. 31, st. 4 zPUkn.

44 Ustavni sud, naime, stoji na stanovištu da je odstupanje od pravila koje predviđa zakon koji sistemski u ređu je nek u oblast kao matični zakon za t u oblast, a koje odstupanje se izvrši nekim drugim, posebnim zakonom, nije ustavno jer je protivno odredbi člana 4 Ustava republike Srbije, *Službeni glasnik RS* br. 98/2006, koji propisuje da je pravni poredak republike Srbije jedinstven.

45 Čl. 31, st. 3 zPUkn.

46 Čl. 32, st. 3 zPUkn.

47 Čl. 33 zPUkn.

katastra postupa kao i ranije, odnosno mora da proverava i materijalno- pravnu ispravnost zahteva. nadležna služba za katastar nepokretnosti načelno je vezana zahtevom i ne može odlučiti *ultra petitorio*, ali „*ako iz isprave koja je pravni osnov za upis u katastar nepokretnosti proizlazi da, pored upisa koji se zahteva, postoje i ograničenja tog upisa u smislu tereta, obaveza ili prava drugih lica, a koja se po zakonu upisuju u katastar nepokretnosti, i bez zahteva se odlučuje i o upisu tih ograničenja*“,<sup>48</sup> što je bitno ograničenje ovog načela (inače posve napuštenog kod upisa po službenoj dužnosti, kod kojeg zahteva uopšte nema). rokovi za odlučivanje su 5 dana kod upisa po službenoj dužnosti i 15 dana kod upisa po zahtevu, osim u slučaju upisa hipoteke, zabeležbe hipotekarne prodaje, kao i u jednostavnijim upravnim stvarima, kada je rok za donošenje rešenja 5 radnih dana od dana prijema zahteva.<sup>49</sup> U pogledu sadržine rešenja kojim se dozvoljava upis, zPUkn kaže sledeće: „*Rešenje o upisu u katastar nepokretnosti, pored ostalog, sadrži: podatke o vrsti upisa, vrsti prava, označenje nepokretnosti, podatke o licu u čiju korist se vrši upis, podatke o upisanom prethodniku, osnovu upisa i podatke o visini takse*“.<sup>50</sup> rešenje se donosi u formi elektronskog dokumenta.<sup>51</sup> rešenje koje se donosi po službenoj dužnosti „*dostavlja se licima na koja se odnosi upis preporučenom pošiljkom, u formi odštampanog primerka elektronskog dokumenta, overenog u skladu sa zakonom koji uređuje elektronsko poslovanje, osim ako se zatraži da se dostava elektronskog dokumenta izvrši elektronskim putem, a obvezniku dostave koji je katastru izvršio dostavu isprave na osnovu koje je taj upis izvršen dostava se vrši u formi elektronskog dokumenta, preko e-šaltera, radi informisanja*“.<sup>52</sup> rešenje koje se donosi po zahtevu dostavlja se podnosiocu zahteva „*u formi elektronskog dokumenta, preko e-šaltera, a ostalim licima na koja se odnosi upis preporučenom pošiljkom se dostavlja odštampani primerak tog*

---

48 Čl. 34, st. 2 zPUkn.

49 Čl. 36 zPUkn. U stvarnosti postoji elektronska platforma koja „meri“ prosečno trajanje postupka kad se radi o onima koji su pokrenu ti posredstvom e-šaltera (po slu žbenoj du žnosti), <http://upisnepokretnosti.rs/statistika.php>. krajem avgusta 2019. prosek je bio 5.10 dana, mada je u drugom kvartalu 2019. godine bio porastao na oko 8 dana.

50 Čl. 38, st. 1 zPUkn.

51 Čl. 38, st. 4 zPUkn. i u ovom slu čaju puna primena odredbe o formi u kojoj se donosi rešenje odložena je do 31. decembra 2020. godine, čl. 61, st. 5 zPUkn, do kog datuma se rešenje može donositi i u papirnoj formi. takvo „papirno“ rešenje se u cilju unosa u GkiS i radi elektronske dostave digitalizuje, a elektronskim kvalifikovanim potpisom ovlašćenog lica se potvrđuje istovetnost elektronske kopije originalu.

52 Čl. 39, st. 1 zPUkn.

*elektronskog dokumenta, overen u skladu sa zakonom koji uređuje elektronsko poslovanje, osim ako se zatraži da se dostava elektronskog dokumenta i nekima od tih lica izvrši elektronskim putem*".<sup>53</sup> najposle, „kada se rešenje dostavlja elektronskim putem, uredna dostava se dokazuje elektronskom potvrdom o prijemu dokumenta (dostavnica)".<sup>54</sup> Upis se sprovodi po konačnosti rešenja kojim je dozvoljen,<sup>55</sup> s tim što je ova primena ove odredbe odložena do 31. decembra 2020. godine.<sup>56</sup> zPUkn uređuje posebno i žalbeni postupak i sudski nadzor rada uprave (podnošenje tužbe u upravnom sporu protiv konačnog rešenja o upisu),<sup>57</sup> ali ta pravila nisu od značaja za temu kojom se u ovom radu bavim pa će njihov prikaz biti izostavljen. Od ostalih pravila koja se tiču vođenja katastra, interesantna je odredba o automatskom ažuriranju podataka upisanih u katastar, čiji je smisao u tome da se podaci o imalcima prava (fizičkim i pravnim licima) automatski preuzimaju i ažuriraju iz odgovarajućih baza podataka u kojima se o njima vodi primarna evidencija. ideja ovog pravila je u tome da, primera radi, ako neko lice koje je upisano u katastru kao vlasnik neke nepokretnosti promeni prebivalište, o čemu izvornu evidenciju vode organi unutrašnjih poslova, izmenom podatka o prebivalištu u „primarnoj“ bazi podataka MUP-a automatski će se promeniti i podatak o prebivalištu u bazi podataka katastra nepokretnosti, bez potrebe da imalac prava ili neko treći dostavlja ispravu o izmeni ili zahtev za upis takve izmene. isto važi i za podatke o ličnom imenu, odnosno poslovnom imenu pravnih lica.<sup>58</sup> zPUkn takođe predviđa da će se organ koji treba da administrira centralni registar stanovništva elektronski povezati s katastrom čim taj registar bude operativan, čime bi bilo omogućeno da se i iz njega podaci automatski preuzimaju u katastar nepokretnosti.<sup>59</sup> najposle, valja pomenuti i pravila smeštena u prelazne i završne odredbe zPUkn, a koja se tiču vršenja uvida u bazu podataka katastra nepokretnosti i izdavanje podataka i izvoda iz te baze. zakon je ostavio rok do kraja 2020. godine za omogućavanje

53 Čl. 39, st. 2 zPUkn.

54 Čl. 40 zPUkn. koliko mi je poznato, elektronske dostavnice još ne postoje u praksi usled nedostatka tehničkih uslova.

55 Čl. 41 zPUkn.

56 Čl. 61, st. 6 zPUkn. radna grupa koja radi na preporukama za unapređenje postupka upisa, inače, preporu čila je da se od ove izmene odustane, te da se upisi, kao i do sada, vrše odmah po donošenju rešenja, i pre konačnosti, uz upis zabeležbe po slu žbenoj du žnosti da rešenje nije konačno.

57 Čl. 42–47 zPUkn.

58 Čl. 49, st. 1 zPUkn.

59 Čl. 49, st. 2 *in fine* zPUkn.

potpunog elektronskog uvida i preuzimanje podataka iz potpuno ažurne baze GkiS obveznicima dostave i profesionalnim korisnicima (uslovi korišćenja ove usluge treba da budu uređeni podzakonskim aktom).<sup>60</sup> Pre tog datuma predviđeno je izdavanje dokumenata preko e-šaltera u kratkom roku (24 sata od podnošenja zahteva),<sup>61</sup> mada u praksi zasad ni ovaj način ne radi uvek pouzdano. Podaci koji su potrebni obveznicima dostave radi sačinjavanja, solemnizacije ili legalizacije isprava, odnosno radi donošenja odluka preuzimaju se putem servisne magistrale organa uprave, uz navođenje datuma s kojim su ti podaci ažurni (i za ove podatke se ne plaća taksa).<sup>62</sup> Ovde valja napomenuti da katastar nepokretnosti još uvek nije postigao dnevnu ažurnost svoje baze, pa datum poslednjeg ažuriranja ovako pribavljenog podatka može biti i nekoliko dana pre dana preuzimanja podatka. zakon ipak predviđa da su ovako dobijeni podaci uključeni u načelo pouzdanja, odnosno smatraju se istinitim i potpunim, te imaju dokaznu snagu javne isprave, kao isprava koju izda katastar (doduše na dan za koji je navedeno da su ažurni).<sup>63</sup>

### 3. Uloga informacionih tehnologija u postupku upisa

S tačke gledišta analize uloge informacionih tehnologija u gore predstavljenom postupku upisa posebno se izdvajaju odredbe o formi dokumenata koji se dostavljaju preko e-šaltera, kao i način dostavljanja dokumenata i izdavanja izvoda preko e-šaltera.

Kad je reč o formi dokumenata koji se dostavljaju preko e-šaltera, zPUkn predviđa da se dokumenti koji se dostavljaju preko elektronskog šaltera, bez obzira na to je li postupak pokrenut *ex officio* ili *ex privato*, dostavlja u elektronskoj formi. to mogu biti, s jedne strane, elektronski dokumenti, kako dokumenti koji su originerno nastali u elektronskoj formi tako i elektronski prepis izvorno analognog dokumenta koji je, u formi elektronskog dokumenta, napravio autor papirnog dokumenta, i digitalizovani (skenirani) analogni dokumenti, ako im je autentičnost kvalifikovanim elektronskim potpisom, odnosno pečatom potvrdio notar, advokat koji ima status profesionalnog korisnika i punomoćnik je stranke čiji dokument potvrđuje, ovlašćeno lice organa koji je obveznik dostave koji dostavlja taj dokument ili preduzetnik, odnosno ovlašćeno lice registrovane geodetske organizacije, ako je ona profesionalni

---

60 Čl. 60, st. 4 zPUkn.

61 Čl. 60, st. 5 zPUkn.

62 Čl. 60, st. 6 zPUkn.

63 Čl. 60, st. 7 zPUkn.



korisnik i nastupa kao pomoćnik stranke za koju je sačinio ispravu koju potvrđuje.<sup>64</sup>

U slučaju da se papirni dokument digitalizuje, onaj ko je izvršio digitalizaciju i sertifikaciju kopije ima obavezu čuvanja originalnog (papirnog) dokumenta. zPUkn predviđa izuzetak samo za slanje dokaza o plaćanju republičke administrativne takse, koja se u određenim slučajevima može poslati i kao elektronski dokument koji nije potpisan na odgovarajući način.<sup>65</sup>

navedena pravila znače da se, prema zPUkn, kroz e-šalter mogu dostavljati kako elektronski dokumenti i elektronski prepisi papirnih dokumenata, tako i potvrđeni digitalizovani dokumenti izdati u papirnoj formi. U praksi to znači da, osim potpuno elektronskih dokumenata (gde spada i elektronski prepis), zPUkn dozvoljava i skenirane papirne dokumente koje je potvrdilo neko od predviđenih lica. O razlici između elektronskog dokumenta ili prepisa i digitalizovanog papirnog dokumenta biće još reći u zaključku, ali u osnovi ove dve kategorije dokumenata omogućavaju različite nivoe upotrebe informacionih tehnologija u daljem postupku upisa u katastar nepokretnosti.

što se načina dostavljanja dokumenata i izdavanja izvoda posredstvom e-šaltera tiče, o tome je, kao što je rečeno, vlada Srbije donela posebnu Uredbu, u skladu s zPUkn.<sup>66</sup> za koju je najzanimljivije su odredbe o automatskoj obradi podataka u vezi s korišćenjem e-šaltera, pošto se njima, između ostalog, predviđa da softver automatski evidentira svaku aktivnost korisnika e-šaltera i vreme preduzimanja te aktivnosti, te automatski generiše i dostavlja elektronsku poruku korisniku e-šaltera da je proces elektronske dostave okončan. Uredbom je takođe predviđeno da se dokumenti šalju direktnim pristupom aplikaciji e-šaltera, uz mogućnost za obveznike dostave da pristupaju i putem aplikacije koja je putem veb servisa povezana s aplikacijom e-šaltera, a podnesci, isprave i druga dokumenta koja se podnose preko e-šaltera izrađuju se, prema Uredbi, u elektronskom obliku, na način i u skladu sa standardima opisanim u korisničkom uputstvu za korišćenje e-šaltera i overavaju kvalifikovanim elektronskim potpisom, odnosno kvalifikovanim elektronskim pečatom, u skladu sa zakonom koji uređuje elektronski dokument. izuzetak je samo elaborat geodetskih radova i ostala tehnička dokumentacija, koji se dostavljaju u elektronskom formatu propisanom

---

64 Čl. 27, st. 1 zPUkn.

65 Čl. 27, st. 2 i 3 zPUkn.

66 v. fn. 25.

podzakonskim aktom koji donosi rGz, odnosno podzakonskim aktom koji uređuje objedinjenu proceduru za izdavanje građevinske dozvole, na način bliže opisan u korisničkom uputstvu.<sup>67</sup> ipak, i Uredba predviđa mogućnost upotrebe papirnih dokumenata kao alternative, ako dođe do prekida rada e-šaltera za period duži od 24 časa<sup>68</sup> (što se u praksi od jula 2018. do danas dogodilo nekoliko puta). naposljetku, rGz obvezniku dostave obezbeđuje uvid u podatke katastra nepokretnosti i preuzimanje tih podataka preko servisne magistrale organa bez plaćanja takse, a korisniku e-šaltera izdaje list nepokretnosti i kopiju plana preko e-šaltera, na isti način na koji je zahtev podnet, u roku od 24 časa od podnošenja zahteva u .pdf formatu, overene validnim kvalifikovanim elektronskim potpisom, odnosno elektronskim pečatom, u skladu sa zakonom.<sup>69</sup> Ovde valja primetiti da, u tehničkom smislu, postoje dva kanala pristupa podacima katastra nepokretnosti – posredstvom e-šaltera, bilo direktno bilo kroz aplikaciju povezanu s e-šalterom veb servisom, i putem servisne magistrale organa. ta dva kanala, međutim, još uvek nisu međusobno povezana, tako da se dokument prosleđen servisnom magistralom ne može neposredno preuzeti od e-šaltera i obratno.

#### 4. Zaključak

analiza navedenih odredaba zPUkn i Uredbe ne ostavlja sumnju u pogledu tvrdnje da se registar nepokretnosti u Srbiji, s tačke gledišta upotrebe informacionih tehnologija u postupku upisa, trenutno nalazi u prelaznoj fazi. S jedne strane, postupci koji se pokreću po zahtevu i dalje se podnose u papirnoj formi, i u toj formi se uglavnom vrši i dostavljanje rešenja i drugih akata (u „papirnoj“ formi se dostavljaju izvorno elektronski dokumenti). S druge strane, obveznici dostave, osim sudova kod kojih primena novog sistema još uvek nije u primeni, postupak sprovode korišćenjem e-šaltera. veliki je broj odredbi zPUkn koje predviđaju dostavljanje i preuzimanje podataka putem e-šaltera čija je primena, bilo samim zakonom bilo faktički,<sup>70</sup> odložena. takođe, još uvek nije uspostavljena trenutna ažurnost GkiS, već se on ažurira

---

67 Čl. 8 Uredbe.

68 Čl. 13 Uredbe.

69 Čl. 11 Uredbe.

70 Tako, još uvek nema interoperabilnosti softvera, pa građani ne mogu da dobijaju list nepokretnosti preko javnih beležnika ili profesionalnih korisnika; samo beogradsko komunalno preduzeće ima zaključen ugovor da sa e-šaltera preuzima podatke o prometu nepokretnosti; poreska prijava se u praksi i dalje ne podnosi preko javnog beležnika i sl.

nekoliko puta nedeljno, što utiče na sigurnost provera koje se izvrše samo u ovoj bazi podataka i dovodi do toga da se nekada provere moraju izvršiti i na stari način, neposredno i lično u nadležnoj službi katastra nepokretnosti.

Otud se može reći da je donošenje i prva faza primene zPUkn zapravo samo prvi korak u primeni informacionih tehnologija u postupku upisa u katastar nepokretnosti. U ovoj fazi postupak se postepeno iz ranijeg „papirnog“ pretvara u „digitalni“. krajem ove faze, do 31. decembra 2020. godine, trebalo bi da preovlađuje elektronska komunikacija i forma, ako ne i nečeg više, a ono bar digitalizovanih i potvrđenih papirnih dokumenata (skenirane isprave o ugovorima i sl.). nedostatak ovako digitalizovanih dokumenata i isprava jeste u tome da onemogućavaju neposredno preuzimanje podataka sadržanih u njima od strane drugih softverskih aplikacija. Drukčije rečeno, iako je skenirani dokument poslat elektronski, kroz e-šalter, službenik katastra još uvek mora da „prekucava“ podatke iz takvog dokumenta u bazu podataka katastra nepokretnosti. Jedan međukorak koji poboljšava takvu situaciju je slanje tzv. Meta-podataka uz isprave kroz e-šalter, što danas čine javni beležnici kao obveznici dostave, jer su metapodaci u formi koja omogućava njihovo neposredno korišćenje od drugih aplikacija, odnosno čini „prekucavanje“ izlišnim.

Budućnost interakcije informacionih tehnologija i registra nepokretnosti, bar ona bliska, verovatno će značiti punu upotrebu elektronskih dokumenata u postupku upisa u katastar nepokretnosti. Pritom se misli na izvorne elektronske dokumente, kod kojih su podaci koje sadrže neposredno upotrebljivi za druge softvere i aplikacije. Ovo bi moglo da bude postignuto tokom naredne decenije. što se dalje budućnosti tiče, nju nikada nije zahvalno predviđati, ali značajan broj entuzijasta smatra da će upotreba blokčejn tehnologija i „pametnih“ ugovora dovesti do toga da se promet nepokretnosti odvija sasvim automatski, bez provere i posredovanja nijednog lica ili organa koji ima javna ovlašćenja. Sebi dozvoljavam da u pogledu takvih predviđanja budem pomalo skeptičan, jer držim da pravni odnosi ipak nisu tehnološke prirode i ne mogu biti sasvim definisani samo informacionim tehnologijama, ma kako da one napredne postanu.

## Literatura/References

Aynès, L, Crocq, P. (2013), *Les sûretés, La publicité foncière* (7<sup>e</sup> éd.), Paris: LGDJ.

Živković, M. (2017), Land Registry Regulations in Serbia: Step Forward in the Wrong Direction?, u 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?, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 3 (LXIII), 112–126.

Živković, M. (2004), registri nepokretnosti, u vodinelić, v., Gajin, S., Živković, M., Spasić, i., Pak, J. Živković, v., kenežević, a., *Promene stvarnog prava u Srbiji*, Beograd: institut za uporedno pravo, 93–103.

Zobl, D. (2004), *Grundbuchrecht* (2. Aufl.), Zürich: Schulthess. Josipović, T.

(2001), *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb: Informator. karamarković, I. (2000), Sistem zemljišnih knjiga i jedinstvene evidencije, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1–6 (XLVIII), 100–120.

Keller, U, Munzig, J. (2015), *KEHE Grundbuchrecht* (7. Aufl.), Bonn: Deutscher-NotarVerlag.

Orlić, M. (2000), Uvođenje i obnavljanje zemljišnih knjiga, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1–6 (XLVIII), 6–58.

Rechberger, W, Bittner, L. (2007), *Grundbuchrecht* (2. Aufl.), Wien: Facultas.

Stanojević, J. (2000), Jedinstvena evidencija registrovanja nepokretnosti, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 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, poslednji pristup 12. 8. 2019. na adresi <https://web.archive.org/web/20080909210949/http://www.lawcom.gov.uk/docs/lc271.pdf>.

Ćosić, n. (2000), razlozi za uvođenje jedinstvene evidencije, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1–6 (XLVIII), 412–418.

Cvetić, r. (2019), razvojni put načela obaveznosti upisa u katastar nepokretnosti i njegovo „novo ruho”, u Živković, M., Gajin, S. (ur.), *Liber Amicorum Vladimir V. Vodinelić*, u štampi.

Cvetić, r. (2016), *Savremena evidencija nepokretnosti* (2. izd.), novi Sad: Pravni fakultet u novom Sadu.

Cvetić, r. (2009), *Savremena evidencija nepokretnosti*, Beograd: 3D+.

Šarkić, n. (2000), kompjuterska obrada kao razlog za uvođenje jedinstvene evidencije, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 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

pregledni naučni rad  
doi:10.5937/zrpfni1984

UDK: 34:159.9  
330:159.9

Rad primljen: 16.09.2019.  
Rad prihvaćen: 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 science<sup>1</sup> 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),<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup>

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*.

---

<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup>

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.<sup>5</sup>

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.<sup>6</sup>

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

---

<sup>6</sup> See the list of cognitive biases: [https://en.wikipedia.org/wiki/List\\_of\\_cognitive\\_biases](https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_cognitive_biases)  
196

that people make systematic irrational decisions, but only that the model of rational behavior does not describe people well enough (Kahneman 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

Mackaay, E. (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

McElhaney, 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](http://www.abajournal.com/magazine/article/dont_be_seduced_falling_in_love_with_your_case_means_you_wont_see_its_short)

Mojašević, A., Nikolić, Lj. (2018). Kognitivne pristrasnosti u pravnoj oblasti: mesto susreta pravne i bihevorističke nauke (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., Sicoly, 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

**Dr Aleksandar S. Mojašević,**  
Vanredni profesor,  
Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu

### **BIHEVIORISTIČKO PRAVO I EKONOMIJA: MULTIDISCIPLINARNOST NA DELU<sup>7</sup>**

#### **Rezime**

*U ovom radu se predstavljaju teorijske osnove biheviorističkog prava i ekonomije (BPE), kao i praktične implikacije ključnih nalaza ove discipline. Kako je tekao razvoj BPE, gde leže koreni ove discipline, ko su njeni najznačajniji predstavnici, ali i oponentni, i, najvažnije, gde su granice ove naučne discipline u odnosu na neoklasičnu ekonomsku analizu prava, s jedne strane, i biheviorističku ekonomiju, s druge strane? Budući da BPE „pozajmljuje“ određene psihološke nalaze (naročito nalaze socijalne psihologije), postavlja se i pitanje povezanosti ovih dveju disciplina, te će i ono biti uzgred analizirano. Sve u svemu, centralno pitanje, na koje je potrebno odgovoriti, glasi: da li je BPE danas posebna i dovoljno izgrađena naučna disciplina, ili je ona samo teorijska nadogradnja nad svojom bazom (neoklasičnom ekonomskom analizom prava) i koji su praktični dometi i značaj njenih ključnih nalaza na polju politike rešavanja sporova?*

**Ključne reči:** *Biheviorističko pravo i ekonomija, Ekonomska analiza prava, Bihevioristička ekonomija, teorijske osnove, praktični nalazi.*

---

<sup>7</sup> Ovaj članak je rezultat rada u okviru projekta pod nazivom „zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, finansiranog od strane Ministarstva prosvete i nauke republike Srbije (referentni broj 179046).





## **UZROČNA VEZA KAO USLOV ODGOVORNOSTI MEDICINSKIH POSLENIKA**

**Apstrakt:** *Da bi zdravstveni radnik/zdravstvena ustanova odgovarao za štetu koju je pacijent pretrpeo, potrebno je utvrditi uzročnu vezu kao jedan od stalnih uslova odgovornosti. Pitanje uzročne veze jedno je od centralnih i najtežih pitanja odgovornosti zdravstvenih radnika/zdravstvenih ustanova za štetu. Reč je, zapravo, o proceni da je rđavo stanje pacijentovog zdravlja uzrokovano lekarskom greškom, a ne prirodnim ishodom bolesti ili samim lečenjem. Imajući u vidu okolnost da je svaki pacijent drugačiji, da različito podnosi bolest, oboljenja, samo lečenje, odnosno upotrebu lekova i medicinskih sredstava, ne može se sa sigurnošću konstatovati šta je u konkretnom slučaju pravi uzrok činjenici pogoršanja lečene bolesti ili pojavi nove, odnosno zašto je telo pretrpelo oštećenja ili pak zašto je nastupila smrt pacijenta. Bez obzira na sve probleme koji postoje oko utvrđivanja uzročnosti, zadatak sudija je da postojanje uzročne veze prihvate ili odbace u zavisnosti od uverenja koje steknu o njenom postojanju. Predmet ovog rada je upravo prikaz problematike oko utvrđivanja uzročne veze kao uslova odgovornosti zdravstvenih radnika/zdravstvenih ustanova za štetu, kako u našem, tako i u uporednom pravu.*

**Ključne reči:** *uzročna veza, lekarska greška, medicinska sredstva.*

### **1. Uvodna razmatranja**

na odgovornost za štete u okvirima zdravstvene delatnosti primenjuju se opšta pravila o odgovornosti za štetu. Da bi pacijent imao pravo na naknadu štete moraju se ispuniti svi neophodni uslovi odgovornosti. Među uslovima odgovornosti centralno mesto pripada uzročnoj vezi

---

\* manicsamir@hotmail.com

kao jednom od najtežih pitanja odgovornosti zdravstvenih radnika/ zdravstvenih ustanova. zadatak suda je da u svakom konkretnom slučaju utvrdi uzrok lošeg stanja pacijentovog zdravlja. Da li se pacijent nalazi u takvom stanju zbog činjenice da je zdravstveni radnik napravio grešku ili je, možda, u takvom stanju zato što je sama bolest na to uticala ili neki drugi proces iz samog organizma pacijenta.

Kada je u pitanju utvrđivanje uzročne veze za štete u okvirima zdravstvene delatnosti, položaj suda nije nimalo jednostavan, jer na štetu pacijenata može uticati veliki broj faktora. Mora se voditi računa i o činjenici da se organizmi pacijenata razlikuju među sobom, da ista bolest može izazvati različite posledice u zavisnosti od toga kakva je otpornost organizma pacijenata, kao i da isti proces lečenja, upotreba istih lekova i medicinskih sredstava može izazvati različite efekte kod različitih pacijenata. Sve ovo ima za posledicu da se ne može sa sigurnošću konstatovati šta je u konkretnom slučaju pravi uzrok činjenici pogoršanja lečene bolesti ili pojavi nove, odnosno zašto je telo pretrpelo oštećenja ili pak zašto je nastupila smrt pacijenta (Putzo, 1979: 66).

Uprkos svim problemima koji se vezuju za utvrđivanje uzročne veze, sudija mora postojanje uzročne veze ili prihvatiti ili odbaciti. istina, taj zadatak nije lak, jer sudiji ne stoji na raspolaganju matematička formula koju će primeniti i na bazi koje će utvrditi postojanje ili nepostojanje uzročne veze. ipak, sudija „svojim uverenjem mora popuniti i onaj prostor koji se, u većoj ili manjoj meri, medicinski ne može dokazati“ (radišić, 2007: 101).

Ovim radom želimo bliže predstaviti problematiku oko utvrđivanja uzročne veze kao uslova odgovornosti za štetu zdravstvenih radnika/ zdravstvenih ustanova, kako u našem, tako i u uporednom pravu.

## **2. Teret dokazivanja uzročne veze**

Pitanje tereta dokazivanja uzročne veze između štete i radnje zdravstvenog radnika (aktivne ili pasivne) jedno je od najznačajnijih pitanja koje se vezuje za uzročnu vezu. Ovo pitanje ima dva aspekta, i to: procesno- pravni i materijalno-pravni.

Ako problematiku tereta dokazivanja posmatramo sa procesno-pravnog aspekta, teret dokazivanja uzročne veze snosi pacijent. Pacijent, ukoliko želi da njegov tužbeni zahtev bude usvojen, mora navesti određene

činjenice i ponuditi dokaze u cilju utvrđivanja njihove istinitosti.<sup>1</sup> Međutim, činjenica da je pacijent dužan dokazati postojanje uzročne veze u velikoj meri utiče na neravnopravnost učesnika parničnog postupka. Problem je u tome što su pacijenti, u većini slučajeva, laici koji nemaju pravu predstavu o bolesti, njenim uzrocima, posledicama, kako se bolest leči, i kako je, u konkretnom slučaju, lečena. Na protivničkoj strani su zdravstveni radnici kao medicinski stručnjaci koji imaju sve neophodne informacije o bolesti, šta je trebalo preduzeti da bi bolest bila izlečena, i šta se, u konkretnom slučaju, preduzelo. Uzimajući u obzir i okolnost da je veštačenje, koje po pravilu obavlja zdravstveni radnik, osnovno dokazno sredstvo, neravnopravnost učesnika parničnog postupka je očigledna.

Ukoliko problematiku tereta dokazivanja posmatramo sa materijalno- pravnog aspekta, odgovor na pitanje ko snosi teret dokazivanja uzročne veze zavisi od toga da li na štetu primenjujemo pravila subjektivne ili pravila objektivne odgovornosti za štetu. Primena pravila subjektivne odgovornosti za štetu za posledicu ima to da teret dokazivanja uzročne veze snosi pacijent. Pacijent je taj koji mora dokazati da postoji uzročna veza između štete koju je pretrpeo i radnje zdravstvenog radnika. ali, njegov položaj zavisi od toga da li se u okviru određenog pravnog sistema primenjuje princip pretpostavljene ili princip dokazane krivice. U pravnim sistemima koji primenjuju princip dokazane krivice položaj pacijenta je veoma težak zbog činjenice da on mora, pored uzročne veze, dokazati i krivicu zdravstvenog radnika. U okvirima ovih pravnih sistema, postoji tendencija poboljšanja položaja pacijenata kroz prevaljivanje tereta dokazivanja uzročne veze sa pacijenta na zdravstvene radnike (klarić, 2011: 138). nemačka sudska praksa npr. uvela je takvu mogućnost u dva slučaja, jedan je tzv. *prima facie* dokaz, a drugi kada se radi o *gruboj lekarskoj grešci*.

Smisao *prima facie* dokazne olakšice je da sud utvrdi da je šteta tipičan ishod određenog toka događaja, a da zaključak o tome zasniva na iskustvenom stavu koji je stečen na osnovu dovoljne verovatnoće (Milutinović, 2004: 239–240). Jednostavnije rečeno, pacijentova šteta, prema medicinskom iskustvu, predstavlja tipičnu posledicu greške u lečenju (radišić, 2007: 312). na primer, ako se pacijent, smešten u okvirima bolnice zajedno sa bolesnikom zaraženim od određenog virusa, razboli od istog virusa, ima se uzeti da je zajednički smeštaj uzrokovao datu bolest (slično. radišić, 2007: 313). Da bi se zdravstveni radnik oslobodio odgovornosti za štetu,

1 Čl. 192 zakona o parničnom postupku, Sl. glasnik rS», br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US, 55/2014 i 87/2018.

on mora dokazati da je u konkretnom slučaju bio moguć i atipičan događaj (radišić, 2007: 314). ako postoje odstupanja od opšteg životnog iskustva, primena *prima facie* dokazne olakšice ne dolazi u obzir (Milutinović, 2004: 240).

Lekar snosi teret dokazivanja da šteta nije posledica njegove greške u onom slu čaju kada se utvrdi da je lekarska greška *gruba*<sup>2</sup> i da je pacijent pretrpeo štetu koju je propisno postupanje lekara trebalo da spreči (radišić, 1998: 242). radi se o tome da u ovom slučaju postoji pretpostavka uzročnosti koju lekar mora oboriti ukoliko želi da se oslobodi od odgovornosti za štetu.<sup>3</sup> Međutim, skoro da je nemoguće oboriti pretpostavku uzročnosti u takvim slučajevima, pa gruba lekarska greška, u cilju potpunog obeštećenja pacijenta, kompenzira nesigurnost postojanja uzročne veze (radišić, 2010: 49). teret dokazivanja nepostojanja uzročne veze prebacuje se na zdravstvenog radnika uvek kada postoji velika verovatnoća da je gruba lekarska greška jedini uzrok štete, odnosno ukoliko nisu izuzetno male šanse da je gruba lekarska greška uzrok štete (slično. Milutinović, 2004: 241). takođe, treba istaći da primena ove dokazne olakšice dolazi u obzir samo za utvrđivanje uzročne veze između lekarske greške i primarne štete koju pretrpi pacijent – tj. štete koja se nalazi u području koje se štiti normom koju je lekar prekršio, jer je norma trebala da spreči upravo tu štetu (radišić, 2007: 315). Postojanje uzročne veze između primarne povrede zdravlja pacijenta i sekundarne štete utvrđuje se na osnovu opštih pravila o dokazivanju (radišić, 2007: 315–316).

Za austrijsko pravo karakteristična je tendencija odricanja od standardnog pravila dokazivanja uzročne veze, ako postoji velika verovatnoća da nešto objektivno nije u redu u sferi štetnika, i pored činjenice da nije sasvim jasno, sa dokaznog stanovišta, šta je uzrokovalo nastanak štete (Koch, 2010: 125). Takođe, nedostatak

---

2 „Grubom se smatra greška koja se ordinirajućem lekaru ni u kom slu čaju ne bi smela potkrasti, jer je, većinom, reč o zanemarivanju elementarnih saznanja i iskustava medicine“ (radišić, 2007: 314).

3 Nemački sudovi su skloni da relativno brzo i često kvalifikuju lekarske greške kao grube, naročito u oblasti dijagnostike, npr: kada lekar previdi znake sepse pa, umesto bakterijske infekcije, smatra da je u pitanju zapaljenje zglobova; kada ginekolog na osnovu žu te boje tek rođenog deteta ne zaklju či da bi se moglo raditi o nepodnošljivosti rezus faktora njegovih roditelja. zbog te greške, on je tek četvrtog dana po rođenju deteta izvršio zamenu krvi, ali dete ne spasi smrti. Savezni vrhovni sud nemačke smatrao je da se radi o gruboj dijagnostičkoj grešci zbog koje lekar treba da dokaže da ni blagovremena zamena krvi ne bi sprečila detetovu smrt (Deutsch, 1988: 2, navedeno prema radišić, 2007: 315).

adekvatne dokumentacije može biti od velike koristi pacijentu. radi se o tome da je zdravstveni radnik u obavezi da dokumentuje barem ključne aspekte dijagnoze i lečenja, pa kršenje ove obaveze može preokrenuti teret dokazivanja uzročne veze (Koch, 2010: 124). tako, npr. ako ne postoji dokumentacija o tome da su pacijentu saopštene određene informacije koje se daju pacijentima, pretpostavlja se da nisu preduzeti koraci da se on obavesti (Koch, 2010: 125).

kada je u pitanju špansko pravo, pravila na osnovu kojih se utvrđuje postojanje uzročne veze su veoma stroga; uzročna veza se mora dokazati sa sigurnošću, a teret dokazivanja uzročne veze je na tužiocu koji se ne može koristiti nikakvom pretpostavkom uzročnosti (Casals, Jordi, Feliu, 2003: 161). Ipak, čini se da u određenim slu čajevima španski sudovi priznaju postojanje uzročne veze. tako, na implicitan način, kada se primenjuje doktrina tzv. *neproporcionalne štete* – pretpostavljajući krivicu – sudovi takođe priznaju i postojanje uzročne veze između takvog skrivljenog ponašanja i štete (Rubio, Garcia, 2010: 179).

Uzročna veza je uslov odgovornosti i kad se na odgovornost zdravstvenih radnika primenjuju pravila objektivne odgovornosti za štetu. naravno, položaj pacijenata u okvirima različitih pravnih sistema nije isti, već zavisi od pravila kojima je regulisana objektivna odgovornost za štetu. Pacijenti su u najpovoljnijem položaju u okvirima onih pravnih sistema koji pretpostavljaju postojanje uzročne veze, gde spada i naš pravni sistem. tako, u okvirima našeg pravnog sistema primenjuje se, sada već više od četrdeset godina, pravilo da šteta nastala u vezi sa opasnom stvari, odnosno opasnom delatnošću potiče od te stvari, odnosno delatnosti, izuzev ako se dokaže da one nisu bile uzrok štete.<sup>4</sup> Stoga, ukoliko je šteta pričinjena upotrebom medicinskog sredstva koje se može podvesti pod pojam opasne stvari, ili primenom određene dijagnostičke ili terapijske mere koja bi se mogla podvesti pod pojam *opasne delatnosti*, zadatak pacijenta je samo da dokaže da je šteta nastala u vezi sa medicinskim sredstvom, odnosno dijagnostičkom ili terapijskom merom (klarić, 2011: 140; vidi više. Manić, 2015: 151–161). zdravstveni radnik mora dokazati da šteta nije posledica upotrebe *opasne stvari* ili obavljanja *opasne delatnosti* ukoliko se želi osloboditi odgovornosti za štetu koja je pričinjena pacijentu.

---

4 Čl. 173 z00.

### 3. Stepen verovatnoće kao merilo uzročnosti

Usled određenih specifičnosti, koje se vezuju za medicinsku delatnost, uzročnu vezu, u određenim slučajevima, veoma je teško, gotovo nemoguće, utvrditi. Ova okolnost posebno dolazi do izražaja kada je šteta pacijentu prouzrokovana propuštanjem određene medicinske mere (Gross, 1987: 195; Koch, 2003: 92). ista je situacija i u slučaju kada je šteta uzrokovana infekcijama, gde kod pojedinih infekcija inkubacija može trajati i godinama, ili kada se radi o psihičkim štetama (Mujović, 2012: 364). zbir veoma složenih procesa ljudskog organizma, sa jedne strane, i istovremenog suprotnog delovanja bolesti i lečenja, sa druge strane, imaju kao posledicu, u velikom broju slučajeva, nemogućnost utvrđivanja sa posebnom sigurnošću konkretnog toka narušavanja zdravlja zbog nemogućnosti tzv. „rekonstrukcije događaja“ (radišić, 2010: 48). U navedenim slučajevima, sud donosi odluku kojom usvaja ili odbija tužbeni zahtev pacijenta, a koja se zasniva na uzročnoj vezi za koju postoji samo određeni stepen verovatnoće postojanja/nepostojanja. Pacijent je, stoga, dužan pokazati postojanje određenog stepena verovatnoće da štetu ne bi pretrpeo da je zdravstveni radnik postupao onako kako je trebalo u datoj situaciji (slično. Koch, 2010: 123). Međutim, postavlja se pitanje koji stepen verovatnoće postojanja uzročne veze pacijent mora dokazati da bi sud prihvatio da postoji uzročna veza između radnje zdravstvenog radnika i štete pacijenta?

U okvirima anglo-američkog prava, merilo dokaza je *pretežna verovatnoća* (Klarić, 2011: 140). Primena ovog merila u medicini iziskuje od pacijenta da pokaže da je više verovatno, nego što nije, da je greška zdravstvenog radnika uzrok štete; ako to izrazimo u procentima, pacijent će dokazati da uzročna veza postoji ukoliko je njeno postojanje više od 50 % verovatno (Klarić, 2011: 140).

Kada je u pitanju nemačko pravo, shodno vladajućem mišljenju i sudskoj praksi, za postojanje uzročne veze potrebno je postojanje visokog stepena verovatnoće ili, preciznije rečeno, verovatnoće na granici sigurnosti (Klarić, 2011: 140). U suštini, potrebno je da je postojanje uzročno- posledičnog odnosa između greške zdravstvenog radnika i štete pacijenta verovatnije od njegovog nepostojanja (Klarić, 2011: 140). radi se o tome da više indicija govori u prilog uzročne veze, odnosno da postoji više od 50% verovatnoće u prilog uzročnoj vezi (Milutinović, 2004: 240).

U francuskom pravu, teret dokazivanja uzročne veze je na pacijentu koji mora dokazati da mu je skrivljeno ponašanje zdravstvenog radnika

prouzrokovalo štetu, a uzročnost se posmatra kao pravna činjenica koja se može dokazivati svim sredstvima (G'Sell-Macrez, 2011: 1111). francuski sudovi u svojim presudama, uglavnom, koriste formulaciju „ozbiljna, precizna i istovremena pretpostavka”.<sup>5</sup> treba naglasiti da je „dokaz isključenjem“ oblik pretpostavljenog rezonovanja; ako ne postoje drugi faktori koji bi objasnili pojavu štete, onda se uzima da je ponašanje tuženog uzrok nastanka štete – na primer, ukoliko pacijentova hipertenzija ne bi mogla biti objašnjena ničim drugim osim uzimanjem određenog leka.<sup>6</sup>

U okvirima švajcarskog prava, zahteva se da uzročni odnos između radnje zdravstvenog radnika i štete pacijenta poprma dimenziju odnosa koji preovladava i ima, shodno životnom iskustvu, snagu pretežne, racionalne, korelacije u odnosu na sve druge uzročno-posledične relacije. „izvesnost o nastupanju neke činjenice koja sudiji treba da pruži dokaz ne sme se identifikovati sa apsolutnom eliminacijom svake druge mogućnosti. za održiv kauzalni razvoj govori pretežna verovatnoća, ukoliko takav razvoj, prema životnom iskustvu, preteže nad mogućnošću nekog drugog kauzalnog razvoja, tako da razumno ne treba misliti na neko drugo uzrokovanje”<sup>7</sup>. za postojanje uzročne veze dovoljan je visok stepen verovatnoće, a u slučaju nužde dovoljna je i puka indicija (Gross, 1987: 195).

U austrijskom pravu, ukoliko se uzročna veza ne može utvrditi sa apsolutnom sigurnošću, od pacijenta se zahteva da pokaže veliku verovatnoću da štetu ne bi pretrpeo da nije bilo greške zdravstvenog radnika (Koch, 2010: 123). Sa druge strane, zdravstveni radnik se može osloboditi odgovornosti ukoliko dokaže postojanje još nekog uzroka za koji je više verovatno da je prouzrokovao štetu (Koch, 2010: 124). iz novijih sudskih odluka može se videti da je standard dokazivanja uzročne veze snižen, još više, u korist pacijenta, i to u toj meri da je dovoljno da se dokaže da greška zdravstvenog radnika nadmašuje bilo koji drugi mogući razlog pogoršanja zdravlja pacijenta; dok zdravstveni radnik sa druge strane mora dokazati, sa najvećom verovatnoćom, postojanje nekog drugog uzroka koji je prouzrokovao štetu (Koch, 2010: 124). Ova stremljenja

---

5 See Cass. le civ., Jan. 24, 2006, Bull. civ. 1, No. 34; D. 2006, Pan., 1931, obs. P. Jourdain; m JCP 2006, 1, 10082, note L. Grynbaum; RCA 2006, No. 89, note C. Rad6; RTD civ. 2006, 323, obs. P. Jourdain., navedeno prema (G'Sell-Macrez, 2011: 1112).

6 Cass. le civ., Jan. 24, 2006, Bull. civ. 1, No. 35; JCP 2006, 1, 166, No. 5, obs. Ph. Stoffel-Munck; JCP 2006, I, 10082, note L. Grynbaum; RTD civ. 2006, 323, obs. P. Jourdain., navedeno prema (G'Sell-Macrez, 2011: 1112).

7 Stav Saveznog suda švajcarske, navedeno prema (Gross, 1987: 195)

sudske prakse podstaknuta su činjenicom da pacijenti, u najvećem broju slučajeva, nisu u mogućnosti da pruže tačan dokaz uzročnosti (Koch, 2010: 124).

U cilju utvrđivanja uzročne veze, posebno u onim situacijama kada više uzroka može doprineti nastanku štete, što je posebno karakteristično za štete u medicini, pravna teorija upotrebljava određene teorije o uzročnoj vezi, među kojima su najpoznatije *teorija ekvivalentnosti*, *teorija adekvatne uzročnosti* i *teorija o cilju prekršene norme*.

Za anglo-američko pravo karakteristična je upotreba *but for* testa („da nije bilo...“) ili teorije uzroka *sine qua non*, koja uzrokom štete smatra samo onu od više okolnosti bez koje šteta ne može nastati (Klarić, 2011: 141). Preciznije, uzrokom se smatra ona okolnost koju nije moguće isključiti, a da zbog toga i posledica ne izostane (slično. Mujović, 2012: 364). vrši se, zapravo, postupak hipotetičke eliminacije, i na osnovu toga se utvrđuje da li greška zdravstvenog radnika nužno izaziva štetu pacijenta. Suština je u tome da se ceo tok, od radnje zdravstvenog radnika pa do oštećenja zdravlja pacijenta, posmatra unazad, ali na taj način kao da greške zdravstvenog radnika nije bilo, pa ako se pokaže da u tako pretpostavljenom toku događaja šteta ipak nastaje, za nju greška zdravstvenog radnika ne bi bila uslovljavajuća, pa ne bi bilo niti odgovornosti zdravstvenog radnika. Ova teorija, koja se naziva još i *teorija ekvivalencije*, služi pretežno da se uz pomoć nje isključi radnja tuženog kao uzrok štete (Klarić, 2011: 141). Suština ove teorije može se sagledati, dakle, kroz jednostavno pitanje da li bi se šteta dogodila da nije bilo greške zdravstvenog radnika (slično. Klarić, 2011: 142). takođe, prema *but for testu*, ukoliko pacijent želi ostvariti svoj tužbeni zahtev, on mora dokazati da je za više od 50% veća verovatnoća da do štete ne bi došlo da nije bilo greške zdravstvenog radnika (Swain, 2010: 47). Glavna mana *but for* testa je njegova krutost koja, posebno, dolazi do izražaja u onim slučajevima kad deluju više istovremenih ili sukcesivnih činilaca koji doprinose nastanku štete (Swain, 2010: 47; Klarić, 2011: 142). Tako, u jednom slučaju pred engleskim sudovima,<sup>8</sup> prevremeno rođena beba patila je od retrolentalne fibroplazije, bila je slepa na jednom oku i delimično je videla na drugom. tužilac je tvrdio da je šteta nastala kao posledica nepažnje zdravstvenog radnika. Međutim, problem podnosioca tužbenog zahteva sastojao se u tome što su iste posledice mogle biti izazvane različitim medicinskim stanjima koja su uobičajena kod prevremeno rođene dece. Prema mišljenju apelacionog suda (*Court of Appeal*), tužbeni zahtev bio je osnovan, ali istog mišljenja

---

<sup>8</sup> Wilsher v. Essex Area Health Authority, [1988] AC 1074., navedeno prema (Swain, 2010: 47)



nije bio i Dom lordova (*House of Lords*), na bazi razlike između slučaja gde postoji poznati uzročnik i ovog slučaja gde je bilo nekoliko takvih uzročnika (Swain, 2010: 47–48).

U francuskom pravu, uzročna veza je uslov koji se mora dokazati nezavisno od toga da li se naknada štete zahteva prema pravilima ugovorne ili vanugovorne odgovornosti, ali je veoma teško definisati kriterijume na osnovu kojih se dokazuje uzročna veza (G'Sell-Macrez, 2011: 1110). Shodno okolnosti da se *teorija ekvivalencije* često primenjuje u francuskom građanskom pravu, određena činjenica mora biti uslov bez koga šteta ne bi nastala kako bi se mogla kvalifikovati kao uzrok štete (G'Sell-Macrez, 2011: 1110). Ovo znači da uzročno-posledični odnos nije utvrđen ukoliko se ne pokaže da šteta ne bi nastala bez određene činjenice; npr. nema uzročne veze ukoliko se dokaže da bi oštećeni svakako pristao na određenu intervenciju čak i da je potpuno informisan o rizicima intervencije.<sup>9</sup> Međutim, francuski sudovi ne primenjuju uvek *teoriju ekvivalencije*, već koriste i teoriju direktne veze, odnosno *teoriju adekvatne uzročnosti* (G'Sell-Macrez, 2011: 1111).

U našoj sudskoj praksi, kao i u praksi nemačkih, austrijskih i švajcarskih sudova, preovladava *teorija adekvatne uzročnosti*. U skladu sa ovom teorijom, greška zdravstvenog radnika mora biti adekvatna oštećenju zdravlja pacijenta, odnosno radnja (činjenje ili nečinjenje) mora biti objektivno podesna da izazove oštećenje zdravlja pacijenta, da je tipična za štetu koju je pacijent pretrpeo (slično. Klarić, 2011: 143). adekvatna uzročna veza postoji ukoliko je postupak zdravstvenog radnika, prema objektivnom merilu, generalno podesan da izazove nastalu štetu, a ne samo blagodareći posebnim i neočekivanim okolnostima o kojima se, po redovnom toku stvari, ne vodi računa.<sup>10</sup> zdravstvenom radniku/ zdravstvenoj ustanovi mogu se pripisati samo oni uzroci štete koji su se u vreme zdravstvene intervencije mogli uopšte predvideti, a ne neverovatne okolnosti, koje se nalaze van medicinskog iskustva, jer se one odgovornom licu, pravično, ne bi smele više pripisati (Dieter, 1981: 153). Osnovni nedostatak ove teorije ogleda se u tome što je ona previše subjektivna, jer ostavlja sudu da procenjuje tipičnost, odnosno netipičnost određene uzročne veze, odnosno da li je uzročna veza adekvatna ili nije adekvatna (Klarić, 2011: 143). Mišljenja smo da se ovo ne može uzeti kao nedostatak *teorije adekvatne uzročnosti*. Pravna pitanja se, nikako, ne mogu podvoditi pod matematičke formule i uvek će

9 Cour d'appel [CA] [regional court of appeal] Paris, Nov. 20, 2003, RCA 2004, Comm. No. 76, obs. Ch. Rad. navedeno prema (G'Sell-Macrez, 2011: 1110).

10 Stav Saveznog suda nemačke, navedeno prema (radišić, 1998: 242).

imati dozu subjektivnog u sebi. teško je stvoriti teoriju uzročnosti koja bi dala odgovor na sva moguća pitanja, a da se pri tome ne upotrebljava određena doza subjektivnosti. Jedino je moguće uspostaviti kriterijume na bazi kojih bi se ta subjektivnost mogla preispitivati, odnosno ograničavati. Jedan od načina je, svakako, upotreba drugih teorija putem kojih bi mane *teorije adekvatne uzročnosti* bile nadomeštene. Jedna od takvih teorija je i *teorija o cilju prekršene norme*.

Suština *teorije o cilju prekršene norme* sastoji se u tome da se pravo na naknadu štete mora prilagoditi cilju norme koja je prekršena (radišić, 1998: 243). reč je o normi koja mora težiti zaštiti samog pacijenta, odnosno šteta koja je nastala i čija se nadoknada traži, mora biti obuhvaćena ciljem prekršene norme (Koziol, 1980: 152). Suštinski, da bi zdravstveni radnik/zdravstvena ustanova odgovarao za štetu, ona mora pasti unutar područja zaštite prekršenog pravila (Klarić, 2011: 148). razlika između *teorije adekvatne uzročnosti* i *teorije o cilju prekršene norme* je u tome što *teorija adekvatne uzročnosti* insistira na sudu verovatnoće u vreme izvršenja štetne radnje, dok *teorija o cilju prekršene norme* insistira na opštoj predvidljivosti štete u ranijem vremenu (radišić, 1998: 244). Pojam norme obuhvata standardna pravila medicinske struke, koja je, uz određenu pažnju, trebalo poštovati u određenom slu čaju (radišić, 1998: 244). tako, npr. cilj pravila da se trudnice ne smeju izlagati određenim sredstvima za snimanje jeste da se izbegnu moguće posledice radijacije koje su karakteristične samo za njih, pa ukoliko zdravstveni radnik ne poštuje tu normu, biće odgovoran samo za one štete koje su posledica radijacije.

Kada je u pitanju neprimena indikovanog medicinskog sredstva, usled koje je pacijent pretrpeo štetu, *teorija o cilju prekršene norme* može imati veliku ulogu u utvrđivanju uzročne veze. tako, ne postoji medicinsko sredstvo koje nije napravljeno sa određenim ciljem, te u skladu sa tim ima konkretno određeno polje svoje primene, odnosno svrhu koju mu je namenio sam proizvođač. U vezi sa svakim medicinskim sredstvom precizno se zna: kako se primenjuje, u kojim slučajevima se primenjuje, u kojim uslovima, šta je cilj, odnosno svrha primenjivanja, da li se primenjuje u svrhu dijagnoze, prevencije, lečenja, ili pak ublažavanja bolesti ili povreda. Shodno navedenom, povodom svakog medicinskog sredstva postoji precizna norma koja određuje cilj njegovog primenjivanja. taj cilj je, najčešće, prevencija, lečenje i ublažavanje raznovrsnih bolesti i oboljenja, pa se u slučaju neprimene medicinski indikovanog medicinskog sredstva krši norma koja je imala neposredno za cilj da određenu bolest otkrije, spreči u njenom razvoju, otkloni ili ublaži. tako, npr. osnovni cilj zbog kojeg se

primenjuje magnetna rezonanca sastoji se u jasnom prikazu strukture glave i kičmenog stuba, mekotkivnih struktura, koštano-zglobnog sistema i strukture male karlice (vidi više. Mihailović, Daković, 2019: 510–517). ako se desi da pacijent sa intenzivnim bolovima u predelu glave ili kičmenog stuba, koji traju duži vremenski period, ne bude pregledan putem magnetne rezonance, već tretiran određenim medikamentima u cilju smanjenja bolova, a kasnije se ispostavi da su bolovi posledica tumora koji da je otkriven u ranoj fazi, kada je i trebalo koristiti magnetnu rezonancu, uspešno bi se lečio, direktno bi došlo do kršenja norme o cilju primenjivanja ovog medicinskog sredstva, a to je otkrivanje bolesti ili oboljenja u njihovoj ranoj fazi. kao posledica kršenja norme o cilju upotrebe magnetne rezonance, mogla bi se javiti materijalna i nematerijalna šteta, kako za pacijenta, tako i za njegove srodnike.

#### 4. Načelo „sve ili ništa“ ili načelo „izgubljene šanse“

U većini pravnih sistema, kako kontinentalno-evropskih, tako i onih *common law*-a, sudovi su prilikom odlučivanja o tužbenim zahtevima pacijenata, sve do u skorije vreme, primenjivali princip *sve ili ništa*. Suština ovog principa ogleda se u tome da pacijent dobija ili potpuno obeštećenje ili ne dobija ništa, u zavisnosti od toga da li je uzročna veza dokazana ili ne (radišić, 1998: 245). ako se bliže analizira ovaj princip, može se zaključiti da *sve* znači da zdravstveni radnik/zdravstvena ustanova mora platiti punu naknadu štete i pored činjenice da uzročna veza nije sigurna, a *ništa* da pacijent neće dobiti nikakvu naknadu štete uprkos činjenici da je postojala greška zdravstvenog radnika (Klarić, 2011: 144; nikšić, 2008: 284). za pacijenta ne postoji mogućnost da se poziva na saznanja medicinske nauke u skladu sa kojima je ipak imao određenu šansu za ozdravljenje, a koja je uništena usled greške zdravstvenog radnika, niti postoji mogućnost da zahteva naknadu štete koja bi bila srazmerna izgubljenoj šansi (radišić, 1998: 245).

Nesavršenost principa *sve ili ništa* izrodila je potrebu za pronalaženjem principa kojim bi se uspostavila ravnoteža u zaštiti interesa između zdravstvenih radnika/zdravstvenih ustanova i pacijenata. francuska sudska praksa je rešenje ovog problema potražila u *teoriji izgubljene šanse*.<sup>11</sup> Prema ovoj teoriji, ukoliko sud ustanovi da je pacijent

11 Slučaj od kog je počela široka primena *teorije izgubljene šanse* odigrao se 1965. godine kada je zdravstveni radnik počinio grešku prilikom dijagnoze nad detetom, koje je ostalo osakaćeno, pa je sud doneo odluku da zdravstveni radnik plati naknadu štete zbog izgubljene šanse za izlečenje. Cass. Ie civ., Dec. 14, 1965, Bull. civ. I, No. 707; JCP G, 1966, 11, 14753. navedeno prema (G'Sell-Macrez, 2011: 1114).

zbog greške zdravstvenog radnika izgubio određenu šansu da se izleči, odnosno održi u životu, zdravstveni radnik će dugovati naknadu štete srazmerno svom doprinosu u njenom prouzrokovanju (Taylor: 2010,83; G'Sell-Macrez, 2011: 1114). Sud će dosuditi delimično obeštećenje, i pored činjenice da uzročna veza nije sigurna, ukoliko ustanovi da greška zdravstvenog radnika nije bila bez uticaja na narušavanje zdravlja pacijenta (Taylor: 2010, 83). Odnosno, sud može doneti sudsku odluku kojom će oglasiti davaoca zdravstvene usluge odgovornim na osnovu gubitka šanse pacijenta za ozdravljenje ili preživljavanje i u određenim okolnostima kada pacijent nije u stanju da dokaže postojanje uzročne veze (Taylor: 2010, 84).

Suštinu *teorije izgubljene šanse* predstaviceemo na sledeći način: ako bi npr. pacijent, da zdravstveni radnik nije napravio grešku, imao 30% šanse da se izleči ili da ostane u životu, u obimu od 30% imao bi i pravo na naknadu štete, odnosno u slu čaju smrti njegovi srodnici (slično. radišić, 1998: 245; Klarić, 2011: 144; Cvetković, 2011: 491).<sup>12</sup> iz navedenog se vidi da pacijent ne dobija potpunu naknadu štete, već naknadu koja je proporcionalna veličini šanse za ozdravljenje ili preživljavanje, a koju bi pacijent, verovatno, imao da zdravstveni radnik nije napravio grešku (Taylor: 2010, 84; radišić, 2010: 50; G'Sell- Macrez, 2011: 1114). Međutim, da bi sud doneo ovakvu odluku, on mora biti siguran da je postojala istinska šansa pacijenta za ozdravljenjem ili preživljavanjem, a koja je uništena usled greške zdravstvenog radnika (Taylor: 2010, 84).

*Teorija izgubljene šanse* nije prihvaćena od strane nemačke sudske prakse. ipak, u novije vreme, pojavljuju se radovi u stru čnoj literaturi koji se zalažu za njenu primenu (K larić, 2011: 144). Međutim, kao što smo i videli, nemačka sudska praksa je razvila druge olakšice kojima se pacijenti mogu služiti u cilju utvrđivanja uzročne veze. Sa druge strane, teorija *izgubljene šanse* prihvaćena je od strane američkih sudova, a na sličan način i od strane švajcarskih i austrijskih (radišić, 2010: 49). U okvirima sudske prakse SaD, *but for test*, koji suštinski predstavlja načelo *sve ili ništa*, polako ali sigurno gubi primat u odnosu na *teoriju izgubljene šanse* (Klarić, 2011: 145). Zastupnici *teorije izgubljene šanse* u SaD apostrofiraju činjenicu da se putem nje odmerava naknada štete proporcionalno njenom prouzrokovanju (Klarić, 2011: 145). Slučaj *Herskovits* je bio poznati slučaj povodom kojeg je doneta odluka koja je afirmisala *teoriju izgubljene šanse* u sudskoj praksi SaD (Wurdeman, 2014: 604). Sa

---

12 Pravo na naknadu štete zbog uništene šanse da preživi pacijent stiće pre smrti, pa je to razlog što ono može da pređe i na njegove naslednike (radišić, 1998: 245).

druge strane okeana, engleska sudska praksa ne prihvata teoriju *izgubljene šanse*, mada je bilo nekih pokušaja da se ovaj princip afirmiše kroz određene sudske odluke (vidi. Swain, 2010: 49). U austrijskoj sudskoj praksi, kada pacijent pretrpi štetu, ali nije jasno da li se to dogodilo zbog određenih uzroka koji se vezuju za sam organizam pacijenta ili usled greške zdravstvenog radnika, obe strane će morati deliti posledice nesigurnosti uzročne veze, a samim tim i štetu (Koch, 2010: 125).

I pored činjenice da postoje određene teškoće oko utvrđivanja procenta izgubljene šanse, a samim tim i visine naknade štete, princip *izgubljene šanse* pravičniji je od principa *sve ili ništa*, pa ga zato predlažemo kao rešenje i za sudsku praksu u okvirima pravnog poretka republike Srbije. Naime, sa jedne strane, srazmera između stepena odgovornosti i visine naknade štete u velikoj meri pomaže pacijentima da savladaju teškoće vezane za dokazivanje uzročne veze, a sa druge strane, zdravstveni radnici/zdravstvene ustanove ne opterećuju se potpunom naknadom štete (isto. radišić, 2010: 50).

## 5. Neprekidnost uzročne veze

Jedno od zanimljivijih pitanja u vezi sa odgovornošću zdravstvenih radnika/zdravstvenih ustanova je i pitanje prekida uzročne veze. Pošto uzročna veza između greške zdravstvenog radnika i štete pacijenta mora biti neprekinuta, opravdano se može postaviti pitanje da li u slučaju kada nakon greške jednog zdravstvenog radnika usledi greška drugog zdravstvenog radnika dolazi do prekida uzročne veze i ko odgovara za pričinjenu štetu?

Prema stanovištu nemačkog Saveznog suda, do prekida uzročne veze, kao i do odgovornosti drugog zdravstvenog radnika, dolazi samo u onom slučaju kada je drugi zdravstveni radnik postupao „protiv svih lekarskih pravila i iskustva“, odnosno kada je drugi zdravstveni radnik u „neobično visokoj meri zanemario zahteve savesnog lekarskog postupka“ ili, preciznije rečeno, ako je drugi zdravstveni radnik počinio *grubu* lekarsku grešku.<sup>13</sup> na osnovu navedenog može se zaključiti da nema prekida uzročne veze ukoliko je i prvi zdravstveni radnik počinio grubu lekarsku štetu, pa će oba zdravstvena radnika, u tom slučaju, dugovati naknadu štete. isto, ukoliko je nakon greške jednog zdravstvenog radnika usledila greška drugog zdravstvenog radnika koja se potkrala kao posledica nedovoljne pažnje (lakša greška), nema prekida adekvatne uzročne veze,

---

13 Presuda Saveznog vrhovnog suda nemačke, od 20. 09. 1988, *Medizinrecht* 2/1989, 78–81, navedeno prema (radišić, 2007: 104).

pa oba zdravstvena radnika odgovaraju za prouzrokovanu štetu (slično. K larić, 2011: 146).

Sasvim drugačija situacija je u slučaju kada dva ili više zdravstvenih radnika naprave grešku, a radili su simultano i zajednički. zdravstveni radnici odgovaraju solidarno ukoliko su štetu prouzrokovali zajedno.<sup>14</sup> takođe, zdravstveni radnici odgovaraju solidarno i u slučaju kada su prouzrokovali štetu pacijentu radeći nezavisno jedan od drugog, ako se ne mogu utvrditi njihovi udeli u prouzrokovanj šteti.<sup>15</sup> zdravstveni radnici odgovaraju solidarno i u slučaju kada je nesumnjivo da je štetu prouzrokovao neko od dva ili više zdravstvenih radnika, koji su na određeni način međusobno povezani, ali se ne može utvrditi ko je od njih štetu prouzrokovao.<sup>16</sup> koliko iznosi udeo svakog od zdravstvenih radnika u prouzrokovanju štete sud određuje s obzirom na težinu njihove krivice, kao i na težinu posledica koje su proistekle iz delovanja zdravstvenih radnika.<sup>17</sup> ako je nemoguće utvrditi udele zdravstvenih radnika, na svakoga od njih pada jednak deo, osim ako pravičnost zahteva da se u konkretnom slučaju donese drugačija odluka.<sup>18</sup>

U engleskoj sudskoj praksi, postavilo se pitanje da li pacijent svojim ponašanjem može prekinuti uzročnu vezu? Ponašanje pacijenta će dovesti do prekida uzročne veze ukoliko je pacijent bio svestan svog čina i njegovih posledica, da čin nije primeren i da se izlaže riziku od štete, da je čin obavio svesno a ne pod uticajem pritiska, kao i da nije bilo okolnosti koje bi mu smanjile mogućnost izbora (Grubb, 2004: 462, navedeno prema Klarić, 2011: 147). isto, može se postaviti pitanje da li odbijanje tretmana od strane pacijenta, a nakon počinjene greške zdravstvenog radnika, može dovesti do prekida uzročne veze? Ukoliko pacijent odbije dalji tretman, makar to bilo nerazumno i iracionalno, ne prekida uzročnu vezu (Grubb, 2004: 462, navedeno prema Klarić, 2011: 147). Ukoliko pacijent može odbiti predloženu medicinsku intervenciju,<sup>19</sup> utoliko pre može odbiti medicinsku intervenciju kojom bi se otklonila greška zdravstvenog radnika (isto. Klarić, 2011: 147).

---

14 Čl. 206, st. 1 zOO.

15 Čl. 206, st. 3 zOO.

16 Čl. 206, st. 4 zOO.

17 Čl. 208, st. 2 zOO.

18 Čl. 208, st. 3 zOO.

19 vidi čl. 15–19 zakona o pravima pacijenata – zOPP, *Sl. glasnik RS*, br. 45/2013 i 25/2019 – dr. zakon)

Prekid uzročne veze ponašanjem pacijenta ne treba mešati sa doprinosom pacijenta u prouzrokovanju vlastite štete. Pacijent je dužan da pri ostvarivanju zdravstvene zaštite: aktivno u čestvuje u zaštiti, očuvanju i unapređenju svog zdravlja; da u potpunosti i istinito informiše nadležnog zdravstvenog radnika, odnosno zdravstvenog saradnika o svom zdravstvenom stanju; da se pridržava uputstava i preuzima mere propisane od strane nadležnog zdravstvenog radnika, odnosno zdravstvenog saradnika.<sup>20</sup> Pacijent svojim ponašanjem može doprineti nastanku štete ili, štaviše, može se uzeti da je njegovo ponašanje isključivi uzrok štete ukoliko ne poštuje svoje obaveze i time prouzrokuje štetu po svoje zdravlje (K larić, 2011: 147). Ukoliko pacijent svojim ponašanjem doprinese da šteta nastane ili da bude veća nego što bi inače bila, ima pravo samo na srazmerno smanjenu naknadu.<sup>21</sup>

## 6. Zaključak

Utvrđivanje uzročne veze u okvirima zdravstvene delatnosti je osobeno upravo zbog činjenice da veliki broj faktora može uticati na nastanak iste posledice. radi pronalaženja pravog uzroka za štetu koju pretrpi pacijent, sudovi se koriste različitim teorijama o uzročnoj vezi među kojima prevladava teorija o *adekvatnoj uzročnosti*. ipak, nijedna o teorija o uzročnoj vezi ne može dati odgovor na sva pitanja koja se mogu javiti povodom utvrđivanja uzročne veze u medicini. kako bi se poboljšao položaj pacijenata povodom utvrđivanja uzročne veze, u okvirima različitih pravnih poredaka, uvedene su određene olakšice za pacijente, počev od prebacivanja tereta dokazivanja uzročne veze sa pacijenata na zdravstvene radnike, pa sve do principa o *izgubljenoj šansi*. i pored činjenice da nije savršen, jer postoje određene teškoće oko utvrđivanja procenta izgubljene šanse, a samim tim i visine naknade štete, princip *izgubljene šanse* preporučujemo za našu sudsku praksu, jer u velikoj meri pomaže pacijentima da savladaju teškoće oko dokazivanja uzročne veze, a sa druge strane, zdravstveni radnici/zdravstvene ustanove ne opterećuju se potpunom naknadom štete.

## Literatura/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.

<sup>20</sup> Čl. 33 zOPP.

<sup>21</sup> Čl. 192, st. 1 zOO.

- Deutsch, E. (1988). *Versicherungsrecht*, 1.
- Dieter, G. (1981). *Arzthaftungsrecht. Die zivilrechtlich 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, 1–114.
- 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.
- Klarić, P. (2011). Uzročna veza kod odgovornosti za štete u medicini, *Zbornik radova: Aktuelnosti zdravstvenog zakonodavstva i privatne prakse*, II, novalja-Split, P.f. u Splitu, 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.



Zakon o pravima pacijenata – zOPP, Sl. glasnik rS, br. 45/2013 i 25/2019 – dr. zakon).

Zakon o obligacionim odnosima – zOO, Sl. list SfrJ, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, Sl. list SrJ, br. 31/93 i Sl. list SCG, br. 1/2003 – Ustavna povelja.

Zakon o parničnom postupku, *Sl. glasnik RS*, Br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US, 55/2014 i 87/2018.

Manić, S. (2015), *Odgovornost zbog štete izazvane upotrebom medicinskih sredstva*, doktorska disertacija, niš.

Milutinović, Lj. (2004). naknada štete zbog lekarske greške i problem dokazivanja uzročnosti“, u: zdravko Petrović (ur.), *Aktuelni problemi naknade štete i osiguranja*, [VII redovno] savetovanje sa međunarodnim učešćem, Udruženje za odštetno pravo, Beograd–Budva, 231–242.

Mihailović, J., Daković, M. (2019). napredne tehnike magnetne rezonance u ranom razdvajanju pseudoprogresije od progresije kod bolesnika sa glioblastomom multiforme, *Vojnosanitetski pregled*, vol. 76, br. 5, 510–517.

Mujović, H. (2012). Pravo, mentalno zdravlje i naknada štete“, u: Petrović zdravko, Mrvić Petrović nataša (urs), *Osiguranje, naknada štete i novi Zakon o parničnom postupku*, zlatibor, 356–372.

Nikšić, S. (2008). Osnovna obilježja odgovornosti za štete u medicini, *Liječ Vjesn* 2008; godište 130, 282–287.

Radišić J. (2008), *Obligaciono pravo, „nomos“* Beograd, Beograd. radišić, J. (1998). Uzročna veza kao osnov i kao mera odgovornosti zbog lekarske stručne greške, *Pravni život*, br. 9. 239–251. radišić, J.

(2004), *Medicinsko pravo, „nomos“* Beograd, Beograd.

Radišić, J. (2007), *Odgovornost zbog štete izazvane lekarskom greškom u lečenju i u obaveštavanju pacijenta, „nomos“*, Beograd.

Radišić, J. (2010). Odgovornost lekara u slučaju kad nije dovoljno sigurno da je njegova greška nanela štetu pacijentovom zdravlju, *Revija za pravo osiguranja*, br. 3, 48–54.

Cvetković, M. (2011). Pretpostavke odgovornosti za štetu nanetu pacijentu, u: Predrag Dimitrijević (ur.), *Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru*, niš, 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.*

**Dr Suzana Medar,\***  
Docent Pravnog fakulteta  
Univerzitet u Nišu

pregledni naučni rad  
doi:10.5937/zrpfni1984

UDK: 340.12  
Rad primljen: 27.09.2019.  
Rad prihvaćen: 30.10.2019.

## **OPŠTE I KONKRETNE PRAVNE DISCIPLINE SA KRATKIM OSVRTOM NA UVOD U PRAVO\*\***

*“Otrežnjenje je nastupalo na kasnijim godinama studija, u sudaru sa složenošću, dvosmislenostima, pa čak i besmislenostima pozitivnog prava.”*

*Milan Petrović*

**Apstrakt:** Početna dihotomija pravnih nauka na opšte i apstraktne obećava ukoliko joj sledi dalje račvanje u njoj. Postoje brojne teorijsko-pravne nauke i brojne konkretne pravne nauke. Najzastupljeniji metod tretiranja pravnih nauka je uporedni, odnosno komparativni. Uvod u pravo kao opšta, osnovna i uvodna pravna nauka, u tesnom je odnosu sa drugim teorijskim pravnim naukama. Takođe, kao početna nauka uslov je proučavanja konkretnih, kako pozitivno-pravnih, tako i istorijsko-pravnih disciplina.

**Ključne reči:** uvod u pravo, teorija države i prava, filozofija prava, pravna filozofija, konkretne pravne nauke.

---

\* medars@prafak.ni.ac.rs

\*\* rad je izložen na međunarodnoj naučnoj konferenciji „Pravo i multidisciplinarnost“, na Pravnom fakultetu Univerziteta u nišu, 12–13. april 2019.

## Opšte i konkretne pravne discipline sa kratkim osvrtom na uvod u pravo

### 1. Uvod

nauka se uobičajeno definiše kao skup sistematizovanog saznanja o pojavama i vezama u svetu, do kojih se dolazi primenom određenih metoda. Toma Živanović određuje nauku kao „sistem *određenih* pojmova“ (statički pojam nauke) i kao „*koordinaciju* i *subordinaciju* (*klasifikaciju*) od nje obrazovanih *pojmovi o određenim fenomenima*“ (dinamički pojam nauke)“ (Živanović, 1921: 7). „Pored sistematičnosti znanja, predmetne određenosti, metodološke usmerenosti, nauku karakteriše još i objektivnost i kritičnost“ (Popović, 2002: 8). O dvema vrstama entiteta, pojavama i vezama, nauka daje dve vrste saznanja. Jedno su pojmovi kao saznanja o pojavama. Pojmovi su skupovi smislenih odredbi o suštini i najvažnijim obeležjima svake pojave. „Oni mogu da budu osnovni, opšti, posebni i pojedinačni, ali se samo osnovnim i opštim pojmovima opisuju glavni kvaliteti države i prava“ (Mitrović, 2004: 4). Pojmovi su saznanja o pojavama materijalnog ili duhovnog sveta, uzetim izolovano, i utoliko su oni statički. npr., pojam ideje kao (s)tvari duhovnog karaktera. Drugi vid saznanja su zakoni kao ona (saznanja) o vezama, odnosno zakonitostima. Njima se izražavaju „sve veze pravilnosti između pojava, i to u rasponu od prirodnih zakona, preko zakona verovatnoće, sve do tendencijskih pravilnosti“ (Mitrović, 2004: 4). zakoni su saznanja o pojavama posmatranim u međusobnoj povezanosti i utoliko dinamički.

Sve pojave u svetu dele se na realne i idealne. „realno postojanje je ili postojanje samo u vremenu ili i u vremenu i prostoru“ (lukić, 1992: 45). U vremenu postoje samo psihičke pojave koje traju izvesno vreme pa nestaju. One nisu materijalne, prostorne. Materijalne pojave pak postoje i u prostoru. idealno postojanje je postojanje van vremena i prostora. kako se pod idealnim obično podrazumeva savršeno, radimir lukić predlaže termin idealne pojave: „idealno postojanje je „čisto“ postojanje (van vremena i prostora) ideja, odn. eventualno drugih predmeta. tipičan primer su misli koje sadrži naša psiha, koje čovek „misli“ (lukić, 1992: 46). i dalje: „idealne pojave mogu biti saznate i formulisane pa tako i predstavljene znacima, jezikom ili kojim drugim sistemom znakova. U znacima kao i u pamćenju one postoje virtuelno kao moguće ali odatle mogu preći u aktivnu svest opažanjem ili tumačenjem znakova ili sećanjem ako postoje u pamćenju. Međutim, to ništa ne menja njihovu idealnu suštinu i idealno postojanje“ (lukić, 1992: 46).

Država i pravo postoje *realno*, u prostoru i vremenu. ali to nije jedini vid njegovog postojanja. naime, ovi entiteti postoje i „*idealno (virtuelno)*“ izvan fizičkog prostora i vremena kao skup čistih ideja i vrednosti, i *aktuelno*, samo u vremenu, kao sadržaji svesti, psihički procesi, takođe delotvorno utičući na stvarnost“ (Mitrović, 2007: 20).

nisu svi pojmovi koje daju pravne nauke jednakog kvaliteta. kada se ograničimo na najznačajnije pojmove, pojmove iz kojih se sastoji pravna norma, možemo zapaziti dve njihove vrste. „Jedni su obični, tj. *nepravni* pojmovi, koji mogu biti bilo iz običnog života, bilo iz pojedinih specijalizovanih oblasti – stručni, naučni pojmovi i sl. Drugi su *pravni* pojmovi, posebna tvorevina prava. Oni izražavaju pravne pojave i njima se postojeća stvarnost, izražena nepravim pojmovima, koje pravnik uzima van prava, preobražava u pravnu stvarnost ili joj se dodaje poseban sloj pravne stvarnosti“ (lukić, 1983: 205). radbruh razlikuje takođe dve vrste pojmove. Jedno su pravno relevantni pojmovi kao „pojmovi od kojih su sastavljeni pravni propisi, posebno pojmovi koji se pojavljuju u pravnim činjeničnim stanjima zakonski predviđenog i razjašnjavaju se tumačenjem... na drugoj strani su konstruktivni i sistematski pojmovi, pomoću kojih ovladavamo normativnom sadržinom pravnog propisa, to su „*pravi pravni pojmovi*“ (Radbruh, 1980: 151).

Nesporno je da jednu od najrazgranatijih šema pravnih pojmova dugujemo tomi Živanoviću.



## 2. Појам и врсте правних наука

Postoji velika dihotomija svih nauka na prirodne i društvene. Prirodne nauke se bave prirodnim pojavama i zakonitostima, a kao egzemplari se mogu navesti biologija, matematika, fizika itd. Društvene nauke se bave izučavanjem društva i to su npr. sociologija, kao najopštija društvena nauka, zatim ekonomske, političke nauke itd. tu spadaju i pravne nauke. Pravne nauke, zajedno sa političkim naukama, predstavljaju najstarije

društvene nauke. Postojbina političke nauke je antička Grčka, a pravne nauke stari rim.

Predmet proučavanja pravnih nauka jesu pravo ali i država, budući da između njih postoji tesna povezanost. to nagoni pojedine pravne pisce da govore o jedinstvenoj državno-pravnoj pojavi. „Državnopravni poredak je dijalektičko jedinstvo dve kompletarne socijalne tvorevine – osnovne ili primarne organizacije i isto takvog normativnog poretka stvorenih unutar globalnog društva. to jedinstvo proizilazi iz maksimalnog povezivanja ovih tvorevina, ali pritom obe zadržavaju posebnost ili, tačnije, specifičnost svoje egzistencije“ (vračar, 1965: 46).

U pravnoj nauci nije ustanovljeno, kao izvesno i opšte prihvaćeno, šta je pravo. Uzroci ovakvog stanja nalaze se „u složenosti pojave koja se definiše, zatim u različitim shvatanjima suštine pojave koja se naziva pravom a koja potiču od drugačijih ontoloških i metodoloških pretpostavki rasuđivanja i, najzad, u jezičkim nesporazumima koji otuda proističu“ (vasić, Čavoški, 1996: 9). Prethodna, prosta definicija prava glasi da su to norme čiju sankciju obezbeđuje država. Međutim, pored normativne, pravo ima i druge vidove, odnosno strane. Pravo je izrazito višedimenzionalna pojava. integralnu teoriju naročito upečatljivo i filigranski analitično zastupa nikola visković: „Pravo je jedan oblik društvenog poretka ili jedinstvo stanovitog tipa konfliktnih društvenih odnosa, vrijednosnih stavova kojima se takvi odnosi ocjenjuju i sistema normi koje na temelju vrijednosnih stavova takve odnose prinudno uređuju“ (Visković, 1981: 64). Dakle, barem još dva entiteta pored normi moraju biti sagledana kad se govori o pravu. Jedno su društveni odnosi i odatle sociološki vid prava. za pravo su interesantni kako prednormativni pravni odnosi, društveni odnosi koje pravo reguliše, tako i društvena funkcija prava, posledice koje pravo ostvaruje u društvu. Ovo drugo je posebno značajno s obzirom da se tu otkriva efikasnost prava.

Drugi entitet koji po pristalicama integralne teorije ulazi u sastav pravne pojave jesu vrednosti kojima pravo služi. najznačajnija pravna vrednost je pravda i njen „satelit“ pravičnost. Po radbruhu „Pravo je volja za pravdom. Pravda, međutim, znači: suditi ne vodeći računa o ličnosti, meriti sve istim merilom“ (Radbruh, 1980: 266). Pravičnost je pak pravda pjedinačnog slučaja. *“M a t e r i j a l n a* pravičnost znači *svojstvo* pravne norme, da svojom širinom omogućava u primeni, da se uzmu u obzir *osobenosti ma kog pojedinačnog* slučaja (dakle, individualizaciju).

*F o r m a l n a* pravičnost je rešavanje pojedinog od slučajeva zakonom obuhvaćenih u duhu *materije* („ideje“, materijalnog principa) prava, a ne po samom zakonu, kad ovaj *vanrednu* osobenost tog slučaja prema ostalim njime obuhvaćenim nije ili nije mogao uzeti u obzir, te se u pogledu njega pojavljuje zakonodavno nepravedan“ (Živanović, 1959: 681). Pored pravde, pravom treba da se ostvare i druge vrednosti kao što su sigurnost, mir, red, sloboda, dobro, istina, lepota. vrednostima prava se bavi filozofija prava kao deo opšte filozofije. višedimenzionalna pravna pojava, pored normativne, sociološke i vrednosne dimenzije ima i istorijsku, ekonomsku, političku, psihološku, antropološku... zbog toga pravne nauke stvaraju veze sa odgovarajućim drugim naukama.

nakon ove digresije o pravnoj pojavi vraćamo se vrstama pravnih nauka. Manje-više, opšte usvojena je podela pravnih nauka na opšte, odn. apstraktne, odn. teorijske i konkretne. apstraktne pravne nauke izučavaju ono što je opšte, zajedničko za sve države i prava. najrudimentarnija od svih opštih pravnih nauka je uvod u pravo, jer iz domena opšteg izdvaja ono što je osnovno, najbitnije i početno, uvodno što joj sam naziv kaže.

konkretne države i prava predmet su izu čavanja konkretno-pravnih nauka. One se, zavisno od toga da li proučavaju današnje, važeće pravo i današnju, postojeću državu, ili nekadašnje pravo i državu, dele na pozitivno-pravne i istorijsko-pravne. Pojedini autori uvode različite nazive za teorijske, pre svega fiozofske nauke i pozitivno-pravnu nauku. tako radbru h: „nauke kojima je predmet pravo označićemo kao nauke o pravu, a među njima kao pravnu nauku u užem smislu onu nauku o pravu koja pravo obrađuje specifično pravnim metodama. ta odistinska pravna nauka, sistematska, dogmatska pravna nauka, može se definisati kao *nauka o objektivnom smislu pozitivnih pravnih poredaka*, i time je okarakterisan njen poseban položaj među ostalim naukama o pravu“ (Radbruh, 1980: 140).

Pozitivno-pravne nauke se bave prou čavanjem postojećeg, važećeg, pozitivnog prava. „Pozitivnost prava obezbeđuje se povezivanjem s *državom* koja uostalom, pre svega stvara „propise“, a inače omogućuje važenje, a pogotovu primenu stvorenih pravila“ (Vračar, 1998: 200). kriterijum pozitivnosti zavisi od toga da li se posmatra pojedina norma ili pravni poredak u celini. Pojedina norma je važeća, pozitivna ako je na pravom propisan način doneta i nije ukinuta. Pravni poredak u celini je pozitivan ako se većina njegovih normi primenjuje. Dakle, ovde je kriterijum efikasnost. na glorifikaciji pozitivnog prava se temelji pravni pozitivizam kao najjača „struja“ u „bujici“ raznovrsnih shvatanja o pravu. „Pravni pozitivizam“ ima više mogućih ili prihvaćenih značenja:



prije svega jedno *generičko značenje* kao opće metološki pristup pravnika pravnoj pojavi, zatim *tri osnovna teoretska značenja* (normativna, antinormativna i kulturalistička koncepcija prava) unutar tog generičkog, i na kraju *tri značenja izvedena iz normativne koncepcije prava* (Visković, 1969: 608).

istorijsko-pravne nauke se bave proučavanjem nekada postojećih prava i država. „kao što se sirovina u industriji podvrgava višestrukim vrstama obrade, tako se i ostaci prošlosti, kroz različite procedure, uzdižu do punog istorijskog razumevanja“ (Diltaj, 1980: 207). istorijsko izučavanje može biti na opštem, svetskom planu, i tada se radi o opštoj istoriji prava i države. Mogu se proučavati i pojedina, nekada važeća prava i tada govorimo o posebnim istorijsko-pravnim disciplinama. takve su npr. ustavna istorija Srbije i rimsko pravo. najvažniji postupci istorijskog izučavanja su pronalaženje istorijskog povoda zakona (*occasio legis*) i istraživanje materijalija, dokumenata koji su nastali u postupku donošenja zakona.

### ***2.1. Teorijske (opšte, apstraktne) pravne nauke***

Pored uvoda u pravo, opšte nauke o pravu su i filozofija prava, teorija države i prava, sociologija prava, ekonomija prava, psihologija prava, politikologija prava... teorijske pravne nauke istražuju pravo i državu u njihovoj opštosti, tj. utvrđuju pojmove prava i države, njihove funkcije, njihove izvore, razloge važenja prava, stepen pravednosti prava i kako se pravo primenjuje. „Stepen apstrahovanja (generalizacije) u teorijskim pravnim naukama je izuzetno visok i pojmovi koji nastaju na ovakav način (osnovni pojmovi „pravo“ i „država“ i, zatim, nešto manje opšti pojmovi „suverenost“, „nadležnost“, „unitarna država“, „demokratija“, „pravna norma“, „pravni akt“, „pravno lice“, „pravni sistem“, „ciljno tumačenje“ i drugi opšti pojmovi) koriste se u konkretnim pravnim naukama radi sticanja potpunijeg znanja o konkretnim pravima i državama (naravno, konkretne pravne nauke i uporedno proučavanje pozitivnih prava različitih država značajno doprinose izgradnji ovih opštih pravnih pojmova u teorijskim pravnim naukama)“ (lukić, košutić, 2008: 4).

Uvod u pravo je opšta, osnovna i uvodna pravna nauka. Opšta, jer daje generalna znanja o pravu i državi, osnovna, jer daje bazična znanja o pravu i državi i uvodna, jer daje početna znanja o pravu i državi. zbog ovog poslednjeg uvod u pravo je „azbuka“ pravne nauke i izučava se na početnoj godini studija. Cilj uvoda u pravo je dublje razumevanje države i prava, nastojanje da se shvate u sistemu, u suštini i kao celina. nekada se

disciplini sa ovim prerogativima daju drugačiji nazivi kao što su Uvod u pravnu nauku, Osnovi prava, enciklopedija prava. no, nezavisno od tih terminoloških trvenja, zadatak je ove discipline da pripremi studente za razumevanje najvažnijih pojmova i zakona s kojim će se sretati tokom studija u različitim, prvenstveno pozitivno-pravnim disciplinama. i same pozitivno-pravne nauke uglavnom imaju svoje uvode, koji se nazivaju pravna teorija za razliku od teorije prava u uvodu u pravo i drugim teorijskim disciplinama.

najpre, treba raščistiti sa tim da filozofija prava i pravna filozofija nisu iste discipline. filozofija prava je filozofija o pravu sistematski oslonjena na opštu filozofiju, dok je pravna filozofija izvedena iz pravne nauke i oslonjena na nju svojim ciljem, metodologijom i predmetom. zajedničko je ovim disciplinama pak da obe daju saznanja koja nisu iskustveno proverljiva. neki autori govore i o filozofiji pozitivnog prava, čija se pojava i stvaranje vezuju za poslednje godine devetnaestog veka. Prethodnici se mogu naći i ranije, a jedan od njih je kant sa svojim „apsolutno apriornim karakterom filozofije pozitivnog prava“ (Sabo, 1978: 629). „formalni i materijalni objekat filozofije prava je *bivstvo prava u celini*“ (Vukadinović, Stepanov, 2004: 5). Po lukiću „filozofija prava obuhvata nadiskustveno znanje o pravu, pa bi se možda zato mogla nazvati *učenjem* (umesto naukom), tj. opštim učenjem o pravu, pošto termin *učenje* prvenstveno znači nešto što nije nauka, nešto manje „pozitivno“ i manje pouzdano od nauke, pri čemu je filozofija najtipičnija vrsta u čenja u smislu najpotpunije nadiskustvenosti“ (lukić, 1992: 293). teško je „zamisliti jednu „filozofsko-naučnu“, „omnibus“ disciplinu, nazvanu filozofija prava, koja ne može da pruži iskustveno proverljiva saznanja čak i kad neposredno teži ka tome (da postane nauka)“ (Mitrović, 2007: 28). Jednako kao kod filozofije, lukić i filozofiju prava deli na ontologiju prava, aksiologiju prava i gnoseologiju prava.

teorija države i prava je opšta disciplina koja daje iskustveno proverljiva saznanja, što je razlikuje od filozofije prava. „Pojmovna spoznaja, koja predstavlja progres ljudske misli shvaćene i u historijskom smislu i individualno-psihološkom, nadolazi tek nakon iskustvene spoznaje objektivnog sveta“ (Perić, 1962: 207). teorija države i prava daje opšta, osnovna, uvodna ali i završna saznanja. Ovo poslednje je razlikuje od uvoda u pravo. teorija države i prava ili samo teorija prava čini „opštu pravnu nauku koja se odnosi na celokupni život prava sa svim njegovim uzajamnim odnosima“ (Sabo, 1978: 631).

Sociologija prava je nauka o zakonomernosti uzajamnog dejstva između društva kao sistema i prava kao njegovog podsistema. U tom smislu, njen centralni predmet proučavanja jeste, sa jedne strane, uticaj društvenih uslova na nastajanje, strukturu i promene prava, a sa druge strane, uticaj prava na društvo, posledice pravnog dejstva, što se postiže funkcionalnom analizom. Ova istraživanja sprovode se na mikrosociološkom i makrosociološkom planu, baveći se uticajem prava na ličnost čoveka, ali i na odnose između društvenih grupa i kretanja društva u celini. Sociologija prava posmatra pravo kao društveno uslovljenu pojavu, nalazeći da njega ne treba svoditi na sistem normi, već da kao deo njegove strukture treba uzeti i njegovu društvenu dimenziju. Pravne nauke imaju poseban dug prema sociologiji prava u analizi moralnih i običajnih normi kao najznačajnijih za pravnu pojavu.

višedimenzionalna pravna pojava ima i ekonomsku stranu. Pravne pojave su veoma bliske i otuda tesna povezanost između pravne i ekonomske nauke. Pored osnova ekonomije, na pravnim fakultetima se izučavaju i druge specijalizovane ekonomske nauke, kao što su ekonomska politika i finansijsko pravo. najznačajnija disciplina bi trebalo da se zove ekonomija prava. Dugo vremena se u zemljama realnog socijalizma pojavljivalo kao vladajuće u čenje ekonomskog materijalizma kao primenjenog marksizma. Po njemu, ekonomske pojave čine osnovu, bazu društva i u potpunosti određuju sve druge pojave, pa i pravne. Ovaj vulgarni materijalizam danas se, kao jednostran, naziva ekonomizmom.

Pored toga što postoji u svesti ljudi, pravo izaziva ljudska osećanja. Pravo, dakle, postoji i u psihi ljudi i otuda psihološka dimenzija prava i teren za psihologiju prava. Ljudi zauzimaju, na osnovu svoje svesti o pravu, odgovarajući stav prema njemu, odobravaju ga ili ne odobravaju. Ovo je stvar psihe jer izaziva odgovarajuća osećanja o onome što je ispravno, pravедno i nepravédno. kada se psihološka strana prava glorifikuje, stvara se psihologizam koji je povezan sa pravnom politikom. najznačajniji predstavnik psihologizma je rusko-poljski teoretičar prava lav Josifovič Petražicki. On je norme sveo na fantazme, a pravo proglasio imperativno-atributivnim osećanjem. Njegov psihologizam nije doveo do stvaranja afirmisane pravne „škole“. On je bio kao „*meteorski prolet* nebom u ono vreme jurisprudencije, ali toliko blistav i munjevit prolet da se nije i munjevito izgubio“ (Vračar, 1999: 615). Dodajmo samo još jednu rečenicu, uvek vrednog pažnje, radbruha: „Svako od nas je pozornica jedne na izgled nesavladive protivurečnosti između dva etička sistema: sistema dužnosti i ljubavi, mira i smernosti, i sistema prava i časti, borbe i ponosa“ (Radbruh, 1980: 132).

Politika je, kao veština mogućeg, sredstvo za ostvarenje pravnih vrednosti. Utoliko pravo i politika ostvaruju uzajamnu vezu, te politika ili politikologija prava jeste važna disciplina. "veza između procesa političkog konstituisanja društva i državno pravnog poretka je dvostruka: najpre, ovaj proces predstavlja neposrednu determinantu državnopravnog poretka; zatim ova specifična tvorevina funkcioniše kao najvažniji činilac putem koga se obezbeđuje tok ovog procesa" (vračar, 1965: 101). Političko konstituisanje je *conditio sine qua non* opstanka i razvoja organizovane osnovne zajednice. Utoliko su pravo i država sredstva političkog konstituisanja globalnog društva. Politika prava se ne bavi postojećim pravom – *de lege lata*, već pravom kakvo bi trebalo da bude – *de lege ferenda*.

### *2.1.1. Odnos uvoda u pravo sa drugim teorijskim naukama*

Opšte ili posebne teorije države i prava (sociološke, istorijske, politikološke, ekonomske, psihološke, antropološke itd.) istražuju društvene pojave u najširem smislu, „pa čak uopšte ne moraju ni da se bave državom i pravom, zbog čega njihova stalna supstanca neće biti okrnjena“ (Mitrović, 2004: 7). kao što smo napred razlikovali filozofiju prava i pravnu filozofiju, tako je isto moguće odvojiti sociologiju prava i pravnu sociologiju, istoriju prava i pravnu istoriju, politikologiju prava od pravne politikologije, ekonomiju prava od pravne ekonomije, psihologiju prava od pravne psihologije itd. Prve discipline pripadaju nepravnim disciplinama, dok druge izvorno pripadaju pravnoj nauci.

Posebno je interesantan odnos uvoda u pravo sa filozofijom prava i pravnom filozofijom. važno je učiniti napomenu da „sadržaj i naziv neke discipline, koji ne mora u svemu da bude svojstven samo njoj, ne treba brkati sa smislom i karakterom dotične discipline“ (Mitrović, 2004: 10). Pravna teorija, čiji je deo uvod u pravo, je naučna disciplina, dok filozofija prava to nije. filozofija prava ne pruža iskustvena, proverljiva saznanja, čak i kad teži da postane nauka. Uvod u pravo i filozofija prava su dve različite discipline, koje različitim ciljevima i metodima istražuju državu, pravo i njihove veze.

Dok filozofija prava obu hvata pravo spolja, iz filozofije kao najopštijeg pogleda na svet, dotle pravna filozofija to čini iznutra, iz same pravne nauke. Pravna filozofija pruža najosnovnija i najopštija znanja o državi i pravu, koja nadilaze nauku i vrednosno je dopunjavaju. Pravna filozofija je dokaz da se na vrhunska pravna pitanja ne može samo naučno odgovoriti. „na taj način, pravna filozofija otvara i zatvara

krug metasveta prava, koji razvija i postojano održava pravna nauka“ (Mitrović, 2004: 12).

### **3. Odnos uvoda u pravo sa drugim pravnim naukama**

Uvod u pravo, kao opšta pravna nauka, ostvaruje tesnu povezanost sa svim konkretno pravnim naukama. Posebno, kad se radi o pozitivno pravnim naukama, jer svaka takva nauka mora da ima teorijsko svojstvo: “građansko pravo kao nauka nije ništa drugo, ili ne bi smelo biti ništa drugo do teorija građanskog prava, a krivično pravo kao nauka, bar što se tiče njegove suštine, teorija krivičnog prava itd. Bez takvog obeležja ili teorijskog jezgra, ta posebna naučna oblast o kojoj je reč izgubila bi svoj značaj i postala čisto eksplikativna“ (Sabo, 1978: 630).

za teorijske pravne nauke, pa i uvod u pravo, često se kaže da proučavaju državu i pravo uopšte. Međutim, takvo nešto ne postoji. Postoje samo konkretne države i konkretna prava. Uvod u pravo zato za svoj radni materijal ima saznanja konkretno pravnih nauka. Dakle, uvod u pravo, kao opšta, osnovna i početna pravna nauka, proizilazi iz konkretno pravnih nauka. Uvod u pravo se služi metodama apstrakcije i uopštavanja iz materijala kojim raspolažu konkretne pravne nauke, kako pozitivno- pravne tako i istorijsko-pravne. Međutim, uvod u pravo prevazilazi saznanja konkretnih pravnih nauka, što se najslikovitije vidi u najvišim opštim pravnim pojmovima države i prava. „kao što hirurg ne može da započne operaciju bez skalpela, tako ni konkretno pravne nauke ne mogu pristupiti proučavanju konkretne države i konkretnog prava bez prethodnih (osnovnih i opštih) znanja o državi i pravu“ (vukadinović, avramović, 2014: 13).

za razliku od konkretno pravnih nauka a, posebno pozitivno-pravnih, koje daju saznanja o konkretnim državnim organizacijama i u njima važećem pravu, uvod u pravo daje saznanja o državi i pravu kao sistemima čiji su elementi isprepletani i čvrsto povezani. Pozitivno-pravne nauke pružaju praktična znanja koja su promenjiva, od države do države, od prava do prava. Uvod u pravo daje jedno opšte, teorijsko znanje, koje treba da vodi savladavanju i izgrađivanju pravničkog rezonovanja, tj. usvajanju pravničkog načina mišljenja.

### **4. Zaključak**

Odnos opštih i konkretnih pravnih nauka jedno je od važnijih pitanja teorijskog značaja i domašaja. Ovo naročito zbog toga što ono pokreće

pitanja o pojmu i suštini prava i države. teorijsko-pravne nauke treba uzdići na pijadestal viši od konkretnih, posebno pozitivno-pravnih nauka. Ovo zbog toga što se u zemlji u tranziciji pozitivno-pravni propisi stalno menjaju. Utoliko je, npr. zakon u oblasti krivičnog prava pogrešno nazivati zakonikom. On je običan zakon s obzirom na česte promene.

Zahtev jednog šireg i kompleksnijeg pogleda na pravo i državu je zahtev da se na pravnim fakultetima izučavaju u većoj meri teorijsko- pravne discipline. U prvom redu, mislimo na filozofiju prava. kako aristotel kaže, sve druge nauke su važnije ali je filozofija bolja od njih. filozofiju prava treba izučavati na osnovnim studijama kao obaveznu disciplinu. tu je, dalje, preko potrebna logika prava, koja studentima treba da pomogne u izgradnji kritičkog mišljenja. kao nesporno važne treba izučavati i sociologiju prava, etiku prava, psihologiju prava, pa i estetiku prava.

### **Literatura/References**

Vasić, r., Čavoški, k. (1996). *Uvod u pravo II*. Beograd: izdavačka kuća "Draganić".

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.

vračar, S. (1965). *Socijalna sadržina funkcije državnopravnog poretka*. Beograd: Savez udruženja pravnika Jugoslavije.

Vračar, S. (1998). Savinji jev paged na kodifikaciju prava. U F. K fon Savinji. (Pogovor), *Zakonodavstvo i pravna nauka* (str. 187–207). Podgorica: CID.

Vračar, S. (1999). lav J. Petražicki – predvodnik psihologizma u jurisprudenciji. (Pogovor), *Teorija prava i morala* (str. 611–626). Beograd: JP službeni list SrJ, Podgorica: CiD, Sremski karlovci, novi Sad: izdavačka knjižarnica zorana Stojanovića.

Vukadinović, G., Stepanov, R. (2004). *Uvod u filozofiju prava*. Novi Sad: Univerzitet u Novom Sadu.

Vukadinović, G., avramović, D., (2014). *Uvod u pravo*. novi Sad: Univerzitet u novom Sadu.

Diltaj, V. (1980). *Zasnivanje duhovnih nauka*. Beograd: Prosveta.

Lukić, r. D. (1983). *Metodologija prava*. Beograd: naučna knjiga.

Lukić, r. D. (1992). *Sistem filozofije prava*. Beograd: Savremena administracija.

Lukić, r. D., košutić B. (2008). *Uvod u pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, izdavački centar, Javno preduzeći „Službeni glasnik“

Mitrović, D. M. (2004). *Osnovi prava*. Beograd: Singidunum.

Mitrović, D. M. (2007). *Pravna teorija*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Javno preduzeće „Službeni glasnik”. Perić, B.

(1962). *Pravna znanost i dijalektika*. Zagreb: Narodne novine.

Popović, M. (2002). *Opšta teorija prava. Ontognoseološke pretpostavke*. novi Sad: Pravni fakultet.

Radbruh, G. (1980). *Filozofija prava*. Beograd: Nolit.

Radbruh, 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).

Živanović, t. (1921). *Sistem sintetičke pravne filozofije*. Beograd: napredak.

Živanović, t. (1959). *Sistem sintetičke pravne filozofije*. Beograd: Srpska akademija nauka.

**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.*



**Dr Srđan Radulović,\***  
Docent Pravnog fakulteta  
Univerzitet u Prištini sa privremenim sedištem  
u Kosovskoj Mitrovici

pregledni naučni rad  
doi:10.5937/zrpfni1984

UDK: 347.122  
Rad primljen: 27.09.2019.  
Rad prihvaćen: 29.10.2019.

## **O POTREBI PROŠIRENJA DOMAŠAJA INSTITUTA ZABRANE ZLOUPOTREBE SUBJEKTIVNIH PRAVA**

**Apstrakt:** Institut zabrane zloupotrebe subjektivnih prava predstavlja izuzetak od pravila da odgovornost jednog lica dolazi u obzir samo onda kada se ono ponašalo protivno pravu ili nekoj drugoj normi za koju pravni poredak vezuje pravno dejstvo. Kao takav, to pravna logika nalaže, on mora biti tumačen uže. Ipak, teorijsko-empirijsko istraživanje, koje je radu prethodilo, pokazuje potrebu za širenjem domašaja ovog pravnog instituta i na one situacije koje se ne mogu smatrati aktivnim držanjem titulara prava. U tom smislu – služeći se prednostima normativnog metoda, teleološkog tumačenja, ali i multidisciplinarnog pristupa – autor u radu naglašava relativni karakter obligacionog odnosa i istražuje, ne kako institut zabrane zloupotrebe prava funkcioniše u okviru važećeg parničnog procesnog prava, već potrebu da institut zabrane zloupotrebe u materijalnom građanskom pravu posmatranom delege ferenda bude konstruisan kao u važećem formalnom pravu.

**Ključne reči:** zloupotreba subjektivnih prava, zabrana zloupotrebe subjektivnih prava, konkretizacija zabrane zloupotrebe subjektivnih prava.

---

\* srdjan.radulovic@pr.ac.rs

## 1. Uvodne napomene

Positivno pravo, kaže se, postoji na nivou objektivne stvarnosti. Njegovi stalni pratioci – prirodno, objektivno, idealno, pravedno pravo – dakle, prava koja se u dualitetu s pozitivnim ističu izraženijom moralnom komponentom, postoje eventualno, ne i nužno, na nivou kolektivne ili individualne svesti, s težnjom da i oni postanu pozitivno pravo (Marković, 2000: 9). Pravo i moral, dakle, nisu sinonimi, no to nikako nije opravdanje za pravne propise koji se smatraju nemoralnim (Perić, 1912: 5-6). Stoga, iskreno verujemo kako postoji i suprotna težnja, težnja pozitivnog prava da, barem iz perspektive moralnosti, postane prirodno, objektivno, idealno, pravedno. institut zabrane zloupotrebe prava<sup>1</sup> jedan je od instrumenata za kojim zakonodavac, naročito u novije vreme, rado poseže u nastojanjima da se približi pomenutom idealu<sup>2</sup>.

Mada je pravni institut zabrane zloupotrebe prava u većoj meri prihvaćen kao osnovni regulatorni princip pravnog prometa (Gagula, 2014: 299; Rakočević, 2018: 771; Cueto-Rua, 1975: 967)<sup>3</sup>, stavovi s njim u vezi variraju u dihotomiji „za ili protiv“. Drugim rečima, umerenih stavova u vezi ovog instituta, bilo optimističnih, bilo pesimističnih, gotovo da nema. Ovo ne treba da iznenadi, iako je i sam institut konstruisan da bi se premostio jaz između dve krajnosti. Pravni institut zabrane zloupotrebe subjektivnih prava predstavlja školski primer pravnih pojava koje su u

---

1 kada u radu upotrebljavamo izraz zloupotreba prava ili zabrana iste, mislimo na osoben način upotrebe konkretnih, subjektivnih ovlašćenja. van našeg interesovanja za sada ostaje mogućnost zloupotrebe objektivnog prava, pored ostalog, zato što verujemo kako bi zloupotreba objektivnog prava sa stanovišta konkretnopravnih disciplina bila iznova svedena na (ne)upotrebu postojećih ovlašćenja, te da bi ostali slučajevi zloupotrebe objektivnog prava u procesu dok ono još ne postoji, to jest u njegovom nastajanju, bili interesantni isključivo sa stanovišta teorijskopravnih nauka. Slično mišljenje je već formirano u teoriji (Paunović, 2004: 64-65).

2 institut zabrane zloupotrebe prava mogao bi da bude ultimativno sredstvo u nastojanjima da se obezbedi *mesotes* stalnoj tenziji između slova zakona i duha zakona, te krajnosti u vidu trpljenja i nanošenja nepravde (Kozlić, 2014: 1159).

3 U korak s našim razmišljanjem idu, čini se, i studije rađene pod pokroviteljstvom Saveta evrope. videti: 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], navedeno prema 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=facult\\_y\\_scholarshipstr](https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5574&context=facult_y_scholarshipstr). 391.

stanju da dovedu do pravog cepanja ličnosti kada god se postavi pitanje njegove opravdanosti, pravnog dejstva, domašaja i/ili oblika u kojem ga eventualno treba normirati.

No, u nameri da istraživačku poziciju u ovom radu ne učinimo nepotrebno složenom, svesno ćemo zaobići argumentaciju stava da je, kada se radi o vršenju prava, moguće razlikovati pravilno od nepravilnog vršenja<sup>4</sup>. to ćemo učiniti tako što ćemo po strani ostaviti stavove onih autora koji smatraju da zabrana zloupotrebe subjektivnih prava funkcionise kao korektivni princip čak i unutar onih pravnih poredaka koji je svojim pozitivnopravnim propisima uopšte ne definišu (Stanković, 2004: 33), ali i stavove autora koji ne veruju u logičku ispravnost, samim tim i primenljivost, ovog pravnog instituta. Umesto toga, radije ukazujemo na jedan pozitivnopravni momenat koji pristalice, a naročito protivnici ovog pravnog instituta, u svojim nastojanjima da objasne ovu pravnu pojavu ne smeju zanemarivati.

Naime, institut zabrane zloupotrebe subjektivnih prava deo je našeg pozitivnog građanskog, tačnije obligacionog prava<sup>5</sup>. On je deo naše pravnom normom projektovane stvarnosti i kao takav apsolutno mora biti uvažen, čak i od strane onih koji ne dele naše simpatije prema ovom pravnom institutu<sup>6</sup>.

Uvažavanjem ove činjenice otvaraju se brojna pitanja. Ono koje je u fokusu našeg rada može bitirazrešeno primenom osnovnih tehnika interpretacije pravne norme. zapravo, ono i mora biti razrešeno na taj način s obzirom na naše pravнопозитivističko utemeljenje istraživanja. naime, pitanje koje treba razmotriti je da li naše pozitivno pravo daje mogućnost da se pruži pravna zaštita licu koje trpi nekakvu pravno relevantnu neugodnost zbog toga što drugo lice, a sa kojim je ono u pravnom

---

4 Uostalom, sasvim je jasno kako donošenje „dobrog zakona“, koji će na sveobuhvatan način regulisati određeni segment društvene stvarnosti i pretvoriti je u pravnu, jeste neophodno, ali ne i dovoljno (Čirić, 2015: 56), te da je ostavljanje mogućnosti docnije korekcije brojnih nesavršenosti same norme od ključne važnosti za neometano odvijanje pravnog života.

5 Čl. 13 zakona o obligacionim odnosima, *Sl. list SFRJ*, 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, 31/93 i *Sl. list SCG*, 1/2003 – *Ustavna povelja, odsek V* (dalje u tekstu: zOO rS).

6 Ovo tim pre jer je intencija da pravni institut zabrane zloupotrebe subjektivnih prava ostane regulatorni princip i *de lege ferenda*. videti: Čl. 20 radnog teksta Građanskog zakonika republike Srbije. Preuzeto 25.01.2019. <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>.

odnosu, pravo koje iz tog odnosa proizlazi nije vršilo. Mi smatramo da je odgovor na ovo pitanje pozitivan.

### **1.1. Logički osnov koncepcije o abuzivnom nevršenju prava *de lege lata***

Stavda zOO rS uspešno prepoznaje, ali i sankcioniše slučajeve abuzivnog nevršenja prava, zaslužuje dvostruku evaluaciju. istu je neophodno izvršiti, najpre na višem nivou apstrakcije. nakon toga, evaluaciju je neophodno izvršiti na nivou pravnih normi koje neposredno ili čak posredno konkretizuju predmetni institut.

ZOO RS govori i to izričito o *vršenju* [naglasio autor S. r.] subjektivnog prava protivno cilju zbog kojeg je to pravo ustanovljeno<sup>7</sup>. Pravna teorija izvodi iz toga, na prvi pogled sasvim ispravan, zaključak da je *vršenje prava* [naglasio autor S. r.] konstitutivna predispozicija zloupotrebe prava, te da se subjektivno pravo ne može zloupotrebiti na bilo koji drugi način sem vršenjem istog. Ovi stavovi u osnovi nisu pogrešni. ipak, oni počivaju u potpunosti na jezičkom tumačenju normi zOO rS. S tim u vezi ističemo, ovo tumačenje nije pogrešno, barem ne samo po sebi, ali jezičko tumačenje u bilo kojoj grani prava, s izuzetkom, eventualno, krivičnopravnih propisa, konkretno onih koji čine njegov „posebni deo“, teško da se može uzeti za potpuno i apriori ispravno (Mandić, 2017: 209– 210).

Pravila tumačenja po metodi (Mandić, 2017: 177–204), naime, nalažu da se jezičko tumačenje koristi na primarnom nivou interpretacije norme, ali ne kao definitivno, konačno i jedino ispravno tumačenje. Ono to ne može biti, niti se to od njega očekuje<sup>8</sup>. Ono je u logičkom sistemu zamišljeno samo kao osnov za dalja tumačenja, te docniju izgradnju pravnih definicija. U tom maniru, smatramo kako se iznad jezičkog tumačenja norme koja se na zloupotrebu prava odnosi valja izdići na „krilima“ teleološkog tumačenja. Stoga, iako ne dovodimo u pitanje potrebu da se to čini bez obzira na usmerenost prava, smatramo kako

---

7 Čl. 13 zakona o obligacionim odnosima.

8 nama se čini da to ne može biti ni logičko tumačenje. Ono se odvija i ostaje u okviru pravne norme i, budući da počiva na hladnoj racionalizaciji, ne podrazumeva dodavanje bilo kakvih elemenata koji se van norme nalaze, a kojima bi ona bila oživotvorena i u činjena pogodnijom za primenu (Mandić, 2017: 203).

je tim pre neophodno uvažiti pravila teleološkog tumačenja kada se interpretira norma iz koje proizlaze prava relativnog karaktera<sup>9</sup>.

Jezičko tumačenje i stavove na njemu zasnovane, dakle, neophodno je dopuniti postavljanjem pitanja (i iznalaženjem odgovora na to pitanje) šta je cilj instituta zabrane zloupotrebe subjektivnih prava proklamovanog našim ZOO RS<sup>10</sup>.

interesantno je u tom smislu da zakonodavac govori ovršenju prava protivno cilju, po pravilu, bez stvarnog navođenja cilja koji se zaista želi postići konkretnim subjektivnim pravom. U odsustvu jasnih instrukcija koji su to ciljevi koji se ne smeju kompromitovati vršenjem konkretnih subjektivnih prava, opravdano je postaviti pitanje možemo li uopšte pravilno utvrditi cilj(eve) samog instituta zabrane zloupotrebe subjektivnih prava?

Onaj opšti, mišljenja smo, možemo utvrditi. U tom kontekstu, jedno od pitanja koje treba postaviti je da li se tvorac zOO rS zadovoljava time da spreči ili sankcioniše samo ona ponašanja kojima se pravo zloupotrebljava, a koja se nadovezuju na aktivno držanje titulara prava, ili je cilj ovog pravnog instituta da se stane na put *svakoj zloupotrebi prava* [naglasio autor S. r.], pa čak i onoj koja proizlazi iz pasivnog držanja titulara prava.

nama ne deluje da je intencija zakonodavca, uprkos vrlo usko postavljenoj formulaciji, bila da se ovaj pravni institut koristi kao sredstvo isključivo protiv abuzivnog vršenja prava. Da je tako, zakonodavac se verovatno ne bi odlučio da član 13 zOO rS nazove „zabrana zloupotrebe prava“. Cilj čije je ostvarenje bilo projektovano pomenutom pravnom normom je, u to smo sigurni, bio da se omogući sudijama da se uspešno suprotstave *svakoj zloupotrebi prava* [naglasio autor S. r.] – prevashodno onoj koja proizlazi iz vršenja subjektivnog prava, ali ne i isključivo njoj.

---

9 Ovim ne dovodimo u pitanje u pravnoj teoriji iznete stavove o postojanju dualiteta između etatičke i sociološke norme, te različitosti pravila tumačenja koja valja primeniti prilikom interpretacije prvih u odnosu na poslednje, tim pre jer se smatra da moderne etatičke norme preuzimaju osobine socioloških u procesu njihovog pravnog normiranja, a koje, oko toga nemamo nedoumica, valja uvažiti prilikom tumačenja (Marković, 2000: 15).

10 namerno koristimo izraz “cilj” kao jedninu. Svesni smo, naime, da zakonodavac, pogotovo kroz pravni standard, najčešće pretenduje da ostvari veliki broj ciljeva, a ne samo jedan (Mandić, 2017: 201). Među tim, u moru posebnih ciljeva projektovanih kroz zabranu zloupotrebe subjektivnih prava čije bi utvrđivanje prevazišlo potrebe ovog rada, mi smo se ograničili na u tvrdživanje samo onog opšteg cilja.

Mi ne sporimo činjenicu da je zloupotreba prava daleko češća u aktivnom obliku, te da kao takva ima „prioritet“ u regulisanju. ne sporimo ni činjenicu da je konstrukcija abuzivnog nevršenja prava vrlo pogodna da i sama bude zloupotrebljena. ipak, smatramo da bi se insistiranjem na striktnom jezičkom tumačenju i logičkom pravilu da izuzetke treba tumačiti usko, ovaj pravni institut, uprkos potencijalu koji poseduje, suštinski učinio neefikasnim. štaviše, čini nam se kako bi bilo kakvim kategoričkim odbacivanjem mogućnosti sankcionisanja abuzivnog nevršenja prava potencijalno čitava koncepcija zabrane zloupotrebe prava bila dovedena u pitanje. Ovo iz razloga što bi jedan od njena dva pojavna oblika bio eliminisan. kako iskreno verujemo da je cilj zakonodavca bio, baš naprotiv, da se pravni institut zabrane zloupotrebe prava učini što je moguće efikasnijim sredstvom, a zatim i da se iskaže njegovo nedvosmisleno opredeljenje u svoj suprotstavljenosti unutrašnje i spoljašnje teorije zloupotrebe prava, smatramo da kao logičan proizlazi zaključak da zakonodavac prepozna je društvenu opasnost i abuzivnog nevršenja prava.

logičku osnovu, daljom analizom rezultata koji proizlaze iz teleološkog tumačenja, možemo potražiti i u značenju sintagme „vršenje prava“. naime, kada u svakodnevnom govoru upotrebimo izraz „vršenje“, imamo u vidu isključivo aktivno držanje jednog lica, to jest nekakvo činjenje. Njemu suprotan bio bi izraz „nevršenje“, koji ukazuje na odsustvo konkretne aktivnosti jednog lica.

Jezik kojim se zakonodavac koristi, sa druge strane, ne oslanja se neposredno na narodni, odnosno u pravnom smislu laički jezik. On se na njega, to može biti vrlo interesantno, oslanja samo posredno. zakonodavac se u svojim normativnim konstrukcijama oslanja neposredno na naučni jezik, to jest jezik specijalno izgrađen za potrebe pravne nauke<sup>11</sup>. tako, čak i ukoliko zanemarimo izraženu (meta)filozofsku komponentu pravne nauke, primetićemo da ovaj jezik u odnosu na narodni, iako iz njega proističe, funkcioniše po značajno drugačijem principu<sup>12</sup>.

Ukoliko pođemo od toga da je cilj naučne delatnosti da se relacije iz prirodne ili društvene stvarnosti svedu na niz iskaza koji su u istim uslovima uvek tačni, jezik koji nauka gradi, naročito pri izražavanju

---

11 Ovo poimanje trostranog odnosa između narodnog jezika, jezika zakonodavca i jezika pravne nauke, ide u korak sa insistiranjem na razlici između laičkog, pravnog i pravničkog jezika (Podgorac, 2000: 270).

12 Pitanje primene jezika važno je podjednako na svim nivoima bavljenja pravom – podjednako je važno i za stvaranje, i za tumačenje, a naročito primenu i ostvarivanje prava (Podgorac, 2000: 269–270).

društvenih fenomena koji se ne daju uvek precizno izraziti, po prirodi stvari mora biti širi u značenju. On nužno mora biti sveobuhvatniji. U našem slu čaju to znači da isti izraz, izraz „vršenje“, kada ga upotrebljavamo u pravu, ne možemo interpretirati na onaj način na koji se to čini u laičkom opštenju. Njega moramo interpretirati kao širi. Stoga, kada u skladu s preporukama pravne teorije uspemo da zanemarimo konvencionalno značenje izraza i pokušamo da proniknemo u suštinu terminologije koja je upotrebljena (Marković, 1968: 10), zaista iskreno verujemo da pojam „vršenje prava“ ne znači nužno samo aktivno držanje titulara prava, već da može značiti i pasivno držanje, te da bi sinonim – ukoliko je čitaocu tako lakše da doživi ideju o kojoj govorimo – u narodnom jeziku bio, ne izraz vršenje, već izraz uživanje<sup>13</sup>. Dakle, ukoliko sintagmu „vršenje prava“ interpretiramo kao „uživanje“ istog od strane titulara, proizlazi da bi se zabrana vršenja prava protivno cilju o kome zakonodavac govori odnosila na zabranu protivciljnog uživanja prava. to, dalje, znači da se ona odnosi i na zabranu abuzivnog nevršenja prava.

### **1.2. Slučajevi konkretizacije zabrane abuzivnog nevršenja prava**

Verujemo kako je o tome da ZOO RS prepozna je abuzivno nevršenje subjektivnog prava kao oblik zloupotrebe, a naročito oko stepena društvene opasnosti koju ono nosi, moguće postići minimum konsenzusa. Međutim, jedna stvar je reći kako ZOO RS prepozna je i pasivan oblik zloupotrebe subjektivnih prava. nešto sasvim drugo je, međutim, reći da on zloupotrebu subjektivnih prava i sankcioniše. ispravnost ove smeje hipoteze ne može se više dokazivati, barem ne dovoljno uspešno, na nivou interpretacije konkretne norme kojom je zabrana zloupotrebe subjektivnih prava oblikovana. indikatoretačnosti ove hipoteze, inačerasute unutar teksta zOO rS, moramopronaći u slu čajevima konkretizacije zabrane zloupotrebe subjektivnih prava, kako u onima koji se tradicionalno uzimaju za takve, tako i u onima koji do sada nisu posmatrani na ovaj način.

---

13 Poređenja radi, Srpski građanski zakonik – iako može biti sporno da li tvorac akta promoviše ili odbacuje ideju o zloupotrebi subjektivnih prava – s jasnijim osloncem na narodni jezik, u §806 zaista govori o „uživanju“ prava svojine. Prilikom formulacije instituta zabrane zloupotrebe prava za potrebe Opšteg imovinskog zakonika za knjaževinu Crnu Goru, valtazar Bogišić, se u nastojanjima da se približi zahtevima narodnog jezika, odlučio u čl. 1000 za formuaciju u kojoj govori o „služenju pravom“. U slobodnom prevodu, čini se da se i tvorac austrijskog opšteg građanskog zakonika iz 1811, pre izmena iz 1916, opredelio za izraz „slu ženje pravom“ u §1305.

naime, zakonodavac pretenduje na sveobuhvatnost u regulisanju pravnih odnosa. Pomenutom idealu moguće je približiti sekroz pravne norme različitog nivoa opštosti. One najopštije, neodređene ni po dispoziciji ni po sankciji, a izražene u vidu generalnih klauzula, predstavljaju glavno sredstvo za ostvarenje tog cilja i kao takve čine osnovu pravne normative (Marković, 1968: 9). ipak, iako pretenduje na ostvarivanje pravne izvesnosti kroz upotrebu formulacija koje obuhvataju što je veći broj činjeničnih stanja moguće, bez suvišnog oprterećivanja zakonskog teksta (Marković, 1968: 12), zakonodavac ne želi da sudije u konkretnim slučajevima prepusti same sebi. On ulaže ogromne napore da, kada god je to moguće, opšte principe, utkane u pravni poredak, konkretizuje prepoznavanjem situacija koje se u praksi najčešće ponavljaju. Jednom prepoznate, ove situacije zakonodavac izdvaja pod okrilje posebnih pravnih instituta. Opšti princip se prema tim zasebnim pravnim institutima koji su iz njega izvedeni odnosi kao *lex generalis*. to znači da će se on primeniti samo onda kada se činjenice iz života ne mogu podvesti pod precizno definisano primarno pravilo (što bi dalje dalo osnova za primenu precizno definisanog sekundarnog pravila) konkretnog pravnog instituta<sup>14</sup>.

### 1.2.1. Zastarelost i abuzivno nevršenje prava

Kroz pravni institut zastarelosti zakonodavac pretenduje da ostvari čitav niz ciljeva<sup>15</sup>, a način na koji to čini posebno je zanimljiv. zakonodavac, naime, prepoznaje dva ponašanja na strani poverioca – nevršenje prava u zakonom određenom roku, te pokušaj vršenja po proteku tog roka. U protivurečnosti poveriočevog ponašanja prepoznaje određeni stepen društvene opasnosti, te stvorenu neizvesnost, iz koje opasnost proizlazi, rešava tako što u prvom trenutku prednost daje interesima čijem zadovoljenju služi ustanovljeno pravo<sup>16</sup>, da bi po proteku vremena koje je sam odredio<sup>17</sup> zakonodavac stao na stranu dužnika. to čini tako što daje mogućnost dužniku da materijalno pravnim prigovorom

---

14 O neodređenosti pravnog standarda na nivou primarnog pravila (dispozicije) i sekundarnog, to jest s upsidijernog pravila (sankcije), detaljnije videti kod: Marković, 1968: 9 i dalje.

15 zakonodavac kroz zastarelost pretentu je da pomiri, najpre, individualne protivu rečne interese dužnika i poverioca, zatim da pomiri individualne i opšte interese, da spreči zloupotrebu prava, da uvaži kreativni i destruktivni uticaj proteka vremena, te da uspostavi narušeni sklad između pravnog i faktičkog.

16 Čl. 360 i 361 zakona o obligacionim odnosima.

17 Čl. 371–380 zakona o obligacionim odnosima.



poveriočevom pravu umanjati značaj, utoliko što će ga lišiti privilegije da bude uspešno zaštićeno u sudskom postupku<sup>18</sup>, ne dirajući pritom u osnov(anost) potraživanja<sup>19</sup>, čime ostavlja mogućnost da se potraživanje punovažno izmiri dobrovoljno<sup>20</sup>.

nemogućnost poverioca da se osloni na sredstva prinude kojima država raspolaže, iako je teško negirati da ima i drugih ispravnih interpretacija, mi poimamo kao svojevrstu sankciju za poverioca. Ukoliko prihvatimo ovo shvatanje, postavlja se pitanje koje se ponašanje tačno sankcioniše – prvo koje podrazumeva nevršenje prava u određenom roku, naknadni pokušaj vršenja prava ili oba ponašanja kao sukcesivni sled? Deluje da se poslednji stav može braniti sa najviše uspeha, te da zastarelost nastupa nakon sukcesivne ostvarenosti oba oblika ponašanja, međutim mi smatramo da zakonodavac sankcioniše upravo nevršenje prava.

Ovo zaključujemo, najpre, iz toga što se zakonodavac odlučio za to da pravo opstane nakon uspešnog isticanja prigovora zastarelosti; zatim, iz toga što ono može da bude realizovano bez podvođenja na taj način pribavljene koristi pod bogaćenje bez valjanog pravnog osnova; iz toga što primena sankcije zavisi isključivo od volje dužnika; te iz formulacije samog prigovora zastarelosti kojom dužnik ne osporava sadašnje vršenje prava, već skreće pažnju sudu na njegovo predašnje „nevršenje“ (radulović, 2018: 143–145).

Posebno želimo da naglasimo da dužnik može istaći tužbeni zahtev kojim traži da se utvrdi da je pravo zastarelo nakon proteka zakonom predviđenog vremena u kojem nije vršeno, i time otkloni neizvesnost koja docnije može nastati. Još je interesantnije to da sud može da usvoji taj zahtev i oglasi pravo za zastarelo, čak i onda kada poverilac uopšte nije ni pokušao da ga vrši. Proizlazi iz toga neobičan zaključak, koji kao takav zavređuje da bude predmet posebnog istraživanja, da vršenje prava nije ni preduslov za nastupanje zastarelosti, a zatim i da konstituens zloupotrebe prava u ovom slučaju uopšte nije protivurečnost. Ono što je izvesnije je da se teško može održati stav da se kroz zastarelost sankcioniše činjenični skup u vidu nevršenja i vršenja prava, a naročito stav da se sankcioniše vršenje prava. iz ove perspektive deluje

---

18 Čl. 360 st. 3 zakona o obligacionim odnosima.

19 U ovom trenutku vredan analize je, svakako, i stav, iznet u teoriji prava, o razlici između onih oblika abuzivnog ponašanja koja su kao takva zabranjena izričito i onih koja nisu zabranjena, nego *samo* neosnovana (Vodinić, 1997: 216–217).

20 Čl. 367 zakona o obligacionim odnosima.

da se sa više uspeha može braniti stav da se zastarelošću kao oblikom konkretizacije zloupotrebe prava sankcioniše nevršenje prava.

### 2.2.2. Nevršenje prava izbora kod alternativnih obaveza i abuzivno nevršenje prava

U red ugovora sa nižim stepenom određenosti predmeta koje zakonodavac dopušta spadaju i ugovori sa alternativno postavljenim obavezama. Kriterijumi na osnovu kojih se određenje predmeta vrši ne mogu se smatrati objektivnim, samim tim ni sasvim preciznim, već su oni subjektivni, i to u smislu da su vezani za povereno i vremenski ograničeno pravo izbora jedne od dugovanih činidbi<sup>21</sup>. Dakle, uslov da ovaj ugovor nastane, a zatim i bude realizovan, jeste da se pravo izbora najpre poveri jednom licu u ugovoru ili van njega, te da ono u ostavljenom vremenu izvrši izbor i definitivno opredeli predmet<sup>22</sup>. i upravo u ovom trenutku dolazimo do veze između alternativnih obaveza i abuzivnog nevršenja prava.

Postavlja se, naime, pitanje koje su posledice nevršenja prava izbora, a zatim i pitanje kakva je pravna priroda tih posledica. zakonodavac, to se od njega očekuje, nudi nedvosmislen odgovor na prvo pitanje, te zabune nema<sup>23</sup>. to nam omogućava da dođemo do pouzdanog odgovora i na drugo pitanje, a koje je od posebnog značaja za ovaj rad.

S tim u vezi, čvrsto stojimo na stanovištu da se ovo pravilo može i treba posmatrati i kao *sui generis* sankcija. Mada takav stav može biti sporan, mi u ovom trenutku nismo u stanju da pravilu sadržanom u čl. 405 zOO rS u potpunosti odrekemo „kazneni“ karakter. i zaista, kako drugačije objasniti činjenicu da je, naročito u slučaju kada ono pripada

---

21 iz formulacije normi zOO rS proizlazi da je primarni uslov da ugovor sa neodređenim predmetom nastane punovažno da postoje dovoljno jasni kriterijumi na osnovu kojih se, kada se iz faze stvaranja pređe u fazu izvršenja ugovora, do tada odrediv predmet može u činiti određenim u potpunosti. Međutim, zakonodavac ide i korak dalje nameri da uvaži princip autonomije volje koji je sam proklamovao, te dopušta i one ugovore kod kojih ti kriterijumi nedostaju, ali je povereno pravo trećem licu da predmet opredeli u potpunosti.

Čl. 46, čl. 47 i čl. 50 zakona o obligacionim odnosima.

22 Situacija kada pravo izbora pripada licu koje nije ugovorna strana, to jest trećem licu kako ga zakonodavac naziva, nije interesantna iz perspektive ovog istraživanja i rada, budući da za treće lice ne postoji nikakva „sankcija“ za slučaj nevršenja poverenog prava izbora.

Čl. 406 zakona o obligacionim odnosima.

23 Чл. 405 закона о облигационим односима.

poveriocu, jedno ovlašćenje oduzeto i preneto na drugu stranu, koja je, kada dođe do spornog nevršenja prava izbora, sve manje ugovorni partner, a sve više potencijalni protivnik u sudskom sporu. verujemo kako i laičkom i stručnom poimanju predmetne pravne norme odgovara stav da se u ovom slučaju radi o svojevrsnoj sankciji.

Pod uslovom da prihvatimo ideju da se u ovom slučaju radi o supsidijernom pravilu, to jest sankciji, budući da je i dispozicija poznata, određenje pretpostavke sankcije postaje osobito složeno. Naime, ako je bilo koje ovlašćenje ustanovljeno pravnom normom, subjekt čijim interesima je ono podređeno njime se može koristiti, ali i ne mora. izuzev ukoliko ne prihvatimo spornu konstrukciju o pravu kao „obavezi u sopstvenom interesu“, nevršenju ovlašćenja nema prepreka, jer je nevršenje ovlašćenja, podjednako kao i vršenje istog, dopušten način uživanja prava. ni prvi ni drugi oblik ponašanja ne vređaju dispoziciju norme kojom je to ovlašćenje predviđeno. Međutim, ukoliko nevršenje prava nije protivpravno, ali se ipak sankcioniše, proizlazi da je „sankcija“ izrečena zbog zloupotrebe prava, i to upravo zbog pasivnog držanja imaoca ovlašćenja.

### *2.2.3. Poverilačka docnja i abuzivno nevršenje prava*

Dejstvo jednom zasnovanog obligacionog odnosa ispoljava se u pravima i obavezama lica koja u tom odnosu u čestvuju (radišić, 2004: 317), a suština ostvaruje ispunjenjem obaveze, to jest izvršenjem činidbe koju dužnik duguje, a koju je poverilac ovlašćen da zahteva, te eventualno ostvarenja cilja ukoliko se radi o „obavezama rezultata“ (tišić, 2018: 173). iz toga se dalje osnovano može zaključiti kako je čitav obligacioni odnos zasnovan radi poverioca. Međutim, iako odnos jeste zasnovan radi zadovoljenja njegovih (ne)materijalnih interesa, prethodno pomenuti pravni instituti: zastarelost i pravila koja se odnose na nevršenje prava izbora kod alternativnih obaveza, ali i drugi koji nisu predmet interesovanja u ovom radu, pokazuju kako su u obligacioni odnos utkani i interesi dužnika, te da postoji potreba da i oni budu zaštićeni. to pokazuje, možda i najjasnije, zakonom uređen koncept poverilačke docnje.

Naime, da bi se dužnik svoje obaveze oslobodio, najčešće je potrebna saradnja poverioca koja se sastoji u nekoj radnji prijema ispunjenja. Slu čajevi u kojima dužnik može ispuniti svoju obavezu bez ikakvog angažovanja poverioca, sem eventualno kod obaveza koje glase na nečinjenje, izuzetno su retki u praksi (tišić, 2018: 174). Upravo u slučajevima, istina ne naročito čestim u praksi, kada u procesu ispunjenja izostane neophodno

aktivno učešće poverioca, koje bi omogućilo da dužnik započne ili dovrši započeto ispunjenje, nastaje osobita pravna neizvesnost (tišić, 2018: 176). Ona proizlazi iz pretpostavke, po nama oborive, da poverilac nije jedini koji ima interes za ispunjenje obaveze. nešto preciznije, treba poći od toga, a čini se da zakonodavac to i čini, da i dužnik ima određeni (ne)materijalni interes za ispunjenje obaveze koju duguje<sup>24</sup>.

Na strani dužnika u konkretnom slučaju možda uopšte ne postoji nikakav interes da na ispunjenju insistira ukoliko već poverilac pokazuje znake nezainteresovanosti. Osnovano je pretpostaviti da mu takvo ponašanje poverioca čak i odgovara. no, pravilnije je pretpostaviti da interesi ipak postoje, te na temelju te pretpostavke omogućiti dužniku da ih ostvari uprkos izostanku poveriočeve saradnje na koju ga, uzgred, dužnik nikako ne može primorati. zakonodavac dužniku omogućava da svoje interese koji se realizuju kroz ispunjenje ostvari propisivanjem svojevrsnih sankcija za poverioca koji dospe u docnju<sup>25</sup>.

Ovde se postavlja pitanje pravne prirode potencijalnih posledica poverilačke docnje. naime, poverilac, sem u retkim slučajevima u kojima se zakonodavac odvaži na takvu odredbu<sup>26</sup>, nema obavezu prijema ispunjenja. Poverilac ima pravo, to jest ovlašćenje da zahteva ispunjenje obaveze po njenoj dospelosti, ali ne i obavezu da istu zahteva niti da u njoj učestvuje. Ukoliko je zaista tako, pitanje pravne prirode posledica poverilačke docnje može biti razrešeno kroz institut zabrane zloupotrebe prava i to zloupotrebe u pasivnom obliku.

Treba obratiti pažnju na sledeće relacije s tim u vezi. naime, rekli smo, poverilac ima ovlašćenje, ne i obavezu. ako je već sankcionisan zbog svog ponašanja, sankcija ne može biti izrečena zbog protivpravnog ponašanja, budući da nikakva dužnost na strani poverioca nije ni ustanovljena. ako se neko sankcioniše, iako se nije ponašao protivpravno, onda se sankcija može poimati samo kao posledica abuzivnog ponašanja. najzad, pod uslovom da se složimo da se u konkretnom slučaju sankcioniše

---

24 Dužnikov interes za ispunjenje sopstvene obaveze prema poveriocu počiva, to je najčešće i slučaj, na dužnikovoj želji da i poverilac izvrši svoju obavezu, koja proizlazi iz dvostrano-obavezujućeg pravnog posla koji je osnov dužnikove obaveze ili nekog drugog pravnog posla, ukoliko su dužnik i poverilac, recimo, u stalnom poslovnom odnosu (materijalni interes). Dužnikov interes može proizlaziti iz moralnih razloga za ispunjenje obaveze, potrebe da se očuva poslovni ugled ili potrebe da se izbegne društvena osuda koja prati odgovornost za pričinjenu štetu (nematerijalni interes).

25 Čl. 326 i 327 zakona o obligacionim odnosima.

26 Čl. 622 zakona o obligacionim odnosima.

zloupotreba, ona se u ovom slučaju definitivno ne sastoji u vršenju prava ili kakvog ovlašćenja već, naprotiv, unevršenju istog. Proizlazi kako su zakonom proklamovane posledice poverilačke docnje, kao i institut u celini, oblik konkretizacije zabrane abuzivnog nevršenja prava.

## 2. Zaključci

U procesu oživotvorenja prava ne sme se gubiti iz vida da se svi oblici interpretacija pravne norme nalaze u odnosu interakcije delujući jedna na drugu, što znači da nijedan od njih, osim u retkim slučajevima pravnih definicija i krivičnih propisa, ne može dati validne rezultate sam po sebi (Mandić, 1971: 209–210). Posebno mesto među načinima interpretacije zauzima teleološko tumačenje, jer se utvrđivanjem ciljeva koji su determinisali postanak norme stvara osnovni preduslov za takav način primene norme koji bi ostvarenju tog cilja zaista i vodio (Mandić, 2017: 201). S tim u vezi, a s osloncem na u radu ponuđene argumente, čvrsto stojimo na stanovištu kako je cilj instituta zabrane zloupotrebe prava stvaranje pogodnog tla za suprotstavljanje svim oblicima ponašanja koji jesu u skladu sa pravnom normom, ali iz kojih proizlazi nekakva neugodnost za određeno lice, a ne samo onim oblicima zloupotrebe koji proizlaze iz aktivnog ponašanja imaoća ovlašćenja.

Ovakav stav sugerše i to da je postojeća odredba zOO rS kojom se proklamuje zabrana zloupotrebe prava, zbog insistiranja na protivciljnom *vršenju prava* [naglasio autor S. r.], suviše usko postavljena. iako mi nemamo nedoumica da je postojeća norma zOO rS sasvim dovoljan osnov da sudija sankcioniše i abuzivno nevršenje prava, smatramo kako ne bi bilo zgoreg da se takva mogućnost učini vidljivijom. to je moguće učiniti na više različitih načina, svakako, ali ukoliko zaista pretendujemo na efikasnost norme i sveobuhvatnost standarda, smatramo kako je u budući kodeks građanskog prava, to jest njegov opšti deo, neophodno implementirati odredbu koju promovše zPP rS, a prema kojoj sudija treba da spreči i kazni *svaku zloupotrebu* [naglasio autor S. r.] prava koje pripada određenom subjektu.

## Literatura/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.

Zakon o obligacionim odnosima. *Službeni list SFRJ*. Br. 29.1978, 39.1985, 45.1989 – odluka USJ. Br. 57.1989, *Službeni list SRJ*. Br. 31.1993 i *Službeni list SCG*. Br. 1/2003 – *Ustavna povelja, odsek V*.

Zakon o parničnom postupku. *Službeni glasnik RS*. Br. 72/2011, 49/2013 – *Odluka US*. Br. 74/2013, *Odluka US*. Br. 55/2014 i 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.

Marković, B. (2000). O dualitetu pozitivnog prava. *Stvaranje prava. Srbija – pravna država*. 9–19.

Marković, M. (1968). Generalne klauzule (Fragmentarna skica za studiju o pravnom standardu). *Zbornik radova pravno-ekonomskog fakulteta u Nišu*. 7.

Paunović, S. (2004). zloupotreba prava svojine. *Bраниč*. 3–4. 64–81. Perić, n. (1912). *Teorija zloupotrebe prava i građansko zakonodavstvo, Doktorska teza*. Beograd: Geca kon.

Podgorac, k. (2000). reč-dve o ulozi jezika u stvaranju prava. *Stvaranje prava. Srbija – pravna država*. 269–271.

radišić, J. (2004). *Obligaciono pravo, Opšti deo*. Beograd: nomos.

radni tekst Građanskog zakonika republike Srbije.[Electronic version] Preuzeto 25.01.2019. <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>

radulović, S. (2018). zastarelost kao sankcija abuzivnog nevršenja prava. *Zbornik radova „Načela dobre vladavine – načelo pravne sigurnosti i načelo pravičnosti“*. 3. 135–148.

Rakočević, M. (2018). *Bona fides* u parničnom postupku – teorijska razmatranja. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*. 4(55). 771–789.

Stanković, G. (2004). naknada štete zbog zloupotrebe procesnih ovlašćenja. *Bраниč*. 3-4. 33–48.

tišić, G. (2018). neke refleksije o konceptu poverilačke docnje. *Zbornik radova „Načela dobre vladavine – načelo pravne sigurnosti i načelo pravičnosti“*. 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.*





**Dr Danilo Stevandić,\***  
Pomoćnik načelnika Uprave policije  
Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srbije

pregledni naučni rad  
doi:10.5937/zrpfni1984

UDK: 340.137(4-672EU:497.11)  
351.756

Rad primljen: 19.02.2019.

Rad prihvaćen: 31.10.2019.

## **HARMONIZACIJA ZAKONODAVSTVA SRBIJE U OBLASTI KRETANJA I BORAVKA STRANACA SA PROPISIMA EVROPSKE UNIJE**

**Apstrakt:** U članku je dat prikaz materijalno-pravnih i procesno-pravnih ustanova i rešenja sadržanih u Zakonu o strancima Republike Srbije koji je donet 26. marta 2018. godine, stupio na snagu 3. Aprila 2018. godine, a u primeni od 3. oktobra 2018. godine. Posle uvodnih napomena, učinjen je kratak osvrt na sistematiku zakona i njegova nomotehnička obeležja, a zatim je izvršena kritička analiza novih ustanova i zakonskih rešenja njihovim upoređivanjem sa odredbama prethodnog Zakona o strancima (2008) i relevantnim pravnim propisima Evropske unije. Autor zaključuje da je novim Zakonom o strancima u Republici Srbiji značajno unapređen pravni okvir za ostvarivanje i zaštitu prava u oblasti ulaska, kretanja i boravka stranaca i da je postignut viši nivo usaglašenosti nacionalnog prava sa pravnim standardima Evropske unije.

**Ključne reči:** harmonizacija zakonodavstva, stranac, kretanje stranaca, boravak stranaca, neprihvatljiv bezbednosni rizik, odbijanje ulaska, nezakonit boravak.

### **1. Uvodne napomene**

narodna skupština republike Srbije je na Prvoj sednici Prvog redovnog zasedanja u 2018. godini održanoj 22. marta 2018. godine, posle sprovedene javne rasprave, donela novi zakon o strancima (u daljem tekstu: zOS/2018).<sup>1</sup> zakon je proglašen Ukazom predsednika republike 26. marta 2018. godine,

\* e-mail: stevandic.danilo@gmail.com

1 Sl. glasnik RS, 24/18.

stupio je na snagu 3. aprila 2018. godine, a počeo je da se primenjuje šest meseci od dana stupanja na snagu, preciznije od 3. oktobra 2018. godine.<sup>2</sup>

Donošenje zOS/2018 motivisano je nekolikim razlozima. Prvo, tokom desetogodišnje primene zakona o strancima (u daljem tekstu: zOS/2008)<sup>3</sup> uočeno je da je pojedina zakonska rešenja vreme pregazilo<sup>4</sup> i da postoje određene pravne praznine koje je trebalo otkloniti donošenjem novog pravnog akta koji bi sveobuhvatnije uredio oblast ulaska, kretanja i boravka stranaca u republici Srbiji.<sup>5</sup> Drugo, stalne i značajne promene u oblasti migracija, a posebno velika izbeglička kriza u poslednjih nekoliko godina, zahtevale su nova zakonska rešenja koja bi činila polaznu osnovu za prevazilaženje novonastalih okolnosti.<sup>6</sup> treće (ili možda Prvo?), zOS/2018 je donet u cilju nastavljanja rada na usklađivanju propisa republike Srbije sa propisima evropske unije (u daljem tekstu: EU) budući da harmonizacija zakonodavstva u oblasti legalnih i iregularnih migracija predstavlja jednu od ključnih aktivnosti u svim strateškim dokumentima.<sup>7</sup>

Motivisane sličnim razlozima, nove zakone u oblasti prava stranaca u prethodnih nekoliko godina donele su skoro sve zemlje u okruženju koje su na putu evropskih integracija ili su tim putem već prošle. U prvoj polovini 2018. godine, nove zakone o strancima donele su Crna Gora<sup>8</sup> i Makedonija,<sup>9</sup> a Bosna i Hercegovina 2015. godine.<sup>10</sup> Hrvatska je zakon o

2 U našoj pravnoj nauci odavno je ukazano na neustavnost anticipiranog stupanja na snagu zakona pre početka njegove primene (Grubač, 2009: 150-174).

3 *Sl. glasnik RS*, 97/08.

4 O razlici između pozitivnog prava u formalnopravnom (dogmatskom) i sociološkom smislu videti kod Jovičića (1977: 195-196, 260-266).

5 Kritički pogled na odredbe zOS/2008 kojima je uređen boravak stranaca pruža Bordaš (2008: 130-139).

6 O merama evropske unije, posebno u oblasti prava na azil, preduzetim kao odgovor na masovni priliv migranata 2015. godine videti kod raičevića (2015: 25-28). nespornost većine evropskih država za izazov migrantske krize i njihove mere usmerene na zaštitu političkih, ekonomskih i socijalnih interesa ima le s u za posledicu brojne političke i drugovrsne anomalije, popu t zabrane prolaska izbeglicama kojom se krši globalni princip slobode kretanja ljudi, roba i usluga, nepoštovanja ljudskih prava migranata (npr. naturalizacije), porasta ksenofobije i druge. više o tome videti kod raičevića (2016: 125) Simeunovića (2017: 28-31).

7 Na primer, akcioni plan za poglavlje 24 - Pravda, sloboda, bezbednost od 1. Marta 2016. godine (potpoglavlje Migracije).

8 *Sl. list CG*, 02/18.

9 *Sl. vesnik RM*, 97/18.

10 *Sl. glasnik BiH*, 88/15.

strancima donela 2011. godine, ali je taj zakon do sada pretrpeo nekoliko izmena i dopuna, poslednje 2018. godine.<sup>11</sup>

ZOS/2018 je zadržao jedan broj odredbi zOS/2008 i istovremeno doneo veliki broj novih ustanova i novih zakonskih rešenja, ali u ovoj fazi harmonizacije sa pravom EU nije obuhvatio pojedine evropske pravne standarde u ovoj oblasti.<sup>12</sup> Među novim zakonskim rešenjima najznačajnija su ona koja se odnose na odbijanje ulaska stranca u zemlju, statusna pitanja stranaca i nadležnost Bezbednosno-informativne agencije (u daljem tekstu: Bia) za vršenje bezbednosnih provera stranaca.

Cilj ovog istraživanja je da se pravnom analizom ranijih i novih zakonskih rešenja i ustanova i njihovim upoređivanjem sa evropskim pravnim standardima u ovoj oblasti ispita da li je i u kojoj meri republika Srbija uskladila svoje propise sa propisima EU. Polazna hipoteza istraživanja je da je zOS/2018 moderan i kvalitetan zakon čijim donošenjem je nacionalno zakonodavstvo u značajnoj meri harmonizovano sa pravom EU.

---

11 *NN RH*, 130/11, 74/13, 69/17,46/18.

12 Na primer, pravne standarde o: zapošljavanju visokokvalifikovanih radnika – plava karta (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); pravu građana Unije i članova njihovih porodica na slobodno kretanje i boravište na području države članice (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); uslovima za ulazak i boravak državljana trećih zemalja u svrhu zapošljavanja u statusu sezonskih radnika (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); uslovima za ulazak i boravak državljana trećih zemalja u okviru premeštaja unutar privrednog društva (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) i minimalnim standardima za sankcije i mere za poslodavce državljana trećih zemalja s nezakonitim boravkom (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). Preuzeto 5.11.2018. <https://eur-lex.europa.eu/oj/direct-access.html>.

## 2. Sistematika zakona i nomotehnička obeležja

Materija zOS/2018 je raspoređena u 14 po obimu nejednakih celina (glava):<sup>13</sup>

I. Osnovne odredbe (čl. 1-10); II. Ulazak i izlazak stranaca iz republike Srbije (čl. 11-17); III. vize (čl. 18-38); IV. Boravak stranaca (čl. 39-73); V. nezakonit boravak i postupak vraćanja (čl. 74-80); VI. zadržavanje i prinudno udaljenje (čl. 81-94); VII. Putne isprave za strance (čl. 95-99); VIII. isprave za dokazivanje identiteta (čl. 100-109); IX. Boravište i prebivalište stranaca (čl. 110-111); X. Posebne odredbe o kretanju stranaca u uniformi (čl. 112); XI. Obrada podataka (čl. 113-117); XII. nadzor (čl. 118); XIII. kaznene odredbe (čl. 119-123); i XIV. Prelazne i završne odredbe (čl. 124-128).<sup>14</sup>

Opšta sistematika zakona na prvi pogled izgleda logično, ako se ostave po strani određene, manje, nelogičnosti. recimo, čini se da bi uređivanje boravka stranaca i boravišta i prebivališta stranaca u jednoj, kao i uređivanje putnih isprava stranaca i isprava za dokazivanje identiteta u drugoj glavi, pružilo bolji pregled materije.

Unutrašnja sistematika tematskih potcelina (glava) takođe izgleda logično, mada neke od njih sadrže odredbe o definisanju pojmova kojima tu nije mesto, već u „Osnovnim odredbama“ (čl. 3).<sup>15</sup> Preglednosti teksta zakona doprinelo je to što je svakom članu dat poseban naziv (rubrum). ipak, grupisanjem i izlaganjem materije u okviru užih potcelina (odeljak, pododeljak) unutar obimnijih glava (na primer, glave IV. Boravak stranaca, čl. 39-73), tekst zakona bi još više dobio na preglednosti.<sup>16</sup>

U pogledu jezika, stila i načina pisanja, na tekst ZOS/2018 bi se moglo uputiti nekoliko primedbi. Prvo, na više mesta se u tekstu zakona ponavlja izraz „Ministarstvo unutrašnjih poslova“,<sup>17</sup> pri čemu nije korišćen skraćeni naziv iako bi se na taj način tekst zakona značajno

---

13 O sistematici pravnih propisa videti kodPajvančić (1995: 30-32).

14 zOS/2008 je takođe bio sistematizovan u 14 glava, ali je imao znatno manje članova (92).

15 na primer, u glavi I. Osnovne odredbe, ali u čl. 9 određeno je značenje izraza „neprihvatljiv bezbednosni rizik“ ili u glavi IX. Boravište i prebivalište stranaca, u čl. 110 st. 1 i 2, određeno je značenje, u smislu ovog zakona, izraza „boravište“ i „adresa stanovanja“ kojima je mesto u čl. 3 koji nosi rubrum «značenje izraza».

16 Čl. 19-23 Jedinstvenih metodoloških pravila za izradu propisa – JMP, *Sl. glasnik RS*, 21/10.

17 Čl. 3 st. 1 tač. 3 čl. 9, čl. 29 i čl. 38zOS/2018.

rasteretio.<sup>18</sup> Drugo, uočljiva je nedoslednost u upotrebi pojedinih izraza.<sup>19</sup> tako se, na primer, za označavanje jednog „ministarstva“ upotrebljava izraz „Ministarstvo unutrašnjih poslova“, a za označavanje drugog izraz „ministarstvo nadležno za spoljne poslove“.<sup>20</sup> treće, veznik „ako“ je gotovo u potpunosti zamenjen veznikom „ukoliko“<sup>21</sup> (čak i u okviru istog člana),<sup>22</sup> iako je bolje i jednostavnije koristiti veznik „ako“, ne samo zbog toga što je reč o *pravom* vezniku (Stanojčić, Popović, 1994: 120), već i zbog pravila da se veznik „ukoliko“ upotrebljava u paru s veznikom „utoliko“, što ovde nije slučaj. Četvrto, čak i kod neupućenog čitaoca preovlađuje utisak da se prilikom izrade teksta zakona nije vodilo dovoljno računa o ekonomičnosti i redundantnosti jezika prava (Visković, 1989: 92-102; lukić, košutić, Mitrović, 1999: 615-617). tako, recimo, čl. 9 zOS/2018 ima devet stavova i preko 370 reči čime je mera upotrebe dugih nizova reči u pravnim normama višestruko pređena. Osim toga, grupisanjem odredbi čl. 9 zOS/2018 u dve manje i logične celine (dva odvojena člana), recimo u odredbe materijalnopravne i procesnopravne prirode, postigla bi se još bolja preglednost materije.

Upotreba reči savremenog srpskog jezika u njihovom uobičajenom značenju i umereno korišćenje stručnih izraza iz ove oblasti u izvesnoj meri kompenzuju navedene nedostatke i koliko-toliko olakšavaju čitanje i razumevanje teksta zakona.

### 3. Analiza pojedinačnih ustanova i zakonskih rešenja

#### 3.1. Nova pojmovi i nova načela

zOS/2018 donosi nekoliko novih zakonskih (legalnih) pojmova, kao što su: zemlja porekla, uobičajeno boravište, spajanje porodice, student, učenik, naučno istraživački rad, naučno istraživačka organizacija, istraživač, posebno ugrožena lica, maloletnik bez pratnje, razlozi zaštite bezbednosti republike Srbije, nezakonit boravak, vraćanje, adresa stanovanja i drugi (čl. 3). istovremeno, sadržaj i obim drugih novih pojmova određen je u pojedinim zakonskim odredbama, a ne u čl. 3 ZOS/2018, o čemu je već data kritička napomena. Pojmovno određenje novih izraza

18 Čl. 37 st. 1JMP.

19 O potrebi dosledne upotrebe jezičkih izraza (termina) videti kod lukića (1957: 198).

20 Čl. 99 st. 5 i čl. 115 st. 8zOS/2018.

21 Čl. 6, čl. 9 st. 3 i 8, čl. 10 i čl. 13 zOS/2018.

22 Čl. 25 st. 4 i 7zOS/2018.

upodobljeno je značenju relevantnih izraza sadržanih u direktivama EU kojima je uređena ova oblast.<sup>23</sup>

Među novim pojmovima vredi skrenuti pažnju na pojam adrese stanovanja stranca. U odnosu na zOS/2008, koji pojmovno određuje samo ustanove boravišta i prebivališta stranca, zOS/2018 definiše i ustanovu adrese stanovanja stranca (čl. 110 st. 2). Detaljnijim uređenjem ove ustanove smanjen je obim obaveza stranaca u vezi njihovog privremenog boravka, jer u slu čaju da više puta napuštaju boravište zbog npr. službenog puta ili turističke posete u drugom delu Srbije oni sada ne moraju ponovo da prijavljuju boravište (član 110. st. 4). Pojednostavljenje procedure predstavlja i mogućnost da fizičko lice kod koga stranac dolazi u posetu može ovlastiti drugo lice ili samog stranca da izvrši prijavu boravišta kod nadležnog organa (čl. 111 st. 4), što ranije nije bilo slučaj jer je zOS/2008 zahtevao da prijavu boravka stranca izvrši lice kod koga stranac odseda (Jugović, 2013: 95-96).

Pored načela koja je preuzeo iz zOS/2008, novi zakon donosi i nekoliko novih načela. Prvu grupu čine načela kojima donosilac odluke treba da se rukovodi prilikom odlučivanja o zahtevu za odobrenje privremenog boravka (čl. 65). to su načelo o oceni okolnosti svakog pojedinačnog slučaja (dužina trajanja prethodnog boravka, lične, porodične, ekonomske i socijalne okolnosti), načelo o oceni pretnje koju stranac predstavlja po bezbednost republike Srbije i njenih građana i načelo najboljeg interesa maloletnog stranca. Primena ovih načela trebalo bi da obezbedi da se odluka o zahtevu za odobrenje privremenog boravka zasniva na tačnom

---

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. Preuzeto 6.11.2018. <https://eur-lex.europa.eu/oj/direct-access.html>.

i potpuno utvrđenom činjeničnom stanju povodom svakog konkretnog slučaja čime se ujedno štiti najbolji interes stranaca. Drugu grupu čine načela koja se odnose na nezakonit boravak stranca (čl. 75), i to su: a) načelo da će tokom postupka vraćanja nadležni organ voditi računa o specifičnoj situaciji posebno ugroženih lica, porodičnom i zdravstvenom stanju lica prema kome je mera vraćanja usmerena, kao i o najboljem interesu maloletnika. Saglasno tome, pre donošenja rešenja o vraćanju, maloletniku bez pratnje mora biti obezbeđena odgovarajuća pomoć službe za socijalnu zaštitu dece i mladih; b) načelo poštovanja jedinstva porodice u postupku vraćanja; c) načelo da se na zahtev stranca mora se obezbediti prevod dispozitiva i pravnog leka rešenja o vraćanju na jezik koji stranac razume ili za koji se opravdano može pretpostaviti da može da ga razume. takođe, ako je to neophodno, u toku postupka vraćanja obezbediće se prisustvo prevodioca na jezik koji stranac razume ili se osnovano može pretpostaviti da razume.

na ovom mestu vredni napomenuti da je čl. 80 zOS/2018 propisano da se žalba protiv rešenja o vraćanju podnosi u pisanoj formi, na srpskom jeziku. takvo zakonsko rešenje je u skladu sa zajemčenim pravom korišćenja jezika stranca u postupku koji se vodi, jer se ova odredba odnosi isključivo na pisani podnesak (žalbu), a ne na tok postupka koji stranac u skladu sa Ustavom republike Srbije (u daljem tekstu: UrS)<sup>24</sup> i zakonom o opštem upravnom postupku (u daljem tekstu: zUP)<sup>25</sup> prati na jeziku koji razume.

### **3.2. Osnovne odredbe**

Osnovne odredbe su prva glava zOS/2018 (čl. 1-10) i njima su načelno propisani predmet zakona i obim njegove primene, značenje izraza i njihova rodna neutralnost, korišćenje putne isprave, ulazak i boravak stranca u zemlji, obaveza poštovanja zakona, obaveze državnih organa, fizičkih i pravnih lica u vezi sa primenom zakona, bezbednosno proveravanje u postupku odlučivanja o pravima i obavezama stranca i supsidijarna primena zakona kojim je uređen opšti upravni postupak.

---

24 U čl. 10 Ustava republike Srbije, *Sl. glasnikRS*, 98/06, je propisano daje u republici Srbiji u slu žbenoj upotrebi srpski jezik i ćirilichko pismo, a da se slu žbena upotreba drugih jezika i pisama uređuje zakonom.

25 U čl. 4 zakona o opštem upravnom postupku, *Sl. glasnik RS*, 18/16, je propisano da je u upravnom postupku u slu žbenoj upotrebi „srpski jezik i ćirilichko pismo, a latiničko pismo na način u tvrđen zakonom. na podru ćjima u kojima je u slu žbenoj upotrebi i jezik nacionalne manjine, postupak se vodi i na jeziku i uz upotrebu pisma te nacionalne manjine, u skladu sa zakonom.“

U odnosu na zOS/2008, ova glava donosi nekoliko novela. Prvo, za razliku od zOS/2008, definisano je učešće državnog organa nadležnog za zaštitu bezbednosti republike Srbije – Bia<sup>26</sup> u postupku odlučivanja o pravima i obavezama stranaca u vezi sa ulaskom i boravkom na teritoriji republike Srbije, čime je, zapravo, formalizovano (ozakonjeno) dosadašnje postupanje tog organa (čl. 9 st. 1). Prema slovu zakona, u tom postupku Ministarstvo unutrašnjih poslova (u daljem tekstu: MUP) pribavlja mišljenje Bia o ne/postojanju rizika po bezbednost republike Srbije i njenih građana u slučaju ulaska i boravka stranca na teritoriji republike Srbije. takvo zakonsko rešenje trebalo bi da pojača jemstva pravne sigurnosti podnosioca zahteva za izdavanje vize, privremenog boravka ili stalnog nastanjenja i da omogući upoznavanje podnosioca takvog zahteva da će njegovi lični podaci u postupku odlučivanja biti upotrebljeni za odgovarajuće provere u skladu sa propisima kojima se uređuje oblast zaštite podataka o ličnosti. Drugo, u cilju prevencije kriminala i unapređenja zaštite javne bezbednosti, procenu bezbednosnog rizika ulaska ili boravka stranca na teritoriji republike Srbije može dati i organizaciona jedinica MUP-a nadležna za borbu protiv organizovanog kriminala i terorizma (čl. 9 st. 2) što takođe predstavlja novelu u odnosu na zOS/2008. takvo zakonsko rešenje svakako predstavlja korak napred, ali se čini da je u pogledu tog pitanja u izvesnom smislu ograničena aktivnost drugih organizacionih jedinica MUP-a, čija je nadležnost ovim odredbama isključena. treće, za razliku od zOS/2008, uvedena je ustanova „neprihvatljiv bezbednosni rizik“ koji će postojati kada „raspoloživi podaci i saznanja ukazuju da stranac zagovara, podstiče, pomaže, priprema ili preduzima aktivnosti kojima ugrožava ustavno uređenje i bezbednost republike Srbije, dobra zaštićena međunarodnim pravom i nacionalnu, regionalnu i globalnu bezbednost od značaja za republiku Srbiju i pravni poredak“ (čl. 9 st. 3).

### **3.3. Ulazak i izlazak stranca iz zemlje**

U drugoj glavi zOS/2018 (čl. 11-17), uređena su pitanja granične kontrole, ulaska i izlaska na osnovu zajedničke putne isprave, obaveza prevoznika, nezakonitog ulaska, odbijanja ulaska, ulaska i boravka bez vize i izlaska iz Republike Srbije.

Novinu u ovoj glavi u odnosu na zOS/2008 predstavljaju obaveze prevoznika koji doveze stranca na granicu republike Srbije. Prva obaveza prevoznika

---

<sup>26</sup> Čl. 2 zakona o Bezbednosno-informativnoj agenciji, *Sl. glasnik RS*, 42/02, 111/09, 65/14 – odluka US i 66/14.



je da na granični prelaz može dovesti samo stranca koji poseduje važeću putnu ili drugu ispravu u koju je uneta viza ili odobrenje boravka, ako zakonom ili međunarodnim ugovorom nije drugačije određeno (čl. 13 st. 1). Druga obaveza prevoznika je da stranca kome je odbijen ulazak u republiku Srbiju odveze bez odlaganja i o svom trošku. ako prevoz nije moguće obezbediti u razumnom roku, prevoznik snosi troškove boravka i prinudnog udaljenja stranca iz republike Srbije (čl. 13 st. 2). Ove zakonske odredbe bi trebalo izmeniti i dopuniti, budući da propisuju obaveze prevoznika koje su *apsolutne*, odnosno obaveze koje ne poznaju izuzetke. na primer, ne izgleda logično da prevoznik ima bilo kakvu obavezu prema strancu kojeg je dovezao na granični prelaz, a kome bude odbijen ulazak u republiku Srbiju jer to zahtevaju razlozi zaštite bezbednosti republike Srbije i njenih građana ili ako se utvrdi da u vezi sa ulaskom i boravkom stranaca na teritoriji republike Srbije postoji negativna procena bezbednosnog rizika (čl. 15 st. 1 tač. 7 i 8), jer takve okolnosti teško da mogu biti poznate prevozniku.

Glavne novine predstavljaju novi razlozi za odbijanje ulaska stranca u zemlju i propisivanje postupka za odbijanje njegovog ulaska. Pored drugih razloga propisanih zOS/2008, prema čl. 15 st. 1 zOS/2018 granična policija će odbiti ulazak u republiku Srbiju strancu ako: nema putno zdravstveno osiguranje za period koji namerava da boravi u republici Srbiji (tač. 6); se utvrdi da u vezi sa ulaskom i boravkom stranaca na teritoriji republike Srbije postoji negativna procena bezbednosnog rizika (tač. 8); je stranac već boravio u republici Srbiji 90 dana tokom 180 dana, ukoliko međunarodnim ugovorom nije drugačije određeno, osim ako se radi o strancu koji ima vizu za duži boravak (vizu D) ili odobreni privremeni boravak (tač. 11); postoji opravdana sumnja da neće napustiti republiku Srbiju pre isteka roka važenja vize, odnosno ako postoji mogućnost nezakonite migracije po ulasku u republiku Srbiju (tač. 13). Prema zOS/2008, razlog odbijanja ulaska u zemlju je strancu saopštavan usmeno, uz evidentiranje odbijanja ulaska otiskivanjem pečata u putnu ispravu stranca. novim zakonskim rešenjem propisano je da se o odbijanju ulaska stranac neposredno obaveštava uru čenjem standardizovanog obrasca o odbijanju ulaska u kome se navode tačni razlozi odbijanja ulaska. Protiv odluke o odbijanju ulaska dozvoljena je žalba o kojoj odlu čuje MUP. na ovaj način harmonizovano je nacionalno zakonodavstvo u odnosu na propise EU kojima je uređena ova oblast,<sup>27</sup> a uvođenjem prava na žalbu

---

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.

osnažena je pravna sigurnost i zagaranovan je princip dvostepenosti u odlučivanju (čl. 36 UrS-a i čl. 13 zUP-a).<sup>28</sup>

### **3.4. Vize**

Treća glava (čl. 18-38) sadrži opšte odredbe koje se odnose na definiciju vize, vrste viza, nadležnost za izdavanje viza, proveru uslova za izdavanje vize strancu i procenu rizika, odbijanje vize, produženje vize, izdavanje vize na graničnom prelazu, poništavanje i ukidanje vize i žalbu na odbijanje zahteva za vizu.

U odnosu na zOS/2008, u ovu glavu je uneto nekoliko novina. Glavne novine predstavljaju proveru uslova za izdavanje vize strancu i procena rizika za čije vršenje su nadležni Ministarstvo spoljnih poslova republike Srbije (u daljem tekstu: MSP), MUP i Bia (čl. 29). zahtevi za vizu državljana zemalja (država) koje se nalaze na listi migraciono visioke rizičnih područja koju utvrđuje vlada republike Srbije podležu obaveznoj proveru uslova i procene rizika za izdavanje vize. načelno je propisan postupak vršenja provera i procene rizika.

Dalje, za razliku od zOS/2008, novi zakon uvodi ustanovu poništavanja i ukidanja vize (čl. 37) i taksativnim normiranjem navodi dokumentaciju koju je neophodno priložiti uz zahtev za vizu u diplomatsko-konzularnom predstavništvu republike Srbije (u daljem tekstu: DkP) u inostranstvu (čl. 25).

značajnu novinu predstavlja i dostavljanje odluke o odbijanju zahteva za izdavanje vize na propisanom obrascu u kome se navode razlozi na kojima se zasniva negativna odluka. Protiv ove odluke stranac ima pravo žalbe, a protiv konačne odluke može se pokrenuti upravni spor (čl. 38). Jemstvom upravne i sudske zaštite zagaranovan je princip dvostepenosti u odlučivanju i ojačana pravna sigurnost, a nacionalno zakonodavstvo usklađeno sa pravom EU.<sup>29</sup>

### **3.5. Boravak stranaca**

U četvrtoj glavi (čl. 39-73) su sadržane odredbe kojima su definisane vrste legalnog boravka koje stranac može imati u republici Srbiji, propisani osnovi privremenog boravka stranca i dokumentacija koja je

---

Preuzeto 7.11.2018. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:02006R0562-20131126>.

<sup>28</sup> više o principu dvostepenosti u odlučivanju kod Markovića (1995: 239-241).

<sup>29</sup> Regulation (EC) No 810/2009.

potrebna da bi zahtev za privremeni boravak bio uredan. Pored odredbi o privremenom boravku, ova glava sadrži i odredbe koje se odnose na stalno nastanjenje stranca u republici Srbiji (čl. 67-73) koje su u potpunosti usklađene sa Direktivom 2003/109/ez o statusu državljana trećih zemalja sa dugotrajnim boravištem.<sup>30</sup>

Ova glava, takođe, sadrži više novina. Prvo, zOS/2018 propisana je mogućnost odobravanja privremenog boravka članu uže porodice stranca kome je odobrena zaštita u skladu sa odredbama zakona o azilu, a što je u skladu sa pravnim standardima EU.<sup>31</sup> Drugo, uvedena je mogućnost odobravanja tzv. samostalnog, odnosno autonomnog boravka strancu koji je najmanje četiri godine privremeno boravio u republici Srbiji po osnovu spajanja porodice (čl. 59). Strancu je dakle omogućeno da nakon određenog vremenskog perioda ne bude vezan za lice po kome mu je odobren privremeni boravak po osnovu spajanja porodice. Suština ove ustanove ogleda se u samostalnosti stranog državljanina u odnosu na supružnika. Njena primena se ne iscrpljuje isključivo u slučaju razvoda braka, već i u slučaju stabilnog bračnog odnosa omogućava supružniku (najčešće ženi), samostalni osnov boravka, nezavisan od supruga, i na taj način štiti lični integritet stranca koji je određeno vreme (najmanje četiri godine) bio vezan za supružnika i po kome mu je i dozvoljen boravak u republici Srbiji. Posebnim odredbama propisano je da žrtvi porodičnog nasilja može biti odobren samostalni privremeni boravak u republici Srbiji, bez obzira na vremensko trajnje odobrenog privremenog boravka po osnovu spajanja porodice (čl. 59 st. 3). treće, u odnosu na zOS/2008, novim zakonom je uvedena ustanova braka iz koristi (čl. 60), čime je popunjena pravna praznina i strancima znatno otežano da koristeći „rupe u zakonu“ ostvare prava koja im po zakonu ne pripadaju. Upada u oči da je za postojanje braka iz koristi neophodan stepen *opravdane sumnje* da među supružnicima postoje takve okolnosti koje mogu ukazivati na to da je brak sklopljen iz koristi.<sup>32</sup> Četvrto, strancu se može uz ispunjenje određenih uslova odobriti privremeni boravak iz humanitarnih razloga, uključujući i odobrenje privremenog boravka strancima koji su bili umešani u akciju koja je imala za cilj omogućavanje iregularne migracije, ako sarađuju

---

30 Council Directive 2003/109/EC.

31 Council Directive 2003/86/EC.

32 zOS/2018 pojmovno ne određuje opravdanu sumnju. Prema čl. 2 st. 1 tač. 19 zakonika o krivičnom postupku, *Sl. glasnik* rS, 72/211, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 i 55/14, opravdana sumnja je „skup činjenica koje neposredno potkrepljuju osnovanu sumnju i opravdavaju podizanje optu žbe“. O kritici takvog pojmovnog određenja videti kod Grubača (2011: 471).

sa nadležnim organima ili u čestvuju u postupku kao oštećeni ili svedok (čl. 61), tako se privremeni boravak iz humanitarnih razloga može odobriti strancu koji ispunjava opšte uslove (čl. 43) i ako za njega postoje druge okolnosti koje nalažu posebno razmatranje u vezi sa: a) njegovim porodičnim, kulturnim ili društvenim vezama sa republikom Srbijom, stepenom integracije stranca u društveni život republike Srbije u prethodnom periodu, posebno u pogledu njegovog školovanja, radnih aktivnosti ili poznavanja jezika; b) odlaganjem prinudnog udaljenja stranca (čl. 84) u vremenskom trajanju od godinu dana ili više; c) strancem koji je žrtva teškog krivičnog dela, uklju čujuć i lica koja su bila umešana u akciju za omogućavanje iregularne migracije i koji saraduje sa policijom i pravosudnim organima, a njegovo prisustvo je neophodno u krivičnom postupku ili učestvuje u istrazi kao svedok ili oštećeni; d) maloletnom strancu koji je napušten, koji je žrtva organizovanog kriminala ili je iz drugih razloga ostao bez roditeljskog staranja ili bez pratnje; e) ozbiljnim i opravdanim ličnim razlozima humanitarne prirode, postojanja interesa republike Srbije ili međunarodno preuzetih obaveza. takođe, strancu koji iz opravdanih razloga nije u zakonskom roku podneo zahtev za odobrenje privremenog boravka (čl. 41 st. 2) i ne ispunjava opšte uslove za odobrenje privremenog boravka (čl. 43), odobriće se privremeni boravak iz humanitarnih razloga ako nadležni organ utvrdi da su okolnosti na osnovu kojih je podnet zahtev osnovane.<sup>33</sup> Peto, strancu se može odobriti privremeni boravak ako je žrtva trgovine ljudima (čl. 62-63). takvim zakonskim rešenjem ne samo da se naglašava položaj žrtava trgovine ljudima u odnosu na strance oštećene drugim krivičnim delima, već se pratećim odredbama u nacionalno zakonodavstvo uvodi ustanova identifikacije žrtava trgovine ljudima, određuje telo nadležno za identifikaciju žrtava trgovine ljudima, reguliše period i vreme oporavka i refleksije.<sup>34</sup>

### ***3.6. Nezakonit boravak i postupak vraćanja***

Sedam članova (čl. 74-80) koji čine petu glavu uređuju sledeća pitanja: pojam nezakonitog boravka, načela u postupku vraćanja, donošenje rešenja o vraćanju stranca koji ne ispunjava ili više ne ispunjava uslove za legalan boravak u republici Srbiji, kao i rokove za dobrovoljni povratak u zemlju porekla ili uobičajenog boravišta.

---

33 Privremeni boravak iz humanitarnih razloga se odobrava u vremenskom trajanju od najmanje šest meseci, a najdu že do godinu dana. ako i dalje postoje okolnosti na osnovu kojih je odobren, privremeni boravak se može se produ žiti. Čl. 61 st. 3 zOS/2018.

34 Council Directive 2004/81/EC.

novina u ovoj glavi takođe ima nekoliko. Prvo, uvođenjem rešenja o vraćanju praktično je zamenjeno postojeće rešenje o nezakonitom boravku (čl. 42 zOS/2008) i rešenje o otkazu boravka. Drugo, propisani su uslovi koji treba da budu ispunjeni da bi se strancu izrekla mera zabrane ulaska (čl. 78 st. 1-2), čime je suženo polje diskrecionog odlučivanja postupajućeg državnog organa. treće, propisana je mogućnost da se u rešenju o vraćanju stranca izrekne i mera zabrane ulaska u određenom vremenskom periodu koji ne može biti duži od pet godina, izuzev u slučaju da stranac predstavlja ozbiljnu pretnju po javni poredak ili bezbednost republike Srbije (čl. 78 st. 3). Četvrto, uvedena je mogućnost da se strancu skрати, odnosno ukine zabrana ulaska u republiku Srbiju, ako ispunjava određene uslove (čl. 79).<sup>35</sup> Peto, uređen je postupak po žalbi na rešenje o vraćanju (čl. 80). Žalba ne odlaže izvršenje rešenja, osim u slučajevima kada postoji stvarna opasnost kršenja prava zabrane vraćanja (*non refoulement*) ili ako za to postoje ozbiljni humanitarni razlozi. Suspenzivno dejstvo žalbe bi omogućilo strancu koji je u prekršajnom postupku zbog nezakonitog boravka sankcionisan od strane sudije za prekršaje i kome je naloženo da napusti zemlju da još dva meseca boravi u Srbiji. zaštita njegovih prava u žalbenom postupku je obezbeđena putem ustanove zastupanja.

### **3.7. Zadržavanje i prinudno udaljenje**

Šesta glava (čl. 81-94), kojom su uređena pitanja zadržavanja stranca i njegovog prinudnog udaljenja, donosi takođe nekoliko novina. Prvo, zaštitnik građana je određen kao nadzorni organ u postupku prinudnog udaljenja stranca, čime je sam postupak postao transparentniji (čl. 82). Drugo, uvedena je ustanova odlaganja prinudnog udaljenja kada za to postoje opravdani razlozi (čl. 84-85). treće, rešenje o smeštaju u Prihvatilište za strance (u daljem tekstu: Prihvatilište) može doneti pored nadležnog organa (policijske uprave) i granična policija (čl. 87 st. 2). Četvrto, propisano je kada postoji rizik da stranac neće biti dostupan radi sprovođenja prinudnog udaljenja, što je inače uslov da se stranac smesti u Prihvatilište koje je objekat zatvorenog tipa (čl. 87. st. 3). Ovim odredbama su prošireni razlozi za smeštaj stranaca koji treba da se vrate u zemlju porekla i koji nisu iskoristili mogućnost da se samostalno i dobrovoljno vrate u svoju zemlju u roku koji im je ostavljen u rešenju o vraćanju. Stiče se utisak da je reč o dobrom zakonodavnom rešenju, budući da se pored do sada propisanih razloga za smeštaj u Prihvatilište (neposredovanje dokumenata za proveru ili utvrđivanje

---

35 Directive 2008/115/EC.

identiteta) proširuje mogućnost ograničavanja kretanja stranaca koji ne poštuju pravni poredak republike Srbije.<sup>36</sup> Peto, uređena su pitanja koje se odnose na uslove za smeštaj, otpuštanje i period boravka stranca u Prihvatištu, kao i pravni lekovi na rešenje o smeštaju stranca u Prihvatište (čl. 87-89). Saglasno pravnim standardima EU u ovoj oblasti, ako se u roku od 180 dana (90+90) ne stvore uslovi za udaljenje stranca u zemlju porekla ili državu iz koje je došao, on prema zOS/2018 mora biti otpušten iz Prihvatišta. takvo zakonsko rešenje je u skladu sa principom zaštite ljudskih prava i obavezom postupajućeg državnog organa da ukoliko nije u mogućnosti da lice vrati u zemlju porekla, mora lice pustiti van objekta gde mu je kretanje ograničeno. Do sticanja uslova za njegovo vraćanje u zemlju porekla, ako za tim postoji potreba, procenu bezbednosnog rizika stranca koji se otpušta iz Prihvatišta i, eventualno, kontrolisanje njegovog kretanja vršiće organi nadležni za bezbednost republike Srbije i njenih građana. šesto, uređen je način smeštaja maloletnika u Prihvatište, smeštaj maloletnika bez pratnje u ustanove socijalnog staranja i utvrđene su norme kojima se štiti najbolji interes deteta. Sedmo, sasvim određeno (detaljno) je propisan kućni red u prihvatilištu (čl. 91). Osmo, uvedena je ustanova obaveznog boravka u određenom mestu, kao blaža (srazmernija) mera u odnosu na smeštaj stranca u Prihvatište (čl. 93).<sup>37</sup>

### ***3.8. Putne isprave za stranca i isprave za dokazivanje identiteta***

U sedmoj (čl. 95-99) i osmoj glavi (čl. 100-109) uređena su sledeća pitanja: putni list za stranca i putna isprava za lica bez državljanstva kao vrste putnih isprava za strance koje izdaju organi republike Srbije, nadležnost i uslovi za njihovo izdavanje, rokovi važenja i razlozi za odbijanje zahteva za njihovo izdavanje i isprave koje stranac u republici Srbiji koristi za dokazivanje identiteta.

Prema ZOS/2018 isprave kojima stranac dokazuje identitet su: a) strana važeća putna isprava; b) važeća lična karta koju je izdao organ njegove države; v) lična karta za stranca; g) privremena lična karta za stranca; i d) posebna lična karta. ličnu kartu za stranca i privremenu ličnu

---

36 za razliku od ograničenja slobode kretanje u krivičnopravnom smislu, smeštanje stranca u prihvatilište za strance radi obezbeđenja prinudnog udaljenja je administrativna mera koju granična policija preuzima upravo da bi efikasno izvršila udaljenje stranca koji ne ispunjava ili više ne ispunjava uslove za boravak u republici Srbiji.

37 Uporedi: Čl. 6zUP-a. više o načelu srazmernosti videti kod Milosavljevića (2017: 82-85, 275).

kartu za stranca izdaje MUP, dok posebnu ličnu kartu izdaje MSP u okviru svoje nadležnosti.

### ***3.9. Boravište i prebivalište stranca i kretanje stranaca u uniformi***

U devetoj glavi (čl. 109-111) određeni su pojmovi boravišta, adrese stanovanja i prebivališta stranca u republici Srbiji i postupak njihovog prijavljivanja. Pored već spomenutog pojmovnog određenja adrese stanovanja stranca, glavnu novinu u ovoj glavi predstavlja pojednostavljivanje procedure prijavljivanja stranaca od strane pravnih lica i preduzetnika koji pružaju usluge smeštaja strancima koji to sada mogu vršiti i elektronskim putem (čl. 111). Prijava boravišta stranca se realizuje kao usluga elektronske uprave na Portalu EUprava, a iz razloga bezbednosti neophodno je posedovanje lične karte sa čipom.

U desetoj glavi (čl. 112) propisani su uslovi za nošenje strane vojne, policijske ili carinske uniforme u republici Srbiji blanketnom dispozicijom koja upućuje na odredbe međunarodnog ugovora.

### ***3.10. Obrada ličnih podataka stranaca***

U glavi o obradi ličnih podataka stranaca, koja obuhvata pet članova (čl. 113-117) uređeni su razlozi za obradu podataka o ličnosti stranaca i svrha takve obrade.

Saglasno odredbama zOS/2018, MUP vrši razmenu podataka o ličnosti stranca i sa njim povezanih lica sa tri državna organa: MSP-omradi izdavanja viza; sa Bia radi zaštite bezbednosti rS i njenih građana; i sa organizacijom nadležnom za poslove zapošljavanja (nacionalna služba za zapošljavanje) radi primene propisa o zapošljavanju stranaca.

Osim toga, ova glava sadrži i sledeće novine. Prvo, podaci koji se nalaze u evidenciji o vizama, a koje vodi MSP, unose se i obrađuju u viznom informacionom sistemu (viS), aplikaciji koju je u prethodnom periodu izradio MSP. Drugo, MUP je ovlašćen da preuzima podatke o podnetim zahtevima za vizu u konzulatima, vrši odgovarajuće provere po podnetim zahtevima za vizu i daje prethodno mišljenje.<sup>38</sup> treće, uspostavljen je pravni osnov da MSP (u inostranstvu DkP) vrši proveru podnosioca zahteva za vizu kroz propisane evidencije stranih državljana čiji je rukovalac MUP. takva zakonska rešenja trebalo bi da omoguće, s jedne strane, da se podaci potrebni za odlučivanje

---

<sup>38</sup> Čl. 29 zOS/2018.

(koje organ mora sam pribaviti) razmenjuju na efikasan i bezbedan način i da se ubrza rad državnih organa, a, s druge strane, da stranci budu upoznati da će po podnošenju nekog od zahteva za ostvarivanje svojih prava, njihovi lični podaci biti korišćeni za vršenje različitih provera i radi sprovođenja postupka, a sve u cilju zaštite njegove pravne sigurnosti.

### ***3.11. Nadzor nad sprovođenjem zakona i kaznene odredbe***

U dvanaestoj glavi (čl. 118) je utvrđeno da nadzor nad sprovođenjem zakona i propisa donetih na osnovu ovog zakona vrši MUP i MSP, svako u delu svoje nadležnosti.

U trinaestoj glavi (čl. 119-123) su propisane prekršajne sankcije za kršenje propisa kako od strane stranca, tako i od strane pozivara, organizatora turističkog ili poslovnog putovanja, prevoznika i pružaoca usluga smeštaja stranca uz naknadu. Budući da su zOS/2018 pooštrene sankcije za omogućavanje nezakonitog prelaska državne granice, odnosno omogućavanje nezakonitog boravka stranca na teritoriji republike Srbije, realno je očekivati da će ta zakonska rešenja dovesti do smanjivanja broja migranata i pravnog regulisanja njihovog statusa ukoliko nisu u postupku azila.

### ***3.12. Prelazne i završne odredbe***

U poslednjoj, četrnaestoj glavi (čl. 124-128) je utvrđena obaveza za donošenje podzakonskih akata potrebnih za sprovođenje ovog zakona, definisani su slučajevi pokretanja postupka po zOS/2008 i okončanja konkretne pravne stvari u momentu stupanja na snagu zOS/2018, zatim položaj i status stranaca koji su stekli određeno pravo po zOS/2008, vremensko važenje ranijih propisa do donošenja novih na osnovu zOS/2018 i stupanje na snagu zOS/2018. za razliku od loše navike koja je kod nas već duže vreme prisutna, dobru stranu primene zOS/2018 predstavlja činjenica da je od stupanja na snagu (3. april 2018. godine) od ukupno predviđenih 13 do sada doneto 10 podzakonskih akata radi njegovog izvršavanja. takva dinamika donošenja podzakonskih propisa daje nadu da će zOS/2018 u skorije vreme biti potpuno uveden u život.

## **4. Zaključak**

zOS/2018 je donet prvenstveno radi harmonizacije nacionalnog zakonodavstva u oblasti legalnih i iregularnih migracija sa pravom EU. Ujedno, ovaj zakon predstavlja odgovor na potrebu za promenom pojedinih



odredbi zOS/2008 koje su se tokom vremena izobičajile, kao i na stalne i značajne promene u oblasti migracija koje su se u proteklih deset godina dogodile na teritoriji Srbije.

kao rezultat recepcije evropskih pravnih standarda, zOS/2018 je doneo nove ustanove i nova zakonska rešenja, pre svega u pogledu uslova za odbijanje ulaska stranca u zemlju i statusnih pitanja stranaca, čime je u značajnoj meri promenjen pravni režim u ovoj oblasti. kvalitet novog zakona ogleda se u jasnijem definisanju načela i pravnih ustanova; preciziranju postupaka, prava i obaveza stranaca u vezi sa ulaskom, kretanjem i boravkom u republici Srbiji; detaljnijem uređenju načela i postupka vraćanja stranaca iz republike Srbije koji ne ispunjavaju ili više ne ispunjavaju uslove za boravak u zemlji; stvaranju uslova za efikasniju zaštitu prava koja se garantuju i pružanju veće pravne sigurnosti. Dodatnu vrednost zakonu dao je transparentan postupak njegovog donošenja (objavljivanje nacrtu zakona na zvaničnom veb sajtu MUP-a i sprovođenje javne rasprave) čime su zakonske odredbe postale bliže javnosti. Dinamika donošenja podzakonskih akata u periodu od stupanja zakona na snagu do početka njegove primene pokazuje da postoji veliki stepen verovatnoće da će zOS/2018 u skorije vreme biti potpuno uveden u život.

Na tekst zakona mogu se uputiti i određene zamerke. Prvo, pažljivije povezivanje i grupisanje srodnih pitanja i njihovo izlaganje u okviru užih potcelina pružilo bi bolji pregled materije. takođe, doslednija upotreba pojedinih izraza i skraćenih naziva značajno bi rasteretila tekst zakona i omogućila lakše čitanje i razumevanje njegovih odredbi. Drugo, pojedina zakonska rešenja sadrže izvesne nelogičnosti, kao što su, na primer, uskraćivanje ovlašćenja pojedinim organizacionim jedinicama MUP-a da vrše procenu bezbednosno neprihvatljivog rizika za ulazak i boravak stranca u zemlju ili nametanje obaveza prevozniku u vezi stranca kome je odbijen ulazak u zemlju iz razloga koji nisu poznati ili ne mogu biti poznati prevozniku. treće, u ovoj fazi harmonizacije sa pravom EU zakonom nisu obuhvaćeni pojedini evropski pravni standardi u ovoj oblasti.

Međutim, ako se ostave po strani određene manjkavosti pojedinih zakonskih rešenja, manje nomotehničke greške i pravne praznine, izvesno je da je Srbija dobila moderan zakon kojim je značajno unapređen pravni okvir za ostvarivanje i zaštitu prava u oblasti ulaska, kretanja i boravka stranaca u republici Srbiji i kojim je postignut viši nivo

usaglašenosti nacionalnog prava sa pravnim standardima evropske unije.

ipak, donošenjem zOS/2018 rad na harmonizaciji nacionalnih propisa sa pravom EU u ovoj oblasti nije završen. vreme koje predstoji trebalo bi iskoristiti da se otklanjanjem do sada uočenih nedostataka poboljšaju zakonske odredbe i da se donošenjem preostalih podzakonskih akata, sprovođenjem organizacionih reformi i edukacije kadrova državnih organa stvore uslovi za efikasnu primenu novog zakona.

## **Literatura/References**

akcioni plan za poglavlje 24 – Pravda, sloboda, bezbednost od 1. Marta 2016. godine (potpoglavlje Migracije).

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.

Grubač, M. (2009). Jedno pogrešno shvatanje ustavnih odredaba o stupanju zakona na snagu. *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*. 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.

Jedinstvena metodološka pravila za izradu propisa. *Službeni glasnik RS*, br. 21/2010.

Jovičić, M. (1977), *Zakon i zakonitost – Život pravnih propisa*. Beograd: Radnička štampa.

Jugović, S. (2013). *Upravna funkcija policije*. Beograd: kriminalističko- policijska akademija.

Lukić, D. r. (1957). *Teorija države i prava*. Beograd: naučna knjiga.

Lukić, D. r., košutić, P. B., Mitrović, M. D. (1999). *Uvod u pravo*. Beograd: Javno preduzeće Službeni list Sr].

Marković, r. (1995). *Upravno pravo*. Beograd: Službeni glasnik. Milosavljević, B. (2017). *Upravno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu – Javno preduzeće Službeni glasnik.

Pajvančić, M. (1995). *Pravno normiranje*. novi Sad: Pravni fakultet u novom Sadu – advokatska komora vojvodine.

Raičević, n. (2015). izgradnja zajedničkog evropskog sistema azila i njegovo prilagođavanje masovnom prilivu migranata. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 71(LIV). 25-28.

Raičević, n. (2016). Postupak odlučivanja o zahtevu za azil u pravu evropske unije. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 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.

Simeunović, D. (2017). relacije nacionalne države i globalizacije u vremenu velikih migracija. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 76(LVI). 28-31.

Stanojčić, Ž., Popović, Lj. (1994). *Gramatika srpskog jezika*. Beograd: zavod za udžbenike i nastavna sredstva.

Ustav republike Srbije. *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

Visković, N. (1989). *Jezik prava*. Zagreb: Naprijed.

Zakon o Bezbednosno-informativnoj agenciji. *Službeni glasnik RS*, br. 42/2002, 111/2009, 65/2014 – odluka US i 66/2014.

Zakon o opštem upravnom postupku. *Službeni glasnik RS*, br. 18/2016. Zakon o strancima. *Narodne novine*, br. 130/2011, 74/2013, 69/2017, 46/2018. Zakon o strancima. *Službeni glasnik BiH*, br. 88/2015.

Zakon o strancima. *Službeni glasnik RS*, br. 24/2018.

Zakon o strancima. *Službeni glasnik RS*, br. 97/2008.

Zakon o strancima. *Službeni list CG*, br. 12/2018.

Zakon za stranci. *Služben vesnik na RM*, br. 97/2018.

Zakonik o krivičnom postupku. *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014.

Preuzeto 5.11.2018. <https://eur-lex.europa.eu/oj/direct-access.html>.

Preuzeto 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 RADOVI STUDENATA DOKTORSKIH STUDIJA

---





## **PRAVO NA BRISANJE PODATAKA O LIČNOSTI DOSTUPNIH NA INTERNETU\*\***

**Apstrakt:** U radu je prikazano pravo na brisanje podataka o ličnosti, koje će, u svom redefinisanim obliku, predstavljati jednu od novina Zakona o zaštiti podataka o ličnosti Republike Srbije iz 2018. godine. Po uzoru na Opštu uredbu o zaštiti podataka o ličnosti Evropske unije, Zakon o zaštiti podataka o ličnosti Republike Srbije nastoji da prilagodi sadržinu prava na brisanje okolnostima široke dostupnosti ličnih podataka na globalnoj računarskoj mreži – internetu. Cilj rada je da se naučnoj i stručnoj javnosti približi ovo pravo imajući u vidu da njegova formulacija otvara brojna pitanja. U tu svrhu, najpre su predstavljene okolnosti koje su uslovele redefinisavanje prava na brisanje. Zatim su konkretizovani sadržina i način njegove realizacije prema praksi Suda pravde Evropske unije sa ključnim argumentima pro et contra. Ukazano je na nepostojanje podudarnosti između sadržine prava na brisanje prema praksi Suda pravde Evropske unije, s jedne, i Opšte uredbu o zaštiti podataka o ličnosti Evropske unije, s druge strane. Na kraju su analizirani razlozi koji, prema važećim rešenjima prava Evropske unije i domaćeg prava, treba da dovedu do usvajanja zahteva za brisanje podataka o ličnosti, kao i izuzeci od prava na brisanje.

**Ključne reči:** pravo na zaborav, lični podaci, internet, obaveza obaveštavanja, odmeravanje interesa.

---

\* smidorovic@pf.uns.ac.rs

\*\* Rad je, pod naslovom „Pravo lica da bude zaboravljeno – (ne)uspeli pokušaj zaštite prava na privatnost u eri interneta“, usmeno izložen na međunarodnoj naučnoj konferenciji „Pravo i multidisciplinarnost“, održanoj 12. aprila 2019. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u nišu.

## 1. Uvod

Pravo na zaštitu podataka o ličnosti predstavlja ljudsko pravo koje se garantuje kao samostalno pravo ličnosti<sup>1</sup>, ili kao sastavni deo drugog ličnog prava<sup>2</sup> – prava na privatnost.<sup>3</sup> Ostvarivanje ovog prava je u republici Srbiji detaljno uređeno zakonom o zaštiti podataka o ličnosti<sup>4</sup>, koji je stupio na snagu 21. novembra 2018. godine, i koji se primenjuje od 21. avgusta 2019. godine (skraćeno: zzPl). Po uzoru na Opštu uredbu o zaštiti podataka o ličnosti evropske unije (skraćeno: GDPR),<sup>5</sup> zzPl uvodi niz novina među kojima je i redefinisano *pravo na brisanje podataka o ličnosti* iz čl. 30. iako je pravo na brisanje podataka i ranije bilo predviđeno u okviru *prava lica povodom izvršenog uvida* zajemčenog čl. 22 zakona o zaštiti podataka o ličnosti iz 2008. godine<sup>6</sup>, zzPl donosi izmene u nastojanju da prilagodi njegovu sadržinu okolnostima široke dostupnosti ličnih podataka na globalnoj računarskoj mreži – internetu.

U radu će upravo biti reči o pravu na brisanje podataka o ličnosti dostupnih na internetu sa ciljem da se naučnoj i stručnoj javnosti približi njegova sadržina i način njegove realizacije. Ovo je potrebno imajući u vidu da njegova formulacija iz čl. 17 GDPR, odnosno čl. 30 zzPl, otvara brojna pitanja na koja je teško dati odgovore bez konsultovanja odgovarajućih komentara, koji često ni sami ne nude jedinstvena tumačenja pojedinih rešenja.

Kao sinonim za *pravo na brisanje podataka o ličnosti* u radu će se koristiti inaziv *pravo lica da bude zaboravljeno*, odnosno *pravo na zaborav*, s obzirom na to da se on pominje u čuvenoj presudi Suda pravde evropske unije

---

1 vid. čl. 42 Ustava republike Srbije, „Službeni glasnik rS“, br. 98/2006 i čl. 8 Povelje evropske unije o ljudskim pravima, “Official Journal of the European Communities“, C 364/1 od 18. 12. 2000.

2 O mogućim nazivima kategorije prava kojoj pripada pravo na zaštitu ličnih podataka vid. u: Vodinelić, 2018: 262.

3 vid. čl. 8 evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, „Službeni list SCG“ – Međunarodni ugovori, br. 9/2003 – Pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života.

4 „Službeni glasnik rS“, br. 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 od 4. maja 2016. godine, 1–88.

6 „Službeni glasnik rS“, br. 97/2008, 104/2009, 68/2012 – Odluka Ustavnog suda, 107/2012.

(skraćeno: SPEU) donetoj u slučaju *Google Spain SL and Google Inc. V Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González* (skraćeno: *Google* presuda)<sup>7</sup>, *Google* smernicama za njeno sprovođenje (Floridi et. all, 2015), brojnim naučnim i stručnim radovima, te u GDPr. Ovaj naziv, iako široko prihvaćen, ne oslikava na adekvatan način suštinu prava koje se krije iza njega.<sup>8</sup> štaviše, u brojnim radovima na ovu temu, isti naziv – *pravo na zaborav* se koristi za označavanje dva sadržinski različita prava, što dodatno usložnjava problematiku i stvara konfuziju, jer *pravo na zaborav* iz *Google* presude i *pravo na brisanje* (*pravo na zaborav*) iz čl. 17 GDPr, odnosno čl. 30 zzPl, nemaju isti domašaj.

U radu će najpre biti reči o okolnostima koje su uslovile uvođenje prava na zaborav. zatim će biti konkretizovani sadržina i način realizacije ovog prava u skladu sa *Google* presudom i smernicama za njeno sprovođenje Savetodavnog odbora *Google* (skraćeno: *Google* odbor) i radne grupe osnovane u skladu sa čl. 29 Direktive 95/46/Ez (Article 29 Data protection working party, 2014) (skraćeno: radna grupa EU). U nastavku će biti izloženi ključni argumenti *pro et contra* ovog prava. na kraju će biti razmotrena sadržina prava na brisanje ličnih podataka u skladu sa čl. 17 GDPr, odnosno čl. 30 zzPl.

## 2. Okolnosti u kojima je nastalo pravo na zaborav

Pravo na zaborav je nastalo kao odgovor na brzi razvoj tehnologije i svojevrsna protivteža praktično neograničenim memorijskim kapacitetima interneta (Hornung, Hofmann, 2013: 164; Kelly, Satola, 2017: 4). Osim globalne računarske mreže – interneta, posebnu ulogu u nastajanju ovog prava odigrali su i internet pretraživači. Njihovi algoritmi su vremenom do te mere usavršeni da uz pomoć jedne odrednice i klika omogućuju strukturirani prikaz inače nepreglednog broja sadržaja dostupnih na najrazličitijim veb-stranicama. Pretraživanje se, između ostalog, može vršiti i uz pomoć imena i prezimena nekog lica, na osnovu čega se, za samo nekoliko sekundi, dolazi do podataka

---

7 iako se ova formulacija sreće u navedenoj presudi, potrebno je istaći da ona ne potiče od samog SPEU, nego je spomenuta u okviru zaheva za prethodnu odluku (pitanje pod br. 3), koji je španski sud upu tiao SPEU, kao i u okviru podnesaka upućenih SPEU – vid. pasus 91 presude SPEU u slu čaju C-131/12 od 13. maja 2014. godine.

8 U tom smislu treba pohvaliti izbor našeg zakonodavca koji je u konačnoj verziji zzPl odustao od ovog naziva opredelivši se za jedinstveni naziv *pravo na brisanje podataka o ličnosti*. Osim sinonimne upotrebe ova dva naziva, koja je dominantna, u literaturi je prisu tno i mišljenje da se radi o dva odvojena prava. O tome više u: Taeger, Gabel: 2019, 444–445, Rn. 4, sa daljim upućivanjima.

koji omogućuju tzv. profilisanje ličnosti<sup>9</sup>, tj. izvođenje zaključaka o nekom bitnom svojstvu određene osobe, kao što su njeno zdravstveno stanje, sklonosti, interesovanja, profesija, kretanje i sl.<sup>10</sup> U takvim okolnostima, pravo na privatnost je dobilo potpuno novu dimenziju. Dok se ranije ono doživljavalo kao pravo na prostor u fizičkom smislu u okviru kog pojedinac ima pravo da se slobodno razvija, da bude „ostavljen na miru“ (Warren, Brandeis, 1890: 193, 195) i u koji organi vlasti ne mogu zadirati bez pravnog osnova (Kelly, Satola, 2017: 3), u današnjim uslovima ono se sve više sagledava u kontekstu informaciono-komunikacionih tehnologija. ta promena paradigme nameće pitanje da li se u internet okruženju uopšte može govoriti o privatnosti ako se uzme u obzir činjenica da svaki internet korisnik može pristupiti tuđim ličnim podacima dostupnim na internetu u bilo koje vreme, bez znanja i pitanja osobe na koju se ti podaci odnose (Schweitzer, 2017: 249).

Iako internet nudi neograničene memorijske kapacitete, upitno je da li digitalna memorija može da vrši ulogu „nepistrasnog sudije“ u proceni nečijih sposobnosti i osobina. naime, rezultati pretrage često ne ukazuju na to da li je konkretna informacija do koje se pretragom dolazi aktuelna ili odavno deplasirana i kao takva irelevantna, te da li je ona istinita, tačna i potpuna. Ponuđene informacije su često istrgnute iz svog konteksta i nisu hronološki prikazane (Mayer-Schönberger, 2009: 78), što može doprineti formiranju slike o pretraživanoj osobi koja ne odgovara stvarnosti (Schweitzer, 2017: 247). iako neadekvatne, informacije o nekoj osobi koje su dostupne na internetu mogu uticati na donošenje odluka koje se tiču različitih aspekata njenog života, poput odluke poslodavca o tome da li će je zaposliti, da li će se potencijalni poslovni partneri upustiti u poslovni odnos sa njom, da li će dobiti vizu za odlazak u stranu zemlju<sup>11</sup> i slično. iz ovih primera se vidi da pojedinac, zbog dostupnosti nekada neproverenih i neistinitih, ili pak tačnih, ali zastarelih informacija na internetu, može biti uskraćen za neka svoja prava, tj. za životne prilike koje bi mu inače bile ukazane. U opisanim okolnostima, opseg prava na zaštitu ličnih podataka se permanentno širi, o čemu najbolje svedoči redefinisane prava na brisanje.<sup>12</sup>

---

9 O profilisanju vid. više u: Diligenski, Prlja, Cerović, 2018: 48–61.

10 vid. čl. 4, st. 1, tačka 5) ZZPI i čl. 4, st. 1, tačka 4) GDPR. vid. § 80 *Google* presude.

11 O najnovijim izmenama pravila apliciranja za američku vizu vid. u: Rafia Zakaria, „*US makes hurdles even higher for visa applicants*“, objavljeno 5. juna 2019. godine na *CNN* internet portalu, <https://edition.cnn.com/2019/06/05/opinions/visa-applications-social-media-requirements-zakaria/index.html>, 10. jun 2019. godine.

12 Preteče ideje o ovom pravu se često vezuju za delo „Brisanje – vrlina zaborava u digitalnom dobu“, profesora viktora Majera-šonbergera (*ViktorMayer-Schönberger*).

### 3. Sadržina i način realizacije prava na zaborav prema *google* presudi

Pravo na zaborav će najpre biti predstavljeno kroz sadržinu koju mu je „udahnuo“ SPEU u *Google* presudi,<sup>13</sup> nakon čega će biti reči o bližim smernicama za njeno sprovođenje u praksi.

U *Google* presudi SPEU nije na sveobuhvatan način odredio sadržinu prava na zaborav. Umesto toga, on se izjasnio samo o dopuštenosti i načinu njegove realizacije u kontekstu internet pretraživača. Upravo zbog toga, naziv prava lako može da navede na pogrešan zaključak o njegovoj suštini, zbog čega se našao na udaru kritike (Floridi et. all, 2015: 3, fn. 1).<sup>14</sup> naime, kada se neko pravo nazove pravom na brisanje, tj. pravom na zaborav, ono može odati utisak da se zaista radi o uklanjanju ličnih podataka sa interneta, što bi za posledicu imalo trajno onemogućavanje pristupa tim podacima bez obzira na odrednicu uz pomoć koje se pretraga vrši. Međutim, suština prava na zaborav se prema *Google* presudi ne sastoji u brisanju ličnih podataka sa sajta na kome su oni objavljeni na dozvoljen način. Umesto toga, radi se o uklanjanju određenog linka iz indeksa rezultata koji bi internet korisniku bili prikazani na osnovu pretrage koja se vrši pomoću internet pretraživača, i to samo onda kada se kao odrednica pretrage koristi ime i prezime određene osobe. konkretno, radi se o uklanjanju linka<sup>15</sup> koji bi inače korisnika upućivao na veb-sajt na kome je sadržan podatak uz pomoć kog se može identifikovati lice na koje se on odnosi. to, međutim, ne znači da se sam lični podatak uklanja sa interneta i da se on više ni na koji način

---

U njemu au tor, između ostalog, navodi da smo savremenici fundamentalne promene u kojoj je zaboravljanje, kao prirodan ljudski fenomen, istisnu to neograničenim digitalnim pamćenjem, čime se pojedincima često oduzima mogućnost za „drugu šansu“ (Mayer-Schönberger, 2009: 11, 13).

13 Osnov za donošenje ove presude SPEU je, između ostalog, našao u ekstenzivnom tumačenju prava na pristup – koje obu hvata pravo na brisanje iz čl. 12(b) i prava na prigovor iz čl. 14(a) tada važeće Direktive 95/46/ez evropskog parlamenta i Saveta o zaštiti pojedinaca u vezi sa obradom ličnih podataka i o slobodnom protoku takvih podataka od 24. oktobra 1995. godine, *OJ* 1995 L 281, 31. U radu se neće navoditi činjenice slu čaja kako bi se uštedelo na prostoru.

14 rukovođeni suštinom ovog prava, pojedini stručnjaci predložili su njegovo preimenovanje u: pravo lica da ospori obradu svojih ličnih podataka, pravo lica da oteža pretraživanje svojih ličnih podataka, pravo lica da ne bude pominjano i dr. Uprkos kritikama, termin pravo na zaborav (engl. *right to be forgotten*, nem. *Das Recht auf Vergessenwerden*) je i dalje široko rasprostranjen.

15 O različitim nivoima dostupnosti ličnih podataka na internetu vid. u: Sartor, 2016: 95.

ne može saznati. naprotiv, on je i dalje dostupan internet korisnicima i oni mu mogu pristupiti vršenjem pretrage uz pomoć druge odrednice, ili pak direktnim pristupom na veb-sajt na kome je on objavljen. Drugim rečima, internet korisnicima nije onemogućeno nego im je samo otežano pronalaženje željenog ličnog podatka (Floridi et. all, 2015: 3, 4).

Zahtev za uklanjanje konkretnog linka upućuje se operateru internet pretraživača (*Google, Yahoo, Bing, Yandex* i dr.)<sup>16</sup> u čijoj se listi rezultata taj link prikazuje. Osnov za odgovornost kompanije koja vodi odgovarajući internet pretraživač SPEU je našao u činjenici da je reč o subjektu koji vrši obradu ličnih podataka na taj način što već dostupne podatke na internetu „prikuplja, snima, organizuje uz pomoć programa za indeksiranje, čuva na svojim serverima, objavljuje i čini ih dostupnim svojim korisnicima“.<sup>17</sup> Da li će operater prihvatiti konkretan zahtev za uklanjanje linka zavisi od rezultata odmeravanja sukobljenih interesa, i to u prvom redu prava na zaštitu ličnih podataka, s jedne, i prava na slobodno informisanje i izražavanje mišljenja, s druge strane. Da bi zahtev bio usvojen nije nužno da se odnosi na link koji upućuje na neistinit ili netačan podatak, niti da podnosilac dokaže da usled indeksiranja konkretnog linka trpi štetu.<sup>18</sup> Moguće je čak da je reč o linku koji upućuje na verodostojnu informaciju koja je u vreme objavljivanja bila relevantna, ali je vremenom prestala da ostvaruje svrhu zbog koje je inicijalno bila pribavljena. koliko je vremena potrebno da prođe da bi neka informacija prestala da bude relevantna, zavisiće od okolnosti konkretnog slučaja i od uloge koju pojedinac ima u javnom životu.<sup>19</sup>

### **3.1. Smernice za ostvarivanje prava na zaborav prema *Google* presudi**

Iako je *Google* presuda uvela „revoluciju“ po pitanju dostupnosti ličnih podataka na internetu, na niz pitanja u vezi sa sprovođenjem ove presude

---

16 kako bi se povinovao presudi, *Google* je pripremio *Obrazac zahteva za uklanjanje ličnih podataka*, koji je dostupan svim internet korisnicima na raznim jezicima, uk lju ču jući i srpski jezik: [https://www.google.com/webmasters/tools/legal-removal-request?complaint\\_type=rtbf&visit\\_id=636812691350981068-928487754&rd=1&pli=1](https://www.google.com/webmasters/tools/legal-removal-request?complaint_type=rtbf&visit_id=636812691350981068-928487754&rd=1&pli=1),

30. jul 2019. iako je ovaj obrazac dostupan domaćim internet korisnicima na srpskom jeziku, u padajućem meniju u kome podnosilac zahteva treba da označi zemlju u kojoj ima prebivalište ili boravište nije navedena Srbija, tako da je neizvesno da li bi se *Google* upustio u razmatranje zahteva koji bi upu tio korisik iz Srbije.

17 vid. pasus 28 *Google* presude.

18 vid. pasus 96, 99 i tačku 4 izreke *Google* presude.

19 vid. pasuse 93, 94, 96 i 97 *Google* presude.

SPEU nije dao odgovor. zbog toga su za implementaciju odluke bile neophodne bliže smernice. U tu svrhu *Google* je formirao savetodavni odbor, koji su činili eksperti u predmetnoj materiji, koji je dao uputstva za sprovođenje *Google* presude (skraćeno: *Google* smernice). Osim toga, instrukcije za sprovođenje ove presude dala je i radna grupa za zaštitu podataka, osnovana u skladu sa čl. 29 Direktive 95/46/Ez (skraćeno: smernice radne grupe).

Savetodavni odbor *Google* je predložio parametre koje treba uzeti u obzir prilikom odmeravanja interesa, ističući pri tome da nijedan od njih nema snagu odlučujućeg kriterijuma. U odmeravanju interesa potrebno je sagledati: 1) ulogu koju podnosilac zahteva ima u javnom životu, 2) prirodu informacije, 3) njen izvor i 4) njenu vremensku dimenziju. Shodno tome, manji su izgledi da će biti usvojen zahtev za uklanjanje linka koji upućuje na sajt koji sadrži informaciju o osobi koja ima jasnu ulogu u javnom životu, poput uloge koju, primera radi, imaju političari, dok će daleko veće izgleda na uspeh sa zahtevom imati osoba koja nema prepoznatljivu ulogu u javnom životu (Floridi et. all, 2015: 7, 8). Priroda informacije može da bude takva da više naginje ka privatnoj sferi pojedinca. To će, na primer, biti slučaj ako je reč o informaciji koja se tiče zdravlja pojedinca, njegovog intimnog života, broja bankovnog računa, identifikacijskih oznaka poput adrese, jedinstvenog matičnog broja i sl. Prilikom razmatranja zahteva naročito je potrebno voditi računa o interesima maloletnika koji su pogođeni konkretnom informacijom. Ako link upućuje na informaciju koja ne odgovara stvarnosti, tj. koja je netačna i kao takva nosi rizik od nastupanja štete, veći su izgledi da će zahtev za njeno uklanjanje biti usvojen. *Argumentum a contrario*, ako je reč o informaciji koja je istinita i bazirana na činjenicama, manja je verovatnoća da će zahtev za uklanjanje linka biti usvojen (Floridi et. all, 2015: 10, 12). U odmeravanju interesa treba voditi računa o potrebi očuvanja dostupnosti informacija koje podržavaju: politički diskurs i debatu o pitanjima od javnog interesa; slobodu naučnog istraživanja i umetničkog izražavanja; informisanost javnosti o pitanjima od značaja za javno zdravlje i zaštitu potrošača; pristup informacijama o istorijskim događajima i ličnostima (Floridi et. all, 2015: 9–13). Pri oceni zahteva pažnju treba posvetiti i izvoru informacije. U tom smislu uzeće se da preteže javni interes za pristup određenoj informaciji ako je ona objavljena u okviru novinarskog izveštavanja obavljenog u skladu sa pravilima dobre novinarske prakse (Floridi et. all, 2015: 13). istovremeno, ne sme se zanemariti vremenska dimenzija određene informacije, pri čemu protek vremena nema potencijal da umanjí relevantnost svih

informacija poput onih o najtežim zločinima. ako se pak radi o lakšem krivičnom delu, protek značajnog vremenskog perioda bi trebalo da ide u prilog uklanjanju linka. Osim proteklog vremena, kod ovakvih zahteva treba uzeti u obzir i dati kontekst, ulogu koju podnosilac zahteva ima u društvu, te da li je reč o izvršiocu ili o žrtvi krivičnog dela (Floridi et. all, 2015: 12, 14). U smernicama je naglašeno i da odluke *Google* povodom zahteva za uklanjanje linka treba da sadrže obrazloženja, s obzirom na to da podležu kontroli nacionalnih tela i sudova (Floridi et. all, 2015: 21).

Dok se *Google* preporuke odnose na postupanje kompanije *Google* u vezi sa podnetim zahtevima za uklanjanje linkova na bazi pretrage prema imenu i prezimenu neke osobe, smernice radne grupe EU predstavljaju zajedničke kriterijume prema kojima treba da postupaju nacionalna tela za zaštitu podataka o ličnosti po izjavljenim pravnim lekovima na odluke operatera internet pretraživača. Drugim rečima, postupak odlučivanja o zahtevima za uklanjanje linkova iz indeksa rezultata ustrojen je kao višestepeni, pri čemu u prvom stepenu o zahtevu odlučuje operater koji upravlja konkretnim pretraživačem, dok po pravnom leku izjavljenom na odluku operatera odlučuju nacionalna tela kojima je povereno staranje o pravu na zaštitu ličnih podataka i nacionalni sudovi (Article 29 Data protection working party, 2014: 5). U tom smislu su preporuke radne grupe EU bitne i za same operatere internet pretraživača.

S obzirom na to da su i *Google* odbor i radno telo EU dali smernice za sprovođenje iste presude, između njihovih zaključaka ima dosta preklapanja. U svojim preporukama radna grupa EU je ukazala na potrebu razlikovanja rezultata pretrage koji se odnose na tuđe mišljenje o nekoj osobi od informacija koje su bazirane na činjenicama. ako se neka informacija bazira na očigledno netačnim činjenicama, što za posledicu ima plasiranje slike u javnosti o nekoj osobi koja ne odgovara stvarnosti, veće su šanse da će zahtev biti usvojen (Article 29 Data protection working party, 2014: 15, 17). U suprotnom, ako je reč o ispoljavanju tuđeg mišljenja, manje su šanse da će zahtev uspeti. nalik *Google* odboru, i radna grupa EU zaključuje da prilikom razmatranja zahteva treba voditi računa o tome da li je podnosilac javna ličnost, što međutim ne znači da javne ličnosti nemaju pravo na privatnost (Article 29 Data protection working party, 2014: 16).

Prilikom razmatranja smernica za sprovođenje *Google* presude, povelu se pitanje i o tome da li usvajanje zahteva podrazumeva uklanjanje određenog *URL*, tj. veb-adrese na globalnom nivou, što bi značilo da se pretragom prema imenu i prezimenu onemogućuje pristupanje određenoj informaciji bez obzira iz koje zemlje se pretraga vrši, ili je dovoljno onemogućiti



pristup informaciji u evropskoj uniji, ili još uže, u konkretnoj državi preko lokalne verzije *Google*. Povodom ovog pitanja *Google* odbor i radna grupa EU su došli do različitih zaključaka. Dok je *Google* odbor zauzeo stav da linkove treba uklanjati samo sa domena u okviru evropske unije (Floridi et. all, 2015: 20), radna grupa EU o zaštiti podataka je stala na stanovište da brisanje linka treba da bude sprovedeno na globalnom nivou, tj. na domenu *Google.com*, kako bi se sprečilo izigravanje prava evropske unije (Article 29 Data protection working party, 2014: 3). U jednoj od novijih presuda, SPEU se izjasnio o ovom pitanju, zauzevši stav da „operator pretraživača, kad prihvati zahtev za uklanjanje linka [...], nije dužan da ukloni link na svim verzijama svog pretraživača, nego samo na onim verzijama koje postoje u svim državama članicama [...]“.<sup>20</sup>

### 3.2. Argumenti pro et contra

Uvođenje prava na zaborav u internet okruženju podelilo je stručnu i naučnu javnost. najviše zamerki na njegov račun upućeno je s obzirom na uverenje pojedinih autora da će redefinisano pravo na brisanje ograničiti slobodu izražavanja i pravo na slobodno informisanje. zagovornici ovog prava, s druge strane, istakli su njegov doprinos reuspostavljanju kontrole internet korisnika nad njihovim ličnim podacima, što bi trebalo da ojača poverenje javnosti u digitalne usluge na kojima počiva digitalna ekonomija (European Commission, nije navedena godina izdanja: 2, 7).

Pristalice prava na zaborav smatraju da je ovo pravo u *Google* presudi formulisano na način koji omogućuje postizanje optimalne ravnoteže između sukobljenih interesa, s obzirom na to da je reč o najblažoj intervenciji u pogledu dostupnosti traženih podataka (Sartor, 2016: 97). U prilog pravu lica da bude zaboravljeno naveden je i argument resocijalizacije (Wallisch, 2015: 96). naime, brisanje sa internet „problematičnih“ ili bar ne preterano prijatnih podataka iz dalje prošlosti nekog lica može da olakša njegovu reintegraciju u društvo. Ovaj argument je tim pre prihvatljiv, ako se uzme u obzir činjenica da nacionalni zakoni, pod određenim uslovima, dozvoljavaju rehabilitaciju osuđenih lica, koja povlači prestanak svih pravnih posledica osude.<sup>21</sup>

Jedan od argumenata u prilog prava na zaborav izveden je iz neograničene mogućnosti objavljivanja različitih sadržaja na internetu bez ikakve prethodne provere i kontrole. zbog toga se pravo na zaborav može razumeti

---

20 C-507/17 od 24. septembra 2019. godine.

21 vid. čl. 97–100 i čl. 94–96 krivičnog zakonika, „Službeni glasnik rS“, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019.

kao svojevrsan korektiv čestog odsustva prethodnog redigovanja i recenziranja sadržaja koji se objavljuju na internetu (Kelly, Satola, 2017: 13).

U pogledu ostvarivanja prava na brisanje, pojedini autori su izrazili bojazan da će brojnost zahteva za uklanjanje linkova onemogućiti njihovo pojedinačno razmatranje, što će za posledicu imati njihovo nekritičko usvajanje (Kelly, Satola, 2017: 15). Dosadašnja praksa, međutim, pokazuje da su ovakve strepnje bile neopravdane. to potvrđuju statistički podaci *Google* prema kojima broj usvojenih zahteva čini svega oko 40% ukupno podnetih zahteva.<sup>22</sup> U kritički nastrojenim radovima se ukazuje i na to da je verovatnoća pronalaženja informacije na koju bi inače ukazao uklonjeni link samo hipotetički zamisliva, jer je teško očekivati od internet korisnika da će pretragom uz pomoć drugog pojma uspeti da dođe do podatka koji tek treba da sazna (Arning, Moos, Schefzig, 2014: 452). kritikama se pridružuje i viđenje da je *Google* presuda faktički narušila ekvilibrijum između ljudskih prava, uspostavljajući svojevrsan hijerarhijski odnos među njima, u kome je pravo na zaštitu ličnih podataka odnelo primat nad slobodom izražavanja (Brkan, 2016: 825, 827). Jedan od najprominentnijih kontra argumenata istaknut je na račun subjekta koji vrši odmeravanje interesa. kao što je već pomenuto, zahtev za uklanjanje linka zainteresovano lice najpre treba da uputi kompaniji koja rukovodi internet pretraživačem. Upravo su u tome mnogi oponenti prava na zaborav videli neprihvatljivo izmeštanje zaštite subjektivnih prava pojedinaca iz nadležnosti državnih organa u ruke privatnih kompanija, ukazujući da se u tome krije potencijal za zloupotrebu, kao i prevelika moć u kreiranju „kolektivnog pamćenja“ (Herr, 2015). iako ovaj argument ima svoju težinu, ne treba smetnuti sa uma činjenicu da odluka privatne kompanije o podnetom zahtevu za brisanje, na inicijativu nezadovoljne strane, podleže kontroli nacionalnih tela (npr. poverenika za zaštitu ličnih podataka i nacionalnih sudova), što u izvesnoj meri relativizuje njegovu snagu.

Uprkos brojnim kritikama, deluje da je pravo na brisanje opravdano u slučaju da se radi o naročito osetljivim podacima lica koja nemaju prepoznatljivu ulogu u javnom životu (npr. podataka o zdravstvenom stanju, veroispovesti, intimnom životu, činjenici da je lice bilo žrtva krivičnog dela poput dela protiv polne slobode i sl.).<sup>23</sup> Osim toga, ako pravo koje je prilagođeno analognom dobu, poznaje mehanizme za „popravljanje“ slike pojedinca u

---

22 naime, *Gugl* je do sa da zaprimio preko tri miliona zahteva, dok je od njih usvojeno nešto više od 800.000: <https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview?hl=en16.7.2019>, 31. jul 2019.

23 vid. čl. 16 zzPl.

društvu, poput prava na rehabilitaciju ranijih osuđenika ili prava pokajanja autora<sup>24</sup>, logično bi bilo da uporedivi mehanizmi postoje i u virtuelnom okruženju. no, opseg prava na brisanje u digitalnom svetu ne treba ograničiti na slučajeve u kojima postoje uporedivi mehanizmi zaštite u analognim uslovima, nego ga treba saobraziti praktično neograničenoj memoriji interneta. zbog toga, pod određenim uslovima, treba dozvoliti i brisanje podataka koji bi u „nedigitalnim“ uslovima, protekom vremena, bili prepušteni zaboravu. to, međutim, ne znači da pravo na brisanje treba olako dozvoliti. Ono treba da usledi samo ako rezultat odmeravanja sukobljenih interesa nedvosmisleno govori u prilog preče potrebe za zaštitom privatnih interesa pojedinca u odnosu na interese javnosti za pristup određenom podatku.

#### **4. Pravo na brisanje podataka o ličnosti prema čl. 17 GDPR i čl. 30 ZZPL**

Poređenjem prava na zaborav iz *Google* presude, s jedne, i prava na brisanje (prava na zaborav) iz čl. 17 GDPR, s druge strane, da se zaključiti da formulacija ovog prava iz GDPR daleko premašuje značenje koje mu je izvorno pripisao SPEU (Voigt, von dem Bussche, 2018: 209). to je razumljivo ako se uzme u obzir da je u *Google* presudi SPEU zauzeo stav samo povodom dostupnosti ličnih podataka putem internet pretraživača (a ne i interneta uopšte), i to onda kada se pretraga vrši prema imenu i prezimenu određenog lica. za razliku od toga, čl. 17 GDPR govori o *brisanju podataka o ličnosti* – pri čemu se pod brisanjem misli na uklanjanje podataka, a ne samo na uklanjanje linkova koji upućuju na određeni podatak, i to od strane svih rukovalaca,<sup>25</sup> a ne samo od strane kompanija koje vode internet pretraživače.<sup>26</sup>

---

24 vid. čl. 72 zakona o autorskom i srodnim pravima, „Službeni glasnik RS“, br. 104/2009, 99/2011, 119/2012, 29/2016 (Odluka Ustavnog suda).

25 Prema čl. 4 st. 1, tačka 3) i 8) ZZPL, rukovalac je fizičko ili pravno lice, odnosno organ vlasti koji samostalno ili zajedno sa drugima određuje svrhu i način obrade, dok se pod obradom podrazumeva svaka radnja ili skup radnji koje se vrše ili automatizovano ili neautomatizovano sa podacima o ličnosti ili njihovim skupovima, kao što su prikupljanje, beleženje, razvrstavanje, grupisanje, odnosno strukturisanje, pohranjivanje, upodobljavanje ili menjanje, otkrivanje, uvid, upotreba, otkrivanje prenosom, odnosno dostavljanjem, umnožavanje, širenje ili na drugi način činjenje dostupnim, upoređivanje, ograničavanje, brisanje ili uništavanje.

26 iako domašaj ovog prava nije ograničen na rukovaoce koji obrađuju lične podatke u internet okruženju, imajući u vidu ulogu koju internet ima u savremenom društvu, za očekivati je da će se najveći broj zahteva upravo odnositi na uklanjanje ličnih podataka dostupnih na ovoj globalnoj računarskoj mreži.

štaviše, pravo na zaborav, na način na koji je formulisano u *Google* presudi, nije izričito sadržano u GDPR. navedena konstatacija aktuelizuje pitanje odnosa prava na zaborav iz *Google* presude i istoimenog prava iz GDPR. naime, nakon stupanja na snagu GDPR nije prestala mogućnost uklanjanja linkova iz rezultata pretrage internet pretraživača u skladu sa uslovima pravedenim u *Google* presudi. naprotiv, pojedincu stoje dve mogućnosti na raspolaganju: ili da zahteva uklanjanje linka iz indeksa pretrage određenog internet pretraživača prema uslovima iz *Google* presude, ili da rukovaocu uputi zahtev za brisanje samog podatka u skladu sa uslovima iz GDPR. U vezi sa ovim može biti sporno da li ovu mogućnost izbora treba dozvoliti i licima sa prebivalištem, odnosno boravištem u Srbiji, odnosno da li se i ona mogu pozvati na pravo koje je formulisano u *Google* presudi. iako Srbija nije članica EU, i iako se pravo na uklanjanje linkova iz rezultata pretrage putem internet pretraživača ne spominje izričito u zzPI, zaključivanjem *argumentum a maiore ad minus* bi se moglo pledirati za dopuštenost izbora. naime, ako je pod uslovima iz čl. 3, st. 4 zzPI<sup>27</sup> moguće zahtevati brisanje ličnih podataka od inostranih rukovalaca, tim pre bi trebalo dozvoliti i deminutiv ovog prava koje se sastoji u uklanjanju linka koji upućuje na taj podatak.

U nastojanju da se postigne sveobuhvatno brisanje podataka, GDPR ide i korak dalje. U čl. 17, st. 2 GDPR (čl. 30, st. 3 zzPI)<sup>28</sup> predviđena je obaveza rukovaoca koji je javno objavio podatke o ličnosti povodom kojih je podnet zahtev za brisanje, da preduzme sve razumne mere kako bi obavestio ostale rukovaoce tih podataka o tome da je podnet zahtev za brisanje svih njihovih kopija i svih upućivanja na njih. Upravo ovaj stav donosi suštinsku promenu u odnosu na raniju formulaciju prava na brisanje, zbog čega u njemu mnogi autori vide nastojanje za suštinsko ostvarivanje prava na zaborav (Eßer, Kramer, von Lewinski, 2018: Abschnitt 3, Art. 17, Rn. 7).<sup>29</sup>

---

27 zzPI se „primenu je na obradu podataka o ličnosti lica na koje se podaci odnose koje ima prebivalište, odnosno boravište na teritoriji republike Srbije od strane rukovaoca, odnosno obrađivača koji nema sedište, odnosno prebivalište ili boravište na teritoriji republike Srbije, ako su radnje obrade vezane za: 1) ponudu robe, odnosno usluge licu na koje se podaci odnose na teritoriji republike Srbije, bez obzira da li se od tog lica zahteva plaćanje naknade za ovu robu, odnosno uslugu; 2) praćenje aktivnosti lica na koje se podaci odnose, ako se aktivnosti vrše na teritoriji republike Srbije.“

28 Slična obaveza sadržana je u čl. 19 GDPR i čl. 33 zzPI.

29 U elektronskoj verziji komentara nije označen broj stranice.

U vezi sa ostvarivanjem prava na brisanje podataka o ličnosti, postavlja se nekoliko pitanja: 1) pod kojim uslovima se ovo pravo može ostvariti; 2) u kojim okolnostima će rukovalac moći da odbije zahtev za brisanje podataka o ličnosti; 3) na čiju inicijativu treba da usledi brisanje podataka o ličnosti, i konačno, 4) kome (i u kojoj vrsti postupka) će lice o čijim se podacima radi moći da se obrati ako smatra da mu je ovo pravo povređeno.<sup>30</sup>

S obzirom na to da je u čl. 30 ZZPL, uz minimalne razlike, preuzeta sadržina čl. 17 GDPR, u nastavku rada će se, radi lakšeg praćenja, navoditi samo odgovarajući članovi i stavovi ZZPL.

#### **4.1. Slučajevi u kojima se može ostvariti pravo na brisanje podataka o ličnosti - čl. 30, st. 2 ZZPL**

Da bi usledilo brisanje podataka o ličnosti potrebno je da otpadne pravni osnov po kome rukovalac obrađuje tuđe lične podatke (čl. 12 ZZPL). rukovalac, međutim, nije dužan da pristupi brisanju tuđih ličnih podataka ukoliko otpadne jedan od više osnova koji obradu tuđih podataka čine dozvoljenom u konkretnom slučaju.

Pod uslovom da nije ispunjen nijedan od izuzetaka od prava na brisanje, zahtev za brisanje će biti usvojen u jednom od sledećih slučajeva:

1) ako „podaci o ličnosti više nisu neophodni za ostvarivanje svrhe zbog koje su prikupljeni ili na drugi način obrađivani.“ Ovaj razlog brisanja direktno proističe iz *načela ograničenja u odnosu na svrhu obrade*, prema kome se obrada ličnih podataka može vršiti samo u svrhe koje su „konkretno određene, izričite, opravdane i zakonite“ (čl. 5, st. 1, tačka 2) ZZPL). ipak, ovo načelo je relativizovano predviđanjem dva izuzetka. naime, smatraće se da je uprkos ostvarenju prvobitne svrhe obrade, dalja obrada dopuštena ako se „vrši u svrhe arhiviranja u javnom interesu, u svrhe naučnog ili istorijskog istraživanja, kao i u statističke svrhe“ (čl. 6, st. 1 ZZPL). Osim toga, izuzetak od pravila da je obrada podataka vezana svrhom zbog koje su oni prvobitno prikupljeni, javlja se i slučaj tzv. kompatibilne svrhe (Eßer, Kramer, von Lewinski, 2018: Abschnitt 3, Art. 17, Rn. 12, 13). naime, ako se ispostavi da rukovalac ima interes da nastavi sa obradom podataka u svrhu koja je različita od svrhe zbog koje su oni izvorno prikupljeni, a da za to nema osnov u zakonu niti u pristanku lica o čijim je podacima reč, procena dopuštenosti dalje obrade podataka zavisice

---

30 Zbog ograničenosti prostora, u radu će biti ponuđeni odgovori na prve tri grupe pitanja.

od kriterijuma kao što su srodnost prvobitne i naknadno nastale svrhe obrade, okolnosti u kojima su relevantni podaci prikupljeni, njihove prirode, posledica koje dalja obrada može prouzrokovati licu o čijim se podacima radi, primene mera zaštite poput pseudonimizacije<sup>31</sup> i dr. (čl. 6, st. 2 zzPI). U tim slučajevima rukovalac sam treba da odmeri ove interese, pri čemu snosi i odgovornost za sopstvenu procenu.

2) ako je lice opozvalo svoj pristanak, a ne postoji drugi pravni osnov za obradu. Opoziv pristanka se može dati u svakom trenutku, pri čemu ta mogućnost mora biti predočena licu o čijim se podacima radi, i to pre davanja pristanka. za opoziv pristanka nije predviđena posebna forma, pri čemu zzPI izričito propisuje da opozivanje pristanka mora biti podjednako jednostavno kao i davanje pristanka. Opoziv deluje *ex nunc* (čl. 15 zzPI). ipak, opoziv pristanka ne znači nužno i prestanak dalje obrade podataka, jer rukovalac može da nastavi sa obradom ako dokaže da postoji drugi razlog koji dalju obradu podataka čini dopuštenom. Da bi opoziv pristanka doveo do brisanja podataka, potrebno je da je u tom smislu izričito upućen zahtev rukovaocu, s obzirom na to da u ovom slučaju lice o čijim se podacima radi umesto brisanja može da zahteva i ograničenje upotrebe podataka (čl. 31, st. 1, tač. 2 zzPI) (Taeger, Gabel: 2019, 452, Rn. 38, sa daljim upućivanjem).

3) U slučaju podnošenja prigovora na obradu podataka. U ovom slučaju treba razlikovati dve varijante. Prva je kada se prigovor odnosi na obradu podataka koja se vrši u cilju obavljanja poslova u javnom interesu, radi izvršenja zakonom propisanih ovlašćenja rukovaoca ili je ona neophodna u cilju ostvarivanja legitimnih interesa rukovaoca ili treće strane (čl. 12, st. 1, tač. 5 i 6 zzPI). tada je rukovalac po prigovoru dužan da obriše lične podatke podnosioca, osim ako dokaže da razlozi za daljom obradom pretežu nad legitimnim interesima, pravima i slobodama podnosioca zahteva, ili ako dokaže da je dalja obrada neophodna u vezi sa podnošenjem, ostvarivanjem ili odbranom pravnog zahteva (čl. 37, st. 1 zzPI). Druga varijanta postoji ako se lični podaci obrađuju u svrhu direktnog oglašavanja. Tada deluje da po izjavljenom prigovoru brisanje podataka mora da usledi, odnosno u tom slučaju rukovalac nema mogućnost da dokazuje postojanje interesa koji pretežu nad interesima podnosioca zahteva (čl. 37, st. 2 zzPI) (Eßer, Kramer, von Lewinski, 2018: Abschnitt 3, Art. 17, Rn. 25). iako bi ovakvo tumačenje usledilo na osnovu čl. 30, st. 2, tač. 3, b) zzPI, sporno je da li brisanje ličnih podataka zaista mora da

---

31 Pod pseudonimizacijom se podrazumeva „obrada na način koji onemogućava pripisivanje podataka o ličnosti određenom licu bez korišćenja dodatnih podataka“ (čl. 4, st. 1, tač. 6 zzPI).

usledi bez obzira na eventualno postojanje druge svrhe obrade. naime, iz čl. 37, st. 3 zzPI<sup>32</sup>, deluje da nakon izjavljenog prigovora na obradu podataka o ličnosti za potrebe direktnog oglašavanja, podaci mogu i dalje da se obrađuju u druge svrhe. zbog toga deluje da čl. 30, st. 2, tač. 3, b) zzPI treba tumačiti u vezi sa čl. 37, st. 3 zzPI, na osnovu čega se može izvesti zaključak da pravo na brisanje, bez odmeravanja drugih interesa, treba da usledi samo onda kada su podaci prikupljeni i inače obrađivani isključivo u svrhe direktnog oglašavanja (Taeger, Gabel: 2019, 455, Rn. 55, 56, sa daljim upućivanjem).

4) ako su lični podaci bili nezakonito obrađivani. Ovde je reč o sveobuhvatnom osnovu koji supsumira prethodno navedene razloge za brisanje, ali je verovatno predviđena sa ciljem da obuhvati eventualno druge slučajeve nezakonite obrade (npr. ako rukovalac nastavi da obrađuje tuđe lične podatke uprkos tome što mu oni više nisu neophodni radi izvršenja ugovora koje je zaključio sa licem na koje se ti podaci odnose, ili uprkos tome što podaci više nisu neophodni radi zaštite životno važnih interesa lica na koje se podaci odnose ili drugog fizičkog lica, kao i u drugim slučajevima koji bi bili protivni čl. 12 zzPI koji uređuje zakonitost obrade, ili načelima obrade iz čl. 5 zzPI, poput načela transparentnosti, minimizacije, tačnosti i dr.).<sup>33</sup> Pojam nezakonite obrade, međutim, nije ograničen na povrede zzPI, nego obuhvata i povrede eventualno drugih zakona kojima se uređuje obrada ličnih podataka.

5) ako je njihovo brisanje nužno radi izvršenja zakonskih obaveza rukovaoca. Primera rad, zakon o advokaturi u čl. 80<sup>34</sup> propisuje obavezu advokatske komore da obriše podatak o izrečenoj disciplinskoj meri ako u propisanom roku nakon konačnosti odluke disciplinskog suda advokat ne u čini novu povredu dužnosti i ugleda advokata. Drugi primer za brisanje podataka *ex lege* sadržan je u čl. 98 krivičnog zakonika republike Srbije i tiče se zakonske rehabilitacije.

6) ako su podaci o ličnosti prikupljeni u vezi sa korišćenjem usluga informacionog društva, a pristanak na obradu podataka je dalo maloletno lice koje je navršilo 15 godina,<sup>35</sup> pri čemu se ovo pravo

---

32 „ako lice na koje se podaci odnose podnese prigovor na obra d u za potrebe direktnog oglašavanja, podaci o ličnosti *ne mogu se dalje obrađivati u takve svrhe*“ (naglasak au tora).

33 O zakonitosti obrade govore čl. 12, 13 i 14 zzPI.

34 „Službeni glasnik rS“, br. 31/2011, 24/2012.

35 vid. čl. 16 zzPI. U pogledu uzrasta deteta koje može samostalno da dâ saglasnost u pogledu korišćenja us luga informacionog društva, GDPR ostavlja državama

može vršiti i nakon sticanja punoletstva (Voigt, von dem Bussche, 2018: 211). S obzirom na to da se u ovom osnovu izričito upućuje na čl. 16, st. 1 zzPl, u praksi može biti sporno da li će pravo na brisanje moći da zahteva i lice u slučaju iz čl. 16 st. 2 zzPl – tj. onda kada je saglasnost u vezi sa korišćenjem usluga informacionog društva za dete mlađe od 15 godina dao roditelj koji vrši roditeljsko pravo ili drugi zakonski zastupnik.<sup>36</sup> Cilj ove odredbe je da se licu koje je pristanak za obradu podataka dalo kao dete, tj. u uzrastu u kome nije u potpunosti moglo biti svesno svih posledica svog pristanka, omogući da zahteva brisanje ličnih podataka, i to nezavisno od toga da li se u očima pravnog poretka i dalje smatra detetom.<sup>37</sup> Imajući navedeno u vidu, deluje da bi ovo pravo trebalo omogućiti čak i u slučaju da je saglasnost na obradu podataka za lice mlađe od 15 godina dao roditelj ili drugi zakonski zastupnik, s obzirom na to da nije isključena mogućnost da će, kada odraste, lice imati drugačiji stav povodom ranije date saglasnosti, i da se iz te životne perspektive možda neće složiti sa odlukom koju je svojevremeno u njegovo ime doneo njegov zakonski zastupnik. U poređenju sa slučajem kada brisanje podataka treba da usledi zbog povlačenja pristanka (čl. 30, st. 2, tač. 2), deluje da u odnosu na maloletnika rukovalac ne može da nastavi sa obradom njegovih podataka predočavanjem drugog osnova za obradu koji preteže nad legitimnim interesima podnosioca zahteva (Eßer, Kramer, von Lewinski, 2018: Abschnitt 3, Art. 17, Rn. 36).

kao što se iz izloženog može zaključiti, razlozi za brisanje su relativizovani time što je uz gotovo svaki od njih predviđena mogućnost odstupanja. Osim toga, razumevanje razloga za brisanje je otežano brojnim upućivanjima na odredbe iz drugih članova, u kojima se neretko dalje preporučuje na primenu odredaba sadržanih u drugim članovima.

#### ***4.2. Obaveza obaveštavanja ostalih rukovalaca o podnetom zahtevu za brisanje podataka o ličnosti – čl. 30, st. 3 ZZPL***

Neretko se dešava da se podaci koji su objavljeni na nekom sajtu preuzimaju, čine dostupnim, linkuju ili na drugi način obrađuju od strane drugih rukovalaca. zbog toga nije isključena mogućnost da će određeni podatak

---

članicama mogućnost da tu granicu postave između 13. i 16. godine. Pod uslugama informacionog društva se, u skladu sa čl. 4, st. 1, tačka 23 zzPl, podrazumeva „svaka usluga koja se uobičajeno pruža uz naknadu, na daljinu, elektronskim sredstvima na zahtev primaoca usluga“.

36 U redakciji ovog člana zzPl je verovatno u činjena omaška, s obzirom na to da su u uporedivom čl. 8, st. 1 GDPR objedinjeni stavovi 1 i 2 čl. 16 zzPl.

37 vid. tačku 65 uvodnog obrazloženja GDPR.



i dalje biti dostupan na internetu uprkos tome što je obrisana sa sajta na kome je prvobitno bio objavljen. to je bio razlog zbog kog je u GDPR značajno proširen domet prava na brisanje. navedeno je postignuto uvođenjem obaveze rukovaoca koji je javno objavio lične podatke da obavesti ostale rukovaoce (ne i obrađivače<sup>38</sup>) koji vrše njihovu obradu o tome da je uz zahtev za brisanje podatka podnet i zahtev za brisanje svih njegovih kopija i upućivanja na njega, odnosno svih elektronskih veza prema njemu. Međutim, da bi za rukovaoca koji je javno objavio podatke o ličnosti nastupila obaveza obaveštavanja drugih rukovaoca koji te iste podatke obrađuju, potrebno je da je prethodno utvrđena osnovanost zahteva za brisanje ličnih podataka u odnosu na konkretnog rukovaoca (Eßer, Kramer, von Lewinski, 2018: Abschnitt 3, Art. 17, Rn. 51).

U vezi sa ovom obavezom sporno je kako treba tumačiti sintagmu „javno objavio“. U pojedinim komentarima se upućuje na moguću primenu definicije iz zakona kojim se uređuje oblast autorskog prava. U tom slučaju bi se u našem pravu moglo uzeti da je rukovalac javno objavio neki podatak ako ga je „u činio dostupnim većem broju lica koja nisu međusobno povezana rodbinskim ili drugim ličnim vezama“.<sup>39</sup> Osim toga, sporno je da li se izraz „javno objavio“ odnosi samo na objave podataka na internetu ili i na drugim medijima za saopštavanje informacija (Eßer, Kramer, von Lewinski, 2018: Abschnitt 3, Art. 17, Rn. 49).

U svakom slučaju, obaveza obaveštavanja nije apsolutna, tj. rukovalac koji je javno objavio podatke o ličnosti može da se oslobodi ove obaveze ako bi dokazao da je njeno izvršenje skopčano sa merama koje on nije u mogućnosti da preduzme imajući u vidu prepreke tehničke, tehnološke ili finansijske prirode. S obzirom na to da nema svaki rukovalac na raspolaganju ista finansijska sredstva, niti isti broj zaposlenih, stav o tome kako treba shvatiti sintagmu „preduzimanje svih razumnih mera“ ceniće se za svakog adresata ove obaveze posebno, na osnovu kombinacije subjektivnih i objektivnih kriterijuma (Eßer, Kramer, von Lewinski, 2018: Abschnitt 3, Art. 17, Rn. 54).

*Ratio* ove odredbe se ogleda u rasterećenju lica o čijim se podacima radi na taj način što ono ne bi moralo svakom pojedinačnom rukovaocu da upućuje zahtev za brisanje svojih podataka, nego je dovoljno da ga uputi rukovaocu koji je taj podatak javno objavio, koji potom zahtev za brisanje

38 Obradaivači su lica koja obradu je podatke na osnovu ugovora sa rukovaocem u njegovo ime (vid. čl. 4, st. 1, tač. 9 u vezi sa čl. 45 zzPI).

39 vid. čl. 7, st. 2 zakona o au torskome i srodnim pravima, „Službeni glasnik rS“, br. 104/2009, 99/2011, 119/2012, 29/2016 (Odluka Ustavnog suda).

svih kopija ovih podataka i upućivanja na njih treba da prosledi ostalim rukovaocima. to, međutim, ne znači da rukovalac kome bude prosleđen ovaj zahtev automatski ima obavezu da prestane sa daljom obradom konkretnog podatka. Da li će ta obaveza uslediti ili ne zavisi od toga da li obavešteni rukovalac ima pravni osnov za obradu konkretnog podatka ili ne (Hornung, Hofmann, 2013: 167; Kubis, 2017: 583), te od odmeravanja interesa koje će u skladu sa čl. 30 zzPl sprovesti svaki rukovalac. Ukoliko bi se ispostavilo da obaveštavanje predstavlja prekomeran teret za rukovaoca koji je javno objavio podatak, licu na koje se podatak odnosi preostaje da se sa zahtevom za brisanje direktno obrati svakom rukovaocu. to je moguće jer u okviru prava na pristup podacima, lice od rukovaoca može zahtevati informaciju o tome kome su sve njegovi lični podaci otkriveni (čl. 26, st. 1, tačka 3 zzPl).

Za razliku od obaveze brisanja koja treba da usledi „bez nepotrebnog odlaganja“, za ispunjenje obaveze obaveštavanja nije predviđena bliža vremenska odrednica, s tim što je rukovalac u oba slučaja dužan da bez odlaganja, a najkasnije u roku od 30 dana od prijema zahteva, pruži informacije o postupanju po podnetom zahtevu licu o čijim se podacima radi. Ukoliko se pokaže neophodnim, rok od 30 dana može biti produžen za još 60 dana, uz obavezu rukovaoca da o tome obavesti podnosioca zahteva u okviru prvobitnog tridesetodnevnog roka (čl. 21, st. 3 zzPl).

#### ***4.3. Izuzeci od prava na brisanje podataka o ličnosti – čl. 30, st. 5 ZZPL***

Osim odstupanja koja se spominju uz pojedine razloge za brisanje (vid. odeljak 4.1.), u čl. 30, st. 5 zzPl su predviđeni razlozi zbog kojih pravo na brisanje podataka o ličnosti može biti suspendovano uprkos postojanju osnova za brisanje. Oni upućuju na potrebu odmeravanja interesa u svakom pojedinačnom slučaju kako bi se uspostavila pravična ravnoteža između različitih prava. naime, brisanje podataka o ličnosti neće uslediti uprkos postojanju gore elaboriranih razloga za brisanje ako je njihova dalja obrada neophodna radi:

1) ostvarivanja slobode izražavanja i informisanja. U vezi sa ovim izuzetkom od prava na brisanje potrebno je razlikovati činjenične navode od ispoljavanja samog mišljenja, što je naročito teško u situacijama kada se mišljenje bazira na podacima o nekoj ličnosti (Voigt, von dem Bussche, 2018: 212). U svakom slučaju, ostvarivanje prava na brisanje isključeno je u slučaju kada se obrada podataka o ličnosti vrši u svrhe novinarskog istraživanja i objavljivanja informacija u medijima (tzv. medijska

privilegija) (Eßer, Kramer, vonLewinski, 2018:Abschnitt 3, Art. 17, Rn. 64), i u svrhe naučnog, umetničkog ili književnog izražavanja, ako je to u konkretnom slučaju neophodno u cilju zaštite slobode istraživanja i informisanja (čl. 88 zzPI);

2) poštovanja zakonske obaveze rukovaoca ili radi izvršenja poslova u javnom interesu ili službenih ovlašćenja rukovaoca. Obaveza obrade ličnih podataka može, primera radi, proisticati iz zakona kojim se uređuju radnopravni odnosi, oporezivanje, evidencija privrednih društava i sl. (Gola: 2018, 470, Rn. 46). krug poslova u javnom interesu zbog kojih se može ograničiti pravo na brisanje se može konkretizovati uz pomoć čl. 40 zzPI. Shodno njemu, do ograničenja prava na brisanje bi moglo doći iz razloga: nacionalne i javne bezbednosti, sprečavanja, istrage i otkrivanja krivičnih dela, gonjenja učinilaca krivičnih dela, izvršenja krivičnih sankcija, iz važnih državnih ili finansijskih interesa republike Srbije i dr.

3) ostvarivanja interesa javnog zdravlja. Ovaj razlog će, primera radi, biti ispunjen ako je obrada podataka neophodna u svrhu preventivne medicine, procene radne sposobnosti zaposlenih, upravljanja zdravstvenim sistemima i sl. (čl. 17, st. 2, tač. 8 i 9 zzPI);

4) arhiviranja u javnom interesu, naučnog ili istorijskog istraživanja ili u statističke svrhe, s tim što je tada potrebno ispitati primenljivost mera poput minimizacije podataka ili pseudonimizacije, ako se njihovom primenom ne bi remetila obrada podataka u navedene svrhe (čl. 92 zzPI);

5) podnošenja, ostvarivanja ili odbrane pravnog zahteva (čl. 30, st. 5 zzPI). Smisao ovog izuzetka se ogleda u sprečavanju gubitka dokaznog materijala od kog bi zavisio ishod spora koji je već u toku, odnosno za koji postoji visok stepen verovatnoće da će uslediti, bez obzira na to da li će se on rešavati sudskim ili vansudskim putem (Eßer, Kramer, von Lewinski, 2018: Abschnitt 3, Art. 17, Rn. 66). Cilj ove odredbe je da se spreči zloupotreba prava na brisanje u svrhu pridobijanja povoljnije pozicije u postupku koji je u toku ili koji tek predstoji (Taeger, Gabel: 2019, 471, Rn. 124, sa daljim upućivanjem).

Osim u navedenim situacijama, pravo na brisanje podataka o ličnosti može biti suspendovano i u funkciji obrade ličnih podataka u posebne svrhe od strane nadležnih organa (čl. 30, st. 6 zzPI).

Dok postojanje razloga za brisanje treba da dokaže podnosilac zahteva, postojanje razloga za odstupanje od prava na brisanje treba da dokaže rukovalac.

#### **4.4. Iniciranje brisanja podataka o ličnosti**

U vezi sa brisanjem podataka o ličnosti, potrebno je još razjasniti i kada će ono uslediti, odnosno da li se lični i podaci brišu samo na zahtev lica o čijim se podacima radi, ili pak njihovo brisanje, pod pretpostavkom ispunjenosti određenih uslova, treba da usledi i na inicijativu samog rukovaoca. Ono što je nesporno jeste da se zahtev za brisanje uvek upućuje rukovaocu, a ne i obrađivaču.

iako je odgovor na ovo pitanje od značaja za procenu odgovornosti rukovaoca,<sup>40</sup> upitno je da li on može biti jedinstven s obzirom na to da zzPl daje povod za različita tumačenja. naime, dok čl. 30, st. 2 zzPl propisuje da je rukovalac „bez nepotrebnog odlaganja“ dužan da obriše lične podatke u navedenim slučajevima, u st. 4 istog člana se navodi da „lice na koje se podaci odnose podnosi zahtev za ostvarivanje prava iz st. 1 ovog člana rukovaocu“. Dakle, na osnovu čl. 30, st. 2 zzPl bi se moglo reći da je rukovalac dužan da obriše lične podatke čim utvrdi da su se stekli razlozi iz čl. 30 zzPl (Taeger, Gabel: 2019, 461, Rn. 81, sa daljim upućivanjem; Moos, Schefzig, Arning (Hrsg.): 2018, 189, Rn. 192), dok iz st. 4 istog člana proističe da ostvarivanje ovog prava treba da usledi tek na inicijativu zainteresovanog lica. Osim navedena dva, moguće je i treće tumačenje. naime, st. 2 u vezi sa st. 4, čl. 30 zzPl se može protumačiti i tako da je rukovalac kome je prethodno upućen zahtev, bez nepotrebnog odlaganja, dužan da obriše lične podatke ako su ispunjeni za to propisani uslovi. no, kada se uzmu u obzir pojedinačni razlozi koji daju povod za brisanje, deluje da je moguće još jedno tumačenje prema kome bi stav o inicijativi za brisanje podataka trebalo zauzeti spram okolnosti konkretnog slučaja. tako, na primer, u slučaju da obaveza brisanja za rukovaoca proističe iz zakona (vidi gore navedene primere iz zakona o advokaturi i krivičnog zakonika), deluje da bi rukovalac trebalo da pristupi brisanju podataka bez zahteva lica o čijim se podacima radi, čim za to budu ispunjeni zakonski uslovi.

Imajući u vidu odgovornost koju rukovalac može da snosi u slučaju nepostupanja po odredbi čl. 30 zzPl (vid. čl. 95 zzPl), deluje da bi najpravičnije bilo tumačiti ovu odredbu tako da obaveza brisanja, pa i odgovornost za nepostupanje po zahtevu za brisanje, za rukovaoca nastupa samo ako mu je prethodno upućen zahtev od strane ovlašćenog lica.<sup>41</sup>

---

40 vid. čl. 95, st. 1, tačka 13, kao i čl. 95, st. 4 i st. 5 zzPl.

41 Sličan stav zauzeo je i viši regionalni sud (*Oberlandesgericht*) u Hamburgu (OLGHamburg, Urteilvom 07. 07. 2015 – 7 U 29/12, <https://openjur.de/u/838786.html> 4. mart 2019). U citiranom slučaju, Sud je bio mišljenja da kada se radi o ličnim podacima

Ovo tumačenje bi moglo biti podržano i argumentom da je srpski zakonodavac u zasebnom stavu propisao obavezu podnošenja zahteva (čl. 30, st. 4 zzPI), što u evropskom izvorniku nije slučaj. Uz to, lice o čijim je podacima reč može da optira između prava na brisanja, s jedne, i prava na ograničenje obrade, s druge strane (čl. 31, st. 1, tačka 2) zzPI). To znači da bi u slučaju samoinicijativnog brisanja podataka rukovalac praktično uskratio licu o čijim se podacima radi mogućnost izbora između ova dva prava (Taeger, Gabel: 2019, 461, Rn. 82, sa daljim upućivanjem).

U vezi sa podnošenjem zahteva, sporno je i da li svaki zahtev za brisanje koji je upućen rukovaocu koji je javno objavio podatak treba tumačiti tako da on u sebi implicitno sadrži i zahtev za obaveštavanje ostalih rukovalaca o zahtevu za brisanje svih njegovih kopija i upućivanja na taj podatak, ili je to potrebno posebno naglasiti u sklopu zahteva za brisanje ili u posebnom zahtevu. Dok se u nekim komentarima ističe da u takvoj situaciji treba prezimirati da lice koje je uputilo zahtev za brisanje prećutno želi da se konkretan podatak obriše sa svih mesta na kojima je snimljen (Taeger, Gabel: 2019, 466, Rn. 103, sa daljim upućivanjem; Moos, Schefzig, Arning (Hrsg.): 2018, 195, Rn. 215, sa daljim upućivanjem), u drugim komentarima se ukazuje na to da je nastupanje obaveze obaveštavanja uslovljeno podnošenjem zahteva u tom pravcu, na šta ukazuje i stav 66 uvodnog obrazloženja GDPR (Eßer, Kramer, von Lewinski, 2018: Abschnitt 3, Art. 17, Rn. 48). S obzirom na to da obaveza obaveštavanja za rukovaoca povlači angažovanje značajnih resursa, te polazeći od formulacije čl. 30, st. 3 zzPI u kome se eksplicitno spominje „zahtev za brisanje svih kopija ovih podataka i upućivanja, odnosno elektronskih veza prema ovim podacima“, treba stati na stanovište da je za nastupanje obaveze obaveštavanja potrebno uputiti odgovarajući zahtev, i to bilo u vidu samostalnog zahteva, ili kao podzahtev u okviru zahteva za brisanje.

## 5. Zaključak

*Google* presuda SPEU iz 2014. godine je uvela „revoluciju“ u pogledu dostupnosti ličnih podataka preko internet pretraživača u slučaju kada se pretraga vrši na osnovu imena i prezimena određenog lica. Pravo koje je SPEU formulisao u *Google* presudi se u naučnoj i stručnoj literaturi često označava kao kao pravo na brisanje, a često i kao pravo na

---

koji su dostupni preko različitih internet platformi (internet arhiva, foruma, blogova i slično), operater nije dužan da unapred, samoinicijativno i konstantno preispituje da li dostupnost tuđih ličnih podataka predstavlja povredu ličnih prava određenog lica. Obaveza preispitivanja operatera ovakvih platformi nastaje tek onda kada mu na to svojim zahtevom pažnju skrene lice o čijim se podacima radi.

zaborav. Ostvarivanje ovog prava u skladu sa *Google* presudom, međutim, ne podrazumeva uklanjanje konkretnog podatka sa interneta, nego samo linka koji upućuje na sajt na kome je on objavljen, i to pod uslovom da interesi pojedinca za zaštitu ličnih podataka u konkretnom slučaju pretežu nad interesima javnosti za pristup tim podacima. Ova presuda je podstakla redefinisane prava na brisanje na nivou EU radi prilagođavanja njegove sadržine okolnostima široke dostupnosti ličnih podataka na internetu. Prilagođavanje sadržine prava na brisanje izazovima informaciono-komunikacionih tehnologija sprovedeno je, između ostalog, u čl. 17 GDPR. analogana odredba našla je svoje mesto i u srpskom pravnom sistemu, i to u čl. 30 zzPl iz 2018. godine, koji se primenjuje od 21. avgusta 2019. godine.

Iako se isti naziv – pravo na zaborav koristi i u kontekstu *Google* presude i u smislu čl. 17 GDPR, reč je o pravima između kojih ne postoji sadržinska podudarnost. naime, pravo na zaborav iz *Google* presude ima daleko uži domašaj u odnosu na pravo na brisanje (pravo na zaborav) iz čl. 17 GDPR. to, međutim, ne znači da je nakon stupanja na snagu GDPR prestala mogućnost uklanjanja linkova iz rezultata pretrage internet pretraživača u skladu sa uslovima iz *Google* presude. naprotiv, pojedincu stoje dve mogućnosti na raspolaganju: ili da zahteva uklanjanje linka iz indeksa pretrage određenog internet pretraživača prema uslovima iz *Google* presude, ili da uputi zahtev za brisanje samog podatka u skladu sa uslovima iz GDPR. U vezi sa ovim se kao sporno može javiti pitanje da li mogućnost izbora važi i za lica koja imaju prebivalište, odnosno boravište u Srbiji, odnosno da li se i ona mogu pozvati na pravo koje je formulisano u *Google* presudi. iako Srbija nije članica EU, i iako se pravo na uklanjanje linkova iz rezultata pretrage putem internet pretraživača ne spominje u zzPl, osloncem na zaključivanje *argumentum a maiore ad minus* bi se moglo pledirati za dopuštenost izbora. Jer, ako je pod uslovima iz čl. 3, st. 4 zzPl moguće zahtevati brisanje ličnih podataka od inostranih rukovalaca, tim pre treba dozvoliti i deminutiv ovog prava koji se sastoji u uklanjanju linka koji upućuje na taj podatak. iako bi ovakav zaključak nalagala pravila logike, ostaje da se vidi da li će se *Google* upuštati u razmatranje zahteva za uklanjanje linkova koje mu upute domaći internet korisnici, te kakav će stav prema eventualnim negativnim odlukama *Google* zauzeti nacionalna tela i organi koji su po zzPl ovlašćena da preispituju odluke rukovaoca.

Osim toga, pravo na brisanje je prema redakciji čl. 17 GDPR i čl. 30 zzPl prošireno i na obavezu rukovaoca koji je javno objavio određeni lični podatak da obavesti ostale rukovaoce koji obrađuju taj podatak

o tome da je podnet zahtev za brisanje svih njegovih kopija, upućivanja, odnosno elektronskih veza prema njemu. ipak, ova obaveza obaveštavanja nije propisana kao apsolutna, nego je uslovljena razumno dostupnom tehnologijom i finansijskim mogućnostima konkretnog rukovaoca.

Analiza u radu je pokazala da praktična primena prava sadržanog u čl. 30 zzPI neće biti ni malo jednostavna, i to kako zbog često korišćene tehnike upućivanja i preupućivanja, tako i zbog upotrebe nedovoljno precizne terminologije. Dok se primena ovog prava ne iskristališe u našoj praksi, domaćim rukovaocima, te telima i organima za njegovu zaštitu mogu poslužiti komentari GDPr, kao i do sada izgrađena praksa u državama članicama EU.

## Literatura/References

### *Knjige, komentari i članci*

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 Datenschutzes-Anpassungs-und-Umsetzungsgesetzes EU*. Berlin: Springer

Gola P. (Hrsg.), (2018). *Datenschutz-Grundverordnung VO (EU) 2016/679 – Kommentar*. München: C. H. Beck

Diligenski a., Prlja 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 (Daten- schutz-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.

### *Propisi*

Ustav republike Srbije, „Službeni glasnik rS“, br. 98/2006.

Povelja evropske unije o ljudskim pravima, “Official Journal of the European Communities“, C 364/1 od 18. 12. 2000.

evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, „Službeni list SCG« – *Međunarodni ugovori*, br. 9/2003)

zakon o zaštiti podataka o ličnosti, „Službeni glasnik rS“, br. 87/2018. zakon o zaštiti podataka o ličnosti, „Službeni glasnik rS“, br. 97/2008, 104/2009, 68/2012 - Odluka Ustavnog suda, 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 od 4. maja 2016. godine, 1–88.

Krivični zakonik, „Službeni glasnik rS”, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019.

Zakon o autorskom i srodnim pravima, „Službeni glasnik rS”, br. 104/2009, 99/2011, 119/2012, 29/2016 (Odluka Ustavnog suda)

Zakon o advokaturi, „Službeni glasnik rS”, br. 31/2011, 24/2012.

### *Sudske odluke*

*Google Spain SL and Google Inc. V Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*

*and Mario Costeja González*, Sud pravde evropske unije, C-131/12 od 13. maja 2014. godine

Presuda višeg regionalnog suda u Hamburgu (OLGHamburg, Urteilvom 07. 07. 2015. – 7 U 29/12

### *Elektronski izvori*

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](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](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 Meinungs- freiheit“*. 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 on served 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.*

## **MEĐUNARODNI OBIČAJ UJURISPRUDENCIJI SUDA PRAVDE EU\*\***

**Apstrakt:** *Kako status, hijerarhija niti dejstvo međunarodnog običajnog prava nisu regulisani osnivačkim ugovorima EU, bilo je neophodno da se odgovori na ova pitanja pronađu u praksi Suda pravde EU. Pozivanje na međunarodne običaje je u sudskoj praksi vršeno iz mnogostrukih razloga: 1) radi određivanja i pojašnjavanja granice nadležnosti između EZ/EU i država članica; 2) kao pravilo tumačenja, odnosno zarad pomoći pri tumačenju međunarodnih sporazuma obavezujućih za Uniju, kao i utvrđivanja značenja međunarodnopravnih normi na koje se poziva unutar prava EU, 3) kao sredstvo popunjavanja pravnih praznina u odsustvu specifičnih pravila iz domena prava EZ/EU, kao i 4) radi osporavanja valjanosti sekundarne legislative.*

**Ključne reči:** *međunarodni običaj, međunarodno pravo, Sud pravde, EU, jurisprudencija.*

### **1. Uvod**

Međunarodni običaj kao izvor prava obavezuje međunarodne organizacije,<sup>1</sup> uključujući i Evropsku uniju (dalje: EU). kako status tog formalnog izvora međunarodnog prava nije određen osnivačkim ugovorima EU, otvaraju

\*sanjadj@prafak.ni.ac.rs

\*\* rad predstavlja rezultat istraživanja na projektu *Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru*, br. 179046, koji finansira Ministarstvo za prosvetu, nauku i tehnološki razvoj RS. rad je izložen na Međunarodnoj naučnoj konferenciji *Pravo i multidisciplinarnost*, 12–13. 4. 2019. god. na Pravnom fakultetu Univerziteta u Nišu.

1 „Međunarodne organizacije su subjekti međunarodnog prava i, kao takve, obavezane svim pravilima opšteg međunarodnog prava”. ICJ, Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory opinion, 1980, para. 37; takođe istaknu to i u Opinion of Advocate General Kokott, C-398/13 P *Inuit Tapiriit Kanatami v Commission* [2015], para. 86.

se brojna pitanja u vezi sa njegovom primenom u pravnom poretku EU. U odsustvu pisanih pravila, odgovori na ta pitanja moraju se potražiti u praksi Suda pravde EU/EZ.

treba istaći da su sudovi EZ/EU koristili različite formulacije za međunarodni običaj. Oni su za taj formalni izvor upotrebljavali izraze „*opšta pravila međunarodnog prava*”<sup>2</sup>, „*pravila međunarodnog prava*”,<sup>3</sup> „*principi međunarodnog prava*”<sup>4</sup>, „*međunarodno javno pravo*”<sup>5</sup> ili samo „*međunarodno pravo*”<sup>6</sup>, što je stvaralo dodatne probleme prilikom analize sudske prakse.

U početku je Sud pravde EZ bio izuzetno zaštitnički nastrojen, te je izbegavao pozivanje na međunarodne običaje, nastojeći da očuva autonomiju prava EZ u odnosu na međunarodno pravo (Timmermans, 1999: 181–183).<sup>7</sup>

Međutim, takav uzdržani stav se vremenom menjao, tako da je broj predmeta u kojima se Sud indirektno, a kasnije i direktno pozivao na međunarodni običaj rastao (Croquet, AJ. N, 2013: 58), dostigavši takve razmere da se danas s pravom postavlja pitanje zbog čega Sud pravde i dalje insistira na odvojenosti od međunarodnopravnog poretka (Klabbers, 2012: 131).

Analizom vrlo heterogene, a po nekima i kontradiktorne (Konstadinides, 2012: 1177) prakse Suda pravde EZ/EU, mogu se uočiti četiri uloge<sup>8</sup> međunarodnog običaja u pravu EU (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 Joined 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; Joined 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 Joined 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; Joined 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 ističe se neophodnost pluralističkog pristupa međunarodnim običajima u pravu EU (Gianelli, 2012: 98).

1) demarkaciona uloga, kada je korišćen za razgraničenje nadležnosti između EZ/EU i država članica; 2) interpretativna uloga, kada je primenjivan radi tumačenja prava EU; 3) popunjavajuća uloga, ili *praeter legem* funkcija, kada je služio kao sredstvo popunjavanja pravnih praznina u pravu EZ/EU, i 4) poništavajuća uloga, kada je služio kao pravni osnov za osporavanje valjanosti sekundarne legislative.

## 2. Demarkaciona uloga međunarodnog običaja

Prva uloga koju je Sud pravde dodelio međunarodnom običaju je demarkaciona, služeći razgraničenju polja delovanja EZ/EU i njenih članica. nesporno pozivanje na međunarodni običaj radi definisanja polja nadležnosti, Sud pravde je izvršio već u prvim slučajevima koji su se ticali primene međunarodnog prava. Primetno je da se Sud pravde nije uzdržavao da na ovaj način koristi među-narodni običaj, za razliku od ostalih uloga koje su se javile znatno kasnije i uz velike nedoslednosti.

Primer ovakve uloge običaja nalazimo već u slu čaju *Van Duyn* iz 1974. g., u kome je velika Britanija sprečila da državljanka druge članice uđe na njenu teritoriju i zaposli se, pozivajući se na princip zaštite javnog poretka kao odstupanje od primene slobode kretanja radnika. kako isto ograničenje nije bilo nametnuto domaćim državljanima, logično se postavilo pitanje diskriminacije po osnovu državljanstva. Sud pravde se ovom prilikom jasno pozvao na međunarodni običaj, istakavši da je: „*princip međunarodnog prava, za koji se ne može pretpostaviti da Ugovor EEZ zanemaruje u odnosima između država članica, da je državi onemogućeno da odbije sopstvenim državljanima pravo na ulazak ili prebivalište*”,<sup>9</sup> na šta se više puta pozivao i u drugim predmetima.<sup>10</sup>

Međunarodni običaji predstavljali su ograničenje ovlašćenja zajednice za usvajanje mera u predmetu *Kramer*, kada je Sud pravde ispitivao

---

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.

ovlašćenje EZ da se uključi u međunarodne obaveze u odnosu na očuvanje morskih resursa. tom prilikom je zaklju čio da slična ovlašćenja za donošenje odluka u ovoj sferi imaju kako EZ tako i države članice *ratione materiae*, što je u skladu sa odredbama međunarodnog javnog prava u pogledu ribolova na otvorenom moru.<sup>11</sup> Sud se dosledno držao iznetog stava potvrđujući ga u više prilika.<sup>12</sup>

Od višestruke važnosti je i slučaj *Poulsen* iz 1992. g.,<sup>13</sup> budući da je tada Sud po prvi put eksplicitno naveo da „EZ mora poštovati međunarodno pravo u vršenju svojih ovlašćenja“, misleći time na međunarodne običaje i stavljajući ih hijerarhijski iznad sekundarne legislative. Posmatrano drugačije, odredbe zakonodavstva EZ treba tumačiti u svetlu relevantnih međunarodnih običaja<sup>14</sup> saglasno doktrini doslednog tumačenja, čime sve međunarodnopravne obaveze stiču indirektno dejstvo (Casolari, 2012: 405).

Slučaj je pokrenuo brojna pitanja o odnosu regulative o tehničkim merama za očuvanje ribolovnih izvora<sup>15</sup> i međunarodnog prava mora, izdvojivši kao najznačajnije pitanje jurisdikcije, odnosno mogućnosti da se odredbe prava EZ primenjuju na brod registrovan u nečlanici. radi davanja odgovora na prethodna pitanja koja je postavio danski sud, Sud pravde je morao uzeti u obzir brojna pravila međunarodnog običajnog prava mora. Prvo među njima je pravilo da brod u načelu može imati samo jednu nacionalnost, iz čega proizilazi da članica EZ to plovilo ne može smatrati *sopstvenim* zbog postojanja stvarne ili efektivne veze, čak i ako je jedina veza između plovila i države registrovanja administrativna formalnost registracije.<sup>16</sup> kao što se može videti, danski sud je pokušao da ustanovi analogiju sa institutom diplomatske zaštite, ističući

---

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 Brod registrovan u Panami, ali sastavljen od isklju čivo danske posade, u hvatio je nekoliko hiljada kilograma lososa na otvorenom moru u severnom atlantiku i bio je na pu tu do Poljske da tamo proda svoj teret. zbog problema sa motorom i loših vremenskih uslova, bili su prinuđeni da se prikotve u dansku luku, gde je podignuta optu žnica protiv kapetana i ujedno vlasnika broda koji je bio danski državljanin zbog lososa ulovljenog u suprotnosti sa propisom EZ.

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.

prevagu stvarne veze nad formalnim činom registrovanja, što je odbijeno. Drugo, relevantno pravo za regulisanje aktivnosti posade ne zavisi od njihove nacionalnosti već od države registrovanja, kao i eventualno morsko područje gde se nalazi brod,<sup>17</sup> odnosno teritorijalni princip, što je krucijalno za odgovor na pitanje primene sporne regulative. treće, na slobodnom moru, aktivnosti plovila i na plovilu se načelno regulišu nacionalnim pravom zastave broda.<sup>18</sup> naime, EZ ima ovlašćenja da usvoji pravila u morskim oblastima država članica, ali ne bezuslovno, imajući u vidu da brod u isključivoj ekonomskoj zoni uživa slobodu plovidbe, a u teritorijalnim vodama neškodljiv prolaz.<sup>19</sup> *A contrario*, regulativa može da se primenjuje na plovilo izvan EZ/EU „kad plovi u unutrašnjim morskim vodama ili, naročito, kada se nalazi u luci države članice, gde je načelno neograničena nadležnost te države“.<sup>20</sup> Četvrto, u skladu sa međunarodnim običajnim načelom *pacta tertiis*, Sud je zaključio da se ez kao ugovornica ne može pozivati na konvenciju o očuvanju lososa u severnom atlantiku<sup>21</sup> u odnosu na države neugovornice, poput Paname, i posledično tome, ne može se primenjivati na brodove registrovane u trećoj državi.<sup>22</sup>

Godinu dana kasnije, Sud pravde je primenio međunarodni običaj radi razgraničenja polja nadležnosti EZ i u slučaju *Mondiet*<sup>23</sup>, u kome je francuska ribolovna firma osporila valjanost EZ regulative kojom je zabranjeno držanje ili korišćenje ribolovnih mreža dužine 2.5 km brodovima registrovanim u članicama EZ, čak i na slobodnom moru. Pozivajući se na iznet stav iz predmeta *Kramer* o nadležnosti EZ nad morskim pojasevima, Ženevskoj konvenciji iz 1958. g. o ribarenju i očuvanju prirodnih resursa otvorenog mora, kao i konvenciju o pravu mora iz 1982. ., Sud je zaključio da je po međunarodnim običajima kodifikovanim ovim konvencijama EZ zapravo bila u obavezi da usvoji takve mere radi očuvanja ribolovnih resursa otvorenog mora.<sup>24</sup>

kao što se može zaključiti iz pomenute prakse, Sud pravde se relativno često i sa lakoćom pozivao na međunarodni običaj radi razgraničenja nadležnosti država članica od ingerencija EZ/EU.

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. Interpretativna uloga međunarodnog običaja

interpretativna uloga međunarodnih običaja nije *per se* sporna funkcija. Međutim, ono što se primećuje je da je dosad Sud pravde jedino bio spreman da primenjuje kodifikovane običaje, oslobađajući se time tereta dokazivanja njihovog postojanja ili sadržine. Stoga se svi primeri interpretativne funkcije zapravo svode na primenu određenih članova dveju Bečkih konvencija o međunarodnom ugovornom pravu.<sup>25</sup> Sudskom praksom je prihvaćeno da neke odredbe ovih konvencija zapravo predstavljaju kodifikaciju međunarodnih običaja o pravu ugovora<sup>26</sup>, te su kao takvi primenjivi na EU.<sup>27</sup> interesantno je da se Sud češće pozivao na prvu Bečku konvenciju iz 1969. g., i to ne samo radi tumačenja ili primene međunarodnih sporazuma EZ/EU, već i samog osnivačkog ugovora.<sup>28</sup>

Najosnovnije pravilo, izraženo u članu 26 obe konvencije, jeste načelo *pacta sunt servanda*, na koje se Sud pravde eksplicitno pozivao.<sup>29</sup>

U predmetima *Kupferberg* i *Portugal protiv Saveta*, ovaj princip predstavljao je polaznu tačku u proveru direktnog dejstva odredaba Sporazuma o slobodnoj trgovini iz 1972. g. između EEZ i Portugalije, te je istaknuto da: „u skladu sa opštim pravilima međunarodnog prava

---

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. Međutim, ono što treba posebno napomenuti je da se nijedna ne primenjuje na EU, odnosno na sporazume gde je ona strana ugovornica – prva se odnosi na međudržavne ugovore, te je kao takva neadekvatna za primenu na EU, a druga još uvek nije stupila na snagu, iako bi bila adekvatnija njena primena na ovu specifičnu MO.

26 Potvrđeno jurisprudencijom Međunarodnog suda pravde u sl. predmetima: 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.



*mora postojati bona fide primena svakog sporazuma. Iako je svaka ugovorna strana odgovorna za potpuno izvršavanje obaveza koje je preduzela, slobodna je u određenju pravnih sredstava pogodnih za postizanje tog cilja u njenom pravnom sistemu, osim ako sporazum, u svetlu njegovog predmeta i svrhe, sam određuje ta sredstva“.*<sup>30</sup>

Pored toga, Sud je pomenuo i druge odredbe Bečke konvencije iz 1969. g. kao ilustraciju međunarodnih običaja. Smatrao je da član 307 rimskog ugovora prati principe međunarodnog prava sadržane u članu 30(4)(b) Bečke konvencije iz 1969. g., te da primena pravila o Ugovoru EZ ne utiče na dužnost dotične države članice da poštuje prava trećih država po prethodno zaključenom sporazumu.<sup>31</sup> iako su države članice dužne da otklone sve neusklađenosti između osnivačkog ugovora i prethodno zaključenog sporazuma sa trećim državama, u međuvremenu su odnosi između članice i treće države u pitanju regulisani takvim sporazumima.

Sud se pozvao i na pravila interpretacije ugovora iz člana 31 Bečke konvencije iz 1969. g., koji predviđa da se međunarodni sporazum mora tumačiti u dobroj veri i u skladu sa uobičajenim značenjem koje mu treba dati, *u kontekstu i svetlu njegovog predmeta i svrhe*.<sup>32</sup> Posebnu važnost je Sud davao ovoj formulaciji, stvarajući njome odstupnicu u primeni brojnih međunarodnih odredbi (Kuijper, 2008: 92).

Konačno, Sud se pozivao i na običajno pravilo iz člana 59(1) Bečke konvencije, koji predviđa prestanak dejstva ranijeg ugovora u slučaju zaključenja novog ugovora o istom predmetu. to je učinio Prvostepeni sud u predmetu *T. Port*, prilikom isticanja da Gatt sporazum iz 1994. g. treba posmatrati kao prethodno zaključeni u odnosu na rimski ugovor, u meri u kojoj ponavlja materijalno pravo Gatt iz 1947. g.<sup>33</sup> isto tako, u predmetu *Levy*, Sud pravde je prihvatio, s obzirom na član 59(1)(b) Bečke konvencije, da „*odredbe međunarodnog sporazuma mogu biti lišene svoje obavezujuće snage ako su sve strane u sporazumu zaključile naknadni sporazum čije su odredbe inkompatibilne sa onima iz ranijeg sporazuma, tako da se oni ne mogu primeniti istovremeno*“.<sup>34</sup>

---

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.

kao što ilustruju prethodni primeri, međunarodni običaji su dobrodošli u situacijama tumačenja odredbi koje je trebalo primeniti unutar pravnog sistema EZ/EU. Međutim, zamera se to što je Sud pravde bio spreman da primenjuje samo jasno ustanovljena i dobro poznata običajna pravila već kodifikovana Bečkim konvencijama, ne usuđujući se da sâm pristupi analizi postojanja kakvog međunarodnog običaja, i njegove konsekventne primene.

#### **4. *Praeter legem* uloga međunarodnog običaja**

Međunarodni običaji takođe predstavljaju značajno sredstvo za popunjavanje pravnih praznina unutar pravnog poretka EU, ispoljavajući time svoju popunjavajuću ulogu, odnosno funkciju *praeter legem*.

Interesantno je da se ovakva uloga međunarodnih običaja pretežno koristila u oblasti međunarodnog prava mora. već u predmetu *Factor-tame II*, istaknuto je da u odsustvu posebnih komunitarnih pravila o registraciji brodova, moguće da „države članice odrede, u skladu sa opštim pravilima međunarodnog prava, uslove koji moraju biti ispunjeni kako bi plovilo postalo upisano u njihove registre i odobrile pravo plovidbe pod svojom zastavom“.<sup>35</sup> iako su države članice istakle da po međunarodnom pravu one same definišu uslove registracije brodova, Sud je razjasnio da „to može imati određenu prevagu samo ako se uslovi propisani pravom Zajednice ... sukobljavaju sa pravilima međunarodnog prava“.<sup>36</sup> Budući da države članice „ u vršenju tog ovlašćenja moraju poštovati pravila prava Zajednice“;<sup>37</sup> značajano je ograničena sloboda koju im pružaju međunarodno-pravne odredbe.

U slučaju *Weber* iz 2002. g., Sudu je postavljeno prethodno pitanje da li se rad zaposlenog u predelu kontinentalne ravni može smatrati izvršenim u Holandiji u smislu člana 5(1) Briselske konvencije. Sud je tom prilikom dao pozitivan odgovor, smatrajući da „ u odsustvu bilo kakve odredbe u Briselskoj konvenciji kojom se reguliše taj aspekt njenog delokruga ili bilo koje druge indikacije u pogledu odgovora na ovo pitanje, treba uputiti na principe međunarodnog javnog prava koji se odnose na pravni režim primenjiv u kontinentalnom pojasu“.<sup>38</sup>

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.

Slično upućivanje na međunarodno običajno pravo izvršeno je u predmetu *Micheletti* u pogledu uslova za dodelu nacionalnosti, gde je Sud smatrao da prema „*međunarodnom pravu, na svakoj državi članici je da odredi uslove za sticanje i gubitak državljanstva*“<sup>39</sup>, ali dodao da se pravo zajednice „*mora uzeti u obzir*“.<sup>40</sup> Isto tako, u međudržavnom sporu Mađarske i Slovačke, Sud pravde je istakao da „*poseban tretman koji međunarodno pravo daje šefovima država uglavnom potiče iz međunarodnog običaja, a u manjem broju ... iz međunarodnih konvencija*“.<sup>41</sup>

Povrh toga, Sud pravde neće prihvatiti pozivanje država članica na nadležnosti koje imaju u skladu sa međunarodnim običajem, ukoliko bi to dovelo do jednostrane izmene obaveze po pravu EU. to je jasno istaknuto u sporu sa velikom Britanijom, u kome je Sud odbacio njen argument da je proširenje njenog teritorijalnog mora sa 3 na 12 nautičkih milja 1987. g. bilo u skladu sa međunarodnim pravom mora. Sud je primetio da „*međunarodno pravo samo ovlašćuje države da prošire svoje teritorijalno more do 12 nautičkih milja i, u određenim okolnostima, ucrtavanje baznih linija koje se koriste za merenje širine teritorijalnog mora do i od linija niske vode koje se nalaze unutar tog teritorijalnog mora*“. S obzirom na to da se „*odluka o korišćenju ove mogućnosti prema pravilima međunarodnog prava*“ može pripisati isključivo velikoj Britaniji, ona je jednostrano promenila obim odgovarajuće regulative EZ,<sup>42</sup> smanjujući geografsku oblast za ribolov dostupnu ribarima drugih članica. naime, jednostranim aktom članice došlo je do smanjenja efikasnosti regulative, jer je novoutvrđenom polaznom linijom došlo do poremećaja relativne stabilnosti ribolovnih aktivnosti.<sup>43</sup> kako pojam *bazne linije* nije bio definisan predmetnom regulativom, velika Britanija se isključivo oslonila na odredbe međunarodnog običaja kodifikovanog konvencijom o pravu mora. Međutim, ispostavilo se da dopuštenost izmene prema međunarodnom običaju nije automatski podrazumevala i dopuštenost izmene po pravu EU, jer je u presudi istaknuto da pozivanje članice na međunarodni običaj radi popunjavanja praznina prava EZ/EU može biti u suprotnosti sa drugim osnovnim vrednostima prava EZ/EU, kao što je očuvanje efikasnosti, na osnovu doktrine *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. Detalji spora mogu se pogledati u: knežević Predić, *radivojević*, 2016: 97–98.

42 C-146/89 *Commission v United Kingdom*, para. 25.

43 *Ibid*, paras 27–29.

na osnovu rečenog, može se tvrditi da pozivanje na međunarodni običaj nije bezuslovno, već je moguće samo ukoliko je saglasno sa vrednostima i pravilima EU. Drugačije rečeno, korišćenje međunarodnih običaja *praeter legem* dopušteno je samo ukoliko bi se time, pored popunjavanja praznine, postigla komplementarnost i sa svim ostalim pravilima i principima prava EU. Svakako, Sud pravde u ovakvim situacijama pristupa doktrini *doslednog tumačenja*, kojim se sekundarna legislativa interpretira tako da u što većoj meri bude komplementarna međunarodnoj obavezi, izbegavajući time stvaranje negativne posledice međunarodne odgovornosti EU (Kuijper, 2008: 93).

## 5. Međunarodni običaj kao osnov za osporavanje valjanosti sekundarne legislative

Poslednja uloga međunarodnih običaja u jurisprudenciji Suda pravde je najkompleksnija, najkontroverznija i razvila se najkasnije. Mogućnost pozivanja na međunarodni običaj pretpostavlja prethodni odgovor na pitanje da li međunarodno običajno pravo čini integralni deo prava EU. Potvrdni odgovor datog pitanja implicitno je dobijen u predmetu *Poulsen*,<sup>44</sup> a eksplicitno u *Racke*.<sup>45</sup> Prema tome, Sud pravde mora tumačiti i primenjivati sekundarnu legislativu tako da je usaglašena sa međunarodnim običajem, čime se došlo do istog zaključka kao i svojevremeno za međunarodne ugovore nakon slučaja *Haegeman*<sup>46</sup>. Dakle, međunarodni običaj ne samo da predstavlja deo pravnog poretka EZ/EU, već je Sud ovlašćen i da osigura usklađenost nižih akata EU sa njim.<sup>47</sup>

Sledstveno tome, nužno se postavilo pitanje mogućnosti pozivanja na međunarodne običaje radi osporavanja valjanosti akata EU.

---

44 Sud pravde je u para. 9 istakao da „Evropska zajednica mora poštovati međunarodno pravo u vršenju svojih ovlašćenja“, te je doktrina zaključila da se time zapravo mislilo na međunarodni običaj.

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 U svakom slučaju, potvrda Suda da EU mora poštovati međunarodno pravo u vršenju svojih ovlašćenja ne podrazumeva automatski i mogućnost pozivanja na međunarodni običaj kao osnov za reviziju zakonitosti akata EU. Odnosno, pozitivan odgovor na prvo potpitanje ne podrazumeva dobijanje pozitivnog odgovora i na drugo. U samom međunarodnom pravu nisu definisana pravila niti uslovi za direktno dejstvo ili mogućnost pozivanja pojedinaca na odredbe iz domena međunarodnog prava, već svaki međunarodnopravni subjekt (u ovom slučaju EU) odlučuje samostalno da li će takvu mogućnost uopšte dozvoliti i pod kojim uslovima.

Eksplicitno postavljanje pitanja mogućnosti pozivanja na međunarodni običaj od strane privatnih lica radi osporavanja valjanosti sekundarne legislative javilo se u predmetima *Opel Austria* i *Racke*, ali su, nažalost, izostali jasni odgovori. Olakšavajuća okolnost je što se u oba slučaja međunarodni običaj odnosio na pravo ugovora, te se analiza svodila na pozivanje na odgovarajuće odredbe Bečkih konvencija, čime je dokazivanje bilo znatno olakšano. U prvom slučaju, reč je bilo o obavezi da se predmet i svrha ugovora ne obesmišljavaju pre stupanja na snagu ugovora, dok je u drugom slučaju bilo reči o pozivanju na pravilo *rebus sic stantibus*.

Interesantan je pristup Prvostepenog suda u predmetu *Opel Austria*,<sup>48</sup> koji, nakon podsećanja da je „*princip dobre vere pravilo međunarodnog običajnog prava koji je priznat od strane Međunarodnog suda pravde ... i stoga obavezujući za Zajednicu*“,<sup>49</sup> napominje da je on kodifikovan u članu 18 Bečke konvencije iz 1969. godine,<sup>50</sup> koji propisuje obavezu da se ne osujeti cilj i svrha ugovora pre nego što stupi na snagu. Međutim, nastavlja tako što iznenada i bez previše objašnjenja dolazi do zamene teza, te se pomenuti međunarodni običaj zamenjuje pravom EZ, tačnije principom legitimnih očekivanja: „*Princip dobre vere u međunarodnom javnom pravu je posledica načela zaštite legitimnih očekivanja koje, prema sudskoj praksi, čini deo pravnog poretka Zajednice*“.<sup>51</sup> analogna pravila koja se odnose na međunarodni običaj „*da se ugovor ne sme lišiti cilja i svrhe pre njegovog stupanja na snagu*“, Prvostepeni sud je našao da važe i za načelo legitimnih očekivanja.<sup>52</sup> Stoga, on dolazi do dva zaključka: 1) da

---

48 T-115/94 *Opel Austria GmbH v Council of the European Union* [1997]. U vreme dok još austrija nije bila članica EU, davala je značajnu državnu pomoć firmi Opel Austria, koja je po mišljenju komisije na osnovu toga bila u značajnijoj prednosti, te je zato uvela carinu za njen proizvod od 4.5% regulativom (Council Regulation (EC) No 3697/93 OJ L 343, L 343), kao meru kojom bi se takva prednost smanjila ili eliminisala. Skoro u isto vreme, odnosno nedelju dana pre usvajanja pomenu te regulative, zaključen je Sporazum o evropskom prostoru, kojim je bilo predviđeno ukidanje svih mera sličnog efekta sa carinama ili dodatnim porezima. time je regulativa komisije postala neusaglašena sa ovim međunarodnim sporazumom, koji je trebalo da stupi na snagu 1. 1. 1994. g. Podnosioci zahteva su stoga smatrali da je došlo do povrede istovetnog člana 18 obeju Bečkih konvencija o ugovornom pravu, koje predstavljaju međunarodni običaj.

49 Ibid, para. 90.

50 Ibid, para. 91.

51 Ibid, para. 93.

52 Ibid, para. 94: „*U situaciji kada su Zajednice deponovale svoje instrumente usvajanja međunarodnog sporazuma i datum njegovog stupanja na snagu, trgovci se mogu osloniti na princip zaštite legitimnih očekivanja u cilju osporavanja usvajanja od strane*

je predmetna odredba (čl. 10) Sporazuma o evropskom ekonomskom prostoru<sup>53</sup> direktno dejstvujuća nakon stupanja na snagu,<sup>54</sup> kao i 2) da je osporena regulativa nespojiva sa odredbom Sporazuma o evropskom ekonomskom prostoru,<sup>55</sup> te je time došlo do povrede principa legitimnih očekivanja.<sup>56</sup> na taj način se solomonskim rešenjem kompleksno pitanje tumačenja i primene pravila međunarodnog običajnog prava izbegava. Pošto je Sud postupio po principu prava EZ, a ne međunarodnog običaja, njegova uloga i dejstvo u ovakvoj situaciji ostaje nejasno. Dakle, međunarodno običajno pravo nije primenjeno direktno, već indirektno, putem prava EZ kao svojevrsnog *medijuma* (Schutze, 2007: 9).

Ovim slučajem Prvostepeni sud je stvorio tzv. *transformacioni pristup* (Wouters, Eeckhoutte, 2002: 28), po kome međunarodni običaj postaje pravo EZ/EU, usled čega dolazi do višestrukih posledica. Prvo, time poprima sve karakteristike prava EZ/EU, među kojima su i principi direktnog dejstva i primata. Pored toga, tako stvoreni opšti principi prava EZ/ EU počinju da vode sopstveni pravni život, odvojeno od međunarodnog običaja, te formiranje, tumačenje, izmena ili ukidanje zapravo bivaju regulisani pravom EU i podvrgnuti su tumačenjima Suda pravde. konačno, ovakvim metodom zapravo dolazi i do tzv. *evropeizacije* međunarodnog prava (Wouters, Nollkaemper, Wet, 2008: 8), što drugi autori nazivaju i *unionizacijom* međunarodnopravnih normi (Rossem, 2013: 20). Prvobitno su sudovi EU, a naročito Prvostepeni sud, posebno insistirali na ideji da međunarodni običaj sme imati samo indirektno dejstvo, putem transformacione metode kojom se pretvara u opšti princip prava EU, i u tom ruhu primenjuje (Konstadinides, 2016: 520).<sup>57</sup>

U slučaju *Racke*<sup>58</sup>, koji se ticao primene pravila *rebus sic stantibus*, kao osnova za suspenziju Sporazuma o saradnji sa tadašnjom Jugoslavijom, ne

---

*institucija, pre stupanja na snagu tog sporazuma, bilo koje mere suprotne odredbama tog sporazuma koje će imati direktan uticaj nakon što je stupio na snagu”.*

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 Nemačka kompanija *Racke*, koja je u vozila vino sa teritorije Kosova po preferencijalnom režimu ustanovljenom na osnovu Sporazuma o saradnji između Jugoslavije i EEZ (Cooperation agreement between the European Economic Community and the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, OJ L 41, 14. 2. 1983, p. 2–27), želela je da

samo da je eksplicitno rečeno da međunarodno običajno pravo predstavlja integralni deo prava Unije,<sup>59</sup> već i da je načelno moguće i dozvoljeno pozivanje na obaveze koje za EZ/EU potiču iz međunarodnog običaja,<sup>60</sup> što neki izjednačavaju sa direktnim dejstvom (Eeckhout, 2004: 332), dok drugi razlikuju pojam direktnog dejstva od mogućnosti pozivanja na odredbu (Wouters, Eeckhoutte, 2002: 6). iako je ovaj stav Suda okarakterisan kao vrlo napredan, istovremeno je višestruko ograničen (Wouters: Eeckhoutte: 2002: 20). kao prvo, ograničen je na situaciju u kojoj se pojedinac poziva na međunarodni običaj radi razmatranja zakonitosti akta EZ/EU, a ne države. Sud je posebno naglasio da se predmet ne odnosi na pitanje direktnog dejstva međunarodnih običaja,<sup>61</sup> već ističe da se u datom slu čaju fizičko lice zapravo oslanja na direktno dejstvo Sporazuma o saradnji, time incidentno osporavajući valjanost regulative koja ga sprečava da se poziva na dodeljena prava. Drugo, pozivanje na međunarodni običaj radi ocene zakonitosti akta ograničeno je na situaciju u kojoj je reč zapravo o aktu kojim se vrši njegova implemnetacija,<sup>62</sup> čime se postavlja pitanje da li se slučaj *Racke* svodi na primenu testa *Nakajima* u kontekstu međunarodnih običaja.<sup>63</sup> treće, Sud ograničava svoju odluku

---

nastavi da to čini, te je pokušala da ospori suspenziju datog ugovora radi zaštite sopstvenog ekonomskog interesa. Smatrala je da je regulativom kojom je izvršena suspenzija došlo do povrede procesnih zahteva za primenu pravila *rebus sic stantibus*, što je poslu žilo kao pravni osnov za suspenziju.

59 Najznačajniji su paragrafi 45–46: „45. Treba istaći u tom pogledu ... da Evropska zajednica mora poštovati međunarodno pravo u vršenju svojih ovlašćenja. Zbog toga je neophodno poštovati pravila međunarodnog običajnog prava prilikom donošenja propisa ... 46. Iz toga proizilazi da su pravila međunarodnog običajnog prava koja se odnose na prekid i suspenziju ugovornih odnosa zbog bitne promene okolnosti obavezujuće za institucije Zajednice i čine deo pravnog poretka Zajednice.“

60 Naime, u paragrafu 51 on ističe: „U takvim okolnostima, pojedinac koji se oslanja na pravni postupak o pravima koja neposredno proizilaze iz sporazuma sa nečlanicom, ne može biti uskraćen za mogućnost osporavanja validnosti regulative... niti mogućnosti pozivanja na obaveze koje proističu iz pravila međunarodnog običajnog prava, koje reguliše prestanak i suspenziju ugovornih odnosa“.

61 Para. 47 ističe: „U ovom slučaju, međutim, tužilac slučajno osporava valjanost Regulative Zajednice prema tim pravilima (međunarodnog običajnog prava) u redosledu da se oslanjaju na prava koja neposredno proizilaze iz sporazuma Zajednice sa zemljom koja nije članica. Ovaj slučaj se ne odnosi na direktno dejstvo tih pravila“.

62 Naime, sporna regulativa je izričito navela da je doneta na bazi pravila *rebus sic stantibus*.

63 U para. 48 presude *Racke*, Sud se izričito poziva, „na sličnu situaciju u odnosu na osnovna pravila ugovorne prirode“ slu čaja *Nakajima*. U tom predmetu, uvoznicima japanskih pisaćih mašina i štampača je uvedena antidampinška obaveza, nakon čega je podignu ta tu žba za poništaj date regulative, tvrdeći da je ona nezakonita i



na međunarodne običaje tzv. *fundamentalne prirode*.<sup>64</sup> iako ih, nažalost, nije definisao, jasno navodi da principi *pacta sunt servanda* i *rebus sic stantibus* spadaju u ovu kategoriju.<sup>65</sup>

Međutim, i u ovom slučaju dolazi do obrta, budući da u para. 52 presude Sud objašnjava da je „*zbog složenosti pravila o kojima se radi i nepreciznosti nekih od koncepata na koje se odnose ... Savet učinio očigledne greške u proceni u vezi sa uslovima za primenu tih pravila*“.<sup>66</sup> time je, zapravo, opravdao grešku organa EZ/EU, ističući manljivost međunarodnih običaja kao nepreciznih formalnih izvora, što je bio predmet žestoke kritike.<sup>67</sup> Sud je ovim pokušao da pomiri dva suprotstavljena gledišta – sa jedne strane da dozvoli mogućnost pozivanja na međunarodni običaj radi ispitivanja valjanosti akta, dok je sa druge strane svojim tumačenjem preterano proširio diskreciona ovlašćenja organima EZ da ih pogrešno protumače ili primene (Schutze: 2007: 11). tako je stvorena margina slobodne procene i za sudove EZ. Epilog slučaja je da Sud nije utvrdio nespojivost sporne regulative sa međunarodnim običajem, te je ponovo

---

stoga nevažeća usled njene suprotnosti sa antidampinškim kodom Gatt. Sud pravde je smatrao da se u načelu ne može vršiti pozivanje na pravila sporazuma Gatt radi razmatranja valjanosti akata zajednice, ali je dodao da je ipak dozvoljeno pozivanje na takva pravila ukoliko je sporni akt zajednice zapravo implementacioni akt kojim se nameravalo sprovođenje preuzete obaveze na osnovu datog sporazuma. C-69/89 *Nakajima All Precision Co. Ltd v Council of the European Communities* [1991], paras 28–31; *Portugal v Council*, para. 49. S jedne strane, može se protumačiti da je slučaj *Racke* zapravo pretočen primer jurisprudencije iz predmeta *Nakajima* iz domena prava STO koja se prelila na pravila međunarodnog običajnog prava. Ukoliko je to slučaj, mogućnost pozivanja na pravila međunarodnog običajnog prava radi osporavanja zakonitosti akata bila bi veoma ograničena, budući da bi to predstavljalo dodatni uslov koji bi se morao ispuniti.

64 *Racke*, para. 48.

65 *Ibid*, paras 49–50.

66 *Ibid*, para. 52. Ovaj stav Suda bio je inspirisan mišljenjem opšteg pravobranioca; *Opinion of Advocate General Jacobs* [1998], para. 71.

67 Preterano je pojednostavljeno da se međunarodni običaji karakterišu kao neodređeni, neizvesni i neprecizni, kada je običajno pravilo *rebus sic stantibus* kodifikovano članovima 62 obe Bečke konvencije, stoga ima iste karakteristike kao i odredbe ugovora. zapravo je reč o izuzetku koji se mora usko tumačiti, te je upravo preciznost jedna od njegovih odlika. naime, *rebus sic stantibus* je izuzetak od principa *pacta sunt servanda* i kao takav se mora tumačiti restriktivno i sme se „*primenjivati samo u izuzetnim slučajevima*“, kao što je istakao Međunarodni sud pravde u presudi *Gabčikovo-Nagimaros*, citiranoj u para. 50 *Racke*. Drugo, član 62(1) namerno je formulisan negativno, da bi se pozivanje na njega moglo izvršiti samo pod strogim i kumulativnim uslovima.



izostao jasan zaključak ili stav po pitanju njihovog direktnog dejstva, ali jeste stvoren tzv. *test očigledne greške* u primeni međunarodnog običaja.

Od značaja je i predmet *ATAA*<sup>68</sup> u kome se, *inter alia*, postavilo pitanje kompatibilnosti Direktive 2008/101<sup>69</sup> sa brojnim principima međunarodnog običajnog prava.<sup>70</sup> Slučaj je izuzetan jer je po prvi put zatraženo da Sud pravde po direktnoj nadležnosti utvrdi jasne kriterijume pozivanja na međunarodni običaj zarad sudske revizije akata EU, budući da su svi prethodni primeri bili iz domena indirektno nadležnosti Suda, odnosno po metodu postavljanja prethodnih pitanja. Prema Mišljenju opšteg pravobranioca, međunarodni običaji po samoj svojoj prirodi nisu u stanju da budu direktno dejstvujući, budući da su pretežno međudržavnog karaktera. Izuzetno, moguće je da predstavljaju osnov ispitivanja valjanosti sekundarnog akta EU u slučaju kumulativnog ispunjenja dva uslova: 1) da međunarodni običaj mora biti obavezujući za EU; 2) da priroda i široka logika datog običaja ne smeju sprečiti ispitivanje valjanosti.<sup>71</sup> Povrh toga, prethodni zahtevi direktnog dejstva takođe moraju biti ispunjeni, odnosno međunarodni običaj mora biti dovoljno precizan i bezuslovan.

Međutim, Sud pravde je zauzeo nešto drugačije stanovište i definisao teži test primene prilikom pozivanja na međunarodni običaj radi osporavanja valjanosti sekundarne legislative. Prvo, pojedinci mogu vršiti pozivanje na njih radi ispitivanja valjanosti akta EU ukoliko dovode u pitanje nadležnost EU da usvoji taj akt,<sup>72</sup> odnosno ukoliko je EU delovala *ultra vires*.<sup>73</sup> Drugo, predmetni akt mora biti takav da utiče na prava ili obaveze koje pojedinac crpi iz prava EU<sup>74</sup> (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 Isključivo na nadležnosti država na d vazдушnim prostorom, nemogućnosti država da vrše nadležnost nad slobodnim morem, slobodom preleta iznad slobodnog mora, kao i pravila da se vazduhoplovi u preletu iznad slobodnog mora nalaze pod isključivom jurisdikcijom države registrovanja.

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 Naime, fokus je stavljen na oblasti isključive nadležnosti EU, odnosno na oblasti gde nalikuje na države, što je istaknu to i u razmatranjima šestog komiteta GS Un povodom međunarodnih običaja.

74 *ATAA*, para 107.

2013: 394). to zapravo znači da dati međunarodni običaj mora biti takvog kvaliteta da utiče na pravni položaj pojedinca. Pored toga, prethodno ustanovljen uslov ostao je na snazi – da dati međunarodni običaj mora biti fundamentalne prirode, kao i da su usvajanjem dotičnog akta institucije EU napravile *očigledne greške u proceni* u pogledu uslova za primenu tih običaja.<sup>75</sup> Dakle, uslovi iz predmeta *ATAA* nisu zamenili ili ukinuli prethodno ustanovljen test iz dotadašnje sudske prakse, već su ih samo dopunili, dovodeći do teze da je reč o komplementarnoj jurisprudenciji (Konstadinides: 2016: 520). tačnije rečeno, došlo je do pooštavanja već dovoljno strogog testa primene kada je reč o mogućnosti privatnih subjekata da se pozivaju na međunarodni običaj.

Na bazi rečenog, može se smatrati da je Sud pravde izuzetno obazriv prilikom odobravanja mogućnosti pozivanja na međunarodni običaj zarad ispitivanja valjanosti sekundarne legislative, u želji da zaštiti autonomiju prava EU od ovakave nove vrste *oružja* (Konstadinides, 2016: 525). istovremeno se postavlja pitanje da li prevelikom zaštitničkom ulogom on šteti pravu EU i zapravo krnji ustanovljenu autonomiju (Rossem, 2013: 42).

## 6. Zaključak

Pošto pravila o formiranju, tumačenju i suspenziji međunarodnih običaja spadaju u domen međunarodnog javnog prava, ona zadržavaju svoju prirodu i karakteristike pravila međunarodnog prava čak i kada se u pravnom poretku EU pozivaju na njih. izuzetak predstavlja pristup transformacije, kojim se pravilo međunarodnog običajnog prava zapravo pretvara u pravilo EU, poprimajući karakteristike pravnih akata Unije, omogućujući pozivanje na njih putem principa direktnog dejstva. Drugačije rečeno, vrši se evropeizacija pravila iz domena međunarodnog javnog prava.

analiza ključnih slučajeva iz jurisprudencije Suda pravde pokazuje da postoji načelna spremnost da se međunarodno običajno pravo uzima u obzir prilikom razmatranja granice nadležnosti i ovlašćenja država ili EU, kao i prilikom tumačenja i popunjavanja pravnih praznina u unutrašnjem pravnom poretku EU. tako indirektno korišćenje međunarodnog običajnog prava i metode doslednog tumačenja ne dovodi do pravnih problema ili nedoslednosti. Oni se javljaju tek pri poslednjoj funkciji međunarodnih običaja, kada predstavljaju pravni osnov osporavanja valjanosti akta EU.

---

<sup>75</sup> Ibid, para. 110, *Racke*, paras 50–61.

Pozivanje na međunarodne običaje radi preispitivanja sekundarne legislative prošlo je kroz svojevrstu evoluciju. isprva je Sud ograničio sopstveni opseg sudskog preispitivanja na *očigledne greške u proceni* dotične institucije EU, „*zbog kompleksnosti datih pravila i nepreciznosti nekih pojmova na koje se odnose*”,<sup>76</sup> dajući time veća diskreciona ovlašćenja institucijama EU u slučaju primene međunarodnih običaja uslovljeno njihovom *nepreciznošću*. Povrh toga, mogućnost pozivanja na međunarodni običaj načelno je priznata samo ukoliko je *fundamentalnog karaktera*, odnosno zavisi od njegove kategorije, tačnije od mišljenja samog Suda da li spada u red onih koji *u principu, imajući u vidu njihovu prirodu i strukturu među pravilima u svetlu kojih Sud treba da razmotri zakonitost mera koje su usvojile institucije Zajednice*, ili pak spada u *osnovna pravila međunarodnih običajnih pravila*. Pošto Sud nije pristupio sistematskom objašnjenju fundamentalnog karaktera, od slučaja do slučaja se moraju tražiti odgovori koji međunarodni običaji zaslužuju taj epitet. kasnijom sudskom praksom, pomenuti test primene je dopunjen. Mogućnost pozivanja na međunarodne običaje radi ispitivanja valjanosti akta EU uslovljena je time da je EU usvajanjem pobijanog akta delovala *ultra vires*, kao i da dati međunarodni običaj utiče na pravni položaj pojedinca. na osnovu rečenog, sa ozbiljnom rezervom se mora prihvatiti načelna mogućnost pozivanja na međunarodne običaje, jer se uočava izuzetno strog, četvorostruki test primene koji je Sud izgradio.

Pošto je Sud pravde više puta isticao da je međunarodno pravo sastavni deo EU, očekivalo bi se obilato i bezrezervno korišćenje međunarodnog običajnog prava. Međutim, sudska praksa nas upućuje na bitno drugačiji zaključak o postojanju različitih modaliteta primene međunarodnog običaja u skladu sa njegovim različitim funkcijama, pri čemu kod većine dominira otpor Suda pravde.

## Literatura/References

Casolari, F. (2012). Giving Indirect Effect to International Law within the EU Legal Order: The Doctrine of Consistent Interpretation. In: Cannizzaro, E., Palchetti,

---

<sup>76</sup> *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.

Knežević Predić, v., radivojević, z. (2016). Pravosudna kontrola u evropskoj uniji: procesna legitimacija države članice, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 74, str. 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](http://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.

Jurisprudencija Suda pravde EU:

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 aA [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 ELFA A) [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 (ata a) 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.

Jurisprudencija Međunarodnog suda pravde:

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.

Dokumenti:

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.*

**Marko Tomić,**  
doktorand

pregledni naučni rad  
doi:10.5937/zrpfni1984

UDK: 271.222(497.11)-9(497.15)  
327(497.11:439.5)

Rad primljen: 09.09.2019.

Rad prihvaćen: 24.10.2019.

## **CRKVENOPRAVNA PITANJA SRPSKE PRAVOSLAVNE CRKVE U BOSNI I HERCEGOVINI ZA VREME AUSTROUGARSKE UPRAVE\*\***

**Apstrakt:** U radu se razmatraju određena crkvenopravna pitanja sa kojima se suočavala Srpska pravoslavna crkva u Bosni i Hercegovini u periodu do 1905. g. i donošenja Statuta kojim je definitivno rešen njen pravni položaj u okviru Austro-Ugarske. U ovom periodu, Bečki dvor i Carigradska patrijaršija su Konvencijom o privremenom rešenju odnosa srpskih pravoslavnih mitropolija u BiH sa Carigradskom patrijaršijom iz 1880. g. regulisali pravni položaj SPC u BiH. Konvencija je izazvala niz problema i sukoba, kako na planu odnosa SPC sa novom vlašću, tako i na unutarcrkvenom planu. U glavnom delu rada prikazuju se odnosi između više jerarhije i crkveno-školskih opština (narodnih prvaka i niže jerarhije) i analiziraju određeni problemi nastali na ovoj relaciji. Pomenuti problemi se razmatraju sa aspekta kanonskog prava pravoslavne crkve, sa ciljem da se pokaže na koji način su bili ustrojeni odnosi između različitih struktura i službi u SPC u novonastalom državnompravnim i društveno-političkom kontekstu.

**Ključne reči:** Srpska pravoslavna crkva u Bosni i Hercegovini, Austro-Ugarska, crkveno-školska opština, viša jerarhija, crkveno (kanonsko) pravo.

---

\* tomicmarko@hotmail.com

\*\* Radi preciznosti treba napomenuti da Srpska pravoslavna crkva u BiH u austrougarskom periodu zvanično nije nosila naziv koji je dat u naslovu rada, ali pošto se radi o izrazu koji je u široj upotrebi u domaćoj historiografiji, on je u samom naslovu naveden. Zvanični naziv u vremenskom periodu koji je predmet istraživanja bio je Pravoslavna eparhija Bosne, zvornika i zahumlja (pod jurisdikcijom Carigradske patrijaršije). Od 1905. godine i donošenja Uredbe o upravi crkvenih i školskih poslova srpsko-pravoslavnih eparhija u BiH, zvanični naziv Srpske crkve u BiH bio je Srpske pravoslavne mitropolije u BiH (pod jurisdikcijom Carigradske patrijaršije). U samom radu, paralelno se upotrebljavaju pomenuti izrazi.

## 1. Uvod

neposredno po ulasku austrougarske vojske u BiH i uspostavljanju nove vlasti, otpočeli su sukobi između crkveno-školskih opština kao predstavnika srpskog naroda, s jedne strane, i vlasti, kako lokalne tako i centralne u Sarajevu, sa druge strane. U pozadini ovih sukoba stajala je želja vlasti u Beču da prilagodi Srpsku pravoslavnu crkvu u BiH svojim potrebama, i na taj način je eliminiše kao faktor integracije srpskog naroda oko Srbije (kraljačić, 1987: 333). ti sukobi su trajali praktično do kraja okupacione uprave u BiH, nekad većim, nekad manjim intenzitetom. način i masovnost borbe crkveno-školskih opština nije bio uvek isti. konvencijom o privremenom rešenju odnosa srpskih pravoslavnih mitropolija u BiH sa Carigradskom patrijaršijom iz 1880. g. regulisan je pravni položaj Srpske pravoslavne crkve u BiH. Sam naziv konvencije ističe njen privremeni karakter, što su narodne vođe konstantno isticale, boreći se za njeno ukidanje. Ovim aktom u sedam tačaka, austrougarski vladar je dobio pravo da postavlja i smenjuje mitropolite pravoslavne crkve u BiH bez učešća naroda i nižeg sveštenstva samo uz formalnu saglasnost Carigradske patrijaršije. Mitropoliti su posle imenovanja morali ići u Beč da polože zakletvu vladaru.<sup>1</sup> Osim toga, arhijereji su po odredbama konvencije primali platu iz državne kase, što ih je praktično učinilo državnim činovnicima. Ovakva rešenja izazvala su buru negodovanja kod narodnih vođa i uopšte u srpskom narodu okupljenom u crkveno-školske opštine (šneler, 1898: 37–41).<sup>2</sup>

U periodu od 1878. do 1896. godine, borbu za crkveno-školska pravovodila je gotovo usamljena Mostarska crkveno-školska opština, iako je nezadovoljstvo bilo zajedničko na nivou celokupnog srpskog naroda. Sa aspektacrkvene istorije gledano, bitan događaj u ovom periodu jeste zamena fanariotskih vladika srpskom jerarhijom.

---

1 Ove odredbe nedvosmisleno svedoče o nameri austro-Ugarske da Srpsku pravoslavnu crkvu odmah stavi pod strogu kontrolu. U osmanskom periodu sultan je formalno izdavao berat novoizabranom mitropolitu, ali nije imao udela u njegovom izboru. Sada je odlučujuća uloga data inoslavnom vladaru a uloga crkve (Carigradske patrijaršije) je svedena na formalnost. Hrišćanska crkva se u toku svoje istorije suočavala sa različitim iskušenjima na planu odnosa sa državom. istorija svedoči da je crkva imala sukobe sa vladarima kako istočnog, tako i zapadnog rimskog carstva. već u 4. veku istaknuti predstavnici crkve kao što su atanasije aleksandrijski patrijarh i amvrosije Milanski episkop suprotstavljaju se hrišćanskim vladarima želeći da zaštite crkvu od prevlasti države. Detaljnije o ovoj tematici vidi u člancima (šarkić: 2008: 55–67 i 2009: 21–37).

2 Celokupan tekst konvencije dostupan je na <http://www.scribd.com>. Preuzeto 7. 12. 2018.

Od 1896. godine, tj. od momenta kada su se borbi aktivno priključile i ostale crkveno-školske opštine predvođene sarajevskom, i kada je caru u Beču predat Prvi memorandum, nastaje novi period. Istoričari ovu godinu uzimaju kao prelomnu, jer od tada počinje masovna, sistematska i organizovana borba za prava srpskog naroda, koja prerasta u pokret Srba BiH za versko-prosvetnu autonomiju. Borba srpskog nacionalnog pokreta biće okončana Uredbom o upravi crkvenih i školskih poslova srpsko- pravoslavnih eparhija u BiH iz 1905. godine. U periodu koji je prethodio pomenutoj Uredbi razbukta se borba između crkveno-školskih opština i više crkvene jerarhije. vlast je uspela da podeli parohijsko sveštenstvo u dve grupe, na tzv. narodne i vladine ljude. Ovi drugi su bili finansirani od strane države (Slijepčević, 2002: 503) i grupisani oko mitropolita nikolaja Mandića.<sup>3</sup> Ovaj sukob doneo je Srpskoj crkvi u BiH mnoštvo iskušenja na unutarcrkvenom planu. ta iskušenja bila su mnogo opasnija po crkveni organizam od iskušenja koja su nastala kao plod sukoba sa državnim vlastima. Pretio je potpuni rascep srpskog duhovnog i nacionalnog jedinstva, a upravo takav razvoj događaja išao je u korist okupacione vlasti, koja se u tom sukobu zvanično držala po strani ali je vešto manipulisala i radila na razbijanju crkvenog jedinstva.

## 2. Crkveno-školske opštine

Crkveno-školske opštine su postojale u BiH i za vreme osmanske vladavine. U okviru Crkve, one su bile zvanične institucije srpskog naroda koje su imale svoje ustave, upravne i izvršne organe a sabor crkvene opštine je imao i sudsku funkciju u sporovima vernika (Mirković, 1965: 122–130). Posle ukidanja Pečke patrijaršije 1766. godine, jerarhijska struktura srpskih pravoslavnih mitropolija u BiH je postepeno izmenjena, na mitropolitske katedre su došli episkopi uglavnom grčkog porekla. tako da su crkveno-školske opštine ostale jedine čisto srpske institucije pod osmanskom vlašću. zato i ne čudi činjenica da je narod

3 Nikolaj Mandić (1840–1907), rođen u Gornjem Gračacu u Hrvatskoj, potiče iz sveštenečke porodice. najpre je slu žbovao kao parohijski sveštenik u Plaškom, Gračac u i Gospiću, a pos le smrti s upruga zamonašio se u manastiru Gomirje i ubrzo postao ig uman. Godine 1892. Sinod Carigradske patrijaršije izabrao ga je za mitropolita zborničko-tuzlanskog, a 1896. g. imenovan je za mitropolita dabrobosanskog. U vremenu teških iskušenja za SPC u BiH, mudrošću i taktičnošću uspeo je da uredi svoju eparhiju, podigne brojne crkve i crkvene objekte, napredi rad reljevske bogoslovije i konačno da uskladi nepomirljive stavove narodnih predstavnika, više jerarhije i vlasti u vreme borbe za crkveno-školsku samoupravu; Jovan S. radojičić, *Srbi zapadno od Dunava i Drine*, knj. II, novi Sad, 2009, 673; <http://www.mitropolijadabrobosanska.org>. Преглеђето 10. 12. 2018.

u crkveno-školskim opštinama video zastupnika njegovih nacionalnih interesa i zaštitnika njegovog duhovno-nacionalnog identiteta.

Na osnovu prvog dela sadržaja Prvog carskog memoranduma iz 1896. godine, može se videti da su crkveno-školske opštine imale dva polja delovanja: duhovno i prosvetno, i da su u svom radu imale široku autonomiju, koja se nije odnosila samo na okvir BiH (Madžar, 1982: 181–185). naime, crkveno-školske opštine su imale pravo da u čestvuju u izboru carigradskog patrijarha i da se u slučaju kršenja njihovih prava peticijom obraćaju i samom sultanu (Ibid, 182).

Pomenuta autonomija je podrazumevala potpunu slobodu u radu crkveno-školskih opština na crkveno-prosvetnom polju i slobodno raspolaganje crkvenom i manastirskom imovinom koja je bila pod njihovom upravom. ipak, treba napomenuti da su ova prava, priznata od vrhovne osmanske vlasti, bila u praksi često kršena od strane lokalne vlasti.

Skoro svaka parohija imala je crkveno-školsku opštinu, ali malo njih je bilo aktivnih. O njihovoj organizaciji i delovanju B. Madžar navodi da je od „351 srpsko-pravoslavne crkveno-školske opštine, koliko ih je tada (tj. u vreme predavanja Prvog carskog memoranduma 1896. god) postojalo u Bosni i Hercegovini, svega 42 je organizovano tako da su im na čelu bili laici, zato tu preovlađuje uticaj laičkog elementa, dok su na čelu ostalih 309 opština stajali sveštenici i njihova djelatnost je bila svedena samo na crkvene poslove. nijedna od opština na čelu kojih su bili sveštenici nije poslala deputaciju u Beč“ (Ibid: 176).

Situacija nije bila ista u svim eparhijama i u svim mestima. U borbi za crkveno-školska prava prednjačile su gradske sredine, seosko stanovništvo je daleko manje bilo uključeno u ova dešavanja, što je i razumljivo, s obzirom na to da je srpskog seljaka najviše tištao agrarni problem i težak socijalno-ekonomski položaj. Agrarno pitanje bilo je donekle zanemareno, što je bio povod za kasnije kritike upućene srpskom političkom vođstvu u BiH (Milošević, 2017: 72). Problemi seoskog stanovništva su pomenuti tek u četvrtom carskom memorandumu iz 1902. godine.

Na osnovu ovih podataka vidi se da crkveno-školske opštine nisu bile jedno-obrazne, ni po sastavu ni po načinu i programu rada. One opštine na čijem čelu su se nalazili laici izlazile su iz crkvenog okvira, bile aktivnije i sve više su se angažovale i na nacionalnom planu. nacionalni aspekt izbio je u prvi plan posle okupacije, kada je postalo jasno da je novim vlastima prvenstveni cilj da se u BiH izbrišu vekovne duhovne, kulturne, a osobito nacionalne razlike, i da se od

naroda BiH stvori jedna nacija, koju bi bilo znatno lakše držati pod kontrolom i uklopiti u sastav Austro-Ugarske monarhije. kalajev režim je davao određene ustupke Srbima da crkvenom planu, ali je istrajavao u gušenju nacionalnog identiteta. Smatralo se da bi nacionalno buđenje i osveščivanje naroda u BiH dovelo do razvoja panslavističkih ideja i rada na ujedinjenju južnoslovenskih naroda.

### **3. Viša i niža jerarhija**

U periodu do 1896. godine dolazilo je do povremenih, manjih nesuglasica između crveno-školskih opština i više crkvene jerarhije. već se tada moglo naslutiti da bi u budućnosti nepoverenje i razilaženje između ove dve grupe srpskih predstavnika moglo da kulminira otvorenim sukobom i potpunim raskolom. Primetno je da su se obe strane u borbi za svoja prava pozivale na kanonsko pravo.

U vreme dolaska austro-ugarske vlasti, crkveno-školske opštine su imale svoje ustaljene, tradicionalne aktivnosti i način rada, za koje se osmanska vlast nije mnogo interesovala.

Promena vlasti donela je nove uslove života i rada i za crkveno-školske opštine. Ubrzo posle okupacije i formiranja organa vlasti u Sarajevu, došlo je do sukoba sa crkveno-školskom opštinom u Mostaru. vlast je tvrdila da su crkveno-školske opštine nelegalna udruženja, koja rade van zakona jer nemaju statut i nisu registrovana. Crkveno-školska opština u Mostaru 1880. godine donosi Pravilnik i školsku uredbu. tako je nastao prvi Statut mostarske crkveno-školske opštine, koji će biti razlog kasnijih sukoba sa vlastima. B. Madžar navodi da odredbe ovog Statuta, koje su bile trn u oku vlasti, omogućuju „Opštini da istupa (u dogovoru sa mitropolitom) i u ime svih opština u Hercegovini, protiv čega je energično istupala okupaciona vlast... Pada u oči da ovim Pravilnikom nije uopšte predviđen nadzor političke vlasti nad radom crkveno-školske opštine i škole, što će u toku reorganizacija crkveno-školskih opština u Bosni i Hercegovini predstavljati jedan od glavnih zahtjeva okupatorske vlasti“ (Madžar, 1982: 120).

Ubrzo je došlo do sukoba oko Statuta, a rezultat je bio raspuštanje crkveno-školske opštine u Mostaru 1882. godine. Okružna vlast je predložila novi Statut 1885. godine. Po njemu vlast ima puni nadzor nad radom ove crkveno-školske opštine, svaki skup njenih članova mora se prijaviti, a svim sednicama prisustvuje predstavnik vlasti koji ima pravo da prekine zasedanje ukoliko proceni da rad opštine nije u skladu sa državnim zakonom.

Ovako formulisan i ponuđen statut Skupština crkveno-školske opštine nije prihvatila. Pregovori su nastavljeni, i 1888. godine konačno je usvojen statut i Mostarska crkveno-školska opština je obnovljena. Statut je zapravo bio gotovo istovetan Statutu iz 1885. godine, tj. vlast je, bar na papiru, uspjela da nametne kontrolu nad crkveno-školskom opštinom u Mostaru. Usvajanje ovakvog statuta ne samo da nije rešilo sukobe, već ih je još više razbukvalo.

Posle obnavljanja rada crkveno-školske opštine u Mostaru, došlo je i do prvih nesuglasica njenih predstavnika sa višom jerarhijom, tj. mitropolitom. Posle smrti leontija radulovića, 1889. godine, za novog mitropolita je izabran Serafim Perović. On će se odmah sukobiti sa crkveno-školskom opštinom oko načina izbora sveštenika i uprave imanjem i školom manastira Žitomislića. Sukob kulminira 1895. godine, kada dolazi do potpunog prekida odnosa mitropolita i crkveno-školske opštine.

Sa kanonskog aspekta, naročito je zanimljiv sukob oko načina izbora sveštenika. taj sukob je pokazao u kolikoj meri je došlo do zastranjenja na planu crkvenog života u srpskim pravoslavnim mitropolijama u BiH u tom periodu.

Te devijacije, koje su datirale još od pada pod osmansku vlast, postepeno su se razvijale i uzimale različite oblike, a bile su uzrokovane negativnim istorijskim okolnostima po pravoslavnu crkvu. najveću štetu Crkva nije trpela na institucionalnom nivou, već na planu svakodnevnog života. S druge strane, posledice odumiranja izvornog hrišćanskog, jevanđeljskog i bogoslužbenog života uticale su svakako i na Crkvu kao instituciju.

Zato i ne čudi što su odnosi između predstavnika i nosilaca različitih službi u Crkvi bili u osnovi poremećeni, pa su se dešavale i takve situacije kao što je ova koja je opisana.

Naime, u osmanskom periodu pojavila se praksa da pravoslavne sveštenike bira laička institucija, tj. crkveno-školska opština, bez učešća episkopa, putem konkursa.<sup>4</sup> izabranog sveštenika bi zatim mitropolit potvrđivao i rukopolagao. Pošto je sveštenika plaćala crkveno-školska opština, proizilazi da je on bio neka vrsta najamnog radnika, ili, u

---

<sup>4</sup> Ova praksa počinje da se razvija od druge polovine 17. v., kada jačaju laički elementi u crkvenoj opštini, konkretno odbor kmetova kao glavni upravni organ CO. Odbor kmetova preuzima na sebe funkcije sabora crkvene opštine, i pored upravljanja imovinom i finansijama počinje da postavlja paroha zajedno sa episkopom, čime sužava njegova prava koja su mu bila garantovana i crkvenim i državnim (osmanskim) pravilima (Mirković, 1965: 125 i 128).



najboljem slučaju, činovnika koga poslodavac prima i otpušta po svom nahođenju.

Nova vlast je htela da preko više jerarhije, koju je po konvenciji iz 1880. godine ona plaćala, drži pod kontrolom i nižu jerarhiju. tome su se suprotstavile crkveno-školske opštine, koje su htele da nezavisno od bilo koga biraju sveštenike za područje svoje crkvene opštine. tako se stvorila jedna zamršena situacija u kojoj su učestvovala tri strane: državna vlast, viša jerarhija i crkveno-školske opštine.

Crkveno-školska opština u Mostaru je posle prvih nesuglasica sa mitropolitom Serafimom počela da ga optužuje za saradnju sa vlastima i gušenje nacionalne borbe. U prilog ovoj optužbi išla je i činjenica da je zemaljska vlada davala punu podršku mitropolitu.

Jasno je da je novonastala situacija najviše odgovarala upravo državnoj vlasti, koja je jedva dočekala podelu unutar Crkve, jer je ta podela udarala na nacionalno jedinstvo. vlast je veštīm potezima održavala i produbljivala ovaj sukob, usmeravajući svu svoju snagu na slamanje i stavljanje pod kontrolu institucije crkveno-školske opštine.

S druge strane, viša jerarhija se nalazila u veoma teškom položaju, razapeta između vlasti koja ju je plaćala, i sa kojom je za dobrobit Crkve i naroda morala da saraduje, i predstavnika naroda, koji su bili uglavnom nepomirljivi protivnici iste te vlasti.

Na osnovu ovog kratkog uvida u problem odnosa crkveno-školskih opština i mitropolita može se uvideti da je kanonski aspekt problema oko izbora sveštenika i uprave nad manastirom Žitomislīć bio u drugom planu, iako su se svi pozivali na kanonsko pravo.

Šta se konkretno desilo u ovom slučaju? Početkom 1889. godine, Mostarska crkveno-školska opština je odlučila da izabere jednog obrazovanog sveštenika koji će opsluživati parohiju u gradu Mostaru. raspisan je konkurs na koji su se prijavila četvorica kandidata, od kojih je izabran sveštenik iz Dubrovnika Jovan Bućin. Okružna vlast se usprotivila ovom načinu izbora, pozivajući crkveno-školsku opštinu da molbe kandidata predaju mitropolitu, koji će izabrati jednog od njih i postaviti ga na parohiju u Mostaru. Okružni predstojnik je obavestio crkveno-školsku opštinu da je izbor paroha na jednoj mitropolitskoj crkvi kroz svetovnu (laičku) opštinu po kanoničkim propisima i posvećenim dogmama nedopustiv (Madžar, 1982: 135).

J. Cisman, u to vreme, jedan od vodećih rimokatoličkih stru čnjaka za kanonsko pravo, tvrdio je da samo u BiH i nigde više jedna laička institucija bira sveštenika bez uticaja lokalnog episkopa (Ibid.).

To pravo crkveno-školska opština nije imala ni po svom statutu iz 1888. godine. Državna vlast se, dakle, pozivala na kanonsko pravo i statut crkveno-školske opštine, a crkveno-školska opština na svoje tradicionalno, nepisano pravo i običaj iz osmanskog perioda. vlast je zapravo bila protiv ovog izbora iz političkih razloga, jer je izabrani sveštenik Bućin bio osvedočeni rodoljub i panslavista (Ibid.).

Bez obzira na to što je pozivanje na kanonsko pravo od strane vlasti bila zloupotreba u političke svrhe, treba ispitati da li su, zaista, sa kanonskog aspekta gledano, crkveno-školske opština imale pravo da na taj način biraju sveštenike.

Episkop nikodim Milaš, jedan od glavnih autoriteta na polju crkvenog prava u okviru pravoslavne crkve, o izboru sveštenika kaže da „glavni i odlučni glas pri postavljanju paroha mora pripadati vrhovnome nosiocu eparhijske vlasti, naime, episkopu. Ovo pravo episkopa, koliko potiče iz prirode same stvari, toliko je bilo potvrđeno zakonodavstvom crkve sviju vijekova“ (Milaš, 2004: 435). na osnovu ovih reči jasno je da je, prema pravoslavnom shvatanju i crkvenom zakonodavstvu, prvenstveno episkop taj koji bira i postavlja sveštenike u svojoj eparhiji. Bez njegovog blagoslova, tj. odobrenja, ne može se obaviti nijedan posao u eparhiji, pa tim pre ni izbor sveštenika.

Postavlja se pitanje da li narod, tj. laici, imaju u češća u izboru sveštenika i ako imaju, na koji način?

Sveštenike je u osmanskom periodu birala crkveno-školska opština, već pomenutom metodom konkursa, koja je potpuno strana pravoslavnom predanju.

Dakle, očigledno je da je došlo do poremećaja i narušavanja odnosa na planu bogoslužbene i jerarhijske strukture Crkve koju čine tri službe: episkopska, sveštениčka i služba laika. za normalno funkcionisanje crkvenog organizma neophodno je da između nosilaca ovih službi bude savršeno jedinstvo, ali i jasno razlikovanje službi, tj. nemešanje istih.

Ipak, laici nisu potpuno isključeni iz procesa izbora sveštenika budući da čine neophodni i nezamenjivi deo Crkve. Pitanje je samo koji način je sa kanonske strane ispravan. n. Milaš o ovom pitanju smatra da „isto kao i glas klira, slušao je episkop i glas dotičnog naroda, prije nego što će mu postaviti nekoga za pastira (sveštenika)... po kanoničkim naredbama

pravoslavne crkve, vrhovno pravo pri postavljanju paroha pripadalo je eparhijskom episkopu; narod je imao u tome da iskaže mišljenje svoje o dotičnom licu, koje će da mu bude pastir, i da zsvjedoči povjerenje... Učešće klira (u izboru sveštenika) više ili manje se zadržalo, a učešće naroda, uslijed veze, u koju je stupila crkva sa državom, prešlo je većim dijelom na državnu vlast, čiju je pomoć crkva često sama tražila...“ (Ibid.: 435–436).

Na osnovu navedenog Milaševog mišljenja jasno je da je uloga laika pri izboru sveštenika neophodna, ali njen karakter je savetodavan, nikako presudan. iako se u slučaju koji razmatramo radilo o već rukopoloženom svešteniku koji samo prelazi iz parohije u parohiju, a ne kandidatu za sveštenečki čin, to ne menja ovaj osnovni stav.

Crkveno-školska opština je mogla da preporuči i garantuje mitropolitu za određenu ličnost koju većina želi, ali nikako nije mogla da sama, nezavisno od episkopa, metodom konkursa bira sveštenike. to je kanonski nedopustivo, iako je u osmanskome periodu, zbog spleta nesrećnih istorijskih okolnosti, to bilo donekle opravdano. Desilo se to da je jedna, silom prilika, nametnuta, kanonski iskrivljena i u krajnjoj tački necrkvena praksa, zaživela kao pravilo na osnovu izvesne tradicije. istorija Crkve svedoči o mnoštvu takvih slučajeva, ali svedoči i o tome da je Crkva živo telo Hristovo koje je u stanju da prevaziđe takve pojave.

Tvrđi stav crkveno-školskih opština po ovom pitanju svedoči o gubitku autentične crkvene svesti i mešanju iste sa nacionalno-političkom. S druge strane, i stavovi mitropolita su uglavnom bili nefleksibilni, i tamo gde je mogla da se primeni snishodljivost, to je izostalo. Sve ovo je rezultiralo potpunim raskidom predstavnika crkveno-školskih opština i mitropolita 1895. godine, i to u trenutku kada je duhovno- nacionalno jedinstvo Srba bilo preko potrebno. Situacija je bila u pojedinim mestima katastrofalna po Crkvu, jer je narod odbijao da prihvati sveštenika koga je mitropolit izabrao i postavio, a koga je takođe plaćala država. Deca nisu krštavana, pokojnici su sahranjivani bez opela, svadbe bez čina venčanja itd. Sveštenike koje nije izabrala crkveno-školska opština narod je pogrdno nazivao „namet-popovima“ (Milošević, 2012: 63–65).

Država je ovu situaciju vešto koristila da što više produbi nesuglasice i razjedini Crkvu, a time i narod. Stekao se utisak da su se mitropoliti udružili sa vlašću da bi crkveno-školske opštine potčinili sebi. takve optužbe su odmah počele da kruže po narodu, a širili su ih pojedinci iz redova crkveno-školskih opština, uglavnom

imućnije gazde. U mnogim slučajevima, lični sukobi interesa stajali su u pozadini problema odnosa crkveno-školskih opština i više jerarhije, tako da treba pažljivo i analitički pristupati ovoj problematici da bi se dobila realna slika stanja.

Viša jerarhija je bila prinuđena da saraduje sa vlašću, što joj je često uzimano za zlo. nije isključena ni mogućnost da su se mitropoliti ponekad oslanjali na državnu vlast da bi ostvarili ili zaštitili svoja kanonska prava, kao u ovom slučaju koji je istraživao, ili u slučaju sukoba oko uprave nad manastirom Žitomislić. Međutim, pogrešno bi bilo na osnovu ovoga zaključiti kako je viša jerarhija izdala narod i stavila se u službu okupatora, kako su u to vreme o ovom problemu pisali pojedini novinski listovi u Srbiji i Rusiji. Mitropolit Serafim je, npr., tako predstavljan kao unijata od strane listova u Srbiji (Madžar, 1982: 165).

Ovaj spor crkveno-školskih opština i vlasti, u koji je ubrzo uključena i viša jerarhija, 1896. godine uzeće masovni oblik i prerašće u pokret Srba za versko-prosvetnu samoupravu.

Najviše problema ipak je izazivalo pitanje izbora mitropolita. konačni predlog narodnih vođa bio je da **eparhijska skupština bira tri kandidata, a car imenuje jednog** (istakao autor). Po ovom predlogu eparhijska skupština bi imala 70 članova; predsednik bi bio mitropolit, a odnos laika i sveštenika bi bio 5 prema 2 (Ibid: 352). laici bi prema ovom predlogu, zahvaljujući skupštinskoj većini, imali odlučujuću reč pri izboru mitropolita.

N. Milaš navodi da je učešće naroda u izboru episkopa do početka 4. veka bilo nezaobilazno. Glas naroda je bio podjednako važan kao i glas jerarhije, a bez saglasnosti naroda niko nije mogao biti izabran za episkopa. Međutim, nastavlja Milaš, zbog raznih zloupotreba, laodikijski sabor (13. kanon), koji je održan u drugoj polovini 4. veka, zabranio je „skupu svjetine“ da učestvuje u izboru episkopa. Glas naroda je sveden na glas uglednijih predstavnika naroda, što je ozakonilo car Justinijan u 6. veku (novela 123). već od 13. veka preovladava praksa propisana Prvim vasiljenskim saborom (4. kanon), koja kaže da episkopa bira isključivo sabor svih episkopa te oblasti (Milaš, 2004: 378–380).

Kao što vidimo, učešće naroda u izboru više jerarhije je zbog nemira, smutnji i zloupotreba postepeno smanjivano i na kraju potpuno ukinuto. Crkva, dakle, može da menja način biranja episkopa vodeći računa prvenstveno o svojim potrebama i istorijskom kontekstu u kome se nalazi, čuvajući pritom svoj identitet. zato i ne čudi različita praksa pri izboru episkopa u pravoslavnim crkvama tog doba. na primer, u rumunskoj,

Bugarskoj i kiparskoj crkvi, te u Sibirskoj mitropoliji, u to vreme narod učestvuje u izboru episkopa (Ibid: 386).

Na osnovu ovoga može se zaklju čiti da ovakav predlog načina izbora mitropolita nije u potpunosti kanonski, jer oduzima jerarhiji glavnu ulogu u izboru, a laicima umesto savetodavne i konfirmativne daje presudnu ulogu na osnovu skupštinske većine. ali, kao što se videlo, ni ovakva praksa nije bila nepoznata u pravoslavnom svetu tog doba (u Sibirskoj mitropoliji je bila gotovo identična situacija), i ipak se može prihvatiti, pre svega zato što odgovara potrebama crkve u konkretnoj istorijskoj situaciji. U slučaju koji se razmatra, predstavnici crkveno- školskih opština vide SPC kao čuvara duhovnog i nacionalnog jedinstva svog naroda koji se nalazi pod inoslavnom vlašću, i ta činjenica oblikuje njihov stav po pitanju kanonskog uređenja same crkve.

#### **4. Predlog statuta crkveno-školskih opština**

Narodne vođe su u periodu od 1896. do 1902. godine iznele niz predloga rešenja problema crkveno-školske autonomije, tj. uređivanja unutarcrkvenih odnosa, te odnosa Crkve i države. Početni stav je bio radikaln i beskompromisan, međutim, kako je vreme odmicalo takav tvrdi kurs je slabio. na kraju, predstavnici crkveno-školskih opština su 1902. g. formulisali svoje stavove u vidu tzv. šolnih<sup>5</sup> 11 tačaka. Ovaj predlog je bio zapravo skraćen Jeftanovićev<sup>6</sup> statut iz 1898. god., ali sa bitnim odstupanjima u pravcu kompromisa sa jerarhijom i vlašću. šolnih 11 tačaka vlast je prihvatila kao zvanični stav narodnih vođa.

Zanimljivo je istaći da je eduard Horovic<sup>7</sup>, koji je 1902. godine preuzeo odlučujuću ulogu u pregovorima sa predstavnicima crkveno-školskih opština, zapazio da su upravo kanonska pitanja ta koja kočé pregovore. Po njegovom mišljenju, nije se smelo prepustiti jerarhiji i laicima da ih

---

5 vojislav šola (1863–1921) bio je jedan od najuglednijih Srba u Mostaru tog doba. zajedno sa Gligorijem Jeftanovićem stao je na čelo pokreta za crkveno-školsku au tonomiju 1896. g. Bio je i predsednik Bosanskog sabora, progonjen i u tamničen više pu ta zbog otvorenog protivljenja režimu (radojčić, 2009: knj. III, 1166–1167).

6 Gligorije Jeftanović (1840–1929) bio je jedan od najuglednijih Srba svog vremena iz Bosne i Hercegovine. Potiče iz bogate sarajevske trgovačke porodice, u vreme borbe za crkveno-školsku au tonomiju bio je jedan od istaknu tih članova opozicije au trougarskom režimu i višoj jerarhiji. Biran je i za potpredsednika velikog upravnog i prosvetnog savjeta, kao i za člana Bosanskog sabora. U toku Prvog svetskog rata, u dva navrata, suđeno mu je za veleizdaju. Posle rata bio je predsednik narodnog vijeća za Bosnu i Hercegovinu (radojčić, 2009: knj. II, 130).

7 šef odeljenja za BiH u zajedničkom ministarstvu finansija austro-Ugarske.

nezavisno od vlasti rešavaju. Horovic je predložio da se zemaljska vlada aktivno uključi i u rešavanje kanonskih nesuglasica (Madžar, 1982: 351).

Iz ovoga proizilazi je da je kanonskopравни aspekt problema crkveno-školske autonomije jednako bitan kao i pitanje državnih nadležnosti u odnosu na Crkvu. za kompletniju analizu problematike rada, neophodno je u kratkim crtama razmotriti konačni predlog Statuta narodnih vođa, tj. šolinih 11 tačaka.

Prvih 5 tačaka se odnose na unutarcrkvene odnose, drugih pet govore o odnosu Crkve i države, a u poslednjoj tački se traži garancija zemaljske vlade da se konačni, zajednički Statut neće naknadno menjati, tj. da se neće nametati nove odredbe posle njegovog usvajanja.<sup>8</sup>

Prva tačka predviđa da konvencija iz 1880. godine, ipak, ostane na snazi, uz izvesne uslove. Ovo je bio prvi veliki ustupak s obzirom da je do tada jedan od glavnih zahteva narodnih vođa bilo ukidanje konvencije. za ovo istraživanje važno je detaljnije razmotriti odredbe koje se tiču crkvene organizacije i administracije.

## **5. Organi crkveno-školske uprave**

Pored mitropolita, koji je glava crkvenog sabranja, i bez koga pravoslavna crkva ne može postojati, drugi jednako važan činilac crkvenog života su pomoćni organi mitropolita: konzistorija, Duhovni sud, eparhijska skupština i Upravni i prosvetni savet.

Organi crkvene uprave zaista jesu pomoćni organi episkopa, čija je funkcija da mu pomognu da efikasnije upravlja eparhijom. episkop po kanonskom pravu ima apsolutnu bogoslužbenu, upravnu i sudsku vlast u okviru svoje eparhije. O tome direktno ili indirektno govori mnoštvo kanona<sup>9</sup>. Jasno je da reč episkopa u svim ovim organima treba da bude odlučujuća i presudna, a reč ostalih članova savetodavna.

Predlog rešenja ovog pitanja znatno odstupa od ranijih radikalnih stavova predstavnika crkveno-školskih opština, tako se, što se tiče konzistorije (Saveta), odustalo od ranijeg zahteva da ona bude mešovitog sastava (6 sveštenika i 3 laika) i predloženo je da članovi konzisto-

---

<sup>8</sup> Detaljnije o predlogu Statuta narodnih vođa, tj. šolinih 11 tačaka vidi u (Madžar, 1982: 352–354).

<sup>9</sup> vidi npr. kanon 39. apostolski u (Jevtić, 2005: 47).

rije budu isključivo sveštenici (Madžar, 1982: 352), što sasvim odgovara normama kanonskog prava.<sup>10</sup>

šolin predlog sastava velikog duhovnog suda bio je da taj organ čine sva četiri mitropolita, zatim 8 sveštenika i 4 laika koje bi birale eparhijske skupštine. Ovaj sud bi bio sud druge instance i rešavao bi uglavnom bračne sporove (Madžar, 1982: 361).

S obzirom na delokrug rada, sastav suda nije problematičan, sve dok ne dođe do toga da laici preuzmu inicijativu i njihov glas postane odlučujući (Milaš, 2004: 350).

Sledeći organ crkveno-školske uprave bi bila eparhijska skupština, koja bi trebalo da ima 70 članova, mitropolit bi bio na čelu, a odnos sveštenika i laika bi bio 2 prema 5. eparhijska skupština bi bila zakonodavno telo i birala bi predstavnike za veliki duhovni sud i Upravni i prosvetni savet i, što je najvažnije, birala bi tri kandidata za mitropolita, od kojih bi car imenovao jednog.

Članovi bi se birali mešovitim putem, tj. sveštenstvo i laici bi bili jedinstveno izborno telo, a ne separatno za šta se zalagala jerarhija (Madžar, 1982: 353).

Na osnovu ovoga se vidi da je ovaj organ uprave bio od izuzetnog značaja za crkveno-školski život jedne eparhije, praktično najviši organ crkveno-školske vlasti na nivou eparhije. nadležnosti eparhijske skupštine su mešovito, crkveno-školskog karaktera, i zato je učešće laika u njoj opravdano.

---

10 episkop nikodim Milaš detaljno objašnjava istorijski razvoj ove institucije navodeći nazive i oblasti delatnosti (službu) svih članova konzistorije, kako postojećih u njegovo vreme (početak 20. veka), tako i onih koji su ranije postojale. Osnovne delatnosti konzistorije su: čuvanje i održavanje pravoslavne vere i bogoslužnja, podizanje i popravljavanje manastira i crkava, prosuđivanje o kakvoćama kandidata za sveštenstvo, briga o urednosti u vršenju službe od strane sveštenstva itd. (Milaš, 2004: 413–415 i 418). Ustanova konzistorije, tj. crkvenog suda (saveta), postoji i u Crkvi od najranijeg vremena. naravno, vremenom se menjao način organizacije, rada i samo njeno ime, a od 8. veka konzistorija postoji u svakoj episkopiji pravoslavne crkve. Članovi konzistorije su oduvek bili isključivo sveštenici (do 12. veka i sveštenomonasi), te stoga je jedan od najstarijih naziva za ovu ustanovu i bio „Prezviterski savet“. n. Milaš dalje navodi da u karlovačkoj mitropoliji u sastav konzistorije ulaze i laici. Po njemu, uloga laika u radu konzistorije može biti samo savetodavna. laici mogu da učestvuju u radu konzistorije samo kao posmatrači, i da eventualno po blagoslovu episkopa iznesu svoje mišljenje, analogno njihovoj ulozi u radu pomesnog ili vasiljenskog sabora. Ovo se odnosi kako na verske tako i na administrativne poslove (Ibid., 418 i 237).

Međutim, D. ruvarac navodi primer raznih zloupotreba eparhijske skupštine u karlovačkoj mitropoliji, tvrdeći da je ona ustrojena po luteranskom modelu koji je stran pravoslavnom kanonskom predanju i srpskom mentalitetu. zato je takav sistem crkveno-školske uprave i dovodio do brojnih zloupotreba i apsurdnih situacija, kao npr. da potpuno necrkveni ljudi, pa čak i deklarirani ateisti, budu članovi ili predsednici u ovim crkveno-školskim organima uprave (ruvarac, 1899: 56–59).

Poslednji organ crkveno-školske uprave bio bi veliki upravni i prosvetni savet, najviša crkveno-školska vlast, čiji sastav bi činili: 4 mitropolita, zatim sveštena lica i laici, birani iz sve četiri eparhijske skupštine srpskih pravoslavnih mitropolija u BiH. Odnos laika i sveštenika bi bio 2 prema 1. Ovaj organ bi odlučivao o osnivanju i o nadzoru nad obrazovnim ustanovama srpskog naroda u BiH (Madžar, 1982: 353 i 362). Pošto se i ovde radi o mešovitom organu sa dvostrukim poljem delatnosti, važi isti komentar kao i za eparhijsku skupštinu.

Kao što se vidi iz ovog kratkog prikaza konačnog predloga statuta predstavnika crkveno-školskih opština, laički element je korigovao svoje radikalne stavove, koji su bili potpuno strani kanonskom predanju pravoslavne crkve.

Prema kanonima pravoslavne crkve, odnos laika i klira je određen njihovom službom u Crkvi. Službe u Crkvi su pak istovremeno različite i neodvojive i, što je izuzetno bitno, ne mogu se mešati međusobno. na primer, đakon ne može vršiti službu episkopa i obrnuto. U tom bogoslužbenom poretku treba tražiti i model za sve ostale sfere crkvenog života.

Služba laika u Crkvi je pre svega bogoslužbenog karaktera, kao uostalom i služba episkopa i sveštenika, i prvenstveno se sastoji od potvrđivanja onoga što savršava klir. Bez narodnog amina (potvrde), nema bogoslužjenja Crkve, tj. nema ni Crkve same. laici su, dakle, konstitutivni deo Crkve. tako treba da bude i na polju uprave, organizacije, ekonomije i celokupnog života Crkve – laici su ti koji svedoče, savetuju i konačno potvrđuju svaku odluku episkopa.

## **6. Zaključak**

Predstavnici crkveno-školskih opština zajedno sa narodom i većinom parohijskog sveštenstva, s jedne, i viša jerarhija, s druge strane, imali su u suštini jedan te isti cilj. Taj cilj je bio da se očuvaju nacionalno i duhovno jedinstvo i identitet srpskog naroda u BiH, koji su bili



ugroženi od strane nove inoslavne vlasti. Cilj je bio isti, ali način ostvarenja nije, i u toj tački je došlo do razdora. Pošto je viša jerarhija bila u činovničkom položaju u odnosu na državu koja ju je finansirala, narodni predstavnici su težili da preuzmu dominantnu ulogu u Srpskoj pravoslavnoj crkvi i da je u što većoj meri distanciraju od državne kontrole. time je viša jerarhija stavljena u veoma težak položaj, budući da su mitropoliti morali da budu istovremeno i lojalni vlasti i narodni pastiri. S obzirom na to da je konačno rešenje crkveno-školske autonomije trebalo da potvrdi i Carigradska patrijaršija, državna vlast i obe strane u ovom sukobu su se pozivale na kanonsko pravo u pokušaju da opravdaju svoje stavove. analiza unutarcrkvenih odnosa sa aspekta kanonskog prava pokazala je pod kojim uslovim i na koji način je moguće ustrojiti i uskladiti odnose između različitih struktura i službi u Crkvi, a da pritom bude očuvan njen kanonski poredak.

### Literatura/References

Kraljačić, t. (1987). *Kalajev režim u Bosni i Hercegovini (1882–1903)*.

Sarajevo: IRO „Veselin Masleša“.

Madžar, B. (1982). *Pokret Srba Bosne i Hercegovine za vjersko-prosvetnu samoupravu*. Sarajevo: irO „veselin Masleša“.

Milaš, n. (2004). *Pravoslavno crkveno pravo*. Beograd-šibenik: istina, izdavačka ustanova eparhije dalmatinske.

Milošević, B. (2012). *Pravoslavno sveštenstvo u društvenom razvoju Bosanske Krajine u drugoj polovini XIX i početkom XX vijeka*. Banja luka: filozofski fakultet Banja luka.

Milošević, B. (2017). Uredba crkveno-prosvjetne uprave srpskih pravo- slavnih eparhija (mitropolija) u Bosni i Hercegovini“, *Zbornik radova Stotinu dvadeset godina od početka borbe srpskog naroda u Bosni i Hercegovini za crkveno-školsku samoupravu (1896–2016)*, Banja luka: 72–88. [elektronska verzija]. Preuzeto 10. 12. 2018. <http://www.srbiubih.com>

Mirković, M. (1965). *Pravni položaj i karakter srpske crkve pod turskom vlašću (1459–1766)*, Beograd: zavod za izdavanje udžbenika Socijalističke republike Srbije.

Radojčić, S. J. (2009). *Srbi zapadno od Dunava i Drine*, knj. II i III, novi Sad: izdavačka kuća Prometej.

Ruvarac, D. (1899). *Ustav crkvene i školske samouprave srpsko-pravoslav- nog naroda u BiH sastavljen Dr. Emilom Gavrilom, prikazan protojerejem Dimitrijem Ruvarcem*. zemun: štamparija Jovana Pulja.

*Svešteni kanoni Crkve, prevod sa grčkog i slovenskog Episkopa Atanasija umirovljenog Hercegovačkog*, Beograd: Mitropolije i eparhije: Crnogorsko-Primorska, Dabro-Bosanska, novogračanička, Bačka, Dalmatinska, zahumsko-Hercegovačka i Primorska, Pravoslavni bogoslovski fakultet Univerziteta u Beogradu 2005.

Slijepčević, Đ. ( 2002). *Istorija Srpske pravoslavne crkve, Knjiga 2, Od početka XIX veka do kraja Drugog svetskog rata*. zemun: Jr] zemun.

Šarkić, S. (2008). Shvatanja atanasija iz aleksandrije o monarhiji. *Zbor- nik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2008, 55–67.

Šarkić. S. ( 2009). Pravne i političke ideje ambrozija iz Milana. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1/2009, 21–37.

Šneler, H. ( 1898). *Državno-pravni položaj Bosne i Hercegovine*. [elektron- ska verzija]. Preuzeto 7. 12. 2018. <http://www.scribd.com>

Biografija mitropolita nikolaja Mandića [elektronska verzija]. Preuzeto 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.*



## ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M51)

### UPUTSTVO AUTORIMA

<b>Opšte napomene</b>	Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa <i>Word</i> , u fontu <i>Times New Roman ćirilica (Serbian-Cyrillic)</i> , (osim originalnih latiničnih navoda), <b>veličina fonta 12 pt</b> , razmak između redova 1,5. Format stranice treba da bude <b>A4</b> .
<b>Obim rada</b>	Jedan autorski tabak - rad ne treba da ima više od <b>40.000 karaktera</b> , odnosno 6.000 karaktera kada se radi o prikazima, uključujući razmake.
<b>Jezik i pismo</b>	Jezici na kojima se mogu objavljivati radovi su srpski, engleski, ruski, francuski i nemački.
<b>Naslov rada</b>	<b>Naslov rada</b> kucati veličinom fonta <b>14 pt, bold</b> , Times New Roman Naslov rada priložiti i na engleskom jeziku.
<b>Autor(i)</b>	Ne unositi ime(na) autora u tekst rada da bi se obezbedila anonimnost recenziranja. Podaci o autoru(ima) biće dostupni redakciji preko Asistent programa.
<b>Podaci o projektu ili programu*</b>	Na dnu prve stranice teksta, treba navesti u fusnoti sledeće: Naziv i broj projekta, naziv programa, naziv institucije koja finansira projekat.
<b>Podaci o usmenom saopštenju rada*</b>	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).
<b>Apstrakt</b>	Apstrakt sadrži 100-250 reči.
<b>Ključne reči</b>	Ne više od 10 ključnih reči na srpskom i engleskom jeziku (Key words).
<b>Napomena o anonimnosti</b>	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).
<b>Struktura teksta</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Uvod</li> <li>2. Podnaslov 1             <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Podnaslov 2                 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Podnaslov 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Podnaslov 2</li> <li>4. Zaključak</li> </ol> <p>Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, <b>bold</b>.</p>
<b>Literatura (References)</b>	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).
<b>Rezime (Summary)</b>	Piše se na kraju teksta posle Literature, dužine do 2 000 karaktera (uključujući razmake), na srpskom i engleskom jeziku.
<b>Tabele, grafikoni, slike</b>	Tabele uraditi u Wordu ili Excelu. Fotografije, grafikoni ili slike dostaviti u formatu jpg.
<b>Autorska prava</b>	Autori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava.
<b>Dostava radova</b>	Radovi se predaju putem onlajn sistema za elektronsko uređivanje ASISTENT, <a href="http://aseestant.ceon.rs/index.php/zrpfm/index">http://aseestant.ceon.rs/index.php/zrpfm/index</a>

\* Ovi podaci unose se samo u slučaju da rad ispunjava navedene uslove (projekat ili saopštenje)



## UPUTSTVO ZA CITIRANJE LITERATURE

Navođenje 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 prevođenja.

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.	<b>Prvo citiranje u tekstu:</b> (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) <b>Naredno citiranje u tekstu:</b> (Dimitrijević et al. 2007: 200)
Kolektivno autorstvo	<i>Oxford Essential World Atlas</i> . (1996). 3.ed. Oxford: Oxford University Press.	(Oxford, 1996: 245)
Rad ili deo knjige koja ima priređivača	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U Pavlović, V. i Orlović, S. (Prir.). <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> . Beograd: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289.	(Nolte, 2007: 280)
Članak u časopisu	Marković, R. (2006). Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled. <i>Analitički 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. Tokyo: Kodansha. 1-3.	(Pittau, 1983: 3)
Institucija kao autor	Republički zavod za statistiku. (2011). <i>Mesečni statistički bilten</i> . Br. 11.	(Republički zavod za statistiku, 2011)
Propisi	Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 62. 2004.	<b>Fus nota:</b> 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.	<b>Fus nota:</b> Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] <i>uuu</i> Одлука Уставног суда IU-197/2002
Elektronski izvori	Wallace, A.R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Preuzeto 15.11.2005. <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> ili European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Preuzeto 24.5.2007. <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>	<b>Navođenje u tekstu:</b> (Wallace, 2001)  <b>Fus nota:</b> European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Preuzeto 24.5.2007. <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>

## ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M51)

### UPUTSTVO AUTORIMA

<b>Opšte napomene</b>	Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa <i>Word</i> , u fontu <b>Times New Roman ćirilica (Serbian-Cyrillic)</b> , (osim originalnih latinićnih navoda), <b>velićina fonta 12 pt</b> , razmak između redova 1,5. Format stranice treba da bude <b>A4</b> .
<b>Obim rada</b>	Jedan autorski tabak - rad ne treba da ima više od <b>40.000 karaktera</b> , odnosno 6.000 karaktera kada se radi o prikazima, uključujući razmake.
<b>Jezik i pismo</b>	Jezici na kojima se mogu objavljivati radovi su srpski, engleski, ruski, francuski i nemaćki.
<b>Naslov rada</b>	<b>Naslov rada</b> kucati velićinom fonta <b>14 pt, bold</b> , Times New Roman Naslov rada priložit i na engleskom jeziku.
<b>Autor(i)</b>	Ne unositi ime(na) autora u tekst rada da bi se obezbedila anonimnost recenziranja. Podaci o autoru(ima) biće dostupni redakciji preko Asistent programa.
<b>Podaci o projektu ili programu*</b>	Na dnu prve stranice teksta, treba navesti u fusnoti sledeće: Naziv i broj projekta, naziv programa, naziv institucije koja finansira projekat.
<b>Podaci o usmenom saopštenju rada*</b>	Ako je rad bio izložen na naućnom skupu u vidu usmenog saopštenja pod istim ili slićnim nazivom, podatak o tome treba navesti u okviru posebne napomene na dnu prve strane teksta (fusnota).
<b>Apstrakt</b>	Apstrakt sadrži 100-250 reći.
<b>Ključne reći</b>	Ne više od 10 ključnih reći na srpskom i engleskom jeziku (Key words).
<b>Napomena o anonimnosti</b>	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 slićno).
<b>Struktura teksta</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Uvod</li> <li>2. Podnaslov 1 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Podnaslov 2 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Podnaslov 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Podnaslov 2</li> <li>4. Zaključak</li> </ol> <p>Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, <b>bold</b>.</p>
<b>Literatura (References)</b>	Piše se nakon teksta, kao posebna sekcija. Poredati sve jedinice azbućnim redom po prezimenu autora, a kod istog autora, po godini izdavanja (od najnovije do najstarije). Molimo autore da iskljuće komandu numbering, tj. bez brojeva ispred. (Pogledati tabelu na kraju uputstva).
<b>Rezime (Summary)</b>	Piše se na kraju teksta posle Literature, dućine do 2 000 karaktera (uključujući razmake), na srpskom i engleskom jeziku.
<b>Tabele, grafikoni, slike</b>	Tabele uraditi u Wordu ili Excelu. Fotografije, grafikoni ili slike dostaviti u formatu jpg.
<b>Autorska prava</b>	Autori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava.
<b>Dostava radova</b>	Radovi se predaju putem onlajn sistema za elektronsko uređivanje ASISTENT, <a href="http://asecstant.ceon.rs/index.php/zrpf/index">http://asecstant.ceon.rs/index.php/zrpf/index</a>

\* Ovi podaci unose se samo u slućaju 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 prevođenja.

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	<b>Prvo citiranje u tekstu:</b> (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) <b>Naredno citiranje u tekstu:</b> (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 priređivača	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>Anal. 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)	<b>Fus nota:</b> 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)	<b>Fus nota:</b> 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 <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> ili European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>	<b>Navodenje u tekstu:</b> (Wallace, 2001)  <b>Fus nota:</b> European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>



## Collection of Papers, Faculty of Law, Niš (M51)

### GUIDELINES FOR AUTHORS

<b>General notes</b>	The paper shall be processed in <i>MS Word (doc.)</i> format: paper size A4; font <b>Times New Roman (Serbian-Cyrillic)</b> , except for papers originally written in <i>Latin</i> script; font size 12 pt; line spacing 1,5.
<b>Paper length</b>	The paper shall not exceed 16 pages. <b>An article</b> shall not exceed 40.000 characters (including spaces). <b>A review</b> shall not exceed 6.000 characters (including spaces).
<b>Language and script</b>	Papers may be written in Serbian, English, Russian, French and German.
<b>Paper Title</b>	<b>The paper title</b> shall be formatted in font <b>Times New Roman</b> , font size <b>14 pt, bold</b> . The title shall be submitted in English as well.
<b>Author(s)</b>	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.
<b>Data on the project or program*(optional)</b>	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.
<b>Data on the oral presentation of the paper*(optional)</b>	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.
<b>Abstract</b>	The abstract shall comprise 100 - 250 words at the most
<b>Key words</b>	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.
<b>Note on author's identity (anonymity)</b>	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)
<b>Text structure</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Introduction</li> <li>2. Chapter 1             <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Section 2                 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Subsection 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Chapter 2</li> <li>4. Conclusion</li> </ol> <p>All headings (Chapters) and subheadings (Sections and Subsections) shall be in <i>Times New Roman</i>, font 12 pt, <b>bold</b>.</p>
<b>References</b>	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 <i>Guidelines for Authors</i> .
<b>Summary</b>	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.
<b>Tables, graphs, figures</b>	Tables shall be prepared in <i>MS Word</i> or in <i>Excell</i> . Photos, graphs or figures shall be in <b>jpg</b> format.
<b>Copyright</b>	The authors are obliged to sign a written consent on the transfer of copyright. The Author's Statement may be downloaded <a href="#">here</a> .
<b>Paper submission</b>	The articles are to be submitted via online editorial management system ASISTENT, <a href="http://aseestant.ceon.rs/index.php/zrpf/index">http://aseestant.ceon.rs/index.php/zrpf/index</a>

\* 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	<b>First in-text citation:</b> (Osterrieder, Bahloul, Wright, Shafner, Mozur, 2006: 31) <b>A subsequent in-text citation:</b> (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). <i>Chemical and Surgical Castration</i> . In Wright, R. G. (ed.), <i>Sex Offender Laws, Failed Policies and New Directions</i> (pr. 291-338). New York: Springer	(Scot, del Busto, 2009: 295)
Journal article	Sandler, J. C., Freeman, N. J. (2007). <i>Tipology of Female Sex Offenders: A Test of Vandiver and Kercher</i> . <i>Sex Abuse</i> . 19 (2). 73-89	(Sandler, Freeman, 2007: 79)
Encyclopedia	Pittau, J. (1983). <i>Meiji constitution</i> . 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)	<b>Footnote:</b> 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 IU-197/2002, <i>Official Gazette RS</i> , No. 57 (2003)	<b>Footnote:</b> Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] or Constitutional Court decision IU-197/2002
Online sources	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15 November 2005, from <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> ; or European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>	<b>In-text citation:</b> (Wallace, 2001)  <b>Footnote:</b> European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>