

UDK 34(058)

ISSN 0350-8501

UNIVERZITET U NIŠU
PRAVNI FAKULTET

**ZBORNİK RADOVA
PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU**

BROJ 100 | GODINA LXII | 2023

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

N° 100 | YEAR LXII | 2023

NIŠ, 2023.

ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU

Niš, 2023.

Izdavač

Pravni fakultet u Nišu

Za izdavača

Prof. dr Nebojša Raičević, dekan

Glavni i odgovorni urednik

Dr Miroslav Lazić,

redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Uredništvo

Dr Nevena Petrušić, redovni profesor
Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Dr Irena Pejić, redovni profesor Pravnog
fakulteta Univerziteta u Nišu

Dr Srđan Golubović, redovni profesor
Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Dr Marija Ignjatović, redovni profesor
Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Dr Aleksandar Mojašević, redovni
profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta u Nišu

Dr Dušica Miladinović Stefanović,
vanredni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta u Nišu

Naučni savet

Dr Vladimir Đurić, naučni saradnik
Instituta za uporedno pravo u Beogradu

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

Dr Vesna Knežević Predić, redovni
profesor Fakulteta političkih nauka,
Univerziteta u Beogradu

Dr Hajrija Mujović, naučnik savetnik
Instituta društvenih nauka u Beogradu

Dr Dušan Nikolić, redovni profesor
Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom
Sadu

Dr Vladan Petrov, redovni profesor
Pravnog fakulteta Univerziteta u
Beogradu

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

Dr Dragoljub Todić, redovni profesor
Instituta za međunarodnu politiku i
privredu u Beogradu

Dr Sanja Ćopić, viši naučni saradnik
Instituta za kriminološka i sociološka
istraživanja u Beogradu

Međunarodni redakcioni odbor

Dr Željko Bartulović, redovni profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Hrvatska

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 Mustafa Yasan, vanredni profesor Pravnog fakulteta u Izmiru, Demokratski Univerzitet, Turska

Dr Todor Kalamatijev, redovni profesor Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" u Skoplju, Republika Severna Makedonija

Dr Zlatan Meškić, redovni profesor Pravnog fakulteta Princ Sultan Univerziteta u Rijadu, Kraljevina Saudijske Arabije

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 Dimitrije Čeranić, vanredni profesor Pravnog fakulteta u Istočnom Sarajevu, Republika Srpska, Bosna i Hercegovina

Urednik rubrike: dr Mihajlo Cvetković, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Sekretar Redakcionog odbora: dr Marija Dragičević, 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: 100

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, 2023

Publisher:

Faculty of Law, University of Niš

For the Publisher:

Prof. dr Nebojša Raičević Dean

Editor-in-Chief:

Dr Miroslav Lazic, Full Professor
Faculty of Law, University of Niš

Editorial Board of the Law Faculty Journal

Dr Nevena Petrušić, Full Professor, Faculty
of Law, University of Niš

Dr Marija Ignjatović, Full Professor, Faculty
of Law, University of Niš

Dr Irena Pejić, Full Professor, Faculty of Law,
University of Niš

Dr Aleksandar Mojašević, Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Dr Srđan Golubović, Full Professor, Faculty
of Law, University of Niš

Dr Dušica Miladinović Stefanović, Associate
Professor, Faculty of Law, University of Niš

Scientific Council

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

Dr Vladan Petrov, Full Professor, Faculty of
Law, University of Belgrade, Serbia

Dr Gordana Ilić-Popov, Full Professor,
Faculty of Law, University of Belgrade,
Serbia

Dr Darko Simović, Full Professor, University
of Criminal Investigation and Police Studies
Zemun, Belgrade, Serbia

Dr Vesna Knežević Predić, Full Professor,
Faculty of Political Science, University of
Belgrade, Serbia

Dr Dragoljub Todić, Full Professor, Institute
of International Politics and Economics,
Belgrade, Serbia

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

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

Dr Dušan Nikolić, Full Professor, Faculty of
Law, University of Novi Sad, Serbia

International Editorial Board

Dr Željko Bartulović, Full Professor, Faculty of Law, University of Rijeka, Croatia

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

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)

Dr Michael Geistlinger, University of Salzburg, Department of Public International Law, Salzburg, Austria

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

Dr Mustafa Yasan, Associate Professor, Faculty of Law Izmir, Democracy University, Turkey

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

Dr Zlatan Meškić, Full Professor, College of Law at Prince Sultan University, Riyadh, Kingdom of Saudi Arabia (KSA)

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

Dr Željko Radić, Full Professor, Faculty of Law, University of Split, Croatia

Dr Dimitrije Čeranić, Associate Professor, Faculty of Law in East Sarajevo, Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina

Column Editor: Dr Mihajlo Cvetković

Secretary of the Editorial Board: Dr Marija Dragićević

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: 100

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

<http://www.ebscohost.com/public/legal-source>
<http://home.heinonline.org/titles/Law-Journal-Library/Collection-of-Papers-Faculty-ofLaw-Nis/?letter=C>

Central and Eastern European Online Library – CEEOL

SADRŽAJ / CONTENTS

Uvodna reč.....	11
-----------------	----

I ČLANCI / ARTICLES

Rodna Živkowska, Tina Pržeska, Protection of the Right to Ownership in Macedonian Property Law.....	15
<i>Zaštita prava svojine u makedonskom stvarnom pravu</i>	

Miroslav Lazić, Načelo pouzdanja u registar nepokretnosti i ugovorno sticanje svojine od knjižnog vlasnika	37
<i>The Principle of Trust in Real Estate Records and Contractual Acquisition of Property from the Registered Owner</i>	

Milena Jovanović Zattila, Pravo zaposlenog na sticanje udela u društvu sa ograničenom odgovornošću	57
<i>The Right of an Employee to acquire Shares in a Limited Liability Company</i>	

Dušica Miladinović Stefanović, Saša Knežević, Otklanjanje pravnih nedostataka pravnosnažnih presuda.....	73
<i>Removing Legal Deficiencies of Final Judgments</i>	

Maja Lukić Radović, Milena Manojlović Nedeljković, Efikasnost zajedničkog istražnog tima kao instrumenta za prikupljanje i razmenu dokaza u prekograničnim istragama	93
--	----

*Effectiveness of the Joint Investigation Team as
an Instrument for Gathering and Exchange of
Evidence in Cross-Border Investigations*

Ljubica Nikolić,

Savremene finansijske tehnologije i
tradicionalno bankarstvo 125
Modern Financial Technologies and Traditional Banking

Anđelija Tasić, Goran

Obradović,

(Ne)osuđivanost kao diskriminatorski uslov za zasnivanje
radnog odnosa 143
*Employment Discrimination based on
Prior Criminal Conviction*

Mihajlo Cvetković,

Kripto kao predmet ugovorne obligacije prema Uredbi o
tržištima kripto imovine (MICA) i
Zakonu o digitalnoj imovini 159
*Crypto as an object of contractual obligation
under the Regulation on Markets in Crypto Asset
(MiCa) and the Digital Assets Act (DAA)*

Carmen Oana Mihăilă,

Mircea Mihăilă,

Video Surveillance and Artificial Intelligence: How does it
affect privacy and intellectual property rights? 189
*Video nadzor i veštačka inteligencija: Uticaj na pravo na
privatnost i prava intelektualne svojine*

Sanja Đorđević Aleksovski,

Locus standi pojedinaca kod tužbe za
poništaj akata Evropske unije 223
*Locus standi of Non-Privileged Applicants
in EU Annulment Actions*

Sladana Mladenović, Peculiarities of the Action for Annulment against Decisions of the EU Decentralised Agencies' Boards of Appeal249 <i>Specifičnosti tužbe za poništaj odluka Odboraza žalbe decentralizovanih agencija EU</i>
Miljan Savić, Moralno rasuđivanje i profesionalna poslovna etikau računovodstvenoj profesiji – analiza sprovedenih istraživanja269 <i>Moral Reasoning and Professional Business Ethics in the Accounting Profession: Analysis of conducted research</i>
Uputstvo za autore / Guidelines for Authors..... 289

Uvodna reč

Poštovani čitaoci,

sa zadovoljstvom vam predstavljamo broj 100/2023 Zbornika radova Pravnog fakulteta u Nišu, sa 12 aktuelnih i kvalitetnih naučnih radova na srpskom i engleskom jeziku. Težnja da u svakom broju imamo i određeni broj kvalitetnih radova eminentnih naučnika na stranom jeziku je ostvarena i u ovom broju. Mali jubilej, objava broja 100, obeležena je kvalitetnim radovima interesantna široj, pre svega pravničkoj, publici.

Glavni i odgovorni urednik Prof.
dr Miroslav Lazić

U Nišu, decembar, 2023. godine

Editor's Introductory Note

Dear Readers,

We are pleased to present a new issue of our law journal Collection of Papers of the Law Faculty, University of Niš (no. 100/2023), which contains 12 high-quality scientific papers on current law-related issues. In line with the conceptual framework of this journal, we pursue the tradition of publishing papers on various legal issues written both in Serbian and in English. To that effect, this issue includes a number of articles written in English. The publication of number 100 of our law journal is a small jubilee, which is marked by the publication of high-quality papers which will be interesting to a wider, primarily legal, audience.

Editor-in-Chief,
Prof. Miroslav Lazić, LL.D.

Niš, Decembar 2023

I ČLANCI

Rodna Živkowska*, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law Iustinianus Primus,
University Ss Cyril and Methodius Skopje,
Republic of North Macedonia

Tina Pržeska*, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law Iustinianus Primus,
University Ss Cyril and Methodius Skopje,
Republic of North Macedonia

originalni naučni rad
10.5937/zrpfno-48109

UDK: 347.23(497.7)

Rad primljen: 06.12.2023.

Rad prihvaćen: 17.12.2023.

PROTECTION OF THE RIGHT TO OWNERSHIP IN MACEDONIAN PROPERTY LAW

Abstract: *The paper analyses the legal remedies for the protection of the right of ownership in Macedonian property law and in comparative law. This research focuses on the protection of ownership in the Macedonian property law system, as guaranteed by the provisions of the basic Ownership and Other Property Rights Act. This Act regulates different types of petitory actions (lawsuits) for the protection against infringement or interference with the ownership right whose scope and effectiveness will be analyzed in this paper. The analysis will extend to special laws regulating some form of protection of the ownership right. The paper also includes a comparative analysis of the legal mechanisms for protecting the right of ownership in the legal system of EU member states and other European countries, pinpointing the similarities and differences in the legal approach to protecting the right of ownership between countries. Considering that the right of ownership is protected by Protocol 1 of the European Convention on Human Rights, the paper will also address the European Court of Human Rights approach to protecting the ownership right under the Convention.*

Keywords: *ownership, protection, petitory action, property.*

* r.zivkowska@pf.ukim.edu.mk

* t.przeska@pf.ukim.edu.mk

1. Introduction

The right of ownership is unequivocally recognized as a fundamental property right that directly affects the social and economic well-being of the individual. Due to its relevance, the ownership right is regulated by both national laws and international acts.

Ownership is a right that affords the owner full and exclusive power over the object of ownership. As a result, the owner is entitled to use and dispose of the object of ownership in any way he or she finds fit while respecting the limitations imposed by the laws. By exercising the right of ownership, each owner strives to satisfy his or her economic interests and needs. For this to be possible, the contemporary legal systems need to create a legal climate where owners can peacefully enjoy their right of ownership. Multidimensional and effective protection of the right of ownership is important in creating such a legal climate. The multidimensionality of ownership right protection involves protection at different levels (national and international), protection by different authorities, implementation of alternative dispute resolution mechanisms, etc. The effectiveness of protection of the ownership right is evaluated by the availability, accessibility, and effectiveness of the legal remedies for the protection of the right of ownership, providing equality of arms, institutional diligence in the protection of the right of ownership, etc. In this paper, the protection of the right of ownership in the Macedonian property law system will be closely analyzed.

2. Constitutional guarantees for the protection of the right of ownership

The protection of the ownership right as a fundamental right is guaranteed by the highest legal act in the Macedonian legal system – the Constitution¹. The Macedonian Constitution considers the protection of the right of ownership to be one of the fundamental values of the Macedonian constitutional system (Art. 8). By promoting the protection of the right of ownership as fundamental, the Macedonian Constitution gives clear direction on how the issue of ownership protection should be treated in the property law regulation. The Constitution also incorporates safeguards against unlawful and arbitrary deprivation of ownership. Article 30 of the Macedonian Constitution states that the right of ownership is guaranteed, and that no one can be deprived or limited in the exercise of his or her right of ownership unless it is in the public interest. The Constitution states that any limitation or deprivation of the right of ownership for the sake of public interest must be determined by law to prevent any arbi-

1 The Constitution of the Republic of North Macedonia, *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, 52/1991.

<https://www.wipo.int/wipolex/en/text/437750>

trary actions on the part of state authorities. In case of limitation or deprivation of one's right of ownership, just compensation is guaranteed no less than the market value of the expropriated property. The Macedonian Constitution also protects the freedom of individuals to acquire ownership without limitations by guaranteeing free enterprise. Ownership rights of foreigners are also protected by the Macedonian Constitution (Art. 31). Foreigners are allowed to acquire ownership in the Republic of North Macedonia, under conditions specified by the basic Ownership and Other Property Rights Act ².

The guarantees for ownership protection are not a unique feature of the Macedonian Constitution. The constitutions of many European countries (EU member states and countries aspiring to EU membership) also guarantee the right of ownership and its protection.

Article 14 of the German Constitution³ states that property and inheritance are guaranteed within their content and limits determined by law. The German Constitution also safeguards against unlawful deprivation of property by determining that expropriation is permitted only for the public good and with guaranteed compensation for the affected party.

Article 26 of the Swiss Constitution⁴ guarantees the right to own property and states that any compulsory purchases and restrictions equivalent to compulsory purchases will be conducted with full compensation for the affected party.

The Spanish Constitution⁵ recognizes the right to private property and guarantees that no one may be deprived of his or her property unless it is on the justifiable grounds of public utility and social interest (Article 33). In case of property deprivation, compensation is guaranteed in accordance with the law.

2 Ownership and other Property Rights Act, *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, 18/2001, https://www.libertas-institut.com/de/MK/nationallaws/law_on_ownership_and_other_real_rights.pdf

3 The German Constitution: The Basic Law for the Federal Republic of Germany (Grundgesetz) of 23 May 1949, last amended 19.12.2022; https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html

4 The Federal Constitution of the Swiss Confederation of 18 April 1999 (status as of 13 February 2022), <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/en>

5 The Constitution of Spain 1978 (last revised 2011), *Official State Gazette No. 233/2011*; <https://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#tp>

The Italian Constitution⁶ recognizes two types of property: private and public. The Italian Constitution guarantees private property and states that it may be acquired and exercised within the limits determined by law (Article 42). Expropriation of property is permitted only in the public interest, with just compensation for the affected party.

The Constitution of the Republic of Serbia⁷ guarantees the peaceful enjoyment of property (Article 58), the equality of all types of ownership, and guarantees protection of all types of ownership (Article 86).

The Constitution of the Republic of Croatia⁸ declares the inviolability of the right of ownership (Article 3). The Constitution also guarantees the right of ownership (Article 48), and safeguards against unlawful deprivation of ownership (Article 50).

The Constitution of the Republic of Slovenia⁹ guarantees the right of ownership (Article 33) and safeguards against unlawful deprivation of ownership (Article 69).

The Constitution of the Republic of Montenegro¹⁰ guarantees the right of ownership (Article 58), and promotes equality of all types of ownership (Article 139).

By analyzing the constitutional guarantees of the right of ownership and its protection we notice that these guarantees aim to create a base for further regulation of the protection of the ownership right by laws. The constitutional acts promote ownership protection supported by the notion that its protection should be a core value in the property law system. The analyzed constitutional acts also promote equality in acquiring and exercising the right of ownership for all individuals under conditions determined by the law, which among other things, translates into an obligation for the legislators to provide effective and equally available remedies for the protection of ownership. In all the analyzed

6 The Constitution of the Italian Republic of 22 December 1947, last amended on 19.10. 2020, https://www.quirinale.it/allegati_statici/costituzione/costituzione_inglese.pdf

7 The Constitution of the Republic of Serbia, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, 98/2006. <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/en-GB/235-100028/constitution>

8 the Constitution of the Republic of Croatia, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, 56/1990, 135/97, 113/00, 28/01, 76/10 and 5/14; <https://www.sabor.hr/en/constitution-republic-croatia-consolidated-text>

9 The Constitution of the Republic of Slovenia, *Official Gazette of the Republic of Slovenia*, 33/1991, last amended in 2016; <https://faolex.fao.org/docs/pdf/slv129862.pdf>

10 The Constitution of the Republic of Montenegro, *Official Gazette of the Republic of Montenegro*, 1/2007, last amended 2013; <https://www.skupstina.me/en/the-constitution-of-montenegro>

constitutional acts, safeguards are placed against unlawful and/or arbitrary deprivation of ownership on the part of state authorities. These safeguards aim to prevent deprivation of the right of ownership from one private individual for the benefit of another by determining that the deprivation or limitation of the right of ownership can only be conducted in the public interest. For the sake of predictability of the circumstances in which a person can be deprived or limited in the exercise of his or her right of ownership, the analyzed constitutional acts determine that any deprivation or limitation of the right of ownership in the public interest must be done under conditions determined by the law. The analyzed constitutional acts also promote the proportionality between public and private interest regarding the exercise of the right of ownership. In that sense, the social function of the right of ownership is highlighted, which justifies sacrificing an individual's right of ownership for the public interest, but with guaranteed compensation for the affected party.

3. Legal base for protection of the ownership right in the Macedonian property law

There are various ways of protecting the right of ownership in the Macedonian property law system regulated by the Act on Ownership and Other Property Rights (hereinafter: the Ownership Act, OA) and other laws as well.

The main source of protection of the right of ownership is the Ownership Act, a general act which contains the basic provisions on property relations in the Macedonian legal system. It regulates the right of ownership in its three basic forms: private ownership, state ownership, and municipal ownership (Article 2 OA). The legal regime of things as an object of ownership and other property rights is regulated in part. The Ownership Act also regulates neighbors' rights (Articles 17-29), different types of co-ownership (Articles 31-111), possession (Articles 167-191), and property rights of foreigners (Articles 240-252 OA). It also regulates other property rights: servitudes (personal and predial), the right of pledge (pawn/lien and mortgage), and real burdens (Articles 192- 239 OA).

Considering the scope of regulation in the Ownership Act, it is understandable why this Act regulates the petitory actions (lawsuits), which are the main type of legal actions for the protection of the right of ownership (Articles 156-166 OA). The Ownership Act regulates four types of petitory action: action for the recuperation of ownership (*actio rei vindicatio*), the action of the presumed owner (*actio Publiciana*), the action to deny (*actio negatoria*), and the action for the protection of co-ownership and joint ownership. Besides the petitory actions as the main form of protection, the Ownership Act protects ownership via neighbors' law (Articles 17-29) and prohibition of abuse of rights (Article

9(2) OA). By invoking neighbors' law, the real estate owner can protect his or her right to peaceful enjoyment of property against the neighbors who failed to abide by the obligations and limitations imposed by the neighbors' law. Invoking the abuse of rights can protect the owner's right from infringements and interferences caused by the improper or immoral exercise of the right of ownership by another owner. The use of possessory rights protection afforded by the Ownership Act is another rather indirect way to protect ownership (Art. 184 OA). By protecting his or her possession, the owner maintains physical control over the thing he or she owns. Maintaining physical control over the thing means exercising the power to hold the object of ownership, which is one of the three main powers comprising the content of the right of ownership: the power to hold, use, and dispose of the object of ownership (Živkowska, 2005:17-23). Owners who were unlawfully deprived of the peaceful possession of their property can file a possessory action against the person or persons who deprived them of possession. The proceedings for the protection of possessory rights are restricted to protecting the person who had the last peaceful possession, without assessing the quality or lawfulness of that possession, which makes them expedient and effective in offering immediate protection.

Ownership protection can be achieved by using other legal remedies, such as: the declaratory judgment action, the actions against unlawful or erroneous registration of rights in real estate, the action to exclude in bankruptcy or enforcement proceedings, claim for return of property in criminal proceedings, and de-expropriation request. They are regulated by the Civil Procedure Act, the Real Estate Cadaster Act, the Bankruptcy Act, the Enforcement Act, the Expropriation Act, and the Criminal Procedure Act.

Declaratory judgment action is regulated by Article 177 of the Civil Procedure Act.¹¹ By filing for a declaratory judgment, the plaintiff aims to prove the existence or non-existence of a certain right, legal relation, or validity or invalidity of a legal instrument. When filing a declaratory judgment action, the plaintiff must prove that the use of such action is permitted by law or that he or she has a legitimate interest in filing it. Related to the protection of ownership, owners have a legitimate interest to file a declaratory judgment action when they have acquired the right of ownership by way of prescription and they need a legal instrument to prove it. Another potential use of the declaratory judgment action is when the validity of the contract based on which ownership has been acquired has been disputed.

11 The Civil Procedure Act, *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, 79/2005.

The actions against unlawful or erroneous registration of rights in real estate are regulated by Articles 237-238 of the Real Estate Cadaster Act.¹² Two types of legal actions can be filed before the Administrative Court against the Real Estate Cadaster Agency for unlawful or erroneous registration of rights in real estate.¹³ The first type of legal action is against decisions of the Agency denying the registration of rights or correcting errors in the registration of rights in the Real Estate Cadaster. The second type of legal action is a request for a certain registration of rights to be removed from the Real Estate Cadaster. Owners can protect their rights by using these types of actions when they have been unlawfully denied the registration of their ownership right in the Real Estate Cadaster, when their request for correction of data affecting their ownership right has been denied, or when another person has registered a right in the Real Estate Cadaster infringing on their right of ownership.

The action to exclude is used in bankruptcy or enforcement proceedings. This action aims to exclude certain property from the proceedings by proving that it does not belong in the debtor's estate against whom the proceedings are conducted. This action is explicitly recognized in Article 125 of the Bankruptcy Act.¹⁴ The Enforcement Act (EA)¹⁵ does not explicitly regulate this type of action but third parties are given the right to object before the courts to irregularities in the enforcement proceeding, which may include an objection that certain property subject to enforcement does not belong to the debtor in those proceedings (Article 86 EA). In terms of ownership protection, the action to exclude boils down to an action for recuperation of ownership on things that were mistakenly included in the debtor's property during bankruptcy or enforcement proceedings.

Under Article 110 of the Criminal Procedure Act,¹⁶ the owner may file a claim in criminal proceedings demanding the return of the property he/she was illegally deprived of.

De-expropriation request is another way for recuperating the ownership of real estate, in case the state authorities have failed to use the expropriated property

12 The Real Estate Cadaster Act, *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, 55/2013.

13 The action against erroneous registration of ownership is also regulated by the Ownership Act, in the chapter regulating the acquisition of ownership of real estate (Art. 151 (2) OA). It has the same effect: the erroneous registration will be removed from the record. The timeline for filing this action is 3 years from the day of the erroneous registration but the action is filed before the civil courts, not the Administrative Court.

14 The Bankruptcy Act, *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, 34/2006.

15 The Enforcement Act, *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, 72/2016.

16 The Criminal Procedure Act, *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, 150/2010.

for the designated purpose. According to Article 35 of the Expropriation Act¹⁷, the owner of the expropriated property can file a request for the expropriation act to be annulled resulting in the recuperation of the expropriated real estate. When the expropriation was done to construct structures or to perform other undertakings in the public interest of the State, the de-expropriation request can be filled if the designated purpose was not realized in 10 years. If the expropriation was done for the construction purposes or performing other undertakings of local public interest, the de-expropriation request can be filed if the designated purpose was not realized in 6 years. The ultimate timeline for filing the de-expropriation request is 15 years counting from the day that the expropriation act had become final.

Considering self-protection as a form of protection of the right of ownership, scholars note that it is not the most appropriate way of protection (Gavella, Josipović, Gliha, Belaj, Stipković, 2007: 585). The owner can practice self-protection of the ownership right only in exceptional situations. In such cases, self-protection should be aimed at deflecting an immediate danger of infringement of the ownership right, rather than recuperating ownership.

All the aforesaid legal bases for protection of the ownership right afford protection in a strict sense of the word, i.e. protection against infringement or interference with an acquired ownership right. Protection of ownership in a broader sense of the word includes protection of the freedom to acquire ownership under equal terms and conditions prescribed by law, protection against arbitrary acts of state authorities aimed at preventing the acquisition or peaceful enjoyment of one's property, compensation of damages due to loss of property, protection against imposing unjust or disproportionate burdens on property owners, etc.

Although there are many forms of protection of the ownership right, the detailed comparative analysis in this paper will be limited to the protection of ownership by means of filing petitory actions.

4. Protection of the right of ownership by petitory actions

As previously stated, petitory actions are the primary manner of protection against infringement or interference with the right of ownership. When determining the nature of petitory actions, most scholars tend to differentiate between the right to take action, and the action as a formal act. The right to take action is a right emerging from the substantive law and it is linked to the right of ownership (Gavella *et al.*, 2007: 580). In that sense, the right to take action (to seek protection) is guaranteed to each owner by the substantive law, and it takes

17 The Expropriation Act, *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, No. 95/12.

effect when the right of ownership has been infringed or interfered with by a third party. Regarding the link between the right to take action and the right of ownership, scholars point out that the right to take action is not a comprising component of the right of ownership, but a co-dependent right that the owner can exercise when his or her right of ownership has been violated (Gavella *et al.*, 2007: 580). The action as a formal act is of a procedural nature; it refers to the action (formal lawsuit) that the owner files seeking protection of the right of ownership before the courts (Gavella *et al.*, 2007: 581).

It is important to keep in mind that petitory actions have a dual nature. The effective use of the actions depends on them having a solid base in the substantive law, and also on them having the form and compulsory content determined by procedural law. In that sense, if a petitory action is based on the substantive law, but the action as a formal act (lawsuit) does not comply with the requirements imposed by procedural law, the courts will dismiss the action without evaluating its merit. The opposite also applies if the action as a formal act (lawsuit) complies with the requirement imposed by procedural law but it is not based on the substantive law; in such a case, the courts will deny it for lack of merit.

According to the Ownership Act (Articles 156-162 OA), petitory protection of the right of ownership includes four types of petitory action: a) the action for the recuperation of ownership (*actio rei vindicatio*), b) the action of the presumed owner (*actio Publiciana*), c) the action to deny (*actio negatoria*), and d) the action for the protection of co-ownership and joint ownership.¹⁸ The Act also mentions the declaratory judgment action and the action to exclude as viable for protection of the right of ownership (Article 163 OA), but does not regulate them as petitory actions, thus leaving its regulation to other laws.

4.1. The action for the recuperation of ownership (*actio rei vindicatio*)

The action for the recuperation of ownership (*actio rei vindicatio*) is a classical petitory action dating from the period of Roman law.¹⁹ As scholars point out,

18 The Italian Civil Code regulates the action for establishing fences and the action for affixing or re-establishing land markers as petitory actions (Art. 950 and 951). The Croatian Ownership and other Property Rights Act regulates the action to remove erroneous registration of rights in real estate as petitory action (Article 168).

19 The action for the recuperation of ownership is recognized in the Italian Civil Code (Art. 948), the Spanish Civil Code (Art. 348), the German Civil Code (Art. 985), the Slovenian Property Code (Art. 92), the Croatian Ownership and Other Property Rights Act (Art. 162), the Serbian Ownership Act (Art. 37), and the Property Relations Act of Montenegro (Art. 112). It has to be noted that the German Civil Code, and the Montenegrin Property Relations Act, and the Croatian Ownership and other Property Rights Act contain the most detailed provisions regulating this action. The German Civil Code and the Montenegrin Property

the main objective of this action is for the owner to recuperate the possession of the object of ownership (Babić, 2021: 365).²⁰ Since the main objective of the action is for the owner to recuperate proprietary possession (from the holder), this action can only be filed by the owner, and not by a person holding some other possessory right over the object (for example positive predial servitudes, usufruct). However, we must keep in mind that the Ownership Act does call for the appropriate application of petitory actions in protecting other property rights. In such cases, the use of the petitory actions is modified following the nature of the other property right, meaning that these provisions are not directly applicable.

In the action for recuperation of ownership, the principal claim of the plaintiff is the reinstatement of the owner's possession over his/her property. The principal claim is not subject to prescription and it can be filed at any time. Both the plaintiff and the defendant can make additional claims based on mutual obligations related to the use of the property in question.²¹ The additional claims are based on obligations, and they are prescribed over the period of 3 years, counting from the day that possession was reinstated to the plaintiff/owner.

The burden of proof for the plaintiff filing an action for the recuperation of ownership consists of proving three things: 1) one's right of ownership; 2) that the defendant is in possession of his/her property; and 3) one's identification of his/her property (Art. 156 OA).

Proving one's ownership entails proving that the plaintiff is the true and rightful owner of the property in question. The plaintiff must prove the existence of a legal base (*iustus titulus*) and a lawful manner of acquisition of the right of ownership (*modus acquirendi*). If the acquisition of the right of ownership was derivative, the plaintiff must also prove that his/her predecessor was also the true and rightful owner of the property in question. When the predecessor's acquisition of ownership was also derivative, true and rightful ownership of the person before him/her also needs to be proven, and so on, until it reaches the owner whose acquisition of the ownership right over the property in question was original. The requirement of successively proving the true and rightful

Relations Act regulate in detail the rights and obligations arising between the owner and the possessor, while the Croatian Ownership and Other Property Rights Act focuses on regulating the conditions for filing the action in detail.

20 Also see: Stanković, Orlić, 2001: 132; Kovačević Kuštrimović, Lazić, 2009: 140; Albaladejo, 2016: 213; Lacruz Berdejo, 2000: 286.

21 The plaintiff can demand the fruits that the defendant had collected, compensation for collected, sold, or destroyed fruits, and compensation for the use of the property on the part of the defendant. The defendant can ask for compensation for expenses related to the property (Articles 157-158 of the Ownership Act).

ownership over the property in question up to the original owner when filing an action for the recuperation of ownership can be rather burdensome; for this reason, the Romans called it *probatio diabolica* (devilish burden of proof). However, in contemporary law, this is not necessarily true. If the property in question is real estate, sufficient proof of ownership is the property certificate. There is a legal presumption that all owners registered in the Real Estate Cadaster are true and rightful owners²², so no further proof of ownership is required. If the property in question is a movable thing (a chattel), the duty to successively prove the true and rightful ownership over the property in question still stands. Regarding this issue, scholars note that there is a rather practical way for the current owner to circumvent the need to prove true and rightful ownership of his/her predecessors simply by claiming that the acquisition of the ownership right was original even if it was derivative (Gavella *et al.*, 2007: 595). This kind of claim can be made under the assumption that the owner (plaintiff) or his/her predecessor meets the requirements for acquiring ownership originally (by prescription, by occupation, etc.).

The plaintiff also has the burden of proving that the defendant is in possession of the plaintiff's property. The action for the recuperation of ownership must be directed against the person in possession of the property in question, regardless of the type of possession (proprietary or non-proprietary, direct or indirect, conscientious or unconscientious, autonomous or not). According to legal scholars, the plaintiff has met this burden of proof if the defendant was in possession of the property in question at the moment when he/she received the lawsuit notice.²³ When the defendant's possession is not autonomous, he/she can call for the person who is the autonomous possessor to step into litigation (*nomination auctoris*).²⁴ However, if the autonomous possessor refuses to step into litigation, the litigation will continue with the same defendant.

For the action for recuperation of ownership to be successful, the plaintiff must also identify the property in question. Due to this requirement, the action for recuperation of ownership cannot be filed for recuperation of property consisting of generic things, unless they are in some way distinctive.

22 The principle of accuracy and fate in the public records (Article 145 of the Real Estate Cadaster Act).

23 If the defendant has relinquished or transferred the possession to another person after receiving the notice, some scholars consider that the plaintiff can change the claim to a claim for damages, or the court can order the defendant to bear the costs of returning the possession from the person to whom he/she transferred the possession (Kovačević Kuštrimović, Lazić, 2009: 141; Gavella, *et al.*, 2007: 596; Rašović, 2008: 177).

24 This procedural action at the disposal of the defendant is regulated in Article 198 of the Civil Procedure Act.

The defendant may object to the action by claiming that he/she is the true and rightful owner of the property at issue, that another person is the true and rightful owner, that the plaintiff has not met the burden of proof, that possession is based on lease or another contractual relation that has not expired, that he/she is not in possession of the property, etc.

4.2. The action of the presumed owner (*actio Publiciana*)

The action of the presumed owner (*actio Publiciana*) is a petitory action that also dates from the period of Roman law. At the time, it was introduced by the pretor Publicius for the protection of the conscientious possessor against third parties (Kovačević Kuštrimović, Lazić, 2009: 145-155). In contemporary property law²⁵, this action has kept its main purpose: to protect the possessor (presumed owners) from third parties that dispossessed him/her of the property in question. The effect of the action of the presumed owner is the same as the effect of the action for the recuperation of ownership; it results in the recuperation of proprietary possession. Yet, this action is advantageous in the sense that it requires a lesser burden of proof than the action for the recuperation of ownership. The presumed owner only needs to prove qualified possession appropriate for acquiring ownership by regular prescription. As scholars note, due to its advantage, even true and rightful owners often use it to recuperate possession of their property (Rašović, 2008: 193). However, the presumed owner cannot successfully protect his/her possession against the true and rightful owner with this action.

In the Ownership Act, the action of the presumed owner has two variations (Art. 160 OA) The first variation offers protection for the presumed owner against a third party who has taken possession of the property in question without legal base, or on a weaker legal base, meaning that a third party has no legal base to claim ownership over the property in question. The second variation resolves the collision of rights when both parties in the dispute can be considered presumed owners. When there is a collision of rights, the Act favors the party who has a stronger legal base (*iustus titulus*) in the sense that a legal base for acquisition with compensation is stronger than a legal base for acquisition without compensation. If the legal bases (*iustus titulus*) are identical, the Act favors the party holding possession

25 The action of the presumed owner is recognized by the Slovenian Property Code (Art. 98), the Croatian Ownership and Other Property Rights Act (Art. 166), the Serbian Ownership Act (Art. 40), and the Property Relations Act of Montenegro (Art. 123). The German Civil Code allows this type of action only in favor of the presumed owner of a movable chattel (Art. 1006).

The plaintiff filing an action of the presumed owner needs to identify the property in question (non-generic specification), to prove that he/she has a legal base for lawfully acquiring ownership, and to prove that the defendant is in possession of the property at issue.

The defendant may object that he/she is the true and rightful owner of the property in question, that he/she has a stronger legal base for possession, that the plaintiff has not met the burden of proof, that the plaintiff is the unconscientious party, etc.

4.3. The action to deny (*actio negatoria*)

The action to deny (*actio negatoria*) is a type of petitory action aimed to protect the owner, or the presumed owner, from interference with his/her property.²⁶ Legal scholars point out that there are two main differences between the action to deny and the action for the recuperation of ownership: 1) the action to deny is used when the owner is in possession of his/her property but endures interference with his/her right to peaceful enjoyment of that property by a third party, while the action for the recuperation of ownership is used when the owner is deprived of possession of his/her property; 2) when using the action to deny, the owner is not obligated to prove that he/she is the true and rightful owner but only that he/she is in possession of the property; when using the action for the recuperation of ownership, the owner is obligated to prove not just his/her right of ownership but also the right of ownership of his/her predecessors (Stanković, Orlić, 2001:141; Kovačević Kuštrimović, Lazić, 2009:143-144; Babić, 2021: 367-368).

By filing the action to deny the plaintiff (the owner or the presumed owner) aims to remove the interference with his/her property, to reinstate the previous condition of his/her property, and to prevent further (same or similar) interferences. The Ownership Act does not define what constitutes interference with the owner's (or presumed owner's) property. According to civil doctrine, any unlawful (verbal or physical) act committed continually²⁷ (either by performance or omission), without the permission and/or against the will of the owner, except dispossession, constitutes interference. The substantive base for the protection of the ownership right by using the action to deny is found in the very nature of

26 The action to deny is recognized by the Italian Civil Code (Art. 949), the German Civil Code (Art. 1004), the Slovenian Property Code (Art. 99), the Croatian Ownership and Other Property Rights Act (Art. 167), the Serbian Ownership Act (Art. 42), and the Montenegrin Property Relations Act (Art. 126). Notably, the Italian Civil Code regulates the declaratory judgment action as a variation of the action to deny (Art. 949).

27 Some scholars consider that even a one-time act can constitute interference if there is a justifiable expectation that the act would be repeated (Gavella, *et al*, 2007: 627).

the right of ownership as a full and exclusive right (Kovačević Kuštrimović, Lazić, 2009: 143). Along with the principal claim, the plaintiff may file an additional claim for damages. Unlike the principal claim, which is not subject to prescription, the additional claim for damages is prescribed by the Civil Obligations Act.

The plaintiff must prove the existence of the act of interference with his/her property at the time of filing the action to deny but he/she does not need to prove that the interference is unlawful or unauthorized.²⁸ As for proving the plaintiff's right of ownership, the burden of proof is very alleviated. The plaintiff only needs to prove that he/she holds proprietary possession. According to legal scholars, proprietary possession is sufficient for the action to deny because it is based on the legal presumption that the proprietary possessor is the likely owner of the property (Stanković, Orlić, 2001: 142).

The defendant is a person who has committed the act of interference. If the defendant has committed the act of interference by acting on someone else's orders, he/she can call for that person to step into litigation. The defendant may object to the action to deny (*actio negatoria*) by claiming that he/she has a legal right to commit the disputed act. For example, there is no trespass if the person has the right of way, as long as that person has acted in line with the established right of way. When the defendant claims to have had a legal right to commit the disputed act, he/she is obligated to prove it.

4.4. The action for the protection of co-ownership and joint ownership

The action for the protection of co-ownership and joint ownership regulated by Ownership Act is not a specific type of petitory action *per se*.²⁹ Article 162 of this Act specifies that each co-owner or joint owner individually has the right to initiate a lawsuit to protect the right of ownership over the entire co-owned or jointly owned property. The Ownership Act refers to protection against third parties by using all the available petitory actions (action for the recuperation of ownership, action of the presumed owner, the action to deny, and any other appropriate legal remedy). Yet, the Macedonian Ownership Act does not state whether the co-owner or the joint owner can file a petitory action against another co-owner or joint owner in case they infringe or interfere with his/her right of

28 The plaintiff is not required to prove that the act was unauthorized or unlawful because there is a legal presumption that the ownership right is unlimited unless proven otherwise (Stanković, Orlić, 2001: 142).

29 The action for the protection of co-ownership and joint ownership is regulated in the Slovenian Property Code (Art. 100), the Serbian Ownership Act (Art. 43), and the Property Relations Act of Montenegro (Art. 130).

ownership over the co-owned or jointly owned property.³⁰ The judicial practice is divided on this issue.

Some legal practitioners consider that the co-owners and joint owners cannot file petitory action against each other; instead, they should file a lawsuit demanding the regulation of their inner relationship by the courts (Čavdar, Čavdar, 2012:485). Others see no legal impediments for co-owners and joint owners to file petitory action against each other since they all have ownership over the property in question (Čavdar, Čavdar, 2012:486-487). We agree with the latter. The principle of equality in civil law relations, including the equality of arms, is one of the fundamental principles regulating all civil law relations. There is no justification for denying any form of protection to individuals who enjoy the same type of (ownership) right under the same conditions prescribed by the law. Regarding the argument that co-owners and joint owners have other legal remedies at their disposal for regulating their inner relationship, we note that this alternative way of protection may have limited effect when there is an interference with the right of ownership of the co-owner or the joint owner by other co-owners or joint owners. However, if there is an infringement of his/her right, and the co-owner or joint owner is dispossessed of the property in question, petitory actions may be the only remedy for recuperating possession and obtaining effective protection.

Evaluating the effectiveness of the petitory action, we note that the Ownership Act is in line with the contemporary legal systems regarding the regulation of petitory actions as a form of ownership protection. Along with the fact that there are alternative ways for the protection of ownership regulated both in the Ownership Act and other special laws, this makes the case for the availability of legal remedies. The constitutional guarantees for legal protection of ownership, complemented with the guarantees of equal protection under the Ownership Act for all owners (private individuals, the State, or municipalities) attests to the accessibility to legal remedies and equality of arms. Alternative dispute resolution is also possible for all property disputes. Two types of alternative dispute resolution mechanisms are available in the Macedonian legal system: mediation³¹ and arbitration³². Institutional diligence

30 By comparison, the Slovenian Property Code, the Serbian Ownership Act, and the Montenegrin Property Relations Act state that the co-owner is entitled to protect his/her part of the co-ownership against other co-owners. However, according to these laws, the same does not apply to joint owners.

31 Mediation as a mechanism for alternative dispute resolution is regulated by the Mediation Act (*Official Gazette of the Republic of Macedonia*, 294/2021)

32 The Republic of North Macedonia passed the International Trade Arbitration Act in 2006 (*Official Gazette of the Republic of Macedonia*, 39/2006). Many special laws refer to dispute resolution by arbitration in trade matters, consumer protection, etc. The Civil Procedure Act regulates arbitration proceedings (Art. 439-460); its provisions are applicable in all arbitration proceedings, except for those regulated by a special law.

has also increased by implementing regulations intended to speed up the litigation proceeding and provide effective legal remedies.³³ Overall, it may be concluded that there has been progress in modernizing and adapting the Macedonian property law system to EU standards and requirements.

However, despite all these efforts, some important issues have been neglected. The basic Ownership Act was omitted in the process of upgrading and modernizing Macedonian property law. It is overdue for revision due to the number of changes in the property law system brought on by special laws. Civil litigation has become more expensive and, as a result, less accessible to vulnerable groups. Arbitration and mediation as alternative dispute resolution mechanisms are seldom used by private individuals, and there is no visible effort to promote their use. The public trust in the judicial system has reached a record low (4% according to a poll presented by the International Republican Institute)³⁴. It has also been noticed that the courts have some degree of bias in property disputes in favor of the State. Serious issues such as these have undermined the efforts to provide effective legal protection of all rights, including ownership rights, in the Macedonian legal system. Thus, they need to be addressed as soon as possible.

5. Protection of the ownership right under the European Convention on Human Rights

The European Convention on Human Rights (ECHR, 1950)³⁵ is considered to be one of the most important international documents providing for the protection of human rights of individuals. The ECHR was inspired by the Universal Declaration of Human Rights (1948) and its aim to provide universal and effective recognition and observance of human rights. As stated in its Preamble, the purpose of the ECHR is the collective enforcement of human rights stated in the

33 For example, the courts or appeals have been limited on the number of times they may return the case to the first instance courts for reevaluation; now they may do it only once. The right to a fair and public trial within a reasonable time by an independent and impartial court was explicitly prescribed in Article 6 of the Courts Act (*Official Gazette of the Republic of Macedonia*, 58/2006). The Supreme Court was given the authority to rule on citizens' complaints concerning their right to a trial within a reasonable time (Art. 35(5) of the Courts Act). An Automated Court Case Management Information System was set up to provide for efficient and impartial distribution of court cases.

34 National poll of North Macedonia, Center for Insights in Survey Research, International Republican Institute, September - October 2022
[North-Macedonia_October-2022_Poll_Updated-5.17.23.pdf](#)

35 The European Convention on Human Rights (ECHR), Council of Europe, Strasbourg (adopted in 1950 and entered into force in 1953); https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ENG

Universal Declaration and reaffirmed by the ECHR in accordance with the principle of subsidiarity. In line with this principle, the contracting parties have the primary obligation to observe and protect the rights and freedoms guaranteed under the Convention. The countries are given a margin of appreciation (i.e. they have a leeway in choosing the manner of protecting the rights and freedoms guaranteed by the ECHR) but they are subjected to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights (ECtHR).

The Republic of North Macedonia ratified the ECHR in 1997 and, by doing so, became bound by it. Pursuant to the Macedonian Constitution, ratified international treaties become an integral part of the Macedonian legal system and they cannot be changed by domestic law (Art. 118). In essence, this means that domestic courts are bound by the ECHR just as they are bound by domestic law. Considering the supervisory jurisdiction of the ECtHR, it is important for judicial practice and legal practitioners to be informed about the fundamental judgments and decisions that shape the way that the ECHR is implemented in practice.

Article 1 of Protocol No.1 to the ECHR guarantees the right to peaceful enjoyment of property. It is important to note that the concept of property (under Article 1) is rather broad and includes all types of property rights and proprietary interests that transcend the traditional concept of what constitutes property.³⁶ However, there is no doubt that the right of ownership is protected under Article 1 (Protocol No. 1). Regarding the protection of the ownership right, we note that it extends to protection in a strict and in a broad sense. As the case-law analysis has shown, Article 1 applies to “existing possession” and to “legitimate expectation of obtaining possession” (CoE/ECtHR, 2022: 7). In terms of ownership, it translates to the acquired ownership rights and ownership that a person had a legitimate expectation to obtain.

In assessing a violation of Article 1 of Protocol No.1 to the ECHR, in the form of interference with a person’s right to peaceful enjoyment of property, the ECtHR applies the so-called “three rules approach”. It involves assessing whether there is deprivation of property, whether there is control of use of property in accordance with the general interest, and whether the general rule applies (in case of interference that cannot be classified as either deprivation or control of use). (CoE/ECtHR, 2022: 19).

The first step is the assessment of whether there is an interference with the right to the peaceful enjoyment of property. If some form of interference is

36 CoE/ECtHR (2022): Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights: Protection of Property, Council of Europe/European Court of Human Rights, 31 August 2022 (p. 7); https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG

established, the ECtHR proceeds to the second step: assessing whether the interference complies with or is contrary to Article 1 (Protocol 1). There are three basic criteria that the ECtHR uses in assessing whether interference with property is compatible with Article 1 (CoE/ECtHR, 2022: 19):

the interference must be lawful, i.e. it has to be based on a regulation that is clear, precise and publicly accessible, to protect from arbitrary behavior of authorities and lead to foreseeable results (consequences) in its application;

it must pursue a legitimate aim, which is rooted in the legitimate public interest;

it must be proportionate to the aims pursued, i.e. it has to ensure a fair balance between the public interest and the private interest of the individual who suffers the interference; the interference cannot create a disproportionate or excessive burden on the individual and be justified as public interest.

Under Article 1 of Protocol No. 1 ECHR, protection of the ownership right is provided whenever it is established that there has been an interference with one's property that is inconsistent with the provisions of Article 1 (Protocol 1). The criteria and principles that the ECtHR uses in assessing each individual case and establishing violations of the guaranteed right to peaceful enjoyment of one's property are well structured and should be considered and further developed by domestic judicial practice as well.

References

- Albaladejo, M. (2016), *Derecho Civil III*, Derecho de Bienes, Madrid: Edisofer S.L.;
- Babić I. (2021). *Uvod u građansko pravo i stvarno pravo* (9. izdanje). Priručnici za polaganje pravosudnog ispita. Knjiga 2. Beograd: JP Službeni Glasnik;
- Gavella, N., Josipović T., Gliha I., Belaj V., Stipković Z. (2007) *Stvarno pravo*. Svezak 1. Zagreb: Narodne Novine d.d;
- Lacruz Berdejo, J.L. (2000). *Elementos de Derecho Civil III, Derechos Reales*, Vol.1, Posesión y propiedad, Madrid: Dyckinson;
- Kovačević Kuštrimović, R., Lazić M. (2009). *Stvarno pravo*. Nish: Punta;
- Rašović, Z. P. (2008). *Stvarno pravo*. Podgorica;
- Stanković. O., Orlić M. (2001). *Stvarno pravo*. Beograd: Nomos. Živkowska, R. (2005). *Stvarno pravo*. Skopje: Evropa 92;

Čavdar K., Čavdar K. (2012). *Komentar na Zakonot za sopstvenost i drugi stvarni prava*. Skopje: Akademik.

Legal documents

The European Convention on Human Rights (1950), Council of Europe, Strasbourg; https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ENG

CoE/ECTHR (2022): Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights: Protection of Property, Council of Europe/European Court of Human Rights, 31 August 2022; https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_1_ENG

The German Constitution: The Basic Law for the Federal Republic of Germany (Grundgesetz) of 23 May 1949, last amended 19.12.2022; https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html

The Federal Constitution of the Swiss Confederation of 18 April 1999 (status as of 13 February 2022), <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/en>

The Constitution of Spain 1978 (last revised 2011), *Official State Gazette No. 233/2011*; <https://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#tp>

The Constitution of the Italian Republic of 22 December 1947, last amended on 19.10. 2020, https://www.quirinale.it/allegati_statici/costituzione/costituzione_inglese.pdf

The Constitution of the Republic of Serbia, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, 98/2006. <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/en-GB/235-100028/constitution>

The Constitution of the Republic of Croatia, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, 56/1990, 135/97, 113/00, 28/01, 76/10, 5/14; <https://www.sabor.hr/en/constitution-republic-croatia-consolidated-text>

The Constitution of the Republic of Slovenia, *Official Gazette of the Republic of Slovenia*, 33/1991, last amended in 2016; <https://faolex.fao.org/docs/pdf/slv129862.pdf>

The Constitution of the Republic of Montenegro, *Official Gazette of the Republic of Montenegro*, 1/2007, last amended 2013; [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL\(2005\)096-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL(2005)096-e)

The German Civil Code of 1900 (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*); https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/

The Italian Civil Code of 1942 (Codice civile); <https://faolex.fao.org/docs/pdf/ita197336.pdf>

The Spanish Civil Code of 1889 (Código Civil); [https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/Documents/Spanish_Civil_Code_\(Codigo_Civil_Espanol\).PDF](https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/Documents/Spanish_Civil_Code_(Codigo_Civil_Espanol).PDF)

The Slovenian Property Code, *Official Gazette of the Republic of Slovenia*, No. 87/2002; <https://www.ebrd.com/downloads/legal/core/slolom.pdf>

Ownership and Other Property Rights Act. *Official Gazette of the R. Croatia*, No. 91/1996; https://www.pak.hr/cke/propisi_zakoni/en/OwnershipandOtherRealRights/EN.pdf

Act on Basic Ownership and Proprietary Relations (Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa), *Official Gazette of R. Serbia No. 115/2005*; <https://www.osce.org/files/f/documents/1/d/34272.pdf>

Zakon o svojinsko-pravnim odnosima (the Property Relations Act), *Službeni glasnik Republike Crne Gore*, br. 19/2009; <https://www.paragraf.me/propisi-crnegore/zakon-o-svojinsko-pravnim-odnosima.html>

Macedonian legislation

The Constitution of the Republic of Macedonia, *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, 52/1991; <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/437750>

The Act on Ownership and other Real Property Rights, *Official Gazette of the R. Macedonia*, 18/2001, https://www.libertas-institut.com/de/MK/nationallaws/law_on_ownership_and_other_real_rights.pdf

The Act on Real Estate Cadaster. *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, No. 55/2013 <https://faolex.fao.org/docs/pdf/mac129800.pdf>

The Bankruptcy Act, *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, No. 34/2006; https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/mkd_e/wtaccmkd6_leg_1.pdf

The Criminal Procedure Act, *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, No. 150/2010; https://sherloc.unodc.org/cld/uploads/res/document/mkd/1996/criminal-procedure-code-of-the-republic-of-macedonia-as-of-2010_html/FYROM_Criminal_procedure_code_as_of_2010_English.pdf

The Courts Act, *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, No. 58/2006; https://vlada.mk/sites/default/files/dokumenti/zakoni/law_on_courts.pdf

Zakon za parničnata postapka (Civil Procedure Act), *Služben vesnik RM*, br.79/05, 110/08, 83/09, 116/10, 124/15; <https://www.slvesnik.com.mk/Issues/C727BE1C5EE5A648A4663606B7FBD8BD.pdf>

Zakon za ekspoprijacija (Expropriation Act), *Služben vesnik na R. Makedonija*, br. 33/95, 20/98, 40/99, 31/03, 46/05, 10/08, 106/08, No. 95/12.

Zakon za izvršivanje (Enforcement Act), *Služben vesnik na R. Makedonija*, br. 72/2016.

Zakon za katastar na nedvižnosti (The (Real Estate Cadaster Act), *Služben vesnik na R. Makedonija*”, br.55/2013, 41/2014, 115/2014; 116/2015, 153/2015 and 192/2015.

Zakon za medijacija (Mediation Act), *Služben vesnik na R. Makedonija*”, br. 294/2021.

Zakon za međunarodna trgovska arbitraža na republika (International Trade Arbitration Act), *Služben vesnik na R. Makedonija*, br. 39/2006.

Reports

National poll of North Macedonia, Center for Insights in Survey Research, International Republican Institute, September - October 2022; North-Macedonia_October-2022_Poll_Updated-5.17.23.pdf

Dr Rodna Živkowska,
Redovni profesor,
Pravni fakultet „Justinijan Prvi“, Univerzitet
„Sv. Kiril i Metodij“, Skoplje
Dr
Tina Pržeska,
Redovni profesor,
Pravni fakultet „Justinijan Prvi“, Univerzitet
„Sv. Kiril i Metodij“, Skoplje
Republika
Severna Makedonija

ZAŠTITA PRAVA SVOJINE U MAKEDONSKOM STVARNOM PRAVU

Rezime

Ustavne garancije prava svojine i njegove zaštite predstavljaju osnov za dalje regulisanje zaštite prava svojine posebnim zakonima. Ustavnim aktima se garantuje zaštita svojine kao suštinske i temeljne vrednosti, promoviše jednakost u sticanju i ostvarivanju prava svojine, štite za sva lica od nezakonitog i/ili proizvoljnog lišavanja svojine od strane državnih organa. i promoviše proporcionalnost između javnog i privatnog interesa.

Zaštita svojine u makedonskom stvarno-pravom sistemu regulisana je Zakonom o svojini i drugim stvarnim pravima. Kao primarni izvor zaštite ovih prava, Zakon predviđa petitorne tužbe kao glavni instrument za zaštitu prava svojine. Svojina je takođe zaštićena odredbama o susedskom pravu, zabrani zloupotrebe prava, i indirektno odredbama o zaštiti državnine. Zaštita svojine se može ostvariti i upotrebom drugih pravnih lekova, kao što su deklaratorna tužba, tužba protiv nezakonitog ili pogrešnog upisa prava na nepokretnosti, zahtev za izuzeće u stečajnom ili izvršnom postupku, zahtev za povraćaj imovine u krivičnom postupku, i zahtev za de-eksprijaciju, koji su propisani odredbama drugih zakona.

Zakon o svojini reguliše četiri vrste petitornih tužbi: revindikaciona tužba za povraćaj stvari (actio rei vindicatio); publicijanska tužba (actio Publiciana); negatorna tužba zbog uznemiravanja svojine (actio negatoria); i tužba za zaštitu susvojine i zajedničke svojine. Osnovni cilj revindikacione tužbe je povraćaj stvari koja se nalazi u državnini drugog lica. Cilj publicijanske tužbe je da zaštite pretpostavljenog vlasnika od trećih lica koja su uzela stvar iz njegovog poseda. Negatorna tužba zbog uznemiravanja/ometanja prava svojine štiti vlasnika (ili pretpostavljenog vlasnika), bilo vraćanjem u prethodno stanje ili zabranom daljeg ometanja. Tužba za zaštitu suvlasništva i zajedničkog vlasništva ovlašćuje svakog suvlasnika ili zajedničkog vlasnika da zaštiti svojinska prava na stvar u celini.

Evropska konvencija o ljudskim pravima garantuje zaštitu prava na imovinu (član 1, Protokola br. 1 Konvencije). U cilju zaštite prava na imovinu, Evropski sud za ljudska prava vrši procenu kršenja člana 1, Protokola br. 1. Prvi korak je utvrđivanje da li postoji ometanje prava na mirno uživanje prava na imovinu; u tom procesu se koriste "tri pravila": da li postoji lišavanje imovine, kontrola korišćenja od strane države, ili važi opšte pravilo. Kada se utvrdi postojanje zadiranje u garantovano pravo, Sud preuzima drugi korak: utvrđivanje da li je intervencija kompatibilna sa članom 1 (Protokola 1). Da bi bila u skladu sa članom 1, intervencija mora biti zakonita, mora imati legitiman cilj, i mora biti u skladu sa principom proporcionalnosti. Ako ne ispunjava ove standarde, utvrđena smetnja predstavlja povredu člana 1 Protokola br. 1 Evropske konvencije.

Ključne reči: *cvojina, zaštita, petitorna tužba, imovina.*

Dr Miroslav Lazić,*
Redovni profesor,
Pravni fakultet Univerziteta u Nišu,
Republika Srbija

originalni naučni rad
10.5937/zrpfno-46950

UDK: 349.18:[347.44:347.235

Rad primljen: 04.10.2023.
Rad prihvaćen: 20.11.2023.

NAČELO POUZDANJA U REGISTAR NEPOKRETNOSTI I UGOVORNO STICANJE SVOJINE OD KNJIŽNOG VLASNIKA** **- Prvi deo -**

Apstrakt: Prema sistemu tzv. kauzalne tradicije, za ugovorno sticanje prava svojine na nepokretnosti – derivativno sticanje, pored punovažnog pravnog posla (iustus titulus) zaključenog sa vlasnikom stvari, neophodno je i da je izvršen upis u katastar nepokretnosti (modus acquirendi). Do sticanja prava svojine može doći i u slučaju da je ugovor zaključen sa knjižnim vlasnikom koji nije stvarni vlasnik, ukoliko je sticalac savestan. Lice koje je upisanou evidenciju nepokretnosti je pretpostavljeni vlasnik bez obzira da li je evidencija tačna, jer važi načelo pouzdanja savesnih lica u pravno stanje evidencije. Dejstvo načela pouzdanja postoji zbog sigurnosti pravnog prometa i zaštite trećih savesnih sticaoca. U radu analiziramo efekat dejstva načela pouzdanja evidencije nepokretnosti prema (ne)savesnom sticaocu od knjižnog vlasnika; sticanje od uknjiženog supružnika kada zajednička svojina nije upisana na oba zajedničara; situaciju kada je naknadno otpao osnov sticanja poništenjem pravnog posla; situaciju kada je greškom ili na osnovu falsifikovanih isprava neko pogrešno upisan kao vlasnik pa otuđi stvar itd. Naše pravo ne uređuje izričito ove situacije, pa u potrazi za de lege ferenda rešenjima analiziramo i rešenja ovih pitanja u uporednom pravu i sudskoj praksi.

Ključne reči: Registar nepokretnosti, načelo pouzdanja, ugovorno sticanje, savesnost pribavioca.

*lazic@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu „Odgovornost u pravnom i društvenom kontekstu“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, u periodu 2021–2025. godine.

** Rad je saopšten na naučnom skupu „Pravo i društvene vrednosti“ održanom na Pravnom fakultetu u Nišu, aprila 2023.

1. Uvod

Načelo pouzdanja u registar nepokretnosti odnosi se na podatke pravne evidencije nepokretnosti, što obuhvata „upisana prava, pravne činjenice i lične odnose“ (Vukotić, 2012: 123–124). Odnosi se na sve podatke koji se mogu utvrditi uvidom u zemljišnoknjižnu ili katastarsku evidenciju, a koji se tiču samog vlasnika, svojine (vlastine), ali i svih tereta i ograničenja vezanih za određenu nepokretnost. Načelo pouzdanja se ne odnosi na faktičku evidenciju, odnosno podatke tehničkog karaktera koji se odnose na mere, položaj i oblik nepokretnosti. Tako, u zemljišnoknjižnoj evidenciji bivše Kraljevine Jugoslavije, zbirka katastarskih planova sadrži informativne podatke o nepokretnosti, te ne podleže načelu pouzdanja¹.

Tzv. vanknjižna prava trećih lica, poput neevidentirane svojine i ograničenja svojine (hipoteka, službenosti, realni tereti itd.) otežavaju pravni promet i čine ga nesigurnim. Dejstvo vanknjižnog stanja nastupa zbog primene pravnog principa da se pravo može izvesti samo od ispravnog pravnog prethodnika, tj. od stvarnog vlasnika, a ne samo od knjižnog vlasnika. Posebno je interesantna suprostavljivost načela pouzdanja opštem pravnom principu „da niko ne može preneti na drugoga više prava nego što sam ima“. „Nemo plus iuris in alium transfere potest quam ipse habet“ (Sec. Paulus. – D. 50, 17, 120. Stojčević, Romac, 1984: 314). Primena načela Nemo plus iuris... uslovljava da se rušenjem prava prvog sticaoca izvedenog od nevlasnika, ruše i prava kasnijih sticaoca, po principu „domino efekta“. „Tko nije vlasnik nekretnine ne može na drugoga prenositi ono što nema, pa ni onaj tko je upisan u zemljišnoj knjizi...“ (Gavella u Gavella et al., sv.1. 2007: 454). Ipak, prof. Gavella ukazuje da će „zbog zaštite povjerenja u pravnom promjetu, raspolaganje nekretninom koje učini nevlasnik neistinito upisan kao da je vlasnik... (pod pretpostavkama predviđenim zakonom) dovesti do stjecanja prava vlasništva nekretnine. Neće to biti prenošenje prava vlasništva na temelju pravnog posla – rezultat nevlasnikova raspolaganja tuđom stvari nastupat će za stjecatelja na temelju zakona“ (Gavella u Gavella et al. sv.1. 2007: 455).

Načelo pouzdanja je „nosilac“ registra nepokretnosti jer obezbeđuje sigurnost pravnog prometa. Sa druge strane, nemoguće je apstrahovati činjenicu da neslaganje knjižnog i vanknjižnog stanja prava na nepokretnosti ne može biti rešavano samo u korist pravne sigurnosti

1 §14 Zakona o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga, Sl. novine Kraljevine Jugoslavije, Br. 146 (1930).

pravnog prometa primenom načela pouzdanja, već se mora voditi računa i o najvažnijem imovinskom pravu – pravu svojine (knjižnom ili vanknjižnom), kao i o razlozima neslaganja pravnog i faktičkog stanja, odnosno savesnosti ovih lica.

Da li su upis nevlasnika u evidenciju nepokretnosti i načelo pouzdanjadovoljni da se činjenica različitog vanknjižnog stanja apstrahuje? Kome principu – sigurnosti svojine ili sigurnosti pravnog prometa dati prednost? Kakav pravni značaj ima savesnost pribavioca u pogledu vanknjižnog stanja? Šta obuhvata savesnost, odnosno kakvo ponašanje pribavioca je potrebno da se održi pretpostavka savesnosti? Ovo su osnovna pitanja koja ćemo razmatrati u ovom radu.

2. Načelo pouzdanja – pojam i dejstvo

Načelo pouzdanja (poverenja) je princip na kome počivaju sve evidencije nepokretnosti publikujući podatke o pravima na nepokretnosti u javnim knjigama – zemljišna knjiga ili katastar i garantujući trećim (savesnim) licima pravnu sigurnost ako su preduzeli određene pravne radnje pouzdajući se u podatke iz registra nepokretnosti. Načelo pouzdanja se odnosi na pravne podatke iz zemljišnoknjižnog uložka, odnosno katastarske evidencije i načelno znači neoborivost pretpostavke njihove istinitosti i potpunosti, bez dodatnih istraživanja. Dva su aspekta načela pouzdanja: istinitost – određuje se u pozitivnom smislu načela pouzdanja i potpunost – određuje se u negativnom smislu njene sadržine (V: Orlić, 1999: 332; Josipović u Gavella et al. sv.1. 2007: 291). Pozitivni aspekt znači da je istinito sve ono što je upisano, a negativni aspekt da neupisana vanknjižna prava pravno ne postoje. *Quod non est in actis (tabule), non est in mundo*. Čega nema u spisima (registru), nema ni u svetu. Dejstvo načela pouzdanja nastupa od momenta konačnosti upisa koje nije u postupku osporavanja (Lazić u: Kovačević Kuštrimović, Lazić, 2009: 328).

Pozitivni aspekt pouzdanja se otklanja brisanjem pogrešnog upisa, a negativni naknadnim upisom (Lazić u: Kovačević Kuštrimović, Lazić 2009: 329). „Ako je zemljišnoknjižno stanje nepotpuno, usklađuje se upisom izvanknjižno stečenog prava na nekretnini, odnosno brisanjem prestalog prava. Ako je zemljišnoknjižno stanje neistinito, usklađivanje se sprovodi pravnim lekovima u zemljišnoknjižnom postupku i tužbom za brisanje“ (Abdić, 2016:116). Ovo je rešenje po ugledu na austrijski sistem zemljišnih knjiga. U austrijskom pravu pozitivni aspekt načela pouzdanja je odložen do proteka roka za podnošenje brisovne tužbe. U

srpskom pravu, „dejstvo načela potpunosti nastupaju odmah po upisu, a dejstvo načela istinitosti nastupa tek po proteku roka u kome se upis može osporavati, dakle kada nastupi fikcija apsolutne tačnosti upisa“ (Cvetić, 2015: 1025, 1026). Međutim, donošenjem ZDPK napuštena je brisovna tužba i predviđena sudska zaštita u upravnom postupku. „Zakonodavac je prešao na sistem u kojem zaštita pouzdanja nastupa odmah po sprovođenju pogrešnog upisa, uz izvesna ublažavanja posredstvom zabeležbi koje se tiču konačnosti, odnosno pravosnažnosti upisa... naš zakonodavac se opredelio za sistem u kojem će tek pravosnažan upis moći da bude osnov za pozivanje na načelo pouzdanja...“ (Živković, 2022: 180). Pretpostavka o tačnosti upisa je oboriva pravna pretpostavka do momenta kada je moguće pokrenuti postupak za ispravljanje pogrešnog upisa.

Dejstvo načela pouzdanja je u zaštiti savesnog sticaoca od „štetnihposledica“, tj. da u situacijama kada treće savesno lice stekne neko pravo na nepokretnosti od netačno upisanog vlasnika, ne može izgubiti svoje zakonito stečeno pravo – pouzdanje u smislu istinitosti upisa. Načelo pouzdanja – u smislu potpunosti upisa, štiti savesno lice i od neupisanih tereta (hipoteka, službenosti...), tako što će steći pravo svojine bez vanknjižnih tereta. Poverenje u materijalnompravnom smislu znači da je lice koje je preduzelo neku pravnu radnju oslanjajući se na zemljišnoknjižno stanje zaštićeno od pravnog poretka, čak i kada stvarno stanje odstupa od evidencionog stanja (Stojanović, 1987: 342; Lazić u: Kovačević Kuštrimović, Lazić, 2009: 329). Smisao načela pouzdanja je da štiti savesnog sticaoca upravo kada su podaci iz zemljišnih knjiga netačni – neistiniti ili nepotpuni, omogućavajući sigurnost pravnog prometa. Prema načelu pouzdanja, „ono što nije upisano u zemljišne knjige pravno ne postoji“ (Orlić, 1999: 332), odnosno kao vanknjižno pravo ne može imati dejstvo prema trećim savesnim licima i ne može ugroziti njihovo sticanje prava prema stanju iz registra nepokretnosti. „Dakle, opšti interes je da se može očekivati od zemljišne knjige da bude pouzdana, te da se ne sme dovesti u pitanje sigurnost sticanja“ (Tešanović, 2023: 103).

Međutim, u praksi je moguće da je upis netačan (neistinit ili nepotpun), odnosno da je stvarni vlasnik, tzv. vanknjižni vlasnik neko drugo lice koje nije evidentirano (neupisani pribavilac, uzukapioni držalac nekretnine, naslednik) ili da je nepokretnost u zajedničkoj svojini više lica. Pojam vanknjižne svojine je pretežno stvorila sudska praksa (Stevanović, 2022: 383). Pitanje je do kog stepena se treba držati principa pouzdanja, odnosno pretpostavke o istinitosti i potpunosti

upisa, a da to ostane pravično i celishodno. Najpre treba imati u vidu da u uporednom pravu postoje određeni izuzeci na koje ne deluje načelo pouzdanja. Načelo pouzdanja se ne primenjuje na poverioca koji inicira prodaju nepokretnosti u izvršnom postupku (sprečava se izlučnim zahtevom); kod sticanja nasleđivanjem; a u novijoj austrijskoj doktrini i praksi – važi samo za sticaoca na osnovu teretnog² pravnog posla (Opširnije, Živković. 2022: 167).

Takođe, dejstvo načela pouzdanja kod sticanja pravnim poslom nije bezuslovno, već se temelji, po pravilu, na savesnosti trećeg lica kao sticaoca prava koje se izvodi od knjižnog vlasnika. Načelo pouzdanja štiti samo savesno lice koje je zaključilo pravni posao opravdano verujući u tačnost podataka iz registra nepokretnosti. Dosledna primena načela pouzdanja, bez obzira na savesnost, ne bi vodila dovoljno računa o negativnim posledicama takvog principa – mogućim nezakonitostima u pravnom prometu i pravnoj sigurnosti vlasnika. Zato se čini da je mera za rangiranje principa *Nemo plus iuris* i principa pouzdanja u knjižno stanje registra nepokretnosti, odnosno za rešavanje kolizije sticaoca od knjižnog vlasnika i vanknjižnog vlasnika, a ujedno i uslov za dejstvo načela pouzdanja – savesnost postupanja pribavioca prava koji se poziva na načelo pouzdanja.

Savesno lice je lice prosečne pažljivosti koje nije znalo, niti je prema okolnostima slučaja moglo znati da se knjižno stanje iz registra nepokretnosti i vanknjižno stanje ne podudaraju. Savesnost mora da postoji najkasnije do trenutka podnošenja zahteva za upis stečenog prava. Savesnost kao obavezna dodatna pretpostavka primene načela pouzdanja se u našoj pravnoj teoriji i praksi ne osporava. Međutim, nisu jedinstvenashvatanja šta savesnost obuhvata, odnosno do koje mere pribavilac svojine ili drugog stvarnog prava treba da proverava tačnost upisa, odnosno da ispituje vanknjižno stanje prava na nepokretnosti. Zato se nameće pitanje gde su „granice“ (mera) načela pouzdanja, te ko je odgovoran u slučaju netačnog upisa i nastupelih štetnih posledica. Šta ako je došlo do promene vlasničkih i drugih podataka, npr. na osnovu nasleđivanja, odlukom javnog beležnika, suda ili drugog organa, ili sticanjem prava neposredno na osnovu zakona (održaj, plodouživanje), a te promene nisu uknjižene u momentu savesnog sticanja prava.

Kod procene savesnosti važno je odrediti „meru“ koliko pribavilac treba da proverava knjižno stanje. „Prema stavu sudske prakse, kod procene

2 Po ZPKUN načelo pouzdanja deluje prema svakom savesnom sticaocu prava na osnovu pravnog posla, bez obzira na teretnost.

savesnosti pribavioca prava ceni se „objektivno merilo, pažnja prosečnog čoveka određene sredine“ (Mutapčić, Brkić, 2015: 22). U nemačkoj pravnoj teoriji i sudskoj praksi, savesnost se pretpostavlja, ali se ceni samo prema zemljišnoknjižnom stanju (Tešanović, 2023: 107). Novim propisima u Republici Hrvatskoj prihvata se načelo pouzdanja, tako što se smatra da „za savesnost trećeg lica nije nužno aktivno istraživanje vanknjižnog stanja... tako da zakonodavac od savesnih sticalaca zahteva poznavanje zemljišnoknjižnog i nepoznavanje posedovnog stanja nekretnina, pod uslovom da ovo nepoznavanje nije posledica grube nepažnje“ (Mutapčić, Brkić, 2015: 25). Slično rešenje je predviđeno i u novom pravu Federacije BiH i Republike Srpske. U švajcarkom i austrijskom pravu se takođe ne traži za savesnost da je sticalac istraživao i vanknjižno stanje. „Ipak, ako postoji sumnja u istinitost i potpunost zemljišne knjige..., ili ako je to uobičajeno u pravnom saobraćaju, sticalac će morati da istražuje i vanknjižno stanje kako bi ostao savestan u smislu pravila o zaštiti pouzdanja“ (Živković, 2020: 170).

Svakako postoji dilema o „granici“ razumne mere, do koje sticalac svojine, hipoteke, plodouživanja na nepokretnosti itd., treba da istražuje vanknjižno stanje, da bi održao oborivu pretpostavku savesnosti ili je samo dovoljna provera knjižnog stanja. Takođe, postoji i shvatanje, navedeno iz austrijskog prava, da se vanknjižno stanje proverava „samo kod službenosti, dok će kod svojine, a naročito hipoteke uvid u stanje u registru biti dovoljan“ (O tome, Živković, 2022: 170). Smatramo da se ova pravila o istraživanju savesnosti moraju primenjevati jednako kod sticanja svih stvarnih prava – posebno svojine, ali i službenosti, hipoteke, prava građenja itd., a da određene okolnosti zahtevaju i proveru vanknjižnog stanja.

Primena načela pouzdanja, kao temelja evidencije nepokretnosti, predstavlja javni interes, ali on se bazira na sistemu tačnog, ažurnog i preciznog vođenja registra nepokretnosti. Da li je pretpostavka o tačnosti pravnih podataka u korist trećeg savesnog sticaoca uvek neoboriva, odnosno nauštrb savesnog vanknjižnog vlasnika? Smatramo da treba biti oprezan u zauzimanju izričitog stava. Postojanje velikog broja neslaganja između knjižnog i vanknjižnog stanja ne treba da se reši bezuslovnim dejstvom načela pouzdanja i pretpostavkom tačnosti upisanog stanja, zbog sigurnosti pravnog prometa, a nauštrb zakonitog vanknjižnog vlasnika. Često je i vanknjižni vlasnik savestan, a pritom je i titular najvažnijeg imovinskog prava – prava svojine.

Sudska praksa bivše države SFRJ, istina u uslovima nerazvijene evidencije nepokretnosti, zauzela je stav da „načelo poverenja kao takvo ipak nije dovoljno, te se zahteva ispitivanje vanknjižnog stanja, pa se smatralo da je ovo načelo suštinski toliko ograničeno i uslovljeno, da praktično i ne postoji“ (Abdić, 2017: 101). U sudskoj praksi se naglašava značaj savesnosti sticaoca prava nastao na osnovu provere ne samo podataka iz registra nepokretnosti, već i na osnovu provere i drugih vanknjižnih (faktičkih) podataka uobičajenih za sticaoca nepokretnosti. Npr. smatra se da je uobičajeno ponašanje pribavioca nepokretnosti da proveri ko je u državini (posedu) nepokretnosti koju pribavlja (npr. kuće ili stana), i ako to nije prodavac, u kakvom su pravnom odnosu. Takođe, da li je predmet prodaje u zajedničkoj svojini supružnika ako je prenosilac u bračnoj ili vanbračnoj zajednici života, zbog zakonske pretpostavke o zajedničkoj svojini, iako je nepokretnost upisana kao isključiva svojina prenosioca i dr. U međuvremenu, registar nepokretnosti je postao znatno tačniji i potpuniji na prostorima bivše Jugoslavije, pa je i načelo pouzdanja, kao njegov važan činilac, dobilo na značaju.

Činjenica je da nema efikasne evidencije nepokretnosti bez dejstva načela pouzdanja, što svakako pravna teorija i praksa, a ni zakonodavac, ne želi. Ali, ravnoteža interesa mora biti održana. Javni registar katastarske, kao i zemljišnoknjižne evidencije, treba da omogući tačnost (istinitost i potpunost) evidencije svih prava vezanih za nepokretnost i da pruži sigurnost pravnog prometa svim licima. Da bi to ostvarilo, neophodno je da upisi budu ažurni i tačni, što je u nekim zemljišnoknjižnim pravima i postignuto (Nemačka, Austrija, Švajcarska...). Međutim, poređenje ovih zemljišnoknjižnih stanja i našeg stanja katastra evidencije nije realno, jer ažurnost nije na istom nivou. Neažurnost, neistinitost i nepotpunost upisa u srpskoj katastarskoj evidenciji nepokretnosti je još uvek pristuna u meri da ne može da obezbedi doslednu primenu načela pouzdanja, a posebno bez traženja savesnosti u širem smislu. Smatramo da sudovima ne treba zakonom isključiti mogućnost da ispituju savesnost sticaoca i na osnovu provere vanknjižnog stanja kada je u tačnost (istinitost ili potpunost) registra nepokretnosti postojala opravdana sumnja.

U pravu Srbije se prihvata načelo pouzdanja koje deluje prema trećim savesnim licima, mada postoji zakonska nedoslednost. Po Zakonu o državnom premeru i katastru (u danjem tekstu: ZDPK): „Podaci o nepokretnostima upisani u katastar nepokretnosti su istiniti i

pouzđani i niko ne može snositi štetne posledice zbog tog pouzđanja³. Na prvi pogled, po slovu zakona, načelo pouzđanja štiti svakog sticaoca, bez obzira na savesnost. Prof. Cvetić smatra da, iako ZDPK to ne predviđa, da je i po njemu potrebno utvrđivati savesnost i da je za drugačije shvatanje zakonodavac trebalo da odredbu dopuni jasnim stavom „da se nedostatak dobre vere, odnosno nesavesnost ne može prigovoriti nikome samo iz razloga što nije istraživao faktičko (vanknjižno) stanje“ (Cvetić, 2015: 1029). Prof. Planojević takođe smatra da se savesnost podrazumeva, „jer pravni poredak štiti samo ponašanja koja nisu protivna načelu savesnosti i poštenja“ (Planojević, 2012: 176). Ostaje činjenica da ZDPK nije zauzeo jasan stav da li je savesnost dodatni kriterijum i uslovdejstva načela pouzđanja.

Po novom Zakonu o postupku upisa u katastar nepokretnosti i vodova (u danjem tekstu: ZPUKNV) data je nešto drugačiju formulaciju ovog načela. Najpre, umesto termina „istiniti i pouzđani“ koriste se izrazi „istiniti i potpuni“, što je ispravna terminologija za načelo pouzđanja. Međutim, osnovna razlika je što zakon navodi da štetne posledice svog pouzđanja ne može da trpi samo savesno lice. „Načelo pouzđanja, podrazumeva dasu podaci upisani u katastru istiniti i potpuni i da savesno lice ne može snositi štetne posledice zbog tog pouzđanja⁴. Suština zahteva savesnosti je da će samo savesnom pribaviocu moći da koristi načelo pouzđanja. ZPUKNV je *lex specialis* u odnosu na ZDPK.

ZPUKNV-om nije određen obim savesnosti, odnosno da li obuhvata samo knjižno stanje bez potrebe provere i vanknjižnog stanja. U širem smislu, načelo savesnosti obuhvata i obavezu provere i vanknjižnog stanja prava na nepokretnosti. Ovo rešenje je u skladu sa prihvaćenim stavovima sudske prakse, a uže shvatanje bi obuhvatalo samo proveru knjižnog stanja, što bi zahtevalo precizno zakonsko ograničenje. Prof. Živković ukazuje da dosledna primena načela pouzđanja dozvoljava savesno sticanje stvarnih prava na nepokretnosti od nevlasnika koji je pogrešno upisan kao vlasnik, i da se na ovo načelo mogu pozivati samo knjižni, a ne i vanknjižni sticaoci (Živković, 2020: 163). Takođe, zalaže se za prihvatanje stava iz austrijske sudske prakse da načelo pouzđanja može koristiti samo savesnom sticaocu koji stvarno pravo na nepokretnosti stiče teretnim pravnim poslom i to bez tereta (privatnopravnih) koji u momentu sticanja nisu bili upisani u katastar nepokretnosti (Živković, 2020: 167–168, 181).

3 Čl. 63 Zakona o državnom premeru i katastru, Sl. glasnik RS, Br. 72 (2009).

4 Čl. 3 tač. 4 Zakona o postupku upisa u katastar nepokretnosti i vodova, Sl. glasnik RS, Br. 41 (2018).

U našim uslovima postojanja sklonosti ka izbegavanju poreza neupisivanjem prometa i nepostojanjem razvijene pravne svesti o značaju upisa, upis je opravdano obavezan po zakonu, u skladu sa načelom oficijelnosti⁵. „Smisao navedenog pravila je da pravo svojine (i ostala prava na nepokretnostima) može biti upisano y katastar bez izjave volje, pa čak i protiv volje pribavioca“ (Orlić, 2000: 47). Takođe, načelo upisa označava da se „svojina i druga stvarna prava na nepokretnostima i vodovima stiču, prenose i ograničavaju upisom u katastar, a da prestaju brisanjem tog upisa, te da se samo u slučajevima određenim zakonom, svojina i druga stvarna prava na nepokretnostima i vodovima mogu steći i pre upisa u katastar, ali da i tada tek upisom proizvode pravno dejstvo prema savesnim trećim licima“⁶.

Samo u takvim uslovima, dejstvo načela pouzdanja omogućava da katastar nepokretnosti postane baza podataka korisna svima – od pojedinaca i privrednih društava do javne vlasti. Međutim, uz činjenice o postojanju određenog broja nezakornosti kod upisa potvrđene pravosnažnim odlukama i nepostojanja potpune ažurnosti i tačnosti upisa, teško je bezuslovno prihvatiti načelo pouzdanja, a ne zapitati se o mogućim štetnim posledicama. Zato je zahtev savesnosti – savesnost u širem smislu, koji zahteva pored ispitivanja knjižnog stanja i proveru vanknjižnog stanja u određenim okolnostima, mera naših prilika i ide u prilog pravne sigurnosti i sticanja javnog poverenja u katastar.

Međutim, novija pravna teorija je nedvosmisleno stava da iz razmatranja savesnosti treba zakonom isključiti obavezu ispitivanja i vanknjižnog stanja, kako je to učinjeno i u nemačkom, hrvatskom i pravu Federacije BiH i Republike Srpske (Planojević, 2012: 176). Nespornan je predlog da bi se radi raskida sa postojećom praksom moralo zakonom izričito predvideti da se „nedostatak dobre vere, odnosno nesavesnost ne može prigovoriti nikome samo iz razloga što nije istraživao faktičko (vanknjižno) stanje (Cvetić, 2009:130). Tako i prof. Živković, uz zahtev da se radi o sticanju teretnim pravnim poslovima i „ako prema okolnostima ne mora da zna da je stanje u katastru neistinito ili nepotpuno“ (Živković, 2022: 181).

Smatramo da je potrebno oprezno proceniti, zbog stanja tačnosti evidencije u srpskom katastru, kada treba dosledno primeniti načelo

5 Čl. 3 tač. 2 Zakona o postupku upisa u katastar nepokretnosti i vodova, Sl. glasnik RS, Br. 41 (2018).

6 Čl. 3. st.1. tač. 1 Zakona o postupku upisa u katastar nepokretnosti i vodova, S. glasnik, Br. 41 (2018).

pouzdanja i isključiti mogućnost sudova da ispituju savesnost prema vanknjižnom stanju prava na nepokretnostima. Svakako, takvu mogućnost treba zadržati uvek kada za to postoje naročito opravdane okolnosti, kao u austrijskom pravu. Možda je u početku primene načela pouzdanja korisno formiranje fonda za obeštećenje savesnih vanknjižnih vlasnika. U nastavku rada se dodatno bavimo merom istraživanja savesnosti sticaoca.

3. Načelo pouzdanja i mera savesnosti kod ugovornog sticanje svojine i drugih stvarnih prava

Pitanje dejstva principa pouzdanja je posebno aktuelno kod ugovornog sticanja svojine, ali i drugih stvarnih prava na nepokretnostima (hipoteke, službenosti i dr.) od knjižnog vlasnika. Kako utvrditi sadržaj pravnog standarda „razumne mere“ savesnosti? Da li treba i do koje mere sticalac da proverava vanknjižno stanje da bi očuvao pretpostavku savesnosti? Najpre ćemo ukazati na značaj načela savesnosti kod jednog srodnog slučaja – višestruke prodaje nepokretnosti, na kome je ono izgrađeno.

U sudskoj praksi bivše Jugoslavije, kod višestruke prodaje nepokretnosti od strane nesavesnog a knjižnog vlasnika, razmatrana su pitanja – kada nesavesni uknjiženi vlasnik istu nepokretnost proda više puta ili proda jednom licu, a konstituiše hipoteku za drugo lice – kome dati prednost. Zahtev za ispitivanje savesnosti sticaoca postavljen je Zaključkom⁷ sudova iz 1996, u pogledu rešavanja kolizije sticaoca kod višestruke prodaje iste nepokretnosti od nesavesnog vlasnika, tako što uknjiženi kasniji kupac ima prednost u odnosu na ranije pribavioce samo ako je savestan, tj. nije znao, niti je mogao znati za prethodne prenose svojine. „Savesnost se, kod sticanja svojine na nepokretnostima, u okolnostima koje su kod nas postojale, zbog netačne i nepotpune evidencije nepokretnosti, shvatala strožije. Sticalac svoju savesnost nije mogao opravdati samo pozivom na pouzdanje u apsolutnu tačnost upisa u javnim knjigama⁸, čime je korigovan princip prioriteta i pouzdanja u zemljišne

7 Zaključak sa savetovanja građanskih i građansko privrednih odeljenja Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda, Bilten sudske prakse, Vrhovni sud Srbije, Br. 3 (1987).

8 „Savestan kupac nepokretnosti je lice koje pored pouzdanja u zemljišne knjige utvrdi i stanje poseda nepokretnosti. Samo pouzdanjem u zemljišne knjige i upisom prava svojine kupljene nepokretnosti u zemljišne knjige, kupac nije jači u pravu nasuprot ranijem sticaocu kome je nepokretnost na osnovu pravovaljanog posla predana u posed, a pravo svojine nije uknjižio u zemljišne knjige.“ Rešenje Vrhovnog suda Jugoslavije, Rev. 315/73, od 26. 12. 1973.

knjige“ (Krstić, 2012: 212). Načelno, sticalac se nije smatrao savesnim ako pored uvida u zemljišne knjige nije izvršio i proveru vanknjižnog stanja (ko je držalac, u kom svojstvu itd.). Sudovi su polazili od logične pretpostavke da onaj ko kupuje nepokretnost (stan, kuću, zemljište) ili konstituiše hipoteku ili drugo stvarno pravo, proverava predmetnu nekretninu i status držaoca. „Činjenica da je nekom kupcu nekretnina već bila predata u posed, činila je savesnost potonjeg kupca teško mogućom i dodatno destabilizirala zemljišnu knjigu“ (Povlakić, 2014: 42). Zato se kod nekih pravnih teoretičara smatralo da je načelo poverenja u zemljišne knjige praktično napušteno (Stanković/Orlić, 1993: 334; Opširnije, Povlakić, 1999: 255). Načelnim stavom VS Srbije... „nije se rezonovalo u pravcu mogućnosti stjecanja na temelju načela povjerenja, već su sudovi u slučaju pogrešnih i nevaljanih zemljišnoknjižnih upisa primenjivali načelo da niko ne može na drugoga preneti više prava nego što sam ima. Ovo načelo i stjecanje prava svojine na temelju povjerenja u zemljišne knjige međusobno se isključuju...“ (Povlakić, 2014: 42).

Smatramo da je u pravu Srbije, s obzirom na stanje katastarske evidencije, u slučaju kada je svojina pribavljena od lica koje je knjižni, a ne i vanknjižni vlasnik, kada posebne okolnosti navode na sumnju u tačnost upisa, potrebna provera ne samo knjižnog, već i vanknjižnog stanja svojine (ili drugog prava koje se izvodi iz svojine). Pribavilac treba, s obzirom na okolnosti slučaja, a prema standardu postupanja razumnog čoveka prosečne pažljivosti, da nije mogao dovesti u pitanje knjižnu svojinu. Primenom načela savesnosti u ovom širem smislu, daje se pravičan tretman odnosa dva, jednako važna pravna principa – načela garancije svojine svakog vlasnika (knjižnog ili vanknjižnog) i načela sigurnosti pravnog prometa. Načelno, uobičajeno postupanje, zahteva da svaki pribavilac proveri činjenicu ko je uknjižen kao vlasnik, ali i ko je držalac nepokretnosti i ako to nije prodavac – u kom su pravnom odnosu držalac i uknjiženi vlasnik. Pravne argumente možemo najbolje pronaći u sudskoj praksi nastaloj prema konkretnom činjeničnom stanju i zakonodavstvu.

U novijem pravu Republike Hrvatske i Federacije BiH je zauzet drugačiji stav, a na osnovu promene zakonodavstva. Vrhovni sud Federacije BiH je u svojim odlukama priznao mogućnost „stecanja prava vlasništva i drugih stvarnih prava na temelju povjerenja u zemljišne knjige, a time i mogućnost da treće savjesno lice stekne određeno pravo i na temelju netačne zemljišne knjige“ (Povlakić, 2014: 41). U radu prof. Povlakić se analiziraju dva slučaja iz sudske prakse. U jednom je zemljišnoknjižni vlasnik založio nekretninu nakon što je vlasništvo nekretnine

stečeno vanknjižno održajem, što će biti tema drugog dela ovog rada. U drugom slučaju se radilo o sukcesivnim prenosima jedne nekretnine, pri čemu je nakon više godina poništen prvi prenos nekretnine, teda li treba poništiti sve naknadne upise i uspostaviti prvobitno zemljišnoknjižno stanje.⁹ Oba pitanja se odnose na dejstvo načela pouzdanja u pravno stanje evidencije nepokretnosti – zemljišna knjiga ili katastar. Sudovi su odlučivali pre donošenja novih propisa iz ZZK FBiH i ZSP FBiH za sticanje trećeg savesnog lica.

Donošenjem Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH, a takvo je i rešenje u Republici Srpskoj, „izričito je regulirano pitanje stjecanje prava na nekretninama na temelju načela povjerenja u zemljišne knjige. Ovo je pitanje materijalnog stvarnog prava pa je njegovo pozicioniranje u stvarnom, a ne u zemljišnoknjižnom pravu, ispravno“ (Povlakić, 2014: 42.). Prema odredbi čl. 55 Zakona o stvarnim pravima FBiH, zemljišna knjiga istinito i potpuno odražava činjenično stanje, pa ko u dobroj vjeri postupa sa povjerenjem u zemljišne knjige, ne znajući da ono što je u njih upisano nije potpuno ili da je različito od vanknjižnoga stanja, uživa u pogledu toga stjecanja zaštitu prema odredbama zakona (Povlakić, 2014: 44). Ove odredbe treba šire tumačiti, tako da se načelo poverenja shodno primenjuje i na sticanje drugih stvarnih prava, „ako zakonom nije drugačije određeno ili ako nešto drugo ne proizilazi iz njihove prirode“¹⁰. To znači da onaj ko postupa u „dobroj veri“ može steći ne samo vlasništvo, već i druga stvarna prava od osobe koja je pogrešno upisana kao vlasnik ili vlasnik bez tereta. Ovakvo pravilo bi trebalo u budućnosti lišiti sud svih dilema, bez obzira da li su se navedena sticanja desila pre donošenja zakona, odnosno nakon 6. marta 2014. godine kao dana početka primene ZSP FBiH (Povlakić, 2014: 44).

Zakon o stvarnim pravima FBiH daje i definiciju savesnosti: „Sticalac je bio u dobroj vjeri ako u trenutku sklapanja pravnog posla, a ni u trenutku kad je zahtijevao upis, nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga posumnjati u to da stvar pripada otuđiocu“¹¹. Posebno je bitna odredba prema kojoj se nedostatak dobre vere ne može prebaciti

9 Prof. Živković analizira stav iz austrijske doktrine, da „jednom savesno stečeno pravo je konačno stečeno i može se dalje punovažno preneti („četvrtom“) licu koje je bilo nesavesno u pogledu upisa u koje se pouzdalo savesno treće lice, osim u slučaju prevare (Živković, 2022: 170 i nap. 442).

10 Čl.1 st. 3 Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH, „Službene novine Federacije BiH“, Br. 66 (2013).

11 Čl. 55 st. 2 Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH, „Službene novine Federacije BiH“. Br. 66 (2013).

nikome „samo iz razloga što nije istraživao izvanknjižno stanje“¹². Dobra vera je očuvana ukoliko tereti ili ograničenja nisu bili upisani u trenutku sticanja, niti je iz zemljišnih knjiga bilo vidljivo da je zatražen njihov upis, osim ako zakonom nije drugačije određeno¹³.

Načelo poverenja u zemljišne knjige, nešto ranije, prihvata i hrvatsko zakonodavstvo, kako propisima o stvarnom pravu (Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima iz 1997¹⁴) tako i Zakonom o zemljišnim knjigama. Ove zakonske odredbe su uvedene upravo iz razloga da bi se označio prekid sa sudskom praksom koja je prednost davala vanknjižnom (faktičkom, posedovnom) stanju, a da bi se poboljšao položaj trećih savesnih lica (Abdić, 1916: 108). Iako je dosledna primena načela pouzdanja u hrvatskom pravu odlagana, konačno je nedvosmisleno prihvaćena pretpostavka savesnosti sticaoca koja ne zahteva i istraživanje vanknjižnog stanja¹⁵. Ovakvo rešenje smatramo opravdanim kod visokog procenta potpunosti i tačnosti evidencije nepokretnosti, osim ako se radi o prevari ili drugim posebnim okolnostima koje su ukazivale na sumnju u tačnost registra.

U srpskom pravu, zahtev savesnosti postupanja pribavioca, podrazumeva proveru još jedne činjenice – da li se možda ne radi o zajedničkoj svojini supružnika ili vanbračnih partnera, odnosno da li prodavac može samostalno otuđiti nepokretnost s obzirom na zakonsku fikciju zajedničke svojine u korist supružnika i vanbračnih partnera. „Smatra se da je upis izvršen na ime oba supružnika i kada je izvršen na ime samo jednog od njih, osim ako nakon upisa nije zaključen pismeni sporazum supružnika o deobi zajedničke imovine odnosno bračniugovor, ili je o pravima supružnika na nepokretnosti odlučivao sud“¹⁶. Ova pretpostavka, iako kritikovana jer podriva načelo pouzdanja katastarske evidencije i sigurnot pravnog prometa, ima važnu ulogu u zaštiti položaja supružnika koji nije upisan kao zajedničar,

12 Čl. 55 st. 3 Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH, „ Službene novine Federacije BiH“. Br. 66 (2013).

13 Čl. 56 st. 2 Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH, „ Službene novine Federacije BiH“. Br. 66 (2013).

14 Čl. 115, st. 4; 122–125 Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Hrvatske, Narodne novine. Br. 91 (1996) do br. 94 (2017).

15 Čl. 8 st. 3 Zakona o zemljišnim knjigama Hrvatske, Narodne novine. Br. 83 (2010) i Br. 128 (2022).

16 V. čl. 176 st. 2 Porodičnog zakona, Sl. glasnik RS. Br. 18 (2005).

iako je nepokretnost stečena u bračnoj ili vanbračnoj¹⁷ zajednici. I danas ova ažurnost nije postignuta u katastarskoj evidenciji, što stvara dosta problema. Zajedničkom imovinom supružnici upravljaju i raspolazu sporazumno, te da je za „punovažnost akta raspolaganja nužna saglasnost oba titulara“ (Čubrilović Stameniće, 2022: 54). Po Porodičnom zakonu, zajednička imovina supružnika je imovina koju su stekli radom tokom trajanja zajednice života i pošto su udeli neopredeljeni, zajedničkom imovinom mogu upravljati i raspolagati samo zajednički, odnosno sporazumno¹⁸. Jednostrano raspolaganje bi povlačilo ništavost pravnog posla, što znači da treće savesno lice ne uživa zaštitu pozivanjem na načelo pouzdanja, s obzirom da se fingira da je upis zajedničke imovine izvršen na ime oba supružnika, iako je upisan samo jedan supružnik (R. Cvetić, 2016b: 827).

Međutim, da li je ovakvo dejstvo opravdano prema trećim savesnim licima. „Po mišljenju dr Tešanović, „interes supružnika zajedničara... ne sme biti ispred interesa prometa i interesa savesnih trećih lica... U svakom konkretnom slučaju potrebno je utvrditi da li je sticalac postupao sa dužnom pažnjom, ali smatra da sticalac nije dužan da istražuje vanknjižno stanje nepokretnosti, te da proverava da li je upis istinit i potpun“ (Tešanović, 2023: 247, 248).

Vrhovni sud Srbije zauzeo je sledeći stav: „Pretpostavlja se da, kada bračni drug koji je uknjižen u zemljišnim knjigama kao isključivi vlasnik zajedničke nepokretnosti u toku trajanja bračne zajednice zaključi ugovor o prodaji nepokretnosti ili neki drugi pravni posao, da to čini uz izričitu ili prećutnu saglasnost drugog bračnog druga, koji pak može dokazivati da takve saglasnosti nije bilo“¹⁹. Svakako, oštećeni supružnik bi mogao dokazivati da se činjenica zajedničke imovine bila poznata drugom saugovaraču, pa i banci, i da su oni postupali nesavesno. Podržavamo stav da je za savesnost saugovarača (najčešće banke) dovoljna provera upisanog stanja u javnom registru, bez obaveze provere bračnog statusa i statusa zajedničke imovine i da u ovom slučaju prednost treba dati načelu pouzdanja u katastar (Tako i Stošić, 2017: 141), osim kada

17 Po čl. 191 Porodičnog zakona: „Na imovinske odnose vanbračnih partnera shodno se primenjuju odredbe ovog zakona o imovinskim odnosima supružnika“. Sl. glasnik RS. Br. 18 (2005).

18 Čl. 171 i 174 Porodičnog zakona, Sl. glasnik RS. Br. 18 (2005).

19 Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev. 870/90 od 26. 12. 1990. godine, https://www.paragraf.rs/100pitanja/porodica/nistavost_ugovora_o_kupoprodaji_nepokretnosti_u_situaciji_kada_jedan_supruznik_raspolaze_u_celosti_zajednickom_imovinom_bez_saglasnosti_drugog_supruznika.html

postoje okolnosti koje dovode u sumnju upis. Tako, ukoliko je neuknjiženi zajedničar blagovremeno pismeno upozorio banku na status nekretnine i izjavio neslaganje sa zalaganjem nekretnine, odnosno da predmetna nepokretnosti ne može biti založena bez saglasnosti svih zajedničara, banka ne može da se tretira kao savestan sticalac, iako se uknjižila pre pokretanja spora i stavljanja zabeležbe spora. U tom slučaju načelo pouzdanja ne sme da ima prednost u odnosu na zaštitu imovinskih interesa supružnika i treba sprečiti nesavesno i nezakonito postupanje svakog lica. Ovde treba voditi računa i o savesnosti supružnika koji naknadno osporava upis prava, npr. hipoteke na zajedničkoj nepokretnosti upisanoj na ime jednog supružnika. Savesnom neupisanom supružniku ostaje izlučni zahtev u fazi izvršenja, osim ako je savestan pribavilac stekao hipoteku pouzdajući se u knjižno stanje.

Posebno je pitanje greške u katastru, slučajne ili namerne, koja je koristila savesnom sticaocu, a štetila vanknjižnom vlasniku. Smatramo da po principu objektivne odgovornosti – odgovornosti bez obzira na krivicu, država treba da oštećenom licu nadoknadi štetu nastupelu zbog netačnosti upisa usled greške ili namerne ili iz grube nepažnje radnika katastra, uz mogućnost regresiranja od odgovornih lica u katastru. Svakako, jačanje poverenja u registar nepokretnosti je moguće i posebnom zakonskom odredbom da će posledice naknade štete prema vanknjižnom vlasniku koje su nastupile zbog nezakonitog upisa i dejstva načela pouzdanja prema savesnom sticaocu, snositi država, jer je katastar upravni organ od javnog interesa. Takođe, smatramo da bi poverenje u zemljišnoknjižnu evidenciju, koju je Srbija napustila i prihvatila jedinstvenu katastarsku evidenciju, bilo veće iz više razloga (V. Orlić, 2000: 23), ali posebno zbog prednosti sudske nadležnosti kod upisa i brisanja, u odnosu na nadležnost upravnih organa koji vode katastarsku evidenciju, doprinela jačanju načela pouzdanja i opšteg poverenja u registar nepokretnosti.

4. Zaključak

Načelo pouzdanja u registar nepokretnosti, bilo zemljišna knjiga ili katastar, je opšte prihvaćeno načelo bez koga nema funkcionisanja registra kao javne knjige i sigurnosti pravnog prometa. Načelo pouzdanja znači da sva prava i činjenice upisane u registar nepokretnosti postoje (istinitost), odnosno da sve ono što nije upisano u registar ne postoji (potpunost). Posledica toga je da je savestan sticalac, tj. sticalac koji je u dobroj veri koristio podatke iz registra, pravno zaštićen od štetnih

posledica u pogledu stečenih prava kada se uspostavi da prenosilac nije bio vlasnik, neograničeni vlasnik ili isključivi vlasnik. Savesno je ono lice koje nije znalo, niti je s obzirom na okolnosti zaključenja ugovora imalo opravdane razloge da posumnja da ono što je upisano u registar nepokretnosti nije tačno (istinито ili potpuno). Savesnost treba jednako ceniti i za fizička i za pravna lica.

Razlika u razvojnom putu načela pouzdanja je što se u ažurnijim sistemima evidencije, a od skora, barem po zakonu, tu spadaju i zemljišne knjige Republike Hrvatske i Federacije BiH (i Republike Srpske), po ugledu na razvijeni nemački i austrijski sistem zemljišnih knjiga, nedostatak dobre vere, tj. savesnost ne može prigovoriti nikome samo iz razloga što nije istraživao vanknjižno stanje. Međutim, nije sve išlo tako glatko i primena ove zakonske odredbe u hrvatskom pravu je odlagana, a u FBiH prihvaćena tek od 2014. godine.

Da bi bilo koji oblik registra nepokretnosti mogao egzistirati mora počivati na načelu pouzdanja, a da bi posledice ovog načela bile pravične, stanje registra mora dostići visok procenat tačnosti podataka (potpunost i istinitost pravne evidencije). Načelo pouzdanja je bitno zbog velikog značaja pravnog prometa za privredni razvoj društva. Iakonačelo pouzdanja dejstvuje i dobija na značaju kada je stanje registranepokretnosti nepotpuno ili neistinито, dinamičan robnovčani promet upravo zahteva potpunost i tačnost sadržine pravne evidencije. U suprotnom bi proizvelo štetne posledice. Zbog mogućnosti da to nije uvek tako, obavezna pretpostavka dejstva načela pouzdanja je savesnost pribavioca. Razlika je u meri savesnosti – traženje provere samo knjižnog stanja (Nemačka, Švajcarska, odnedavno Hrvatska i FBiH), ili savesnost u širem smislu koja obuhvata i proveru vanknjižnog stanja (Republika Srbija). Možda je najpravičnije prvo rešenje, koje dopušta i proveru vanknjižnog stanja u posebnim okolnostima.

Javni registar katastarske, kao i zemljišnoknjižne evidencije, treba da omogući potpunost i tačnost evidencije svih prava vezanih za nepokretnost i da ostvari javni interes – sigurnost pravnog prometa svim licima zbog svog javnog i lako dostupnog karaktera. Zato je neophodno da upisi budu ažurni i tačni, a u našim uslovima postojanja sklonosti ka izbegavanju poreza neupisivanjem prometa i nepostojanjem razvijene pravne svesti o značaju upisa, upis je opravdano obavezan. Takođe, savesnost je opravdani korektiv ovom načelu, a u sudskoj praksi Srbije je još uvek, pod određenim okolnostima, potrebno istraživati i vanknjižno stanje prava na nepokretnostima. Smatramo da dosledna

primena načela pouzdanja bez mogućnosti ispitivanja vanknjižnog stanja u srpskom pravu mora da bude odložena do završetka procesa stvaranja potpune i istinite evidencije nepokretnosti i jačanje poverenja u sistem evidencije. Čak i kada bude nedvosmisleno uređena zakonom, treba dopustiti mogućnost da se zbog naročitih okolnosti zahteva i ispitivanje vanknjižnog stanja.

Da rezimiramo: načelo pouzdanja – da; ono, *de lege ferenda*, treba da podrazumeva samo ispitivanje knjižnog stanja, ali ako okolnosti slučaja dovode u sumnju tačnost evidencije, mora obuhvatiti i ispitivanje vanknjižnog stanja. Takođe, sud mora imati zakonsku mogućnost da kod procene savesnosti utvrdi da li je, zbog posebnih okolnosti, trebalo proveriti i vanknjižno stanje. Smatramo da bi napušteni sistem zemljišnoknjižne evidencije i nadležnost suda za vođenje registra više doprineli opštem poverenju u registar nepokretnosti, a time i načelu pouzdanja.

Literatura i izvori

Abdić, A. (2017). Načelo povjerenja u zemljišne knjige u Bosni i Hercegovini, Zagrebačka pravna revija, 1, 97–124. <https://hrcak.srce.hr/file/289262>

Vukotić, V. J. (2012). Sticanje zemljišnoknjižnih prava upisom u javne registre, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, <https://nardus.mpn.gov.rs/bitstream/handle/123456789/2594/Disertacija.pdf>

Gavella, N., Josipović, T., Gliha, I., Belaj, V., Stipković, Z. (1998). Stvarno pravo, Zagreb, Narodne novine.

Kovačević Kuštrimović R., Lazić M. (2009). Stvarno pravo, Niš, Punta.

Krstić, N. (2012). Uzastopno otuđenje nepokretnosti na osnovu ugovora o doživotnom izdržavanju i drugih pravnih poslova. Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu, 60 (LX). 207–225.

Mutapčić, H., Brkić, E. (2015). Uloga i značaj načela savjesnosti u procesu reforme zemljišnoknjižnog prava, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Tuzli, br. 1. 8–40. http://pf.untz.ba/dokumenti/casopisi/2015/zbornik_1_cla-nak_1.pdf

Orlić, M. (2000). Uvođenje i obnavljanje zemljišnih knjiga, (Predlog za najpogodniju vrstu javnih registara nepokretnosti u Srbiji za XXI vek), Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, tematski broj, 6–58. https://anali.rs/xml/200-2000c/2000-1-6c/Anali_2000-1-6c-01.pdf

Planojević, N. (2012). Načela katastra nepokretnosti u Srbiji i Republici Srpskoj, *Pravna riječ*, Banja Luka, 32. 165–180.

Povlakić, M. (2014). Načelo povjerenja u zemljišnu knjigu u najnovijoj praksi Vrhovnog suda Federacije BiH, *Nova pravna revija*, časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo, 1. 41–50. <https://portalfo2.pravosudje.ba/vstvfo-api/vijest/download/28348>

Povlakić, M. (1999). Uloga savjesnosti kod višestrukog otuđenja iste nepokretnosti i predstojeća reforma zemljišnoknjižnog prava“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, XLII 255–264.

Stanković, O., Orlić M. (1993). *Stvarno pravo*, Beograd, Službeni list SRJ. Stojanović, D. (1987). *Stvarno pravo*, Beograd, Službeni list SFRJ.

Stevanović, D. (2022). Vanknjižna svojina, *Harmonius*, 383–411. <https://www.harmonius.org/wp-content/uploads/2023/03/Pages-from-HARMONI-US-2022-17.pdf>

Stojčević, D., Romac, A. (1984). *Dicta et regulae iuris*, Beograd, Savremena administracija.

Stošić S. (2017). Obezbeđenje potraživanja zasnivanjem založnog prava na nepokretnosti, doktorska disertacija, Beograd, <https://nardus.mpn.gov.rs/bitstream/id/61689/Doktorat>

Tešanović, J. (2023). Pravni značaj upisa u registar nepokretnosti, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2023. [https://www.cris.uns.ac.rs/DownloadFileServlet/javniUvid168327713320059.pdf;jsessionid=A1C58BF84AAB8D01FED588D8411670E0?controlNumber=\(BISIS\)130097&fileName=168327713320059.pdf&id=21689](https://www.cris.uns.ac.rs/DownloadFileServlet/javniUvid168327713320059.pdf;jsessionid=A1C58BF84AAB8D01FED588D8411670E0?controlNumber=(BISIS)130097&fileName=168327713320059.pdf&id=21689)

Cvetić, R. (2015). Domašaj načela upisa i načela pouzdanja u katastar nepokretnosti u našoj sudskoj praksi, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3, 1017–1036.

Cvetić, R. (2009). *Savremena evidencija nepokretnosti*, Novi Sad, „3D+ Beograd“.

Cvetić, R. (2019). Razvojni put načela obaveznosti upisa u katastar nepokretnosti i njegovo „novo ruho“ u *Liber amicorum Vladimir Vodinić*. Beograd. 47–59

Čubrilović Stamenić, B. (2022). Primjena načela pouzdanja u katastar nepokretnosti na režim (van)bračne tekovine u *Nacrtu Porodičnog Zakona*

Republike Srpske, Harmonius. 50–70. <https://www.harmonius.org/wp-content/uploads/2023/03/Pages-from-HARMONIUS-2022-03.pdf>

Živković, M. (2019). Višestruko otuđenje nepokretnosti jednog prenosioča, Liber amicorum Vladimir Vodinelić, Beograd. 505–519

Živković, M. (2022). Pravo registara nepokretnosti. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet.

Zakon o državnom premeru i katastru, „Sl. glasnik RS“, 2009. br. 72; 2010 br. 18; 2013 br. 65; 2015 br. 15 – odluka US, 2017 br. 47 – autentično tumačenje; 2017 br. 113 – dr. zakon; 2018 br. 27 – dr. zakon; 2018 br. 41 – dr. zakon i 2020 br. 9 – dr. zakon. https://www.paragraf.rs/propisi/zakon_o_drzavnom_premeru_i_katastru.html

Zakon o postupku upisa u katastar nepokretnosti i vodova, „Sl. glasnik RS“, 2018 br. 41; 2018 br. 95; 2019 br. 31; 2020 br. 15. <https://www.paragraf.rs/propisi/zakon-o-postupku-upisa-u-katastar-nepokretnosti-i-vodova.html>

Zakonu o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga, 18. maj 1930, <https://www.uzzpro.gov.rs/doc/biblioteka/bib-propisi/opstipropisi/22-Zakon-o-unut-uredjenju-z-knjigama.pdf> ili http://demo.paragraf.rs/demo/combined/Old/t/t2005_03/t03_0114.htm

Zakon o zemljišnim knjigama, Narodne novine Republike Hrvatske, 1919, br. 63 i 1922. br. 128. <https://www.zakon.hr/z/103/Zakon-o-zemlji%C5%A1nim-knjigama>

Zakon o zemljišnim knjigama Republike Srpske, „Sl. glasnik RS“, 2003. br. 67; 2004, br. 46; 2005 br. 109; 2008 br. 119. http://www.podaci.net/_gBiH/propis/Zakon_o_zemljisnim/Z-zkniga03v0367-08B9.html

Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Narodne novine Republike Hrvatske, 1996, br. 91, 2017. br. 94. <https://www.zakon.hr/z/241/Zakon-o-vlasni%C5%A1tvu-i-drugim-stvarnim-pravima>

Zakon o stvarnim pravima FBiH «Službene novine Federacije BiH», broj 66/13 (28. 8. 2013), https://advokat-prnjavorac.com/zakoni/Zakon_o_stvarnim_pravima_FBiH.pdf

Zaključak sa savetovanja građanskih i građansko privrednih odeljenja Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda, Bilten sudske prakse, Vrhovni sud Srbije, 1987, br. 3, https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/files/Bilteni/VrhovniSud/bilten_2008-3.pdf

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

THE PRINCIPLE OF TRUST IN REAL ESTATE RECORDS AND CONTRACTUAL ACQUISITION OF PROPERTY FROM THE REGISTERED OWNER

Summary

Under the so-called causal tradition system governing the transfer of property, in order to acquire property rights on immovable property under the contractual acquisition rules, the acquirer first has to conclude a legally valid contract with the real estate owner, and then enter the acquired property into the Real Estate Cadastre. The acquisition of the ownership right will not occur in case the registration was made on the basis of an invalid contract or in case the contract has been concluded with a non-owner (which is determined only after the registration). If the acquirer had disposed of the acquired right before the contract was cancelled, the right to acquire ceases to exist for all subsequent acquirers. Nevertheless, due to the legal effect of the principles of trust and security of legal transactions, a conscientious (bona fide) third party remains the owner or the holder of another real estate right (e.g. mortgage) that was acquired from the registered owner who was wrongly or incompletely entered into the real estate register.

The principle of trust in real estate records refers to reliance on all legal data that can be established by inspecting the land registry or cadastral records, which are complete and trustworthy. A third party is conscientious (bona fide) acquirer if, in the circumstances governing the conclusion of the contract and the state of affairs in the cadastral records, he/she could not have had any reason to suspect or doubt the accuracy or veracity of data from the public cadastral records. In Serbian legislation and judicial practice, in order to maintain the presumption of conscientiousness (acting in good faith), it is necessary to check whether the person is a registered owner or an unregistered owner. Although such practice may call into question the effect of the principle of trust, the author considers it to be justified because the cadastral records are still not completely accurate. De lege ferenda, the principle of trust should apply to a conscientious (bona fide) acquirer. Conscientiousness entails the examination of the registered owner but, if the circumstances of the case cast any doubt on the accuracy of cadastral records, conscientiousness must also include the examination of the unregistered owner.

Keywords: Real Estate Cadastre, principle of trust, contractual acquisition, conscientiousness.

Dr Milena Jovanović Zattila,*
Redovni profesor,
Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu
Republika Srbija

originalni naučni rad
10.5937/zrpfno-47587

UDK: 347.724:[331.105.2-057.16:347.728.2

Rad primljen: 16.11.2023.
Rad prihvaćen: 11.12.2023.

PRAVO ZAPOSLENOG NA STICANJE UDELA U DRUŠTVU SA OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU**

Apstrakt. *Da bi kompanija ostvarila dobar poslovni rezultat, na raspolaganju joj je niz podsticajnih mera kojima će zaposlene motivisati na produktivniji i efikasniji rad. Plan dodele udela u društvu zaposlenima je jedna od najuspešnijih mera u uporednoj praksi, a izmenama i dopunama Zakona o privrednim društvima je postala sastavni deo i zakonodavstva Republike Srbije. Ova inovativnost korporativnog upravljanja se kod nas odnosi isključivo na društva sa ograničenom odgovornošću. U svrhu realizacije ove podsticajne mere, definisana su dva nova pojma: rezervisani sopstveni udeo i finansijski instrument – pravo na sticanje udela. U radu autor analizira ESOP plan (Employee Stock Ownership Plan), pri čemu sagledava primenu i različitost istog u uporednom pravu, a potom ispituje razloge za usvajanje, sprovođenje samog postupka i njegovu implementaciju u nacionalno pravo.*

Ključne reči: *DOO, zaposleni-vlasnik kompanije, ESOP, rezervisani sopstveni udeo i finansijski instrument – pravo na sticanje udela.*

* milena@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu koji finansira Ministarstvo nauke, inovacija i tehnološkog razvoja, prema ugovoru broj 451-03-47/2023-01/200120.

1. Uvod

Kompanije teže što kvalitetnijoj ponudi proizvoda i usluga kako bi bile što konkurentnije na tržištu, a istovremeno u cilju izgradnje dobrih poslovnih odnosa sa klijentima. Postavljeni ciljevi se ne mogu realizovati bez ljudskog resursa, odnosno zaposlenih koji će iste kreirati i sprovesti u delo. Stoga je primarni cilj kompanija ostvarivanje dobrog i dugoročnog poslovnog odnosa sa zaposlenima. Da bi uspele u tome, mnoge kompanije zaposlenima daju trokomponentni prihod sastavljen od: naknade za rad, bonusa i udela u kapitalu društva. Na taj način zaposleni postaju partneri vlasnicima kompanija, s obzirom da stiču status suvlasnika osnovnog kapitala društva. Iz takvog odnosa partnerstva proizlazi da zaposleni više ne rade samo za poslodavca, već i za sebe kao suvlasnika kompanije, jer će, pored plate, imati i udeo u godišnjoj dobiti društva za koje rade.

Predlog skupštini za uključivanje zaposlenih u vlasničke strukture društva može biti višestruko motivisan od strane same uprave. Takvim potezom oni žele da zaposlene nagrade za prethodni rad, motivišu za buduću, da ih zadrže u kompaniji ili da im jednostavno na taj način pruže finansijsku pomoć (Ellerman et al 2022: 17). Nezavisno od motiva, ovaj ekonomski podsticaj uprave će garantovati posvećenost u daljem radu i lojalnost zaposlenih na koje se ova mera odnosi (Birchall, Ketilson, 2009: 12). Dati stimulans za njihov dalji rad u kompaniji se u uporednom pravu naziva „planom vlasništva zaposlenih nad akcijama“ (eng. Employee Stock Ownership Plan; u daljem tekstu ESOP). Ovaj plan predstavlja važan metod nagrađivanja zaposlenih zarad njihovog produktivnijeg rada, u cilju poboljšanja inovativne sposobnosti kompanije (Zhang, 2023: 54). Istovremeno, ESOP je i značajan mehanizam korporativnog upravljanja sa tendencijom da se unapredi upravljanje i promoviše dugoročni korporativni razvoj društva (Wu et al 2023: 15).

Sagledavajući brojne benefite ovog plana, u cilju dugoročnog razvoja malih i srednjih kompanija (naročito u IT sektoru), pravo Republike Srbije, izmenama i dopunama Zakona o privrednim društvima, omogućilo je participaciju zaposlenih u vlasništvu društva za koje rade. Zakonska izmena se isključivo odnosi na društvo sa ograničenom odgovornošću, dok je i ranije postojala mogućnost akcionarskog društva da dodeli akcije zaposlenima. Iako se ova zakonska promena sagledava kao uvođenje ESOP-a u pravo RS, postupak stvaranja partnerstva između vlasnika i zaposlenih u kompaniji ima sličnosti, ali i značajnih razlika od ESOP plana i njemu sličnih u uporednom pravu.

2. Zaposleni kao vlasnici kompanija u uporednom pravu

U Sjedinjenim Američkim Državama (u nastavku SAD), kolevci kapitali- stičkog uređenja privrede, sedamdesetih godina prošlog veka pojavljuje se i postaje široko rasprostranjen ESOP plan (Ellerman et al 2022: 3).¹ U narednom periodu dolazi do kreiranja novih modela, modifikovanjem inicijalnog, ali je ESOP stekao status generičkog pojma za sve oblike vlasništva zaposlenih u kompaniji (Ellerman, Gonza, 2020: 8). U vezi s tim, data raznolikost ukazuje na dispozitivnost vlasnika kompanije i zaposlenih pri definisanju ESOP-a, saglasno interesima kojima teže njegovim kreiranjem.

Američki model ESOP-a je u poslednjih trideset godina počeo da se primenjuje u većini evropskih država. Kako je koja država normirala mogućnost vlasništva zaposlenih u kompanijama, tako su se pojavljivali i različiti modeli ESOP-a. Evropi i dalje nedostaje univerzalni model prenosa vlasničkog udela u kompaniji na zaposlene (Brazda et al 2012: 1092). U redu evropskih država sa *sui generis* ESOP modelom je i Republika Srbija, kao i zemlje u okruženju. Iako svi modeli u osnovi sadrže podsticaj za sticanje udela (akcija) u društvu od strane zaposlenih, svaka država je implementiranjem ESOP-a u svoje zakonodavstvo dala određeni identitetski karakter kojim se njen model razlikuje od već postojećih.

2.1. ESOP (*Employee Stock Ownership Plan*)

Plan vlasništva nad akcijama zaposlenih predstavlja njihov kolektivni udeo u osnovnom kapitalu društva za koje rade, stečenim preko posredničkog subjekta, finansiranog iz dobiti kompanije koja se raspoređuje zaposlenima pored njihove zarade (Lowitzsch, Haschi, 2014: 7).² Njima se pruža mogućnost da tokom određenog perioda rada u kompaniji steknu procenat akcija koji može biti i 100% osnovnog kapitala društva

1 ESOP je zastupljen, kako u malim i srednjim kompanijama, tako i u velikim korporacijama kao što su: Microsoft, Oracle, Amazon, Hewlet-Packard, Procter&Gamble, Cisko, Intel, Motorola, Merrill Lynch i dr.

2 Značajan broj ESOP-a u SAD osnovan je sa ciljem da obezbedi sukcesiju vlasništva nad manjim i srednjim (porodičnim) kompanijama, gde su osnivači želeli da se povuku ili napuste ulogu vlasnika, a da prethodno nisu pronašli osobu koja bi htela da preuzme istu. Iz tog razloga osnivači postepeno dodeljuju zaposlenima akcije kako bi stekli osećaj pripadnosti i identifikovali se sa samom kompanijom, a sve u cilju nasleđivanja osnivača u pogledu daljeg korporativnog upravljanja. Težnja ka ovakvoj sukcesiji vlasništva nad kompanijom je prisutna kada postojeći vlasnici nisu spremni da prodaju istu konkurentima, jer bi *de facto* značilo njenu transformaciju i postepeni nestanak sa tržišta (Ellerman et al 2022: 8).

(Ellerman et al 2022: 7).³ Sticanje akcija u društvu od strane zaposlenih finansira sama kompanija, a ne zaposleni od ostvarene naknade za rad.⁴ Sa jedne strane, takva podsticajna mera omogućuje zaposlenima da steknu neuporedivo veći paket akcija u društvu nego što im to njihov finansijski status dozvoljava, dok sa druge strane, implementacijom ESOP-a kompanija investira u produktivniju budućnost svog poslovanja (Ismiyanti, Mahadwartha, 2017: 388; Gonza et al 2021: 7).⁵ U zavisnosti kako kompanija finansira sticanje akcija u društvu od strane zaposlenih, razlikuju se dva modela: finansiranje iz ostvarene dobiti i finansiranje uz pomoć kredita koji kompanija uzima kod banke.

Prvi model ESOP-a postoji ukoliko kompanija direktno finansira otkup novog paketa akcija ili pak akcija postojećih akcionara društva koje će nakon određenog perioda biti dodeljene zaposlenima posredstvom ESOP fonda. Primarno se sagledava da ESOP fond otkupi akcije od zaposlenih koji napuštaju kompaniju (odlaskom u penziju ili raskidom radnog odnosa), ukoliko u datom trenutku ima takvih, dok se alternativno ostavlja mogućnost dokapitalizacije, odnosno izdavanja novog paketa akcija koje će biti namenjene zaposlenima, a prenete fondu. Sa aspekta odnosa poslodavca i zaposlenog, ovo ne bi bila *ad hoc* podsticajna mera kompanije prema zaposlenima, već dugoročni plan gde bi ona svake godine izdvajala sredstva za ovu namenu, dok zaposleni ne bi finansijski učestvovali u kupovini akcija koje bi im naknadno pripale (Galetić, Rašić Krnjaković, 2004: 754). Kompanija bi finansirala kupovinu akcija iz ostvarene dobiti i iz dividendi akcija koje su pod kontrolom fonda namenjenih zaposlenima.

Drugi ESOP model karakteriše odsustvo direktnog finansiranja od strane kompanije pri otkupu novih ili akcija postojećih akcionara društva, već se to čini indirektno uzimanjem kredita kod banke. Dobijena kreditna sredstva kompanija ustupa ESOP fondu, uz istovremeno jemstvo da će ih fond vratiti banci. Fond od datih sredstava kupuje

3 Američke kompanije u ESOP plan uključuju sve zaposlene, dok u Republici Srbiji članovi DOO-a diskreciono određuju kojim zaposlenima će pružiti podsticajnu meru sticanja udela u društvu pod povoljnijim uslovima.

4 Zaposleni nisu direktni sticaoci udela, već kompanija osniva ESOP fond koji će služiti kao posrednik u raspedeli akcija zaposlenima (Lowitzsch, Haschi, 2014: 128). Fond drži akcije i upravlja njima u ime i za račun zaposlenih.

5 Iz ranih istraživanja je vidljivo da kompanije koje su zaposlenima dodeljivale akcije putem ESOP-a napredovale tri do četiri puta brže od kompanija koje to nisu činile (Rosen, Quarrey, 1987: 129). Veći uspeh i bolji performans kompanija u sistemu ESOP-a je dokazan i kasnijim istraživanjima (Handayani, Yurniwati, 2020: 617).

novooemitovane akcije ili akcije postojećih akcionara, dok mu kompanija periodično uplaćuje sredstva zarad otplate kredita (Galetić, Rašić Krnja-ković, 2004: 755). Za razliku od prvog modela, gde je kompanija pružala finansijsku podršku fondu pri otkupu akcija, u okviru drugog modela ona se zasniva na otplati kredita ESOP fonda uz istovremeno jemčenje za vraćanje istog. Finansijska sredstva, kao i u prvom modelu, kompanija će izdvajati iz ostvarene dobiti, ali i iz dividendi akcija u posedu fonda.

Nezavisno o kom modelu je reč, zaposleni neće biti direktni imaoци akcija dok god rade u društvu, te samim tim njima ne mogu raspolagati niti ih mogu zalagati. Na posedovaocu akcija zaposlenih, ESOP fondu, je obaveza da ih periodično izveštava koliki je njihov udeo u kapitalu društva. Trenutkom napuštanja kompanije od strane zaposlenog (odlaskom u penziju ili raskidom radnog odnosa) kompanija će posredstvom ESOP fonda otkupiti njegove akcije prema tržišnoj vrednosti (Ellerman, Gon-za, 2020: 15). Otkupljene akcije se preraspodeljuju novozaposlenima i na taj način se konstantno održava zatvoreni krug vlasnika društva.⁶ Drugim rečima, kompanija ima potpunu kontrolu nad vlasništvom u osnovnom kapitalu društva posredstvom ESOP fonda u kome su koncentrisane akcije zaposlenih, uz nemogućnost da iste budu otkupljene od strane trećih lica.

3. ESOP u pravu Republike Srbije

Uključivanje zaposlenih u vlasničku strukturu privrednog društva prilično podseća na model društvenog samoupravljanja.⁷ Ovaj model upravljanja je jedno od glavnih obeležja jugoslovenske privrede koji je naposljetku doživeo krah i ostavio dalekosežne posledice na privredni razvoj Republike Srbije, ali i ostalih bivših jugoslovenskih republika. Nakon toga je usledio proces privredne tranzicije, odnosno prelazak

6 Kompaniji je najznačajnije uključiti u ESOP sistem i podsticajno delovati dodelom akcija prema menadžmentu, odnosno izvršnim direktorima (Serlurin et al 2020: 87). Razlog tome se ogleda u činjenici da su oni donosioci najvažnijih odluka i da je od primarnog interesa za vlasnike, kompaniju i sve zaposlene da te odluke budu u najboljem interesu društva (Isbanah, 2015: 29).

7 Društveno samoupravljanje se zasniva na svesti o zajedničkim materijalnim interesima zaposlenih i na konkretnim potrebama njihove proizvodne organizacije kojom samostalno upravljaju. Zakonom o radničkim savetima iz 1950. god. uspostavljeno je samoupravljanje u FNR Jugoslaviji. Više vid. Grbić, Č. (1975). Samoupravljanje i država u razvoju socijalističkog samoupravnog sistema u Jugoslaviji. *Politička misao*, 12(03), 86–94. Ovaj model upravljanja privredom je potrajao gotovo do raspada zajedničke države, odnosno do 1989. godine.

društvene svojine najpre u državnu, a potom u privatnu. Tim povodom su sprovedene brojne kontroverzne privatizacije koje su dobrim delom bile nauštrb vlasničkih prava zaposlenih.

Davanje primata kapitalističkom uređenju privrede nije devalviralo značaj ljudskog resursa u kompanijskom pravu. Naprotiv, on u ovakvim privredama predstavlja *conditio sine qua non* za rast, razvoj, ali i opstanak kompanije. U pravo RS je, na sebi svojstven način, vraćena jedna socijalna komponentna koja ima podsticajno dejstvo na rad zaposlenih u kompanijama. Na taj način se RS pridružila evropskim zemljama koje su prihvatile model američkog ESOP-a. Naime, izmenama i dopunama ZPD-a iz 2019. god., pruža se mogućnost zaposlenima u DOO-u da na *sui generis* način steknu udeo u društvu.⁸ Njihovo sticanje udela se ne podrazumeva samim činom zaposlenja, već je uslovljeno voljom članova društva (skupštine DOO-a). Diskrecionom procenom favorizuju najistaknutije pojedince, zaposlene ili saradnike društva, ponudivši im mogućnost da steknu udeo u društvu. Sticanje udela je najčešće uslovljeno protekom određenog vremena, tokom koga bi zaposleni ostao u datoj kompaniji. Ne isključuje se mogućnost da ugovorne strane definišu još neki, zakonom dozvoljeni, uslov. Iako se ova izmena ZPD-a sagledava u cilju dodele udela u društvu zaposlenima, dotada nevlasicima kapitala, istovremeno se ne isključuje mogućnost da na ovaj način već postojeći član društva dodatno uveća svoj udeo u kapitalu DOO-a.

Mogućnost sticanja udela u DOO-u na novi, *sui generis*, način je omogućena definisanjem dva nova pojma u ZPD: 1) rezervisanog sopstvenog udela (RSU) i 2) finansijskog instrumenta – pravo na sticanje udela (FIPSU). Ova novina je rezervisana isključivo za DOO, a ne i za akcionarsko društvo.⁹

3.1. Rezervisani sopstveni udeo (RSU)

Rezervisanim sopstvenim udelom DOO-a smatra se udeo koji društvo besteretno stiće od postojećeg člana društva u cilju izdavanja finansijskog instrumenta – pravo na sticanje udela iz istog. Društvo ovako stečenim udelom ne može raspolagati na drugi način, niti ga može

8 Zakon o privrednim društvima („Sl. glasnik RS“, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – dr. zakon, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 i 109/2021) čl. 159a – 159ž.

9 U akcionarskom društvu je već postojala mogućnost da društvo podeli akcije zaposlenima, povezanom društvu ili da nagradi članove odbora direktora, odnosno izvršnog i nadzornog odbora, ako je upravljanje društvom dvodomno, ali najviše do 5% bilo koje klase akcija u toku poslovne godine, pod uslovom da je takva mogućnost predviđena statutom (čl. 282, s. 4, t. 2 ZPD). Do 2019. godine je AD za ovu namenu moglo da izdvoji maksimalno 3% akcija, ali je izmenom ZPD-a taj prag podignut na 5%.

založiti kao sredstvo obezbeđenja u nekom pravnom poslu.¹⁰ Za razliku od sopstvenog udela, jednočlano DOO može imati rezervisani sopstveni udeo.¹¹ Nakon sprovedenog postupka sticanja udela, društvo više ne može ostati jednočlano, tj. pretvara se u višečlano. U odnosu na sopstveni udeo, distinkcija se ogleda i u mogućstvu DOO-a da ima više rezervisanih sopstvenih udela.¹² Potreba DOO-a za prethodno navedenim proizlazi iz zakonskog ograničenja da sve emisije FIPSU iz jednog rezervisanog sopstvenog udela imaju isti dan dospeća i isti rok za plaćanje cene.¹³ Pritom, u ZPD-u je navedeno da procenat učešća svih rezervisanih sopstvenih udela u osnovnom kapitalu društva ne može biti veći od 40%.¹⁴ Ovo ograničenje ukazuje da će vlasnička prava zaposlenih nakon sprovedenog postupka sticanja udela DOO-a, putem datih RSU, svakako biti manjinska prilikom odlučivanja i da upravljačka prava ranijih članova neće biti ugrožena. To podrazumeva da će zaposleni kao novi suvlasnici DOO-a činiti manjinu u odnosu na dotada postojeće članove društva.¹⁵

Društvo može da stekne rezervisani sopstveni udeo samo od udela članova čiji su uloženi u celosti uplaćeni/uneti. Ovako stečeni udeo se ne uračunava u kvorum na sednici skupštine, a društvu kao imaocu ne daje pravo glasa, niti pravo na učešće u dobiti. Dodatno ograničenje na strani DOO-a, a istovremeno u zaštitu onih koji nisu glasali za sticanje RSU, ogleda se u činjenici da se on može formirati samo od udela onih članova koji su na skupštini glasali za usvajanje ove odluke.¹⁶ Ovim rešenjem

10 ZPD čl. 159a, st. 1-2.

11 ZPD čl. 159a, st. 3. upor. ZPD čl. 157, st. 7 Više o sopstvenom udelu u DOO vid. Stevan Šogorov, „Pravni status sopstvenog udela društva s ograničenom odgovornošću“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3/2010, 27-36.

12 ZPD čl. 159a, st. 4. Zakon ne navodi eksplicitno da li DOO može da ima više sopstvenih udela. Iz zakonskog principa „jedan udeo jedan član“ kao univerzalnog, bez obzira ko je vlasnik udela i kakva prava po njemu može vršiti, proističe zaključak da i društvo može imati samo jedan sopstveni udeo, odnosno kada stekne više njih, da se svi spajaju u jedan jedinstveni sopstveni udeo (Šogorov, 2010: 29).

13 ZPD čl. 159g, st. 4. 14

ZPD čl. 159a, st. 4-5.

15 Hipotetički gledano, ukoliko bi zaposleni iz jednog RSU stekli maksimalnih 40% kapitala DOO-a, a nakon toga dodatnih npr. 15% kapitala iz novog RSU koje formira društvo, tada bi već moglo da se govori o zaposlenima kao imaocima većinskog udela u kapitalu DOO-a.

16 ZPD 159a, st. 6-8 u vezi sa čl. 211, st. 2, t. 6 Osnivačkim aktom može se predvideti i druga većina za donošenje odluka o sticanju RSU, ali ne manja od obične većine od ukupnog broja glasova članova DOO-a koji imaju pravo glasa po određenom pitanju – čl. 211, st. 3.

se pravično štite nesaglasni članovi DOO-a za sticanje RSU time što njihovi udeli ostaju nepovredivi prilikom sprovođenja ovog postupka.

Po svemu sudeći, ovako definisani rezervisani sopstveni udeo predstavlja posebnu vrstu sopstvenog udela DOO-a koji ima svoj identitetski karakter. Isključivost sticanja RSU radi dodele finansijskog instrumenta – pravo na sticanje udela, ukazuje na nedvosmislen motiv postojećih članova DOO-a koji su podržali ovu odluku, da izdvojeni udeo društva dodele dotada nevlasniku kapitala ili pak postojećem članu društva. Novi vlasnik udela u DOO-u će najčešće biti zaposleni, pri čemu društvo sprovodi na delu podsticajnu meru kako bi najproduktivnije u radu nagradilo, ali i istovremeno zadržalo u društvu u narednom periodu.

3.2. Finansijski instrument – pravo na sticanje udela (FIPSU)

Finansijski instrument – pravo na sticanje udela, sa statusom neprenosivosti, izdaje DOO, a na osnovu koga njegov imalac ostvaruje pravo da stekne udeo u društvu.¹⁷ Sticanje udela pomoću ovog finansijskog instrumenta je uslovljeno protekom određenog perioda do dana dospeća, i isplatom određene cene koja je ugovorom regulisana između DOO-a i zaposlenog.¹⁸ Postojeći članovi društva neće imati mogućnost da iskoriste pravo preče kupovine udela koji se stiže na ovaj način.¹⁹ Poput rezervisanog sopstvenog udela, i finansijski instrument – pravo na sticanje udela se ne može založiti. Odnos zaposlenog i društva u pogledu sticanja FIPSU predstavlja ličnu obligaciju (*intuitu personae* odnos), iz čega proizlazi da on ne može biti prenet drugom licu od strane imaoca, niti može biti predmet nasleđivanja.

Ovako definisan finansijski instrument ukazuje na isključivost u pogledu njegove upotrebe. S obzirom da glasi na ime svog imaoca, neprenosiv je i nenaslediv, niti ga imalac može založiti, a ne predstavlja ni hartiju od vrednosti (Jovanović, Radović, Radović, 2020: 386). Postupak i dokumentacija potrebna za sprovođenje upisa i ispisa novousvojenog finansijskog instrumenta obavlja se pri Centralnom registru, depo i

17 ZPD čl. 159v, st. 1.

18 Imajući u vidu da je dodela FIPSU, a time i mogućnost sticanje udela u DOO-u, podsticajna mera društva kojom se nagrađuju pojedinci (zaposleni), opravdano se pretpostavlja da će njegova cena biti niža od tržišne. Kako ZPD ne navodi merilo za određivanje cene FIPSU, društvo i zaposleni mogu dogovoriti da ona simbolično iznosi 1 dinar.

19 Ovo ograničenje proizlazi iz čl. 159d, st. 10 ZPD, a u vezi je sa čl. 159v, st. 4 kojim se proklamuje da se izdavanje FIPSU neće smatrati javnom ponudom u smislu Zakona o tržištu kapitala („Sl. glasnik RS”, br. 129/2021).

kliring hartija od vrednosti (u nastavku – Centralni registar). U vezi sa ovim finansijskim instrumentom, osim ZPD-a, primenjuje se i Zakon o tržištu kapitala i drugi akti Centralnog registra. FIPSU se izdaje u elektronskoj, dematerijalizovanoj formi.

3.3. Postupak sticanja udela u društvu kao podsticajna mera zaposlenima

Da bi zaposleni, koga društvo namerava da pozitivno diskriminiše u odnosu na ostale, stekao udeo u DOO-u po povlašćenim uslovima, neophodno je da se sprovede odgovarajući postupak. Faze datog postupka su sledeće: 1) formiranje rezervisanog sopstvenog udela; 2) registracija i dodela finansijskog instrumenta – pravo na sticanje udela zaposlenom, spoljnom saradniku ili postojećem članu društva i 3) sticanje udela u DOO-u od strane imaoaca finansijskog instrumenta – pravo na sticanje udela.

U prvoj fazi skupština društva donosi odluku o sticanju rezervisanog sopstvenog udela od postojećih članova društva koji su za nju glasali. Njihovi udeli se smanjuju proporcionalno u odnosu na visinu procenta koji obuhvata RSU. Ukoliko se, iz priložene skupštinske odluke, ne može utvrditi izričita saglasnost člana kome se umanjuje udeo u društvu zarad formiranja RSU, potrebno je da se on tim povodom izjasni. Formirani RSU se registruje pri Agenciji za privredne registre, saglasno Zakonu o postupku registracije pri ovoj agenciji.²⁰

Nakon sprovedene registracije rezervisanog sopstvenog udela pri APR-u, stekli su se uslovi za prelazak u drugu fazu postupka u kojoj se iz RSU emituje finansijski instrument – pravo na sticanje udela. Odluku o emisiji donosi skupština društva, osim ako osnivačkim aktom nije drugačije određeno.²¹ Jedna emisija može da sadrži više finansijskih instrumenata pri čemu društvo može da sprovede

20 Čl. 35 i 36 Zakona o postupku registracije u agenciji za privredne registre („Sl. glasnik RS“, br. 99/2011, 83/2014, 31/2019 i 105/2021).

21 ZPD čl. 159g, st. 1. U stavu 2. istog člana navodi se da odluka mora da sadrži:

1) broj FIPSU koji se izdaju; 2) RSU iz koga se FIPSU izdaje; 3) podatke iz člana 9a ZPD o licima koja stiču FIPSU (za domaće fizičko lice – lično ime i jedinstveni matični broj građana; za stranca – lično ime, broj pasoša i država izdavanja, odnosno lični broj za stranca, odnosno broj lične karte stranca i zemlja izdavanja; za domaće pravno lice – poslovno ime, adresa sedišta i matični broj; za strano pravno lice – poslovno ime, adresa sedišta, broj pod kojim se to pravno lice vodi u matičnom registru i država u kojoj je to lice registrovano), kao i podatak o adresi njihovog prebivališta; 4) procenat udela koji imalac FIPSU ima pravo da stekne u odnosu na RSU; 5) cena koju imalac FIPSU plaća društvu za sticanje udela i rok za plaćanje cene koji ne može biti kraći od 15 dana niti duži od 30 dana od dana dospeća;

više različitih emisija iz jednog rezervisanog sopstvenog udela. U tom slučaju, sve FIPSU jedne emisije odlikovaće istovetnost u pogledu prava i obaveza koje će proizaći iz njih.²² Ukoliko pak društvo sprovede više različitih emisija iz jednog RSU, sve će imati isti dan dospeća i isti rok za plaćanje cene.²³ Ovo ograničenje proizlazi iz činjenice da se istovremeno registruju svi imaoci prava na sticanje udela koji su uplatili otkupnu cenu, saglasno sadržini prava koja je navedena na njihovom finansijskom instrumentu. U vezi s tim, ukoliko bi se sukcesivno upisivali imaoci ovih prava kao članovi društva, sticali bi različiti udeo u društvu, bez obzira što su imali podjednaka prava na sticanje istog rezervisanog sopstvenog udela.²⁴ Drugim rečima, imalac dospelog finansijskog instrumenta koji je prvi registrovan kao član društva stekao bi veći procenat udela od imaoaca koji bi se kasnije registrovao kao član društva, s obzirom da bi se rezervisani sopstveni udeo smanjio za procenat udela imaoaca čije je pravo prvo realizovano.²⁵ Iz ovakve konstatacije proizlazi i zakonom dopuštena mogućnost DOO-a da ima više RSU-a, ukoliko planira veći broj FIPSU emisija koje će imati različit datum dospeća ili pak sadržati pravo na sticanje udela

6) datum emisije FIPSU; 7) dan dospeća FIPSU; 8) uslove pod kojima se FIPSU može poništiti pre dana dospeća.

22 FIPSU jedne emisije daju ista prava iz čl. 159g, st. 2, t. 4–8. Videti prethodnu fusnotu.

23 ZPD čl. 159g, st. 4–5. Društvo je dužno da odluku o emisiji dostavi Centralnom registru u roku od pet radnih dana od dana donošenja, radi upisa i registracije FIPSU na zakonite imaoce.

24 Uputstvo APR-a – *Promene u vezi sa realizacijom prava na sticanje udela* (<https://www.apr.gov.rs/regist-ri/privredna-drustva/uputstva/promene-.2031.html#22>, septembar 2023).

25 Primera radi, društvo je 1. 8. 2022. god. iz RSU, koji predstavlja 10% osnovnog kapitala, izdalo pet FIPSU koji će svakom imaoцу u trenutkom dospelosti, 1. 6. 2023., dati pravo na 1/5 RSU (2% udela u društvu). Međutim, ukoliko jednom imaoцу ovaj finansijski instrument dospe 1. 3. 2023. god., a ostalaj četvorici 1. 6. 2023. god., onda bi samo on stekao 2% udela u osnovnom kapitalu društva. Potom bi usledilo smanjenje RSU sa 10% na 8%, odnosno za iznos udela koji je stečen realizovanjem prvog FIPSU. Po dospeću 1. 6. 2023. god. i isplate cene, ostala četvorica bi stekla po 1/5 umanjenog RSU, odnosno 1.6% udela u društvu ($8\% : 5 = 1.6$), a 1.6% RSU bi ostao neraspoređen ($8\% - 4 \times 1.6 = 1.6\%$). Navedeni primer objašnjava koje bi posledice usledile ukoliko bi se dozvolilo da više finansijskih instrumenata jednog RSU ima različit datum dospeća. Imajući u vidu da sve emisije FIPSU iz jednog rezervisanog sopstvenog udela imaju isti dan dospeća, ovaj hipotetički primer se ne može naći u praksi, s obzirom na to da zakonom nije dozvoljen.

drugačije vrednosti u kapitalu izdavaoca istih.²⁶

Da bi društvo nekome dodelilo finansijski instrument – pravo na sticanje udela, potrebno je da se to lice usaglasi sa njegovim danom dospeća, cenom otkupa udela koji iz njega proizlazi, kao i sa uslovima pod kojima se on može poništiti pre dana dospelosti. U ZPD-u se ne navodi koji su to uslovi, ali se iz dosadašnje prakse, gde se kao imalac ovog finansijskog instrumenta pojavljuje zaposleni, najčešće zahtevala njegova lojalnost prema društvu. Navedeni uslov podrazumeva da zaposleni do dana dospeća FIPSU, odnosno do trenutka njegovog sticanja udela u društvu ne napusti isto. Prilikom podnošenja zahteva Centralnom registru radi upisa finansijskog instrumenta, društvo može da se obrati neposredno ili posredstvom ovlašćenih članova. Na ovaj način se omogućuje ušteda troškova u pogledu angažovanja ovlašćenih lica (brokera) za preduzimanje posredničkih radnji pri Centralnom registru.²⁷

Nastupanjem poslednjeg dana koji je predviđen rokom dospelosti finansijskog instrumenta – pravo na sticanje udela, otpočinje poslednja faza postupka. ZPD ne predviđa najkraći i najduži rok dospelosti, već se to prepušta dispoziciji ugovornih strana (izdavaocu i imaocu ovog finansijskog instrumenta). Od tog trenutka otpočinje rok u kome je imalac FIPSU dužan da plati cenu društvu koja je naznačena u odluci o njegovom izdavanju. Za razliku od roka dospelosti, rok plaćanja je zakonom ograničen, od 15 do 30 dana nakon dospelosti, tako da je na izdavaocu i imaocu novousvojenog finansijskog instrumenta da u odluci definišu tačan rok. Lice koje je u Centralnom registru upisano kao zakoniti imalac, nakon isplate cene društvu, postaje član DOO-a otkupivši udeo u kapitalu srazmeran rezervisanom sopstvenom udelu koji je na njegovom FIPSU upisan. Tim činom finansijski instrument prestaje da važi, a Centralni registar ga ispisuje i u vezi s tim društvu izdaje povrdu.²⁸ Istovremeno sa upisom sticanja udela u društvu dotadašnjeg imaoca FIPSU, vrši se i registracija smanjenja rezervisanog sopstvenog udela u APR-u, u istom onom procentu kojim je stečen udeo u društvu proizašao iz finansijskog instrumenta.

26 Ukoliko DOO ima istovremeno više RSU njihov zbirni udeo u osnovnom kapitalu društva ne sme biti veći od 40%.

27 Vid. listu brokersko-dilerskih društava registrovanih pri Centralnom registru <http://www.crhov.rs/?Opcija=4>.

28 ZPD 159d st. 6.

FIPSU može prestati poništenjem, pri čemu njegov imalac ne bi stekao udeo u društvu, ukoliko: 1) imalac finansijsko instrumenta ne izvrši svoju obavezu plaćanja cene u predviđenom roku ili 2) pre dana dospeća nastupi neki od raskidnih uslova koji su definisale ugovorne strane odlukom o emisiji datog finansijskog instrumenta. U datim situacijama, izdavalac donosi odluku kojom se taj FIPSU poništava. Društvo podnosi zahtev za njegov ispis i dostavlja Centralnom registru odluku o njegovom poništenju, kao i podatke o imaoocu finansijskog instrumenta. Ukoliko su pak ispunjeni uslovi za poništenje svih emisija FIPSU iz rezervisanog sopstvenog udela, izdavalac Centralnom registru dostavlja zahtev za ispis i odluku o njihovom poništenju pre roka dospeća, a Centralni registar vrši ispis svih emisija iz datog RSU.

4. Zaključak

Jedan od glavnih problema pri poslovanju kompanija u današnje vreme predstavlja ljudski resurs. Kako profesionalno napreduju u pogledu sopstvenog kotiranja na tržištu rada, a u težnji ostvarivanja većih prihoda, zaposleni neretko menjaju kompanije u kojima posluju. U cilju ostvarivanja uspešnijeg poslovnog rezultata, kompanije teže da zadrže najbolje zaposlene raznim podsticajima u vidu boljih uslova rada, fleksibilnosti organizovanja poslovnih aktivnosti, bonusa i sl. U vezi s tim, inovativno rešenje ZPD se ogleda u dodeli udela zaposlenom u društvu za koje radi. Na takav metod korporativnog upravljanja se u Republici Srbiji gleda skeptično, s obzirom na posledice učešća zaposlenih u vlasničkim strukturama društva u modelu samoupravljanja. Sadašnji model vlasništva zaposlenih u kompaniji počiva na osnovama kapitalističkog uređenja i u znatnoj meri se razlikuje od onog koji je odlikovao privredu socijalizma.

Postupak sticanja udela u društvu od strane zaposlenih u pravu Republike Srbije je svojevrsni oblik ESOP plana. Definisanjem dva nova instituta u ZPD-u, rezervisanog sopstvenog udela i finansijskog instrumenta – pravo na sticanje udela, predstavlja identiteti karakter ovog modela u odnosu na postojeće u uporednom pravu. Osnovna karakteristika ove podsticajne mere u pravu RS ogleda se u njenoj primeni samo u društvima sa ograničenom odgovornošću. Opravdanje za ovakvo ograničenje može se pronaći u činjenici da je najveći broj malih i srednjih kompanija registrovan u formi DOO-a i da je kod njih najzastupljeniji problem odliva zaposlenih. Primenom ovog postupka kompanije bi omogućile pojedinim zaposlenima da, protekom određenog vremena i po privilegovanoj ceni,

steknu udeo u društvu pod uslovom da u datom periodu kompaniju ne napuste. Za razliku od američkog ESOP plana koji svim zaposlenima dodeljuje akcije društva, pravo RS prepušta skupštini DOO-a da diskreciono odluči koga će sve privilegovati na ovaj način. Saglasno tome, skupština, odnosno članovi društva će nagrađivati najzaslužnije za postignute poslovne rezultate. Tim potezom bi ih motivisala da u narednom periodu ostanu u kompaniji i budu produktivniji, kako bi i sama kompanija ostvarila bolje poslovne rezultate.

Literatura i izvori

Birchall, J., & Ketilson, L. H. (2009). *Resilience of the cooperative business model in times of crisis*. International Labour Organisation, Geneva.

Brazda, J., Dellinger, M., Rößl, D. (2012). *Tax treatment of co-operatives in Europe under the State aid rules*. Genossenschaften im Fokus einer neuen Wirtschaftspolitik, Teilband IV: 1091–1104.

Wu, F., Cao, J., & Zhang, X. (2023). Do non-executive employees matter in curbing corporate financial fraud?. *Journal of Business Research*, 163, 113922.

Grbić, Č. (1975). Samoupravljanje i država u razvoju socijalističkog samoupravnog sistema u Jugoslaviji. *Politička misao*, 12(03), 86–114, Beograd.

Galetić, L., & Rašić Krnjaković, S. (2004). Dioničarstvo zaposlenih u Hrvatskoj – stanje, mogućnosti i perspektive. *Ekonomski pregled*, 55(9–10), 752–772, Zagreb.

Gonza, T., Ellerman, D., Berkopec, G., Zgank, T., & Siroka, T. (2021). Marcora for Europe: How Worker-Buyouts Might Help Save Jobs and Build Resilient Businesses. *European State Aid Law Quarterl*, 20, 61.

Ellerman, D., Gonza, T., & Berkopec, G. (2022). European Employee Stock Ownership Plan (ESOP): the main structural features and pilot implementation in Slovenia. *SN Business & Economics*, 2(12), 186.

Ellerman, D., & Gonza, T. (2020). A Generic ESOP: Employee Share Plan for Europe. *European Federation for Employee Share Ownership*, Brussels.

Zhang, Y. (2023). Employee Stock Ownership Plans and Corporate Innovation. *Academic Journal of Management and Social Sciences*, 2(1), 54–59.

Ismiyanti, F., & Mahadwartha, P. A. (2017). Does employee stock ownership plan matter? An empirical note. *Investment management and financial innovations*, 14(3), 381–388.

Jovanović, N., Radović, V., Radović, M. (2020). *Kompanijsko pravo: pravo privrednih subjekata*, 1. izdanje, Pravni fakultet Univerziteta, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd.

Lowitzsch, J., Haschi, I. (2014). „The Promotion of Employee Ownership and Participation.“ *European Commission Research Note*. Brussels, Belgium.

Rosen, C., & Quarrey, M. (1987). How well is employee ownership working?. *Harvard Business Review*, 65(5). 126–132.

Seralurin, Y. C., Larasati, R., & Pattiasina, V. (2020). Institutional Ownership as Moderation of Execution Price Relationship and Employee Stock Ownership Program (ESOP): A Company Performance Evaluation. *The International Journal of Social Sciences World (TIJOSW)*, 2(2), 85–99.

Handayani, F., & Yurniwati, Y. (2020). Analysis of the influence of employee stock ownership program (ESOP) application of company financial performance. *Jurnal Ilmiah Universitas Batanghari Jambi*, 20(2), 616–625.

Šogorov, S. (2010). „Pravni status sopstvenog udela društva s ograničenom odgovornošću“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3/2010, 27–36.

Drugi izvori

Zakon o privrednim društvima („Sl. glasnik RS“, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – dr. zakon, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 i 109/2021).

Zakon o tržištu kapitala („Sl. glasnik RS“, br. 129/2021)

Zakon o postupku registracije u agenciji za privredne registre („Sl. glasnik RS“, br. 99/2011, 83/2014, 31/2019 i 105/2021)

Lista brokersko-dilerskih društava registrovanih pri Centralnom registru <http://www.crhov.rs/?Opcija=4>

Uputstvo APR-a – *Promene u vezi sa realizacijom prava na sticanje udela* (<https://www.apr.gov.rs/regist-ri/privredna-drustva/uputstva/promene-2031.html#22>, septembar 2023)

*Milena Jovanović Zattila, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš
Republic of Serbia*

THE RIGHT OF AN EMPLOYEE TO ACQUIRE SHARES IN A LIMITED LIABILITY COMPANY

Summary

In order to achieve good business results, a company has a number of incentive measures at its disposal to motivate employees to be more productive and efficient in performing their activities. In comparative practice, one of the most successful corporate management measures is the plan for allocating shares to company employees. By introducing amendments to the Business Companies Act, this plan has become an integral part of the legislation of the Republic of Serbia. This innovation in corporate management applies exclusively to limited liability companies. For the purpose of implementing this incentive measure, two new terms were defined: the reserved own share (ROS) and the right to acquire shares as a financial instrument. In this paper, the author analyzes the Employee Stock Ownership Plan (ESOP), examines the diverse applications of the ESOP in comparative law, considers the reasons for its adoption and the adoption procedure itself, and outlines the benefits of its implementation in the national law.

Keywords: *limited liability companies (LLC), employees, company owners, ESOP, reserved own share (ROS), financial instrument - right to acquire shares.*

Dr Dušica Miladinović Stefanović,*

Vanredni profesor,
Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu
Republika Srbija

Dr Saša Knežević,*

Redovni profesor,
Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu
Republika Srbija

originalni naučni rad
10.5937/zrpfno-47585

UDK: 343.153/.157

Rad primljen: 07.11.2023.

Rad prihvaćen: 21.11.2023.

OTKLANJANJE PRAVNIH NEDOSTATAKA PRAVOSNAŽNIH PRESUDA**

Apstrakt: Pravnosnažnost presude označava momenat kojim započinje postupak izvršenja odluke o kaznenopravnom zahtevu, sadržane u izreci ove sudske odluke. Doneta presuda je rezultat temeljne činjenične rekonstrukcije krivičnog događaja i primene normi krivičnog zakonodavstva na utvrđeno činjenično stanje. Krunu institucionalnog reagovanja na sumnju da je okrivljeni svojim ponašanjem ostvario biće određenog krivičnog dela čini presuda doneta u završnoj fazi sprovedenog krivičnog postupka.

Izjavljivanjem žalbe protiv prvostepene presude omogućava se kontrola zakonitosti i pravilnosti odluke donete u prvostepenom postupku. Odluka suda pravnog leka je pravnosnažna i izvršna. Posledice proizašle iz izvršenja pravnosnažne presude, izuzetno, i pod zakonom striktno propisanoj proceduri, mogu biti otklonjene jedino odgovarajućom odlukom vrhovne sudske instance, donetom u postupku iniciranom vanrednim pravnim lekovima. Pravnosnažna presuda može biti anulirana zbog činjeničnih ili pravnih nedostataka. Nedostaci pravne osnovice pravnosnažne presude biće u fokusu pažnje u izlaganju koje sledi.

Ključne reči: presuda, pravnosnažnost, pravna osnovica presude, pravni lekovi, zahtev za zaštitu zakonitosti, pravni nedostaci presude.

* dusica@prafak.ni.ac.rs

* knez@prafak.ni.ac.rs

** Rad predstavlja rezultat istraživanja na osnovu Ugovora o realizaciji i finansiranju naučnoistraživačkog rada NIO, zaključenog između Ministarstva nauke, inovacija i tehnološkog razvoja i Pravnog fakulteta u Nišu, evidencioni broj 451-03-47/2023-01/200120.

1. Uvod

Prvostepena presuda zasiva se na zakonitom i valjanom činjeničnom stanju, ali i na zakonitoj supsumpciji činjenične konstrukcije krivičnog događaja pod odgovarajuće odredbe Krivičnog zakonika. Preispitivanje činjenične i pravne utemeljenosti prvostepene presude materijalizuje se u meritornoj odluci sadržanoj u pravnosnažnoj presudi. Pravnosnažna presuda pruža pun legitimitet svim odlukama o kaznenopravnom zahtevu države za kažnjavanje okrivljenog. Jedini pravni put za osporavanje legaliteta i legitimiteta pravnosnažne presude jeste podnošenje odgovarajućeg vanrednog pravnog leka.

Sistem vanrednih pravnih lekova omogućava da se otklone nedostaci činjenične i pravne konstrukcije pravnosnažne presude. Činjenične manjkavosti pravnosnažne presude otklanjaju se u ponovljenom krivičnom postupku, iniciranom zahtevom ovlašćenih subjekata nezadovoljnih epilogom utvrđene činjenične osnovice pravnosnažne presude. Ponovljeni krivični postupak omogućava revidiranje odlučnih činjenica koje su osnovica donete presude.

Pravni nedostaci pravnosnažne presude očituju se u pogrešnoj primeni odredaba materijalnog i procesnog prava na utvrđenu činjeničnu osnovicu pravnosnažne presude. Neadekvatna primena odredaba Krivičnog zakonika čini pravnosnažnu presudu nezakonitom. Isto tako, pogrešna primena odredaba o postupku u kome je doneta pravnosnažna presuda narušava zakonitost donete odluke. U pozitivnom pravu Srbije nedostaci u primeni prava i u postupku donošenja pravnosnažne presude otklanjaju se odlukama donetim u postupku po zahtevu za zaštitu zakonitosti. Za razliku od pozitivnog prava Srbije, pojedina zakonodavstva su zadržala vanredne pravne lekove kojima ekskluzivno osuđeni (okrivljeni) može pobijati pravne nedostatke pravnosnažne presude.

Samim podnošenjem vanrednih pravnih lekova relativizuje se primena načela presuđene stvari (*res iudicata*). Stoga, odgovarajuća međunarodno- pravna regulativa, ustavi savremeni država i procesni zakoni predviđaju izuzetno dopuštenu mogućnost suspendovanja pravne sigurnosti građana kroz inicijativu za „ponovno otvaranje slučaja“ okončanog pravnosnažnom presudom. Ovu mogućnost izričito propisuje čl. 4, st. 2 Dodatnog Protokola uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.¹

1 Ovu konvenciju i njene dodatne protokole ratifikovala je i Narodna skupština Republike Srbije. Objavljena je u *Sl. glasniku RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/2010 i 10/2015.

Osim povreda materijalnog i procesnog prava, pojedina zakonodavstva, uključujući i pozitivno pravo Srbije, propisuju zakonom priznati uticaj odluka Ustavnog suda i Evropskog suda za ljudska prava na odluke krivičnih sudova. To se svakako odražava i na osnove za podnošenje ovog pravnog leka. Otklanjanje pravnih nedostataka pravnosnažnih presuda predviđa se i u komparativnom pravu. Različitim vidovima kasacije, neutrališu se povrede zakona i postupka utvrđene u postupku preispitivanja zakonitosti pravnosnažnih presuda, ali i pravni nedostaci utvrđeni presudama Evropskog suda za ljudska prava.

2. Otklanjanje povreda zakona i postupka

Pravnosnažna presuda može biti zasnovana na valjano utvrđenom činjeničnom stanju, ali na pogrešnoj primeni prava na činjeničnu osnovicu. Osim toga, prilikom odlučivanja po žalbi mogu se povrediti odredbe procesnog zakona. Stoga se odgovarajućim vanrednim pravnim lekovima pokreće mehanizam preispitivanja pravne osnovice pravnosnažne presude. U krivičnoprocenome pravu Srbije, kao što je istaknuto, zahtev za zaštitu zakonitosti je ekskluzivni vanredni pravni lek usmeren na otklanjanje pravnih nedostataka pravnosnažne presude.

Sama mogućnost preispitivanja pravne osnovice pravnosnažne presude otvara dileme u teoriji krivičnog procesnog prava. Naime, kako opravdati narušavanja principa presuđene stvari, i to u slučajevima kada ne postoje veći činjenični nedostaci pravnosnažne presude? Uz to, za razliku od različitih vidova revizije pravnosnažne presude (uključujući i ponavljanje krivičnog postupka), preispitivanje pravnih nedostataka pravnosnažne presude se ne temelji na nekim novim dokazima i činjenicama. Reč je isključivo o pravnom mišljenju stranaka da postoji sumnja u validnost pravne osnovice pravnosnažne presude. Za razliku od činjenica koje su realnost, pravna mišljenja su „promenljiva i aleatorna“. Stoga, prilikom kreiranja normativnog okvira mogućeg pobijanja pravne osnovice pravnosnažne presude treba napraviti jasnu distinkciju od mogućnosti ponavljanja krivičnog postupka. Osnovi za preispitivanje pravne utemeljenosti pravnosnažne presude moraju biti izričito propisani, a samo preispitivanje pravne zasnovanosti pravnosnažne presude ne sme se pretvoriti u neograničena, višekratna narušavanja principa presuđene stvari. To zahteva javni interes i potreba da se zaštite legitimni interesi stranaka (Vasiljević, 1981: 663–664).

2.1. Zahtev za zaštitu zakonitosti kao pravni mehanizam za otklanjanje pravnih nedostataka pravnosnažne presude

Zahtev za zaštitu zakonitosti je vanredni pravni lek kojim se pobija pravno-snažna presuda zbog *povreda zakona ili postupka* koji je prethodio donošenju presude. Budući da je usmeren isključivo na *pravne nedostatke* pravnosnažne presude, zahtev za zaštitu zakonitosti je *nepotpuni* pravni lek. Ovaj vanredni pravni lek *nema suspenzivno dejstvo, i devolutivan* je.

Važeći Zakonik o krivičnom postupku Srbije znatno je izmenio fizio- nomiju ovog pravnog leka. Javni tužilac najvišeg ranga (Vrhovni javni tužilac) nije više ekskluzivni titular prava na podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti. Pod zakonom propisanim uslovima, ovaj pravni lek namenjen pobijanju pravne osnovice pravnosnažne presude može podneti i osuđeni, uz pomoć branioca. Time je ovaj pravni lek dobio stranački karakter. Međutim, određena ograničenja prava osuđenog na podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti narušavaju princip „jednakosti oružja“. Osuđeni, osim što nije samostalan prilikom izjavljivanja ovog pravnog leka, može podneti zahtev za zaštitu zakonitosti samo ako je *prethodno iskoristio* pravo na izjavljivanje redovnih pravnih lekova. Isto tako, osuđeni može podneti zahtev *samo iz zakonom propisanih osnova* (čl. 485, st. 1, tač. 2 i 3 i st. 4), i to u roku od 30 dana od dostavljanja pravnosnažne presude. Vrhovni javni tužilac je vezan rokom za izjavljivanje zahteva za zaštitu samo ako se pravnosnažna presuda pobija zbog primene *neustavnog zakona* ili ako je odlukama Ustavnog suda ili Evropskog suda za ljudska prava *utvrđena povreda ljudskog prava* okrivljenog ili drugog učesnika u postupku (čl. 485, st. 1, tač. 2 i 3 ZKP-a). U tim slučajevima, rok za podnošenje iznosi tri meseca od dana dostavljanja odluka Ustavnog suda ili Evropskog suda za ljudska prava.

Zahtev za zaštitu zakonitosti može se podneti protiv svih sudskih odluka – *presuda, rešenja i naredbi*, i to nezavisno od ranga suda koji ih je doneo (uključujući i odluke Vrhovnog suda, izuzev odluka donetih po zahtevu za zaštitu zakonitosti). Odluke se, pritom, pobijaju zbog nezakonitosti u primeni prava, ali i postupka koji je prethodio donošenju tih odluka. Predmet preispitivanja su odluke organa postupka, kako suda, tako i javnog tužioca. Uslov za iniciranje postupka preispitivanja zakonitosti pravnosnažne presude jeste nastupanje ne samo formalne već i materijalne pravnosnažnosti. Stoga, odluke koje nemaju snagu presuđene stvari ne mogu biti pobijane zahtevom za zaštitu zakonitosti. Potporu ovog stava čini i stav Vrhovnog suda Srbije, po kome zahtev nije dopušten protiv odluka kojima se ne okončava krivični

postupak, pa samim tim može se podneti samo kada je krivični postupak meritorno pravnosnažno dovršen.² Zato se ovaj vanredni pravni lek ne može podneti protiv *rešenja o odbacivanju krivične prijave* (koje se smatra internim aktom javnog tužilaštva), *naredbe o pokretanju istrage i naredbe o obustavi istrage*. Isto tako, zahtev za zaštitu zakonitosti se ne može podneti ni protiv *presude ukinute po žalbi*, koja nema snagu presuđene stvari, i o kojoj odluku tek treba da donese prvostepeni sud kome je predmet vraćen na odlučivanje. Budući da odluke javnog tužioca deluju i prema trećim licima, pojedini autori smatraju da se, stoga, ove odluke mogu pobijati zahtevom za zaštitu zakonitosti. Odluke javnog tužioca bi se mogle pobijati „isključivo ako se utvrdi da je povređeno pravo u korist osumnjičenog“ (Ilić, 2016: 367–369), tj. da bi se donela utvrđujuća presuda po članu 493 Zakonika o krivičnom postupku.

2.1.1. Osnovi za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti

Opšte posmatrano, pozitivnopravni režim osnova za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti sadrži zakonska rešenja koja su simbioza osnova za podnošenje tri pravna leka propisana ranijim procesnim kodeksom. Osim povrede zakona (čl. 485, st. 1, tač. 1), koja je kao osnov za podnošenje ovog pravnog leka postojala i u ranijem pravnom režimu, normativni milje zahteva za zaštitu zakonitosti *proširen je osnovima koji su ranije bili predviđeni kao poseban slučaj ponavljanja krivičnog postupka*, ili su bili osnova za izjavljivanje *posebnog pravnog leka – zahteva za ispitivanje pravnosnažne presude*.

Osnovi za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti (čl. 485) jesu:

a) povreda zakona – rezultat je pogrešne primene ili neprimene normi materijalnog ili procesnog prava; b) primena zakona za koji je odlukom Ustavnog suda utvrđeno da nije u saglasnosti sa Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima; v) povreda ili uskraćivanje ljudskog prava okrivljenog ili drugog učesnika u postupku, koja su zajemčena Ustavom ili Evropskom konvencijom i dodatnim protokolima, a to je utvrđeno odlukama Ustavnog suda ili Evropskog suda za ljudska prava; g) povrede zakona u prvostepenom postupku i pred apelacionim sudom, koje su taksativno navedene a koje okrivljeni može pobijati zahtevom za zaštitu zakonitosti. Reč je o sledećim povredama: 1) *bitne povrede odredaba krivičnog postupka* o obaveznoj odbrani; ako je nastupila zastarelost krivičnog gonjenja ili je ono isključeno zbog trajnih smetnji (amnestija,

2 Videti u *Vrhovni sud Srbije, Kzz 35/72 od 19. 9. 1972. godine*.

pomilovanje, pravnosnažno presuđena stvar); ako je na glavnom pretresu učestvovao sudija koji se morao izuzeti; ukoliko je sud povredio odredbe u pogledu postojanja optužbe tužioca, odnosno odobrenja nadležnog organa; ako presudom nije potpuno rešen predmet optužbe; ukoliko je presudom optužba prekoračena; ako je povređena zabrana *reformatio in peius*; ako se presuda zasniva na dokazu na kome se ne može zasnivati, osim ako bi, s obzirom na druge dokaze, očigledno i bez tog dokaza bila donesena ista presuda (relativna bitna povreda određaba krivičnog zakona i 2) *povrede krivičnog zakona* – po pitanju da li je delo za koje se optuženi goni krivično delo; da li je u pogledu krivičnog dela koje je predmet optužbe primenjen zakon koji se ne može primeniti; da li je odlukom o krivičnoj sankciji ili o oduzimanju imovinske koristi ili o opozivanju uslovnog otpusta povređen zakon; nezakonite odluke o imovinskopravnom zahtevu, oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela, kao i nezakonite i nepravilne odluke o troškovima krivičnog postupka.

Promena fizionomije ovog pravnog leka ogleda se i u ograničavanju odlučivanja Vrhovnog suda ukoliko je zahtev za zaštitu zakonitosti podnet zbog *povrede zakona*. U tom slučaju, Vrhovni sud odlučuje *samo ako smatra da je reč o pitanju od značaja za pravilnu ili ujednačenu primenu prava* (čl. 486, st. 2 ZKP). Stoga, sud mora rešenjem odbaciti zahtev za zaštitu zakonitosti iako je podnet zbog povrede zakona ako nije od značaja za pravilnu ili ujednačenu primenu prava (čl. 487, st. 1, tač. 4), čak i ako je povreda učinjena na štetu okrivljenog. Ovakvim pristupom zakonodavca, omogućava se da sud vrši svojevrsnu selekciju slučajeva o kojima će odlučivati u meritumu. Ovakav konceptualni pristup jednom od osnova za iniciranje postupka kontrole zakonitosti pravnosnažne presude omogućava da se „*prihvataju kao dozvoljene nezakonite odluke ili postupci, što je sa stanovišta pravnog poretka nedospustivo*“ (Bugarski, 2016: 93). Time se umanjuje delotvornost ovog pravnog leka, a krši se i ustavna norma koja nalaže da sve sudske odluke treba da budu zasnovane na zakonu (čl. 145. st. 2 Ustava Republike Srbije). Osim toga, odbacivanje zahteva za zaštitu zakonitosti protiv odluke donete na štetu okrivljenog, ako nije *reč „o pitanju od značaja za pravilnu ili ujednačenu primenu prava“*, odstupa od dugogodišnje prakse postupanja Republičkog javnog tužioca, koji je ovim pravnim lekom uvek reagovao na povrede zakona učinjene na štetu optuženog (Brkić, 2014: 177). Na kraju, pozitivnopravna zaštita zakonitosti pravnosnažnih presuda sprovodi se u okviru granica pravilne i jednoobrazne primene zakona, a tako proklamovana svrha podnošenja zahteva za zaštitu zakonitosti odudara od samog naziva ovog vanrednog pravnog leka. Ovaj pravni lek mora

opstati kao pravno sredstvo usmereno na otklanjanje pravnih nedostataka pravno-snažne presude i ponovno vaspostavljanje zakonitosti, a ne za ostvarivanje pravilnosti i ujednačenosti u primeni zakona.

2.1.2. Postupak po zahtevu za zaštitu zakonitosti

U podnetom zahtevu za zaštitu zakonitosti mora se navesti razlog (osnov) za pobijanje pravno-snažne presude. Ukoliko se pravno-snažna presuda pobija na osnovu odluka Ustavnog suda ili Evropskog suda za ljudska prava, potrebno je dostavljanje i odluka tih sudova. Zahtev za zaštitu zakonitosti, sa eventualnim odlukama relevantnih sudova, dostavlja se *Vrhovnom sudu*, koji odlučuje o podnetom zahtevu.

Vrhovni sud odlučuje u *sednici veća*, koje je sastavljeno od pet sudija. Predsednik veća zatim određuje *sudiju izvestioca*, koji priprema odlučivanje. Na osnovu izviđaja sudije izvestioca, veće odlučuje da li ima osnova za *odbacivanje* zahteva za zaštitu zakonitosti. Ako se zahtev ne odbaci, sudija izvestilac dostavlja primerak podnetog pravnog leka javnom tužiocu ili braniocu, a pre meritornog odlučivanja može pribaviti obaveštenja o iznetim razlozima za pobijanje pravno-snažne presude. Veće Vrhovnog suda slobodno procenjuje da li će o sednici veća obavestiti javnog tužioca i branioca.

Vrhovni sud ispituje pobijanu pravno-snažnu presudu isključivo u *granicama razloga* navedenih u zahtevu za zaštitu zakonitosti, kao i u *pravcu pobijanja* zahtevanom u pravnom leku. Ne postoji zakonska mogućnost proširivanja ispitivanja pobijane pravno-snažne presude po službenoj dužnosti, čak i ako bi se uočila neka povreda. S druge strane, važenjem ustanove *privilegija združivanja (beneficium cohaesionis)* moguće je ekstenzivno dejstvo podnetog zahteva za zaštitu zakonitosti u vidu *subjektivnog proširenja* pravnog leka. To će biti slučaj ako je zahtev za zaštitu zakonitosti podnet u *korist okrivljenog*.

2.1.3. Odluke suda pravnog leka o zahtevu za zaštitu zakonitosti

Vrhovni sud može doneti odluke: a) o *odbacivanju* (to čini *rešenjem*); b) *odbijanju* i v) o *usvajanju* podnetog zahteva za zaštitu zakonitosti. Odluke o odbijanju ili usvajanju zahteva za zaštitu zakonitosti donose se u formi *presude*.

Zahtev za zaštitu zakonitosti odbacuje se rešenjem Vrhovnog suda donetim u sednici veća: a) ako nije podnet u roku, u slučajevima kad je vezan rokom (uvek kad je titular okrivljeni i u nekim situacijama kad zahtev

podnosi Republički javni tužilac); b) ako je nedozvoljen (podnet protiv odluke Vrhovnog suda donete po zahtevu za zaštitu zakonitosti); v) ako nema propisani sadržaj; g) ukoliko je podnet zbog povrede zakona koja *nije od značaja za pravilnu ili ujednačenu primenu prava*. Rešenje o odbacivanju zahteva za zaštitu zakonitosti ne mora da sadrži obrazloženje (čl. 487).

Vrhovni sud će *presudom odbiti zahtev za zaštitu zakonitosti kao neosnovan* ako utvrdi da *ne postoji razlog* na koji se podnosilac poziva u zahtevu. Ako je zahtev podnet zbog povrede zakona koja je neosnovano isticana u postupku po *redovnom pravnom leku*, a Vrhovni sud prihvati razloge koje je dao žalbeni sud, obrazloženje presude će se ograničiti na upućivanje na te razloge (čl. 491).

Usvajanjem zahteva za zaštitu zakonitosti, Vrhovni sud, imajući u vidu prirodu povrede, doneće *presudu o ukidanju* u celini ili delimično *prvostepene odluke i odluke donete u postupku po redovnom pravnom leku* ili *samo odluke donete u postupku po redovnom pravnom leku* i predmet *vratiti* na ponovnu odluku sudu čija je presuda ukinuta (prvostepenom ili apelacionom sudu). Predmet se vraća u *fazu glavnog pretresa* pred prvostepenim sudom ili na *pretres pred drugostepenim sudom*. Za osnovu odlučivanja uzima se *ranija optužnica* ili onaj njen deo koji se odnosi na ukinuti deo presude. Sud je dužan da izvede sve procesne radnje i da raspravi pitanja na koja mu je ukazao Vrhovni sud. Na ponovnom suđenju pred prvostepenim, odnosno apelacionim sudom, stranke mogu isticati nove činjenice i podnositi *nove dokaze*. Pri izricanju nove presude, sud je vezan zabranom preinačenja na gore ako se suđenje ponavlja na osnovu zahteva za zaštitu zakonitosti podnetog u *korist okrivljenog*. Sud pravnog leka može narediti da se novi postupak održi pred potpuno izmenjenim većem. Ova odluka se, inače, najčešće donosi zbog *bitnih povreda odredaba krivičnog postupka*.

Vrhovni sud može, *usvajajući* zahtev za zaštitu zakonitosti, doneti presudu kojom će *preinačiti* u celini ili delimično prvostepenu odluku i odluku donetu u postupku po redovnom pravnom leku, ili samo odluku donetu u postupku po redovnom pravnom leku. Pritom se može preinačiti i samo odluka o kazni. Uslov za donošenje ove presude jeste *ustanovljena povreda zakona ili postupka* na koju se podnosilac poziva u podnetom zahtevu za zaštitu zakonitosti, ali i da je zahtev podnet u *korist okrivljenog*. Mogućnost preinačenja presude, a ne samo konstatovanja nezakonitosti i ukidanja presude uz vraćanje predmeta na ponovno odlučivanje, širi domašaj intervencije najvišeg suda izvan uobičajenog sistema kasacije.

Kad Vrhovni sud presudom utvrdi da postoji *povreda zakona i usvoji* zahtev za zaštitu zakonitosti koji je podnet na *štetu okrivljenog*, on ne dira u pravnosnažnost odluke. Reč je o tzv. *utvrđujućoj (deklarativnoj)* presudi. Tom presudom se samo konstatuje povreda zakona. U pitanju je oživotvorenje ustavnog principa o nemogućnosti izmene odluka u postupku po vanrednim pravnim lekovima na štetu okrivljenog i jednoj od procesnih koncesija okrivljenog koje spadaju u „prednost odbrane – *favor defensionis*.“

Pod zakonom predviđenim uslovima, Vrhovni sud može *ukinuti i zakonitu odluku*. Ova mogućnost proizilazi iz zakonskih *ograničenja obima* ispitivanja pobijane presude u postupku po *žalbi*. Naime, drugostepeni sud u postupku po *žalbi mora da odbije žalbu i potvrdi presudu*, ako nije bio ovlašćen da otkloni povredu koja je učinjena u pobijanoj odluci ili u postupku koji je prethodio njenom donošenju (reč je o povredama nakoje se žalilac nije pozvao, a ni sud nije bio ovlašćen da ih otkloni po službenoj dužnosti). Dakle, odluka *žalbenog suda* je zakonita. Međutim, Vrhovni sud po *usvajanju zahteva za zaštitu zakonitosti podignutog u korist okrivljenog*, ako utvrdi da je zahtev *osnovan*, i da radi otklanjanja učinjene povrede zakona treba ukinuti ili preinačiti pobijanu odluku, ukinuće ili preinačiti i ovu odluku, *donetu u postupku po redovnom pravnom leku iako njome nije povređen zakon* (čl. 492, st. 2).

2.2. Instrumenti za otklanjanje pravnih nedostataka pravnosnažne presude u uporednopravnim sistemima

2.2.1. Otklanjanje pravnih nedostataka pravnosnažne presudeu nekadašnjim članicama jugoslovenske federacije

Zahtev za zaštitu zakonitosti je instrument za otklanjanje pravnih nedostataka i u pravnim sistemima država nastalih disolucijom nekadašnje jugoslovenske države. Međutim, u zakonodavstvima ovih novonastalih država nije promenjena fizionomija ovog pravnog leka. Podnošnjem zahteva za zaštitu zakonitosti, pruža se mogućnost za anuliranje povreda zakona i postupka, bez intencije da se utiče na pravilnu i jednoobraznu primenu zakona. Osim toga, najviši javni tužilac je i dalje ekskluzivni titular prava na podnošenje ovog pravnog leka, čime se on nije transformisao u stranački pravni lek. Ovakav konceptijski pristup imaju i zakonodavstva koja su izgradila adverzijalni sistem krivičnog postupka (Severna Makedonija, pre svega).

Interesantno je Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine³ propisuje zahtev za ponavljanje krivičnog postupka kao jedini vanredni pravni lek. Ne postoji pravna mogućnost pobijanja isključivo pravne osnovice pravnosnažne presude. S druge strane, ZKP Republike Srpske

⁴ predviđa mogućnost podnošenja zahteva za zaštitu zakonitosti (čl. 350–358). Titulari prava na podnošenje ovog pravnog leka jesu Republički javni tužilac, osuđeni i branilac. Osim toga, redukovan je broj osnova za iniciranje postupka preispitivanja pravne utemeljenosti pravnosnažne presude: to je moguće samo zbog povreda krivičnog zakona i povrede prava na odbranu. Ostali elementi pozitivnopravnog režima zahteva za zaštitu zakonitosti identični su zakonskim rešenjima procesnog kodeksa Srbije, izuzev što se ne redukuje odlučivanje o povredama krivičnog zakona samo ako je reč o *pitaju od značaja za pravilnu ili ujednačenu primenu prava*. Vanredne pravne lekove namenjene pobijanju pravnih nedostataka pravnosnažne presude ne poznaje ni Zakon o krivičnom postupku Federacije BiH. Prelaznim odredbama ovog zakona (čl. 456) jedino se predviđa mogućnost okončanja postupka pokrenutog zahtevom za zaštitu zakonitosti, koji je podnet pre stupanja na snagu važećeg procesnog zakona.

Procesni zakon Severne Makedonije⁵ dozvoljava mogućnost podnošenja zahteva za zaštitu zakonitosti protiv pravnosnažnih presuda zbog povreda ustava, zakona i odredaba međunarodnih ugovora, ratifikovanih u skladu sa Ustavom (čl. 457). Jedini titular prava na podnošenje ovog pravnog leka je Javni tužilac Severne Makedonije, a odluku o osnovanosti podnetog zahteva donosi Vrhovni sud Republike Severne Makedonije (čl. 458. ZKP). Pritom, Vrhovni sud može doneti odluke identične onima koje egzistiraju u pravnom sistemu Srbije.

Za razliku od pozitivnog krivičnoprocesnog zakonodavstva Srbije, pozitivno-pravni režim vanrednih pravnih lekova u zakonodavstvu Severne Makedonije zadržao je mogućnost pobijanja pravne osnovice pravnosnažne presude podnošnjem zahteva za vanredno preispitivanje pravnosnažne presude. Osuđeni (okrivljeni) može sam, ili preko branioca, podneti ovaj vanredni pravni lek, ako je pravnosnažno osuđen na najmanje jednu godinu zatvora ili maloletničkog zatvora, i to u roku

3 *Službeni glasnik BiH, br. 3/2003, 32/2003 – ispr., 36/2003, 24/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 29/2007, 53/2007, 58/2008, 12/2009, 16/2009, 53/2009 – dr. zakon, 93/2009, 72/2013 i 65/2018.*

4 *Službeni glasnik Republike Srpske, br. 53/2012, 91/2017, 66/2018 i 15/ 2021.*

5 *Zakon na krivičnata postapka, Služben Vesnik na RM, br. 150/2010, 51/2011, 100/2012, 146/2016, 198/2018.*

od 30 dana od dana prijema pravnosnažne presude. Uslov za podnošenje ovog pravnog leka jeste da je okrivljeni prethodno iskoristio pravo na redovne pravne lekove, izuzev ako je drugostepenom presudom oslobođen od kazne, sudska opomena, uslovna osuda ili novčana kazna zamenjena kaznom zatvora, ili vaspitna mera zamenjena kaznom maloletničkog zatvora. Zahtev za vanredno preispitivanje pravnosnažne presude nije moguć protiv presude Vrhovnog suda (čl. 463 ZKP Severne Makedonije). Slično nekadašnjem jugoslovenskom zakonodavstvu, makedonsko zakonodavstvo redukuje krug osnova za podnošenje ovog vanrednog pravnog leka, i to na taksativno nabrojane povrede krivičnog zakona učinjene na štetu okrivljenog, izričito navedene povrede krivičnog postupka i na povredu prava na odbranu i povrede žalbenog postupka – ukoliko su bile od značaja na zakonito i pravilno presuđenje (čl. 465).

Zakonik o krivičnom postupku Crne Gore⁶ predviđa mogućnost pobijanja pravne osnovice pravnosnažne presude podnošenjem zahteva za zaštitu zakonitosti. Osnovi za podnošenje ovog pravnog leka identični su onima koji egzistiraju u pozitivnom pravu Srbije (čl. 437 ZKP Crne Gore). Međutim, ovim kodeksom ne predviđa se da je povreda koja je osnov za pobijanje pravnosnažne presude „*pitanje od značaja za pravilnu ili ujednačenu primenu prava*“. Nasuprot tome, i crnogorski zakonodavac je propisao procesnu legitimaciju okrivljenog i branioca da, doduše na indirektan način, pobijaju pravnu osnovicu pravnosnažne presude. Naime, okrivljeni i branilac mogu da predlogom zatraže od Vrhovnog državnog tužilaštva da podnese zahtev za zaštitu zakonitosti. Ako Vrhovno državno tužilaštvo odbije predlog, okrivljeni i branilac mogu žalbom izdejsstvovati odluku Vrhovnog suda. Uvažavanje žalbe podrazumeva da se predlog okrivljenog ili branioca smatra valjano podnetim zahtevom za zaštitu zakonitosti. Kao i naš zakonodavac, i crnogorsko zakonodavstvo kao osnove za podnošenje zahteva za zaštitu zakonodavca (preko podnošenja predloga okrivljenog ili branioca) uvršćuje one osnove koji su bili propisani za podnošenje nekadašnjeg zahteva za ispitivanje zakonitosti pravnosnažne presude (čl. 438). Za razliku od ZKP Srbije, crnogorsko zakonodavstvo dozvoljava mogućnost ponavljanja krivičnog postupka na osnovu zahteva za zaštitu zakonitosti, ako se pojavi znatna sumnja u istinitost odlučnih činjenica utvrđenih u odluci protiv koje je zahtev podnet (čl. 444). Sistem vanrednih pravnih lekova u crnogorskom procesnom zakonodavstvu, za razliku od pozitivnog prava Srbije, zadržao je vanredno ublažavanje kazne.

6 Službeni list Crne Gore, br. 57/2009, 49/2010, 47/2014 – Odluka US, 2/2015 – Odluka US, 35/2015, 58/2015 – dr. zakon, 28/2018 – Odluka US i 116/2020 – Odluka US.

Otklanjanje pravnih nedostataka pravnosnažne presude u hrvatskom zakonodavstvu inicira se podnošenjem dva vanredna pravna leka – zahtevom za zaštitu zakonitosti i zahtevom za vanredno preispitivanje pravnosnažne presude. Dakle, ostao je isti pristup prema sistemu vanrednih pravnih lekova koji je egzistirao u nekadašnjem jugoslovenskom pravu. Ekskluzivni titular prava na podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti jeste Glavni državni tužilac. On može podneti ovaj pravni lek zbog povreda zakona i sudske odluke „koja je doneta u postupku na način koji predstavlja kršenje temeljnih ljudskih prava i sloboda zajemčenih Ustavom, međunarodnim pravom ili zakonom“ (čl. 509. ZKP). Postupakpo zahtevu, kao i odluke koje se donose u ovom postupku, identični su pozitivnopravnom režimu ovog vanrednog pravnog leka u našem zakonodavstvu.

Osnovni principi „jednakosti oružja“ u postupku iniciranom vanrednim pravnim lekovima u hrvatskom pravu realizuju se kroz mogućnost osuđenog i branioca da pobijaju pravnu osnovicu pravnosnažne presude podnošenjem zahteva za vanredno preispitivanje pravnosnažne presude. Ovlašćenje za podnošenje ovog pravnog leka ima osuđeni kome je pravnosnažno izrečena kazna zatvora, maloletničkog zatvora, kao i lice kome je određen prisilni smeštaj merom bezbednosti medicinskog karaktera, i to u roku od mesec dana od prijema presude. Uslov za preispitivanje pravne zasnovanosti pravnosnažne presude od osuđenog i branioca jeste prethodno korišćenje redovnih pravnih lekova. Osnovi za pobijanje pravne osnovice pravnosnažne presude ovim pravnim lekom identični su onima propisanim u nekadašnjem jugoslovenskom pravu, a zastupljenim u pozitivnom pravu Severne Makedonije (izričito navedene povrede krivičnog zakona, pojedine povrede odredaba krivičnog postupka, povreda prava na odbranu i relativno bitne povrede žalbenog postupka). Postupak i odluke po podnetom zahtevu za vanredno preispitivanje pravnosnažne presude odgovaraju u potpunosti fizionomiji ovog pravnog leka profilisanoj u pravu nekadašnje jugoslovenske države (čl. 515–520 ZKP Hrvatske).⁷

Pozitivno pravo Slovenije,⁸ kao i zakonodavstvo Srbije, predviđa zahtevza zaštitu zakonitosti kao ekskluzivni pravni lek za pobijanje pravne

7 Zakon o kaznenom postupku Hrvatske, *Narodne novine HR, br. 152/2008, 76/2009, 80/2011, 121/2011, 91/2012, 143/2012, 56/2013, 145/2013, 152/2014, 70/2017, 126/2019, 130/2020 i 80/2022.*

8 Zakon o kazenskem postopku, *Uradni list RS, št. 116/2003, 43/2004, 68/2004, 96/2004, 101/2005, 8/2006, 14/2007, 32/2007, 40/2007, 102/2007, 21/2008, 23/2008, 65/2008, 68/2008, 77/2009, 88/2009, 29/2010, 58/20011, 91/2011, 32/2012, 47/2013, 87/2014, 8/2016, 64/2016,*

utemeljenosti pravnosnažne presude. Ovaj pravni lek može se podneti zbog povreda krivičnog zakona, apsolutno bitnih povreda odredaba krivičnog postupaka, ali i zbog relativno bitnih povreda postupka (ako su uticale na zakonitost presude). Uz to, zahtev se može podneti i ako je presudom Evropskog suda za ljudska prava ustanovljena povreda ljudskog prava predviđenog Evropskom konvencijom. Kuriozitet je da se ovaj vanredni pravni lek može podneti i u postupku koji nije pravnosnažno okončan! Naime, zahtev za zaštitu zakonitosti može se podneti protiv pravnosnažnog rešenja o određivanju pritvora, izuzev ako je pritvor određen od Vrhovnog suda, ili je produžen odlukom Senata Vrhovnog suda, kao ni u slučaju produženja pritvora nakon podizanja optužnice (čl. 420. ZKP). Titulari prava na podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti jesu državni tužilac, osuđeni i branilac. Pritom, zakonodavac ne redukuje osnove za podnošenje ovog pravnog leka podnetog od osuđenog i branioca. Slovenačko zakonodavstvo je zadržalo mogućnost ponavljanja krivičnog postupka u postupku pokrenutom zahtevom za zaštitu zakonitosti, ako se pojavi znatna sumnja u odlučne činjenice na kojima se zasniva pravnosnažna presuda. Postupak po ovom pravnom leku, kao i odluke koje se mogu doneti u postupku preispitivanja pravne zasnovanosti pravnosnažne presude, odgovaraju pozitivnopravnim rešenjima ostalih država na južnoslovenskom pravnom prostoru (čl. 420–429 ZKP Slovenije).

2.2.2. Mehanizmi za otklanjanje pravnih nedostataka u najvažnijim evropskim zakonodavstvima

Zakon o krivičnom postupku Savezne Republike Nemačke (*Strafprozessordnung der Bundesrepublik Deutschland*)⁹ predviđa specifičan sistem pravnih lekova. U redovne pravne lekove spadaju: žalba protiv presude (§312–332), revizija (§333–358) i žalba protiv zaključaka i naredbi (§§ 304–311a *StPO*). Interesantno je da se revizijom pobija isključivo pravna osnovica prvostepene presude. Naime, razlog za osporavanje presude revizijom jeste povreda zakona, koja se sastoji u neprimenivanju ili nepravilnoj primeni pravne norme (§ 337). Međutim, sistem vanrednih pravnih lekova u nemačkom pravu ne predviđa pobijanje pravne osnovice pravnosnažne presude. Ponavljanje krivičnog postupka (§§ 359–373a) je jedini vanredni pravni lek, kojim se prevashodno pobija činjenična osnovica pravnosnažne presude. Osim osnova činjenične prirode koji dozvoljavaju mogućnost

65/2016, 22/2019, 55/2020, 89/2020, 191/20, 200/2020, 105/2021, 176/2021 – uradno prečišćeno besedilo, 96/2022 – odl. US, 89/2023 – odl. US.

9 Tekst zakona *Strafprozessordnung der Bundesrepublik Deutschland* preuzet je sa <https://www.irz.de/index.php/downloads/%C3%BCbersetzungen>.

pravnosnažno okončanog krivičnog postupka, nemački procesni zakon propisuje i ponavljanje krivičnog postupka u korist osuđenog, ukoliko je presudom Evropskog suda za ljudska prava utvrđeno kršenje Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u presudi domaćeg suda, koja se upravo zasniva na tom kršenju (§ 359, st. 6 *StPO*). Dakle, indirektno se dozvoljava pobijanje i pravne osnovice pravnosnažne presude nemačkog suda. Pravni nedostaci pravnosnažne presude mogu se anulirati i primenom § 79, st. 1 Zakona o Saveznom ustavnom sudu Nemačke (*BverfGG*). Odredbama ovog člana Zakona dozvoljeno je ponavljanje krivičnog postupka protiv pravnosnažnih presuda zasnovanih na propisima koji su suprotni Ustavu ili propisima koji su odlukama Ustavnog suda priglašeni ništavnim, ili se pak presude zasnivaju na tumačenju propisa koje je Ustavni sud proglasio ništavnim (Haller, Conzen, 2010: 655). Pozitivnopravni režim ponavljanja krivičnog postupka na štetu osuđenog ne dopušta ni indirektnu mogućnost preispitivanja pravne utemeljenosti pravnosnažne presude nemačkih krivičnih sudova (§ 362 *StPO*). Osim toga, isključuje se mogućnost ponavljanja krivičnog postupka „radi drugačijeg odmeravanja kazne na osnovu iste odredbe krivičnog zakona“, kao ni usled smanjene uračunljivosti (§ 363 *StPO*).

Sistem pravnih lekova u *francuskom* krivičnom postupku propisuje podelu pravnih lekova na redovne i vanredne. Međutim, ova klasifikacija se ne zasniva na kriterijumima propisanih u našem pravu. Redovni pravni lekovi (*les voies du recours ordinaires*) izjavljuju se iz bilo kog razloga (činjeničnog ili pravnog) i mogu prouzrokovati ponavljanje postupka. S druge strane, vanredni pravni lekovi (*les voies du recours extraordinaires*) podnose se radi preispitivanja zakonitosti i pravilnosti sudskih odluka u zakonom predviđenim slučajevima, kad nije moguće izjaviti redovne pravne lekove (Pradel, 2000: 712).

Pobijanje pravne osnovice pravnosnažnih presuda u francuskom pravu (*pour raison de droit*) moguće je podnošenjem Kasacionog zahteva u interesu zakona i zahtevom za preispitivanje krivične presude usled izricanja odluke Evropskog suda za ljudska prava. Kasacioni zahtev u interesu zakona (*le pourvoi en cassation dans l'intérêt de la loi*) pobija se pravna osnovica pravnosnažne presude i stoga je reč o „pravom“ vanrednom pravnom leku. S druge strane, kasacioni zahtev u interesu stranke, iako ga francuski procesni kodeks svrstava u vanredne pravne lekove, po svojoj pravnoj prirodi je redovni pravni lek. On se podnosi protiv nepravnosnažnih presuda koje nije moguće pobijati ostalim redovnim pravnim lekovima (prigovorom ili apelom).

Kasacioni zahtev u interesu zakona može podneti Vrhovni tužilac koji postupava pred Kasacionim sudom, i to protiv pravnosnažnih presuda apelacionog, porotnog, popravnog ili policijskog suda, protiv kojih ovlašćena lica nisu blagovremeno uložila kasacioni zahtev u interesu stranke. Prilikom odlučivanja po ovom vanrednom pravnom leku, Kasacioni sud ne može pogoršati položaj stranaka, a cilj odlučivanja jeste ujednačavanje sudake prakse i poštovanje zakona. Ovako koncipirana fizionomija kasacionog zahteva u interesu zakona inspirisala je francuske teoretičare da ovaj pravni lek označavaju kao „pravi“ kasacioni zahtev u interesu zakona. Nasuprot tome, „nepravi“ kasacioni zahtev u interesu zakona je, u stvari, poništajna naredba ministra pravde, kojom on naređuje vrhovnom tužiocu da prvostepenu ili drugostepenu presudu kojom je povređen zakon uputi krivičnom veću Kasacionog suda. Kasacioni sud, u ovoj situaciji, može ukinuti presudu i predmet uputiti na ponovno suđenje drugom sudu iste vrste i stepena kao sud koji je doneo pobijanu odluku, s tim da u ponovljenom postupku važi zabrana *reformatio in peius* (Mathias, 2007: 219).

Zakonitost pravnosnažnih sudskih odluka (presuda, rešenja i naredbi) u ruskom pravu preispituje se nadzornom žalbom i predstavkom. Ovaj vanredni pravni lek se podnosi zbog bitnih povreda krivičnog materijalnog ili procesnog zakona, koje mogu da utiču na ishod postupka (čl. 412 *Ugolovno-processualnyĭ kodeks Rossijskoj Federacii*). Nadzorna žalba i predstava se može podneti protiv: a) odluka prvostepenih sudova federalnih subjekata protiv kojih je iskorišćena apelaciona žalba ili predstava Vrhovnom sudu Ruske Federacije; b) odluka okružnih (pomorskih) sudova protiv kojih je iskorišćena apelaciona žalba ili predstava Vrhovnom sudu Ruske Federacije; v) odluka žalbenog veća, sudskog kolegijuma za krivična dela i vojnog kolegijuma Vrhovnog suda Ruske Federacije donete u apelacionom postupku; g) rešenja sudskog kolegijuma za krivična dela i vojnog kolegijuma Vrhovnog suda Ruske Federacije donetih u kasacionom postupku; d) naredbi Predsedništva Vrhovnog suda Ruske Federacije.

Ovlašćeni titulari za iniciranje postupka preispitivanja pravne zasnovanosti pravnosnažne presude podnošenjem nadzorne žalbe jesu: osuđeni, branilac, zakonski zastupnik osuđenog, oštećeni, privatni tužilac, zakonski zastupnik i punomoćnik privatnog tužioca, kao i druga lica u meri u kojoj sporna pitanja utiču na njihova prava i interese. Pravo na podnošenje nadzorne predstave pak pripada: Vrhovnom javnom tužiocu Ruske Federacije i njegovim zamenicima, tužiocima subjekata Ruske Federacije, vojnim tužiocima i njihovim zamenicima.

Pravnosnažnu presudu u delu koji se odnosi na građansku tužbu imaju i podnosilac građanske tužbe i građanski tuženik (Lupinskaja, 2009: 890). Odlučivanje o ovom pravnom leku sastoji se iz prethodnog postupka, u kome se procenjuje formalna ispravnost podnetog nadzora žalbe i predstavke, i nadzornog postupka, u kome se donosi meritorna odluka. Predsedništvo Vrhovnog suda može pravnosnažnu presudu odbiti, ukinuti i vratiti na odlučivanje prvostepenom sudu, apelacionom sudu, vratiti u fazu kasacije, ali i preinačiti pobijanu odluku.

Slično nemačkom pravu, italijansko krivičnoprocesno zakonodavstvo kreira optimalni normativni okvir za otklanjanje pravnih nedostataka u postupku po redovnim pravnim lekovima. Italijanski *Codice di procedura penale*,¹⁰ osim priziva, predviđa i mogućnost podnošenja kasacijske žalbe kao redovnog pravnog leka. Pritom, kasacionim suđenjem se, osim o odlukama prizivnih sudova, odlučuje o osnovanosti prvostepenih sudova protiv kojih se ne može podneti priziv ili neposredna kasacijska žalba. Dakle, italijansko zakonodavstvo dopušta mogućnost preispitivanja primene prava i suštine optužbe koji čine pravnu okosnicu drugostepene odluke. Time se odlaže nastupanje pravnosnažnosti sudskih odluka i, opšte posmatrano, stavlja tačka na svaku dalju mogućnost promene pravne osnovice presude nakon pravnosnažnosti. Revizijom, kao jednim vanrednim pravnim lekom zastupljenim u italijanskom pravu, dopušta se mogućnost „ponovnog otvaranja slučaja“ na osnovu grubih činjeničnih nedostataka. Izuzetno, ako su osuđujuća presuda ili kazneni nalog zasnovani na odluci građanskog ili upravnog suda koje su naknadno opozvane (a imale su status prejudicijalnog pitanja prilikom odlučivanja u krivičnom postupku), to će predstavljati osnov za reviziju (čl. 630, st. 2 CPP). Ovo je jedina zakonska mogućnost da se u postupku po vanrednom pravnom leku preispituje pravna utemeljenost pravnosnažne presude u italijanskom krivičnoprocesnom zakonodavstvu (Sfappini, 2002: 251/256).

3. Zaključak

Pravnosnažna presuda predstavlja krunu činjeničnog i pravnog oformljenja krivične stvari. Stoga, pravna osnovica pravnosnažne presude, naravno ni činjenična, ne sme ostavljati sumnju u sopstvenu ispravnost. Sistem vanrednih pravnih lekova u pravu Srbije, za razliku od nekih komparativnopravnih sistema, dopušta pobijanje pravne

10 Donet je 22. septembra 1988. godine, a stupio na snagu 1989. godine. Poslednja novelacija (*Aggiornato con le ultime modifishe legislative introdotte dal Dl gs. n. 150 del 2022 – Riforma Cartabia*), preuzeto sa <https://www.brocardi.it/codice-di-procedura-penale/>.

osnovice pravnosnažne presude, i to podnošenjem zahteva za zaštitu zakonitosti. Međutim, promena fizionomije ovog vanrednog pravnog leka otežava ostvarivanje optimalnih rezultata na polju otklanjanja nezakonitosti pravnosnažnih presuda. Najpre, uslovljavanje mogućnosti pobijanja pravne osnovice pravnosnažne presude činjenicom da je neka okolnost bila od „od značaja za pravilnu ili ujednačenu primenu prava“, objektivno sužava domašaj nastojanja da se u potpunosti otklone pravni nedostaci pravnosnažne presude. Potom, gubitak ekskluziviteta vrhovne tužilačke instance da podnosi zahtev za zaštitu zakonitosti, uz paralelizam sa mogućnošću da titular ovog pravnog leka budu i osuđeni i branilac, narušava sam smisao zakonitosti kao prevashodno instrumenta javnog interesa. Povratak zahteva za ispitivanje zakonitosti pravnosnažne presude, kao pandana zahtevu za zaštitu zakonitosti, poboljšao bi institucionalne mogućnosti osuđenog da pobija pravnu osnovicu pravnosnažne presude, ali bi i ispoštovao osnovne postulate principa jednakosti oružja u krivičnom postupku. Isto tako, ne vidi se valjani razlog za eliminisanje mogućnosti ponavljanja krivičnog postupka na osnovu podnetog zahteva za zaštitu zakonitosti, što je deo pozitivnopravne regulative mnogih država. Ne može se stvoriti optimalni pravni ambijent za anuliranje pravnih nedostataka pravnosnažne presude ako ne biti postojala mogućnost da se u postupku preispitivanja pravne osnovice pravnosnažne presude otklone grubi činjenični nedostaci (znatna sumnja u postojanje odlučnih činjenica) na koje se pravo primenilo.

Literatura

Brkić S. (2014). Neusklađenost Zakonika o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine sa drugim propisima. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. 3. 171–187.

Bugarski T. (2016). Zahtev za zaštitu zakonitosti. *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. 1. 87–105.

Vasiljević T. (1981). *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*. Beograd: Savremena administracija.

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*. Br. 12/2010 i 10/2015.

Zakon o kaznenom postupku Slovenije (Zakon o kazenskem postopku). *Uradni list RS (Uradni list RS)*. Br. (Št.) 116/2003, 43/2004, 68/2004, 96/2004, 101/2005, 8/2006, 14/2007, 32/2007, 40/2007, 102/2007, 21/2008, 23/2008,

65/2008, 68/2008, 77/2009, 88/2009, 29/2010, 58/20011, 91/2011, 32/2012, 47/2013, 87/2014, 8/2016, 64/2016, 65/2016, 22/2019, 55/2020, 89/2020, 191/20, 200/2020, 105/2021, 176/2021 – uradno prečišćeno besedilo, 96/2022 – odl. US, 89/2023 – odl. US.

Zakon o kaznenom postupku Hrvatske. *Narodne novine HR*. Br. 152/2008, 76/2009, 80/2011, 121/2011, 91/2012, 143/2012, 56/2013, 145/2013, 152/2014, 70/2017, 126/2019, 130/2020 i 80/2022.

Zakon na krivičnata postapka. *Služben Vesnik na RM*. Br. 150/2010, 51/2011, 100/2012, 146/2016, 198/2018.

Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine. *Službeni glasnik BIH*. Br. 3/2003, 32/2003 – ispr., 36/2003, 24/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 29/2007, 53/2007, 58/2008, 12/2009, 16/2009, 53/2009 – dr. zakon, 93/2009, 72/2013 i 65/2018.

Zakonik o krivičnom postupku Republike Srpske. *Službeni glasnik Republike Srpske*. Br. 53/2012, 91/2017, 66/2018 i 15/2021.

Zakonik o krivičnom postupku Crne Gore. *Službeni list Crne Gore*. Br. 57/2009, 49/2010, 47/2014 – Odluka US, 2/2015 – Odluka US, 35/2015, 58/2015 – dr. zakon, 28/2018 – Odluka US i 116/2020 – Odluka US.

Ilić G. (2016). Javni tužilac u Srbiji kao jedini subjekt podnošenja zahteva za zaštitu zakonitosti. *Pravni lekovi u krivičnom postupku: regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni* (ur. S. Bejatović), str. 357–369. Beograd: Misija OEBS-a u Srbiji.

Lupinskaja P. A. (2009). *Ugolovnoe processualnoe pravo Roosiskoe federacii*. Moskva

Mathias E. (2007). *Procédure pénale*. Bréal.

Pradel J. (2000). *Manuel de procedure penale*. Paris.

Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kzz 35/72 od 19. 9. 1972. godine.

Strafprozessordnung der Bundesrepublik Deutschland, preuzeto sa <https://www.irz.de/index.php/downloads/%C3%BCbersetzungen>

Sfrappini P. (2002). Talijanski kazneni postupak-redakcija: Berislav Pavišić. Rijeka: Pravni fakultet.

Haller K., Conzen K. (2010). *Strafprozeessrecht: eine systematische Darstellung des deuchen und europaschen Strafverfahrensrechts*. Heildeberg.

Codice di procedura penale, preuzeto sa <https://www.brocardi.it/codice-di-procedura-penale/>

*Dušica Miladinović-Stefanović, LL.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University in Niš,
Republic of Serbia*

*Saša Knežević, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University in Niš,
Republic of Serbia*

REMOVING LEGAL DEFICIENCIES OF FINAL JUDGMENTS

Summary

Once a court renders the final judgment, it sets in motion the procedure for the execution of the decision stated in the formal/operative part of the final judgment (disposition). The final judgment is the result of a meticulous factual reconstruction of the committed criminal act and the application of criminal law norms to the established facts. Being rendered in the final stage of the conducted criminal proceedings, the final judgment is the pinnacle of the institutional response to the suspicion that the defendant's conduct has satisfied the essential elements of a specific criminal offence. The right to file an appeal against the final judgment of the first-instance court ensures the judicial control of legality and regularity of the final judgment rendered in the first-instance proceedings. The appellate court decision is final, legally binding and enforceable. The harmful effects arising from the execution of a final and binding judgment (or legal deficiencies stemming thereof) may be removed only by a subsequent decision of the supreme court rendered in the proceeding initiated by lodging a claim for extraordinary legal remedies, in compliance with the legally prescribed procedure. The final judgment of a lower court may be annulled for factual or legal (substantive or procedural) shortcomings. This paper examines the deficiencies pertaining to the legal grounds of the final judgment.

Keywords: *final judgment, legal grounds, legal remedies, request for the protection of legality, legal deficiencies of final judgment.*

Dr Maja Lukić Radović,*
Vanredna profesorka,
Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu
Republika Srbija

Milena Manojlović Nedeljković,*
Savetnik,
Vrhovno javno tužilaštvo, Odeljenje za
međunarodnu saradnju i pravnu pomoć,
Republika Srbija

originalni naučni rad
10.5937/zrpfno-46661

UDK: 341:351.74:061.1(4)
UDK: 341.45:343.14:061.1(4)

Rad primljen: 20.09.2023.
Rad prihvaćen: 29.11.2023.

EFIKASNOST ZAJEDNIČKOG ISTRAŽNOG TIMA KAO INSTRUMENTA ZA PRIKUPLJANJE I RAZMENU DOKAZA U PREKOGRANIČNIM ISTRAGAMA**

Apstrakt: U ovom radu se na prvom mestu razmatra pravni okvir za formiranje i funkcionisanje zajedničkog istražnog tima na nivou Evropske unije, sa naglaskom na posledicama koje ova pravila mogu imati na uobličavanje zakonodavnog okvira Republike Srbije u ovoj oblasti, koji takođe predstavlja predmet analize autora, pri čemu je posebna pažnja posvećena praktičnim razmatranjima u postupku formiranja zajedničkog istražnog tima i originalnim elementima ovog progresivnog sredstva međunarodne saradnje. Drugo žarište ovog rada je podrška koju Evrodžast može pružiti u postupku formiranja i funkcionisanja zajedničkih istražnih timova čiji su učesnici kako države članice Evropske unije, tako i države koje nisu članice Evropske unije, te se u radu takođe razmatra i saradnja Republike Srbije sa Evrodžastom i predstavljaju mogućnosti za dalje unapređivanje međunarodne saradnje sa državama članicama Evropske

* maja.lukic@ius.bg.ac.rs

* milena.manojlovic@vrhovnojt.gov.rs; Stavovi izneti u radu ne predstavljaju stavove institucije u kojoj je autor zaposlen, već predstavljaju isključivo lične stavove autora.

** Rad je rezultat istraživanja na naučnoistraživačkom projektu „Savremeni problemi pravnog sistema Srbije“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i izložen je na Međunarodnoj naučnoj konferenciji “Pravo i društvene vrednosti” održanoj 21. 4. 2023. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Nišu.

unije nakon potpisivanja Sporazuma o saradnji Evrodžasta i Republike Srbije 2019. godine, uz navođenje primera zajedničkog istražnog tima koji je podržan od strane Evrodžasta, kao ilustracije prednosti ovog instrumenta međunarodne saradnje.

Ključne reči: *pravosudna saradnja, međunarodna pravna pomoć, prekogranične istrage, zajednički istražni tim, Evropska unija, Evrodžast.*

1. Uvodne napomene

„Kako transnacionalni i organizovani kriminal danas više ne poznaje granice država i režima, pokazuje se potreba da se preispitaju neke do sada usvojene solucije za takve situacije, te da se potraže nova i bolja rešenja koja će biti efikasnija i više odgovarati potrebama savremenog života“ (Kiurski, Trninić, 2011: 61). „Međunarodna krivičnopravna saradnja jasno ukazuje na nužnost saradnje i nemogućnost izolacije države i njenog pravnog sistema“ (Bejatović, 2012: 33), ali sve kompleksniji oblici prekograničnog kriminala, koji se oslanjaju na razvoj tehnologije i slobodu kretanja, postavljaju dodatne izazove pred organe krivičnog gonjenja. U kompleksnim predmetima sa međunarodnim elementom, koji zahtevaju brzu reakciju i koordinaciju organa krivičnog gonjenja dve ili više država, tradicionalni instrumenti međunarodne pravne pomoći pokazuju određena ograničenja, uzimajući naročito u obzir kako vreme koje je u redovnim uslovima potrebno od upućivanja zamolnice do prijema rezultata izvršenja, tako i čestu nemogućnost ili ograničenu mogućnost neposrednog kontakta nadležnih organa države molilje i zamoljene države, ponekad od naročitog značaja u vreme izvršenja zahteva sadržanog u zamolnici, odnosno u trenutku preduzimanja tražene dokazne radnje. Zajednički istražni tim je jedan od mogućih odgovora na takve izazove koji zahtevaju optimizaciju postojećih instrumenata uzajamne pravne pomoći u krivičnim stvarima, budući da zajednički istražni tim u određenim slučajevima nudi efikasniju alternativu tradicionalnim sredstvima za prikupljanje i razmenu dokaza u prekograničnim istragama.

Zajednički istražni tim (dalje: ZIT) je relativno novo sredstvo međunarodne pravne pomoći, osmišljeno da unapredi saradnju pravosudnih organa i organa za sprovođenje zakona dve ili više država u istragama prekograničnog kriminala i pomogne u prevazilaženju uobičajenih prepreka na koje se nailazi u klasičnim postupcima međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima. Praktični vodič o zajedničkim istražnim timovima koji je izradila Mreža nacionalnih eksperata za

zajedničke istražne timove¹ definiše zajednički istražni tim kao: „međunarodni alat za saradnju zasnovan na sporazumu između nadležnih organa – kako pravosudnih (sudije, javni tužioci, istražne sudije), tako i organa za sprovođenje zakona – dve ili više država, osnovan za određeno vreme i sa posebnom namenom za sprovođenje krivične istrage u jednoj ili više država” (Practical Guide, JITs Network 2017: 9).

Zajednički istražni tim je posebno korisno sredstvo saradnje u slučajevima prekograničnog, naročito organizovanog kriminala, kada istraga organa jedne države zahteva koordinaciju sa organima druge, ili više različitih država. Težina krivičnog dela nije odlučujući faktor za izbor ovog vida saradnje, već kompleksnost pitanja saradnje, razmene dokaza i koordinacije istraga koje se sprovode u više država (Janićijević, Manojlović Nedeljković, Milićević, 2019: 50). Osnovna i u literaturi najčešće isticana prednost ovog instrumenta saradnje je izbegavanje potrebe za upućivanjem zamolnica između država uključenih u određeni istražni tim. Zaključivanje sporazuma o formiranju zajedničkog istražnog tima zamenjuje veliki broj zamolnica koje bi bile razmenjene između država članica tima (Block, 2011: 84), budući da predmetni sporazum omogućava neposrednu razmenu informacija i dokaza između nadležnih organa država uključenih u tim. Na taj način se postiže ne samo ubrzanje saradnje i pribavljanja informacija i dokaza potrebnih u domaćem krivičnom postupku, već se takođe osigurava njihova dokazna snaga pred sudom u postupku za koji se pribavljaju. Članove tima čine ovlašćeni predstavnici nadležnih organa država uključenih u tim, koji imaju mogućnost da prisustvuju dokaznim radnjama kako u domaćoj državi, tako i na teritoriji drugih država članica tima. Prednosti neposrednog prisustva članova tima procesnim radnjama u stranoj državi su brojne, od najjednostavnije mogućnosti da se svedoku na licu mesta postavi dopunsko pitanje, preko omogućavanja prevazilaženja jezičkih barijera i razlika u pravnim sistemima, pravovremene razmene informacija i adaptacije plana istražnih aktivnosti usled novonastalih okolnosti, razmatranja pribavljanja dodatnih dokaza na licu mesta, do razmene dobrih praksi i daljeg jačanja poverenja među organima koji zajednički sprovode istragu prekogranične kriminalne aktivnosti. Pojedini autori ističu značaj „zajedničkog pravosudnog prostora“ (Block, 2011: 84),

1 JITs National Experts Network, osnovana 2005. godine, sa Sekretarijatom u prostorijama Evrodžasta ima za cilj da olakša rad nadležnih organa država članica Evropske unije, promovise upotrebu ZIT-a i obezbedi forum za razmenu iskustava i izazova u primeni ovog instrumenta između praktičara. Za više informacija o ovoj mreži videti: <https://www.eurojust.europa.eu/judicial-cooperation/practitioner-networks/jits-network>.

odnosno „pravno prostora“ (Roger, 2022: 26) koji se stvara uspostavljanjem zajedničkog istražnog tima, u kome se mogu „razmenjivati dokazi koji se mogu kasnije upotrebiti pred sudom svake od uključenih država, bez obzira na činjenicu gde je predmetni dokaz pribavljen“ (Roger, 2022: 26). Nije beznačajno pomenuti i da saradnja nadležnih organa dve ili više država posredstvom zajedničkog istražnog tima doprinosi poštovanju načela *ne bis in idem*. Naime, u slučaju istraga prekogranične kriminalne aktivnosti, odnosno paralelnih istraga, može se dogoditi da se u poodmaklom stadijumu krivičnog postupka dođe do saznanja da se protiv istog lica u različitim državama vodi postupak zbog istog činjeničnog stanja. Rizici koji mogu proizići usled postojanja paralelnih istraga se mogu prevazići blagovremenim uspostavljanjem komunikacije sa kolegama iz država sa kojima je u okviru domaće istrage utvrđena povezanost kriminalne aktivnosti. Razmena informacija između nadležnih organa na koordinacionom sastanku, najčešće, ali ne nužno, u organizaciji Agencije Evropske unije za pravosudnu saradnju u krivičnim stvarima – Evrodžasta, pruža naročito dobru priliku da se blagovremeno razmotre svi potencijalni rizici koji mogu proisteći iz paralelnih istraga, kao i da se razmotre pitanja koja se tiču potencijalnih sukoba nadležnosti. Koordinacioni sastanci takođe omogućavaju razmatranje potrebe i mogućnosti za osnivanje zajedničkog istražnog tima u konkretnom predmetu.

Podrška Evrodžasta pruža veliku dodatnu vrednost zajedničkom istražnom timu, olakšavajući njegovu širu primenu u praksi, o čemu ćemo više detalja izložiti nakon što predstavimo pravni okvir koji uređuje formiranje i funkcionisanje zajedničkog istražnog tima. Uprkos činjenici da je pravni osnov za osnivanje i funkcionisanje ZIT-ova sadržan i u pojedinim međunarodnim instrumentima usvojenim u okviru Ujedinjenih nacija i Saveta Evrope, namera autora je bila da fokus analize stave na instrumente Evropske unije i primere njihove implementacije u pravne sisteme država članica EU, analizirajući primer jedne države osnivača EU, jedne nove države članice i jedne države kandidata za članstvo EU, a sve u cilju procene posledica koje pravne tekovine EU koje se odnose na zajedničke istražne timove mogu imati na uobličavanje zakonodavnog okvira Republike Srbije u ovoj oblasti. Pored toga, autori će ukazati i na podršku koju Evrodžast može pružiti prilikom formiranja i funkcionisanja zajedničkih istražnih timova čiji su učesnici i države koje nisu članice Evropske unije, uključujući i Republiku Srbiju, sa osvrtom na pitanje saradnje Republike Srbije sa Evrodžastom.

2. Pravni okvir za osnivanje ZIT-a na nivou EU

2.1. Relevantne odredbe pravnih tekovina EU koje se odnose na zajedničke istražne timove

Na nivou EU ovaj inovativni oblik pravosudne saradnje uveden je članom 13 Konvencije o uzajamnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima između država članica Evropske unije iz 2000. godine² (dalje: Konvencija EU 2000). „Konvencija predstavlja revolucionarni pokušaj unapređenja i ubrzavanja saradnje država članica u oblasti krivičnog prava sa predviđenim operativnim oblicima saradnje službi za primenu zakona i procesnim radnjama koje se preduzimaju u okviru krivičnog postupka“ (Vasilkov, 2016: 335). Međutim, imajući u vidu nedovoljan broj ratifikacija ove konvencije, koji ni dve godine nakon njenog usvajanja nije omogućio njeno stupanje na snagu, 2002. godine usvojena je Okvirna odluka Saveta (2002/465/PUP)³ o zajedničkim istražnim timovima (dalje: Okvirna odluka o ZIT), koja je gotovo u potpunosti reprodukovala odredbe Konvencije EU 2000 koje se odnose na zajedničke istražne timove,⁴ predvidela obavezu država članica da je implementiraju u nacionalno zakonodavstvo najkasnije do 1. januara 2003. godine i na taj način obezbedila pravni osnov državama članicama EU za formiranje zajedničkih istražnih timova i pre stupanja Konvencije EU 2000 na pravnu snagu.⁵ Predviđeno je da će Okvirna odluka o ZIT prestati da se primenjuje kada sve države članice ratifikuju Konvenciju.⁶ Preambula Okvirne odluke o ZIT predstavlja kontekst u kome se usvaja pravni osnov za uspostavljanje zajedničkih istražnih timova, navodeći da je jedan od ciljeva EU da pruži građanima visok stepen sigurnosti u oblasti slobode, bezbednosti i pravde, koji cilj treba ostvarivati sprečavanjem i borbom protiv kriminala putem bliže saradnje između policijskih snaga, carinskih organa i drugih nadležnih organa država članica uz poštovanje načela ljudskih prava, osnovnih sloboda i pravne države na kojima počiva EU i koja su zajednička svim državama članicama.

2 Convention established by the Council in accordance with Article 34 of the Treaty on European Union, on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the European Union. *OJ C 197*, 12. 7. 2000.

3 Council Framework Decision of 13 June 2002 on Joint Investigation Teams, *OJ L 162*, 20. 6. 2002.

4 Članove 13, 15 i 16.

5 Konvencija EU 2000 je stupila na pravnu snagu 23. 8. 2005. godine.

6 Član 5 Okvirne odluke 2002/465/PUP.

Budući da se radi o specifičnom pravnom instrumentu takozvanog „trećeg stuba EU“ čije donošenje nije predviđeno nakon usvajanja Ugovora iz Lisabona, (Treaty of Lisbon, 2007) a čija svrha je bila ujednačavanje propisa država članica, značajno je napomenuti da okvirne odluke nemaju neposredno dejstvo u odnosu na pravne sisteme država članica, te da bi proizvodile dejstvo, potrebno je da ih države članice implementiraju u svoje nacionalne pravne sisteme. Okvirnim odlukama je bio predviđen cilj koji je bilo potrebno ostvariti, a države članice su bile slobodne pri izboru načina kojim će ove akte uneti u nacionalne pravne sisteme, radi ostvarenja predviđenog cilja. U pojedinim državama članicama, kao što su na primer Kraljevina Španija, Veliko Vojvodstvo Luksemburg i Republika Kipar, Okvirna odluka o ZIT je implementirana u nacionalno zakonodavstvo usvajanjem posebnog zakona o zajedničkim istražnim timovima. Druge države članice su odredbe o zajedničkim istražnim timovima unele u zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima (Republika Austrija, Kraljevina Belgija, Rumunija), odnosno zakonik o krivičnom postupku (Republika Francuska, Kraljevina Holandija, Republika Bugarska, Republika Češka, Republika Poljska), doksu izvesne države članice EU uputile na neposrednu primenu Konvencije EU 2000 (Kraljevina Norveška, Kraljevina Danska). Republika Hrvatska je, primera radi, implementirala Okvirnu odluku o ZIT u svoj pravni sistem najpre kroz Zakon o državnom tužilaštvu, da bi od 2018. godine institut zajedničkog istražnog tima u Republici Hrvatskoj bio uređen Zakonom o pravosudnoj saradnji u krivičnim stvarima s državama članicama Evropske unije (Vinković, 2020: 808). Pojedini primeri implementacije pravnih tekovina EU koje se odnose na zajedničke istražne timove biće predmet detaljnije analize, ali je značajno napomenuti da su na današnji dan sve države članice EU obezbedile primenu jednog od ova dva pravna instrumenta (Practical Guide, JITs Network 2021: 12).

U pogledu mesta ZIT u pravu Evropske unije u budućnosti, važno je napomenuti da oni spadaju u domen sudske saradnje u krivičnim stvarima i policijske saradnje, oblast za koju je Lisabonskim ugovorom uveden najfleksibilniji oblik institucionalne poboljšane / pojačane saradnje (*enhanced cooperation*). Radi se o mehanizmu koji omogućava da određena oblast prava EU bude uređena asimetrično, samo od strane pojedinih država članica, pod uslovom da ih je najmanje devet (Lukić, 2016: 146–148).

2.2. Odredbe pravne tekovine EU koje se odnose na formiranje zajedničkog istražnog tima

Članom 13.1 Konvencije EU 2000 koji je reprodukovan u članu 1.1 Okvirne odluke o ZIT, predviđeno je da nadležni organi dve ili više država članica mogu uzajamnim sporazumom osnovati zajednički istražni tim za posebnu svrhu i na ograničeno vreme, koje se može produžiti uzajamnim pristankom, radi sprovođenja istrage u jednoj ili više država članica koje su osnovale tim. Sastav tima određuje se sporazumom. ZIT se osniva u jednoj od država članica u kojima se očekuje da će se sprovesti istraga i deluje na teritoriji država članica koje sačinjavaju tim, s tim da se aktivnosti ZIT-a sprovode u skladu sa zakonodavstvom države u kojoj ZIT deluje⁷ i država u kojoj tim sprovodi aktivnosti obezbeđuje sve organizacione uslove potrebe za rad tima.⁸ Isti članovi oba instrumenta EU navode primere u kojima je naročito opravdana upotreba ovog instrumenta saradnje. Zajednički istražni tim može se posebno osnivati u slučaju kada: (a) istrage krivičnih dela države članice zahtevaju teške i zahtevne istrage povezane s drugim državama članicama; (b) nekoliko država članica sprovodi istrage krivičnih dela kod kojih okolnosti slučaja zahtevaju koordinirano odnosno usklađeno delovanje relevantnih država članica. Na osnovu navedenih odredbi, zaključujemo da se zajednički istražni tim smatra naročito adekvatnim sredstvom saradnje u slučajevima istrage u dve ili više država između kojih postoji veza i koje zahtevaju koordinaciju, kao i u slučajevima zahtevnih prekograničnih istraga, ali se upotreba ovog instrumenta ne ograničava na ove slučajeve. Najčešće se radi o predmetima u kojima se države suočavaju sa potrebom pribavljanja velikog broja informacija i dokaza koji se nalaze izvan njihove jurisdikcije, zahtevajući upućivanje većeg broja zahteva za uzajamnu pravnu pomoć za preduzimanje većeg broja dokaznih radnji u inostranstvu. Konvencija EU 2000, kao ni Okvirna odluka o ZIT, ne predviđa krug krivičnih dela u pogledu kojih bi bila ograničena upotreba ovog instrumenta saradnje. Iz navedenog proizilazi da se ZIT može formirati i za zajedničku istragu prekograničnih krivičnih dela koja se tradicionalno ne ubrajaju u grupu teških krivičnih dela, pri čemu je, međutim, potrebno imati u vidu da li su pojedina ograničenja u tom smislu predviđena nacionalnim zakonodavstvom država zainteresovanih za formiranje ZIT-a. Praksa pokazuje da se zajednički istražni tim formira najčešće sa svrhom zajedničke istrage teških krivičnih dela i krivičnih

7 Član 13.3 b Konvencije EU 2000 i član 1.3.b Okvirne odluke o ZIT.

8 Član 13.3.c Konvencije EU 2000 i član 1.3.c Okvirne odluke o ZIT.

dela organizovanog kriminala, ali značajno je naglasiti da pretežni kriterijum nije težina krivičnog dela, već njegova prekogranična priroda. Praksa je opredelila nekoliko praktičnih elemenata čije se razmatranje preporučuje prilikom donošenja odluke o formiranju zajedničkog istražnog tima. Praktični priručnik o ZIT-ovima (Practical Guide, JITs Network 2017: 9) naročito preporučuje uzimanje u obzir kompleksnosti i sofisticiranosti kriminalnih mreža/aktivnosti koje su predmet istrage, broj i složenost istražnih radnji koje je potrebno preduzeti u relevantnim državama i stepen povezanosti istraga među uključenim državama i faze u kojima se nalaze relevantne istrage.

Pravni okvir EU prepušta izvestan broj pitanja diskreciji zakonodavaca država članica. Primer takvog pitanja predstavlja određivanje nadležnog organa za zaključivanje sporazuma o formiranju zajedničkog istražnog tima. Naime, član 13.1. Konvencije EU 2000 i član 1.1. Okvirne odluke o ZIT-ovima navode samo da „nadležni organi“ dve ili više država mogu formirati ZIT, ostavljajući državama članicama slobodu prilikom određivanja nadležnog organa. Iz uporedne analize dostupnog zakonodavnog okvira država članica proizilazilo bi da najveći broj država članica ovu nadležnost poverava javnom tužilaštvu.⁹ Pravni sistemi koji poznaju institut istražnog sudije¹⁰ određuju alternativno nadležnost za zaključivanje ovog sporazuma poveravajući je javnom tužiocu ili istražnom sudiji. Pojedine države su ovo pitanje uredile podelom nadležnosti između javnog tužilaštva,¹¹ kao organa određenog za zaključivanje sporazuma i ministra pravde, koji se obaveštava o sporazumu¹² ili daje prethodnu saglasnost za njegovo zaključivanje.¹³

U praksi se naročit značaj pridaje preporuci za uspostavljanje kontakta između nadležnih organa uključenih država u što ranijoj fazi istrage, kao i blagovremenom upućivanju zahteva za uspostavljanje zajedničkog istražnog tima koji može podneti bilo koja zainteresovana država članica.¹⁴ Zahtev treba da sadrži sve što je potrebno da bi se po njemu moglo postupiti, što pored elemenata utvrđenih u članu 14 Konvencije

9 Takav je npr. slučaj sa Republikom Hrvatskom, Velikim Vojvodstvom Luksemburgom, Republikom Austrijom, Republikom Bugarskom, SR Nemačkom, Rumunijom, Republikom Češkom, Republikom Slovačkom, Kraljevinom Holandijom itd.

10 Kao što su na primer: Republika Francuska ili Kraljevina Belgija.

11 Odnosno u Republici Francuskoj između javnog tužilaštva i istražnog sudije, zavisno od faze u kojoj se postupak nalazi.

12 Crna Gora

13 Republika Francuska

14 Član 13.1. Konvencije EU 2000 i Član 1.1 Okvirne odluke o ZIT.

EU 2000, uključuje i predlog o sastavu tima.¹⁵ Kako je istakla T. Bugarski „iako je za formiranje zajedničkih istražnih timova potrebno vreme, fleksibilnost jednog formiranog zajedničkog istražnog tima značajno doprinosi brzini istrage“ (Bugarski, 2017: 471).

Pravni okvir EU ostavlja priličnu dozu slobode državama članicama pri utvrđivanju sadržine sporazuma o formiranju zajedničkog istražnog tima, što omogućava prilagođavanje njegove sadržine okolnostima svakog konkretnog slučaja. Rezolucijom Saveta o modelu sporazuma za formiranje zajedničkog istražnog tima iz 2010. godine (Council Resolution OJ C 70)¹⁶ utvrđen je model sporazuma o osnivanju ZIT-a, čiji je konsolidovani tekst nakon revizije¹⁷ dostupan na svim službenim jezicima EU, na veb prezentacijama Evrodžasta¹⁸ i Evropola.¹⁹ Svrha ovog obrasca jeste da posluži kao neobavezujuća polazna osnova prilikom pregovora o zaključivanju sporazuma o osnivanju ZIT-a, koju nadležni organi mogu prilagoditi potrebama svakog konkretnog slučaja. Praksa pokazuje da se ovaj model često koristi kao polazna osnova za zaključivanje sporazuma o osnivanju ZIT-a između država članica EU, ali uz manje adaptacije, i za zaključivanje sporazuma o ZIT koje uključuju i države koje nisu članice EU.

2.3. Odredbe pravne tekovine EU koje se odnose na funkcionisanje ZIT-a

ZIT se formira na određeno vreme (obično 12 do 24 meseca), povodom istrage konkretnog krivičnog dela, i sastavljen je od tužilaca, istražnih sudija i policijskih službenika dve ili više država, koji su označeni kao članovi i upućeni, odnosno delegirani članovi tima.²⁰ Tim izvršava svoje aktivnosti pod vođstvom rukovodioca tima koji je predstavnik nadležnog organa koji učestvuje u istrazi u državi članici u kojoj

15 Član 13.2. Konvencije EU 2000 i Član 1.2 Okvirne odluke o ZIT.

16 Council Resolution of 26 February 2010 on a Model Agreement for setting up a Joint Investigation Team (JIT), *OJ C 70*, 19. 3. 2010.

17 Council Resolution of 22 December 2021 on a revised Appendix I (OJ C 44, 28. 1. 2022, p. 1.) 2022/C 44/02

18 <https://www.eurojust.europa.eu/publication/model-agreement-setting-joint-investigation-team>

19 <https://www.europol.europa.eu/publications-events/publications/model-agreement-for-setting-joint-investigation-team>

20 Shodno Članu 1.4 Okvirne odluke o ZIT, upućeni članovi si članovi ZIT-a koji ne potiču iz država članica u kojima tim deluje, nego iz drugih država članica.

članovi tima preduzimaju aktivnosti.²¹ Relevantnim instrumentima EU nije precizirano da li će rukovodilac ZIT-a biti tužilac, policijski službenik ili istražni sudija, te je u tom smislu ostavljena sloboda izbora državama članicama. Nacionalna zakonodavstva su uredila ovo pitanje na različit način, pri čemu su pravosudni organi, odnosno javni tužilac ili istražni sudija, u najvećem broju slučajeva određeni kao rukovodioci tima (Rebecchi, 99).

Jedna od najznačajnijih prednosti ovog instrumenta saradnje je to što omogućava upućenim članovima tima iz druge države (ili drugih država ukoliko se radi o multilateralnom timu) da prisustvuju preduzimanju dokaznih radnji²² i time olakšaju i ubrzaju njihovo sprovođenje. Pored toga, rukovodilac tima može upućenim članovima tima poveriti preduzimanje određenih dokaznih radnji, u skladu sa propisima države članice u kojoj tim deluje, uz odobrenje nadležnih organa kako države članice u kojoj tim deluje, tako i države članice koja je uputila navedenog člana tima.

Kada postoji potreba za preduzimanjem dokaznih radnji u jednoj od država članica u timu, upućeni članovi iz te države mogu od nadležnih organau svojoj državi zatražiti preduzimanje te radnje, koja se razmatra pod istim uslovima kao da je zatražena u sklopu domaće istrage.²³ Pojedini autori označavaju ovu mogućnost kao jedan od najinovativnijih aspekata ovog instrumenta saradnje, budući da državu članicu u kojoj ZIT deluje oslobađa obaveze upućivanja zamolnice za uzajamnu pravnu pomoć u drugu državu, omogućavajući na taj način preduzimanje određene dokazne radnje bez „ocene ispunjenosti uslova za pružanje uzajamne pravne pomoći“ (Rijken, 2006: 103). Pored toga, mogućnost člana ZIT-a predviđena instrumentima EU o ZIT da za svrhe istrage koju tim vodi dostavlja, odnosno razmenjuje informacije koje su mu dostupne u matičnoj državi (u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom i u okviru nadležnosti)²⁴ predstavlja još jedan vrlo progresivni element zajedničke istrage. Činjenica da se informacije mogu razmenjivati u realnom vremenu između članova tima bez ikakve formalnosti zasniva se na načelu uzajamnog poverenja(Rijken, 2006: 103) i predstavlja način da se poverenje između pravosudnih organa i organa za sprovođenje zakona iz različitih jurisdikcija dalje razvija i promovise (Rebecchi, 101).

21 Član 13.3.a Konvencije EU 2000 član 1.3a Okvirne odluke o ZIT.

22 Član 13.5 Konvencije EU 2000 član 1.5 Okvirne odluke o ZIT.

23 Član 13.7 Konvencije EU 2000 i član 1.7 Okvirne odluke.

24 Član 13.9 Konvencije EU 2000 i član 1.9 Okvirne odluke.

Naposletku, u aktivnosti ZIT-a mogu biti uključena i lica koja nisu predstavnici nadležnih organa država članica koje čine ZIT, ukoliko se o tome saglase strane ZIT-a i ukoliko je to moguće u skladu sa zakonom ili drugim primenjivim instrumentom, s tim da ovi učesnici nemaju prava i obaveze koje imaju članovi tima.²⁵ Najčešće se radi o učešću eksperata, koji mogu biti predstavnici neke treće države, ili predstavnici Evrodžasta, Evropola, Evropske kancelarije za borbu protiv prevara (OLAF) i sl.

Istaknuto je da je najznačajnija prednost ovog instrumenta saradnje da se prikupljene informacije i dokazi mogu upotrebiti pred nadležnim sudom bez upućivanja zamolnice, imajući u vidu da sporazum o formiranju ZIT-a predstavlja pravni osnov i okvir koji im obezbeđuje zakonitost i dokaznu snagu. Pored svrhe za koju je tim formiran, informacije do kojih članovi ili upućeni članovi tima dođu u toku rada u zajedničkom istražnom timu, a koje nadležnim organima zainteresovanih strana nisu dostupne na drugi način, mogu se koristiti i u sledeće svrhe: a) za otkrivanje, istragu ili krivično gonjenje drugih krivičnih dela, uz prethodnu saglasnost one strane ugovornice kojoj su informacije stavljene na raspolaganje;²⁶ b) za sprečavanje neposrednog i ozbiljnog ugrožavanja javne bezbednosti, i ne dirajući u odredbe tačke b), ukoliko se kasnije pokrene krivična istraga; c) u druge svrhe, ukoliko je to dogovoreno između strana koje su formirale tim.

3. Primeri implementacije relevantnih instrumenata Evropske unije

3.1. Pravni okvir za formiranje ZIT-a u Republici Francuskoj

Relevantni pravni okvir Evropske unije koji se odnosi na zajedničke istražne timove u Republici Francuskoj je implementiran kroz odredbe članova 695-2 do 695-3 Zakonika o krivičnom postupku (dalje: ZKP),²⁷ u odeljku koji se odnosi na uzajamnu pravnu pomoć između Republike Francuske i drugih država članica Evropske unije. Zajednički istražni

25 Član 13.12 Konvencije EU 2000 i član 1.12 Okvirne odluke.

26 Saglasnost se može odbiti samo u slučajevima gde bi takva upotreba ugrozila krivične istrage dotične strane ili u odnosu na one, u kojima bi ta strana mogla odbiti pružanje pravne pomoći.

27 Tekst odredbi je dostupan na sledećem linku: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section/lc/LEGITEXT000006071154/LEGISCTA000006167503/#LEGISCTA000006167503>

timovi su detaljnije uređeni aktom²⁸ Uprave za kriminal i pomilovanja²⁹ Ministarstva pravde Republike Francuske.

Članom 695-2 ZKP Republike Francuske, propisano je da nadležni pravosudni organ može formirati ZIT uz prethodno odobrenje ministra pravde u slučaju kada je potrebno da se u okviru francuskog postupka sprovede složena istraga koja uključuje mobilizaciju značajnih resursa i koja se tiče drugih država članica, ili kada nekoliko država članica sprovodi istragu u vezi sa krivičnim delima koja zahtevaju koordiniranu i usklađenu akciju između relevantnih država članica. Zahtev koji se podnosi radi pribavljanja prethodnog odobrenja za zaključenje sporazuma o formiranju ZIT-a treba da sadrži opis činjeničnog stanja i predmet postupka u Republici Francuskoj, predmet i cilj ZIT-a, njegovo trajanje i navođenje upućenih članova (francuskih i inostranih), a prilaganje nacrtu ugovora je mogućnost koja je označena kao korisna.³⁰ Pored toga, kada zahtev za prethodno odobrenje formiranja ZIT-a Upravi za kriminal i pomilovanja podnosi istražni sudija, poželjno je da se zahtevu priloži prethodno pribavljeno mišljenje nadležnog republičkog tužioca.³¹

Republika Francuska je zaključila izvestan broj bilateralnih protokola, kojima su ustanovljeni modeli sporazuma o formiranju zajedničkih istražnih timova, čija je svrha da olakšaju i ubrzaju pregovore u vezi sa zaključivanjem sporazuma o ZIT-u. Republika Srbija je prva država koja nije članica EU koja je sa Francuskom zaključila protokol kojim je utvrđen takav model sporazuma.³² Naime, Republički javni tužilac i direktor Uprave za kriminal i pomilovanja Ministarstva pravde Republike Francuske su 6. 10. 2016. godine potpisali Model sporazuma o formiranju francusko-srpskih zajedničkih istražnih timova, sa svrhom olakšavanja i ubrzavanja postupka saradnje kada se pokaže da je

28 Circulaire de la Direction des Affaires Criminelles et des Grâces n° CRIM 09-3/G1 relative à la présentation des dispositions issues des articles 695-2 et 695-3 du code de procédure pénale relatives aux équipes communes d'enquête du 23 mars 2009, BOMJ n°2009/2 du 30.04.2009, texte 17/18, page 1, dostupan na: <https://www.justice.gouv.fr/circulaire-dacg-no-crim-09-3g1-du-23-mars-2009-relative-presentation-dispositions-issues-articles-695-2-695-3-du>

29 Naziv u originalu na francuskom jeziku: Direction des Affaires Criminelles et des Grâces.

30 Circulaire no. CRIM 09-3/G1 od 23. marta 2009, op. cit. 3.

31 Ibid.

32 Izveštaj Republičkog javnog tužilaštva o radu javnih tužilaštava na suzbijanju kriminaliteta i zaštiti ustavnosti i zakonitosti u 2016. godini, dostupan na <http://rjt.nlnet.rs/sr/informacije-o-radu/godi%C5%A1nji-izve%C5%A1taj-o-radu-javnih-tu%C5%BEila%C5%A1tava>

zajednički istražni tim vid saradnje kojim će se na najefikasniji način realizovati borba protiv konkretnih pojava oblika prekograničnog organizovanog kriminala, a u cilju olakšavanja međunarodne pravne pomoći u sprovođenju istražnih radnji čija priroda zahteva preduzimanje koordiniranih i usklađenih radnji nadležnih organa Republike Srbije i Republike Francuske.³³

Članom 695-2 ZKP Republike Francuske su taksativno nabrojane radnje koje član tima upućen u Republiku Francusku može preduzeti na teritoriji Republike Francuske, koje obuhvataju između ostalog I „uzimanje na zapisnik izjave svakog lica koje može dati obaveštenje o relevantnim činjenicama,“ i to u slučaju potrebe u formi predviđenoj zakonodavstvom države koja ga je uputila, s tim da predmetni zapisnici imaju istu dokaznu snagu kao i zapisnici sastavljeni od strane francuskih članova tima. Ovlašćenja predstavnika nadležnih organa Republike Francuske koji su u okviru ZIT-a upućeni na teritoriju druge države članice nisu uređena francuskim propisima, budući da su predmetna ovlašćenja predmet regulisanja države u koju su upućeni, uz napomenuda im pravom strane države ne može biti povereno više ovlašćenja od onih kojima raspolažu u skladu sa francuskim zakonodavstvom.³⁴ Formiranje zajedničkog istražnog tima u Republici Francuskoj može inicirati republički javni tužilac ili istražni sudija.³⁵ Pored toga, eksplicitno je predviđeno i nacionalnim zakonom da se Evrodžast može obratiti generalnom tužiocu sa zahtevom za formiranje ZIT- a.³⁶ Aktom Uprave za kriminal i pomilovanja, Evrodžast je označen kao privilegovani okvir za olakšavanje formiranja ZIT-ova, naročito tokom koordinacionih sastanaka koje Evrodžast organizuje.³⁷

3.2 Pravni okvir za formiranje ZIT-a u Republici Hrvatskoj

Odredbе Okvirne odluke o ZIT implementirane su u pravni sistem Republike Hrvatske Zakonom o pravosudnoj saradnji u kaznenim stvarima

33 Za više informacija videti: <https://www.rts.rs/lat/vesti/drustvo/2478440/srpsko-francuski-istrazni-timovi-u-borbi-protiv-kriminala.html> ili <http://www.rjt.gov.rs/sr/aktivnosti/republi%28C4%8Cko-javno-tu%28C5%BDila%28C5%A0tvo-i-ambasada-republike-francuske-organizuju-konferenciju-srpsko-francuske-saradnje-na-temu-borbe-protiv-nedozvoljene-trgovine-oru%28C5%BDjem-i-terorizma>.

34 Circulaire no. CRIM 09-3/G1 od 23. marta 2009, op. cit. str. 37

35 Circulaire no. CRIM 09-3/G1 od 23. marta 2009, op. cit. str 2.

36 Član 695-5-4 francuskog Zakonika o krivičnom postupku.

37 Circulaire no. CRIM 09-3/G1 od 23. marta 2009, op. cit. str 3.

s državama članicama Evropske unije³⁸ i to izmenama i dopunama ovog zakona iz 2018. godine. Ova implementacija nije bila prva implementacija odredbi navedene Okvirne odluke u hrvatski pravni sistem (Vinković, 808). Odredbe Zakona o državnom tužilaštvu³⁹ su predstavljale pravni osnov za formiranje zajedničkih istražnih timova sa državama članicama Evropske unije sve do pomenutih zakonskih izmena iz 2018. godine koje su izvršene, po oceni pojedinih autora, imajući u vidu da je Zakonom o državnom tužilaštvu primarno uređen sastav državnog tužilaštva, te da prema području primene taj Zakon ne bi trebalo da sadrži procesne odredbe koje se odnose na krivični postupak u smislu mehanizama kojima se sprovodi (Vinković, 808).

Članom 121 hrvatskog Zakona o pravosudnoj saradnji u krivičnim stvarima s državama članicama Evropske unije predviđeno je da se zajednički istražni tim formira kada postoje opravdani razlozi, sporazumom Državnog tužilaštva Republike Hrvatske sa nadležnim organom jedne ili više država članica, u slučajevima opsežnih i složenih istraga krivičnih dela koja uključuju saradnju sa drugim državama članicama i kada nadležna tela jedne ili više država članica sprovode istragu krivičnih dela čije okolnosti zahtevaju usklađeno i koordinirano zajedničko delovanje nadležnih organa uključenih država. Iz navedenog člana moguće je izvući nekoliko značajnih zaključaka. Najpre, kao što jasno proizilazi i iz samog naslova predmetnog zakona, ove odredbe predstavljaju pravni osnov za formiranje ZIT-a isključivo sa drugim članicama EU, a ne i sa takozvanim „trećim državama“. Jezičko tumačenje bi upućivalo da situacije u kojima je moguće formirati zajednički istražni tim nisu navedene primera radi kao što je slučaj u Okvirnoj odluci o ZIT, već na limitativan način, uz dodavanje uslova koji se odnosi na postojanje „opravdanih razloga“, s tim da je u literaturi prisutno tumačenje da je „drugim razlogom zapravo otvorena mogućnost osnivanja zajedničkih istražnih timova za sve kaznene postupke i za sva kaznena dela, bez obzira na opsežnost i složenost same istrage“ (Vinković, 809). Naposljetku, zaključujemo da je hrvatski zakonodavac poverio ovlašćenje za zaključivanje sporazuma o formiranju ZIT-a Državnom tužilaštvu Republike Hrvatske. Hrvatski zakonodavac je takođe odredio nadležni organ za podnošenje zahteva za formiranje zajedničkog istražnog tima, u situacijama kada je Republika Hrvatska

38 Narodne novine Republike Hrvatske broj 91/10, 81/13, 124/13, 26/15, 102/17, 68/ 18, 70/19, 141/20.

39 Članovi 51.a – 51.f i 71.a – 71.i Zakona o državnom odvjetništvu Republike Hrvatske.

inicijator ZIT-a i tu nadležnost takođe poverio Državnom tužilaštvu Republike Hrvatske, na predlog državnog tužilaštva koje postupa u predmetu. Pored toga, članom 12n pomenutog zakona, precizirano je da u slučaju kada se istraga sprovodi na teritoriji Republike Hrvatske, rukovodilac zajedničkog istražnog tima je predstavnik državnog tužilaštva koje postupa u predmetu. Hrvatski zakonodavac je prilikom implementacije Okvirne odluke o ZIT iskoristio priliku da odredi i organ nadležan za davanje odobrenja upućenom članu tima iz Republike Hrvatske za sprovođenje određene radnje u drugoj državi članici,⁴⁰ kao i da odredi nadležni organ u slučaju da je u okviru zajedničke istrage određenu radnju potrebno sprovesti u Republici Hrvatskoj, poveravajući nadležnost u oba slučaja javnom tužiocu koji postupa u relevantnom predmetu u Republici Hrvatskoj. Prilikom implementacije odredbe Okvirne odluke o ZIT koja se odnosi na upotrebu podataka i dokaza koji su zakonito prikupljeni u okviru zajedničkog istražnog tima, hrvatski zakonodavac je precizirao da u situaciji kada je od Republike Hrvatske kao članice istražnog tima zatražena saglasnost da se podaci i dokazi koriste za otkrivanje, istragu i krivično gonjenje za druga krivična dela, a ne za svrhu za koju je osnovan ZIT, takvu saglasnost daje Državno tužilaštvo Republike Hrvatske i moguće ju je uskratiti u situacijama kada postoje razlozi za odbijanje međunarodne pravne pomoći, odnosno u situacijama kada bi upotreba tih podataka ugrozila drugi krivični postupak u Republici Hrvatskoj. Naposletku, značajna je i odredba kojom je regulisano pitanje zakonitosti dokaza prikupljenih u okviru ZIT-a⁴¹ kojom je propisano da se dokazi koje je pribavio strani nadležni organ u okviru zajedničkog istražnog tima smatraju zakonitim dokazima, osim ako to nije protivno osnovnim načelima domaćeg pravnog poretka.

3.3. Pravni okvir za formiranje ZIT-a u Crnoj Gori

Do izmena i dopuna Zakona o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima Crne Gore iz 2019. godine, osnov za formiranje zajedničkih istražnih timova, pored ratifikovanih međunarodnih ugovora, predstavljao je član 42 navedenog zakona,⁴² koji je ujedno predstavljao i jedinu odredbu ovog zakona koja je eksplicitno pominjala zajednički istražni tim. Navedenim članom su bili regulisani, odnosno primera radi nabrojani, „ostali oblici međunarodne pravne pomoći“, među kojima

40 12 p5.

41 Član 12u.

42 Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima, *Službeni list CG*, 4/2008 i 36/2013.

i zajednički istražni timovi, čiji je režim bio utvrđen ostalim odredbama poglavlja V pomenutog zakona. Članom 43 Zakona bilo je predviđeno da Ministarstvo pravde dostavlja i prima zamolnice za oblike međunarodne pravne pomoći navedene u članu 42, uključujući i one kojima se traži osnivanje ZIT-a, dok je stavom 2 istog člana bilo predviđeno da o dozvoljenosti i načinu izvršenja radnje koja je predmet zamolnice stranog pravosudnog organa odlučuje sud u skladu sa domaćim zakonom i međunarodnim ugovorom, iz čega bi proizilazilo da je odluka o osnivanju ZIT-a u konkretnom predmetu bila prepuštena sudu. „Prema (...) objašnjenju Ministarstva pravde Crne Gore (...), nadležno javno tužilaštvo je u praksi nadležni nacionalni organ koji odobrava ili podnosi zahtev za osnivanje ZIT-a“ (Handbook on JITs, IPA 2010: 38).

Izmenama i dopunama ovog Zakona iz 2019. godine,⁴³ uvedeno je novo poglavlje (IVa) i osam novih članova⁴⁴ kojima je regulisano formiranje i funkcionisanje zajedničkog istražnog tima. Izmenama zakona, zajednički istražni timovi su brisani iz odredbe člana 42 Zakona o tzv. ostalim vidovima međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima. Članom 41a predviđeno je da Državno tužilaštvo Crne Gore može sa nadležnim organom jedne ili više stranih država obrazovati zajednički istražni tim, na ograničeni vremenski period, koji se uz uzajamnu saglasnost može produžiti, radi sprovođenja istrage na teritoriji jedne ili više država, a posebno u slučaju kada: 1) postoji potreba za složenom i opsežnom istragom povezanom sa drugom državom ili više njih; 2) se u više država sprovode istrage čija priroda zahteva preduzimanje koordinisanih i usklađenih radnji tih država; 3) istražne radnje treba da se sprovedu naizmenično u Crnoj Gori i jednoj ili više stranih država. Zakonom je precizirana nadležnost za podnošenje i prijem zahteva za obrazovanje tima: kada se zahtev podnosi Crnoj Gori, upućuje se Vrhovnom državnom tužiocu, dok kada Crna Gora zahteva obrazovanje tima, zahtev upućuje Vrhovni državni tužilac, na predlog državnog tužilaštva koje postupa u predmetu.⁴⁵ Pored toga, preciziran je i organ nadležan za zaključivanje sporazuma o osnivanju zajedničkog istražnog tima i ta nadležnost je dodeljena Vrhovnom državnom tužiocu, pri čemu je propisano da se o potpisivanju sporazuma „obaveštava ministar.“⁴⁶ Zakonom je određen rukovodilac tima u slučaju kada se istraga sprovodi

43 Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima. *Službeni list CG*. 4/2008, 36/2013 i 67/2019.

44 Članovi od 41a do 41f.

45 Član 41b stav 2 i 41b stav 3.

46 Član 41b stav 6

u Crnoj Gori, i ta uloga je poverena predstavniku državnog tužilaštva koje postupa u predmetu.⁴⁷ Zakonom je eksplicitno propisano da Crna Gora obezbeđuje uslove potrebne za rad tima na njenoj teritoriji.⁴⁸ Odredbom člana 41dž Zakona predviđeno je da će se strani članovi ZIT-a smatrati službenim licima Crne Gore, u slučaju krivičnih dela učinjenih protiv njih ili krivičnih dela koja su oni učinili. Odredbom člana 41đ Zakona, regulisana je odgovornost za štetu prouzrokovanu od strane ZIT-a nepravilnim ili nezakonitim radom, propisujući da je Crna Gora odgovorna za štetu nastalu na njenoj teritoriji koju je prouzrokovao ZIT svojim nepravilnim ili nezakonitim radom, s tim da će u slučaju da je štetu prouzrokovao strani član tima, Crna Gora zatražiti nadoknadu isplaćenog iznosa od države koja je uputila navedenog člana, kao i da će u obrnutoj situaciji nadoknaditi štetu koju je prouzrokovao domaći član tima postupanjem na teritoriji strane države.

4. Pravni okvir za uspostavljanje ZIT-a na nivou Republike Srbije

Međunarodna pravna pomoć se u Srbiji pruža prvenstveno na osnovu ratifikovanih međunarodnih ugovora, koji, shodno Ustavu Republike Srbije,⁴⁹ predstavljaju sastavni deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju. Ustav takođe propisuje da zakoni i opšti akti doneti u Republici Srbiji ne smeju biti u suprotnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorima i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava.⁵⁰

Članom 1 Zakona o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima⁵¹ (dalje: Zakon) propisano je da se ovaj zakon primenjuje na postupak pružanja međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima u slučajevima kada ne postoji potvrđeni međunarodni ugovor ili kada određena pitanja njime nisu uređena. Odredba člana 1 Zakona zapravo „znači da su u ovom slučaju taj zakon, ali i odredbe ZKP-a, kao sledeći supsidijarni propis, samo neka vrsta „rezervnog rešenja“ iako se u praksi te odredbe često primenjuju u postupcima međunarodne krivičnopravne pomoći, s obzirom na to da međunarodni ugovori i kada postoje, po pravilu, nisu dovoljno potpuni,

47 Član 41č

48 Član 41č stav 1 tačka 4

49 *Službeni glasnik RS*. Br. 98 od 10. novembra 2006, 115 od 30. novembra 2021 – Amandmani I-XXIX, 16 od 9. februara 2022. godine, član 16.

50 Član 194 Ustava Republike Srbije.

51 *Službeni glasnik Republike Srbije*, 20/2009 od 27. 3. 2009. godine.

tako da se samo njihovim odredbama ne rešavaju sva konkretna pitanja“ (Škulić, 2011: 11).

Izvestan broj međunarodnih ugovora koje je ratifikovala Republika Srbija sadrži među odredbama o međunarodnoj saradnji u krivičnim stvarima i odredbe kojima se predviđa mogućnost obrazovanja zajedničkih istražnih organa i preduzimanje zajedničkih istraga i to: Konvencija Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala iz 2000. godine⁵² (član 19), Konvencija Ujedinjenih nacija protiv korupcije iz 2003. godine⁵³ (član 49) i Konvencija Ujedinjenih nacija protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci iz 1988. godine (član 9(1) c).⁵⁴ Značajno je napomenuti da je primena ovih konvencija kao pravnog osnova za formiranje zajedničkog istražnog tima ograničena kako u pogledu krivičnih dela koja spadaju u domen regulisanja relevantnog instrumenta, tako i u pogledu kruga država koje su ratifikovale konkretnu konvenciju. Posebno mesto i značaj pripada Evropskoj konvenciji o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima, koju je naša zemlja ratifikovala⁵⁵ i njenom Drugom dodatnom protokolu iz 2001. godine,⁵⁶ koji članom 20 reguliše zajedničke istražne timove, a članom 21 i 22 krivičnu i građansku odgovornost službenih lica za preduzimanje radnji, pored ostalog, i iz okvira zajedničkog istražnog tima. Pojedini bilateralni ugovori o uzajamnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima takođe sadrže odredbe o zajedničkim

52 *Sl. list SRJ - Međunarodni ugovori*, 6/2001 i *Sl. list SCG - Međunarodni ugovori*, 11/2005.

53 *Sl. list SCG - Međunarodni ugovori*, 12/2005.

54 *Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori*, 14/1990.

55 Konvencija sačinjena 20. 4. 1959. godine u Strazburu. SR Jugoslavija ju je ratifikovala 2001. godine (*Sl. list SRJ - Međunarodni ugovori*, 10/2001 od 5. 11. 2001). Dodatni protokol uz Evropsku konvenciju o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima sačinjen je 17. 3. 1978. godine u Strazburu, a stupio na snagu 1982. SR Jugoslavija je Protokol ratifikovala 2001. (*Sl. list SRJ - Međunarodni ugovori*, 10/2001 od 5. 11. 2001). Drugi dodatni protokol uz Evropsku konvenciju o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima sačinjen je 8. 11. 2001. u Strazburu a stupio je na snagu 1. 2. 2004. godine.

56 Državna zajednica Srbija i Crna Gora potpisala ga je 16. 4. 2005. godine, ratifikovan je 2006. godine (*Sl. list SCG - Međunarodni ugovori*, 2/2006 od 11. 5. 2006. godine). Stupio na snagu u odnosu na Republiku Srbiju 1. 8. 2007. godine.

istražnim timovima, kao npr. ugovori sa Bosnom i Hercegovinom,⁵⁷ Republikom Severnom Makedonijom⁵⁸ i Crnom Gorom.⁵⁹

Kao što je istaknuto, primena Zakona o međunarodnoj pravnoj pomoću u krivičnim stvarima Republike Srbije je supsidarnog karaktera u odnosu na ratifikovane međunarodne ugovore. Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći sadrži samo dve specifične odredbe koje se tiču zajedničkog istražnog tima, ali svrstavajući ga jednom od tih odredaba (čl. 83) u tzv. ostale oblike međunarodne pravne pomoći, zapravo ga svrstava u režim koji je za te oblike pravne pomoći predviđen Zakonom (Janićijević et al. 2019: 51). Druga odredba zakona koja pominje ovaj instrument međunarodne saradnje (čl. 96) propisuje da se zajednički istražni tim formira ako to opravdavaju okolnosti slučaja, sporazumom ministra nadležnog za pravosuđe i nadležnog organa strane države.

Izražena su mišljenja da bi detaljnija regulativa ovog instituta od strane domaćeg zakonodavca bila višestruko korisna, naročito u pogledu uspostavljanja i funkcionisanja zajedničkih istražnih timova sa državama u odnosu na koje kao osnov za formiranje ZIT-a nije moguće koristiti međunarodni ugovor (Handbook on JITs IPA 2010: 40).⁶⁰ Takođe je istaknuto da bi bilo naročito korisno regulisati zakonom pravni položaj stranih upućenih članova zajedničkog istražnog tima u Republici Srbiji, kao i ovlašćenja predstavnika nacionalnih organa koje Republika Srbija upućuje u inostranstvo kao članove zajedničkog istražnog tima (Klip, 2014: 153).

5. Doprinos Evrodžasta široj upotrebi ZIT-a: proširivanje podrške na države koje nisu članice Evropske unije

Evrodžast je agencija Evropske unije za pravosudnu saradnju u krivičnim stvarima, koja pruža podršku u postupku saradnje između nadležnih organa država članica EU u vezi sa istragama u predmetima za teška

57 Ugovor između Srbije i Crne Gore i Bosne i Hercegovine o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima potpisan 24. februara 2005, izmenjen i dopunjen 2010. godine, čl. 33 i 36a.

58 Ugovor između Republike Srbije i Republike Makedonije o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima, potpisan novembra 2011. godine, čl. 25 i 30.

59 Ugovor između Republike Srbije i Crne Gore o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima sačinjen 29. maja 2009. godine, čl. 33 i 38.

60 Npr. u Klip, A. (2014). *Facilitation Mutual Legal assistance in the Western Balkans - Towards removing obstacles in international cooperation in criminal matters*. 153. <http://www.prosecutorsnetwork.org/publications>

krivična dela sa prekograničnim elementima. Misija Evrodžasta je da „doprinese bezbednosti građana u Evropi, koordinišući postupanje nacionalnih organa – kako država članica, tako i država koje nisu članice EU – u istragama i krivičnom gonjenju prekograničnih krivičnih dela.“⁶¹ Svaka država članica EU u skladu sa svojim pravnim sistemom upućuje u Evrodžast svog nacionalnog člana, tužioca, sudiju ili drugog predstavnika pravosudnih organa, koji predvodi nacionalnu kancelariju koja predstavlja primarni kontakt za tužioce i sudije kojima je potrebna podrška u vezi sa istragama koje sprovede. Delegirani nacionalni članovi čine Kolegijum Evrodžasta koji je nadležan za operativni rad ove agencije. Od osnivanja 2002. godine do danas, uloga Evrodžasta, kao i priroda i obim njegovih nadležnosti su značajno unapređeni. Članom 85 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije definisana je misija Evrodžasta kao: „podrška i jačanje koordinacije i saradnje nacionalnih istražnih organa i organa gonjenja u vezi sa teškim krivičnim delima koja pogađaju dve ili više država članica ili zahtevaju gonjenje na zajedničkoj osnovi, na osnovu operacija koje sprovedu i informacija koje dostave organi država članica i Evropol.“⁶²

Evrodžast državama članicama obezbeđuje podršku u postupku saradnje i stavlja na raspolaganje razne vrste složenih koordinacionih mehanizama kao što su na primer: organizovanje koordinacionih sastanaka između predstavnika pravosudnih organa i organa za sprovođenje zakona, planiranje istovremenih zajedničkih akcija kojima se u realnom vremenu upravlja iz koordinacionih centara u Evrodžastu, koje nadležnim organima zemalja koje učestvuju u tim akcijama omogućavaju jednovremeno lišavanje slobode izvršilaca krivičnih dela, razotkrivanje kriminalnih grupa i oduzimanje imovine proistekle iz krivičnog dela. Jedno od veoma značajnih polja delovanja Evrodžasta je i podrška zajedničkim istražnim timova. Uprkos činjenici da zajednički istražni timovi mogu da dejstvuju bez podrške Evrodžasta i mada uključenost Evrodžasta u predmete u kojima je formiran ZIT predstavlja samo mali deo predmeta u kojima Evrodžast pruža podršku, postoji bliska veza između ova dva alata (Roger, 2022: 26) – ne samo što su i Evrodžast i ZIT-ovi zasnovani na instrumentima EU usvojenim u okviru istog poglavlja Ugovora o Evropskoj uniji (nekadašnji tzv. „treći stub“) čiji je fokus borba protiv prekograničnog kriminala, već i Evrodžast i ZIT imaju isti cilj: bolju koordinaciju istraga u predmetima prekograničnog kriminala

61 Internet prezentacija Evrodžasta, <https://www.eurojust.europa.eu/about-us/who-we-are>

62 Article 85 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).

(Helmberg, 2007: 246). Može se reći da uprkos činjenici da ni koordinacioni sastanci ni ZIT-ovi nisu tvorevina Evrodžasta, Evrodžast je značajno olakšao njihovu upotrebu i pristup nadležnim nacionalnim organima ovim alatima saradnje i time značajno doprineo njihovoj učestalijoj primeni (Striž, 2022: 77). U praksi se često odluka o formiranju ZIT-a donosi upravo tokom, ili nakon koordinacionih sastanaka koji su organizovani u Evrodžastu i koji okupljaju nadležne organe država za koje je utvrđeno da vode paralelne ili povezane istrage. Pored toga, Evrodžast takođe raspolaže određenom inicijativom u odnosu na osnivanje ZIT-ova. Naime, shodno članu 4 Uredbe o Evrodžastu,⁶³ ova agencija EU takođe može zatražiti od nadležnog organa država članica da formiraju ZIT u skladu sa primenjivim instrumentima za saradnju.

Evrodžast svojom ekspertizom pruža podršku nacionalnim organima prilikom procene korisnosti i mogućnosti za formiranje ZIT-a u konkretnom slučaju. Nakon što nacionalni organi donesu odluku o formiranju ZIT-a, Evrodžast pruža pomoć tokom pregovora i izrade sporazuma o osnivanju ZIT-a, stavljajući na raspolaganje nadležnim organima kako ekspertizu i stručne savete, tako i raznovrsne pomoćne materijale od kojih je najznačajniji Praktični vodič o ZIT-ovima, (Practical Guide, JIJs Network, 2021) koju je izradila Mreža nacionalnih eksperata o ZIT-ovima u saradnji sa Evrodžastom, Evropolom i OLAF-om, koji je dostupan i na veb prezentacijama Evrodžasta⁶⁴ i Evropola.⁶⁵ Evrodžast pruža podršku funkcionisanju ZIT-a tokom celog perioda njegovog trajanja. Pored pravne i praktične podrške, podrške zajedničkim akcijama i operacijama posredstvom pomenutih koordinacionih centara, Evrodžast obezbeđuje i logističku i finansijsku podršku,⁶⁶ omogućavajući i olakšavajući sastanke članova tima obezbeđivanjem pokrića troškova putovanja i smeštaja članova tima, troškova prevoda, kao i obezbeđivanjem pokrića troškova razmene dokaza, određenih veštačenja i opreme.

Primarni cilj Evrodžasta kao agencije Evropske unije predstavlja pružanje pomoći nadležnim organima država članica EU. Međutim, podrška Evrodžasta je pod izvesnim uslovima dostupna i državama koje nisu članice Evropske unije, time i zajedničkim istražnim timovima

63 Uredba (EU) 2018/1727 Evropskog parlamenta i Saveta od 14. novembra 2018. godine o Agenciji Evropske unije za pravosudnu saradnju (Evrodžast), i zamenu i opoziv Odluke Saveta 2002/187/PUP, usvojena 6. 11. 2018 (OJ L 295, 2018).

64 <https://www.eurojust.europa.eu/publication/jiis-practical-guide>

65 <https://www.europol.europa.eu/publications-events/publications/jiis-practical-guide>

66 Više informacija o finansijskoj podršci Evrodžasta dostupno na : <https://www.eurojust.europa.eu/judicial-cooperation/instruments/joint-investigation-teams/jiis-funding>

koji uključuju i države koje nisu članice EU. Evrodžast sve veću pažnju posvećuje formiranju i funkcionisanju ZIT-ova sa tzv. trećim državama, koji su sve češće viđeni kao korisno sredstvo saradnje sa državama koje nisu članice EU (Third JIT Evaluation Report. 2020: 4). Iz statističkih podataka o radu Evrodžasta, primetan je porast broja novoformiranih ZIT-ova koji uključuju i države koje nisu članice EU i koji su uživali podršku Evrodžasta. U 2016. godini su samo 3 takva zajednička istražna tima uživala podršku Evrodžasta. Za samo 3 godine taj broj je dostigao 21 u 2019. godini, da bi 2020. godine Evrodžast podržao 26, i u 2021. godini 31 zajednički istražni tim u kome su učešće uzele i države koje nisu članice EU (Guidelines on JITs Involving Third Countries, 2022: 37).

Da bi se odgovorilo na povećano interesovanje država članica EU za saradnjom u okviru ZIT-a sa državama koje nisu članice EU i da bi se olakšao rad pravosudnih organa i predstavnika organa za sprovođenje zakona, Mreža nacionalnih eksperata za ZIT i Evrodžast su izradili novi materijal za podršku praktičarima, koji se bavi specifičnim pitanjima u vezi sa saradnjom između država članica EU i zemalja koje nisu članice EU u okviru ZIT-a, od kojih su najznačajnije Smernice o zajedničkim istražnim timovima koji uključuju treće zemlje i Kontrolna lista za praktičare o zajedničkim istražnim timovima koji uključuju treće zemlje,⁶⁷ objavljeni na veb prezentaciji Evrodžasta u junu 2022. godine (Guidelines on JITs Involving Third Countries, 2022). Imajući u vidu da pravni okvir EU za formiranje i funkcionisanje ZIT-a nije primenjiv na države koje nisu članice EU, navedenim Smernicama su identifikovani mogući pravni osnovi za osnivanje ZIT-ova između država članica i država koje nisu članice EU, pri čemu je naglašena mogućnost kombinovanja različitih pravnih osnova u slučajevim multilateralnih ZIT-ova u kojima nisu sve države učesnice potvrdile iste međunarodne ugovore. Smatramo da je naročito značajno da istaknemo činjenicu da su relevantne odredbe pravnih instrumenta EU skoro identične odredbama člana 20 Drugog dodatnog protokola uz Evropsku konvenciju o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima (Guidelines on JITs Involving Third Countries, 2022: 4), koji su ratifikovale sve države članice EU, izuzev Republike Grčke.

67 Checklist for Practitioners on Joint Investigation Teams Involving Third Countries, <https://www.eurojust.europa.eu/publication/checklist-practitioners-joint-investigation-teams-involving-third-countries>

6. Podrška Evrodžasta ZIT-ovima u kojima učestvuje Republika Srbija

Nakon dugogodišnje uspješne saradnje Republike Srbije sa Evrodžastom koja se odvijala posredstvom kontakt tačaka određenih u Republičkom javnom tužilaštvu i Ministarstvu pravde Republike Srbije, Republika Srbija je zaključila Sporazum o saradnji sa Evrodžastom, koji je stupio na snagu 12. decembra 2019. godine.⁶⁸ Svrha ovog sporazuma je jačanje saradnje između Srbije i Evrodžasta u borbi protiv teških oblika kriminala, a posebno organizovanog kriminala i terorizma.⁶⁹

Kao organ nadležan za sprovođenje ovog sporazuma određeno je Republičko javno tužilaštvo.⁷⁰ Takođe je predviđeno da Republika Srbija u cilju olakšavanja saradnje može imenovati tužioca za vezu koji ima mogućnost da direktno kontaktira nadležne organe u Republici Srbiji.⁷¹ Imajući u vidu navedeno, Kancelarija tužioca za vezu Republike Srbije u sedištu Evrodžasta u Hagu je otvorena 2020. godine (Eurojust, Annual Report, 2020: 18). Otvaranje kancelarije tužioca za vezu Republike Srbije u Evrodžastu je doprinelo daljem intenziviranju saradnje sa ovom značajnom agencijom EU i otvorilo brojne mogućnosti za unapređenje međunarodne saradnje u krivičnim stvarima ne samo između Republike Srbije i država članica EU, već i drugih država sa kojima ova agencija EU ima potpisane sporazume o saradnji i pravosudne kontakt tačke, naglašavajući činjenicu da Evrodžast ima na ovaj način uspostavljenu saradnju sa preko 70 država koje nisu članice EU. Naime, Evrodžast raspolaže sa mrežom pravosudnih kontakt tačaka u 60 država,⁷² koje nisu članice EU dok je sa 13 država,⁷³ uključujući i Srbiju, potpisao sporazume o saradnji, na osnovu kojih je 10 država⁷⁴ uputilo tužioce za vezu u sedište Evrodžasta u Hagu, radi intenziviranja i olakšavanja saradnje.

68 Zakon o potvrđivanju sporazuma o saradnji između Republike Srbije i Evrodžast-a, *Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*, 14/2019.

69 Član 3 Sporazuma.

70 Član 4 Sporazuma

71 Čl. 5 Sporazuma

72 Za više informacija videti: <https://www.eurojust.europa.eu/states-and-partners/third-countries/contact-point-network>

73 Albanija, Gruzija, Island, Lihtenštajn, Moldavija, Crna Gora, Severna Makedonija, Norveška, Srbija, Švajcarska, Ukrajina, Ujedinjeno Kraljevstvo i Sjedinjene Američke Države.

74 Albanija, Gruzija, Crna Gora, Severna Makedonija, Norveška, Srbija, Švajcarska, Ukrajina, Ujedinjeno Kraljevstvo i Sjedinjene Američke Države.

Pored brojnih mogućnosti za ubrzavanje međunarodne saradnje u krivičnim stvarima posredstvom Evrodžasta (od uspostavljanja neposrednih kontakata između pravosudnih organa pre upućivanja zahteva za međunarodnu pravnu pomoć radi pripreme za njegovo efikasnije izvršenje, preko utvrđivanja statusa već upućenih zamolnica i podrške pri rešavanju različitih poteškoća u postupku pružanja i traženja pravne pomoći u krivičnim stvarima, pored mogućnosti učešća na koordinacionim sastancima i upotrebe drugih značajnih alata Evrodžasta, tužilac za vezu Republike Srbije u Evrodžastu ima mogućnost da na zahtev domaćih organa inicira formiranje zajedničkog istražnog tima. Iako su Republika Srbija i njeni pravosudni organi u dosadašnjoj praksi uzeli učešća u izvesnom broju zajedničkih istražnih timova⁷⁵, koji su doneli vrlo značajne rezultate, očekuje se da će mogućnost da se posredstvom tužioca za vezu, i inicira formiranje ZIT-ova od strane domaćih organa, taj broj u budućnosti samo rasti, čime će doprineti efikasnosti borbe protiv prekograničnog kriminala.

Smatramo da je korisno, ilustracije radi, da pomenemo rezultate rada bar jednog od zajedničkih istražnih timova u kojima je do sada Republika Srbija bila učesnik, koji je uživao podršku Evrodžasta. Naime, kao rezultat saradnje španskih i srpskih nadležnih organa u okviru bilateralnog zajedničkog istražnog tima Republike Srbije i Kraljevine Španije, lišena su slobode u obe države 43 člana organizovane kriminalne grupe koja se bavila trgovinom narkoticima čija je distribucija bila planirana u državama EU i koji se terete za neovlašćenu proizvodnju i promet opojnih droga, pranje novca i krijumčarenje migranata. Tokom akcionog dana koji je organizovan uz podršku Evrodžasta i Evropola u 2021. godini, nadležni organi ove dve države su u jednom danu izvršili koordinisano pretresanje 19 objekata i oduzeli veoma značajnu količinu droge, novca, kompjuterske opreme, vozila i oružja.⁷⁶

75 Prema podacima iz Izveštaja Republičkog javnog tužilaštva o radu javnih tužilaštava na suzbijanju kriminaliteta i zaštiti ustavnosti i zakonitosti u 2022, 2021. i 2020. godini, dostupni na <http://rjt.nlnet.rs/sr/informacije-o-radu/> godi% C5% A1nji-izve% C5% A1taj-o-radu-javnih-tu% C5% BEila% C5% A1tava, Republika Srbija je u 2022. godini učestvovala u 4 ZIT-a koja su uživala podršku Evrodžasta, dok je u 2021. i 2020. godini uzela učešća u po tri ZIT-a koja su uživala podršku ove agencije EU.

76 Videti više u objavi za štampu Evrodžasta: <https://www.eurojust.europa.eu/news/eurojust-coordinates-dismantling-serbian-marijuana-trafficking-network-operating-spain>

7. Zaključak

Nakon nešto više od dve decenije, koliko je ovo sredstvo saradnje u primeni na osnovu instrumenta usvojenih u Evropskoj uniji, moguće je zaključiti da je zajednički istražni tim evoluirao od ideje koju su predstavnici pravosudnih organa i organa za sprovođenje zakona državama članicama EU inicijalno posmatrali sa određenom dozom skepticizma u instrument saradnje koji je sve češće u upotrebi sa ciljem omogućavanja bržeg sprovođenja istraga šireg domašaja (Da Mota, 2009: 88).

Imajući u vidu složenu prirodu prekograničnih kriminalnih aktivnosti, uz veliku prekograničnu mobilnost članova kriminalnih organizacija, ZIT se, kao vrlo fleksibilan okvir saradnje, koji omogućava brzu i efikasnu koordinaciju i razmenu informacija i dokaza između organa različitih država, pokazuje kao optimalno sredstvo za saradnju nadležnih organa u suzbijanju prekograničnih kriminalnih aktivnosti. Predstavnici pravosudnih organa i organa za sprovođenje zakona iz država članica EU sve više značaja pridaju ovom sredstvu saradnje sa državama koje nisu članice EU, naročito imajući u vidu njegovu fleksibilnost, budući da omogućava lako prilagođavanje potrebama konkretnog slučaja zadržavajući elemente koji ga čine efikasnim u praksi. Pored toga, za razliku od tradicionalnih instrumenta međunarodne pravne pomoći i evropskog istražnog naloga, koji su ograničeni na konkretne dokazne radnje koje su predmet zahteva, zajednički istražni tim omogućava partnerima neograničenu razmenu informacija u realnom vremenu (Riehle, 2023: 1). Kada se sagledaju statistički podaci dostupni na veb prezentaciji Evrodžasta, primećuje se porast broja ZIT-ova koji su uživali podršku Evrodžasta, i to ne samo ZIT-ova koji su osnovani između država članica EU, već i onih u kojima su učešće uzele države koje nisu članice EU. Primera radi, u 2021. godini Evrodžast je podržao ukupno 254 ZIT-a, i to naročito u predmetima koji se tiču terorizma, visokotehnološkog kriminala, krijumčarenja migranata, trgovina drogom i trgovina ljudima, od čega su u 32 ZIT-a učešće uzele i države koje nisu članice EU, pri čemu je Republika Srbija učestvovala u 3 zajednička istražna tima, a Republika Francuska, primera radi, u 13 zajedničkih istražnih timova formiranih u toj godini (Dupond-Moretti, 2022: 64). Uprkos činjenici da se navedeni statistički podaci odnose samo na ZIT-ove koji su uživali podršku Evrodžasta, raspoloživi statistički podaci ukazuju da bi ovaj alat međunarodne saradnje, s obzirom na dosadašnji učinak njegove upotrebe, mogao da ima koristi od širenja svesti o njegovom postojanju, prednostima u odnosu na tradicionalne mehanizme uzajamne pravne

pomoći kojima se može unaprediti efikasnost istrage prekograničnog kriminala i raznovrsnim oblicima podrške koji mogu značajno olakšati i unaprediti upotrebu ovog inovativnog sredstva saradnje.

Imajući u vidu sve navedeno, uključujući i činjenicu da Republika Srbija raspolaže adekvatnim pravnim okvirom za upotrebu ovog naprednog sredstva međunarodne saradnje, budući da je ratifikovala najznačajnije međunarodne instrumente koji predviđaju pravni osnov za formiranje i funkcionisanje zajedničkog istražnog tima, i pored preporuka da se razmotri dodatno regulisanje ovog instrumenta domaćim zakonom, naročito u pravcu njegovog daljeg usaglašavanja sa pravnim tekovinama EU, očekujemo da intenziviranje saradnje sa Evrodžastom posredstvom Kancelarije tužioca za vezu Republike Srbije otvara prostor nadležnim organima Republike Srbije za dalju intenzivniju upotrebu u praksi ovog izrazito efikasnog sredstva za prikupljanje i razmenu informacija i dokaza u prekograničnim istragama, naročito imajući u vidu širok spektar stručne, logističke i finansijske podrške koju Evrodžast omogućava prilikom upotrebe ovog instrumenta saradnje.

Literatura / References

Block, L. (2011). EU joint investigation teams: Political ambitions and police practices. In Hufnagel, S., Bronit S. and Harfield, C. (Eds.). *Cross-Border Law Enforcement Regional Law Enforcement Cooperation – European, Australian and Asia-Pacific Perspectives*. Routledge

Bugarski, T. (2017). Zajednički istražni timovi kao instrument prekogranične saradnje u krivičnim stvarima. *Crimen*. 3. 461–482.

Vasilkov, Z. (2016). Oblast slobode bezbednosti i pravde u pravu Evropske unije. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.

Vinković, Z. (2020). Zajednički istražni timovi – koncept i analiza multilateralnog vođenja istrage i prikupljanja dokaza u Evropskoj uniji. *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*. 27(2). 799–816.

Grubač, M., Goran P. Ilić, P. G. Majić, M. (2009). *Komentar zakona o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima*. Beograd: Službeni glasnik.

Guidelines on Joint Investigation Teams Involving Third Countries. (2022).

<https://www.eurojust.europa.eu/publication/guidelines-joint-investigation-teams-involving-third-countries>, DOI 10.2812/73766.

Da Mota, J. L. L. (2009). Eurojust and its role on joint investigation teams. *Eucrim*. 3. 88–90.

Dupond-Moretti, E. (2022). Eurojust at 20: the story of an ambition to achieve European judicial cooperation. In *Eurojust 20 years of Eurojust: EU judicial cooperation in the making*. A collection of anniversary essays. <https://www.eurojust.europa.eu/20-years-of-eurojust>

Janićijević, G., Manojlović Nedeljković, M., & Milićević, M. (2019). Javnotužilački priručnik za postupanje u predmetima međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima. <http://www.rjt.gov.rs/assets/MPP%20prirucnik%202019%20sa%20revidiranim%20kontakt%20tacka-ma%20220322.pdf>

Kiurski, J. Trninić, V. (2011). Položaj i ovlašćenja javnog tužioca u postupku pružanja međunarodne pravne pomoći. U: *Usaglašenost domaćih propisa sa institutima Evropske unije u oblasti međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima i preporuke za harmonizaciju*. Udruženje tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije.

Klip, A. (2014). *Facilitation Mutual Legal assistance in the Western Balkans – Towards removing obstacles in international cooperation in criminal matters*, <http://www.prosecutorsnetwork.org/publications>

Lukić, M. (2016). The new theatre of the struggle for EU unity – judicial cooperation in criminal matters and police cooperation confronts Member State sovereignty. *Annals of the Belgrade Faculty of Law*. 64-3. 140–153.

Rebecchi, M.C. Joint Investigation Teams: a Reachable Solution to Catch Unreachable Criminals. *Queen Mary Law Journal*. 95–108.

<https://www.qmul.ac.uk/law/media/law/docs/undergrad/09-Rebbechi.pdf>

Riehle, C. (2023). 20 years of Joint Investigations Teams (JITs) in the EU: An overview of their development, actors and tool. *ERA Forum* 24. <https://doi.org/10.1007/s12027-023-00758-5>

Rijken, C. (2006). Joint Investigation Teams: principles, practice, and problems, Lessons learnt from the first efforts to establish a JIT. *Utrecht Law Review*. 2/2. 99–118. <http://www.utrechtlawreview.org/>

Roger, Ch. (2022). A brief look at 20 years of Eurojust and EU policies in the field of justice and law enforcement, and a glimpse into the future. In *Eurojust (2022), 20 years of Eurojust: EU judicial cooperation in the making*. A collection of anniversary essays. <https://www.eurojust.europa.eu/20-years-of-eurojust>

Stříž, I. (2022). Eurojust from the perspective of a Member State of the European Union. In *Eurojust. 20 years of Eurojust: EU judicial cooperation in the making. A collection of anniversary essays*. <https://www.eurojust.europa.eu/20-years-of-eurojust>

Handbook on joint investigation teams (2014). IPA 2010 – Fight against organized crime and corruption: Strengthening the Prosecutors' Network. *Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ)*. GmbH. <http://www.prosecutorsnetwork.org/publications>

Helmberg, M. (2007). Eurojust and Joint Investigation Teams: How Eurojust can support JITs. *ERA Forum* 8. 245–251.

https://www.researchgate.net/publication/225428072_Eurojust_and_Joint_Investigation_Teams_How_Eurojust_can_support_JITs

Škulić M. (2011). Uvod u Usaglašenost domaćih propisa sa institutima Evropske unije u oblasti međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima i preporuke za harmonizaciju. *Udruženje tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije*.

Drugi dodatni protokol uz Evropsku konvenciju o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima od 8. 11. 2001. godine. *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*. Br. 2/2006 od 11. 5. 2006.

Evropska konvencija o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima

Konvencija od 20. 4. 1959. godine u Strazburu. *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*. Br. 10/2001 od 5. 11. 2001.

Eurojust. *Annual Report 2020: Criminal justice across borders in the EU*. <https://www.eurojust.europa.eu/publication/annual-report-2020-criminal-justice-across-borders-eu>

Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima. *Služben list CG*. Br. 4/2008, 36/2013 i 67/2019.

Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima. *Službeni glasnik Republike Srbije*. Br. 20/2009 od 27. 3. 2009.

Zakon o potvrđivanju sporazuma o saradnji između Republike Srbije i Evrodžast-a. *Službeni glasnik Republike Srbije – Međunarodni ugovori*. Br. 14/2019.

Zakonik o krivičnom postupku Francuske. Code de procédure pénale. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006071154/

Zakon o pravosudnoj suradnji u kaznenim stvarima s državama članicama Europske unije, Narodne novine Republike Hrvatske. br. 91/10, 81/13, 12 4/13, 26/15, 102/17, 68/18, 70/19, 141/20.

Izveštaj Republičkog javnog tužilaštva o radu javnih tužilaštava na suzbijanju kriminaliteta i zaštiti ustavnosti i zakonitosti u 2016. godini. Preuzeto 15. 8. 2023. [http: / rjt.nlnet.rs/sr/informacije-o-radu/ godi%C5%A1nji-izve%C5%A1taj-o-radu-javnih-tu%C5%BEila%C5%A1tava](http://rjt.nlnet.rs/sr/informacije-o-radu/godi%C5%A1nji-izve%C5%A1taj-o-radu-javnih-tu%C5%BEila%C5%A1tava)

Joint Investigation Teams: Practical Guide, JITs Network. (2021). <https://www.eurojust.europa.eu/publication/jits-practical-guide>

Konvencija Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala iz 2000. godine. *Sl. list SRJ – Međunarodni ugovori*. br. 6/2001 i *Sl. list SCG – Međunarodni ugovori*. Br. 11/2005.

Konvencija Ujedinjenih nacija protiv korupcije iz 2003. godine. *Sl. list SCG – Međunarodni ugovori*. Br. 12/2005.

Konvencija Ujedinjenih nacija protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci iz 1988. godine. *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*. Br. 14/1990.

Checklist for Practitioners on Joint Investigation Teams Involving Third Countries, [https: / www.eurojust.europa.eu/publication/checklist-practitioners-joint-investigation-teams-involving-third-countries](https://www.eurojust.europa.eu/publication/checklist-practitioners-joint-investigation-teams-involving-third-countries)

Circulaire de la Direction des Affaires Criminelles et des Grâces n° CRIM 09-3/G1 relative à la présentation des dispositions issues des articles 695-2 et 695-3 du code de procédure pénale relatives aux équipes communes d'enquête du 23 mars 2009, BOMJ n°2009/2 du 30.04.2009, texte 17/18. Preuzeto 15.08.2023. [https: / www.justice.gouv.fr/circulaire-dacg-no-crim-09-3g1-du-23-mars-2009-relative-presentation-dispositions-issues-articles-695-2-695-3-du](https://www.justice.gouv.fr/circulaire-dacg-no-crim-09-3g1-du-23-mars-2009-relative-presentation-dispositions-issues-articles-695-2-695-3-du)

Convention established by the Council in accordance with Article 34 of the Treaty on European Union, on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the European Union. *OJ C 197*, 12. 7. 2000.

Council Framework Decision of 13 June 2002 on Joint Investigation Teams, *OJ L 162*, 20. 6. 2002.

Council Resolution of 26 February 2010 on a Model Agreement for setting up a Joint Investigation Team (JIT), *OJ C 70*, 19. 3. 2010.

Council Resolution of 22 December 2021 on a revised Appendix I (OJ C 44, 28. 1. 2022, p. 1.) 2022/C 44/02, [https: / www.eurojust.europa.eu/publication/model-agreement-setting-joint-investigation-team](https://www.eurojust.europa.eu/publication/model-agreement-setting-joint-investigation-team)

Convention established by the Council in accordance with Article 34 of the Treaty on European Union, on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the European Union. *OJ C* 197, 12. 7. 2000.

Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community. *OJ C* 306. 17. 12. 2007, 1–271.

Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)

Third JIT Evaluation Report. (2020). 25 August 2023.

<https://www.eurojust.europa.eu/publication/third-jit-evaluation-report>

Ugovor između Srbije i Crne Gore i Bosne i Hercegovine o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima, *Sl. list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 6/2005 i *Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 13/2010 – dr. Zakon.

Ugovor između Republike Srbije i Republike Makedonije o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima, *Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 5/2012.

Ugovor između Republike Srbije i Crne Gore o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima, *Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 1/2010.

Ustav Republike Srbije. *Službeni glasnik RS*. Br. 98 od 10. novembra 2006, 115 od 30. novembra 2021 – Amandmani I-XXIX, 16 od 9. februara 2022.

Uredba (EU) 2018/1727 Evropskog parlamenta i Saveta od 14. novembra 2018. godine o Agenciji Evropske unije za pravosudnu saradnju (Evrodžast) i zamenu i opoziv Odluke Saveta 2002/187/PUP, usvojena 6. 11. 2018 (*OJL* 295, 2018)

<https://www.europol.europa.eu/publications-events/publications/model-agreement-for-setting-joint-investigation-team>

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006071154/LEGISCTA000006167503/#LEGISCTA000006167503

<https://www.rts.rs/lat/vesti/drustvo/2478440/srpsko-francuski-istrazni-timovi-u-borbi-protiv-kriminala.html>

<http://www.rjt.gov.rs/sr/aktivnost/republi%20C4%20ko-javno-tu%20C5%BDila%20C5%A0tvo-i-ambasada-republike-francuske-organizuju-konferenciju-srpsko-francuske-saradnje-na-temu-borbe-protiv-nedozvoljene-trgovine-oru%20C5%BDjem-i-terorizma>

<https://www.eurojust.europa.eu/about-us/who-we-are>

<https://www.eurojust.europa.eu/publication/jits-practical-guide>

<https://www.europol.europa.eu/publications-events/publications/jits-practical-guide>

<https://www.eurojust.europa.eu/judicial-cooperation/instruments/joint-investigation-teams/jits-funding>

<https://www.eurojust.europa.eu/states-and-partners/third-countries/contact-point-network>

<http://rjt.nlnet.rs/sr/informacije-o-radu/godi%20nji-izve%20taj-o-radu-javnih-tu%20Eila%20tava>

<https://www.eurojust.europa.eu/news/eurojust-coordinates-dismantling-serbian-marijuana-trafficking-network-operating-spain>

<https://www.eurojust.europa.eu/judicial-cooperation/practitioner-networks/jits-network>

*Maja Lukić Radović, LL.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Belgrade,
Republic of Serbia*

*Milena Manojlović Nedeljković,
Advisor, Department for International Cooperation and Mutual Legal Assistance,
Supreme Public Prosecution, Republic of Serbia*

EFFECTIVENESS OF THE JOINT INVESTIGATION TEAM AS AN INSTRUMENT FOR GATHERING AND EXCHANGE OF EVIDENCE IN CROSS-BORDER INVESTIGATIONS

Summary

This paper primarily considers the legal framework for the formation and functioning of a joint investigation team at the level of the European Union, with specific reference to the consequences that these rules may have on shaping the legislative framework of the Republic of Serbia in this area. In analyzing the Serbian normative framework, the authors particularly focus on practical considerations in the process of setting up of a joint investigation team and the original elements of this progressive tool of international cooperation, established and funded by Eurojust (EU Agency for Criminal Justice Cooperation). The second focal point of this paper is the support that may be provided by Eurojust in the process of formation and functioning of joint investigative teams, whose participants include both EU Member States and non-EU countries. In this regard, the authors consider the cooperation of the Republic of Serbia with Eurojust and present the opportunities for further strengthening of international cooperation with the EU Member States Union after signing the Cooperation Agreement between Eurojust and the Republic of Serbia in 2019. The advantages of this instrument of international cooperation are illustrated by referring to successful examples of joint investigation teams supported by Eurojust.

Keywords: *judicial cooperation, mutual legal assistance, cross-border investigations, joint investigation teams, European Union, Eurojust.*

Dr Ljubica Nikolić*,
Redovni profesor,
Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu,
Republika Srbija

pregledni naučni rad
10.5937/zrpfno-47158

UDK: 336.7:004.4

Rad primljen: 16.10.2023.

Rad prihvaćen: 09.11.2023.

SAVREMENE FINANSIJSKE TEHNOLOGIJE I TRADICIONALNO BANKARSTVO**

Apstrakt: *Finansijska tehnologija (Finance and Technology – Fin- tech) odnosi se na softvere, mobilne aplikacije i druge tehnologije stvorene za poboljšanje finansijskih usluga (od jednostavnih aplikacija za plaćanje do složenih blokčein mreža koje sadrže šifrovane transakcije). Poslednjih godina, tradicionalno bankarstvo primenjuje savremene tehnološke inovacije, u isto vreme izloženo je konkurenciji novih fintech sektora. Čitavu istoriju bankarstva prate tehnološke inovacije. Predmet naše pažnje jesu finansijske tehnologije koje su od 2008. godine, od globalne finansijske krize, revolucionisale svet finansija. Gubitak poverenja u tradicionalno bankarstvo stimulisao je ekspanziju novih digitalnih poslovnih i finansijskih modela. Savremene tehnologije suštinski su izmenile poslovanje tradicionalnih finansijskih institucija, neke od njih su prestale da postoje, one koje su opstale dobile su snažne konkurente u novonastalim decentralizovanim finansijskim sektorima. Svaka kriza pokazuje slabosti postojećeg sistema i generiše nove mogućnosti. Nove finansijske tehnologije stvorile su okruženje u kojem banke nisu više jedini pružaoci finansijskih usluga. Konkurencija između banaka, za privlačenje klijenata novim digitalnim uslugama, uz vraćanje izgubljenog poverenja u bankarski sistem, danas uključuje i*

*ljubica@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu „Odgovornost u pravnom i društvenom kontekstu“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, u periodu 2021–2025. godine.

** Rad je izložen na devetoj Međunarodnoj naučnoj konferenciji, OHRID SCHOOL OF LAW – 2023, “Redefinition of the Role and the Meaning of the Law”, održanoj u Ohridu, Severna Makedonija, 11–14. maja 2023. god.

nadmetanje banaka sa novim fintech kompanijama i decentralizovanim digitalnim finansijskim sektorima. Budući izgled finansija generisaće nove tehnološke inovacije, poverenje u tradicionalne i decentralizovane finansijske sektore, kao i odnos monetarnih vlasti prema decentralizovanim digitalnim sistemima koji za sada funkcionišu izvan njihove kontrole. Cilj ovog rada jeste osvrt na najvažnije finansijske inovacije u bankarskom sektoru, ulogu novih netradicionalnih pružalaca finansijskih usluga i njihovu povezanost sa tradicionalnim finansijskim sektorom. Deo rada posvećujemo problemu regulisanja digitalizovanih finansija.

Ključne reči: *savremene finansijske tehnologije, bankarstvo, fintech kompanije, decentralizovane finansije, prednosti, izazovi.*

1. Uvod

Termin finansijska tehnologija (u nastavku i FINTEH) odnosi se na primenu tehnoloških inovacija u oblasti finansija. Savremeni bankarski i ukupni finansijski sektor ubrzano se prilagođavaju razvoju digitalnog poslovnog okruženja i nastanku decentralizovanih digitalnih finansijskih alternativa. Čitavu istoriju bankarstva prate tehnološke inovacije (Videti: Arner, Barberis, Buckley, 2015), predmet naše pažnje jesu finansijske tehnologije koje su od globalne finansijske krize 2008. godine¹ redizajnirale svet finansija. Ova kriza je pokazala da rizično poslovanje pojedinih finansijskih institucija može ugroziti nacionalni i globalni finansijski sistem. Gubitak poverenja u tradicionalno bankarstvo olakšao je rast novih digitalnih poslovnih i finansijskih modela. Savremene finansijske tehnologije ne dovode u pitanje potrebu za bankarstvom, one menjaju tradicionalne bankarske sisteme i generišu nove finansijske sektore. Konkurencija između banaka, proširena je i na nadmetanje banaka sa novim FINTEH decentralizovanim pružaocima usluga. Svedoci smo tehnološke revolucije finansija, ekspanzije kriptovaluta i digitalne imovine, kao i razvoja brojnih segmenata decentralizovanih finansija (u nastavku

1 Visoko rizična kreditna politika banaka u SAD izazvala je finansijsku krizu i ozbiljno uticala na globalnu ekonomiju. Bankrot Lehman Brothers investicione banke, 2008. godine, proširio se na druge finansijske institucije i označio početak krize ogromnih razmera. Indeksi na berzi su pali, finansijski sistem je propao, mnoge banke su bankrotirale, druge su održane intervencijom države, mnoge od njih su obezvređene i prodate. Iz SAD finansijska kriza se prelila u druge zemlje. Videti: Amadeo, K. (2022). *2008 Financial Crisis – Causes, Costs, and Whether It Could Happen Again*. Preuzeto 26. 4. 2023. <https://www.thebalancemoney.com/2008-financial-crisis-3305679>

i DEFI). Iako ove inovacije već niz godina imaju široku primenu, o njima se nedovoljno zna, veliki deo ostaje pravno neregulisan i još uvek ne postoji jasna monetarna strategija kako bi finansije u narednim godinama trebalo da izgledaju. Naš je utisak da se informacione tehnologije toliko brzo razvijaju i prilagođavaju novim zahtevima pojedinaca i poslovnog sveta, da regulatori nisu u stanju da blagovremeno i u potpunosti normiraju inovacije u finansijskom sektoru. Neke DEFI sektore nije ni moćuge regulisati zbog načina na koji funkcionišu o čemu će kasnije biti više reči. Cilj ovog rada je osvrst na najvažnije finansijske inovacije u bankarskom sektoru, objašnjenje uloge novih FINTEH pružalaca usluga i njihove povezanosti sa tradicionalnim finansijskim sektorom.

2. Redizajniranje finansijskog sistema

Od 2008. godine digitalna revolucija preoblikovala je ekonomiju, finansije i sve segmente života (Videti: Arner et al. 2015). Banke su prinuđene da promene tradicionalni poslovni model poprimajući sve više karakteristike IT kompanija, istovremno IT kompanije sve više pružaju finansijske usluge koristeći FINTEH. Upotrebom savremenih digitalnih tehnologija omogućeni su finansijski tokovi bez korišćenja posrednika, čime su ove transakcije postale brže i jeftinije. Finansijske usluge IT kompanija smanjuju broj bankarskih klijenata i njihove prihode, s obzirom na to da ove kompanije pružaju brže i jeftinije usluge a veliki broj njih nije ograničen monetarnim pravom i politikom.

Rezultat razvoja finansijskih tehnologija jesu brojne inovacije, do skora nepoznate poslovnom svetu i pojedincima. Finansijske tehnologije, novi digitalni finansijski proizvodi, brojna tržišta digitalnih instrumenata i imovine nezaustavljivo se šire. U većini zemalja, međutim, nisu pravno uređeni decentralizovani finansijski sektori koji funkcionišu po svojim pravilima i izvan su kontrole državnih monetarnih institucija. U zemljama gde postoji regulativa iz ove oblasti, nisu obuhvaćene sve inovacije finansijskih tehnologija a primena zakona je ograničena, zbog specifičnosti novih tehnoloških rešenja i njihove nekompatibilnosti sa tradicionalnim finansijama. Reč, je pre svega o decentralizovanim finansijskim mrežama koje obuhvataju korisnike širom sveta, koji su uglavnom anonimni i čije finansijske transakcije su izvan kontrole monetarnih vlasti. Ovde pre svega mislimo na blokčein i druge tehnologije/mreže tzv. distribuiranih knjiga, koje omogućavaju trenutne transakcije, na bilo kojoj udaljenosti. Uviđajući

prednosti ovih decentralizovanih tehnologija/mreža, neke zvanične finansijske institucije počele su sa njihovim korišćenjem. Navodimo primer, Le Banque de France koja je 17. 12. 2020. godine uspešno testirala digitalnu valutu centralne banke (u nastavku i DVCB), u pilot projektu sa plasmanom tokenizovanih akcija deviznog fonda vrednog više od 2 miliona evra. U ovom projektu po prvi put je od zvaničnih finansijskih institucija korišćena privatna blokčein platforma. U okviru eksperimenta, investitori su kupovali i prodavali akcije deviznog fonda na blokčeinu Britanske kompanije SETL. Plasirana je digitalna valuta korišćenjem tehnologije distribuirane knjige. Eksperiment je zahtevao razvoj i implementaciju pametnih ugovora koji su obezbedili izdavanje i kontrolu DVCB, kao i transfer digitalne valute istovremeno sa isporukom tokenizovanih akcija u portfelj investitora. Ovaj projekat podržala je osiguravajuća grupa Groupama, finansijski konglomerat Citigroup, banka Caceis, menadžer imovine OFI AM, blokčein projekat IZNES i IT kompanija DXC (Primer preuzet: Vardomatskya, Kuznetsova, Plotnikov, 2021: 3). Ovaj projekat predstavlja ogroman napredak u povezivanju zvaničnih digitalnih valuta Centralne banke i blokčein okruženja, pokazujući mogućnost integrisanja dva potpuno drugačija finansijska sistema, tradicionalnog i decentralizovanog.

2.1. Centralne banke i FINTEH

Januara 2021. godine, MINDSMITH tehnološki istraživački centar izvršio je analizu 367 zvaničnih sajtova 191 centralne banke. Prema ovoj studiji, 74% centralnih banaka širom sveta zainteresovano je za blokčein tehnologiju, posebno Federalne rezerve SAD, Banka Engleske i Evropska centralna banka. Banka Rusije, takođe, povećava interesovanje za blokčein tehnologiju, od izdavanja hipoteka na blokčein platformi do razvoja koncepta digitalne rublje.² Sa jedne strane, prednosti i obim korišćenja blokčein tehnologija i digitalnih valuta kreiranih u blokčein mrežama, ugrožavaju poziciju centralnih banaka kao vrhovnih monetarnih institucija. Blokčein mreže i njihove valute funkcionišu godinama, po svojim pravilima, nezavisnim od nacionalnih i međunarodnih regulativa, bez kontrole vrhovnih monetarnih institucija, kao decentralizovani globalni sistemi umreženih korisnika. Ovako kreirana globalna tehnologija omogućava plaćanja, prenošenje i čuvanje vrednosti, bez upotrebe zvaničnih valuta. Sa druge strane, mogućnosti blokčein tehnologije mogu biti korisne centralnim

2 Izvor: MINDSMITH. *74% of Central Banks are Interested in Blockchain*. Preuzeto 29. 6. 2023. <https://mindsmith.io/en-blockchain-central-banks/>

bankama, pre svega kada plasiraju svoje digitalne valute, prilikom međubankarskih poravnanja i za razmenu podataka. Tradicionalni operativni finansijski sistemi mogu se preneti u blokčein tehnološku mrežu, uz očekivanje da bi to bila centralizovana mreža, za razliku od decentralizovanih privatnih blokčein mreža. U nameri da novac centralne banke prati potrebe digitalne ekonomije, Upravni odbor Evropske centralne banke odlučio je da se krene sa radom na izdavanju digitalnog evra koji bi postojao zajedno sa gotovim novcem (European Central Bank, 2020: 2).

3. Prednosti i rizici primene FINTEH-a

Primena digitalnih finansijskih tehnologija smanjuje papirologiju i troškove banaka. Prema jednom istraživanju savremene finansijske tehnologije smanjuju troškove banaka vezane za otvaranje i održavanje računa za 67–75%, troškove izdavanja gotovine za 40–60%, dok se ranijitroškovi transfera novca smanjuju za 90–95% (Vardomatskya et al. 2021: 4). Najveću prednost primene finansijskih tehnologija čini ušteda vremena za klijente i banke u svim fazama finansijskih transakcija i bankarskih usluga. Implementacija novih dostignuća FINKEH-a povećava brzinu transakcija i kreira nove finansijske proizvode. Razvoj IT sektora koji nude finansijske usluge podstakao je banke da primenjuju FINTEH inovacije, koje se konstantno usavršavaju pružajući nove pogodnosti korisnicima. FINTEH industrija danas obuhvata nekoliko oblasti: finansije i investicije, finansijske operacije i upravljanje rizicima, digitalna plaćanja i digitalna finansijska infrastruktura, bezbednost podataka i monetizacija, potrošački interfejs (digitalno povezivanje korisnika, prenos vrednosti i razmenu informacija – objašnjenje autora), regulatorne inovacije (Arner et al. 2015: 18–20).

Savremene finansijske tehnologije, manje ili više, koriste gotovo svi učesnici u poslovnom i finansijskom svetu. Za potrebe ovog rada, koristićemo pojednostavljenu podelu korisnika FINTEH-a koju čine tri grupe. U prvoj grupi su *banke* koje unapređuju svoje poslovanje nekim inovativnim rešenjima FINTEH-a³, drugu grupu korisnika čini *IT poslovnisektor* koji deo svojih finansijskih usluga realizuje sa tradicionalnim finansijskim sektorom⁴, treću grupu čine *decentralizovani finansijski*

3 Finansijske tehnologije su nekada bile vezane isključivo za tradicionalne finansijske institucije. Banke više nisu jedini pružaoci finansijskih usluga ali su nastavile digitalizaciju svojih procesa i usluga, prateći nove potrebe klijenata u digitalnoj ekonomiji, poštujući monetarno pravo i politiku.

4 U ovu grupu ubrajamo firme koje pružaju IT usluge finansijskom sektoru, kao i firme povezane sa bankarskim sektorom koje nude nove ili postojeće proizvode

sektori koji posluju po svojim pravilima koja umreženi korisnici prihvataju (ove digitalne mreže funkcionišu nezavisno od vrhovnih monetarnih institucija ili drugog centralnog regulatora, to su blokčein i druge mreže distribuiranih knjiga). Ova treća grupa korisnika kreirana je korišćenjem vrhunskih informacionih tehnologija koje se stalno inoviraju i implementiraju, stvarajući nove finansijske proizvode i usluge. Decentralizovane finansijske mreže imaju najmanju konekciju sa tradicionalnim finansijskim sistemima, s obzirom na to da kreiraju svoje digitalne valute i drugu digitalnu imovinu a transferi tih vrednosti se mogu obavljati unutar njihove globalne mreže. DEFI sistemi su kreirani sa namerom da funkcionišu van kontrole i regulative centralnih banaka. Sa druge strane, zvanične valute ulaze u mreže DEFI sistema i postoji interes da se digitalne virtuelne valute konvertuju u zvanične valute. Tendencija konekcije DEFI i tradicionalnih finansijskih sistema vidljiva je i u kreiranju tzv. stablecoins na blokčein platformama koje su vezane za zvanične valute i drugu stabilnu imovinu. Države su posebno zainteresovane da regulišu i kontrolišu finansijske tokove i poreklo zvaničnog novca koji prolazi kroz DEFI sisteme. I upravo je regulisanje DEFI od strane zvaničnih regulatornih tela izazov za koji još uvek ne postoji sistemsko rešenje. Razlozi koji otežavaju pravno regulisanje DEFI su brojni: DEFI čini mrežu anonimnih korisnika; poreklo novca koji ulazi u ovaj sistem se ne proverava; tehnološke mogućnosti ovih sistema omogućavaju da se tok novca i vlasnika ne može pratiti; mreže čine korisnici iz celog sveta; transferi se obavljaju brzo između učesnika koji pripadaju različitim jurisdikcijama; postoji više različitih DEFI sektora koji nude različite proizvode i usluge svojim korisnicima; na kraju, navodimo i činjenicu da ne postoji konsenzus centralnih banaka, i pored pokušaja zauzimanja jedinstvenog stava o zajedničkoj regulatornoj politici DEFI sistema koji ne poznaju nacionalne granice. Netradicionalni poslovni modeli i virtuelni finansijski proizvodi kreirani od poslednje generacije FINTEH-a funkcionišu nezavisno od važeće finansijske regulative. Trenutno postoji neizvesnost o tome koji zakoni i procedure se primenjuju na nove FINTEH aplikacije. U teoriji se nailazi na mišljenja da se rešenje može naći u osmišljavanju pristupa

i/ili usluge upotrebom informacionih tehnologija, sa skalabilnim poslovnim modelom i manjim ulaganjima u odnosu na tradicionalne firme. Recimo: Google, Netflix, Facebook, Glovo, Airbnb (promenio je tradicionalni način pružanja usluga smeštaja i prevoza, iako u svom vlasništvu nema smeštajne objekte niti transportna sredstva), koriste sistem *ekonomije deljenja* (The Sharing Economy), zasnovan na Peer- to-Peer deljenju informacija i koriste FINTEH koji nudi nova rešenja za plaćanja tradicionalnim novcem, često bez bankarskih provizija.

regulacije koji balansira stavove svih nosilaca novonastalog globalnog finansijskog sistema (tehnološke industrije, pružalaca finansijskih usluga i regulatora).

4. Šta FINTEH obuhvata?

„Finansijska tehnologija se odnosi na softvere, mobilne aplikacije i druge tehnologije stvorene da poboljšaju i automatizuju tradicionalne oblike finansiranja kako za preduzeća tako i za potrošače“.⁵ Finansijske tehnologije jesu informacione tehnologije koje se primenjuju u finansijskom sektoru sa ciljem unapređenja poslovnih modela. Današnje informacione tehnologije dovele su do toga da i kompanije koje nisu primarno finansijske korisnicima pružaju određene finansijske usluge koje su donedavno pružale isključivo banke.

Finansijske tehnologije primenjuju se u različitim segmentima poslovanja kao što su: finansiranje, upravljanje aktivom, sistemi plaćanja i drugo (Dorfleitner, Hornuf, Schmitt, Weber, 2016: 5–10). Tehnološki unapređeno finansiranje obuhvata: investicije, pozajmice, donacije, kreditiranje i faktoring.⁶ Nove tehnološke mogućnosti **upravljanja aktivom** odnose se na: omogućavanje pojedincima koji nemaju dovoljno znanja i nisu skloni riziku da pristupe informacijama o trgovini na berzi i kopiraju obrasce trgovanja profesionalnih brokera; FINTEH nudi i softvere za analizu investicionih odluka koji olakšavaju postupak odlučivanja na osnovu unetih parametara o osetljivosti na rizik, visini očekivanog prinosa, dužini trajanja investicije i drugih značajnih faktora; u ovu grupu inovacija spadaju i personalizovani finansijski saveti⁷ – softverske aplikacije koje korisnicima nude uslugu planiranja finansijskih tokova, prateći račune, otplate kredita i sve druge aktivnosti korisnika na finansijskom tržištu. Najvidljiviji segment primene FINTEH-a jesu **sistemi digitalnih plaćanja** koji se sve više koriste, pre svega zbog brzine i manjih troškova

5 Preuzeto 9. 10. 2023. <https://bootcamp.cvn.columbia.edu/blog/what-is-fintech/>

6 Savremene FINTEH primenjuju se i u oblasti unapređenja kreditiranja i faktoringa. Automatizacijom postupka odobravanja i realizacije kredita, smanjeni su troškovi obrade i skraćeno je vreme odobravanja kredita.

7 Pored prednosti koje pruža FINTEH u ovoj oblasti, treba naglasiti da postoji mogućnost da robo-advisors mogu preporučivati ulaganja koja se zasnivaju na netačnim pretpostavkama, nepotpunim informacijama ili okolnostima koje nisu relevantne za pojedinačnog investitora (FEIN, M. L. (2015) *ROBO-ADVISORS: A CLOSER LOOK*. Preuzeto 14. 10. 2023. file:///C:/Users/User/Downloads/SSRN-id2658701.pdf).

transakcija.⁸ **Ostale finansijske tehnologije** primenjuju se u oblasti: osiguranja, pretraživanja baza podataka, uporedne analize, razvoja novih tehnologija i infrastrukture.

U nastavku teksta ukazujemo na neke finansijske usluge i proizvode koji su nastali ili su unapređeni primenom savremenog FINTEH-a. *Finansijsko savetovanje i upravljanje finansijama* inovirano je: formiranjem baza informacija za pronalaženje najboljih finansijskih alternativa, digitalnim umrežavanjem investitora i razmenom informacija, online savetovanjem, automatizovanim upravljanjem investicijama, ulaganjem preko digitalnih platformi i slično. *Upravljanje finansijama pojedinaca* inovirano je novim tehnološkim mogućnostima praćenja: prihoda i troškova, finansijske prognoze togom vremena, dnevne raspoloživosti novca i drugo. *Procena kreditnog zaduživanja* se vrši putem programskog upoređivanja različitih izvora finansiranja potrošnje i investicionih projekata. Tehnološke inovacije *transakcionih/valutnih usluga* odnose se na minimiziranje ili izbegavanje troškova bankarskog posredovanja pri trgovanju različitim valutama, kao i mogućnost plaćanja u različitim stranim valutama. Savremene FINTEH omogućile su *nove načine plaćanja* proizvoda i usluga online, sa ili bez posredničke uloge banaka. Novi digitalni finansijski instrumenti, koji su postali alaternativa tradicionalnim valutama, čine *kriptovalute*, koje upotrebom blokčein tehnologija omogućavaju digitalnu trgovinu i transfer kriptovaluta. Kriptovalute jesu „kriptografski tokeni izdati i registrovani u infrastrukturi blokčaina/distribuirane knjige, gde se mogu uskladištiti, kojima se trguje elektronski, i koji mogu funkcionisati kao sredstvo razmene, jedinica obračuna i čuvanja vrednosti“ (Amaral, 2022: 3). *Online identifikacija klijenata* jeste digitalna konekcija, selekcija i slanje informacija potencijalnim klijentima. Finansijske tehnologije su omogućile formiranje *velikih baza podataka* u različitim poslovnim i finansijskim segmentima (prikupljanje, upravljanje i analiza podataka) u cilju donošenja najboljih poslovnih odluka. Svemu ovome treba dodati i ulogu *društvenih mreža*, široko prihvaćenih tehnologija informisanja, komunikacije, ekonomske razmene i finansijskih usluga. Kreiranje digitalnih proizvoda i usluga praćeno je razvojem *digitalnih tržišta*, koja predstavljaju digitalnu infrastrukturu za razmenu tradicionalnih i netradicionalnih

8 Korisnici su posebno zainteresovani za sistem transfera novca od lica do lica (eng. peer to peer) koji, uglavnom, ne isključuje ulogu banaka, za razliku od blokčein mreža i trgovine kriptovalutama (virtuelne valute kao alternativa novcu) koje funkcionišu nezavisno od monetarnih institucija.

digitalnih proizvoda. Raznolikost FINTEH usluga dovela je do redizajniranja tradicionalnih finansijskih tržišta ali i pojave netradicionalnih (decentralizovanih) digitalnih tržišta.

FINTEH su kreirane sa namerom da privuku i ispune očekivanja pojedinaca i kompanija omogućavajući korisnicima da obavljaju bilo koju vrstu finansijske aktivnosti sa bilo kog mesta. Prednost ovih tehnologija je realizacija zahteva korisnika prema njihovim preferencijama na osnovu korišćenja velikih podataka. Obim korišćenja FINTEH inovacija povezan je sa *poverenjem korisnika* u bezbednost korišćenja novih tehnoloških mogućnosti. I upravo veliki izazov primene novih tehnologija čine *rizici povezani sa deljenjem informacija* prilikom korišćenja interneta. FINTEH implementira bezbednosne protokole u okviru svojih aplikacija koji potvrđuju transakcije korisnika. Svaka novina izaziva obazrivost, zahteva edukaciju o novim mogućnostima i garanciju sigurnosti finansijskih transakcija. Što se finansijske sigurnosti tiče, moramo naglasiti da i nedigitalne finansijske transakcije nisu garancija sigurnosti ako uzmemo u obzir varijabilnost vrednosti valuta, transfer novca i stabilnost finansijskog sistema. Sa druge strane, digitalizacija je povezana sa novim izazovom vezanim za sigurnost korišćenja ličnih podataka i moguće hakovanje korisnika. Takvi rizici realno postoje, međutim, ono što uočavamo jeste brzo reagovanje kreatora digitalnih tehnologija na pronalaženje i primenu novih bezbednosnih rešenja. Prema Forbes-u, 64% svetske populacije je 2019. godine koristilo različite FINTEH aplikacije (Walden, 2022). Za većinu korisnika, prednosti FINTEH-a su veće od uočenih rizika.

4.1. Primena FINTEH-a

Američko finansijsko tržište smatra se liderom u primeni FINTEH-a, zatim slede Evropa i Kina. Danas mnoge FINTEH kompanije u SAD prihvataju regulativu i saradnju sa tradicionalnim finansijskim institucijama što olakšava potrošačima da koriste sigurne, brže i isplativije usluge od bankarskih usluga. Jedna od vodećih FINTEH kompanija u SAD je *Stripe*, osnovana 2010. godine, koja pruža usluge plaćanja i druge finansijske usluge, obrađuje plaćanja iz preko 200 zemalja u 25 različitih valuta, nudi paket digitalnih alata za praćenje prodaje, analizu ponašanja kupaca i upravljanje zalihama. *Square* je još jedna brzorastuća FINTEH kompanija u SAD, osnovana 2009. godine, koja nudi širok spektar usluga i proizvoda uključujući, mobilna plaćanja, rešenja na prodajnim mestima, gotovinske avanse, rešenja za obračun plata i druge

usluge prilagođene malim preduzećima, sa preko 2 miliona klijenata širom sveta.⁹

Evropa je na drugom mestu po broju FINTEH sektora, dok je Ujedinjeno Kraljevstvo najdominantniji region. *Adyen*¹⁰ je jedna od vodećih FINTEH platformi u Evropi koja nudi sveobuhvatna plaćanja, podatke i finansijsko upravljanje. Ona omogućava preduzećima i trgovcima da primaju uplate, na bilo kom uređaju, sa bilo kog mesta u svetu korišćenjem platnih kartica (kao što su MasterCard i Visa) i lokalnih načina plaćanja. Osnovana je 2006. godine u Holandiji i ima vrednost od oko 22 milijarde dolara. *Klarna*¹¹ je još jedna uspešna FINTEH kompanija, osnovana u Švedskoj 2005. godine, koja pruža finansijska rešenja preduzećima, uključujući usluge plaćanja, kredita i naplate dugova. Kompanija je prvobitno osnovana sa ciljem olakšavanja plaćanja između trgovaca i potrošača a danas ima svoju platnu karticu i otvorenu bankarsku platformu. Osim ovih usluga, Klarna upoređuje cene preko 3 miliona proizvoda sa više od 6.000 prodajnih mesta nudeći široku ponudu svojim klijentima. Klarna trenutno ima preko 3.000 zaposlenih širom sveta.

*Wise*¹² FINTEH kompanija klijentima u Ujedinjenom Kraljevstvu pruža uslugu međunarodnog transfera novca i držanja novca na Wise računu, u svim valutama. Wise je nebankarski provajder plaćanja. Preko 99% sredstava klijenata drži u gotovini kod nekoliko banaka sa visokim rejtingom, kao i u likvidnim sredstvima kao što su državne obveznice EU, Velike Britanije i SAD. Klijenti Wise imaju pravo na sigurnostpovraća sredstava do vrednosti od 85.000 funti u Velikoj Britaniji. Wise nudi univerzalni račun za međunarodni online transfer novca između 175 zemalja u 50 valuta, sa mnogo manjom provizijom od bankarskih provizija. U nastavku izlažemo proceduru koju koristi Wise za velike finansijske transfere.¹³ Prvi korak jeste pravljenje besplatnog Wise naloga, registrovanjem na mreži ili putem njihove aplikacije, korišćenjem email adrese ili Google ili Facebook naloga. Drugi korak je uplata novca na Wise nalog preko neke banke. Treći korak čini definisanje transfera, koliko novca se šalje i kome, na osnovu čega se unapred dobija informacija o naknadi i kada bi novac trebalo da stigne.

9 O deset vodećih FINTEH kompanijama u SAD, 2023. godine, videti: <https://www.inventiva.co.in/trends/top-10-best-fintech-companies-in-usa/> Preuzeto 6. 6. 2023.

10 <https://www.adyen.com/> Preuzeto 5. 6. 2023.

11 <https://www.klarna.com/us/business/> Preuzeto 5. 6. 2023.

12 <https://wise.com/> Preuzeto 6. 6. 2023.

13 <https://wise.com/large-amounts/> Preuzeto 6. 6. 2023.

Četvrti korak je slanje verifikacionih dokumenata, ukoliko se prenose veliki iznosi, mogu se tražiti informacije o poreklu novca. Zatim sledi faza plaćanja preko banke klijenta, u zavisnosti od limita banke, verovatno treba otići u filijalu banke a detaljne informacije o plaćanju prosleđuje Wise (u slučaju nemogućnosti odlaska u filijalu, angažuje se Wise tim). Klijenti mogu proveriti napredak svog transfera u bilo kom trenutku u aplikaciji Wise ili na veb lokaciji. Glavna prednost Wise naloga u odnosu na tradicionalni bankarski račun je mogućnost međunarodnog transfera novca uz povoljniji kurs i niske naknade.

5. Tradicionalne i decentralizovane finansije

Tradicionalne finansije danas karakteriše digitalizacija i globalizacija. Finansijska tržišta i aktivnosti grupisani su u nacionalne, regionalne i globalne centre, koji se stalno razvijaju i konkurišu jedni drugima primenjujući FINTEH (Videti: Zetsche, Arner, Buckley, 2020: 175–176). Funkcionisanje ovih finansijskih centara zavisi od poverenja koje ulivaju korisnicima. FINTEH koje su u osnovi DEFI sistema prihvaćene su i za unapređenje tradicionalnih finansijskih sistema. Sve ove promene dovele su do toga da korisnici finansijskih usluga danas imaju brojne alternative od digitalizovanih, centralizovanih i regulisanih finansijskih sektora; do decentralizovanih, samoregulisanih, digitalnih platformi koje nude unapređene finansijske opcije uz manje troškove transakcija i mogućnost da korisnici ostanu anonimni. Osim ove dve krajnje opcije, postoje i nebankarski FINTEH pružaoci usluga koji su povezani sa bankama i podležu monetarnoj regulativi.

Decentralizovane finansije zasnovane su na upotrebi jednog elementa ili više elemenata: decentralizacije, tehnologije distribuirane knjige, pametnih ugovora, disintermedijacije (isključivanje finansijskih posrednika – napomena autora) i otvorenog bankarstva (Zetsche et al. 2020: 173). *Decentralizovani sistemi* koriste tehnologiju distribuirane knjige (u nastavku i TDK)¹⁴, blokčein¹⁵ i druge tehnologije za kreiranja

14 *Tehnologija distribuirane knjige* je „sredstvo za transformaciju procesa plaćanja, kliringa i poravnanja, uključujući način na koji se prenose sredstva i kako se obavlja kliring i saldiranje hartija od vrednosti, roba i derivata” (Finance and Economics Discussion Series 2016-095. Washington: Board of Governors of the Federal Reserve System, p. 3. *Distributed ledger technology in payments, clearing, and settlement*. Preuzeto 14. 10. 2023. <https://doi.org/10.17016/FEDS.2016.095>).

15 *Blokčein (Blockchain) tehnologija* nastala je 2008. godine. To je vrsta tehnologije distribuirane knjige (baza podataka koja se deli između dobrovoljno umreženih korisnika na više lokacija) koja je dizajnirana tako da nema potrebe za centralnim

decentralizovanih sistema. Sa druge strane, mnoge TDK (većina distribuiranih knjiga kojima upravljaju veliki finansijski posrednici) danas rade sa hijerarhijskim, centralizovanim modelom upravljanja, ograničavajući pristup samo ovlašćenim učesnicima (Zetsche et al. 2020: 173). *Disintermedijacija* nije preduslov za decentralizaciju. Drugim rečima, TDK pružaju mogućnost kreiranja različitih finansijskih sistema, od decentralizovanih sistema bez finansijskih posrednika, do centralizovanih sa finansijskim posrednicima i centralizovanih bez posrednika. U ovom radu, kada govorimo o DEFI, pre svega mislimo na njen izvorni oblik, a to je decentralizovano pružanje finansijskih usluga korišćenjem različite infrastrukture, tržišta, tehnologija, metoda i aplikacija.

Nasuprot tradicionalnih finansija, decentralizovano pružanje finansijskih usluga znači pružanje ovih usluga od više učesnika širom sveta, povezanih digitalnim tehnologijama. Decentralizovane finansijske transakcije globalno umreženih korisnika nastale su i razvijaju se nezavisno od nacionalnih monetarnih regulativa. DEFI realno postoje u globalnim finansijama, njihovo prihvatanje od nosilaca monetarnih vlasti podrazumeva regulisanje ovih sektora kao što su regulisane tradicionalne finansije, čime bi postali ravnopravni i konkurentni finansijski sektori. Konkurencija je, po našem mišljenju, jedan od glavnih razloga zadržke monetarnih vlasti za priznavanje netradicionalnih DEFI sistema.

DEFI se bazira na tehnološkim rešenjima koja omogućavaju obradu i skladištenje neograničenog broja podataka, čime se smanjuju troškovi i omogućava rast efikasnosti mreže. Ova tehnologija virtuelizuje hardver¹⁶, softver se hostuje, ažurira i radi na decentralizovanim serverima različitih korisnika. Ovakva struktura mreže smanjuje rizik od zloupotrebe podataka, svako upravlja svojim nalogima a podaci se obrađuju na svakom čvorištu/pristupnoj tački. TDK poseduje mnogo tačaka skladištenja podataka¹⁷, što predstavlja siguran sistem zaštite podataka, u odnosu na centralizovane ili poludistribuirane registre podataka (uništenjem hardvera gube se informacije, postoji mogućnost

upravljanjem i skladištenjem podataka. Podaci se distribuiraju preko mreže servera, koji svi zajedno funkcionišu kao knjiga.

16 U DEFI sistemu hardveri omogućavaju kreiranje mrežne arhitekture dok se softveri koriste za operativne usluge i oni čine centre ovog sistema, obradom i prosleđivanjem informacija u softverskoj interakciji više učesnika.

17 Umesto korišćenja jednog servera, podaci se distribuiraju istovremeno na više servera dostupnih preko interneta korisnicima širom sveta.

manipulisanja podacima od lica koja imaju pristup registru a sajber napadi mogu dovesti do zloupotreba i gubitka podataka). Blokčein tehnologija, kao vrsta TDK, pruža još sigurniju zaštitu skladištenjem podataka u pakete/blokove u strogom vremenskom nizu, pri čemu je svaki blok povezan sa prethodnim i narednim blokovima preko vremenske oznake kao i niza protokola koji dozvoljavaju korisniku da menja podatke koji se čuvaju (sajber napad bi morao istovremeno da ošteti ne samo jedan skup podataka već sve skupove kao i vremenske oznake). Pored sigurnostipodataka koje pružaju TDK, one obezbeđuju i poštovanje i sprovođenje ugovora, korišćenjem pametnih ugovora (softverski protokoli koji se sami izvršavaju na osnovu naloga ugovornih strana).¹⁸ „DEFI koriste pametne ugovore za kreiranje protokola koji kopiraju postojeće finansijske usluge na otvoreniji, interoperabilniji i transparentniji način“ (Schär, 2021). Zagovornici DEFI sistema smatraju da je reč o demokratizaciji finansija, dok pristalice tradicionalnih finansija smatraju da je reč o anarhiji finansija. Po našem mišljenju, budućnost finansija će činiti kombinacija tradicionalnih i decentralizovanih finansija, a odnos njihove zastupljenosti definisaće buduće tehnologije, poverenje korisnika i monetarne politike. DEFI su dizajnirani sa namerom da se uklone granice, nadležnosti i centralizovana kontrola monetarnih institucija, čime se osnovano otvara pitanje uticaja ovih finansijskih sektora na globalnu finansijsku stabilnost i podiranje vladavine prava (Videti: Zetsche et al. 2020: 184–190). U DEFI sistemima „kod je zakon“, sa tehnologijom koja zamenjuje pravne sisteme, čime se stvara prostor za pranje novca i finansijski kriminal.

Finansijska regulativa proširuje se na digitalne inovacije ali njena implementacija u izvornim DEFI sistemima je gotovo nemoguća, za razliku od centralizovanih DEFI platformi čije segmente je mnogo lakše pravno regulisati. Regulisanje DEFI posebno otežava međunarodni karakter transfera finansijskih sredstava kroz ove mreže, koji potpadaju pod različita zakonodavstva. Regulisanje DEFI sektora stvara mogućnost nastanka „mešovitog i potencijalno fragmentiranog regulatornog okvira što bi ograničilo neke prednosti DEFI-ja“, sa druge strane, neusaglašeno nacionalno regulisanje može dovesti do „neefikasne regulacije koja bi u nekim aspektima bila veoma stroga a u drugim previše slaba, uz postojanje rizika regulatorne arbitraže i pravnih praznina“ (Zetsche et al. 2020: 193). Međunarodno usaglašeni pristup regulisanju i primeni propisa o DEFI sistemima pružio bi

18 Pametni ugovori omogućavaju izvršavanje transakcija između različitih, anonimnih strana bez mogućnosti uvida o tome licima van mrežne zajednice.

najbolja rešenja, što nije nimalo lako ostvarljivo. Pomaka u tom pravcu ima, nakon 2008. godine regulisanje bankarstva i finansijskih tržišta polako gubi isključivo nacionalni karakter a sve više poprima rešenja zasnovana na regionalnim i globalnim finansijskim konsenzusima, koji još uvek nisu suštinski (Videti: Zetsche et al. 2020: 193–194). Kriptovalute kojima se trguje u DEFI sektorima ugrožavaju stabilnost tradicionalnih finansija, posebno tzv. stabilne kriptovalute (stablecoins), čija se vrednost vezuje za neku zvaničnu valutu ili drugu stabilnu imovinu. Većina stabilnih kriptovaluta ima ograničenu upotrebu, a time i manji uticaj na monetarnu stabilnost, međutim, pojava globalnih stabilnih kriptovaluta predstavlja mnogo veći faktor ugrožavanja finansijske stabilnosti. To navodi monetarne vlasti da pronalaze alate, veštine i tehnologije za identifikaciju stvaranja stabilnih kriptovaluta i da kreiraju odgovarajuću regulativu i nadzor (Arner, Auer, Frost, 2020: 23).

6. Zaključak

Digitalne tehnologije najnovije generacije redizajnirale su svet finansija. Digitalizacija ekonomskih transakcija kao i globalna finansijska kriza 2008. godine, stvorili su savršeni prostor za ekspanziju FINTEH-a. Netradicionalni FINTEH sektori, neopterećeni strogom monetarnom regulativom, stimulisani potrebama korisnika širom sveta, postali su ozbiljan konkurent bankama. Sa druge strane, bankarski sektori širom sveta bili su izloženi monetarnim merama za saniranje posledica finansijske krize. Mnoge banke su prestale da postoje, druge su znatno smanjile obim poslovanja, one koje su opstale menjaju poslovnu strategiju primenjujući FINTEH radi efikasnijeg nadmetanja sa drugim bankama i novim netradicionalnim FINTEH sektorima. Najveći problem korišćenja FINTEH inovacija jeste regulativa, koja je u nekim slučajevima stroga i ograničava primenu svih mogućnosti FINTEH-a, dok u drugim slučajevima regulative iz ove oblasti nema ili pokriva samo neke segmente. Razlog za ovakvu situaciju možemo objasniti brzinom razvoja finansijskih tehnologija koje se stalno usavršavaju, kao i činjenicom da su mnogi FINTEH sektori nespojivi sa tradicionalnim finansijama. Kada se finansijske tehnologije primenjuju u tradicionalnom finansijskom sektoru, to ne predstavlja veliki problem za regulatore, dok je primena FINTEH inovacija u netradicionalnoj oblasti veliki izazov za regulisanje, posebno kada je reč o sektorima decentralizovanih finansija koji funkcionišu nezavisno od centralnih monetarnih institucija. FINTEH kompanije

u EU moraju poštovati istu regulativu kao i tradicionalni pružaoci finansijskih usluga. Direktiva EU 2015/2366¹⁹ o platnim uslugama na unutrašnjem tržištu dozvolila je regulisan ulazak novih platnih usluga, unapređujući zaštitu korisnika i sigurnost transakcija e-trgovine. U odnosu na banke, FINTEH nebankarski sektor brzo se prilagođava novim poslovnim zahtevima nudeći funkcionalnija i jeftinija digitalna rešenja. Decentralizovani finansijski sektori mogu ugroziti finansijsku stabilnost i primenu monetarne regulative, međutim, njihov razvoj se ne može zaustaviti. U akademskoj zajednici postoje stavovi da je DEFI sektorima potrebna regulacija kako bi se obezbedio efikasan nadzor i kontrola rizika. „Umesto da eliminiše potrebu za regulacijom, DEFI je potrebna regulacija, štaviše, DEFI potencijalno nudi priliku za razvoj potpuno novog načina dizajniranja regulacije: ideju *ugrađene regulacije*“ (Zetzsche et al. 2020: 172). Drugim rečima, tehnologije kreiranja DEFI sektora omogućavaju implementiranje moneratne regulative, čime bi se decentralizovali i finansijske i njihova regulativa primenom regulatornih tehnologija. Ovakav scenario jeste alternativa u kreiranju savremenih finansijskih sistema, koja stvara temelje monetarne stabilnosti i sigurnosti korisnika, ali to podrazumeva teško dostižan konsenzus između monetarnih vlasti na globalnom nivou i kreatora decentralizovanih finansijskih sektora.

Literatura i izvori

Arner, D. Auer, R. Frost, J. (2020) *Stablecoins: risks, potential and regulation*, BIS Working Papers No 905. Bank for International Settlements. ISSN 1682-7678 (online). Preuzeto 14. 10. 2023. <https://www.bis.org/publ/work905.pdf>

Arner, D. W. Barberis, J. Buckley, R. P. (2015). *The Evolution of FinTech: A New Post-Crisis Paradigm?* University of New South Wales Law Research Series. University of Hong Kong Faculty of Law. Research Paper No. 2015/047. Preuzeto 26. 4. 2023. file: / /C:/Users/User/Downloads/SSRN-id2676553.pdf

Amadeo, K. (2022). *2008 Financial Crisis – Causes, Costs, and Whether It Could Happen Again*. [Electronic version]. Preuzeto 26. 4. 2023. <https://www.thebalancemoney.com/2008-financial-crisis-3305679>

Amaral, G. C. M. (2022). *An Ontology Network in Finance and Economics: Money, Trust, Value, Risk and Economic Exchanges*, Doctoral Thesis, Faculty of Computer

¹⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32015L2366> Preuzeto 7. 6. 2023.

Science Free University of Bozen-Bolzano. Preuzeto 2. 4. 2023. file: / /C:/Users/ User/Downloads/Thesis_GlendaAmaral-1.pdf

Vardomatskya, L. Kuznetsova, V. Plotnikov, V. (2021). *The financial technologies transformation in the digital economy*. E3S Web of Conferences 244, 10046 EMMFT-2020. (1–8). Preuzeto 14. 10. 2023. <https://doi.org/10.1051/e3s-conf/202124410046>

Walden, S. (2022). *What Is Fintech?* Forbes Advisor. [Electronic version]. Preuzeto 9. 10. 2023. <https://www.forbes.com/advisor/banking/what-is-fintech/>

Dorfleitner, G. Hornuf, L. Schmitt, M. Weber, M. (2016). *The FinTech Market in Germany*. Final Report Federal Ministry of Finance, October 17, 2016. p. 5–10. file: / /C:/Users/User/Downloads/TheFinTechMarketinGermanySSRN0317.pdf

European Central Bank. (2020). *Report on a digital euro*. Preuzeto 14. 10. 2023. https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/Report_on_a_digital_euro~4d7268b458.en.pdf

Zetsche, D. A. Arner, D. W. Buckley, R. P. (2020). Decentralized Finance. *Journal of Financial Regulation*. 6. pp. 172–203. doi: 10.1093/jfr/fjaa010 Oxford. Preuzeto 11. 6. 2023. file: / /C:/Users/User/Downloads/Decentralized_Finance.pdf

MINDSMITH. *74% of Central Banks are Interested in Blockchain*. Preuzeto 29. 6. 2023.

<https://mindsmith.io/en-blockchain-central-banks/>

Schär, F. (2021). *Decentralized Finance: On Blockchain- and Smart Contract-Based Financial Markets*. Federal Reserve Bank of St. Louis Review. Vol. 103, No. 2. Preuzeto 14. 10. 2023. <https://doi.org/10.20955/r.103.153-74>

FEIN, M. L. (2015). *ROBO-ADVISORS: A CLOSER LOOK*. [Electronic version]. Preuzeto 14. 10. 2023. file: / /C:/Users/User/Downloads/SSRN-id2658701.pdf

Finance and Economics Discussion Series 2016-095. Washington: Board of Governors of the Federal Reserve System, p. 3. *Distributed ledger technology in payments, clearing, and settlement*. Preuzeto 14. 10. 2023. <https://doi.org/10.17016/FEDS.2016.05>

<https://bootcamp.cvn.columbia.edu/blog/what-is-fintech/> Preuzeto 9. 10. 2023.

<https://www.inventiva.co.in/trends/top-10-best-fintech-companies-in-usa/> Preuzeto 6. 6. 2023.

<https://www.adyen.com/> Preuzeto 5. 6. 2023.

<https://www.klarna.com/us/business/> Preuzeto 5. 6. 2023.

<https://wise.com/> Preuzeto 6. 6. 2023.

<https://wise.com/large-amounts/> Preuzeto 6. 6. 2023.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32015L2366>
Preuzeto 7. 6. 2023.

Ljubica Nikolić, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš,
Republic of Serbia

MODERN FINANCIAL TECHNOLOGIES AND TRADITIONAL BANKING

Summary

Contemporary financial technologies (FinTech) have revolutionized the world of finance, improved the operations of traditional financial institutions and created a new environment in which banks are no longer the only providers of financial services. Today, competition in the banking sector includes banks' competition with new FinTech companies and digital decentralized financial (DeFi) sectors. In the future, the financial sector will generate new technological innovations, trust in traditional (TradFi) and decentralized financial (DeFi) sectors, as well as a new attitude of monetary authorities towards DeFi systems which currently function outside their control. In contrast to banks, the FinTech non-banking sector quickly adapts to new business requirements by offering more functional and cheaper digital solutions. Although DeFi sectors may threaten financial stability and the application of monetary regulation, their development cannot be stopped. Financial regulation is being extended to digital innovations but its implementation in native DeFi systems is almost impossible, unlike centralized (CeFi) platforms whose segments are much easier to regulate. The regulation of DeFi is additionally aggravated by the international nature of the transfer of financial resources through these networks. The best solution may be provided by an internationally harmonized approach to the regulation of the DeFi sector, which is not easy to reach at all. There has been a shift in that direction since 2008. The regulation of banking and financial markets is slowly losing its exclusively national character and increasingly adopting the solutions based on regional and global financial consensuses, which are still not comprehensive. A hard-to-reach consensus is also necessary between monetary authorities at the global level and the creators of decentralized financial sectors.

Key words: modern financial technologies (FinTech), banking, FinTech companies, decentralized finance (DeFi), advantages, challenges.

Dr Anđelija Tasić,*
Vanredna profesorka,
Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu
Republika Srbija
Dr Goran Obradović,*
Redovni profesor,
Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu
Republika Srbija

pregledni naučni rad
10.5937/zrpfno-48239

UDK: 349.22:331.106]:343.153

UDK: 349.22:316.647.82

Rad primljen: 14.12.2023.

Rad prihvaćen: 19.12.2023.

(NE)OSUĐIVANOST KAO DISKRIMINATORSKI USLOV ZA ZASNIVANJE RADNOG ODNOSA**

Apstrakt: „Potrebna radnica za rad u pekari“ ili „Poslati CVsa slikom“ prototipi su oglasa za koje čak i šira javnost zna da predstavljaju vid neposredne diskriminacije prilikom zasnivanja radnog odnosa. Na ovakve i slične oglase reagovala su odgovarajuće institucije, a svest građana je u toj meri porasla da se oni sami, u formi tzv. testera, organizuju da prikupe dokaze kojima će utvrditi da jedno ponašanje predstavlja akt diskriminacije. Imajući to u vidu, autori su se zapitali zbog čega onda neka druga lična svojstva koja se traže od kandidata za prijem u radni odnos, ne samo da ne izazivaju revolt, već se gotovo smatraju poželjnim? Kako to, ne bilo ko, već državni organi mogu od kandidata tražiti potvrdu da nije osuđivan ili da se protiv njega ne vodi sudski (krivični) postupak? Da li je zaista za radno mesto medicinske sestre – tehničara važno da li je lice osuđeno za neko od krivičnih dela protiv bezbednostisaobraćaja? Na koji način država pruža mogućnost resocijalizacije osuđenika ako prva, za radna mesta u javnom sektoru, traži ovu vrstu uverenja, neselektivno u odnosu na vrstu krivičnih dela i dužinu izrečene kazne? Naposletku, šta je sa prezumcijom nevinosti, jednim od osnovnih postulata krivičnog postupka? Analizirajući

* andjelija@prafak.ni.ac.rs

* obrad@prafak.ni.ac.rs

** Rad je nastao kao rezultat finansiranja od strane Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije, prema ugovoru evidencioni broj 451-03- 47/2023-01/200120.

važee zakonske propise, praksu nezavisnih tela i međunarodnih institucija, autori nastoje da pruže odgovor na ova i druga pitanja koja su se otvorila u radu.

Ključne reči: radni odnos, diskriminacija, osuđivanost.

Uvodne napomene

Kao odgovor na procenu da će u toku 2004. godine oko 300.000 osuđenika biti pušteno na slobodu, Sjedinjene Američke Države donele su niz mera za njihovu reintegraciju u vrednosti od oko 600 miliona dolara. Da je ovaj iznos sasvim adekvatan, čak i neophodan, pokazali su rezultati istraživanja prema kome je samo 12.% poslodavaca izjavilo da bi definitivno zaposlilo osuđivano lice, a 25.9% da bi ga zaposlilo verovatno, dok ostali nisu imali afirmativan stav (Simonson, 2006:283- 284). Rezultati pojedinih istraživanja sprovedenih u Republici Srbiji, deset godina kasnije, pokazuju da više od polovine ispitanika (56,7%) smatra da će, kao bivši osuđenici, biti diskriminirani u ostvarivanju svojih prava tako što očekuju da će imati problem prilikom zapošljavanja i na poslu, kao i da će naići na nerazumevanje i osudu od strane drugih ljudi (Srnić, Kovačević, Nikolić, 2014: 42). Na pomisao da je ovakva bojazan opravdana autore je navela analiza određenog broja zakonskih propisa koji u sebi sadrže klauzulu u pogledu zasnivanja radnog odnosa sa licima protiv kojih se vodi ili je pravnosnažnom osuđujućom odlukom okončan sudski postupak. Ipak, da bi doneli sveukupan zaključak, autori su pred sebe postavili sledeća pitanja: 1) u kojoj se meri postojeći normativni okvir bavi zaštitom osuđivanih lica; 2) da li je propisivanje pravila o zaposlenju jasno, dosledno i jednoobrazno; 3) u kojoj meri je postojeći sistem podložan promeni i pospešivanju reintegracije osuđenih lica? U tu svrhu, u redovima koji slede, analiziran je normativni okvir zabrane diskriminacije, regionalni i međunarodni propisi kojima se štite prava osuđenih lica i odstupanja domaćeg zakonodavstva u pogledu uslova za zasnivanje radnog odnosa.

1. Normativni okvir zabrane diskriminacije pri zasnivanju radnog odnosa ili osuđivanost kao uzrok i posledica

Ustavom Republike Srbije¹ proklamovana odredba o zabrani diskriminacije (čl. 21. Ustava) konkretizovana je Zakonom o zabrani diskriminacije²,

1 Ustav Republike Srbije, „Sl. glasnik RS“, br. 98/2006 i 115/2021.

2 Zakon o zabrani diskriminacije, „Sl. glasnik RS“, br. 22/2009 i 52/2021, u daljem tekstu i ZZD.

kao krovnim zakonom u ovoj oblasti. Zakon o zabrani diskriminacije među stvarnim, odnosno pretpostavljenim ličnim svojstvima po osnovu kojih je zabranjena diskriminacija navodi i osuđivanost (čl. 2. st. 1. t. ZZD). Članom 16. ZZD naglašava se da je zabranjena diskriminacija u oblasti rada, što podrazumeva i narušavanje jednakih mogućnosti za zasnivanje radnog odnosa, a obuhvata i lica koja traže posao. Ipak, ne smatra se diskriminacijom pravljenje razlike, isključenje ili davanje prvenstva zbog osobenosti određenog posla kod koga lično svojstvo lica predstavlja stvarni i odlučujući uslov obavljanja posla, ako je svrha koja se time želi postići opravdana, mada se u zakonu ne daje nijedan primer koji bi ovaj član potkrepio (čl. 16. st. 3. ZZD).

Zabrana diskriminacije lica koje traži zaposlenje propisana je i Zakonom o radu³, ali je važno napomenuti da osuđivanost kao lično svojstvo nije taksativno nabrojana, već se može podvesti pod „neko drugo lično svojstvo“ (čl. 18. ZoR). Isti zakon prepoznaje osuđivanost kao smetnju za obavljanje posla samo u jednom slučaju - kao osnov za otkaz ugovora o radu, i to samo ako je lice pravnosnažno osuđeno za krivično delo na radu ili u vezi sa radom (čl. 179. st. 1. t. 2. ZoR). Iako nije u neposrednoj vezi sa temom rada, važno je skrenuti pažnju da je ranija redakcija ZoR predviđala u čl. 179. st. 3. t. 5. da poslodavac može da otkáže ugovor o radu zaposlenom koji ne poštuje radnu disciplinu, ako njegovo ponašanje predstavlja radnju izvršenja krivičnog dela učinjenog na radu i u vezi sa radom, nezavisno od toga da li je protiv zaposlenog pokrenut krivični postupak za krivično delo. U postupku za ocenu ustavnosti u predmetu IUz-424/2014 Ustavni sud je našao da razmatrana odredba nije u skladu sa Ustavom Republike Srbije. U obrazloženju je, između ostalog, navedeno da „iz navedenog rešenja proizlazi da je poslodavac ovlašćen da samostalno ceni da li ponašanje zaposlenog predstavlja radnju izvršenja krivičnog dela učinjenog na radu i u vezi sa radom, i da ukoliko to utvrdi, zaposlenom može otkazati ugovor o radu zbog nepoštovanja radne discipline. Dakle, prema osporenom zakonskom rešenju, poslodavac je taj koji samostalno odlučuje da li propisani otkazni razlog postoji ili ne postoji, odnosno da li ponašanje zaposlenog u konkretnom slučaju predstavlja radnju izvršenja krivičnog dela učinjenog na radu i u vezi sa radom ili to ne predstavlja. Kako je postojanje radnje bilo kog krivičnog dela učinjenog na radu i u vezi sa radom zaposlenog (što svakako predstavlja širok dijapazon krivičnih dela) predviđeno kao mogući otkazni razlog, to znači da će nadležni organ poslodavca (ako

3 Zakon o radu, „Sl. glasnik RS“, 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017-odluka US, 113/2017 i 95/2018 - autentično tumačenje), u daljem tekstu i ZoR.

je reč o pravnom licu) ili sam poslodavac (ako nema to svojstvo) moći da ispituje da li određeno činjenje ili nečinjenje zaposlenog predstavlja radnju izvršenja krivičnog dela, pa ako nađe da je to tako, onda će doneti rešenje o otkazu ugovora o radu zbog nepoštovanja radne discipline, a ne zbog učinjenog krivičnog dela. Pri tome je irelevantna činjenica da li je do krivičnog gonjenja uopšte došlo (bilo po službenoj dužnosti ili po privatnoj tužbi) ili nije. Polazeći od svega navedenog, Ustavni sud je ocenio da je osporenom odredbom Zakona o radu poslodavcu u suštini dato ovlašćenje koje može imati samo sud, jer, u konkretnom slučaju, poslodavac bez vođenja "krivičnog" postupka i bez obezbeđivanja zaposlenom svih ustavnih garancija koje se odnose na pravnu sigurnost u kaznenom pravu, samostalno utvrđuje da li ponašanje zaposlenog predstavlja radnju izvršenja krivičnog dela ili ne. Naime, prema oceni Suda, ovakvo Zakonom dato ovlašćenje poslodavcu, predstavlja zapravo poveravanje određenih ingerencija krivičnog suda poslodavcu, a za šta ne postoji utemeljenje u Ustavu Republike Srbije". Dakle, ovom odlukom nije osporena osuđivanost kao osnov za prestanak ugovora o radu, već procena učinjenosti krivičnog dela od strane poslodavca, umesto od strane suda.

Činjenica da je osuđivanost pobrojana među lična svojstva na osnovu kojih se lica štite od diskriminacije posledica je, između ostalog, međunarodne i domaće regulative o postpenalnoj pomoći osuđenim licima. Kako je stigma⁴ društva prema osuđenim licima jaka, njihov postpenalni tretman počinje još u ustanovi da bi se ona što bolje integrisala u svakodnevni društveni život, uz poštovanje zakonskih i moralnih pravila ponašanja. Zavod za izvršenje krivičnih sankcija dužan je da pre otpuštanja osuđenog sa izvršene kazne zatvora, u okviru programa postupanja, utvrdi program pripreme za otpust i pomoći nakon otpuštanja. Osuđeni će biti uključen u savetodavni rad najranije godinu dana, a najkasnije tri meseca pre otpusta (čl. 185. Zakona o izvršenju krivičnih sankcija⁵). Najkasnije u roku od mesec dana pre otpusta, na inicijativu službe za tretman ili samog osuđenog lica, počće se sa izradom programa pomoći (čl. 56. Zakona o izvršenju vanzavodskih sankcija i mera⁶). Program pomoći je skup mera i postupaka usmerenih na uključivanje u život na slobodi, a koji, između ostalog, obuhvata i pružanje podrške i pomoći prilikom nalaženja zaposlenja, odnosno

4 Čak i najbolji tretman u ustanovi ne može imati trajan pozitivan uticaj na oslobođenog osuđenika ukoliko društvo nije spremno da ga prihvati i pomogne mu (Klančar, 1993: 234, navedeno prema Tomić, 2017: 65).

5 Zakon o izvršenju krivičnih sankcija, „Sl. glasnik RS“, 55/2014 i 35/2019.

6 Zakon o izvršenju vanzavodskih sankcija i mera, „Sl. glasnik RS“, br. 55/2014 i 87/2018.

dovršavanja školovanja i stručnog osposobljavanja⁷ (čl. 57. Zakona o izvršenju vanzavodskih sankcija i mera). Da je „prvi dan otpusta nakon odslužene kazne, često i njen početak“⁸, bili su svesni i učesnici Prvog kongresa Ujedinjenih nacija o prevenciji zločina i postupanju prema prestupnicima 1955. godine, na kome su usvojena Standardna minimalna pravila UN o postupanju sa osuđenima⁹. Među osnovnim načelima ovih Standardnih minimalnih pravila jeste i ono po kome je poželjno da se pre završetka izdržavanja zatvorske kazne preduzmu potrebni koraci za osiguranje postepenog povratka zatvorenika u društveni život (Pravilo 87). Još važnije, zatvoreniku treba omogućiti takav rad da održava ili povećava sposobnost zatvorenika za pošteno zarađivanje nakon izlaska iz zatvora. Stručno osposobljavanje mora biti omogućeno zatvorenima koji mogu od toga imati korist, naročito onim mlađim (Pravilo 98). Osim ovih izolovanih odredaba, i čitav odeljak „Društveni odnosi i briga o zatvorenima nakon izlaska“ posvećen je postpenalnom tretmanu zatvorenika. Između ostalog, država i druge agencije koje pomažu bivšim zatvorenima prilikom povratka u društvo moraju im obezbediti i prikladne domove i poslove (Pravilo 108). Slična pravila predviđena su Evropskim zatvorskim pravilima¹⁰ iz 2006. godine, u skladu sa kojima zatvorske vlasti blisko saraduju sa službama i institucijama koje vrše nadzor i pružaju pomoć otpuštenim zatvorenima da ponovo nađu svoje mesto u zajednici, naročito u odnosu na porodični život i zaposlenje (čl. 107.4).

O vođenju krivičnog ili nekog drugog postupka kao osnovu za nezasnivanje ili prekid radnog odnosa navedeni zakoni i ne govore, budući da bi postavljanje takvog uslova predstavljalo direktno kršenje ustavne garantije o prezumciji nevinosti prema kojoj se svako smatra nevinim za krivično delo dok se njegova krivica ne utvrdi pravnosnažnom odlukom suda¹¹ (čl. 34. st. 3. Ustava).

7 Ostale mere su: pružanje pomoći prilikom pronalazjenja smeštaja i hrane, pružanje pomoći u ostvarivanju prava na zdravstvenu i socijalnu zaštitu, davanje saveta u cilju usklađivanja porodičnih odnosa, uspostavljanje saradnje sa nadležnim centrom za socijalni rad u cilju davanja novčane podrške za podmirivanje najnužnijih potreba, pružanje podrške i pomoći u izdržavanju od opojnih droga i alkohola i pružanje drugih oblika pomoći i podrške.

8 Navedeno prema: Turinek, 2014: 1.

9 Standard Minimum Rules for the treatment of prisoners, First United Nations Congress of the Prevention of Crime and the Treatment of Defenders, Geneva, 1955.

10 Recommendation (2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules.

11 Jedan od ciljeva pretpostavke nevinosti jeste i sprečavanje stigmatizacije lica do donošenja pravnosnažne presude (Bugarski, 2017: 54).

1. O (ne)osuđivanosti u praksi nezavisnih tela

Da i Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu i Sud) stoji na stanovištu da *a priori* zahtevi o neosuđivanosti predstavljaju kršenje odredaba Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, u konkretnom slučaju čl. 14 u vezi sa čl. 9, potvrđeno je u presudi *Thlimmenos v. Greece*¹². Podnosilac predstavke nije bio imenovan u zvanje ovlašćenog računovođe (javna služba) zbog toga što je bio osuđen za teško krivično delo - odbijanje da služi u oružanim snagama iz verskih razloga (Jehovin svedok). Nacionalni propisi nisu pravili razliku između vrste krivičnih dela zbog kojih je neko osuđen, već je počinocima svih teških krivičnih dela učinio nedostupna pojedina zanimanja (rad u državnoj službi, preciznije, što je primenjeno i na slučaj ovlašćenog računovođe). "Sud smatra da države ugovornice u načelu imaju legitimni interes da neke od počinilaca krivičnih dela isključe iz profesije (ovlašćenog računovođe). Sud, međutim, isto tako smatra da, za razliku od drugih osuda za teška krivična dela, sudska osuda zbog toga što je neko lice iz verskih ili filozofskih razloga odbilo da obuče uniformu ne može da podrazumeva nepoštenje niti moralnu izopačenost koja bi, verovatno, podrila sposobnost izvršioca krivičnog dela da se tom profesijom bavi. Prema tome, nije opravdano to što je podnosilac predstavke isključen po osnovu nepodobnosti za posao. Sud uzima u obzir tvrdnju Države da lica koja odbijaju da služe svojoj zemlji moraju biti srazmerno kažnjena. Međutim, Sud isto tako primećuje da je podnosilac predstavke izdržao kaznu zatvora zbog toga što je odbio da ponese vojnu uniformu. U takvim okolnostima, Sud smatra da je uvođenje nove sankcije podnosiocu predstavke nesrazmerno. Iz toga sledi da isključenje podnosioca predstavke iz profesije ovlašćenog računovođe nije bilo izraz težnje legitimnom cilju. Usled toga, Sud zaključuje da nije postojalo nikakvo objektivno ni razumno obrazloženje činjenice da ovaj podnosilac predstavke nije bio tretiran različito od ostalih lica koja su bila osuđena za teško krivično delo".

Ipak, da ovakva praksa nije strana ni domaćim poslodavcima pokazuju preporuke i mišljenja Poverenika za zaštitu ravnopravnosti u dva slučaja. U postupku koji je pokrenula M. ž. p. d, protiv privrednog društva M. s. g. iz B¹³, utvrđeno je da upitnik za zaposlenje koji se nalazio na internet sajtu ovog preduzeća sadrži nedozvoljena pitanja, i to: a) bračno stanje (deca, planovi, inostranstvo), b) nacionalnost, c) da li verujete u boga, verska pripadnost (krsna slava), d) stranačka pripadnost,

12 *Thlimmenos v. Greece*, Predstavka 34369/97.

13 Del. br. 07-00-606/2013-01 od 17. 12. 2013.

e) da li ste osuđivani. Poverenik je našao da je poslodavac navedenim pitanjima učinio akt diskriminacije u oblasti rada i zapošljavanja, između ostalog i na osnovu osuđivanosti, jer traženi podaci nikako ne predstavljaju stvarni i odlučujući uslov obavljanja posla, imajući u vidu prirodu i osobenost posla i delatnost koju obavlja ovo privredno društvo. Isto mišljenje Poverenik je doneo i tri godine kasnije, u postupku M.Ž.P.N. iz B. protiv privrednog društva „K.“ d.o.o. N¹⁴. U oba slučaja Poverenik je preporučio da se ne samo ubuduće poštuju propisi o zabrani diskriminacije, već i da se u razgovoru sa licima koja konkurišu za posao ne postavljaju nedopuštena pitanja koja se tiču njihovih ličnih svojstava, a koja nisu stvarni i odlučujući uslov za obavljanje posla. Naposljetku, Poverenik je u mišljenju datom povodom pritužbe A.A. protiv B.B.¹⁵ potvrdio da postoje slučajevi u kojima je dozvoljeno pribaviti informaciju o osuđivanosti kandidata za zaposlenje, ali samo kada je taj uslov pripisan zakonom, i, ponovo, ne od samog kandidata, nego iz zvanične kaznene evidencije, a sve u skladu sa čl. 102, st. 4. Krivičnog zakonika¹⁶, prema kome niko nem a pravo da traži od građana dokaz o njihovoj (ne)osuđivanosti.

Poverenik za zaštitu ravnopravnosti reagovao je još u jednom slučaju, prilikom davanja mišljenja o Predlogu uredbe o o bližim uslovima za pružanje kvalifikovanih usluga od poverenja koje mu je dostavilo Ministarstvo trgovine, turizma i telekomunikacija¹⁷. Izjašnjavajući se o odredbi člana 29. tačka 8) Predloga uredbe prema kojoj izdavalac sertifikata ne sme dodeliti bezbednosne ni upravljačke funkcije osobama koje su osuđivane ili koje su na bilo koji način kažnjavane u odnosu na njihovu podobnost za rad na odgovornim funkcijama, Poverenik je izneo mišljenje da je navedena odredba „nejasna i može dovesti do diskriminacije po osnovu osuđivanosti. Naime, nije jasno na koju vrstu kaznenih dela se misli za koje izdavalac sertifikata ne sme dodeliti bezbednosne ni upravljačke funkcije osobama koje su bilo osuđivane ili koje su na bilo koji način kažnjavane u odnosu na njihovu podobnost za rad na “odgovornim funkcijama”. Stoga bi navedenu odredbu trebalo još jednom razmotriti i formulisati tako da bude nesporno u kojim slučajevima osuđivanost predstavlja smetnju izdavaocu sertifikata

14 Del. br. 07-00-134/2016-02 od 21.4.2016.

15 Del. br. 07-00-173/2022-02 od 27. 6. 2022.

16 Krivični zakonik, „Sl. glasnik RS“, br. 85/2005, 88/2005-isp., 107/2005- ispr.,72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019. U daljem tekstu: KZ.

17 Del. br. 110-00-1/2018-02 od 26.3.2018.

za dodelu bezbednosne ili upravljačke funkcije, pri čemu treba imati u vidu da se ostvari srazmera između propisanih uslova i cilja koji se na taj način želi ostvariti“. Poverenik za zaštitu ravnopravnosti uputio je i Preporuku mera za ostvarivanje ravnopravnosti i zaštiti od diskriminacije Nacionalnoj službi za zapošljavanje, naročito imajući u vidu „da je procenat povrata u srpskim zatvorima između 65 i 70%. Ovako visok procenat recidivizma može se pripisati nedostatku postpenalne pomoći, odnosno nedostatku programa koji pomažu licima koja su otpuštena sa izdržavanja kazne zatvora da se uključe u normalan društveni život. Pomoć bivše osuđenim licima obuhvata rešavanje niza problema sa kojima se mogu suočiti nakon izdržavanja kazne zatvora, i pored ostalog svakako obuhvataju materijalni, socijalni i društveni status osuđenog lica. Ovaj status se odnosi na obezbeđenje zaposlenja, pružanja materijalne pomoći, pomoći u rešavanju stambenog pitanja, porodičnih problema i sl, s obzirom da se bivše osuđena lica najčešće suočavaju sa egzistencijalnim problemima.¹⁸

2. Šta je srpski zakonodavac naučio?

Podsećamo da je Zakon o radu kao opšti uslov za zasnivanje radnog odnosa propisao samo godine života, a da sve ostale uslove za rad na određenim poslovima poslodavac može dodatno odrediti, ako su oni utvrđeni zakonom, odnosno pravilnikom o organizaciji i sistematizaciji poslova (čl. 24. st. 1 ZoR). Autori su mišljenja da posebni uslovi za zasnivanje radnog odnosa, predviđeni aktom o organizaciji i sistematizaciji, neizostavno moraju biti zakoniti. Činjenica da je poslodavčevo pravo da svojim pravlikom pripisuje posebne uslove za zasniva radnog odnosa, nije dovoljna da „ozakoni“ pripisivanje diskriminatorских uslova. Čak ni odredba čl. 16, st. 3 ZZD, odnosno čl. 22, st. 1 ZoR, prema kojoj se ne smatra diskriminacijom pravljenje razlike, isključenje ili davanje prvenstva zbog osobenosti određenog posla kod koga lično svojstvo lica predstavlja stvarni ili odlučujući uslov obavljanja posla ne daje poslodavcima slobodu da propisuju uslove koji nisu opravdani i nužni.

Srpski zakonodavac nema jednoobrazan tretman kako prema pretpostavci nevinosti, tako i prema činjenici da je lice koje treba da bude predloženo, izabrano ili da konkuriše za određeno radno mesto već osuđivano. U redovima koji slede, autori su prepoznali i analizirali nekoliko primera dobre i manje dobre prakse.

18 Del. br. 021-01-909-/2023-02 od 12. juna 2023. godine.

Pojedini zakoni, poput Zakona o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja¹⁹, precizno navode krivična dela ili drugu vrstu protivpravnog ponašanja čiji počinioci ne smeju biti lica koja se imenuju za člana Nacionalnog prosvetnog saveta (čl. 33. st. 10. ZOSOV) ili člana Saveta za stručno obrazovanje i obrazovanje odraslih (čl. 35. st. 5. ZOSOV), lica koja osnivaju ustanove (čl. 91. st. 3. ZOSOV), lica koja se predlažu ili imenuju za člana organa upravljanja (čl. 116. st. 9. t. 1. ZOSOV) ili koja se primaju u radni odnos (čl. 139. st. 1. t. 3. ZOSOV). Ova lica ne smeju biti pravnosnažnom presudom osuđena za krivično delo za koje je izrečena bezuslovna kazna zatvora u trajanju od najmanje tri meseca ili koja su pravnosnažno osuđena za krivično delo: nasilje u porodici, oduzimanje maloletnog lica, zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica ili rodoskrvuće; za krivična dela primanje ili davanje mita; za krivično delo iz grupe krivičnih dela protiv polne slobode, protiv pravnog saobraćaja i protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom, bez obzira na izrečenu krivičnu sankciju, kao ni lica za koja je, u skladu sa zakonom, utvrđeno diskriminatorno ponašanje. Za osnivača ustanove propisan je i dodatni uslov - da nije pravnosnažno osuđen za krivična dela protiv života i tela, protiv ustavnog uređenja Republike Srbije i drugog krivičnog delapočinjenog na štetu deteta. Čini se da bi se ovde neosuđivanost kao stvarni i odlučujući uslov za obavljanje posla, čija se svrha može opravdati, mogla podvesti pod čl. 16. st. 3. ZZD, imajući u vidu najbolji interes deteta, kaorukovodni princip.

Zakon o policiji²⁰, takođe, sadrži odredbu kojom se definiše ko može da se primi u radni odnos. U radni odnos se ne može primiti lice kod koga se u postupku bezbedonosne provere utvrdi postojanje bezbedonosne smetnje. Bezbedonosna smetnja, između ostalog, postoji ako se protiv lica vodi krivični postupak za krivična dela koja se gone po službenoj dužnosti, ili je lice osuđivano zbog krivičnog dela koje se goni po službenoj dužnosti, ili je lice osuđivano na kaznu zatvora u trajanju od najmanje šest meseci, ili je licu radni odnos u državnom organu prestao po osnovu pravnosnažne odluke državnog organa zbog teške povrede službene dužnosti, odnosno teže povrede radne dužnosti, ili je licu radni odnos u pravnom licu sa javnim ovlašćenjima prestao zbog povrede radne obaveze, ili nepoštovanja radne discipline, ili je lice pravnosnažno kažnjeno za prekršaje iz oblasti javnog reda sa elementima nasilja i za prekršaje u oblasti propisa kojima se uređuje nabavljanje, držanje i

19 Zakon o osnovama obrazovanja i vaspitanja, „Sl. glasnik RS“, br. 88/2017, 27/2018 - dr. zakon, 10/2019, 27/2018 - dr. zakon, 6/2020 i 129/2021, u daljem tekstu i ZOSOV.

20 Zakon o policiji, „Sl. glasnik RS“, br. 6/2016, 24/2018 i 87/2018.

nošenje oružja i municije (čl. 138. st. 2. t. 1-6. Zakona o policiji). Dok bi pravnosnažna sudska odluka mogla da spada u polje slobodne procene države, sama činjenica da se protiv nekog samo vodi krivični postupak, makar i za krivična dela koja se gone po službenoj dužnosti, predstavlja kršenje pretpostavke nevinosti²¹.

Ipak, najdiskutabljinom se može smatrati odredba Zakona o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti²². Agenciju za zapošljavanje ne može osnovati, niti u njoj može obavljati poslove lice koje je osuđivano na безусловnu kaznu zatvora u trajanju od najmanje šest meseci, u periodu od tri godine nakon izdržavanja kazne (čl. 22. st. 1. t. 1). Dakle, ovaj zakon ne samo da ne pravi razliku između vrste krivičnih dela na koje jedno lice ne sme biti osuđeno da bi osnovalo ili radilo u Agenciji za zapošljavanje, već propisuje da to lice, ni nakon odslužene kazne ne sme određeni period obavljati ovo zanimanje. Ukoliko je zatvorska kazna bila tačno šest meseci, period zabrane je čak petostruko duži od perioda zabrane obavljanja delatnosti.

U tom duhu nastavljaju još dva propisa – Zakon o izvršenju i obezbeđenju²³ i Zakon o javnom beležništvu²⁴. Zakon o izvršenju i obezbeđenju, takođe, krši prezumciju nevinosti, navodeći da za javnog izvršitelja može biti imenovano lice protiv koga se ne vodi krivični postupak za krivično delo protiv javnog saobraćaja ili službene dužnosti, koje nije osuđivano na безусловnu kaznu zatvora od najmanje šest meseci ili za (nedefinisano, *prim. aut*) kažnjivo delo koje ga čini nedostojnim²⁵ delatnosti javnog izvršitelja.

Zakon o javnom beležništvu, za razliku od već analiziranih propisa, uvodi dve nove odrednice – period od brisanja osude i trenutak potvrđivanja optužnice. Ovaj zakon, najpre, kao jedan od uslova za obavljanje javnobeležničke funkcije apostrofira dostojnost (čl. 25).

21 O pravnoj prirodi pretpostavke nevinosti postoje brojne teorije. Ipak, po eklektičkoj teoriji, ona predstavlja jedan od pravnih principa, a može se smatrati i jednim od ljudskih prava okrivljenog (Ilić, 2016: 513-528).

22 Zakon o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti, „Sl. glasnik RS“, br. 36/2009, 88/2010, 38/2015, 113/2017, 113/2017 - dr. zakon i 49/2021.

23 Zakon o izvršenju i obezbeđenju, „Sl. glasnik RS“, br. 106/2015, 106/2016 - autentično tumačenje, 113/2017 - autentično tumačenje i 54/2019, u daljem tekstu i ZIO.

24 Zakon o javnom beležništvu, „Sl. glasnik RS“, br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 - dr. zakon, 93/2014 - dr. zakon, 121/2014, 6/2015 i 106/2015.

25 Dostojnost za delatnost javnog izvršitelja utvrđuje se prema opšteprihvaćenim moralnim normama i Etičkom kodeksu javnih izvršitelja i Standardima profesionalnog ponašanja javnih izvršitelja (čl. 471. st. 4. ZIO).

st. 1. t. 6. ZoJB). Dalje se pojam „nedostojnost“ razrađuje na taj način što se pojašnjava da je nedostojno ono lice koje je bilo osuđeno za krivično delo protiv javnog saobraćaja, protiv službene dužnosti, kao i za drugo krivično delo za koje je zaprećena kazna od pet godina zatvora ili teža, koje ga čini nedostojnim za obavljanje javnobeležničke delatnosti sve dok kazna ne bude brisana po zakonu (čl. 26. st. 1. t. 1. ZoJB). Ovde se javlja i jedna jezička nedoumica – da li je da li je lice nedostojno ako je počinilo bilo koje krivično delo za koje je zaprećena kazna od pet godina zatvora ili teža, ili samo ono za koje je zaprećena ta kazna, a kojega čini nedostojnim (po nedefinisanim daljim kriterijumima, *prim. aut*). Uvođenje kriterijuma brisanja kazne je pohvalna novina u odnosu na druge analizirane zakone, zbog toga što se bavi i pravnim posledicama osude i postpenalnim statusom osuđenika. Sa druge strane, ZoJB uvodi novu odrednicu koja čini prekretnicu u odlučivanju da li neko može da se bavi javnim beležništvom, a to je da li je protiv tog lica stupila na snagu optužnica ili optuži predlog za već pobrojana krivična dela (čl. 26. st. 1. t. 2. ZoJB). Stupanje na snagu optužnice ili optužnog predmeta još je daleko od pravnosnažne sudske odluke, te ostaje nejasno kako je zakonodavac vezao baš za ovaj trenutak u sudskom postupku.

Za kraj, treba ukazati da se dostojnost za obavljanje nekih poslova čak ni ne propisuje zakonom, već aktima niže pravne snage, poput Pravilnika o utvrđivanju krivičnih dela za čiju osudu državni službenik postaje nedostojan za obavljanje poslova, odnosno vršenje dužnosti.²⁶ Ovim Pravilnikom utvrđena su krivična dela za koja izrečena uslovna osudana kazna zatvora u trajanju od najmanje šest meseci, bez obzira na period proveravanja, državnog službenika čini nedostojnim za obavljanje poslova, odnosno vršenje dužnosti. Prema čl. 2 Pravilnika, nedostojnim za obavljanje poslova, odnosno vršenje dužnosti državnog službenika čini izrečena uslovna osuda na kaznu zatvora od najmanje šest meseci bez obzira na period proveravanja za: 1) krivična dela protiv službene dužnosti: zloupotreba službenog položaja (čl. 359 Krivičnog zakonika), nesavestan rad u službi (čl. 361 Krivičnog zakonika), protivzakonita naplata i isplata (čl. 362 Krivičnog zakonika), nenamensko korišćenje budžetskih sredstava (čl. 362a Krivičnog zakonika), prevara u službi (čl. 363 Krivičnog zakonika), proneverlj (čl. 364 Krivičnog zakonika), primanje mita (čl. 367 Krivičnog zakonika), trgovina uticajem (čl. 366 Krivičnog zakonika), primanje mita (čl. 367 Krivičnog zakonika), davanje mita (čl. 368 Krivičnog zakonika), odavanje službene tajne (čl. 369 Krivičnog zakonika), kao i 2) dva druga krivična dela za koja može biti izrečena kazna zatvora od pet godina.

26 „Sl. glasnik RS“, 26/2019.

4. Krivični zakonik – za početak i kraj

Niko nema prava da traži od građanina da podnosi dokaz o svojoj osuđivanosti ili neosuđivanosti (čl. 102. st. 4. Krivičnog zakonika²⁷). Odredba prema kojoj građani nisu dužni da se izjasne o svojoj osuđivanosti čini, zapravo, srž reintegracije osuđenika u društvo i osnov za njegovu socijalizaciju i nastavak normalnog života. U tu svrhu služi i institut rehabilitacije, koji ima za cilj da brisanjem osude prestanu sve njene pravne posledice, a osuđeni se smatra neosuđivanim. Samim tim je, na primer, čl. 139. st. 3. Zakona o osnovama obrazovanja i vaspitanja, po kome je lice koje se prijavljuje na konkurs dužno da podnese dokaz o neosuđivanosti, u direktnoj suprotnosti sa čl. 102. st. 4. Krivičnog zakonika. Sa druge strane, da se zakonodavac opredelio da te podatke pribavi po službenoj dužnosti, to bi bilo u suprotnosti sa Zakonom o zabrani diskriminacije, ali ne i sa Krivičnim zakonikom: Podaci iz kaznene evidencije mogu se, na obrazložen zahtev, dati i državnom organu, preduzeću, drugoj organizaciji ili preduzetniku, ako još traju pravne posledice osude ili mere bezbednosti i ako za to postoji opravdani interes zasnovan na zakonu (čl. 102. st. 3).

Zakon o radu pažljivo balansira između obaveze kandidata da, prilikom zasnivanja radnog odnosa, poslodavcu dostavi isprave i druge dokaze o ispunjenosti uslova za rad na poslovima za koje zasniva radni odnos, utvrđenih pravilnikom (čl. 26, st. 1 ZoR) i ograde da je zabranjeno dostavljanje isprava i drugih dokaza koji nisu od neposrednog značaja za obavljanje poslova za koje zasniva radni odnos (čl. 26, st. 2 ZoR).²⁸

27 Krivični zakonik, „Sl. glasnik RS“, 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019, u daljem tekstu i KZ.

28 Ipak, sudska praksa koja se odnosi na ovaj član KZ je u najmanju ruku problematična. „Raspisani konkurs čiji uslovi su u saglasnosti sa Statutom škole, a u suprotnosti sa Krivičnim zakonikom, ima pravnu snagu s obzirom da je za Statut nadležno ministarstvo dalo saglasnost“. Iz obrazloženja: Navod tužioca da konkurs nije raspisan u skladu sa zakonom, tačnije da je u suprotnosti sa čl. 120. Zakona o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja, kojim se izričito propisuje da uverenje o nekažnjavanju pribavlja ustanova službenim putem, kao i sa čl. 102. st. 4. Krivičnog zakonika koji propisuje da niko nema pravo da traži od građanina da podnosi dokaz o svojoj osuđivanosti ili neosuđivanosti, nije od uticaja na odlučivanje u ovom upravnom sporu. Ovo sa razloga što je oglas raspisan u skladu sa važećim opštim aktom škole - Statutom, čija primena je obavezujuća za tuženog, a kojim je propisano da učesnik konkursa uz prijavu mora da priloži, pored ostalih dokaza, i uverenje o nekažnjavanju, što tužilac nije učinio. Usled navedenih nedostataka prijava nije bila potpuna, a nije bila ni potpisana, što je, takođe, manjkavost zbog koje ista nije bila uzeta u razmatranje od strane Konkursne komisije. Što se tiče ocene zakonitosti Statuta škole, isti je opšti akt koji je na snazi i na koji je nadležno

Sa druge strane, među pravne posledice osude, koje mogu da traju najduže deset godina, spada i zabrana sticanja određenog zvanja, poziva ili zanimanja ili unapređenja u službi (čl. 95. st. 2. t. 2. KZ).

Naposletku, umesto da daju odgovore, autori otvaraju nova pitanja - ko, sa kojom pažnjom i vodeći se kojim kriterijumima odlučuje, zapravo, o zakonom propisanim uslovima za zasnivanje radnog odnosa ili imenovanje u službi, budući da zakonodavac, osim što često grubo krši prezumpciju nevinosti, prilično prozvoljno odlučuje o krivičnim delima - svim ili samo nekim za koja lica nisu smela da budu osuđena, (ne)vezano za samu vrstu radnog odnosa koji se zasniva; koja je margina slobodne ocene države prilikom odlučivanja o kriterijumima za zapošljavanje u javnoj službi i, naposletku, da li je Zakon o zabrani diskriminacije osnovni, ili samo usputni zakon kada je o diskriminaciji u zapošljavanju reč?

Literatura i izvori

Bugarski T. (2017). *Pretpostavka nevinosti (sadržina, obim i dejstvo ukrivičnom postupku)*. Revija za kriminologiju i krivično pravo. Beograd.

Zakon o zabrani diskriminacije. *Sl. glasnik RS*. Br. 22/2009 i 52/2021.

Zakon o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti. *Sl. glasnik RS*. Br. 36/2009, 88/2010, 38/2015, 113/2017, 113/2017 - dr. zakon i 49/2021.

Zakon o izvršenju vanzavodskih sankcija i mera. *Sl. glasnik RS*. Br. 55/2014 i 87/2018.

Zakon o izvršenju i obezbeđenju. *Sl. glasnik RS*. Br. 106/2015, 106/2016 - autentično tumačenje, 113/2017 - autentično tumačenje i 54/2019.

Zakon o izvršenju krivičnih sankcija. *Sl. glasnik RS*. Br. 55/2014 i 35/2019.

Zakon o javnom beležništvu. *Sl. glasnik RS*. Br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 - dr. zakon, 93/2014 - dr. zakon, 121/2014, 6/2015 i 106/2015.

Zakon o osnovama obrazovanja i vaspitanja. *Sl. glasnik RS*. Br. 88/2017, 27/2018 - dr. zakon, 10/2019, 27/2018 - dr. zakon, 6/2020 i 129/2021.

Zakon o policiji. *Sl. glasnik RS*. Br. 6/2016, 24/2018 i 87/2018

ministarstvo prosvete dalo saglasnost, a usaglašenost istog sa zakonom, odnosno utvrđivanje zakonitosti navedenog opšteg akta, predmet je sudskog postupka pred Ustavnim sudom i nije u nadležnosti Upravnog suda."(Presuda Upravnog suda, 6U 29140/2010 od 24.2.2012. godine).

Zakon o radu. *Sl. glasnik RS*. Br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017-odluka US, 113/2017 i 95/2018 - autentično tumačenje)

Ilić I. (2016), *Pravo na pretpostavku nevinosti okrivljenog - između normativnog i stvarnog*. Ljudska prava između ideala i izazova sadašnjosti: Zbornik radova.

Klančar T. (1993). *Pomoč odpušćenim obsojencem pri uključivanju v družbo kot del individualnega prevzgojnega programa med prestajanjem zaporne kazni in po odpustu na prostost*. Diplomsko delo. Ljubljana: Univerza v Ljubljani, Pedagoška fakulteta.

Krivični zakonik. *Sl. glasnik RS*. Br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.

Simonson J. (2006). *Rethinking "Rational" Discrimination Against Ex-Offenders*. Georgetown Journal on Poverty Law & Policy, Volume XIII, Number 2.

Srnić J. Kovačević N. Nikolić N. *Život posle zatvora*, Centar za prevenciju kriminala i postpenalnu pomoć-NEOSTART, 2014.

Standard Minimum Rules for the treatment of prisoners, First United Nations Congress of the Prevention of Crime and the Treatment of Defendants, Geneva, 1955.

Tomić S. (2017). *Zavodsko prevaspitavanje osuđenih lica i njihova socijalna reintegracija (master rad)*. Niš.

Turinek T. (2014). *Življenje po odstopu iz zatvora za prestajanje kazni zapora*. Ljubljana: Univerza v Ljubljani, Pedagoška fakulteta.

Ustav Republike Srbije. *Sl. glasnik RS*. Br. 98/2006 i 115/2021.A. A. protiv B.B. Del. br. 07-00-173/2022-02 od 27. 6. 2022.

M. ž. p. d, protiv privrednog društva M. s. g. iz B, Del. br. 07-00-606/2013-01 od 17. 12. 2013.

M.Ž.P.N. iz B. protiv privrednog društva „K.“ d.o.o. N, Del. br. 07-00- 134/2016-02 od 21.4.2016.

Mišljenje o Predlogu uredbe o bližim uslovima za pružanje kvalifikovanih usluga od poverenja koje mu je dostavilo Ministarstvo trgovine, turizma i telekomunikacija, Del. br. 110-00-1/2018-02 od 26.3.2018.

Thlimmenos v. Greece (predstavka 34369/97).

Preporuku mera za ostvarivanje ravnopravnosti i zaštiti od diskriminacije Nacionalnoj službi za zapošljavanje, Del. br. 021-01- 909-/2023-02 od 12. juna 2023. godine.

Presuda Upravnog suda, 6U 29140/2010 od 24.2.2012. godine.

Odluka Ustavnog suda IUz-424/2014 od 17.11.2016. godine.

Anđelija Tasić, LL.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš
Goran Obradović, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš
Republic of Serbia

EMPLOYMENT DISCRIMINATION BASED ON PRIOR CRIMINAL CONVICTION

Summary

In the context of employment, a form of direct discrimination is frequently embodied in prototypical examples of job advertisement, such as “A female worker needed to work in a bakery” or “Send a CV including a photo”. The competent institutions often reacted to such and similar advertisements, and the citizens’ awareness has been raised to such an extent that they often get organized (as “testers”) to gather evidence and establish whether such conduct constitutes a discriminatory act. In this regard, the authors examine why some personal characteristics that are sometimes required from candidates (age, gender, appearance, etc.) are considered advantageous and do not cause the candidates revolt. How it is possible that even state authorities can ask the candidate for confirmation that he/she has not been convicted or that no legal proceeding is underway against him/her? Is the certificate on no prior criminal record really crucial for the position of a nurse or a medical technician (orderly) in cases where a person has been convicted of a minor offence against road safety? Is an unconvicted cook better at making sushi than the one convicted of negligently causing a car accident? How does the state provide for the possibility of resocialization of convicted offenders if it requires this type of certificate for jobs in the public sector, without making any distinction between the specific type of committed offence and the length of the imposed sentence? Finally, what about the presumption of innocence, one of the basic postulates of criminal procedure? By analyzing the current legal provisions and the practice of independent bodies and international institutions on this matter, the authors aim to address these and other questions that have been raised both in theory and in practice.

Keywords: *employment relationship, discrimination, prior conviction (criminal record).*

Dr Mihajlo Cvetković,*
Vanredni profesor,
Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu,
Republika Srbija

pregledni naučni rad
10.5937/zrpfno-48243

UDK: 347.44:[336.745:004(4-672EU)
UDK: 347.44:[336.7:004(497.11)(094.5)

Rad primljen: 14.12.2023.

Rad prihvaćen: 19.12.2023.

KRIPTO KAO PREDMET UGOVORNE OBLIGACIJE PREMA UREDBI O TRŽIŠTIMA KRIPTO IMOVINE (MICA) I ZAKONU O DIGITALNOJ IMOVINI**

Apstrakt: *Analizapočinjera zmatranjemevolucije odkripto valute do kripto dobra, sa posebnim osvrtom na definicije i termine u kontekstu privatnopravnog prometa. Zatim se fokusira na određivanje ugovornih strana prema Zakonu o digitalnoj imovini i Uredbi o tržištima kripto imovine, gde se kripto imovina pretežno tretira kao investiciono dobro. Posebna pažnja posvećena je tokenima e-novca u kontekstu novčanih obaveza, kao i tokenima koje propisi još uvek nisu obuhvatili (NFT). Dodatno, rad se bavi ugovaranjem kripto usluga, istražujući kako se ugovorni odnosi formiraju i regulišu. Razmatra se i pravni promet na osnovu ugovora unutar blockchain okruženja, kao i tokenizacija, kada se ne-kripto nađe na mreži. Ukazano je na niz nedostataka ZDI. Rad problematizuje terminologiju, navodeći da je izraz „digitalna imovina“ iz ZDI neadekvatan, te predlaže termin „kripto dobro“, definisan kroz dva ključna elementa: privatnu prirodu dobra i upotrebu kriptografije u okviru DLT tehnologije. Određene su vrste obaveza s obzirom na prirodu tokena. Autor ukršta opštu teoriju ugovornog prava i konkretne imenovane ugovore kada činidba ugovarača glasi na kripto.*

Ključne reči: *kripto, prodaja, NFT, token, ugovorni pravni promet, obligacija, MICA.*

* mihajloc@prafak.ni.ac.rs

** Rad je saopšten na međunarodnoj konferenciji: THE INFLUENCE OF EUROPEAN INTEGRATION ON THE DEVELOPMENT OF MONETARY LAW, 2023, Jean Monnet Modules. Rad je rezultat istraživanja na projektu koji finansira Ministarstvo nauke, tehnološkog razvoja i inovacija RS, prema ugovoru broj 451-03-47/2023-1/200120.

1. Uvod

Promet kripto dobara je globalna pojava. U njemu učestvuju subjekti privatnog prava širom sveta jer je infrastrukturno i po nameni prekograničan. Tržište je otvoreno, dobra su prenosiva, razmenjiva i likvidna svuda gde postoji internet. Pravno uređenje ovog prometa je veliki izazov zato što je predmet ugovorne činidbe velika novina kako za širu javnost tako i za pravnike, predstavljajući jedan od većih izazova modernog imovinskog prava (Mirković, 2023). Približno 200.000 građana Srbije poseduje kripto.¹ Izrazi iz svakodnevnog govora koji se koriste u pomenutom prometu su drugačiji od izraza iz propisa i literature. U radu koristimo „kripto“, „kripto imovinu“ i „kripto dobro“ kao sinonime ispitujući njihovu prikladnost.

Kripto imovina je najvažnija primena tehnologije distribuiranog zapisa (raspodeljene javne knjige). „Lanac blokova“ (dalje u tekstu: BC od „blockchain“) je baza podataka nepromenjive istorije bazirana na toj tehnologiji. Za potrebe ugovornog prava, kripto imovina je digitalni prikaz vrednosti ili prava koji zadovoljava neki interes imaoca ili poverioca. Taj interes, materijalni ili nematerijalni, je procenjiv u novcu. Vrednost uključuje spoljnu, neintrinzičnu vrednost koju zainteresovani pravni subjekti pripisuju kripto imovini delovanjem na tržištu, što znači da se temelji na zakonu ponude i potražnje (npr. kurs BTC ili ETH se lako nalazi internet pretragom). Pored toga, određene vrste kripto dobara imaju stvarnu, unutrašnju vrednost zato što su vezani za konkretno dobro ili uslugu. Kripto imovina omogućava inovativan i uključiv način finansiranja, naročito za mala i srednja preduzeća. Eliminacijom posrednika, kripto kao sredstvo razmene pruža jeftinija i brža plaćanja, naročito prekogranična.

Sveži propisi poput srpskog Zakona o digitalnoj imovini² iz 2020. (dalje: ZDI) i evropske uredbe MICA³ iz 2023. uređuju klasične ugovorne odnose povodom kripto samo posredno. Cilj članka je da uporednom analizom ova dva izvora predstavi pravni okvir za ugovore gde je predmet činidbe kripto. Predmet ugovora jesu činidbe ugovarača. On mora biti određen

1 www.politika.rs/sr/clanak/494536/U-Srbiji-oko-200-000-ljudi-poseduje-nekukriptoalutu, 15. 12. 2021.

2 Zakon o digitalnoj imovini objavljen u „Službenom glasniku RS“, br. 153/2020.

3 Regulation (EU) 2023/1114 of the European Parliament and of the Council of 31 May 2023 on markets in crypto-assets, and amending Regulations (EU) No 1093/2010 and (EU) No 1095/2010 and Directives 2013/36/EU and (EU) 2019/1937.

ili odrediv, moguć i dopušten, da bi ugovor bio punovažan (čl. 46 i 47 ZOO).⁴

ZDI uređuje izdavanje i sekundarno trgovanje digitalnom imovinom, pružanje usluga povezanih s digitalnom imovinom (dalje: kripto usluga) i založno i fiducijarno pravo na digitalnoj imovini. ZDI teži da omogući pravni život digitalne imovine za koju važe ne samo odredbe ovog zakona, već i opšti svojinskopravni i obligacioni propisi, kao i propisi tržišta hartija od vrednosti, dok se određeni instituti stvarnog prava (poput zaloge), prilagođavaju proširenom pojmu imovine (Hrnjak & Kaščelan, 2021, p. 114). Srbija je među prvima u Evropi usvojila takav zakon, pridruživši se ekskluzivnom klubu u kojem su se tada nalazile samo Švajcarska, Estonija, Kipar i Malta.

Na nivou EU, MICA je prvi sveobuhvatni propis direktno i isključivo posvećen kripto imovini. MICA definiše kripto dobra kao novu vrstu investicionih dobara, različitu od akcija i obveznica. Ovaj propis jača pravnu sigurnost, promovise inovaciju i zdravu konkurenciju, štiti potrošače i investitore, ali i finansijsku stabilnost smanjenjem rizika da određene kripto pojave poremete unutrašnje tržište EU (Van Der Linden & Shirazi, 2023, p. 15). Dakle, primarni cilj MICA nije uređenje obligacionih ugovora u privatnom pravu.

Postojeći pravni okvir je zamršen jer se kripto definiše i tretira kao virtualno dobro, kripto imovina, kripto valuta, elektronski novac, finansijski instrument, sredstvo plaćanja, prenosiva hartija itd.⁵ U svetu se vode parnični i krivični postupci povodom odgovornosti pravnih subjekata koji nude kripto usluge, konkretno novčanike, uključujući čak i programere open-source softvera (Barbureau & Bodó, 2023, p. 3).

Inovacije kripto industrije, kao što su novi modeli čuvanja, pozajmljivanja, investiranja i zalaganja redovno prate i novootkriveni ugovorni odnosi u ovom ekosistemu. Koliko su pomenuti propisi relevantni mimo njihovog direktnog domašaja, na primer kada ugovor zaključuju fizička lica radi pravnog prometa kripto dobara?

4 Zakon o obligacionim odnosima («Sl. list SFRJ», br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, «Sl. list SRJ», br. 31/93, «Sl. list SCG», br. 1/2003 - Ustavna povelja i «Sl. glasnik RS», br. 18/2020).

5 *Ibid.* 23.

2. Razvojni put od kriptovalute do kripto dobra

U klasične objekte građanskih imovinskih prava kao što su pokretne stvari ili nepokretnosti, ne mogu se uklopiti kripto dobra jer predstavljaju specifičnu kategoriju (Đurić & Jovanović, 2023). U pravničkom kontekstu, blokčejn i distributed ledger (distribuirana knjigovodstvena tehnologija, DLT) su usko povezani, ali imaju specifične karakteristike. Distributed Ledger Technology (DLT) je širi pojam, označava tehnologiju koja omogućava zapisivanje i čuvanje podataka na više mesta istovremeno. Baza podataka nije centralizovana, već se podaci distribuiraju (raspoređuju) među više korisnika u mreži, što garantuje decentralizaciju, geografsku i političku. U pravnim aktima, DLT se često spominje kao osnova za različite vrste digitalnih transakcija i evidencija, bez ograničavanja na kriptovalute. Blokčejn je podvrsta DLT-a, najpoznatija po upotrebi u kriptovalutama kao što je bitcoin. Karakteriše ga lanac kriptografski povezanih transakcija, koje se ne mogu lako izmeniti, što garantuje istinitost. U pravnim aktima BC se spominje u kontekstu kriptovaluta, pametnih ugovora i drugih namena koje zahtevaju visok nivo sigurnosti i nepromenljivosti podataka. BC je digitalna javna knjiga nepromenljive istorije. Izrazi „blokčejn“ i „DLT“ se koriste u zavisnosti od konteksta i primene. Dok je blokčejn specifična implementacija DLT-a, nije svaki DLT blokčejn. Na primer, blokčejn omogućava postojanje i transfer kripto imovine, dok DLT u širem smislu obuhvata različite vrste distribuiranih baza podataka (npr. torrente).

Zakonodavac je preuzeo termine koje su smislili programeri, pioniri DLT tehnologije (Motika, 2022, p. 98). Krenulo se od kriptovaluta, a danas propisi definišu različite tokene. Oni zajedno ulaze u kripto imovinu.

Distribuirani zapis jeste baza podataka koja evidentira transakcije i koja se putem mehanizma konsenzusa deli i sinhronizuje kroz skup mrežnih čvorova (MICA, čl. 3, tč. 3). Za potrebe rada i u svakodnevnom govoru – to je blokčejn. Izraz „BC“ MICA pominje samo jednom, ZDI uopšte ne pominje ni distribuirani zapis ni BC. Kripto imovina je digitalni zapis vrednosti ili prava koji se prenosi i čuva elektronski, pomoću distribuiranog zapisa ili slične tehnologije (MICA, čl. 3, tč. 2).

Najpre je zakonodavac definisao kriptovalute: virtuelne valute jesu digitalni zapisi vrednosti koje nije izdala i za čiju vrednost ne garantuje centralna banka, niti drugi organ javne vlasti, koji nisu nužno vezani za zakonsko sredstvo plaćanja i nemaju pravni status novca ili valute, ali ih fizička ili pravna lica prihvataju kao sredstvo

razmene i mogu se kupovati, prodavati, razmenjivati, prenositi i čuvati elektronski (Zakon o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorizma, definicije, tč. 16;⁶ AMLD5, čl. 1(2)(d)(18).⁷ Ova prvobitna negativna definicija se fokusira samo na kriptovalute, najvažniji kripto oblik u to vreme. Radi se o formalnim izvorima javnog prava, sa ciljevima bez dodirnih tačaka sa građanskim pravnim prometom.

Kriptovaluta je računovodstveni digitalni podatak, koji egzistira i kreće se na blokčejnu. To je imovinska vrednost sama po sebi, čija je cena na tržištu uslovljena jedino zakonima ponude i tražnje (Damnjanović, 2022, p. 76). Kako se kripto razvijao, tako su množili pokušaji regulatora da obuhvati nove oblike.

Radna grupa ECB (*European Central Bank*) definiše kripto dobro (crypto-asset) veoma usko, kao svako dobro zabeleženo u digitalnom obliku koje nije i ne predstavlja ni novčano potraživanje, ni novčanu obavezu nekog fizičkog ili pravnog lica i koje ne predstavlja imovinski zahtev prema bilo kom entitetu; IOSCO (*The International Organization of Securities Commissions*) definiše kripto kao privatno dobro koje prvenstveno zavisi od kriptografije i tehnologije distribuiranog zapisa (DLT) ili slične tehnologije zbog čega ima percipiranu ili inherentnu vrednost, i predstavlja valutu, robu ili hartiju od vrednosti, ili je njihov derivat; ESMA (*European Securities and Markets Authority*) definiše kripto dobro kao vrstu privatne imovine koja prvenstveno zavisi od kriptografije i DLT-a ili slične tehnologije. ESMA pojmom obuhvata i virtualne valute i digitalne tokene, tj. svako digitalno predstavljanje interesa. Kripto dobro takođe znači „sredstvo koje nije izdala centralna banka“. Ove definicije su važne zato što pored kriptovaluta obuhvataju i novije kripto oblike – tokene, takođe, uvodi se pojam „kripto dobra“ koje može imati realnu podlogu, opipljivu ili bestelesnu.

Slično, EBA *European Banking Authority* definiše kripto kao dobro koje: a) zbog kriptografije i DLT-a ili slične tehnologije ima percipiranu ili inherentnu vrednost, b) niti izdaje niti za njega garantuje centralna banka ili drugi javni organ, i c) koristiti se kao sredstvo razmene ili u investicione svrhe, ili za pristup robi ili usluzi. Smatramo da privatno pravo ne treba da se oslanja isključivo na definicije koje

6 Zakon o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorizma, Sl. glasnik RS, br. 113/2017 i 91/2019.

7 DIRECTIVE (EU) 2018/843 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 30 May 2018 amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU.

daju bankari, makar bili i državni. Bankarski sektor vidi kripto kao konkurenciju.

Izuzimajući definiciju Radne grupe ECB-a koja pokriva samo tradicionalne kriptovalute bez pokrića kao npr. bitcoin i Litecoin, ostale gore navedene definicije su vrlo široke. Dva elementa se ističu (1) privatna priroda dobra i (2) upotreba kriptografije i DLT. Dakle, kripto dobro je privatno digitalno dobro (sredstvo): a) evidentirano u digitalnoj distribuiranoj bazi koja je zaštićena kriptografijom, b) nezavisno je od centralne banke, c) koristi se kao sredstvo razmene, u investicione svrhe i za pristup robu ili usluzi (Houben & Snyers, 2020, p. 17).

U srpskom pravu, „digitalna, odnosno virtuelna imovina“, označava digitalni zapis vrednosti koji se može digitalno kupovati, prodavati, razmenjivati ili prenositi i koji se može koristiti kao sredstvo razmene ili u svrhu ulaganja, pri čemu digitalna imovina ne uključuje digitalne zapise valuta koje su zakonsko sredstvo plaćanja i drugu finansijsku imovinu uređenu drugim zakonima (ZDI, čl. 2, tč. 1). Definicija je bolja bez reči „može“: Digitalna ili virtuelna imovina predstavlja digitalni zapis vrednosti koji se digitalno kupuje, prodaje, razmenjuje ili prenosi i koji služi kao sredstvo razmene ili za investiciono ulaganje. Reč „može“ uvodi element neizvesnosti ili opcionalnosti. Izbegavanjem nejasnih izraza definicije postaju univerzalne i primenjive u različitim pravnim situacijama. Pored toga, izraz „virtuelna imovina“ takođe ne valja. Sinonimi su zamišljen, nestvaran, prikriven, nevidljiv, neprimetan, tajni, nemanifestovan, sakriven, zabašuren, latentan, što ne odgovara prirodi kripto dobara. Pojam „virtuelno“ se odnosi na kontekst internet tehnologije. Tada virtuelno označava nešto što fizički ne postoji, nije opipljivo već je vidljivo zahvaljujući softveru.

Reč „digitalni“ je pridev izveden iz engl. jezika (latinski *digitus*: prsti) i odnosi se na nematerijalno svojstvo. Imenica „zapis“ je pojam poznat u pravu (npr. zapis hartija od vrednosti), dok u ZDI ima svojstvo atributa uz imenicu „vrednost“. Vrednost predstavlja ekonomsku kategoriju koja se svodi na novčani, robni ili uslužni ekvivalent. Kada spojimo te tri reči kao u ZDI, dobićemo sui generis pojam „digitalni zapis vrednosti“ (Hrnjak & Kaščelan, 2021, p. 116).

U građanskom obligacionom ugovornom pravu, reč „zapis“ se koristi u različitim kontekstima osim već pomenutih, kao npr. javnobeležnički zapis, založni zapis, ugovorni zapis kao pisana potvrda neformalnog ugovora koji služi kao pisani dokaz o postojanju i sadržaju obaveza

između strana. Takođe, i priznanice su zapis za potvrđivanje prijema određene sume novca ili neke druge stvari. Sve ove vrste zapisa igraju ulogu u pružanju pravne sigurnosti, za namirenje ugovornih obaveza, kao i u dokazivanju postojanja i sadržaja pravnih transakcija u slučaju spora.

Nije svaki digitalni zapis digitalna imovina. ZDI ukazuje na „zapis vrednosti“ pa ga normativno razdvaja od ostalih digitalnih zapisa (Mirković, 2023, p. 22). Međutim, i drugi digitalni zapisi imaju vrednost, npr. afekcionu vrednost ima album slika ili snimak drage osobe koja je preminula. Ponekad digitalni zapis ima i objektivnu, tržišnu vrednost. Na primer, digitalni zapis koji kompromituje određeno lice ili otkriva poslovne tajne takođe ima vrednost, na crnom tržištu.

Pokušavajući da objasni digitalni zapis vrednosti, jedan autor piše: „Digitalni zapis vrednosti je elektronski formiran i u javnim knjigama evidentiran rezultat kibernetičke aktivnosti sa izvedenom (derivativnom) ekonomskom vrednosti“ (Hrnjak & Kaščelan, 2021, p. 116). Kripto je određivo, prepoznatljivo, nenovčano, bestelesno dobro (Đurić & Jovanović, 2023, p. 8).

Iako nisu materijalni deo prirode, kriptovalute su dobro podređeno čovekovo volji i služe njegovim potrebama. Podležu faktičkoj vlasti, budući da jedino imalac privatnog ključa pristupa i raspolaže kriptovalutama povezanim sa odgovarajućom javnim ključem. Time se postiže potrebna doza ekskluzivnosti, jer su sva treća lica isključena. Possessionis physicae nije ostvariva kod bestelesnih dobara, ali postoji kontrola nad dobrom (Damjanović, 2022, p. 81). Imovinski karakter kripto dobra potvrđuje sledeća odredba: Pružalac usluga povezanih s kripto imovinom primenjuje odgovarajuće metode radi zaštite imovinskih (svojinskih) prava svojih klijenata (MICA, preambula 82).

Postoji nepreciznost u ZDI: „Portfolio digitalne imovine je skup digitalne imovine u koju određeno lice ulaže svoja sredstva“ (ZDI, čl.2, tč. 8). Treba da piše: „skup u koji lice ulaže“, jer nema više digitalnih imovina, nego razna dobra čine imovinu jednog subjekta.

Da li treba uključiti i valute iz video-igara? Istraživanja sugerišu da se valute iz igara, poput V-Bucks-a u popularnoj igri Fortnite, takođe koriste za pranje novca stečenog kriminalnim aktivnostima. Kada valute iz igara imaju stvarnu vrednost izvan igre i prenosiive su među igračima, kriminalci ih mogu koristiti za prenos vrednosti ili pranje nelegalnih sredstava. Na primer, kupuju V-Bucks nelegalnim sredstvima, a zatim ih prodaju po sniženoj ceni drugim igračima na dark web-u ili preko društvenih mreža (Houben & Snyers, 2020, p. 51).

3. Ugovorne strane prema ZDI i MICA

Kao potencijalne ugovorne strane ZDI i MICA definišu imaoca, izdavaoca, ponudioca i uslugodavca, uređujući pravne odnose između njih.

Imalac je u stanju da prebacuje kripto sa jedne na drugu adresu. Prenosom se ispoljava faktičko raspolaganje, koje predstavlja nužni uslov za pravno raspolaganje, odnosno zaključenje pravnih poslova gde je predmet prestacije kripto (Damnjanović, 2022, p. 81).

Često se u teoriji stvarnog prava koriste dva termina za određenje imovine: stvar i dobro. Iako ih sudska praksa gotovo ne razlikuje, „dobro“ predstavlja bilo kakav entitet, materijalni ili nematerijalni, koji je pravno relevantan. Pojam dobra se ne tumači restriktivno jer se razvojem novih tehnologija prepoznaju i nova dobra. „Dobro“ je verbalna sinteza za označavanje svega što uživa zaštitu, bez obzira da li se radi o telesnim ili bestelesnim stvarima. Imovina predstavlja ekonomsku vrednost kada se pojam „dobro“ odražava u ekonomskom smislu. Sva ekonomska dobra predstavljaju istovremeno i pravna dobra, ali je ovaj pravni termin širi i dublji u odnosu na ekonomski. Glavna karakteristika pravnog dobra jeste njegova pravna zaštita, a ne ekonomska vrednost (Hrnjak & Kaščelan, 2021, p. 118).

Digitalna imovina je bestelesno dobro. Prethodno razjašnjenje pojma stvar i dobro daje uvid u loš izbor termina koji zakonodavac koristi. Precizniji termin je „titular“, jer „imalac“ ima logičku pretpostavku materijalosti. „Titular“ nosi u sebi viši stepen apstrakcije, dovoljan da obuhvati i ovaj oblik virtuelne, bestelesne imovine. Titular simbolizuje skup maksimalnih ovlašćenja koja su u određenom trenutku i određenom pravnom sistemu najšira u pogledu neke stvari (Hrnjak & Kaščelan, 2021, p. 118). Argument je neubedljiv, ZOO svakako poznaje termin „imalac“.

Kolokvijalno se kaže „Nisu tvoji ključevi, nije tvoj kripto“. Po nekim osobinama, privatni ključevi su slični hartijama od vrednosti (finansijskim instrumentima) na donosioca. Ne zahteva se registracija imaoca ili prenosa; pretpostavlja se da je imalac zakonit; pravo se priznaje osobi koja instrument poseduje. Ovo ih razlikuje od registrovanih instrumenata, gde se vodi evidencija o identitetu, a prenos je formalan. Instrumenti na donosioca su praktični, ali i rizični, jer se lako krađu ili zloupotrebljavaju, a njihovo korišćenje je u mnogim jurisdikcijama ograničeno ili podložno strožim uslovima prometa zbog pranja novca i finansiranja terorizma. Isto važi i za

kripto ključeve. Gubitak hartije, isto kao gubitak privatnog ključa, znači gubitak dobra.

Cirkularna definicija „izdavalac je domaće ili strano fizičko lice, preduzetnik ili pravno lice koje je izdalo digitalnu imovinu“ (ZDI čl. 3, tč. 13) se poboljšava kada se kaže: Izdavalac kripto imovine je subjekat koji kontroliše stvaranje kripto imovine (MICA, preambula 20). Kontrola stvaranja je presudna jer utiče na ponudu, a samim tim i na vrednost kripto dobra. Oskudnost bitcoina i programirani opticaj su glavni argument u korist njegove vrednosti. Ponudilac je fizička ili pravna osoba ili preduzetnik koji javnosti nudi kripto imovinu (MICA, definicije, tč. 13).

4. Tokeni kao predmet činidbe

4.1. Vrste tokena

U odnosu na starije propise koji definišu kriptovalute, ZDI I MICA definišu i noviju vrstu kriptodobara – tokene. Token u svakodnevnom govoru označava simbol ili fizički predmet koji predstavlja nešto drugo, neku vrednost ili pravo. Na primer, žeton u igraonicama ili na festivalima služi kao token umesto pravog novca. Iako žeton sam po sebi nema veliku vrednost, on predstavlja pravo na određenu uslugu ili aktivnost u određenom okruženju.

Digitalni token je vrsta digitalne imovine i označava bilo koje „nematerijalno imovinsko pravo“ koje u digitalnoj formi predstavlja jedno ili više drugih imovinskih prava, uključujući i pravo korisnika digitalnog tokena da mu budu pružene određene usluge (ZDI, čl. 2, tč. 3). Termin „nematerijalno“ stvara zabunu jer u građanskom pravu nematerijalna dobra nemaju tržišnu vrednost (npr. lična dobra). Zakonodavac zapravo misli na bestelesnost tokena. Nematerijalno imovinsko pravo je oksimoron.

Iz ekonomske perspektive, novac ima tri primarne funkcije – merilo vrednosti, sredstvo razmene i konzervacija vrednosti. Određena stvar ili roba efektivno funkcioniše kao sredstvo razmene u prometu ako je standardizovana, široko prihvaćena, deljiva, lako prenosiva i nepotrošna. Bitcoin, glavna i najzastupljenija kriptovaluta, ispunjava navedene kriterijume, pa se i koristi kao sredstvo razmene (Damnjanović, 2022, p. 72). Bitcoin nema izdavaoca, pa se na njega ne primenjuje MICA ili ZDI direktno, npr. pravila o izdavanju na primarnom tržištu nisurelevantna.

Kriptovalute poput bitkoina, Litecoin-a su osmišljene da budu novac, tj. da funkcionišu kao opšte sredstvo razmene, sredstvo čuvanja vrednosti i obračunska jedinica. One predstavljaju peer-to-peer alternativu državnom novcu i imaju svoj matični BC. Tokeni, s druge strane, imaocu nude određena ekonomska ili upravljačka prava ili mu daju neka ovlašćenja (npr. pristup uslugama). U širem smislu, oni su digitalni prikaz interesa u vezi sa drugim dobrima, proizvodima ili uslugama. Tokeni se emituju i cirkulišu na već uspostavljenom blokčejnu radi akumulacije kapitala, finansiranja startup-ova ili razvoja inovativnih usluga. BC sa najrazvijenijim tokenima je Ethereum, gde se transakcije plaćaju matičnom kriptovalutom ETH. Sa druge strane, najvredniji BC bitkoin, nema tokene. Na njegovom BC cirkuliše isključivo BTC. Isti token može postojati na različitim BC i da ima različitu vrednost. Da bi predmet obaveze bio određen, potrebno je odrediti ne samo kriptopo broju nego i BC na kojem će realizovati transakcija. Ovo je važno jer brzina i troškovi transakcije (gas) zavise od BC koji se koristi.

U pravnoj literaturi i aktima kriptovalute se nazivaju platni tokeni, tokeni za razmenu ili valutni tokeni. Takva terminologija zbunjuje. Dok tokeni tipično imaju podlogu u vidu nekog drugog dobra, kriptovalute imaju vrednost nevezanu za druga dobra. Kriptovalute su najraniji kripto oblik, započet nastankom bitkoina 2008/2009. Tokeni predstavljaju drugu kripto generaciju (Houben & Snyers, 2020, p. 18).

Tokeni mogu predstavljati bilo šta, od fizičkih objekata do glasačkih prava unutar svog „ekosistema“. Investicioni tokeni daju imaocu upravljačka prava i dividendu. BNK token, na primer, daje nedeljne provizije u kriptovaluti eter (ETH) i izdaje se radi prikupljanja kapitala, slično tradicionalnim finansijskim instrumentima. Korisnički tokeni omogućavaju pristup specifičnim aplikacijama ili uslugama (Motika, 2022, pp. 21–22). Na primer, Golem (GNT) i Filecoin (FIL) omogućuju pristup računarskim kapacitetima i skladištenje podataka. Hibridni tokeni kao Crypterium (CRPT) kombinuju višestruke funkcije, poput plaćanja naknada, popuste i učešće u dobiti, čime predstavljaju enigmnu za zakonodavca (Houben & Snyers, 2020, pp. 21–22).

Korisnički token je vrsta kripto imovine koja daje pristup robi ili usluzi koju pruža njegov izdavalac (MICA, definicije, tč. 9). Dobar primer je Basic Attention Token (BAT), decentralizovani, transparentni reklamni token zasnovan na Ethereum BC. BAT povezuje oglašivače i korisnike povodom oglašavanja. BAT je integrisan u Brave internet pregledač, dizajniran da poboljša privatnost i sigurnost korisnika.

Korisnici dobijaju BAT tokene za gledanje reklama dok koriste Brave pregledač. Tokeni se koriste za finansiranje omiljenih sajtova ili kanala, a takođe i za pristup raznim premijum sadržajima i funkcijama unutar Brave pregledača. Koncept pokušava da reši nekoliko problema tradicionalnog digitalnog oglašavanja, kao što su prekomerna izloženost reklamama, narušavanje privatnosti i neefikasna distribucija reklamnog budžeta. Oglašivači plaćaju korisnike direktno tokenom, bez posrednika.

4.2. Stabilni tokeni

Stabilni tokeni imaju posebnu namenu što ih svrstava između tokena i kriptovaluta. Budući da su kriptovalute izložene velikim fluktuacijama kursa, teško mogu da zamene novac. Stabilni tokeni su nastali s ciljem da se prevaziđe problem visoke volatilnosti karakteristične za tradicionalne kriptovalute poput bitcoina i Ethereum-a. Stabilni tokeni održavaju stabilnu vrednost vezujući se za druga dobra, naročito američki dolar. Na primer, 1 USDT uvek vredi 1 USD. Time se omogućava korisnicima da bez rizika iznenadnog gubitka vrednosti uživaju u prednostima digitalnog novca – brzim, sigurnim transakcijama globalnog domašaja i smanjenim troškovima bez posrednika. Pogodniji za svakodnevne transakcije, kao i za čuvanje vrednosti, stabilni tokeni, s obzirom na to da ih uglavnom emituju poznati subjekti, pružaju veći osećaj sigurnosti, što doprinosi njihovom uplivu u tradicionalne finansijske sisteme.

Za razliku od prve generacije kriptovaluta koje karakteriše potpuna decentralizovanost i odsustvo odgovornog izdavaoca, stabilni tokeni su koncipirani tako da njihova vrednost proizlazi iz potraživanja prema konkretnom subjektu, prema rezervi imovine ili fondovima. Njihova stabilnost je osigurana podlogom u vidu realne, likvidne rezerve. Na tržištu su poznati tokeni kao Tether (USDT), Multicollateral DAI (DAI) i Gemini Dollar (GUSD), prisutni na različitim BC. Oni se koriste kao opšte sredstvo razmene u prometu dobara ili usluga koje pruža neko treći, a ne izdavalac. Po tome se razlikuju od korisničkih tokena, mada granice nisu uvek oštre.

MICA deli kripto na tri vrste. Prva vrsta je kripto čija se vrednost stabilizuje vezivanjem za samo jednu službenu valutu, vrlo slično elektronskom novcu iz Direktive 2009/110/EZ. Ova elektronska zamena za gotovinu se koristiti za plaćanje, to su tokeni e-novca. Drugu kripto vrstu čine tokeni vezani za imovinu, što znači da su stabilizovani

nekim drugim imovinskim dobrom ili pravom ili njihovom kombinacijom, uključujući jednu ili više službenih valuta. I konačno, treću vrstu čini kripto koji ne spada ni u e-tokene ni u tokene vezane za imovinu, uključujući korisničke tokene (MICA, preambula 18). Prve dve grupe, kako ih određuje MICA, jesu stabilni tokeni.

Stabilna digitalna imovina je izdata s ciljem što manjih promena vrednosti, a „čija je vrednost povezana s vrednošću zakonskog sredstva plaćanja ili jednog ili više imovinskih prava koja imaju male promene vrednosti (npr. vezivanje za zvaničan kurs dinara ili kurs strane valute koji je relativno stabilan)“ (ZDI, pojmovi, tč. 38). ZDI samo definiše stabilni kripto, ali se on posle u tekstu nigde ne pominje. Štaviše, skrećemo pažnju na jezičku nepreciznost ZDI koja ima pravni značaj. Državni kripto (CBDC) izdaje centralna banka za plaćanje i namirenje (Dimitrijević, 2021, p. 20). CBDC je elektronska novčana vrednost koju garantuje centralna banka. U ZDI piše: „digitalna imovina ne uključuje digitalne zapise valuta KOJE su zakonsko sredstvo plaćanja“, pa sledi da je stabilni kripto sa podlogom u nekoj zvaničnoj valuti isključen. Treba da piše: „digitalna imovina ne uključuje digitalne zapise valuta KOJI su zakonsko sredstvo plaćanja“, jer se ograničenje odnosi na državni kripto, odnosno zakonodavac želi da kaže da državni kripto nije obuhvaćen pojmom digitalna imovina. Dakle, naglašen je privatni karakter kripto dobra, što uzimamo kao kriterijum za definisanje ovog pojma za potrebe građanskopravne nauke.

Imalac stabilnog tokena je poverilac izdavaoca. Imaoci tokena vezanih za imovinu imaju trajno pravo otkupa prema izdavaocu. On je dužan da ih otkupi novčanim sredstvima jednake vrednosti kao dobro koje čini podlogu tokena (MICA, preambula 57). Imaoci tokena e-novca imaju novčano potraživanje prema izdavaocu, odnosno mogućnost da ga unovče po nominalnoj vrednosti (MICA, preambula 67). U praksi je bilo primera da se pravo otkupa ugasi bez namirenja jer je izdavalac nelikvidan. Kako bi se to sprečilo MICA propisuje obaveznu rezervu.

U pogledu sigurnosti i na osnovu funkcionisanja postoje različite vrste stabilnih tokena. Stabilni tokeni podržani novčanim sredstvima se izdaju u zamenu za novčani depozit kod izdavaoca, obično pravnog lica. Izdavalac ili treće lice garantuje otkup po nominalnoj vrednosti. Kolateralizovani stabilni tokeni su posebna kategorija koja obuhvata dve podvrste: Off-chain kolateralizovane (obezbeđene) stabilne tokene podržavaju tradicionalna imovinska dobra kao što su roba i nekretnine. On-chain kolateralizovane stabilne tokene podržavaju druga kripto

dobra. Takav kolateral se čuva decentralizovano i omogućava veću fleksibilnost i integraciju sa kripto tržištima, npr. Multi-collateral DAI (DAI). Stabilni tokeni podržani skupom referentnih dobara kao podlogu imaju robu, nekretnine, državne hartije od vrednosti i klasične valute. Njihov mehanizam stabilizacije funkcioniše slično kao kod investicionih fondova (ETF), gde imaoi nemaju direktnu pravnu vezu sa podlogom. Stabilni tokeni zasnovani na očekivanjima su zanimljivi jer njihova vrednost nije direktno podržana imovinom, već se oslanja na očekivanja korisnika u vezi sa budućom kupovnom moći stabilnog tokena. Njihova vrednost proističe iz poverenja u njihovu dugoročnu održivost (Houben & Snyers, 2020, p. 37).

MICA oblikuje stabilne tokene kao finansijski proizvod unutar Evropske unije, propisujući da izdavalac mora da bude pravno lice registrovano u EU, i zabranjuje izdavaocima iz trećih zemalja pristup na tržište EU. Rezerve u vidu visoko likvidnih finansijskih instrumenata održavaju se tokom životnog veka stabilkoina, a sastoje se od sredstava za koja garantuje država ili druga pouzdana institucija (Apostolov, 2020). Na tržištu dominiraju stabilni tokeni poput Tether (USDT), USD Coin (USDC) i Binance USD (BUSD), koji zajedno zauzimaju oko 90% tržišnog udela i svi su vezani za USD. Stabilni tokeni vezani za EUR zauzimaju manje od pola procenta tržišta, mada im MICA otvara put u budućnosti. EURT je trenutno vodeći stabilni novčić vezan za evro, ali njegov izdavalac nije iz EU. Izdavaoci poput Tether-a i Circle-a, i njihovi EUR- vezani stabilni tokeni, ne ispunjavaju zahteve MICA, uglavnom jer su njihove rezerve smeštene van EU (Apostolov, 2020, p. 195). Izdavaoci najznačajnijih stabilkoina nemaju sedište u EU, niti je sastav rezervne imovine u skladu sa MICA. EURS, kao drugi po veličini stabilni novčić vezan za evro, izdvaja se zahvaljujući svom izdavaocu registrovanom na Malti, članici EU. Međutim, ne može se definitivno potvrditi da EURS ispunjava ostale zahteva iz MICA (Apostolov, 2020, pp. 195–197).

Kada su podržani likvidnom rezervnom imovinom, stabilni tokeni funkcionišu kao sredstvo plaćanja i služe kao pouzdano sredstvo razmene ili čuvanja vrednosti, što je bila namena elektronskog novca iz Zakona o platnim uslugama („Sl. glasnik RS“, br. 139/2014 i 44/2018) koji u praksi nije omasovljen.

4.3. NFT kao individualno određena obaveza

NFT je skraćena za „Non-Fungible Token“, u prevodu „nezamenljivi token“. To digitalno dobro predstavlja neko individualno određeno pravo

ili dokaz o autentičnosti jedinstvenog dobra, kao što je umetničko delo, kolekcionarski predmet, ime domena ili virtuelna nekretnina. Glavna razlika između prometa NFT i drugih kripto vrsta leži u njihovoj „zamenljivosti“. Kriptovalute su „fungible“: svaka jedinica ima istu vrednost kao i bilo koja druga ista jedinica. Na primer, jedan BTC vredi kao i bilo koji drugi BTC. Naprotiv, svaki NFT ima jedinstvenu vrednost i ne može se jednostavno zameniti drugim NFT-om jer nema univerzalno utvrđenu vrednost. Trgovina NFT tokenom stoga uključuje kupovinu i prodaju jedinstvenih, nezamenljivih digitalnih dobara, dok je promet kriptovaluta više vođen zakonom ponude i potražnje. Vrednost NFT zavisi od osobite naklonosti, afekcije ili estetske vrednosti. Analogija sa unikatnim stvarima je prikladna. Propašću ovog kripto dobra obaveza se gasi jer je ispunjenje postalo nemoguće, za razliku od stabilnog tokena gde je obaveza generična.

MICA se ne primenjuje na kripto imovinu koja je jedinstvena i nezamenjiva za drugu kripto imovinu, uključujući digitalnu umetnost i kolekcionarska dobra. Vrednost takve kripto imovine zavisi od jedinstvenih osobina i korisnosti za imaoca. MICA se ne primenjuje na kripto koji predstavlja uslugu ili fizičku stvar koja je jedinstvena i nezamenjiva (odnosno individualno određenu činidbu). Jedinstvenom i nezamenjivom kripto imovinom se takođe trguje i ona se takođe akumulira iz špekulativnih razloga. Njena vrednost međutim manje zavisi od ponude i potražnje, a više od posebne naklonosti konkretnog kupca. ZDI ne pominje NFT.

Pojedinačni delovi (frakcije) jedinstvene i nezamenjive kripto imovine nisu jedinstveni i nezamenjivi. Kripto u velikim serijama ili zbirkama indicija je zamenljivosti. Puko pripisivanje jedinstvene oznake kripto imovini samo po sebi nije dovoljno da ona postane individualno određena. U tom kontekstu, kada procenjuju i klasifikuju kripto imovinu, nadležni organi postupaju po principu „suština pre forme“ pa klasifikaciju određuju karakteristike, a ne naziv koji je izdavalac odredio (MICA, preambula 11). Pravna priroda kripto dobra se određuje prema njegovim osobinama, a ne prema njegovom imenu.

5. Ugovaranje kripto usluga

Termin „Korisnik digitalne imovine“ označava fizičko lice, preduzetnika ili pravno lice koje koristi ili je koristilo uslugu povezanu s digitalnom imovinom ili se pružaocu usluga povezanih s digitalnom imovinom obratilo radi korišćenja te usluge (ZDI, čl. 2,

tč. 35). „Klijent“ je prikladniji termin (videti: MICA, definicije, tč. 39). Klijent je jedna ugovorna strana, dok je uslugodavac druga. Pružalac usluga povezanih s krypto imovinom je pravno lice ili preduzetnik čija je delatnost pružanje jedne ili više usluga na profesionalnoj osnovi, sa odgovarajućom dozvolom (MICA, definicije, tč. 15). ZDI krug uslugodavaca ograničava isključivo na privredna društva (ZDI, čl. 52)

Kripto uslugodavci nude različite usluge. Prva kategorija usluga obuhvata upravljanje platformom za trgovanje, razmenu za novčana sredstva ili za drugu krypto imovinu, čuvanje i upravljanje krypto imovinom, kao i prenos u ime klijenata. Druga kategorija usluga obuhvata plasiranje, izvršenje naloga u ime klijenata, savetovanje i upravljanje portfoliom. MICA se ne primenjuje na usluge pružene potpuno decentralizovano bez ikakvog posrednika. Ako krypto imovina nema izdavaoca koji se može identifikovati, nije obuhvaćena ovom uredbom. Međutim, subjekti koji pružaju usluge u vezi sa takvim kriptom ipak su obuhvaćeni (MICA, preambula 22).

Kripto usluge uključuju: 1) kupovinu i prodaju u ime klijenata; 2) direktnu trgovinu digitalnom imovinom za novčana sredstva ili elektronski novac; 3) razmenu jedne vrste digitalne imovine za drugu; 4) čuvanje i upravljanje; 5) pomoć u izdavanju i distribuciji; 6) vođenje registra o založnom pravu; 7) prihvatanje i prenos digitalne imovine; 8) upravljanje investicionim portfoliom; 9) organizovanje platforme za trgovanje (ZDI, čl. 3). Kod ovih usluga krypto jeste predmet činidbe. Savetodavne usluge povezane s digitalnom imovinom (čl. 5 ZDI) i prateći ugovori nemaju krypto kao predmet činidbe, već se odnose na personalizovane preporuke klijentu (MICA, tč. 24).

Pružalac krypto usluge je dužan da sa klijentom zaključi ugovor koji definiše prava i obaveze, uz mogućnost pozivanja na opšte uslove poslovanja. Ugovor sadrži izjavu korisnika da je upoznat sa opštim uslovima, a izmene moraju biti dostupne klijentima sedam dana pre njihove primene. Ugovor se zaključuje u pisanoj formi, uključujući elektronsku formu (ZDI, čl. 82).

„Izvršavanje naloga“ znači zaključenje ugovora o prodaji u ime klijenata (MICA, tč. 21). Kada uslugodavac izvršava nalog klijenta, a istovremeno je druga ugovorna strana, javlja se sličnost sa uslugom razmene krypto za krypto ili krypto za novac. Međutim, pri razmeni krypto za krypto ili krypto za novac uslugodavac određuje cenu. Nasuprot tome, pri izvršavanju klijentovih naloga uslugodavac mora voditi računa o

najboljem mogućem rezultatu za klijenta (MICA, preambula 87). ZDI nema analognu odredbu koja zabranjuje sukob interesa.

Prosečnom potrošaču nije lako da raspolaže kriptom jer je rizik od gubitka zbog tehničke nepismenosti visok. Uslugu prenosa pruža uslugodavac koji u ime klijenta prenosi kripto s jedne adrese na drugu. Ona ne uključuje validatore, čvorove ili rudare koji potvrđuju transakcije i ažuriraju BC. Uobičajeno je da uslugodavci nude prenos u okviru usluge čuvanja, upravljanja ili razmene. Prenos tokena e-novca se smatra platnom uslugom kako je definisano u Direktivi (EU) 2015/2366 (MICA, preambula 93). Usluga „prihvata/prenosa kripto imovine“ po ZDI ima sasvim drugačije značenje što objašnjavamo u nastavku (ZDI, čl. 3, pretposljednji stav).

6. Pravni promet na osnovu ugovora i blokčejn

6.1. Zakonito tržište i protivpravni promet

Ideja decentralizovanog tržišta je da zameni tradicionalne e-trgovinske platforme alternativom koja direktno povezuje ugovorne strane unutar mreže ravnopravnih učesnika (peer-to-peer). Primeri postojećih primena obuhvataju međunarodnu trgovinu, prodaju, finansijske transakcije, logističke ugovore vezane za uvoz, izvoz, prateće usluge uz carinu i upravni postupak, kao i kontrolu kretanja i porekla robe (European Parliamentary Research Service, 2020, p. 27). Decentralizovano tržište omogućava efikasno i jednostavno kreditiranje, izdavanje garancija, prekomorsko osiguranje, elektronske sertifikate o kvalitetu, zaštitu zdravog lanca proizvodnje u prehrambenoj industriji (videti: Studije slučaja) (European Parliamentary Research Service, 2020, pp. 57–109). Blokčejn omogućava ugovaračima koji se ne poznaju da sigurno, bez obzira na međusobno poverenje, razmenjuju digitalna dobra direktno peer-to-peer putem ili preko posrednika ako promet obuhvata i klasičnu robu. Za to su zaslužna tri glavna konstruktivna elementa: (1) peer-to-peer (P2P) mreža, (2) mehanizam konsenzusa i (3) kriptografija javnog i privatnog ključa (Barbureau & Bodó, 2023, p. 4).

Transakcija s digitalnom imovinom označava kupovinu, prodaju, prihvatanje ili prenos digitalne imovine ili zamenu digitalne imovine za drugu digitalnu imovinu (ZDI, pojmovi, tč. 34). Kako se kripto prenosi sa jednog imaoca na drugog? Adresa označava jedinstvenu oznaku (eng. identifier) virtuelnog mesta koje sadrži podatke o određenoj digitalnoj imovini. Unikatan niz znakova označava odredište za slanje i primanje

kripto imovine, poput adrese e-pošte ili broja bankovnog računa. Adresa je javni identifikator na BC i može se bezbedno deliti drugima. Ona predstavlja pojedinca, organizaciju ili pametni ugovor (protokol).

Kada je reč o on-chain transferu kripto imovine, proces se odvija kroz blokčejn za verifikaciju i registraciju transakcije. Prenosilac ima svoj privatni ključ, dugačak alfa-numerički niz, koji svaki imalac dobije prilikom interakcije sa BC. Primalac pomoću svog privatnog ključa generiše prijemnu adresu i na bilo koji način je šalje prenosiocu (porukom, diktiranjem, slikom, skeniranjem QR koda). Prenosilac inicira transakciju unosom prijemne adrese i određuje količinu kripto imovine koju šalje (npr. 0,002 BTC). Privatni ključ služi kao digitalni potpis koji autorizuje i štiti transakciju. Samo znalac privatnog ključa može inicirati transfer sredstava, što je fundamentalno za sigurnost i integritet svake transakcije. Nakon iniciranja transakcija se prenosi na BC i podleže potvrđivanju od strane rudara ili validatora, zavisno od konkretne mreže i protokola. Nakon što je transakcija zabeležena u blokčejnu, primalac postaje novi imalac. Proces je transparentan, siguran i ireverzibilan. Zapravo, BC samo beleži (zapisuje) promenu da je kripto sa prve adrese sada na drugoj adresi, tj. novi bilans za obe adrese. Važno je da se privatni ključ ne izgubi ili otkrije, jer svako ko ima privatni ključ kontroliše kripto. Kao nagradu za održanje sistema, rudari dobijaju proviziju.

U praksi se dešava da kripto promeni vlasnika pravnim poslom, ali se ta promena ne odražava u BC. Ovo je off-chain prenos, bez beleženja u BC, na osnovu pisanog ili usmenog sporazuma. Predaja privatnog ključa na bilo koji način (npr. slanjem poruke, diktiranjem, predajom papira) je dovoljna da pribavilac raspolaže „sadržajem” adrese. Međutim, kripto ostaje i dalje pod kontrolom prenosioca, ukoliko mu je ključ i dalje dostupan, što stvara pravnu nesigurnost za pribavioca. Off-chain promet omogućava prenos neograničene vrednosti, bez ikakvog traga o transakciji i zato je pogodan za zabranjene ugovore (nedopušten promet).

Posebne side-chain transakcije se odvijaju mimo glavnog blokčejna. Umesto toga, one se realizuju zasebnim sistemima pod kontrolom trećih lica (layer 2) ili protokola uređenih smart ugovorima. Side-chain transakcije podrazumevaju brzu razmenu bez čekanja na potvrdu mreže i pratećih troškova karakterističnih za on-chain transakcije. Side-chain transakcije su brže i efikasnije, jer se ne čeka na rudare ili validatore glavnog lanca. Takođe, pošto se transakcija ne beleži na BC, stepenprivatnosti učesnika je viši. Međutim, ovakve transakcije zahtevaju

određeni nivo poverenja u treću stranu koja upravlja sistemom, budući da se oslanja na njenu sposobnost da sigurno i tačno evidentira promet. Kako bi se obezbedilo izvršenje ovakvih ugovora, strane često koriste metod gde se kripto imovina „zaključava“ on-chain dok se izvan lanca ne obavi odgovarajući prenos ili obaveza. Nakon izvršenja sredstva se „oslobađaju“.

Platforma za trgovanje digitalnom imovinom je multilateralni sistem (npr. kripto berza), kojim upravlja organizator platforme. Ona omogućava i olakšava spajanje interesa trećih lica za kupovinu ili prodaju digitalne imovine, i zamenu digitalne imovine za drugu digitalnu imovinu, u skladu sa obavezujućim pravilima organizatora, na način koji dovodi do zaključenja ugovora (ZDI, definicije tč. 11).

ZDI pruža veću slobodu ugovaranja od MICA jer odobrava OTC pravni promet. OTC, skraćena od „over-the-counter“, predstavlja deo tržišta gde se transakcije vrše direktno između dve strane, prodavca i kupca, bez posredovanja tradicionalnih kripto berzi ili drugih platformi. Transakcije se dogovaraju i realizuju privatno, često uz pomoć društvenih mreža. To omogućava veću diskreciju, direktnu pregovaračku dinamiku između strana i transakcije prilagođene specifičnim potrebama učesnika, uključujući velike transakcije koje se ostvaruju bez značajnog uticaja na tržišnu cenu, što je na otvorenoj berzi teško izbeći. OTC ugovori su popularni među institucionalnim investitorima i pojedincima koji žele diskretne transakcije velike vrednosti. OTC trgovanje digitalnom imovinom u RS je dozvoljeno, za zaključivanje i sprovođenje transakcija ugovorne strane nisu dužne da koriste usluge bilo kog kripto uslugodavca (čl. 36 ZDI).

Neprenosiva digitalna imovina nije obuhvaćena definicijom kripto imovine (npr. bodovi lojalnosti trgovačkih kuća). Digitalna imovina koju prihvata isključivo izdavalac i koju iz tehničkih razloga nije moguće direktno preneti drugim imalcima nije obuhvaćena MICA (MICA, preambula 17). ZDI se ne primenjuje na transakcije isključivo u okviru ograničene mreže lica koja prihvataju određenu digitalnu imovinu (npr. za određene proizvode ili usluge ili nagrade), bez mogućnosti njenog prenosa ili prodaje (ZDI, čl. 6).

Većina zakonitog prometa kripto imovine, a naročito kripto valuta, odvija se na kripto berzama u skladu sa prinudnim propisima, javnim poretkom i dobrim običajima. Imalozi obično kupuju i drže kripto dobra kao spekulativnu investiciju, a ne koriste ih kao sredstvo plaćanja za

robu ili usluge. Takođe, oni drže veće sume od imaoca koji kripto koriste za nedopuštene ugovore (Houben & Snyers, 2020, p. 25).

Evropska unija kasni sa propisima koji pospešuju kripto promet. U Indoneziji se kriptom trguje na berzi fjučursa (Mulyani et al., 2022, p. 25). U skladu s regulativom CoFTRA iz 2019. godine, kripto imovina se definiše kao digitalno nematerijalno dobro uređenog kreiranja novih jedinica, bez spoljašnjeg uticaja. Ovakva definicija obuhvata i bitcoin, koji nema izdavaoca. U Indoneziji se kripto imovina ne sme koristiti kao sredstvo plaćanja (Mulyani et al., 2022, p. 29).

Protivpravna (nezakonita) kripto tržišta su vrlo razvijena. Nedopušteni pravni poslovi uključuju kupovinu i prodaju dobara ili usluga ograničenog prometa (poput oružja, droge i falsifikovanih dokumenata) na darknet-u, pranje novca, izbegavanje kontrole tokova kapitala, finansiranje terorizma. Ukradena kripto imovina obično završi na nelegalnom tržištu i koristi se za finansiranje daljih kriminalnih aktivnosti. Kriminalci često od žrtava traže da otkup plate kriptom koji je nemoguće pratiti (Monero, XMR). Skoro polovina svih godišnjih BTC transakcija dovodi se u vezu sa nezakinitim prometom. S obzirom na pretežni tržišni udeo bitkoina u odnosu na sva druga kripto dobra, ovo je važno zapažanje. Prosečan kripto delinkvent učestvuje u više transakcija od prosečnog legalnog korisnika, ali su one niže vrednosti. Umesto da drži bitcoin za spekulativne svrhe, koriti ga kao sredstvo razmene, tj. novac za nelegalna plaćanja (Houben & Snyers, 2020, p. 26). Upravo u nelegalnom prometu bitcoin ima svrhu zbog koje je i stvoren, da bude necenzurisano sredstvo za prenos vrednosti, alternativa klasičnom novčanom prometu.

Prenos na BC je samo modus aquirendi i ne predstavlja garanciju da je osnov prenosa punovažan – moguća je situacija gde je usled hakerskog napada izvršen kripto transfer, kada sa stanovišta prava osnova nema. Stanje na blokčeju potencijalno služi kao prezumpcija svojine, dok se eventualno ne ospori dokazivanjem da pravni osnov transakcije nije nastao, nije punovažan ili je kasnije otpao, u skladu sa pravnim pravilima eksternim u odnosu na pravila kriptografske validacije (Damnjanović, 2022, p. 82).

6.2. *Plaćanje kriptom*

Kada ugovarač plaća stvar kriptom dobrom, otvara se pitanje da li je u pitanju ugovor o prodaji ili ugovor o razmeni. Kada je kripto protivčinidba za uslugu, otvara se pitanje da li je reč o ugovoru o delu ili neimenovanom ugovoru. Iako se u praksi koristi kao sredstvo

plaćanja, većina pravnih sistema kripto ne priznaje kao novac. Svakako je reč o dvostrano obavezujućim ugovorima, pa za eventualne pravne i materijalne nedostatke shodno važe pravila ugovora o prodaji.

Na koji način se plaća virtuelnom valutom? Kripto se razmenjuje zakripto ili za tradicionalna dobra. Trgovci koji prihvataju kripto **cenu iskazuju u nacionalnoj valuti**, a izvršenje obaveze zavisi od kursa kriptovalute na dan prenosa (Damnjanović, 2022, p. 73). Kada kupac ispunjava svoju obavezu prenosom tokena e-novca, problem kursa se tiče kursa strane valute koja je podloga tokenu e-novca. Na primer, ako se cena izražena u RSD plaća sa USDT (Tether) onda je relevantan kurs dinara prema dolaru. Ako se cena namiruje stabilnim tokenom vezanim za RSD, praktično nema razlike u odnosu na namirenje domaćim novcem.

Po ZDI, uslugu „prihvat i prenos digitalne imovine” kripto uslugodavac pruža trgovcu tako što od potrošača prihvata odgovarajuću vrednost digitalne imovine, koja odgovara ceni prodate robe odnosno pružene usluge, zamenjuje je za odgovarajući iznos zakonskog sredstva plaćanja i prenosi taj iznos na odgovarajući račun trgovca. Prihvatanje digitalne imovine u zamenu za robu ili usluge u trgovini na malo vrši se isključivo preko pružaoca kripto usluge koji ima dozvolu. Prihvatanje i prenos digitalne imovine neposredno sa potrošača na trgovca je zabranjen (ZDI, čl. 97). Između kupca i prodavca – trgovca na malo nameće se treće lice, pružalac kripto usluga, inače je ugovor ništav jer je protivan prinudnom propisu. Argumentum a contrario, direktna prodaja između fizičkih lica, kao i između pravnih lica na veliko je dozvoljena kada se cena namiruje kriptom. Pored toga, prikladniji naziv za uslugu opisanu u čl. 97 ZDI je „prihvat i razmena”, jer trgovac na malo uopšte ne dobija kripto.

Rešenje iz ZDI u praksi nije povoljno za trgovca na malo. Ponudom proizvoda i usluga u razmenu za kripto, on potencijalno širi krug klijenata. Međutim, trgovac na malo nikada neće biti u prilici da raspolaže tim kriptom, da ga drži ili koristi za dalja plaćanja. Dalje, posrednik naplaćuje naknadu za pruženu uslugu, te trgovac na malo neće dobiti punu cenu, već umanjenu. Iako digitalna imovina nosi sa sobom veliku dozu praktičnosti, efikasnosti i niske troškove, ovim rešenjem su te prednosti mahom anulirane, a same transakcije su zakomplikovane. Pozitivno je svakako što se između naših i stranih kompanija naplata za proizvode i usluge može vršiti digitalnom imovinom bez posrednika (Mundrić, 2023).

ZDI na posredan način sprečava kripto da postane pandan novcu. Jedan autor zaključuje da kriptovalutne šeme ne mogu da postanu mera vrednosti proizvoda i usluga u prometu, i time postignu jednu od osnovnih funkcija novca, iako se koriste kao sredstvo razmene, čime se smanjuju određeni negativni efekti po privredu i pravne subjekte (Damnjanović, 2022, p. 93). Za tokene e-novca ovaj argument ne stoji.

Plaćanje kriptom, umesto evrom, suzbija i evropski zakonodavac. Naročito je važno da se procene i prate transakcije namirene tokenimavezanim za imovinu kada se oni koriste kao sredstvo razmene, naročito kada se radi o plaćanju dugova, uključujući transakcije s trgovcima. Njih treba razlikovati od transakcija radi ulaganja. Štaviše, ako se tokeni vezani uz imovinu upotrebljavaju u velikoj meri kao sredstvo razmene na području s jedinstvenom valutom, izdavaoci su dužni da smanje svoju aktivnost. Token vezan uz imovinu koristi se velikoj meri kao sredstvo razmene ako prosečan broj dnevnih transakcija premašuje 1 milion, a njihova dnevna agregatna vrednost je 200.000.000 EUR (MICA, preambula 61). Drugim rečima, takvi tokeni ugrožavaju monetarni suverenitet države i stabilnost tržišta. Dakle, zakonodavac je naročito sumnjičav kada se novčana obaveza namiruje kriptom, dok blagonaklono gleda kada se kripto koristi kao investiciono dobro. U domaćem pravu zabranjen je svaki kripto promet u trgovini na malo, bez obzira na obim i vrednost, što je nesrazmerno ograničenje slobode ugovaranja. U Japanu, zakon o platnim uslugama priznaje kripto imovinu kao način plaćanja, bez ograničenja u pogledu posedovanja i trgovanja (Mulyani et al., 2022, p. 30).

Sva plaćanja, naplate i prenosi u dinarima u vezi sa transakcijama s digitalnom imovinom obavljaju se u skladu s propisima kojima se uređuju platne usluge, dok za plaćanja, naplate i prenose u devizama u vezi sa digitalnom imovinom važe propisi o deviznom poslovanju (ZDI, čl. 12). Bez odgovarajuće ograde, ova odredba važi i za promet između fizičkih lica, što je nesrazmerno ograničenje.

Bitcoin se de facto koristi kao novac, njime se kupuju dobra i probavljaju usluge, uz ograničenost na krug lica koja ga prihvataju. Realne potrebe ugovornih strana i suština njihovih ugovornih odnosa nalažu da kriptovalute treba u privatno-pravnom smislu tretirati kao novac (Damnjanović, 2022, p. 79). Ovaj zaključak stoji naročito kada se radi o tokenima e-novca.

Pravno gledano, kriptovalute (prve generacije) ne predstavljaju novac. Ne važi državna teorija o novcu, jer nisu uređene zakonom, niti u većini država imaju status zakonskog sredstva plaćanja. Takođe, nisu novac po

psiho-sociološkoj teoriji, jer nisu postigle nužan stepen generalne prihvaćenosti. Međutim, to ne sprečava da se poimaju kao sredstvo plaćanja za potrebe privatnog prava (Damnjanović, 2022, p. 79). Ukoliko je ovo tačno za kripto prve generacije tj. kriptovalute, onda nema dileme kada su u pitanju tokeni e-novca (stabilni tokeni).

Plaćanje, odnosno ispunjenje novčane obaveze moguće je izvršiti kriptom, ali samo ukoliko je tako izričito ili prećutno ugovoreno između strana. Stoga, ne može se smatrati da je reč o ispunjenju ako je prvobitno bila ugovorena novčana obaveza, već o zameni ispunjenja (*datio in solutum*) (Damnjanović, 2022, p. 76).

Međutim, ukoliko je inicijalno dogovoreno da se u zamenu za robu drugoj ugovornoj strani prenese određeni iznos bitkoina, iz izloženog shvatanja da kripto nije novac, sledi da je reč o ugovoru o razmeni. Naime, ugovor o razmeni pretpostavlja razmenu dobara bez posredstva novca, i počiva na komplementarnosti potreba ugovarača. Suprotno, kod ugovora gde je predmet prestacije jednog ugovarača sredstvo razmene, ugovarač prihvata određenu količinu zamenljivih stvari, koje se ne mogu direktno konzumirati, umesto dobra koje zadovoljava specifične i neposredne potrebe. Kod sredstva razmene naglašena je zamenljivost, jedna jedinica ima identična svojstva i vrednost kao i svaka druga jedinica. Stvari u komercijalnom prometu ne mogu u punom obimu da postignu funkciju sredstva razmene iako se za tu svrhu koriste, jer su ipak namenjene za konzumaciju, koja im neminovno sleduje. Dakle, suštinska razlika između ugovora o prodaji i ugovora o razmeni leži u zamenljivosti i nepotrošnosti sredstva razmene – ove osobine se javljaju kod ugovora o prodaji, a nedostaju kod ugovora o razmeni (Damnjanović, 2022, pp. 77–78). Bitkoin (uzimamo ga kao primer jer je najznačajniji kripto) ispunjava uslove da bude sredstvo razmene, što ukazuje na prodaju više nego na razmenu.

Iako bitkoin karakterišu navedene osobine, prema sadašnjem stanju u uporednom i srpskom pravu, jedino ugovaranjem novčane obaveze ugovor se može pravno oceniti kao prodaja, što dalje podrazumeva određene pravne posledice. Na primer, kod prodaje u privredi cena se pretpostavlja prema zakonskim kriterijumima, dok kod ugovora o razmeni predmet obaveze mora biti eksplicitno određen. Takođe, prodavac je u povoljnijem položaju, s obzirom da su novčane obaveze donosive. Dužnik obaveze prenosa kripto dobra iz ugovora o razmeni dužan je da garantuje mirnu i korisnu državinu na stvari koja se razmenjuje, što nije slučaj sa dužnikom novčane obaveze (Damnjanović, 2022, p. 78). Sa druge strane,

dok donošenje gotovine mogu da prate fizičke poteškoće i rizici, one se prilikom namirenja kriptom ne javljaju jer se transfer odvija online, na BC. Ova dilema između prodaje i razmene je uglavnom od teorijskog značaja. Inače, ugovor o razmeni je verovatno najzastupljeniji ugovor kada se radi o kripto prometu, imajući u vidu da se na organizovanim menjačnicama pretežno menja stabilni kripto za kriptovalute i obrnuto. Dakle radi se o razmeni „kripto za kripto.“ U velikom broju slučajeva kurs kriptovaluta se i ne izražava prema zvaničnoj valuti, nego kao parBTCUSDT ili ETHUSDT.

Shvatanje po kojem prodaja za kripto predstavlja razmenu nije u skladu sa namerom ugovarača, niti sa prirodom njihovog odnosa imajući u vidu da nema komplementarnosti potreba. Ukoliko određena stvar funkcioniše kao sredstvo razmene između ugovarača, neprirodno je sa stanovišta privatno-pravnog režima, ceniti je prema tome da li je izdata od strane države (Damjanović, 2022, p. 78). Prihvatajući ovaj argument, idemo još dalje, te u zaključku osporavamo da se pojam kripto dobra iz javnog prava nameće građanskopravnom prometu i nauci.

6.3. Kripto kao predmet prodavčeve obaveze

Kripto se prodaje na primarnom i sekundarnom tržištu. „Izdavanje kripto imovine“ po ZDI je prodaja na primarnom tržištu (Mirković, 2023, p. 26), kao i u MICA. Javna ponuda je obaveštenje u bilo kojem obliku bilo kojim sredstvima, kojim se pruža dovoljno informacija o uslovima ponude kako bi potencijalni imao odlučili o kupovini. (MICA, tč. 12.) Plasiranje je stavljanje kripto imovine na tržište za kupce, u ime ili za račun ponudioca (MICA, tč. 22).

Razmena kripto imovine za novčana sredstva znači zaključenje ugovora o kupovini ili prodaji sa klijentima u zamenu za novac (MICA, tč. 19). Razmena kripto imovine za drugu kripto imovinu znači zaključenje ugovora o kupovini ili prodaji sa klijentima u zamenu za drugu kripto imovinu uz upotrebu vlastitog kapitala (MICA, tč. 25). Dakle, čak se i razmena kripto za kripto označava kao prodaja.

Kripto imovina nije besplatno ponuđena ako kupci moraju dostaviti ili se obavezuju da će dostaviti lične podatke u zamenu za tu kripto imovinu ili ako ponudilac od potencijalnih imaoaca primi bilo kakvu naknadu, proviziju, novčane ili nenovčane koristi (MICA, čl. 4). Pojam pseudobesplatnosti obradili smo ranije (Cvetković, 2016).

Po ZDI, digitalna imovina nastaje izdavanjem (emisijom) i kibernetičkom aktivnošću tj. rudarenjem (Hrnjak & Kaščelan, 2021, p. 116). Digitalna imovina se stiče pravnim poslom sa kripto uslugodavcem (derivativno) i nezavisno od njega – rudarenjem. Rudarenje je originarno sticanje kripto dobara, ulaganjem sopstvenih sredstava u BC infrastrukturu. Rudarenje je određeno kao „sticanje digitalne imovine učestvovanjem u pružanju usluge računarskog potvrđivanja transakcija u informacionim sistemima koji se odnose na određenu digitalnu imovinu“ (čl. 2, tč. 36). Rudarenje je dozvoljeno, ali se na rudare ne primenjuje ZDI. Rudari kripto dobrima mogu slobodno raspolagati bilo korišćenjem usluga koje nude kripto uslugodavci, bilo transakcijama na OTC tržištu (čl. 6 ZDI).

6.4. Tokenizacija

Kripto tokenizacija je proces pretvaranja imovinskog prava ili druge vrednosti u digitalni token radi trgovanja na BC. Tokenizacija omogućava da se različita dobra, od nekretnina i umetničkih dela do akcija kompanija i prava intelektualne svojine pretvore u digitalne tokene radi kupovine, prodaje, prenosa ili razmene u blokčejn okruženju (Sandner, 2023). Pitanje je naravno koliko takav promet proizvodi dejstvo u stvarnom svetu, tj. kakvo je njegovo pravno dejstvo, naročito kada su tokenizovana nedigitalna dobra za čiji se promet traži određena forma ili dozvola.

Tokenizacija ima određene prednosti. Povećava se likvidnost imovine koja je inače teško prenosiva. Raste dostupnost jer se omogućuje širem krugu investitora da učestvuju u prometu inače dostupnom samo velikim investitorima ili specijalizovanim fondovima. Dobro tokenizacijom postaje deljivo, što znači da kupci mogu kupiti samo mali udeo, slično kupovini akcija preduzeća na berzi. Evidentiranje prometa na blokčejnu obezbeđuje transparentnost i neizbrisivu evidenciju koja olakšava praćenje kretanja dobra (poreklo).

Kripto tokenizacija predstavlja most između tradicionalnih finansijskih tržišta i blokčejn tehnologija, otvarajući mogućnost za napredak u prometu dobara. Po jednom mišljenju, ZDI je usmeren ka tokenizaciji (Mundrić, 2023). U daljim istraživanjima povezaćemo tokenizaciju sa legitimacionim papirima i znacima iz čl. 256 i 257 ZOO.

7. Zaključak

Kada se privatno pravo oslanja na definicije koje daju organi javne vlasti (zakonodavac), posebno u kontekstu kripto dobara u širem smislu, dolazi do neke vrste sukoba interesa. Ovaj sukob proizlazi iz činjenice da centralne banke i bankarski sektor uopšte, koji ima značajan uticaj prilikom donošenja propisa iz ove oblasti, često vidi kripto dobra kao direktnu konkurenciju. Tradicionalne finansijske institucije su motivisane da oblikuju definicije kripto imovine na način koji ograničava ili usporava njen razvoj i prihvatanje, kako bi zaštitile svoje poslovne modele i tržišnu dominaciju. Mada postoje određeni javni interesi koji opravdavaju pomenuta ograničenja kada su u pitanju kriptovalute, smatramo da je za korisničke tokene liberalizacija nužna.

S obzirom na ovaj potencijalni sukob interesa, oslanjanje privatnog prava isključivo na definicije koje nude pravници ne-civilisti rađa pravne norme koje ne odražavaju stvarnu prirodu i potencijal kripto dobara. Takav pristup ograničava inovacije i rast kripto tržišta, što nije u interesu realnog sektora privrede i šireg društva. Stoga je važno da se u oblikovanju pravnih definicija uzmu u obzir različiti interesi i perspektive, uključujući kripto industriju, kao i nezavisne pravne stručnjake. Time se osigurava da regulativa bude pravedna, uravnotežena i da podstiče zdrav razvoj u ovoj oblasti.

Izraz "digitalna imovina" iz ZDI nije adekvatan jer je preširok. U digitalne zapise spadaju npr. obični tekstualni dokumenti, slike, muzički zapisi ili drugi oblici digitalnih podataka bez tržišne vrednosti. Digitalni zapisi su regulisani i drugim specifičnim zakonima, npr. određene vrste digitalnih vrednosnih papira, digitalni zdravstveni zapisi, digitalni identifikatori i slično. Pravo zaštite potrošača već je definisalo digitalni sadržaj (Nikolić & Cvetković, 2014), digitalne usluge kao i robu sa digitalnim elementima. Digitalni sadržaj se isporučuje, kupuje, prodaje i prenosi elektronski, ali nije kripto, iako po toj osobini ulazi u definiciju digitalne imovine iz ZDI. U privatnom pravu, imovina označava skup materijalnih prava i obaveza konkretnog pravnog subjekta. Kada je pasivna strana imovine veća nego aktiva, imovina je negativna. Izraz "digitalna imovina" dozvoljava samo pozitivnu stranu imovine.

Zato je adekvatniji izraz "kripto dobro", definisano preko dva elementa: (1) privatna priroda dobra i (2) upotreba kriptografije i DLT. Time se isključuju digitalni zapisi mimo BC, kao i državni kripto CBDC. Umesto rogozbatne sintagme "pružalac usluga povezanih s digitalnom imovinom"

pomenute u ZDI preko 90 puta, bolje je “kripto uslugodavac”, čime propis postaje jasan i čitak. Isto važi i za izraz “usluga povezana s digitalnom imovinom” pomenut 230 puta. Bolje je “kripto usluga”.

ZDI definiše stabilnu digitalnu imovinu, ali je pojam funkcionalno objašnjen u MICA. Dug od n tokena e-novca je po vrednosti identičan dugu od n novčanih jedinica valute za koju je token vezan. Usled ograničenja javnopravne prirode sledi da se ipak ne radi o novčanoj obavezi iako je namera ugovornih strana prodaja. Naknada izražena npr. u USDT nije ništa drugo do cena izražena u USD.

Ipak, ispunjenje ove činidbe je skopčano uz neke dodatne rizike u odnosu na ispunjenje novčane obaveze. Prvi rizik je povezan sa volatilnošću kripto tržišta; iako su stabilni tokeni dizajnirani da održavaju konstantnu vrednost, postoji rizik od fluktuacija koje utiču na stvarnu vrednost tokena. Drugi rizik je tehničke prirode; BC mreža na kojoj funkcioniše token može pretrpeti pad ili tehničke probleme, što ometa ili odlaže transakcije. Osim toga, postoje i sigurnosni rizici, uključujući mogućnost hakerskih napada ili gubitka pristupa tokenu zbog zaboravljenih lozinki ili kompromitovanih privatnih ključeva. Na kraju, postoje i regulatorni rizici, budući da pravni okvir koji se odnosi na kripto još uvek nije u potpunosti razvijen i standardizovan, što stvara pravnu neizvesnost u pogledu priznavanja i tretmana ovakvih transakcija.

Zakon o digitalnoj imovini kao i MICA tretiraju kripto kao novu vrstu investicionog dobra. Međutim, u pravnom prometu kripto je predmet činidbe obligacionih ugovora i nezavisno od namere da se investira. Zato su odredbe ovih propisa samo posredno korisne za obligacionu ugovorno pravo kao pravnu disciplinu. Doduše, odredbe o slobodnom OTC trgovanju i slobodnom raspolaganju kripto dobrima dobijenim rudarenjem nedvosmisleno govore da se radi o punovažnim ugovorima u smislu njihove dopuštenosti. U praksi se kripto koristi kao sredstvo razmene bez posrednika između ugovarača, slobodno od bilo kakve cenzure. OTC ugovori su apstraktni, ne vidi se zašto ugovarači razmenjuju kripto, što znači da su pogodni za prikrivanje nedozvoljenih pravnih poslova.

Činidba koja glasi na kripto je dare, iako se radi o bestelesnom dobru. To je pozitivna obaveza, što znači da je naknadno ispunjenje nakon docnje moguće, i da zastarelost teče nakon isteka roka dospelosti. U obligacionom pravu, da bi obaveza bila punovažna, predmet činidbe treba da je određen ili odrediv. Kada obaveza glasi na NFT, reč je o individualno određenoj obavezi, što znači da postoji rizik propasti. Kada obaveza ne glasi na

NFT, odnosno kada se radi o zamenljivom tokenu, reč je u generičkoj obavezi i važi genera non perunt. Kripto obaveza je određena ukoliko je poznat broj obračunskih jedinica i naziv tokena, odnosno unikatni identifikator kod NFT. Pored toga, potrebno je odrediti i BC transakcije, s obzirom na to da rizici i troškovi transakcije mogu biti značajno različiti među mrežama.

Literatura i izvori

Apostolov, A. (2020). The Future of Stablecoin in Europe Under the Markets in Crypto-Assets Regulation (mica): The Framework for Off-Chain Asset- Backed Digital Currencies. *International Scientific-Practical Journal "ELS,"* 191–201.

Barbureau, T., & Bodó, B. (2023). Beyond financial regulation of crypto-asset wallet software: In search of secondary liability. *Computer Law & Security Review*, 49, 105829. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2023.105829>

Damnjanović, N. (2022). Pravna priroda kriptovaluta. *Harmonius*, 11(1), 71–96.

Đurić, Đ., & Jovanović, V. (2023). New Regulation of Digital Assets for Future Business – Case of Serbia. *Agora International Journal of Juridical Sciences*, 17(1), Article 1. <https://doi.org/10.15837/aijjs.v17i1.5742>

European Parliamentary Research Service. (2020). *Blockchain for supply chains and international trade*. Publications Office. <https://data.europa.eu/doi/10.2861/957600>

Houben, D. R., & Snyers, A. (2020). *Crypto-assets—Key developments, regulatory concerns and responses*.

Hrnjak, T., & Kaščelan, B. (2021). O Nekim Pitanjima Digitalne Imovine U Pravnom Poretku Srbije. *Pravo, Ekonomija i Menadžment u Savremenim Uslovima LEMIMA*, 111.

Mirković, P. (2023). Digital assets: A legal approach to the regulation of the new property law institute. *Pravo - Teorija i Praksa*, 40(suppl), 17–31. <https://doi.org/10.5937/ptp2300017M>

Motika, Ž. (2022). How “digital” is the new Serbian Law on Digital Assets? *Pravni Zapisi*, 13(1), 93–112. <https://doi.org/10.5937/pravzap0-38132>

Mulyani, S., Mariyam, S., & Le, H. H. T. (2022). Legal Construction of Crypto Assets as Objects of Fiduciary Collateral. *Law Reform*, 19(1), 25–39.

Sandner, P. (2023, October 15). Liechtenstein Blockchain Act: How can nearly any right and therefore any asset be tokenized based.... *Medium*. <https://philipp->

sandner.medium.com/liechtenstein-blockchain-act-how-can-nearly-any-right-and-therefore-any-asset-be-tokenized-based-389fc9f039b1

Van Der Linden, T., & Shirazi, T. (2023). Markets in crypto-assets regulation: Does it provide legal certainty and increase adoption of crypto-assets? *Financial Innovation*, 9(1), 22. <https://doi.org/10.1186/s40854-022-00432-8>

Dimitrijević, M. B.(2021). Alternativnedigitalnevaluteumeđunarodnom monetarnom pravu: Global stablecoins. *Zbornik Radova Pravnog Fakulteta u Nišu*, 60(93), str. 13–27.

Mundrić, M. (2023, April 10). Dve godine Zakona o digitalnoj imovini: Dok se web3 razvija, regulativa u Srbiji stagnira. *Netokracija.rs*. <https://www.netokracija.rs/zakon-o-digitalnoj-imovini-izmene-i-dopune-203689>

Nikolić, Đ. L., & Cvetković, M. (2014). Definicija i pravna priroda digitalnog sadržaja. *Pravo i Privreda*, 51(7/9), str. 54–70.

Cvetković, M. (2016). Ugovor o korišćenju tuđih računarskih resursa. *Zbornik Radova Pravnog Fakulteta u Nišu*, 55(72), str. 183–200.

Mihajlo Cvetković, LL.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš,
Republic of Serbia

**CRYPTO AS AN OBJECT OF CONTRACTUAL OBLIGATION
UNDER THE REGULATION ON MARKETS IN CRYPTO ASSET
(MICA) AND THE DIGITAL ASSETS ACT (DAA)**

Summary

The paper examines the legal status and treatment of crypto assets in the context of contractual obligations. The analysis begins by considering the evolution from cryptocurrencies to crypto-goods, with special reference to definitions and terms used in the context of private law transactions. Then, the author focuses on the contractual parties under the EU Regulation on Markets in Crypto Asset (MiCa, 2023) and the Serbian Digital Assets Act (DA Act, 2020), where crypto-assets are predominantly treated as investment assets. Special attention is given to e-money tokens in the context of monetary obligations, as well as to Non-fungible tokens (NFTs) that have not yet been covered by regulations. The paper also refers to the contracting of crypto services, exploring how contractual relationships are formed and regulated, and elaborating on legal transactions based on contracts within the blockchain environment and tokenization. In conclusion, the paper draws attention to the problematic terminology used in the Serbian Digital Assets Act (2020), stating that the term “digital asset” (srb. “digitalna imovina”) is too broad and inadequate, and proposes the term “crypto asset” (srb. “kripto dobro”) which is defined through two key elements: the private nature of the good and the use of cryptography within the Digital Ledger Technology (DLT). This paper correlates the general theory of contract law and nominate contracts when the contractor's performance is in crypto.

Keywords: crypto, sale, NFT, token, contractual legal transaction, obligation.

Carmen Oana Mihăilă, LL.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Oradea, Republic of Romania
Mircea Mihăilă, PhD (Comp.Sc.),
University Lecturer,
Faculty of Electrical Engineering and Information Technology,
University of Oradea, Republic of Romania

pregledni naučni rad
10.5937/zrpfno-48197

UDK: 621.397.4:004.8:[347.77:342.738

Rad primljen: 12.12.2023.

Rad prihvaćen: 15.12.2023.

VIDEO SURVEILLANCE AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE: HOW DOES IT AFFECT PRIVACY AND INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS?

Abstract: *The protection of individual privacy is increasingly questioned in the context of today's high-tech video surveillance by using superior technologies, such as Artificial Intelligence (smart cameras and video surveillance systems, biometrics and facial recognition) which is capable of analyzing a huge amount of data, identifying links between that data and de-anonymizing them. Technology is synonymous with evolution. Yet, the advantages of using new technology are combined with great risks. The use of video cameras for surveillance raises important privacy issues. Biometric remote identification can only be performed under certain safeguards, in the context of a justified interest and with respect for the principle of proportionality. In recent years, facial recognition technology has become increasingly widespread, and highly controversial, as it is omnipresent (at airport check-in lines, police departments, pharmacies, etc.). While it may add a sense of security and comfort for businesses implementing it, such technology has been widely criticized by privacy advocates, especially for its built-in racial bias and potential for abusive use. "Real-time" biometric identification of individuals in public-accessible spaces for law enforcement purposes is seen as highly intrusive on the rights and freedoms of the individuals concerned, but it also evokes a sense of constant surveillance and indirectly discourages the exercise of freedom of assembly and other fundamental rights. Another important issue is the use of video surveillance in a context where it can cause problems in terms of intellectual property.*

The unauthorized use of recordings may affect confidential business operations. Trade secrets and confidential information are often an essential part of a company's intellectual property portfolio. Thus, companies have to take extra steps to ensure that images captured by cameras are stored securely and accessible only to authorized personnel. Cameras can capture images of artistic works, performances, exhibitions, and uncontrolled access can lead to infringement of copyright and related rights. As captured videos can be uploaded to platforms, such use of intellectual property can lead to copyright infringement, especially when the video entails the use of copyrighted material without the owner's permission, which constitutes an infringement of intellectual property rights.

Keywords: video surveillance, facial recognition technology, Artificial Intelligence, intellectual property, General Data Protection Regulation (GDPR).

1. Introduction

The aim of the EU is “to create a single European data space [...] where both personal and non-personal data, including sensitive commercial data, are secure and businesses also have easy access to an almost infinite amount of high-quality industrial data [...]” (EC, 2020a: 4)¹. In this objective, we may observe multiple advantages but we cannot ignore the possible risks. In the context of today's very efficient high-tech video surveillance by using superior technologies, the protection of the private life of an individual is increasingly called into question. Technology is synonymous with evolution. Yet, when it comes to using new technologies, such as Artificial Intelligence (smart cameras and video surveillance systems, biometrics and facial recognition), the advantages may come together with great risks.

Digital technologies are essentially a tool of social control, with individuals becoming increasingly transparent (De Gregorio, 2022: 217). Given the fact that **personal data** and sensitive information can be captured through video surveillance, the systems must comply with the regulations imposed by the General Data Protection Regulation (GDPR)². Artificial Intelligence (AI) can analyze a

1 European Commission/EC (2020a). *A European strategy for data*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM(2020)66, Brussels, 19.02.2020; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0066>

2 The General Data Protection Regulation (2016): 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 (GDPR), JO L 119, 4.5.2016; <https://gdpr-info.eu/>

huge volume of data, identify the links between these data, de-anonymize them, and thus create great risks. The use of video cameras for surveillance raises important privacy issues. When using AI technologies, the way data subjects express their free and informed consent is clearly questionable, given that the data controller cannot transparently explain the purpose of the data processing and the data subject does not know what risks he/she is exposed to (Paal, 2022: 297)³. In case of absence of consent, the right to be informed to consent to data processing and to have access to the stored data are almost non-existent. In this context, the limitation of these rights must be well justified, whereas the obligation of the responsible operator to implement adequate technical and organizational measures to comply with data protection is essential.⁴

Another important aspect of video surveillance is related to interference with **intellectual property**. In the modern era, video monitoring (video-conferencing, social media, etc.) is present in homes, businesses, public institutions or public places as an important tool in daily life. Yet, there is an increased concern about the abusive use of video recordings for purposes such as invading a person's privacy or spying on employees. Another problem that can affect video monitoring systems is **computer piracy**. To address all these issues, additional security measures are needed to ensure encryption, passwords, and controlled access.

Unauthorized use of these recordings may affect confidential business operations (plans, prototypes). Trade secrets and confidential information are often an essential part of a company's intellectual property portfolio. That is why companies find themselves in a position to take extra measures to ensure that the images captured by the cameras are stored securely and accessible only to authorized personnel. Cameras may capture images of artworks, performances, exhibitions, and uncontrolled access may result in infringement of copyright and copyright-related rights. Captured videos can be uploaded to platforms, and this use of intellectual property can lead to copyright infringement, especially when the video uses copyrighted material without permission. Using video record-

3 The processing of personal data is lawful only if the data subject has given consent, which means that the person must give consent for one or more specific purposes. In this context, there is probably no way for the controller to know or predict for which purposes personal data will be processed by autonomous and self-learning artificial intelligence systems (Paal, 2022: 297).

4 Art. 25 para. (2) of GDPR (2016): "The controller shall implement appropriate technical and organisational measures for ensuring that, by default, only personal data which are necessary for each specific purpose of the processing are processed. That obligation applies to the amount of personal data collected, the extent of their processing, the period of their storage and their accessibility. In particular, such measures shall ensure that by default personal data are not made accessible without the individual's intervention to an indefinite number of natural persons".

ings without the owner's permission may constitute a violation of intellectual property rights. Regarding the ownership of video recordings, in principle, the one who makes the recording is the owner of copyright on it. Yet, if a person is hired to make the video, the employer may own the copyright. Moreover, if the video recording captures images of other people, their right to privacy must be taken into account.

As early as 2005, when the Article 19 Data Protection Working Party (WP)⁵ drafted a document on the applicability of data protection in the field of intellectual property, attention was drawn to the relationship between the two branches and the need to implement measures to protect the rights and legitimate interests of intellectual property rights holders against alleged fraud. The document addresses the digital rights management (DRM), including the legitimate use of technologies for the purpose of protecting works (e.g. DRM may provide for identifying persons accessing legally protected information: songs, software, etc.), but also the possibilities available to copyright holders to enforce their rights against individuals suspected of copyright violation. On the other hand, the document addresses the DRM, which could be detrimental to the processing of personal data of natural person. In applying data protection principles to digital rights management, there is a growing gap between the protection of individuals in the offline and online worlds, especially given the widespread tracking and profiling of natural persons (WP, 2005: 3).

The EU Directive no. 2019/790 on Copyright and related rights in the Digital Single Market⁶ states that "any processing of personal data under this Directive should be carried out with respect for fundamental rights, including the right to respect for private and family life and the right to protection of personal data set out in Articles 7 and 8 (respectively) of the Charter, and must be in compliance with Directive no. 2002/58/EC and Regulation (EU) no. 2016/679" (Preamble § 85). Art. 28 of the Directive even has the marginal title "Protection of personal data". Specialists in the field of data protection appreciate that this Directive offers a new framework, adapted to technical developments on the personal data protection (Şandru, 2019: 21-31).

5 Article 29 Data Protection Working Party/WP (2005). Working document on data protection issues related to intellectual property rights, WP 104, 18 January 2005 (the Working Party set up under Article 29 of Directive 95/46/EC, Directorate E (Services, Copyright, Industrial Property and Data Protection) of the European Commission, Internal Market Directorate-General, Brussels, 2005; https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2005/wp104_en.pdf)

6 Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, **Official Journal of the EU**, L 130, 17.5.2019, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790>

In Romania, surveillance systems can be installed in open spaces (streets, national roads), provided that they are mounted in visible places, and it is forbidden to hide them. Article 6 § 1c) of the GDPR stipulates that the processing is necessary in order to fulfil a legal obligation incumbent on the operator. In this context, Article 2 of Romanian Law 333/2003 on the protection of objectives, goods, values and persons⁷ provides that “ministries and other specialized bodies of central and local public administration, autonomous administration, national companies and societies, national institutes of research and development, companies regulated by Law no. 31/1990, republished, with subsequent amendments and additions, regardless of the nature of the social capital, as well as other organizations that hold assets or values of any title, referred to in this law as units, are obliged to ensure their protection” (Article 2 § 1 of Law 333/2003).

According to Romanian legislation, there are several types of operators that have the legal obligation to install CCTV, including *inter alia* loan institutions in the category of banks, companies specialized in currency exchange, units profiled for activities with jewellery made of metals or precious stones, arms and ammunition stores, pawnshops, fuel stations, gambling halls and premises, institutions of public interest (Article 68 of Methodological norms of 11 April 2012 for the implementation of Law no. 333/2003 on the protection of objectives, goods, values and persons).

Under Law no. 190/2018 on measures to implement Regulation (EU) 2016/679⁸ on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, commercial companies have the right to install video surveillance cameras, but only if they can prove that other methods were ineffective and did not allow the proper functioning of the business. According to Decision no. 301/2012⁹ on the approval of the Methodological Norms for the application of Law no. 333/2003, which refers to the security of goods and people, commercial companies that have surveillance cameras are obliged to display warning signs regarding their presence. If the video images

7 Romanian Law 333/2003 on the protection of objectives, goods, values and persons, with subsequent additions and amendments, *Official Gazette of Romania*, no.189/18 March 2014; <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliuDocument/156432>

8 The Romanian Law no.190/2018 on measures to implement Regulation (EU)2016/679 of the E. 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 repeal of Directive 95/46/CE (GDPR), *Official Gazette* no. 651/2018; <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliuDocument/203151>

9 Government Decision no. 301 of 11 April 2012 on the approval of the Methodological Norms for the application of Law no. 333/2003, *Official Gazette* no. 335/17 May 2012, <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliuDocument/138059>

are used for the purpose of processing sensitive data such as biometric data, the operator shall apply Article 6 (lawfulness of processing) and Article 9 (processing of special categories of personal data) of the GDPR.

In Law no. 363/2018 on the protection of natural persons regarding the processing of personal data by the competent authorities for the purpose of prevention, discovery, investigation, prosecution and combating of crimes or the execution of punishments, educational and safety measures, as well as regarding the free circulation of these data¹⁰, the processing of biometric data is prohibited, with some exceptions: a) if the processing is expressly provided by the law; b) if it is necessary to prevent an imminent danger at least to life, bodily integrity or health of the person concerned or of another natural person; or c) if it refers to personal data that is openly made public by the data subject, with the adoption of appropriate measures to protect the rights, freedoms and legitimate interests of the data subject (Articles 10 and 11 of Law no. 363/2018).

According to Decision no. 174 of 18 October 2018¹¹, operators are obliged to carry out an impact assessment on the protection of personal data. Thus, the **Data Protection Impact Assessment (DPIA)** is mandatory, particularly in case of “[...] e) large-scale processing of personal data through innovative use or the implementation of new technologies, especially if the respective operations limit the ability of data subjects to exercise their rights, such as the use of facial recognition techniques to facilitate access to different spaces” (Article 1 of Decision no. 174 of 18 October 2018). Although the use of these technologies can be perceived as effective, the EDPB Guidelines 3/2019 on processing personal data through video devices (§73)¹² note that operators must first assess the impact on fundamental rights and freedoms and consider less invasive means to achieve the legitimate aim of processing (EDPB, 2020:19).

The use of biometric data and in particular facial recognition entail heightened risks for data subjects’ rights. It is crucial that recourse to such technologies

10 The Romanian Law no. 363/2018 on the protection of natural persons regarding the processing of personal data by the competent authorities for the purpose of prevention, discovery, investigation, prosecution and combating of crimes or the execution of punishments, educational and safety measures, as well as regarding the free circulation of these data, *Official Gazette* no. 13/7 January 2019, <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliuDocument/209627>

11 Decision no. 174 of 18 October 2018 on the list of operations for which a personal data protection impact assessment is obligatory, National Supervisory Authority for the Processing of Personal Data, *Official Gazette* no. 918/31 October 2018, <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliuDocument/206331>

12 European Data Protection Board/EDPB (2020). Guidelines 3/2019 on processing of personal data through video devices, 29 Jan. 2020; https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_201903_video_devices.pdf

takes place with due respect to the principles of lawfulness, necessity, proportionality and data minimisation as set forth in the GDPR. Whereas the use of these technologies can be perceived as particularly effective, controllers should first of all assess the impact on fundamental rights and freedoms and consider less intrusive means to achieve their legitimate purpose of the processing.

2. Video surveillance: Benefits greater than risks?

Facial recognition has evolved from face detection to the implementation of sophisticated methods: face segmentation, shape or texture description (Onufreiciuc, 2020: 95-103). In the early days of facial recognition technology (in 1990s), university researchers photographed volunteers to develop their algorithms. Later, they accessed cameras from campuses or cafes, or even photos posted online. In 2014, *Yahoo* announced “the largest public multimedia collection ever published” (a dataset of 100 million photos and videos) (Thome, Shamma, Friedland, Elizalde, Ni, Poland, Borth, Li (2016: 3)).¹³ However, users were not notified that their photos and videos were included in the dataset (although the photos were not shared directly but as links via American hosting service for images and video). In 2015, over four million Flickr photos were used in creating a database called Megaface to help test and refine facial recognition algorithms (*New York Times*: Hill, Krolik, 2019).¹⁴

Video surveillance, i.e. “systematic automated monitoring of a specific space by optical or audio-video means” (EDPB, 2020:5), is considered to be in accordance with the law only if there is a **legitimate interest of the operator/controller or a third party**, unless the interests or rights and freedoms fundamental rights of the data subject prevail over these interests.¹⁵ The legitimate interest must not be fictitious or speculative but must be real and up to date (WP, 2014:24).¹⁶ The GDPR stipulates that the processing and collection of personal data shall be legal,

13 Thome, B., Shamma D.A, Friedland G., Elizalde B., Ni K., Poland D., Borth D., Li L-J. (2016). YFCC100M: The New Data in Multimedia Research, *Communications of the ACM*, vol. 59|no.2|Feb. 2016; Retrieved 22 March 2023 from <https://dl.acm.org/doi/pdf/10.1145/2812802>; <https://arxiv.org/pdf/1503.01817v2.pdf>

14 *The New York Times*: Hill, K., Krolik, A. (2019). How Photos of Your Kids Are Powering Surveillance Technology, *The New York Times*, <https://www.nytimes.com/interactive/2019/10/11/technology/flickr-facial-recognition.html>

15 Article 6 §1f) of GDPR: “Processing is necessary for the purposes of the legitimate interests pursued by the controller or by a third party, except where such interests are overridden by the interests or fundamental rights and freedoms of the data subject which require protection of personal data, in particular where the data subject is a child [...]”.

16 Article 29 Data Protection Working Party (2014): Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, WP 217, 9 April 2014; https://cnpd.public.lu/dam-assets/fr/publications/groupe-art29/wp217_en.pdf

transparent and fair, and that the data shall be collected for a specific purpose, so that individuals have the right to access and control their data (Preamble § 39 GDPR). Therefore, individuals must be informed about the presence of the cameras and their purpose. If they are smart cameras, which are not visible, the persons concerned must be informed in detail about the monitored places (EDPB, 2020:28). Thus, there should be warning signs, a link to a website detailing surveillance information, a phone number, or a map of the application.¹⁷

The provisions of Article 5 (§ 1) of the GDPR contain obligations regarding the legality, fairness and transparency of data processing, compliance with and compatibility with determined, explicit and legitimate purposes, the principle of data minimization, accuracy, limitation of storage, integrity and confidentiality of data. In this context, a data protection impact assessment procedure (DPIA procedure) is necessary because, according to Article 35 (§ 1) and recitals 89 and 91 of the GDPR, the use of a new technology “in accordance with the achieved level of technological knowledge” may trigger the need to carry out a DPIA procedure.

Article 22 of the GDPR also stipulates in that “the data subject has the right not to be subject to a decision based exclusively on automatic processing, including profiling, which produces legal effects concerning the data subject or similarly affects him to a significant extent”. Therefore, a natural person cannot be transformed into a simple object of computer-assisted programs (Paal, 2022: 293). It remains to be seen how the complex processes involved in AI can be explained.

Data collected by video cameras must be stored securely and deleted when no longer needed. Individuals have the right to access their data, and video recordings cannot be used without consent for purposes other than those originally intended. The EC Communication *A European Data Strategy* (EC, 2020a:20) states that individuals “can be empowered to be in control of their data through tools and means that allow them to decide at a granular level” how their data can be used (“personal data spaces”).¹⁸ Under Article 13(§ 2 f) GDPR, in order to ensure fair and transparent data processing, controllers must provide data subjects

17 Similarly, when individuals interact with an AI system, or when their emotions or characteristics are recognised by automated means, individuals must be made aware of these circumstances, unless AI is used by law to detect, prevent, investigate and prosecute criminal offences. (Title IV(Art. 52)-Transparency obligations for certain AI systems, EP/EC Proposal for Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on Artificial Intelligence (*Artificial Intelligence Act*) and amending certain Union legislative acts, COM(2021)/0106(COD)/206; Brussels, 21.4.2021).

18 “This could be supported by strengthening individuals’ right to data portability under Article 20 of the GDPR, giving them more control over who can access and use automatically generated data, for example through stricter interface requirements for real-time data access

with further information about the presence of automated decision-making.¹⁹ The strategy also envisages effective access to justice, liability of operators, and compensation for sustained damage or harm (EC, 2020b: 22).²⁰

In the European Union, the use of **facial recognition technology** is governed by rules on data protection, privacy, fundamental rights and non-discrimination. *Facial recognition* is “the automatic processing of digital images containing the faces of individuals for the purpose of identifying, authenticating/verifying or classifying those individuals” (WP, 2012a: 2).²¹ Facial recognition technologies are biometric technologies, starting from the simple detection of the presence of a face in an image to the verification, identification and classification or more complex classification of people (Buolamwini, Ordóñez, Morgenstern, Learned-Mill, 2020: 2-6). To be used in a face recognition system, a face must be photographed by a camera or photo camera, or recorded by a video camera (Buolamwini *et al.*, 2020: 9). Although facial recognition algorithms have advanced a lot in recent years, facial recognition systems can generate errors (at least at the current level, algorithms are prone to errors, especially in difficult environments such as poor lighting or crowded spaces); thus, they generate high risks and affect fundamental rights.

The collection and analysis of biometric data by facial recognition software, for the purpose of identifying a person, may represent an interference with the rights to privacy and data protection, as envisaged in Articles 7 and 8 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU)²². Article 7 CFREU stipulates that “every person has the right to respect for private and family life, home and the secrecy of communications”. Article 8 (§1) of the CFREU and Article 16 §1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) regulate every person’s right to the protection of personal data concerning him/

and by introducing mandatory machine-readable formats for data from certain products and services, e.g. data from smart home appliances or smart wearable devices”(EC, 2020a:20).

19 Article 13 §2(f) of the GDPR envisages that such information should include “the existence of automated decision-making, including profiling, referred to in Art. 22(1) and (4) and, at least in those cases, meaningful information about the logic involved, as well as the significance and the envisaged consequences of such processing for the data subject.”

20 European Commission/EC (2020b). *White paper on Artificial Intelligence: European approach to excellence and trust*, 19.2.2020, COM(2020)65, https://commission.europa.eu/system/files/2020-02/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf

21 Article 29 Data Protection Working Party (2012a). “*Opinion 02/2012 on facial recognition in online and mobile services*”, 00727/12/EN, WP 192, Brussels, 22 March 2012 (2), Retrieved 1 March 2023 from <https://www.pdpjournals.com/docs/87998.pdf>.

22 The Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU), Official Journal of the European Communities C 2000/C 364/01); https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf

her. Similarly, Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR) ensures the right to respect for private and family life.²³ As shown in the GDPR, “the processing of personal data should be designed to serve mankind. The right to the protection of personal data is not an absolute right; it must be considered in relation to its function in society and be balanced against other fundamental rights, in accordance with the principle of proportionality. This Regulation respects all fundamental rights and observes the freedoms and principles recognised in the Charter as enshrined in the Treaties, in particular the respect for private and family life, home and communications, the protection of personal data, freedom of thought, conscience and religion, freedom of expression and information, freedom to conduct a business, the right to an effective remedy and to a fair trial, and cultural, religious and linguistic diversity” (Preamble § 4 GDPR).²⁴

This right must be balanced with other fundamental rights, according to the principle of proportionality. Article 52 of the CFREU also requires that “any restriction of the exercise of the rights and freedoms recognized by this charter must be provided by law and observe the substance of these rights and freedoms. By observing the principle of proportionality, restrictions may be imposed only if they are necessary and only if they effectively respond to the objectives of general interest recognized by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others”. The jurisprudence on these issues may be illustrated by some cases of the European Court of Human Rights (ECtHR) and the Court of Justice of the European Union (CJEU).²⁵

23 In *Gaughran v. the United Kingdom* (Appl. no 45245/15, Judgment 13.02.2020), the ECtHR has ruled that the implementation of facial recognition tools, using photographs captured during a person’s arrest and subsequently stored in a police database interferes with the right to respect for private life under Article 8 ECHR. The Court pointed out that keeping photographs of an arrested person for an indefinite period is a violation of the same right. (ECtHR case: *Gaughran v. the United Kingdom*, Appl.no 45245/15, Judgment 13.02.2020, Strasbourg, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22002-12731%22%5D%7D>); accessed on 5 March 2023

24 See: CJEU case: *Volker und Markus Schecke GbR and Hartmut Eifert* Joined cases C-92/09 and C-93/09, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 9 November 2010, para. 48.

25 Under Article 8, personal data protection plays a fundamental role in an individual’s exercise of the right to respect for private and family life. Domestic law must provide adequate guarantees to prevent any use of personal data that might be incompatible with the Article 8 guarantees (ECtHR case: *S. and Marper v. the United Kingdom*, Appl. no 30562/04, Strasbourg, Dec. 2008, para. 103).

In *Digital Rights Ireland*, the CJEU has invalidated Directive 2006/24 (of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC, 2006 O.J. (L 105) 54), which is no longer in force, on the grounds that it infringes fundamental rights to privacy and data protection. The Directive obliged telecom and Internet service

Article 8 (§2) of the ECHR specifies the conditions in which there may be an interference with the exercise of the protected right. In order to be justified, the interference must be “in accordance with law”, must pursue a “legitimate aim”, and must be “necessary in a democratic society”. Any interference must be justified by a legitimate aim, and the reasons justifying the interference must be relevant and sufficient.²⁶ As previously shown, when the fundamental right to private life interferes with the right to protection of personal data, the analysis of the balance of proportionality must be done,²⁷ and it is important that the fundamental rights are not called into question (Brkan, 219: 864-883).

The Protocol (no.223/2018) amending the CoE Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (108/1981)²⁸ emphasizes that the purpose of the Convention is to protect every person, regardless of his/her nationality or residence, with regard to the processing of personal data, thus contributing to respect for fundamental human rights and freedoms and, in particular, the right to private life/privacy (Article 2 of Protocol 2018).²⁹

providers to retain data on their users: name, address, date, time, duration and type of communication, as well as the IP addresses of internet service users. (CJEU case: *Digital Rights Ireland Ltd v Minister for Communications, Marine and Natural Resources and Others and Kärntner Landesregierung and Others*, joined Cases C-293/12 and C-594/12, Judgment of the Court (Grand Chamber), 8 April 2014).

In the case *Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner*, the CJEU ruled that mass surveillance measures compromise the essence of the fundamental right to privacy, stating that “regulation which allows public authorities to access the content of electronic communications on a general basis must be regarded as undermining the substance of the fundamental right to respect for private life as guaranteed by Article 7 of the Charter” (CJEU case: *Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner*, Request for a preliminary ruling from the High Court (Ireland), C-362/14, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 October 2015, para. 94).

26 Council of Europe/European Court of Human Rights (2022). *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights Right to respect for private and family life, home and correspondence*, 31 August 2022, Retrieved 7 March 2023 from https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf

27 As the CJEU has already stated: “two separate rights are here invoked: a classic right (protection of privacy under Article 8 ECHR) and a more modern right (the data protection provisions of Convention No 108). Similar rights are identified respectively in Articles 7 and 8 of the Charter. The Court has recognised the close link between the fundamental rights to privacy and the right to data protection” (CJEU case: *Volker und Markus Schecke and Eifert GbR and Hartmut Eifert*, joined cases C-92/09 and C-93/09, Opinion of Advocate General Sharpston, 17 June 2010, para. 71).

28 Council of Europe/CoE (2018). Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (108/1981), Council of Europe, CETS No. 223, Strasbourg, 10.X.2018; <https://rm.coe.int/16808ac918>

29 In Romania, the 2018 Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data was ratified by Law no. 290/2021,

The European Court of Human Rights has shown that “the rapid development of increasingly sophisticated techniques that allow, among other things, facial recognition and facial mapping techniques to be applied to people, to photos of people, makes their photography, as well as the storage and the possible diffusion of the resulting data, problematic” (ECtHR, 2020: 86).³⁰

In the case *Antović and Mirković v. Montenegro*,³¹ the ECtHR considered that there had been a violation of Article 8 of the Convention, finding that the camera surveillance did not comply with the law. The application was filed by two professors at the School of Medicine, who said that the surveillance was illegal and that they had no effective control over the collected information. The domestic courts rejected a claim for damages, finding that privacy was not at issue because the halls where the applicants taught were public spaces. Noting that private life can include professional activities, the ECtHR held that the surveillance by cameras constituted an interference with the applicants’ right to private life. In another case, *Bărbulescu v. Romania*³², the ECtHR held that there was a violation of Article 8 of the Convention, finding that the Romanian authorities did not adequately protect the plaintiff’s right to respect for his private life and correspondence. The plaintiff complained that his employer’s decision to fire him after monitoring his electronic communications and accessing their contents was based on a violation of his privacy rights. He had not been informed of the nature or extent of the monitoring, nor of the degree of intrusion into his private life and correspondence. In the case *Peck v. the United Kingdom*,³³ a footage filmed in a street where the plaintiff was cutting his veins was released. The images were filmed using a closed-circuit television camera (CCTV) installed by the local council and have been posted in several articles about the positive impact of CCTV cameras and subsequently on TV shows about crime in the UK. The Court established that Article 8 of the Convention was violated because the disclosure of the records by the city council was not accompanied by sufficient safeguards and constituted a disproportionate and unjustified interference in

Official Gazette of Romania, no.1171,10 December 2021.

30 ECtHR (2020). “*Guide to the Case-Law of the of the European Court of Human Rights, Data protection*”, 31 August 2022, 86; https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Data_protection_ENG

31 ECtHR case: *Antović and Mirković v. Montenegro*, Application no 70838/13 Judgment 28 November 2017. (See: ECtHR Factsheet: *Personal data protection*, December 2022, p.14; https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs_data_eng).

32 ECtHR case: *Bărbulescu v. Romania* Application no 61496/08, Judgment 5 September 2017. (ECtHR Factsheet, 2022: 12)

33 ECtHR case: *Peck v. the United Kingdom*, Application no 44647/98, Judgment 28 January 2003; <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-687182-694690%22%5D%7D>

the applicant's private life. The Council did not seek the plaintiff's consent when it released these photographs.

In 2020, the Human Rights Council (HRC) adopted Resolution A/HRC/44/L.11 on "The Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, including the Right to Development"(2020),³⁴ through which the HRC condemned the use of facial recognition technology alongside other digital tracking tools. In 2021, the HRC adopted Resolution 47/23 on "New and Emerging Digital Technologies and Human Rights"(2021),³⁵ which obliged the High Commissioner to convene an expert consultation on "the relationship between human rights and technical standard-setting processes for new and emerging digital technologies" (OHCHR, 2023).³⁶ Among the proposed issues was the influence of technical standards for new and emerging digital technologies, related risks and opportunities or common obstacles to the effective integration of human rights considerations into technical standard-setting processes for new and emerging digital technologies. As experts point out, the protection of private life and access to personal data are "two complementary notions that have evolved as inclusion and understanding, which were permanently under the impact of technological innovation and easier access to information, especially the information transmitted in electronic format" (Manescu, 2020: 102-114).

3. Artificial Intelligence (AI) and real-time surveillance

Elaborating on the AI Strategy for Europe (EC, 2018a),³⁷ the European Commission attempted to define the concept of Artificial Intelligence (AI) and presented a coordinated plan to promote the development and use of AI in Europe (EC, 2018 b).³⁸

34 UN Human Rights Council (HRC): Resolution A/HRC/44/L.11 on "The Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, including the Right to Development", 13 July 2020; <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G20/178/26/PDF/G2017826.pdf?OpenElement>

35 UN Human Rights Council (HRC): Resolution 47/23 on "New and Emerging Digital Technologies and Human Rights", 13 July 2021, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/192/18/PDF/G2119218.pdf?OpenElement>

36 OHCHR (2023). Call for inputs: The relationship between human rights and technical standard-setting processes for new and emerging digital technologies - Report of the High Commissioner for Human Rights, 30 June 2023; <https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/2023/call-inputs-relationship-between-human-rights-and-technical-standard-setting>

37 European Commission (2018a). "Artificial Intelligence for Europe", Communication from the Commission COM(2018) 237, Brussels, 25.4.2018; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2018%3A237%3AFIN>

38 European Commission (2018b). "Coordinated Plan on Artificial Intelligence", Communication from the Commission to the E.Parliament, the European Council, the Council, the European

Artificial Intelligence (AI) refers to systems that exhibit intelligent behaviours by analyzing their environment and take action, with some degree of autonomy, to achieve specific goals (EC, 2019: 46).³⁹ AI systems can be based solely on software, acting in the virtual world (e.g. voice assistants, image analysis software, search engines, voice and facial recognition systems), or AI can be embedded in hardware devices (e.g. advanced robots, autonomous vehicles, drones or applications for the Internet of Things) (EC, 2018a:1). *Deep learning* is today the dominant approach to facial detection and analysis, and algorithms are routinely trained to learn and extract facial features and properties from large datasets (EP, 2021a: 2).⁴⁰

Video surveillance using AI is capable of **remote identification through facial recognition**.⁴¹ Biometric data capture, matching and identification all happen without significant delays. These include not only instant identification but also limited short delays to avoid circumvention (Art. 3 (37) of the Proposal for the *Artificial Intelligence Act*, 2021). Facial recognition technology can compare digital facial images to determine if they are of the same person. *Live facial recognition technology* implies comparing images obtained from video cameras (CCTV) with images from databases. Peoples' facial images are recognizes as a

Economic and Social Committee and the Committee of the Regions COM(2018) 795, Brussels, 7.12.2018; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0795>

39 "Artificial intelligence (AI) systems are software (and possibly also hardware) systems designed by humans that, given a complex goal, act in the physical or digital dimension by perceiving their environment through data acquisition, interpreting the collected structured or unstructured data, reasoning on the knowledge, or processing the information, derived from this data and deciding the best action(s) to take to achieve the given goal. AI systems can either use symbolic rules or learn a numeric model, and they can also adapt their behaviour by analysing how the environment is affected by their previous actions" (European Commission/EC (2019). High-Level Expert Group on Artificial Intelligence: "*Ethics guidelines for trustworthy AI*", 8 April 2019, 46. Retrieved 20 March 2023 from <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>).

40 European Parliament (2021a). *Regulating facial recognition in the EU*, by T.Madiega and H.Mildebrath, European Parliamentary Research Service/EPRS, PE 698.021, September 2021, Retrieved 20 March 2023 from [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2021/698021/EPRS_IDA\(2021\)698021_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2021/698021/EPRS_IDA(2021)698021_EN.pdf)

As stated in the EP/EC Communication *A European strategy for data* (2020), "the volume of data produced in the world is growing rapidly, from 33 zettabytes in 2018 to an expected 175 zettabytes in 2025" (EC, 2020a: 2).

41 *Remote biometric identification* can be defined as "AI system intended for the identification of natural persons at a distance through the comparison of a person's biometric data with the biometric data contained in a reference database, and without prior knowledge whether the targeted person will be present and can be identified, irrespectively of the particular technology, processes or types of biometric data used" (Recital 8 of Proposal for the *Artificial Intelligence Act*, COM/2021/206, 2021).

form of sensitive data (FRA, 2019:1).⁴² Yet, facial images do not refer to simple photographs, as provided for in Recital 51 of the GDPR.⁴³ Images will constitute biometric data when they are processed through specific technical tools that allow the unique identification or authentication of a person (CoE, 2021:3).⁴⁴ *Emotion recognition systems* are defined as “AI systems whose purpose is to identify or infer the emotions or intentions of individuals based on their biometric data” (Art.3(34) *Proposal for the Artificial Intelligence Act*, 2021).

Biometric data⁴⁵, which are considered sensitive data⁴⁶, can thus be collected and used. The GDPR prohibits the processing of biometric data for the unique

42 FRA/EU Agency for Fundamental Rights (2019). “*Facial recognition technology: fundamental rights considerations in the context of law enforcement*”, Retrieved 20 March 2023 from https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-facial-recognition-technology-focus-paper-1_en.pdf

43 Preamble §51 of the GDPR: “The processing of photographs should not systematically be considered to be processing of special categories of personal data as they are covered by the definition of biometric data only when processed through a specific technical means allowing the unique identification or authentication of a natural person”.

44 Council of Europe/CoE (2021). *Convention 108: Guidelines on Facial Recognition*, T-PD(2020)03rev4, Directorate General of Human Rights and Rule of Law, Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, 28 January 2021, 3; <https://rm.coe.int/guidelines-on-facial-recognition/1680a134f3>

45 Article 4 (§14) of the GDPR stipulates: “*biometric data* means personal data resulting from specific technical processing relating to the physical, physiological or behavioural characteristics of a natural person, which allow or confirm the unique identification of that natural person, such as facial images or dactyloscopic data.” Directive EU/2016/680 or Regulation EU/2018/1725 contain a similar definition (Art. 3(18) Regulation EU/2018/1725 of the E.Parliament and of the Council of 23 October 2018 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by the Union institutions, bodies, offices and agencies and on the free movement of such data, and repealing Regulation EC/No 45/2001 and Decision No.1247/2002/EC, **OJ L** 295, 21.11.2018, 39-98).

46 Facial images fall into the special category of personal data, designated as sensitive data. Thus, EU data protection law provides for enhanced protection and additional safeguards compared to other personal data (FRA, 2019: 5).

identification of a natural person,⁴⁷ with some exceptions.⁴⁸ As noted by the Article 29 Data Protection Working Party experts, facial recognition technology may be used for identification, authentication/verification and categorisation purposes, by relying on: 1) biological/physical properties, physiological or behavioural characteristics, unique traits or repeatable action (WP 2012a:4)⁴⁹, such as: fingerprint verification, fingerprint image analysis, iris recognition, retina analysis, face recognition, hand pattern contour, ear shape recognition, body odour detection, voice recognition, DNA pattern analysis and sweat pore analysis, etc), and 2) behaviour-based techniques measuring one's conduct (e.g. analysing handwritten signatures, keystroke analysis, patterns indicating subconscious thoughts, movements, walk, talk, etc. (WP 2012b: 4).⁵⁰

AI and real-time surveillance are important for prevention and security purposes. The rule-based video surveillance, and especially facial recognition technology, can help law enforcement bodies classify data and find missing people; they can also be used in identity theft investigations, etc. "AI-powered cameras are not limited to public surveillance, but also engage in intelligent analytics" (*Security Boulevard*: Zola, 2020).⁵¹

47 Art. 9 para. (1) of GDPR prescribes: "Processing of personal data revealing racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, or trade union membership, and the processing of genetic data, biometric data for the purpose of uniquely identifying a natural person, data concerning health or data concerning a natural person's sex life or sexual orientation shall be prohibited." According to Article 22(2) and (4) of the GDPR, automated decision-making, including profiling, must not be based on sensitive data, and the operator is obliged to ensure measures to safeguard the data subject's rights, freedoms and legitimate interests.

48 The European Parliament Resolution of 25 March 2021 on a *European strategy for data* (2021/C 494/04) recalls that the processing of special categories of personal data under Article 9 of the GDPR is in principle prohibited, with certain strict exceptions, which include specific processing rules and the obligation to conduct a data protection impact assessment; it also highlights the potentially disastrous and irreversible consequences of wrongful or unsecure processing of sensitive data for the individuals concerned (§33). (EP Resolution of 25 March 2021 on a *European strategy for data* (2020/2217(INI)/(2021/C 494/04), O.J. EU C 494/37, 8.12.2021; https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2021.494.01.0037.01.ENG)

49 Article 29 Data Protection Working Party (2012a). *Opinion 02/2012 on facial recognition in online and mobile services*, WP 192, Brussels, 22 March 2012, https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp192_en.pdf

50 Article 29 Data Protection Working Party/WP (2012b). *Opinion 3/2012 on developments in biometric technologies*, WP 193, Brussels, 27 April 2012, Retrieved 26 March 2023 from <https://www.pdpjournals.com/docs/87998.pdf>

51 *Security Boulevard*: Zola (2020). AI Surveillance in a Post-Pandemic World, by A. Zola, Security Bloggers Network, 10 June 2020, <https://securityboulevard.com/2020/06/ai-surveillance-in-a-post-pandemic-world/>

In spite of many advantages, the use of these advanced technologies can lead to abuses and the limitation of fundamental freedoms. The EC *White Paper on Artificial Intelligence* states that AI involves “a number of potential risks, such as opaque decision-making, gender-based or other kinds of discrimination⁵², intrusion into our private lives or use for criminal purposes” (EC, 2020b:1). The EC *Proposal for the “Artificial Intelligence Act”* (2021) also points out that AI systems which are used for general purposes by or on behalf of public authorities for assessing social behaviour of natural persons may lead to discriminatory outcomes and exclusion of certain groups. They “may violate the right to dignity and non-discrimination, as well as the values of equality and justice” (Preamble § 17). The use of AI-powered technology may adversely affect fundamental rights and freedoms, including freedom of speech, assembly, religion, privacy, the rights of the child (due to their high vulnerability), human dignity, equality, democracy and the rule of law (Preamble § 15-18). Some “high-risk AI systems” may also have a negative impact on people’s safety (EC, 2021:13-14).

It should be noted that, at this legislative stage, the GDPR only marginally addresses the implications of AI for data protection (Paal, 2022: 291). If we look at Article 5 GDPR, for example, in terms of *data transparency* in AI processes, it is hard to believe that data can be transparently collected or easily accessed (Paal, 2022: 292-293). Even in case of legitimate aims, which should be clearly communicated to data subjects, the aims may be incompatible with the actual purpose of AI technologies.⁵³ The data storage period must also be limited in time, “ensuring that the period for which personal data is stored is strictly limited to the minimum” (Preamble § 39 GDPR); it is in conjunction with Article 17 §1 of the GDPR: “the targeted subject has the right to obtain from the operator the deletion of personal data concerning him, without undue delay.” Yet, we have to ask whether AI technology can still be developed if the storage period is limited in time?

The *Proposal for the “Artificial Intelligence Act”* (2021) states that “the use of AI systems for the **“real-time” biometric identification** of natural persons in publicly accessible spaces for the purpose of law enforcement is considered par-

52 It has been reported that facial recognition technology produced errors when it was used on people of color, which can lead to discrimination. Some AI facial analysis software shows biases based on gender and race, showing low errors in sex determination for lighter-skinned men but high errors in sex determination for darker-skinned women (Buolamwini, Gebru, 2018: 1-15). Browne asserts that “surveillance is both a discursive and material practice that reifies boundaries, borders, and bodies around racial lines, so much so that the surveillance of blackness has long been, and continues to be, a social and political norm” (Browne, 2015: 10).

53 Yet, imposing legitimate aim restrictions will inhibit the development and use of AI, preventing companies from experimenting with their algorithms or trying new uses for existing data. (Wallace, Castro, 2018:14).

ticularly intrusive in the rights and freedoms of the persons concerned, to the extent that it may affect the private life of a large part of the population, evoke a feeling of constant surveillance and indirectly discourage the exercise of freedom of assembly and other fundamental rights. In addition, the immediacy of the impact and the limited opportunities to carry out further checks or corrections in relation to the use of such systems operating in real time entail increased risks for the rights and freedoms of persons targeted by law enforcement activities” (Preamble §18). These systems may only be used in case it is necessary to achieve a substantial public interest: in case of searching for missing children or potential victims of crime; in case of threats to the life or physical safety of natural persons or a terrorist attack; in case detection, location, identification or prosecution of the suspected persons or perpetrators of criminal offences envisaged in the Council Framework Decision 2002/584/JHA⁵⁴, if those criminal offences are defined in the law of the Member State and punishable by a custodial sentence or a detention order for a maximum period of at least three years (Preamble §19).⁵⁵ Yet, the Member States are free to decide whether they wish to implement the exceptions in their national legislation and ban the use of real-time facial recognition systems in publicly accessible spaces for law enforcement purposes (Article 5 § 1d) of the Proposal for the “Artificial Intelligence Act” 2021).

Directive (EU) 2016/680⁵⁶ also establishes that “[...] the processing of biometric data for the unique identification of a natural person [...] is authorized only when it is strictly necessary and subject to adequate guarantees for the rights and freedoms of the data subject, and only when: a) it is authorized by Union law or internal law; b) it is necessary to protect the vital interests of the data subject or of another natural person, the respective processing refers to data that is made publicly available by the data subject” (Article 10 of Directive (EU) 2016/680).

Biometric facial recognition technologies are increasingly used to identify, classify, track individuals by both public and private entities. In recent years, they have become more widespread and more controversial, popping up everywhere

54 See: Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, the Council of the European Union, (OJ L 190, 18.7.2002, p. 1);

55 The custodial sentence threshold of at least 3 years indicates that the offence should be serious enough to justify the possible use of “real-time” remote biometric identification systems (Preamble §19 of the Proposal for “the Artificial Intelligence Act”, 2021).

56 Directive (EU) 2016/680 of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA, O.J. EU, L 119/89, 4.5.2016; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680>

(from airport check-in lines to police departments and pharmacies). However, while it may add a sense of security and convenience to businesses deploying it, the new technology has been widely criticized by privacy advocates for its built-in racial bias and potential for abuse. Machine learning, accompanied by the analysis of large amounts of data, makes these operations even more risky.

The AI Global Surveillance Index shows the results of empirical research on AI surveillance use in 176 countries worldwide. The data show that at least 75 out of 176 countries globally (43%) are actively using AI technologies for surveillance purposes (Feldstein, 2019:7). The common surveillance tools are: smart city/safe city platforms (56 out of 75 states), facial recognition systems (64 out of 75 states), and smart policing (53 out of 75 states) (Feldstein, 2019:16). Liberal democracies are major users of AI surveillance. The index shows that 51% of advanced democracies are deploying AI surveillance systems to monitor borders, to catch potential criminals, to monitor citizens for inappropriate behaviour, to weed out terrorist suspects from crowds (Feldstein, 2019: 10). States with authoritarian systems and low levels of political rights are investing heavily in AI surveillance techniques (Feldstein, 2019:8). Governments in autocratic/semi-autocratic countries are more prone to abuse AI surveillance than governments in liberal democracies (Feldstein, 2019:2).

The overall mission of a smart city is to optimize the operational efficiency and quality of municipal and government services and drive the economic growth while improving the quality of life by using smart technology and data analytics (TechTarget, 2020).⁵⁷ By using AI, the images captured for surveillance purposes can be analyzed quickly and action can be taken in real time. Some studies note that AI technologies can help reduce crime by 30 to 40% and reduce response times for emergency services by 20 to 35% (*SmartCitiesDive*: Teale, 2018); others report on the use of AI technology in smart cities: facial recognition and biometrics (84%), in-car and body cameras for police (55%), drones and aerial surveillance (46%), crime reporting and emergency apps (39%), etc. (Deloitte, 2021: 131).⁵⁸ The global video surveillance market is currently worth approximately \$45.5 billion, growing at a compound annual growth rate of 10.4% to reach \$74.6 billion by 2025 (*Security Boulevard*: Zola, 2020). As city surveillance is the dominant application of surveillance infrastructure, the global video

57 TechTarget (2020). Smart City; July 2020; <https://www.techtarget.com/iotagenda/definition/smart-city> (accessed 30 March 2023).

58 Deloitte (2021). Urban Future with a Purpose; <https://www.deloitte.com/content/dam/assets-shared/legacy/docs/perspectives/2022/deloitte-urban-future-with-a-purpose-study-set2021.pdf>

surveillance market is expected to grow from USD 53.7 billion in 2023 to the projected USD 83.3 billion by 2028 (MarketsandMarkets, 2023).⁵⁹

Facial recognition technologies are already used for different purposes, including detecting emotions. Wales used this technology during the UEFA Champions League in 2017. The German police used facial recognition technology during the G20 summit in Hamburg (2017). The French police tested this technology by using volunteers during the 2018 carnival in Nice (FRA, 2019:11-12). Elaborate AI-powered technologies were also used in EU project *iBorderCtrl* (2016-2019), aimed at testing an automated border-control system at the EU external borders (in Hungary, Greece, Latvia, Poland, Spain, UK) by integrating facial recognition, lie-detection and other technologies (FRA, 2019: 8; EC, 2018).⁶⁰ At the outset of the Covid-19 pandemic, France used AI to monitor the subway/metro system to ensure passengers are wearing protective masks, not in order to identify and punish the non-abiding citizens but to generate anonymous data to help the authorities anticipate the likelihood of future infection outbreaks (*The Verge*:Vincent, 2020).⁶¹ In France, facial recognition technology was also tested in two high schools to help security guards prevent intrusion by strangers or identity theft (EP, 2021a:37). Spain uses facial recognition for surveillance at airports (to improve border control and security) and bus stations (to prevent petty crime and vandalism); recently, a supermarket chain *Mercadona* has stated using it to detect people who have been given a restraining order or banned by the court from entering the supermarket premises (EP, 2021a:38). Great Britain, Hungary and the Czech Republic also use facial recognition systems at their airports and in the streets to preserve the public order, road safety, identify criminals, etc. (FRA, 2019:3). During the Covid-19 lockdown, Russia used tens of thousands of facial recognition cameras and digital passes on cell phones to track citizens and keep them in quarantine (*BBC*, 2020).⁶² The UK Gambling Commission allowed the use of facial recognition systems to keep track of players, monitor those moving around gambling sites and control addiction (Onufreiciuc,

59 MarketsandMarkets (2023). Video Surveillance Industry worth \$83.3 billion by 2028, Press release, <https://www.marketsandmarkets.com/PressReleases/global-video-surveillance-market.asp>

60 EC (2018). *Smart lie-detection system to tighten EU's busy borders* (press release), 24 October 2018, accessed 30 March 2023 <https://ec.europa.eu/research-and-innovation/en/projects/success-stories/all/smart-lie-detection-system-tighten-eus-busy-borders>

61 *The Verge* (2020). France is using AI to check whether people are wearing masks on public transport, by J. Vincent, 7 May 2020, <https://www.theverge.com/2020/5/7/21250357/france-masks-public-transport-mandatory-ai-surveillance-camera-software>

62 *BBC* (2020). Coronavirus: Russia uses facial recognition to tackle Covid-19, 4 April 2020; <https://www.bbc.com/news/av/world-europe-52157131>

2020: 95-103). Kyrgyzstan, India, Israel, the USA or Australia are also among the countries that have implemented facial recognition and AI-assisted surveillance systems in public spaces (EP, 2021a:32).

In Romania, the Police implemented the project “Development of the facial identification and recognition system (NBIS) and its interconnection with EU law enforcement authorities through sTESTA”, financed by the European Commission (2018-2021).⁶³ On the occasion of the Pope’s visit, Kenya used a video surveillance system from the *Kenya Safe City* project, initiated by Huawei, including 1800 HD cameras and 200 HD traffic surveillance cameras in the country’s capital Nairobi. The national police command centre, with more than 9,000 police officers and 195 police stations, was established to carry out monitoring and case resolution (Feldstein, 2019: 18).

Facial recognition systems are also widely used by public authorities or police for video surveillance during social protests. According to a report by Amnesty International, at least 64 countries are actively using facial recognition systems in the world today (Feldstein, 2019: 32). A study conducted in Montreal showed that real-time CCTV monitoring can provide behavioural cues related to suicide risk, identify individuals and save lives (Mishara, Bardon, Dupont, 2016: 1245).

In 2018, Middle School no. 11 in Hangzhou (China) held a *smart campus* seminar which unveiled the project *Smart Classroom Behaviour Management System*. In addition to using facial recognition to monitor library loans or mobile payments in the coffee shop, “smart eyes” were also installed in the classroom so that students no longer dared to be inattentive in classes (Article 19, 2021: 29-30).⁶⁴ There are countries like India, Kenya, South Africa, Argentina, Bangladesh, Chile, USA, where biometric data collection systems are used in social welfare systems (EP, 2021b:17).⁶⁵

63 Poliția Română (2021). Proiectul „Dezvoltarea sistemului de identificare și recunoaștere facială (nbis) și interconectarea acestuia cu autoritățile de aplicare a legii din ue prin intermediul stesta” (Project: Development of facial identification and recognition system (NBIS) and its interconnection with EU law enforcement authorities through sTESTA, 25 Noiembrie 2021; <https://www.politiaromana.ro/ro/comunicate/proiectul-dezvoltarea-sistemului-de-identificare-si-recunoastere-faciala-nbis-si-interconectarea-acestuia-cu-autoritatile-de-aplicare-a-legii-din-ue-prin-intermediul-stesta>

64 Article 19/Free Word Center (2021). *Emotional Entanglement: China’s emotion recognition market and its implications for human rights*, Jan.2021, 29, Retrieved 31 March 2023 <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2021/01/ER-Tech-China-Report.pdf>

65 European Parliament (2021b). *Digital technologies as a means of repression and social control*, by D.Głowacka, R.Youngs, A. Pinteia, E.Wołosik, Directorate-General for External Policies of the EU, 2021, 17, Retrieved 31 March 2023 from [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/653636/EXPO_STU\(2021\)653636_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/653636/EXPO_STU(2021)653636_EN.pdf)

Due to the controversies concerning the use of these technologies, some states in the USA (e.g. Oregon) have banned the use of facial recognition technology by the city departments, including the local police, and businesses catering for the general public (stores, restaurants, hotels) (Portland.gov, 2020⁶⁶; *CNN Business*: Metz, 2020)⁶⁷. San Francisco, Oakland or Boston banned the use of this surveillance technology in the city (*The New York Times*: Conger, Fausset, Kovaleski, 2019).⁶⁸ In 2016, Baltimore police secretly launched aerial drones to conduct daily surveillance of the city's residents; the project was abruptly ended when the media revealed this fact (*Axios*: Hart, 2019). In the U.S., the *Commercial Facial Recognition Privacy Act* (bill) of 2019 prohibited entities from collecting, processing, storing, or controlling facial recognition data unless those entities provide documentation explaining the capabilities and limitations of facial recognition technology and obtain the end users' explicit and affirmative consent to use such technology after they have been informed of the reasonably foreseeable uses of the data collected through facial recognition (US Congress, 2019).⁶⁹

4. Instead of conclusion: How do these technologies affect our daily lives? Do the benefits outweigh the risks?

Facial recognition technologies are no longer a novelty, and the fact that they are increasingly used in various fields raises contradictory opinions. The personal safety and general security is seen as opposed to the human rights and fundamental freedoms that can be affected by the use of these technologies. The standards and related guarantees for the use of AI must be strictly regulated in order not to amplify the justified fears related to these facial recognition systems. It is a real challenge to reconcile the use of new technologies with the protection of human rights, but the instruments adopted by the EU and those at the international level show concern for addressing the specific issues raised by AI. It is imperative to adopt a legislative framework that regulates the use

66 Portland.gov (2020). *City Council approves ordinances banning use of face recognition technologies by City of Portland bureaus and by private entities in public spaces*, 9 September 2020, Retrieved 31 March 2023 from

<https://www.portland.gov/smart-city-pdx/news/2020/9/9/city-council-approves-ordinances-banning-use-face-recognition>

67 CNN Business (2020): Portland passes broadest facial recognition ban in the US, by R. Metz, 9 September 2020, <https://edition.cnn.com/2020/09/09/tech/portland-facial-recognition-ban/index.html>

68 *The New York Times* (2019): San Francisco Bans Facial Recognition Technology, by Conger, K., Fausset, R. Kovaleski, S.F.; 14 May 2019; <https://www.nytimes.com/2019/05/14/us/facial-recognition-ban-san-francisco.html>

69 US Congress (2019): Commercial Facial Recognition Privacy Act of 2019, S.847 - 116th Congress (2019-2020), March 2019; <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/847>

of these technologies, according to the principle of proportionality, but also to provide sufficient guarantees for the protection of fundamental human rights. The GDPR limited the use of data, especially in AI processes, but this Regulation should be further amended in the future.

The EU legislation recognizes that facial images constitute biometric data, as they can be used to monitor, track, identify, classify and assess people (surveillance, identity verification, classification by specific characteristics, etc.). AI technologies have multiple uses: at police headquarters, at work, in schools, means of transport, banks, shops, stadiums, homes, various events. The need to control migrations, track terrorist threats, repress antisocial conduct (etc.) urges both developed and poor economies to allocate budgets for the development of AI technologies. There are good reasons for using these technologies but the huge amount of data, the way they are stored and used seems to be getting out of control, and surveillance does not seem so legitimate anymore. The legitimate interest of the operator cannot be superior to the fundamental rights, freedoms and interests of subjects requesting the protection of their data. Balancing these interests calls for legislative harmonization and guarantees of equal data processing conditions for all EU market participants.⁷⁰

Whoever holds information holds power, and whoever holds vast amounts of information has even greater power. The competition between law and technology is unequal (Lascateu, 2020: 66), but the human being must be the focal point of concerns in both. As aptly stated by Bălan (2015), “it is necessary to abandon the protection of private life in line with all-or-nothing paradigm [...]; surveillance has to be treated distinctly in line with the targeted space and time” (Bălan, 2015: 65).

70 Recital 9 of the GDP: “Differences in the level of protection of the rights and freedoms of natural persons, in particular the right to the protection of personal data, with regard to the processing of personal data in the Member States may prevent the free flow of personal data throughout the Union. Those differences may therefore constitute an obstacle to the pursuit of economic activities at the level of the Union, distort competition and impede authorities in the discharge of their responsibilities under Union law”.

Recital 10 of the GDP: “In order to ensure a consistent and high level of protection of natural persons and to remove the obstacles to flows of personal data within the Union, the level of protection of the rights and freedoms of natural persons with regard to the processing of such data should be equivalent in all Member States.”

References

- Bălan, I. (2015). Dreptul la respectarea vieții private și supravegherea video, audio sau prin fotografiere Partea a II-a. *Pandectele Române* 8: 63-93.
- Brkan, M. (2019). The Essence of the Fundamental Rights to Privacy and Data Protection: Finding the Way Through the Maze of the CJEU's Constitutional Reasoning. *German Law Journal*, 20(6). 864-883.
- Browne, S. (2015). *Dark Matters: on the Surveillance of Blackness*, Duke University Press, Durham, 10.
- Buolamwini, J., Ordóñez V., Morgenstern J., Learned-Mill E. (2020). Facial Recognition Technologies: A Primer, Algorithmic Justice League/Mc Arthur Foundation, 29 May 2020, 2-6; https://global-uploads.webflow.com/5e027ca188c99e3515b404b7/5ed1002058516c11edc66a14_FRTsPrimerMay2020.pdf
- Buolamwini, J., Gebru, T. (2018). Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification, *Proceedings of Machine Learning Research* 81, 1-15. <http://proceedings.mlr.press/v81/buolamwini18a/buolamwini18a.pdf>
- De Gregorio, G. (2022). Digital Constitutionalism, Privacy and Data Protection, in *Digital Constitutionalism in Europe: Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society* (2022). *Cambridge Studies in European Law and Policy*, 216, 217. Cambridge University Press; doi:10.1017/9781009071215.007
- Feldstein, S. (2019). The Global Expansion of AI Surveillance, Carnegie Endowment for International Peace, Sept. 1019, 16, https://carnegieendowment.org/files/WP-Feldstein-AISurveillance_final1.pdf
- Lascateu, C. (2020). Culegerea de informații de securitate națională în era digitală – dimensiunea etică, *Revista Universul Juridic* (3), March, 66.
- Manescu, D. (2020). Viața privată, datele personale și dreptul la informare, provocări ale zilelor noastre, in *Pandectele Române* (3), 102-114.
- Mishara, B.L., Bardon, C., Dupont, S. (2016). Can CCTV identify people in public transit stations who are at risk of attempting suicide? An analysis of CCTV video recordings of attempters and a comparative investigation, *BMC Public Health*, 16(1):1245, 15 Dec. 2016 Dec; DOI 10.1186/s12889-016-3888-x.
- Onufreiciuc, R. (2020). Protecția datelor și recunoașterea facială automată: avem dreptul de a rămâne fără (un) chip?, *Studii si cercetari juridice europene*, 95-103.
- Paal, B.P. (2022). Artificial Intelligence as a Challenge for Data Protection Law And Vice Versa, In: Voeneky S., Kellmeyer P., Mueller O., Burgard W. (Eds.), *The Cambridge Handbook of Responsible Artificial Intelligence: Interdisciplinary Per-*

spectives, Cambridge Law Handbooks., Cambridge: Cambridge University Press. 290, 297, doi:10.1017/9781009207898.023.

Șandru, D.M. (2019). Unele considerații cu privire la relația dintre protecția datelor (în special Regulamentul general privind protecția datelor) și proprietatea intelectuală. *Revista Română de Drept European (Comunitar)* 3: 21-31.

Thome, B., Shamma D.A., Friedland G., Elizalde B., Ni K., Poland D., Borth D., Li L-J. (2016). YFCC100M: The New Data in Multimedia Research, *Communications of the ACM*, vol.59, no.2, 2016; <https://arxiv.org/pdf/1503.01817v2.pdf>; <https://dl.acm.org/doi/pdf/10.1145/2812802>; (accessed 22 March 2023)

Wallace N., Castro D. (2018). *The Impact of the EU's New Data Protection Regulation on AI*, Centre for Data Innovation Policy Brief, 27 March 2018, 14, Retrieved 30 March 2023 from <https://www2.datainnovation.org/2018-impact-gdpr-ai.pdf>

Legal documents

Article 29 Data Protection Working Party/WP (2005). *Working document on data protection issues related to intellectual property rights*, 18 January 2005, WP 104 (Working Party set up under Article 29 of Directive 95/46/EC), Directorate E (Services, Copyright, Industrial Property and Data Protection) of the European Commission, Internal Market Directorate-General, Brussels, 2005; Retrieved 26 March 2023 from https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2005/wp104_en.pdf

Article 29 Data Protection Working Party/WP (2012a), *Opinion 02/2012 on facial recognition in online and mobile services*, 00727/12/EN, WP 192, Brussels, 22 March 2012, p.2, <https://www.pdpjournals.com/docs/87998.pdf>; https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp192_en.pdf

Article 29 Data Protection Working Party/WP (2012b). *Opinion 3/2012 on developments in biometric technologies*, 00720/12/EN, WP 193, Brussels, 27 April 2012, <https://www.pdpjournals.com/docs/87998.pdf>

Article 29 Data Protection Working Party/WP (2014): *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC*, WP 217, 9 April 2014; Retrieved 27 March 2023 from https://cnpd.public.lu/dam-assets/fr/publications/groupe-art29/wp217_en.pdf

Council of Europe/CoE (2018). Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (108/1981), No. 223, Strasbourg, 10.10.2018; <https://rm.coe.int/16808ac918>

Council of Europe/CoE (2021). *Convention 108: Guidelines on Facial Recognition*", T-PD(2020)03rev4, Directorate General of Human Rights and Rule of Law, Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, 28 Jan.2021, <https://rm.coe.int/guidelines-on-facial-recognition/1680a134f3>; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0066>

Council of Europe/European Court of Human Rights (2022). *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights Right to respect for private and family life, home and correspondence*, 31 August 2022, Retrieved 7 March 2023 from https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf

The Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU), *Official Journal of the European Communities* C 2000/C 364/01); https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf

The Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, the Council of the European Union, (OJ L 190, 18.7.2002, p. 1); <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32002F0584>

Directive (EU) 2016/680 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 by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA, *Official Journal of the EU*, L.119/89, 4.5.2016; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680>

Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC; PE/51/2019/REV/1; OJ L 130, 17.5.2019, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790>

European Commission (2018a). *Artificial Intelligence for Europe*, Communication from the Commission COM(2018) 237, Brussels, 25.4.2018; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2018%3A237%3AFIN>

European Commission (2018b). *Coordinated Plan on Artificial Intelligence*, Communication from the Commission to the E.Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM(2018)795, Brussels, 7.12.2018; Retrieved 20 March 2023 from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0795>

European Commission (2019). High-Level Expert Group on Artificial Intelligence: “*Ethics guidelines for trustworthy AI*”, 8 April 2019, 46; <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>

European Commission (2020a). *A European strategy for data*, Communication from the Commission to the EP, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM(2020)66, Brussels, 19.02.2020; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0066>

European Commission (2020b). *White Paper on Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust*, COM(2020)65, Brussels, 19.2.2020; Retrieved 20 March 2023 https://commission.europa.eu/system/files/2020-02/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf

European Court of Human Rights/ECtHR (2020). *Guide to the Case-Law of the of the European Court of Human Rights, Data protection*, 31 August 2022, (p.86), https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Data_protection_ENG

European Data Protection Board/EDPB (2020): Guidelines 3/2019 on processing of personal data through video devices, 29 Jan. 2020. https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_201903_video_devices.pdf

European Parliament/European Council (2021): Proposal for Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on Artificial Intelligence (*Artificial Intelligence Act*) and amending certain Union legislative acts, Brussels, 21.4.2021, COM(2021)/0106(COD)/206; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>

European Parliament Resolution of the European Parliament of 25 March 2021 on a *European strategy for data* (2020/2217(INI)/(2021/C 494/04), *Official Journal EU*, C 494/37, 8.12.2021; Retrieved 20 March 2023 from https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2021.494.01.0037.01.ENG

European Parliament (2021). *Regulating facial recognition in the EU*, by T.Madiaga and H.Mildebrath, European Parliamentary Research Service/EPRS, September 2021, Retrieved 20 March 2023 from [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2021/698021/EPRS_IDA\(2021\)698021_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2021/698021/EPRS_IDA(2021)698021_EN.pdf)

FRA/EU Agency for Fundamental Rights (2019). *Facial recognition technology: fundamental rights considerations in the context of law enforcement*, Retrieved 20 March 2023 from https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-facial-recognition-technology-focus-paper-1_en.pdf

General Data Protection Regulation (GDPR): 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 (GDPR), *JO L 119*, 4.5.2016; <https://gdpr-info.eu>

OHCHR/Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (2023). Call for inputs: The relationship between human rights and technical standard-setting processes for new and emerging digital technologies - Report of the High Commissioner for Human Rights, 30 June 2023; <https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/2023/call-inputs-relationship-between-human-rights-and-technical-standard-setting>

Regulation (EU) 2018/1725 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2018 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by the Union institutions, bodies, offices and agencies and on the free movement of such data, and repealing Regulation (EC) No.45/2001 and Decision No.1247/2002/EC, OJ L 295, 21.11.2018, (39-98); <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32018R1725>

UN Human Rights Council (HRC): Resolution A/HRC/44/L.11 on “The Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, including the Right to Development”, 13 July 2020; <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G20/178/26/PDF/G2017826.pdf?OpenElement>

UN Human Rights Council (HRC): Resolution 47/23 on “New and Emerging Digital Technologies and Human Rights”, 13 July 2021, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/192/18/PDF/G2119218.pdf?OpenElement>

Romanian Law 333/2003 on the protection of objectives, goods, values and persons, with subsequent additions and amendments, *Official Gazette of Romania*, no.189/18 March 2014; <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliuDocument/156432>

Romanian Law no.190/2018 on measures to implement 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 repeal of Directive 95/46/CE(GDPR), *Official Gazette* no.651/2018; <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliuDocument/203151>

Romanian Law no. 363/2018 on the protection of natural persons regarding the processing of personal data by the competent authorities for the purpose of prevention, discovery, investigation, prosecution and combating of crimes or the execution of punishments, educational and safety measures, as well as regarding the free circulation of these data, *Official Gazette* no. 13/7 January 2019, <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliuDocument/209627>

Government Decision no. 301 of 11 April 2012 on the approval of the Methodological Norms for the application of Law no. 333/2003, *Official Gazette* no. 335/17 May 2012, <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/138059>

Decision no. 174 of 18 October 2018 on the list of operations for which a personal data protection impact assessment is obligatory, National Supervisory Authority for the Processing of Personal Data, *Official Gazette* no. 918/2018, <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/206331>

Case law

Court of Justice of the European Union/CJEU case: Volker und Markus Schecke GbR and Hartmut Eifert Joined cases C-92/09 and C-93/09, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 9 November 2010, par. 48.

CJEU case: *Volker und Markus Schecke and Eifert GbR and Hartmut Eifert*, joined cases C-92/09 and C-93/09, Opinion of Advocate General Sharpston, 17 June 2010, para. 71).

CJEU case: *Digital Rights Ireland Ltd v Minister for Communications, Marine and Natural Resources and Others and Kärntner Landesregierung and Others*, joined Cases C-293/12 and C-594/12, Judgment (Grand Chamber), 8 April 2014).

CJEU case: *Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner*, Request for a preliminary ruling from the High Court (Ireland). C-362/14, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 October 2015, para. 94).

ECtHR case: *S. and Marper v. the United Kingdom*, Appl. no 30562/04, Strasbourg, December 2008, para.103).

ECtHR case: *Gaughran v. the United Kingdom*, Appl.no 45245/15, Judgment 13.02.2020, Strasbourg, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22002-12731%22%5D%7D>; accessed on 5 March 2023

ECtHR case: *Antović and Mirković v. Montenegro*, Application no 70838/13 Judgment 28 November 2017.

ECtHR case: *Bărbulescu v. Romania* Application no 61496/08, Judgment 5 September 2017.

ECtHR, *Peck v. the United Kingdom*, Application no 44647/98, Judgment 28 January 2003;

ECtHR Factsheet (2022). *Personal data protection*, December 2022, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs_data_eng

Online sources

Article 19/Free Word Center (2021). *Emotional Entanglement: China's emotion recognition market and its implications for human rights*, Jan.2021, Retrieved 31 March 2023; <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2021/01/ER-Tech-China-Report.pdf>

Axios: Hart, K. (2019). Baltimore Wrestles With Aerial Surveillance, *Axios*, 31 July 2019; (accessed 30 March 2023) <https://www.axios.com/2019/07/31/baltimore-wrestles-with-aerial-surveillance-to-reduce-crime>

BBC (2020). Coronavirus: Russia uses facial recognition to tackle Covid-19, 4 April 2020; <https://www.bbc.com/news/av/world-europe-52157131>

CNN Business: Metz, R. (2020): Portland passes broadest facial recognition ban in the US, by R. Metz, 9 September 2020, <https://edition.cnn.com/2020/09/09/tech/portland-facial-recognition-ban/index.html>

Deloitte (2021). *Urban Future With a Purpose*; <https://www.deloitte.com/content/dam/assets-shared/legacy/docs/perspectives/2022/deloitte-urban-future-with-a-purpose-study-set2021.pdf> (accessed 30 March 2023)

European Commission (2018). *Smart lie-detection system to tighten EU's busy borders* (press release), 24 October 2018;

<https://ec.europa.eu/research-and-innovation/en/projects/success-stories/all/smart-lie-detection-system-tighten-eus-busy-borders>

European Parliament (2021). *Digital technologies as a means of repression and social control*, by D.Głowacka, R.Youngs, A. Pinteá, E.Wołosik, Directorate-General for External Policies of the EU, 2021, 17, Retrieved 31 March 2023 from [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/653636/EXPO_STU\(2021\)653636_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/653636/EXPO_STU(2021)653636_EN.pdf)

MarketsandMarkets (2023). Video Surveillance Industry worth \$83.3 billion by 2028, Press release, <https://www.marketsandmarkets.com/PressReleases/global-video-surveillance-market.asp>

The New York Times: Conger, K.,Fausset, R. Kovaleski, S.F. (2019). San Francisco Bans Facial Recognition Technology, 14 May 2019; <https://www.nytimes.com/2019/05/14/us/facial-recognition-ban-san-francisco.html>

The New York Times: Hill, K., Krolik, A. (2019). How Photos of Your Kids Are Powering Surveillance Technology, *The New York Times*, <https://www.nytimes.com/interactive/2019/10/11/technology/flickr-facial-recognition.html>

Poliția Română (2021). Proiectul “Dezvoltarea sistemului de identificare și recunoaștere facială (nbis) și interconectarea acestuia cu autoritățile de aplicare a legii din ue prin intermediul stesta” (Project: Development of facial identification and recognition system (NBIS) and its interconnection with EU law enforcement authorities through sTESTA), 25 Nov. 2021; <https://www.politiaromana.ro/ro/comunicate/proiectul-dezvoltarea-sistemului-de-identificare-si-recunoastere-faciala-nbis-si-interconectarea-acestuia-cu-autoritatile-de-aplicare-a-legii-din-ue-prin-intermediul-stesta>

Portland.gov (2020). City Council approves ordinances banning use of face recognition technologies by City of Portland bureaus and by private entities in public spaces, 9 September 2020, Retrieved 31 March 2023 from <https://www.portland.gov/smart-city-pdx/news/2020/9/9/city-council-approves-ordinances-banning-use-face-recognition>

SmartCitiesDive: Teale, C. (2018). Report: Smart city technology could dramatically improve quality-of-life indicators, by C.Teale, 12 June 2018, <https://www.smartcitiesdive.com/news/smart-city-technology-quality-of-life/525495/>

Security Boulevard: Zola, A. (2020). AI Surveillance in a Post-Pandemic World, by A. Zola, Security Bloggers Network, 10 June 2020, <https://securityboulevard.com/2020/06/ai-surveillance-in-a-post-pandemic-world/>

TechTarget (2020). Smart City; July 2020; <https://www.techtarget.com/iota-genda/definition/smart-city> (access 30 March 2023).

US Congress (2019):Commercial Facial Recognition Privacy Act of 2019, S.847 - 116th Congress (2019-2020), March 2019; <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/847>

The Verge: Vincent, J. (2020). France is using AI to check whether people are wearing masks on public transport, by J. Vincent, 7 May 2020, <https://www.theverge.com/2020/5/7/21250357/france-masks-public-transport-mandatory-ai-surveillance-camera-software>

*Carmen Oana Mihăilă, LL.D.
Vanredni profesor,
Pravni fakultet, Univerzitet u Oradei, Oradea,
Bihor, Republika Rumunija*

*Mircea Mihăilă, PhD (kompjuterske nauke),
Predavač,
Fakultet elektrotehnike i informacionih tehnologija
Univerziteta u Oradei,
Oradea, Bihor, Republika Rumunija*

VIDEO NADZOR I VEŠTAČKA INTELIGENCIJA: UTICAJ NA PRAVO NA PRIVATNOST I PRAVA INTELEKTUALNE SVOJINE

Rezime

Zaštita prava na privatnost je sve više predstavlja ključno pitanje u kontekstu u video nadzora koji se danas efikasno obavlja upotrebom vrhunskih savremenih tehnologija. Tehnologija se neprestano razvija i doprinosi unapređenju u raznim oblastima života, međutim, brzi razvoj novih tehnologija donosi i velike rizike i potencijalne pretnje, naročito kada su u te procese uključene tehnologije poput veštačke inteligencije (pametne kamere i sistemi video nadzora, biometrija i prepoznavanje lica) koje su u stanju da analiziraju ogromnu količinu podataka, identifikuju veze između podataka, i otkriju tačan identitet pojedinca.

Upotreba video kamera za nadzor pokreće važna pitanja privatnosti. Daljinska barometrijska identifikacija se može izvršiti samo uz poštovanje određenih garancija ljudskih prava, u kontekstu opravdanog interesa i u skladu sa principom proporcionalnosti. Tehnologija prepoznavanja lica je sveprisutna (u redovima za čekiranje na aerodromu, policijskim upravama, apotekama) mada poslednjih godina postaje sve kontroverznija tema, naročito u pogledu zaštite ljudskih prava i sloboda. Iako upotreba savremenih tehnologija može doprineti osećaju sigurnosti i udobnosti entiteta koji je primenjuju, zagovornici privatnosti uveliko kritikuju upotrebu ove tehnologije, posebno zbog rasne pristrasnosti i mogućnosti zloupotrebe. Smatra se da upotreba biometrijske identifikacije pojedinaca u „realnom vremenu“ i u javnim prostorima, u svrhu sprovođenja policijskih ovlašćenja, predstavlja povredu ljudskih prava i sloboda, ali takođe daje osećaj stalnog nadzora i indirektno obeshrabruje ostvarivanje slobode okupljanja i drugih osnovnih ljudskih prava.

Još jedan važan problem je upotreba video nadzora u kontekstu povrede prava intelektualne svojine. Neovlašćena upotreba video/audio snimaka može uticati poslovanje privrednog subjekta ili pojedinca. Poslovne tajne i poverljive informacije su često suštinski deo poslovnog porfolija intelektualne svojine neke kompanije. Zbog toga kompanije preduzimaju dodatne zaštitne mere kako bi osigurale da slike i video zapisi budu bezbedno uskladištene i dostupne samo ovlašćenom osoblju. Kamerama se snimaju slike umetničkih dela, priredbe, predstave, izložbe, itd., tako da nekontrolisani pristup može dovesti do kršenja autorskih i srodnih prava. Snimljeni video zapisi se zatim mogu postaviti na internet platforme, pa takva upotreba intelektualne svojine može dovesti do kršenja autorskih prava, posebno kada se video materijal zaštićen autorskim pravima koristi bez dozvole vlasnika ili autora, što predstavlja kršenje prava intelektualne svojine.

Ključne reči: *video nadzor, tehnologija za prepoznavanja lica, veštačka inteligencija, intelektualna svojina, Opšta uredba o zaštiti podataka (GDPR).*

Dr Sanja Đorđević Aleksovski,*
Docent,
Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu,
Republika Srbija

pregledni naučni rad
10.5937/zrpf0-47495

UDK: 341.645.5:347.922(4-672EU)

Rad primljen: 02.11.2023.
Rad prihvaćen: 22.11.2023.

LOCUS STANDI POJEDINACA KOD TUŽBE ZA PONIŠTAJ AKATA EVROPSKE UNIJE**

Apstrakt: U fokusu rada su uslovi pod kojima privatni subjekti mogu imati aktivnu procesnu legitimaciju kod tužbe za poništaj akata Evropske unije. Utvrđuju se i analiziraju nametnuta im ograničenja zbog kojih su opravdano označeni kao neprivilegovani tužioci. Pored dokazivanja osnova za pokretanje tužbe za poništaj i poštovanja izuzetno kratkog prekluzivnog roka, pojedincima se nameću dodatna dva uslova koja moraju kumulativno biti ispunjena - da ih osporeni akt pogađa direktno i pojedinačno. Sporniji i teže ostvariv uslov predstavlja pojedinačna pogodnost spornom merom, koji je čak i dodatno postrožen u praksi Suda pravde. Stoga je centralni deo rada posvećen analizi i kritikovanju tzv. Plaumann testa kao izuzetno strogo postavljenog testa primene za sticanje aktivne procesne legitimacije. Dat je pregled argumenata i kontrargumenata za njegovu reformu, a sve u svetlu poimanja prava EU kao zaokruženog pravnog poretka sa kompletnim sistemom zaštite prava pojedinaca. Zaključuje se da su ograničavajući uslovi za priznanje aktivne procesne legitimacije, kao i povremena nedostupnost pravnih lekova pred nacionalnim sudovima nedostaci prava EU kao poretka koji teži vladavini prava i približavanju svojim građanima. Uviđa se da je proteklih decenija Plaumann test poslužio kao svojevrsno oružje kojim se pojedincima uskraćivala procesna legitimacija. Iako je Lisabonskim ugovorom načinjen izvestan pomak u pravcu liberalizacije sticanja locus standi, reč jesamo o vrlo ograničenom, usko definisanom broju situacija.

Ključne reči: tužba za poništaj, neprivilegovani tužioci, aktivna procesna legitimacija, čl. 263 UFEU, Plaumann test.

* sanjadj@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu „Odgovornost u pravnom i društvenom kontekstu“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, u periodu 2021- 2025. godine.

1. Uvod

U pravnom poretku Evropske unije (nadalje: EU), kao relativno zaokruženom pravnom sistemu, ostvarivanje cilja samoregulacije i samokorekcije se ostvaruje putem tri pravna instituta – tužbe za poništaj, tužbe zbog propuštanja i indirektna nadležnosti. Predmet analize ovog rada biće jedan aspekt analize prvopomenutog, tačnije analiza uslova pod kojima privatni subjekti (fizička i pravna lica koja se označavaju i jednostavno kao pojedinci) mogu podneti tužbu za poništaj akata EU.

Prema članu 263 (4) (5) UFEU, tužba za poništaj akta se podnosi radi preispitivanja zakonitosti akata Saveta, Komisije, Evropske centralne banke, Evropskog parlamenta, tela, službi i agencija koji stvaraju pravne posledice po treća lica, pri čemu predmet tužbe mogu biti kako legislativni tako i izvršni akti (Albors-Llorens, 1996: 7). Pod aktima institucija EU mogu se podvesti svi pravno obavezujući akti: regulative, odluke, pa čak i direktive ukoliko bi, u izuzetnim situacijama, imale direktno i pojedinačno dejstvo na pojedince.¹

Osnovna mana je izuzetno kratak prekluzivan rok za podnošenje tužbe – svega dva meseca od dana objavljivanja akta ili obaveštavanja tužioca o aktu. Ipak, razumljivo je određenje tako kratkog roka koji je u funkciji ostvarivanja načela pravne sigurnosti.

Pored izuzetno kratkog roka, pojedincima je dodatno otežana mogućnost pokretanja ovog postupka, te se s pravom o njima govori kao *neprivilegovanim* tužiocima. Naime, pored dokazivanja osnova za pokretanje tužbe za poništaj,² oni moraju još da dokažu da ih se osporeni akt tiče na direktan i pojedinačan način. Ovi uslovi karakterišu tzv. *kvalifikovanu vezu* dela sa

1 To bi se jedino moglo desiti u slučaju da je direktiva zapravo odluka, koja, kao takva, ima neposredno i pojedinačno dejstvo na pojedince. Podsetimo se da forma odnosno naziv akta nije odlučujući faktor, već njegova suština, te sama činjenica da je osporena mera direktiva nije dovoljna za proglašenje tužbe za poništaj neprihvatljivom; prema: *Joined Cases C-16-17/62, Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes v Council*, 1962, ECR 471, ECLI:EU:C:1962:47; *C-298/89, Gibraltar v Council*, 1993, ECR I-3605, ECLI:EU:C:1993:267. Opšti sud je eksplicitno naveo u predmetima: *T-135/96, UEAPME v Council*, 1998 ECR II-2335, ECLI:EU:T:1998:128, i *T-99/94, Asociación Española de Empresas de la carne (ASOCARNE) v Council*, 1994, ECR II-871, ECLI:EU:T:1994:252, da: „*Činjenica da je izabrani oblik instrumenta direktiva ne može u ovom slučaju omogućiti Savetu da spreči pojedince da koriste lekove koji su im dodeljeni po Ugovoru*“, para. 1.

2 Osnovi podnošenja ove tužbe preuzeti su iz francuskog prava, te u njih spadaju klasična četiri osnova: 1) nedostatak nadležnosti organa, b) povreda bitnih pravila postupka, v) povreda materijalnog prava, g) zloupotreba ovlašćenja.

licem i postojanje nadležnosti *ratione personae* pri Opštem sudu, odnosno postojanje nadležnosti za privatnog subjekta koji je pokrenuo spor.

Pored toga, sudska praksa pokazuje veliku restriktivnost u tumačenju člana 263 UFEU u pogledu ove grupe tužilaca, čime se u realnosti njihov krug značajno sužava. Sa aspekta celine prava EU je logično da se osnovni kanal kontrole akata njenih institucija dostupan pojedincima sužava (Albors-Llorens, 1996: 8). Međutim, sa aspekta pojedinaca je nametanje tako strogog testa primene učinilo da se sticanje aktivne legitimacije u većini situacija čini nedostižnim (Brown, Kennedy, 2000: 146).

Poređenjem tri osnivačka ugovora iz 1950-ih godina, uviđaju se izvesne sličnosti, ali i značajne razlike u pogledu položaja pojedinaca kod ovetužbe. Sa jedne strane, jasno je da je stav iz Pariskog ugovora u pogledu postojanja *locus standi* pojedinaca prenet u Rimske ugovore, te u tom segmentu čl. 33 Ugovora o Evropskoj zajednici za uglj i čelik korespondira sa čl. 146 Ugovora o EVROATOM-u i čl. 173 Ugovora o Evropskoj ekonomskoj zajednici (Gormley, 1966: 147). Sa druge strane, postoji i značajna razlika u pogledu *uslova* sticanja aktivne legitimacije, pri čemu je paradoksalno da je prvi, Pariski ugovor, bio najpovoljniji i najdirektniji u definisanju položaja pojedinca. Naime, njime je bio definisan samo jedan jedini uslov sticanja aktivne legitimacije – *pogođenost* spornom merom, dok je Rimskim ugovorima usvojen značajno restriktivniji pristup, budući da su za dodeljivanje *locus standi* pojedincima zahtevali dokazivanje *direktne i individualne pogođenosti* spornom merom.

2. Uslovi za ostvarivanje aktivne legitimacije pojedinaca kod tužbe za poništaj

Ostvarivanje *locus standi* neprivilegovanih tužilaca se u najvećem broju slučajeva *prvenstveno* posmatra kroz prizmu ispunjenja dvostrukog uslova dokazivanja da ih se sporni akt EU *neposredno i pojedinačno* tiče. Prvi uslov podrazumeva da će sporna mera direktno uticati na podnosioca tužbe kada je njegov pravni položaj direktno pogođen. Direktan uticaj spornog akta EU na pojedinca podrazumeva postojanje uzročno-posledične veze između dejstva akta i njegovog uticaja na neprivilegovanog tužioca. Drugim rečima, mora postojati *direktna* veza između osporene mere i gubitka ili štete koju je podnosilac tužbe pretrpeo.³ U praksi Suda pravde je utvrđeno i da postoji direktna pogođenost kada osporeni akt predstavlja „*kompletan set pravila koja su sama po sebi dovoljna i ne*

3 Joined cases C-41-44/70, International Fruit Company BV v Commission, 1971, ECR 411, ECLI:EU:C:1971:53.

zahtevaju nikakve provedbene odredbe“.⁴ Drugačije rečeno, od ključne je važnosti postojanje posrednih veza između tužbe i tužioca kome akt nije upućen, pri čemu se u ulozi posrednika najčešće nalazi država članica kojoj je akt upućen, imajući u vidu njenu obavezu implementacije tog akta. Ukoliko osporena mera ostavlja diskreciono pravo adresatima mere koji su odgovorni za njenu primenu,⁵ smatraće se da je uzročno-posledični lanac prekinut,⁶ a direktan uticaj isključen. U takvim slučajevima se zapravo polje „borbe“ seli na nacionalni front, te se pred nacionalnim sudom napada sporno definisan implementacioni akt. U slučaju nepostojanja implementacionog akta, moguć je direktan uticaj kada se akt EU primenjuje automatski i ne zavisi od volje i postupanja članica, poput regulativa. Primer neostvarivanja uslova direktnosti ili neposrednosti ilustruju dva slučaja u vezi sa regulativom o spajanju kompanija. Naime, pošto se došlo do zaključka da sporna odluka Komisije nije mogla imati direktan uticaj na savete radnika (budući da spajanjem kompanija nije došlo do nastanka štete po njihova prava kao predstavnika radnika),⁷ tužba za poništaj je odbačena.

Iako ne bez značaja, prethodni predmeti i testovi predstavljaju samo marginalne deliče složene slagalice, budući da je centralni njegovdeo oduvek predstavljao rezultat tzv. *Plaumann* testa. Najsporniji i najteže ostvariv uslov za sticanje procesne sposobnosti individualnih subjekata bila je i ostala *pojedinačna pogodnost* spornom merom, a dodatnu nevolju predstavlja činjenica da je on dodatno postrožen u praksi Suda pravde. Naime, rigidan test prilikom procene prihvatljivosti tužbe u pogledu postojanja aktivne legitimacije pojedinaca definisan u kultnom predmetu *Plaumann* nastavio je da se primenjuje sve do današnjeg dana. U ovoj presudi jasno stoji da pojedinci koji nisu adresati sporne mere mogu tvrditi da ih se pojedinačno tiče samo ukoliko ih ta odluka pogađa zbog određenih njihovih karakteristika ili zbog okolnosti koje ih izdvajaju od svih ostalih lica, čime se razlikuju na pojedinačan način, poput samih adresata date mere.⁸ *Modus operandi* Suda pravde bio je da

4 C-294/83, Parti Ecologiste 'Les Verts' v European Parliament, 1986, ECR 1339, ECLI:EU:C:1986:166, para. 31.

5 C-222/83, Municipality of Differdange v Commission, 1984, ECR 2889, ECLI:EU:C:1984:266.

6 C-69/69, Alcan Aluminium Raeren v Commission, 1970, ECR 385, ECLI:EU:C:1970:53; C-222/83, Municipality of Differdange v Commission, 1984, ECR 2889, ECLI:EU:C:1984:266.

7 T-96/92, Comité Central d'Entreprise de la Société Générale des Grandes Sources and others v Commission of the European Communities, 1995, ECR II-1213, ECLI:EU:T:1995:77; T-12/93, Comité Central d'Entreprise de la SA Vittel and Comité d'Etablissement de Pierval v Commission of the European Communities, 1995, ECR II-1247, ECLI:EU:T:1995:78.

8 C-25/62, Plaumann & Co v Commission of the European Economic Community, 1963, ECR 107, ECLI:EU:C:1963:17. *Plaumann* je bio nemački uvoznik klementina koji je podigao

odmah analizira ispunjenost ovog teže ostvarivog uslova, te je redovno uskraćivao *locus standi* pojedincima na osnovu ovog kriterijuma, čak se i ne osvrćući na ispunjenost *prvog* uslova – direktne pogođenosti (Albors- Llorens, 2003: 75). Drugačije rečeno, pretežan procenat tužbi odbačen je zbog neispunjenosti ovog uslova (Barents, 2010: 722–724).

Plaumann test uspostavlja kriterijum pomoću koga je moguće utvrditi pojedinačni uticaj akta na osobu, a samim tim i njeno pravo na tužbu. Interesantno je da je u ovom predmetu pojedinac pokušao osporavanje odluke upućene državi članici, ali je tom prilikom Sud pravde istakao: „Osobe koje nisu one kojima je odluka upućena mogu tvrditi da ih se pojedinačno tiče samo ukoliko se akt odnosi na njih ili ako na osnovu određene inherentne osobine ili usled okolnosti koje ih razlikuju od svih ostalih lica, a efekat ovih činjenica ih razlikuje pojedinačno na isti način kao u slučaju osoba kojima je upućen“.⁹ Prema datom kriterijumu, za postojanje pojedinačnog uticaja, tužilac mora biti član *relevantne* grupe lica čiji je broj članova *stalan* i *određen* u vreme donošenja spornog akta i tokom njegove važnosti. Po pravilu se pripadnost određenoj grupi dosta teško dokazuje, međutim, praksa je izuzetno šarolika, te će se navesti dva ekstremna primera, koji su na suprotnim krajevima spektra. Prvo i osnovno, *actio popularis* ne postoji u pravu EU, što samim tim podrazumevada interesne grupe i nevladine organizacije ne mogu biti prepoznate kao nepriviligovani tužioc. To jasno ilustruje presuda *Greenpeace*, u kojoj istoimenoj međunarodnoj ekološkoj organizaciji za zaštitu životne sredine nije priznat *locus standi* jer ih se sporna mera nije pojedinačno ticala.¹⁰ Naglašeno je da je tužilac bio pogođen pobijanom odlukom na *uopšten i apstraktan način*, te da sporni akt nije pojedinačno uticao na njegov položaj, budući da se odnosila na tužioca na isti način kao i na druga lica koja žive, rade ili posećuju područje na koje se osporeni akt odnosio. Na potpuno drugom kraju spektra postoje situacije kada je relativno lako dokazati pripadanje relevantnoj grupi, a samim tim i

tužbu za poništaj odluke Komisije upućene Nemačkoj. Tom odlukom je Nemačkoj odbijeno snižavanje carine na uvoz klementina u Evropsku zajednicu sa 13 na 10%.

9 C-25/62, *Plaumann*, p. 95.

10 T-585/93, *Stichting Greenpeace Council (Greenpeace International) v Commission*, 1995, ECR II-2205, ECLI:EU:T:1995:147; C-321/95 P, *Stichting Greenpeace Council (Greenpeace International) and Others v Commission*, 1998, ECR I-01651, ECLI:EU:C:1998:153. Nemogućnost ostvarivanja aktivne procesne legitimacije u tzv. klimatskim slučajevima potvrđen je u predmetima C-565/19 P, *Armando Carvalho and Others v. Parliament (People’s Climate Case)*, 2021, ECLI:EU:C:2021:252, paras 72-75; C-297/20 P, *Peter Sabo and Others v European Parliament and Council of the European Union (EU Biomass case)*, 2021, ECLI:EU:C:2021:24, paras 24–28; 31–38.

locus standi licima koja nisu navedena u spornom aktu, pri čemu je najbolji primer oblast državne pomoći. Naime, iako je sama odluka Komisije o državnoj pomoći upućena državama članicama, smatra se da su relevantna i privatna lica kao korisnici ili primaoci takve pomoći. U takvim situacijama ni Sud pravde ni Komisija nisu doveli u pitanje postojanje direktnog i pojedinačnog uticaja takvih odluka Komisije na pojedince i samim tim njihovu sposobnost podizanja tužbe (Ross, 1986: 868), jer je smatrano da je pravni položaj korisnika ili primalaca *izjednačen* sa položajem adresata tog akta.

Interesantno je da je i *kolektivima* priznavan status neprivilogovanih tužilaca, što lepo oslikava slučaj *Front Polisario*,¹¹ u kome se indirektno postavilo osetljivo političko pitanje priznavanja teritorijalnog suvereniteta Maroka u vezi sa Zapadnom Saharom. Samim tim, kao prvo i osnovno, postavilo se pitanje *locus standi* ustaničkog pokreta pred Prvostepenim sudom. Sudovi u EU su prihvatili aktivnu procesnu legitimaciju ustanika, čime je dat i izvestan doprinos razumevanju ovog pojma u MJP, što predstavlja i jednu od dodirnih tačaka sa subjektima u MJP. Reč je dakle, o državljanima trećih država koji su tražili, kao kolektivni entitet, odnosno kao pobunjenici ili ustanici, poništaj sekundarne legislative zbog njene nesaglasnosti sa međunarodnim ugovorom i praksom. Inače, sudskom praksom se utvrdilo da se dozvoljava *locus standi* državljanima trećih država ukoliko zahtevaju tumačenje ili primenu prava EU. Interesantno je gledište Opšteg suda u predmetu *Front Polisario*, kojim je dugogodišnju *de facto* primenu Sporazuma o pridruživanju EEZ i Maroka, poznatu Savetu i Komisiji, pokušao da reši njenim kvalifikovanjem u *naknadnu praksu*.¹² To je imalo velike posledice, budući da je time teritorijalna primena datog sporazuma protumačena tako da obuhvata i Zapadnu Saharu, a sledstveno tome je ovaj pokret otpora mogao imati *locus standi*, što je potvrđeno i u drugostepenoj presudi.¹³

11 Nacionalni pokret oslobođenja Zapadne Sahare od marokanskih vlasti, *Front Polisario*, 2012. godine je podigao tužbu za poništaj odluke Saveta EU o odobravanju Sporazuma o liberalizaciji, kojim se menja Sporazum o pridruživanju EU i Maroka. Iako čl. 94 Sporazuma o pridruživanju određuje teritorijalnu primenu samo na prostoru Maroka, sporazum se *de facto* i dugo vremena primenjivao i u Zapadnoj Sahari, što su priznale Savet i Komisija.

12 Iako se poziva načelno na ceo čl. 31 Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora između država iz 1969. godine, to se implicitno zaključuje na osnovu žalbene presude. T-512/12, *Front Polisario v Council*, ECLI:EU:T:2015:953, paras 99-102 u vezi sa C-104/16 P, *Council v Front Polisario*, ECLI:EU:C:2016:973, paras 119-125.

13 Više o datoj problematici: Đorđević Aleksovski, 2020: 214, 216–217.

Kada je reč o stalnosti i određenosti grupe, već restriktivan *Plau-mann* test dodatno se usko tumači tzv. pod-testom *zatvorene klase ili zatvorenog kruga*, ilustrovanim u predmetu *Piraiki-Patraiki*,¹⁴ po kome Sud zahteva da podnosioci tužbe pripadaju zatvorenoj kategoriji, čije je članstvo određeno i utvrđivo na dan usvajanja sporne mere i koje ne može biti prošireno nakon stupanja na snagu spornog akta (Shaw, 2000: 508). Slično tome, u slučaju *Toepfer*, uvoznik žitarica je smatrao da je pojedinačno pogođen, jer se pobijana odluka odnosila samo na uvoznike koji su *određenog* dana podneli zahtev za uvoznu dozvolu.¹⁵ I u predmetu *Bock*¹⁶ Sud je utvrdio da je podnosilac tužbe pojedinačno pogođen. Apsurdnost ovako postavljenog pod-testa je pridavanje prevelikog uticaja vremenskom faktoru, koji je relativan. Naime, uvek se može tvrditi da bi se drugi mogli baviti trgovinom u nekom trenutku, ali ne i u datom trenutku podizanja tužbe.¹⁷

14 C-11/82, SA Piraiki-Patraiki and others v Commission of the European Communities, 1985, ECR 207, ECLI:EU:C:1985:18. U ovom slučaju, grčki proizvođači su tvrdili da izvoz pamuka u Francusku ne bi trebao biti ograničen, jer su prethodno već bili sklopili ugovore o izvozu pamuka koji nisu izvršeni. Međutim, tada je Komisija donela odluku zasnovanu na članu 130 Sporazuma o pristupanju Grčke, koji dozvoljava Francuskoj da ograniči uvoz pamučnog prediva iz Grčke, preduzeća *Piraiki-Patraiki* pokušala su da ponište tu odluku. Presudno je bilo to što je postojao izvoznik koji je imao ugovor o izvozu, dok drugi nije. Sud pravde je zaključio da je izvoznik sa ugovorom bio pojedinačno pogođen budući da je bio deo zatvorene grupe, te je poništio odluku u odnosu na njega. Međutim, utvrđeno je da izvoznik bez ugovora, uprkos tome što je bio direktno pogođen merom, nije bio i pojedinačno pogođen njome, i stoga se u odnosu na njega nije poništila sporna odluka Komisije. Iako je pomenuti član 130 UEZ nametao Komisiji obavezu da uzme u obzir i interese takvih izvoznika, ona to nije učinila. Iako se tokom postupka tvrdilo da čak i ako postoje podsticaji za druge da se pridruže trgovini, to bi moglo potrajati i možda se neće dogoditi tokom perioda primene, zbog čega je Sud pravde odbacio ovaj argument.

15 Joined cases C-106-107/63 Toepfer v Commission, 1965, ECR 405, ECLI:EU:C:1965:65.

16 C-62/70, Bock v Commission, 1971, ECR 897, ECLI:EU:C:1971:108, u kome je istaknuto sledeće: „Odluka pojedinačno pogađa pojedinca kada se činjeničnim stanjem stvorenim odlukom razlikuje od svih ostalih lica i razlikuje ga pojedinačno, baš kao i u slučaju adresata. Trgovca stoga pojedinačno pogađa odluka kojom se država članica ovlašćuje da odbije zahtev za uvoznu dozvolu koji je pomenuti trgovac podneo pre usvajanja odluke ako država koristi to odobrenje“, para. 1.

17 *Craig i De Burca* su ovu problematiku i njenu opravdanost opisali na simpatičan način, navodeći da: „činjenica da bih možda želeo da postanem napadač Engleske, veliki pijanista ili uvoznik klementina ne znači da trenutno imam atribute povezane sa bilo kojom od tih uloga u životu“, (Craig, De Burca, 2003: 496).

3. Kritika Plaumann testa i pokušaji njegove reforme

Na osnovu svega rečenog ne čudi što je interpretacija i primena *Plaumann* testa već više decenija predmet oštre kritike (Cygan, 2003: 995-1012; Lewis, 2006–2007: 1496–1544; Ward, 2001: 37–40; Ward, 2003: 45–77) koja se zasniva na nekoliko kriterijuma.

Prvo, pojedini autori smatraju da se njegovom primenom čini veća šteta nego korist, jer je toliko strog da usled njegove primene dolazi do *povrede materijalnih prava* pojedinaca, tj. onemogućavanja njihovog pristupa sudu i ostvarivanja efikasne sudske zaštite (Usher, 2005: 575–600; Ragolle, 2003: 90–101).

Drugo, konceptijski gledano, primenom ovako definisanog testa se ograničavajuće deluje na *vladavinu prava*. Imajući u vidu tzv. demokratski deficit Unije, odnosno činjenicu da u legislativnom procesu ne učestvuje jedino demokratski izabran organ niti odnosi prevagu (Evropski parlament), već se odluke usvajaju na *paritetnoj* osnovi sa političkim organom (Savetom), trebalo bi na liberalnoj i relaksiranijoj osnovi postaviti sistem kontrole usvojenih akata, kao svojevrsnu protivtežu. Ovaj argument naročito dobija na značaju kada se istakne da je jedan od proklamovanih ciljeva Unije izgradnja pravnog sistema zasnovanog na vladavini prava.¹⁸ Nepostojanje *actio popularis* u pravu EU zbog nemogućnosti dokazivanja pravnog interesa interesnih i drugih grupa validan je argument zašto bi trebalo usvojiti liberalniji pristup preispitivanju akata institucija EU od strane šireg kruga tužilaca. Jasno je da to mora biti u prekluzivnom, kratkom roku od svega dva meseca zbog načela pravne sigurnosti, a često i bitnije ekonomske izvesnosti, ali se konstatuje da zasad postoji izuzetno *velika disproporcija* između aktivne legitimacije privilegovanih i neprivilegovanih tužilaca kod tužbe za poništaj.

Treće, ističe se njegova *neadekvatnost* ne samo na konceptualnom već i na pragmatičnom nivou (Craig, De Burca, 2003: 489). Konceptijski gledano, ovakav stav Suda pravde onemogućava da podnosilac tužbe ikada uspe, budući da je datim testom ostavljena mogućnost sudovima da se pozovu na *puku mogućnost* bavljenja istom trgovinskom delatnošću od strane drugih pojedinaca, čime će se ovakav teorijski argument iskoristiti kao razlog za odbacivanje tužbe. Naime, ovaj test zahteva da podnosilac tužbe bude različit od svih ostalih pojedinaca, iako bi prepoznatljive karakteristike nesumnjivo moglo steći bilo koje drugo lice u bilo kom

18 U čl. 2 UEU ističe se da je jedna od bazičnih vrednosti na kojima počiva EU, između ostalih, i vladavina prava.

trenutku. Sa druge strane uviđa se da je pragmatično gledano dati test ekonomski nerealan, budući da je skoro neostvariv u praksi. Tržišna realnost ponude i potražnje podrazumeva da postoji određeni broj firmi koje se ne menjaju drastično (Craig, 2003: 494; Biernat, 2003: 16), čime značajno slabi argument Suda pravde da bi neki novi subjekt mogao da se takođe bavi istom delatnošću.

Zbog izuzetno visokog praga primene *Plaumann* testa, kao i dugogodišnje doktrinarne kritike, Prvostepeni sud se osmelio da u dva navrata predloži njegovu reformu, pozivajući se na prvopomenuti argument onemogućavanje pojedincima pristupa sudu i ostvarivanja efikasne sudske zaštite. Bez osporavanja samog *Plaumann* testa, pokušano je damu se suprotstavi zahtev pristupa sudu, čime bi se pred Sudom pravde postavio nezahvalan izbor. Ideja je bila da bi se jedino takvim pristupom otvorila mogućnost da prevagu odnese drugopomenuti pravni institut koji ujedno predstavlja deo složenog fenomena i standarda vladavine prava. Opšti pravobranilac je u predmetu *Union de Pequenos Agricultores v Commission, (UPA)*¹⁹ prvo izjavio da je sudska praksa u neskladu sa liberalnim kretanjima u državama članicama, upirući svoju oštricu kritike na *suštinsku nedostupnost efikasne sudske zaštite pojedinaca*, koja se sastoji u upućivanju pojedinaca na nacionalne sudove i mogućnost osporavanja istog akta EU putem instituta prethodnog pitanja usmerenog na ocenu valjanosti. Zapravo je mudro iskoristio prethodno izrečene konstatacije i argumente samog Suda pravde iz ranije prakse kako bi *njegovim* rečima i argumentima izložio nov predlog testa. Uz pomoć tako liberalno revidirnog testa bi se utvrđivalo *jedino* da li sporni akt EU ima *značajan negativan efekat* na neprivilogovanog tužioca,²⁰ što bi ostavljalo mnogo veći prostor za dokazivanje *dejstva* sporne mere u odnosu na pojedince u poređenju sa *Plaumann* testom koji zahteva njihovo *potpuno razlikovanje od drugih*.

Albors-Lorens je pohvalila iznet predlog rečima da bi se po novom modelu ne samo „*eliminise nejasnoće svojstvene trenutnoj sudskoj praksi, već bi i primena bila laka*“ (Albors-Llorens, 2003: 72–92). Opšti pravobranilac je mudro odabrao argument efikasne sudske zaštite kao protivtežu koja bi trebalo da prevagne nad *Plaumann* testom, budući da je reč o jednom od temelja vladavine prava na kojoj EU teži da počiva. Opšti pravobranilac je zato lukavo i namerno sukobio *usko* postavljen test postojanja aktivne

19 C-50/00, *Union de Pequenos Agricultores v Council*, Opinion of AG Jacobs, 2002, ECR I-6677, ECLI:EU:C:2002:197, a u vezi sa prvostepenim predmetom T-173/98, *Union de Pequenos Agricultores v Commission, (UPA)*, 1999, II-03357, ECLI:EU:T:1999:296.

20 C-50/00 P, Opinion of AG Jacobs, para. 60.

legitimacije pojedinaca sa njihovim *pravom na pristup sudu*, kao jedan od ključnih aspekata efikasne sudske zaštite (Delaney, 2004: 3), želeći da izdejsstvuje uspostavljanje *novog balansa* koji bi prednost dao potonjem. Ni u jednom trenutku se njegova strategija nije zasnivala na direktnom pobijanju ili kritikovanju *Plaumann* testa, već se analiza ticala drugih problematičnih premisa. Konkretno, naglasio je nemogućnost da se u pojedinim situacijama akti EU osporavaju indirektnim putem, što je naročito slučaj kada ne postoje nacionalne mere implementacije koje treba da budu predmet tužbenog zahteva pred nacionalnim sudom. Objasnio je da je tada jedino „rešenje“ zapravo apsurdno i motiviše delovanje *con- tra legem*. Naime, potencijalni tužilac bi prvo morao da prekrši pravo kako bi se stekli preduslovi za pokretanje postupka protiv takve mere pred nacionalnim organom. Dilemu za pojedince u takvim situacijama objašnjava Korto rečima da će se pojedinac „*ili pokoriti regulativi uprkos sumnjama u njenu validnost – što može rezultirati nepotrebnim gubicima – ili može odlučiti da je prekrši i nada se da će se slutnja onjenoj nevaljanosti pokazati tačnom*“ (Corthaut, 2002–2003: 143).

Pojedini autori insistiraju da je reč o teoretskoj mogućnosti koja nije održiva u pravnom poretku EU koji teži ostvarivanju vladavine prava (Koch, 2005: 515; Ragolle, 2003: 91; Albors-Llorens, 2003: 87). Sam opšti pravobranilac je u svom Mišljenju istakao da se ne može tražiti od pojedinaca da krše pravo zarad dobijanja pristupa pravdi.²¹ Stoga bi u takvim situacijama insistiranje Suda pravde na postupku upućivanja prethodnog pitanja valjanosti zapravo dovelo do apsurdna i do suprotnog rezultata od očekivanog, a to bi bio *potpuni nedostatak sudske zaštite pojedinaca*. Sa druge strane, čak i u slučaju postojanja realnog pristupa nacionalnom sudu, pretežni stav doktrine je da indirektna nadležnost Suda pravde *nije i ne može biti adekvatna zamena* za direktan pristup ostvariv direktnom tužbom (Koch, 2005: 515; Cortés Martin, 2004: 239).

Postavlja se ključno pitanje koji su razlozi kvalifikacije postupka po prethodnim pitanjima *neefikasnim* ili *neadekvatnim* putem zaštite prava pojedinaca. Prvo i osnovno, postupak upućivanja prethodnih pitanja nije garantovan, budući da nacionalni sudovi (uz izuzeće sudova poslednje instance) mogu odbiti njegovo podnošenje, ili čak da pogreše u proceni valjanosti spornog akta EU, te kategorično tvrde da jeste zakonit. Kao što je poznato, u takvim situacijama nisu u obavezi da upute prethodno pitanje o valjanosti akata (Raičević, 2014: 833). Na osnovu rečenog, zaključuje se da se pojedinac može okarakterisati kao svojevrsni *talac* procene nacionalnog sudije. Za razliku od toga, kod

21 Ibid, para. 43.

direktne tužbe je na samom pojedincu da odabere konkretne delove akta koje osporava. Drugo značajno razlikovanje postoji kod privremenih mera. Naime, ukoliko bi privremenu meru oglasio Opšti sud, delovala bi na području čitave Unije, tj. na teritorijama svih država članica, dok bi nacionalno izrečena privremena mera bila značajno užeg teritorijalnog dejstva, ograničena samo na teritoriju date države članice. Imajući u vidu žestinu tržišne utakmice kod otvorenog i jedinstvenog tržišta EU, za mnoge individualne subjekte bi samo ova razlika bila ključna za dalje poslovanje. Naposljetku, treba se prisetiti sarkastične izreke da je pravda spora ali dostižna. Svakako da je pojedincima, sa ograničenim budžetom, vremenom i trošnim zdravstvenim stanjem brži, jeftiniji i efikasniji postupak po direktnoj tužbi nego onaj po prethodnom pitanju valjanosti.

Sa druge strane, nijedan ozbiljan pravnik ne bi se mogao zalagati za *potpunu* liberalizaciju ostvarivanja aktivne procesne legitimacije svim nepriviligovanim tužiocima, jer bi to dovelo, sa pravne strane, do neopravdano širokih ovlašćenja, a sa praktične strane bi došlo do kolapsa pravosudnog sistema Unije. Dakle, načelan metod ustavnovljen u pravu EU jeste dobar, ali bi u praksi trebalo da dođe do promene testa primene, jer se u praksi zaista pokazalo da je prag primene neopravdano visok i strog.

Predloženu reformu *Plaumann* testa i sam opšti pravobranilac je opravdao isticanjem dvostrukog argumenta. Sa jedne strane, pojasnio je da je postojeća sudska praksa suviše složena i u suprotnosti sa trendovima u državama članicama. Sa druge strane, istakao je kontraargument na bojazan o potencijalnoj *navalici* tužbi zbog proširivanja aktivne legitimacije. Pojasnio je da se to ne bi dogodilo iz tri razloga: 1) samim postojanjem Prvostepenog (danas Opšteg) suda; 2) potrebom da se kumulativno ispuni i prvi uslov, koji se ogleda u direktnoj pogođenosti spornom merom; 3) postojanjem prekluzivnog kratkog roka za podnošenje tužbe za poništaj.

Opipavajući puls revolucionarnog talasa, i istovremeno ohrabrujući takav predlog reforme, Prvostepeni sud je u slučaju *Jégo-Quéré*²² delimično prihvatio predlog opšteg pravobranioca iz *UPA* predmeta, o kojem se, u tom trenutku, još uvek nije izjasnio Sud pravde. U ovom slučaju, grupa ribolovaca osporila je valjanost regulative EZ koja je zabranjivala ribolov korišćenjem tzv. plutajućih mreža. Prema tradicionalnoj formuli, trebalo im je uskratiti aktivnu legitimaciju usled nedostatka

22 T-177/01, *Jégo-Quéré et Cie SA v Commission*, 2002, ECR II-02365, ECLI:EU:T:2002:112.

pojedinačne pogođenosti odredbama regulative, budući da je ona bila opšta po karakteru (Harlow, 2002: 152). Međutim, Prvostepeni sud im je priznao *locus standi*, te prešao na razmatranje merituma. Prvostepeni sud je iskoristio priliku i *formulisao novi test* individualne pogođenosti merom dok se čekala drugostepena presuda za predmet *UPA*. Novi test sadržan je u para. 53 presude, koji kaže: „kako bi se osigurala efikasna sudska zaštita pojedinaca, fizičko ili pravno lice mora se smatrati pojedinačno pogođenim merom Zajednice koja se njega direktno tiče ukoliko dotična mera utiče na njegov pravni položaj, definitivno i neposredno, ograničavanjem njegovih prava ili nametanjem obaveza. Broj i položaj drugih lica na koja mera takođe utiče ili na koja može uticati nisu od značaja utom pogledu“. Dakle, uspešnost pojedinaca u dokazivanju *locus standi* bi sezasnivala na prikupljanju dokaza koji bi ukazivali da li je sporna mera uticala na njihovo pravno položaj. Drugačije rečeno, sporna mera morala bi ili da ograničava njihova prava ili da im pak nameće obavezu. Pored toga, mora se ispuniti i drugi uslov koji propisuje da *dejstvo* takve mere mora biti *definitivno* i *neposredno*, čime se isključuje *potencijalni* efekat svojstven manljivom *Plaumann* testu. Iako je ponuđeni novi test primene pojedinačne pogođenosti svakako u suprotnosti sa dugogodišnjom sudskom praksom, istina je da nije bio suprotan relevantnom članu 230 (4) UEZ, već je samo ponudio njegovo *drugačije tumačenje*.

Nažalost, talas reforme bio je vrlo kratkog daha, budući da je trajao samo u intervalu dok nije stigla žalbena presuda po prethodnom, *UPA* predmetu. Sud pravde nije prihvatio predloženu promenu testa, te se rigidno držao *Plaumann* testa, kategorično odbijajući njegovu izmenu, što je neminovno značilo njegovo potvrđivanje i u drugostepenoj presudi *Jégo- Quéré*.²³ Nije sledio inovativan predlog Prvostepenog suda, već se strogo držao tradicionalnog tumačenja *Plaumann* formule, insistirajući na stavu o dostupnosti čitavog sistema pravnih lekova građanima EU, čime je opovrgao osnovni argument za promenu testa.

Uprkos konkretnim predlozima za reformu, kao i oštroj doktrinarnoj kritici *Plaumann* testa, Sud pravde kategorički odbija promenu, zbog čega se postavlja ključno pitanje *razloga i motivacije* Suda pravde da zadrži ovakav *status quo*. Budući da analize *Plaumann* testa postoje koliko

23 Budući da je isti opšti pravobranilac, *Jacobs*, bio angažovan i u drugostepenom predmetu *Jégo-Quéré*, za razliku od stava iz prethodnog predmeta, *UPA*, gde je hrabro iznedrio novi test primene, paradoksalno je u ovom Mišljenju morao da tvrdi suprotno, tj. da potvrdi postojeću sudsku praksu, tačnije stav Suda pravde iz drugostepene presuda *UPA* predmeta. Iako je neko zagovornik promena i kritičar postojećih pravnih rešenja, sudske presude se moraju poštovati.

i sam test, tokom decenija se nakupilo više različitih mišljenja o rezonovanju Suda pravde. Primera radi, Razmusen je još 80-ih godina prošlog veka sugerisao da Sud pravde „*ima dugoročni interes da preoblikuje pravosuđe*“ da bi mogao da „*deluje kao viši apelacioni sud*“ (Rasmussen, 1980: 112–127). Smatrao je da je Sud pravde bio stava da bi sudove država članica neformalno trebalo tretirati kao *de facto* prvostepenu instancu EZ/EU, kako bi se smanjila opterećenost tada jedino postojećeg Suda pravde. Ukoliko se hipotetički prihvati argument o postojanju namere da se kontroliše broj upućenih tužbi za poništaj akata EU od strane pojedinaca, onda je *način* bio neprincipijelan. Izgradnji liberalnog i principijelnog testa primene sticanja aktivne legitimacije ne bi na putu trebalo da stoji bojazan od velikog broja tužbi pojedinaca za poništaj. Hipotetička bojazan Suda pravde zapravo predstavlja argument u prilog teze da pojedinci ne ostvaruju ili ne mogu zaštititi na adekvatan način sopstvena prava. Pojedini autori nagoveštavaju da je iza ovako rigidno definisanog testa *strah*, a ne normativni razlog, te vrše svojevršno poređenje sa sudbinom Evropskog suda za ljudska pravda. Naime, oni tvrde da je Sud pravde pokušao da izvuče nauk od svog komšije iz Strazbura, uvidevši kako izgleda kada se postane žrtva sopstvenog uspeha. Ipak, jasan protivargument iznetom gledištu je *vreme* inaugurisanja *Plaumann* testa. Podsetimo da je on definisan još početkom 60-ih godina, kada je opterećenost Suda pravde, pa i Evropskog suda za ljudska prava bila minimalna, te se prethodna argumentacija jedino može prihvatiti za kasniji period, i tako objasniti grčevita doslednost u primeni testa od strane Suda pravde.

Međutim, ukoliko se zanemare istorijski prevaziđene teze, otkriva se da je motivacija Suda pravde zapravo dvostrukog porekla. Kao prvo, Sud pravde je stava da promena testa primene zahteva promenu osnivačkog ugovora, tj. teksta nekadašnjeg člana 230 (4) Ugovora o EZ. Pored toga, Sud pravde odbacuje tezu o EU kao neefikasnom pravnom poretku, već insistira na stavu da postoji i da je pojedincima dostupan kompletni sistem pravnih lekova.²⁴

Povodom prvog razloga, odnosno stava da je potrebna izmena samog teksta člana osnivačkog ugovora neophodno je istaći nekoliko stvari. Prvo i osnovno, pozitivno je to što je Sud pravde otškrinuo vrata talasu

24 Podsetimo se da je po prvi put još na međuvladinoj konferenciji 1996. godine povodom usvajanja Amsterdamskog ugovora pozvao države članice da razmišljaju o reformi tadašnjeg člana 230 (4) UEZ, uviđajući da je data odredba sama po sebi neefikasna u pružanju odgovarajuće sudske zaštite građanima, čime je delimično priznao argumente svojih kritičara.

promene, te dozvolio potencijal izmene spornog testa. Međutim, Sud pravde se ogradio rečima da je *rešenje u rukama država članica i njihovih nacionalnih sudova* jer je to izvan njegove nadležnosti. Jasno je istakao da bi novi sistem sudske revizije bilo moguće ostvariti jedino putem eksplicitne revizije osnivačkog ugovora, te da bi izmena višedecenijske sudske prakse jedino bila moguća *jezičkom* izmenom tadašnjeg člana 230 (4) osnivačkog ugovora, kategorički odbijajući da put promene leži u izmeni testa primene koji je on sam inaugurisao. Dakle, Sud pravde je insistirao na dosledoj primeni *Plaumann* testa više decenija, prebacujući lopticu u dvorište država članica, kako bi one eksplicitno tražile i međusobno dogovorile izmenu, istina, usko jezički determinisane aktivne legitimacije pojedinaca po upotrebljenim sintagmama čl. 230 (4) Ugovora o EZ. Sama formulacija datog člana je jezički ograničavajuće postavljena da je jasno da nikada nije ni imao za cilj ostavljanje širokog prostora za sticanje aktivne legitimacije pojedinaca. U suprotnom, mogućnost sticanja *locus standi* od strane pojedinaca za odluke koje nisu direktno njima upućene stvorilo bi nepotrebnu konfuziju i nesigurnost u komunitarnom pravu, danas pravu EU, te bi takav stav na duže staze više štetio, nego koristio pravu EU. Razmatrajući ovakav argument, zaista je tačno da je sama formulacija člana takva da je inherentno ograničavajuća, budući da je to bila volja i izražena namera osnivača – država članica. Kreg sugerise da je ključno pitanje tumačenje i primena ovog člana, a ne njegova jezička formulacija. Naposletku, kao što je već napomenuto, nijedna odredba, pa ni ova, nije ograničena samo na jedno, određeno tumačenje, pa čak ni ono koje je već iznedreno u praksi. Stoga sugerise da je ovakvim stavom Sud pravde pokušao da izbegne navalicu sudskih sporova, tako što je onemogućio pojedincima da osporavaju valjanost akata koji su nastali ao rezultat tzv. *teških diskrecionih ocena* (Craig, 1994: 524–525).

Iako je nesporno da je Sud pravde vezan formulacijom članova iz osnivačkog ugovora, isto tako je nesporno da sam tekst norme istovremeno *ne propisuje testove primene*. Njih je sam Sud pravde definisao u praksi u skladu sa sopstvenim mišljenjem, te je neubedljiv argument o nemogućnosti promene tih istih testova primene od strane organa koji ih je formulisao. Budući da nigde u osnivačkom ugovoru nije definisano, pa ni sugerisano da uslov individualne pogođenosti merom zapravo podrazumeva da podnosilac zahteva mora da dokaže razlikovanje od svih ostalih lica na isti način kao i adresat date mere, jasno je da je dato tumačenje iznedrio Sud pravde. Samim tim, ukoliko je već manifestovao pravosudni aktivizam prilikom inaugurisanja *Plaumann* testa, jasno je da se istim metodom može izvršiti

i promena datog testa. Međutim, Sud poseže za pravnim formalizmom, te za promenu testa zahteva *reviziju* osnivačkog ugovora, što je pravno gledano nevalidan argument, budući da takvim stavom on sopstvenu praksu uzdiže na nivo ustavne materije. Iako je nesporno da je praksa Suda pravde u mnogim oblastima bila *ključna*, jer je pravnim aktivizmom ne samo održavan već i razvijan ovaj specifičan pravni poredak. Međutim, ma koliko značajna, sudska praksa se ne može i formalno izjednačiti sa snagom osnivačkog ugovora kao izvora prava.

Zapaža se velika disproporcija između rigidnog stava Suda pravde povodom ustanovljavanja aktivne legitimacije pojedinaca za poništaj akata, i naličja iste medalje. Naime, Sud pravde se zalagao za rano sticanje subjektiviteta pojedinaca, princip direktnog dejstva, kao i druge mehanizme kojima se težilo istom cilju – *efikasnoj zaštiti dodeljenih prava pojedincima*. U tom kontestu, poznata je i *Kadi* saga o posrednom suprotstavljanju Suda pravde čak i rezolucijama Saveta bezbednosti zarad zaštite ljudskih prava, tačnije prava na odbranu kao segmenta prava na pravično suđenje. Stoga, iako je za pohvalu rezervisanost Suda pravde i njegova obazrivost pri uvođenju kakvih promena, negativan je njegov *selektivni* pristup, te insistiranje da se izmene mogu izvršiti jedino revizijom osnivačkog ugovora.

Neki autori smatraju da je promena testa primene *odgovornost* samog Suda pravde (Chalmers, Monti, 2006: 433; Ragolle, 2003: 100; Tridimas, 2008: 81; Abaquense de Parfouru, 2007: 387; Albors-Llorens, 2003: 90), iako je jasna rezervisanost Suda da izvrši takav korak kako ne bi potkopao sopstveni autoritet i bio dodatno kritikovan zbog nedoslednosti u poštovanju sopstvene prakse. Međutim, dinamične promene zahtevaju i prilagođavanje sudske prakse, što neminovno i uvek vodi nekoj vrsti ili obimu kritike. Mnogi autori tvrde da je takvim stavom Suda pravde propušten istorijski trenutak za promenu, dok njegove argumentekvalifikuju kao neuverljive (Koch, 2004: 819; Chalmers, Monti, 2006: 432-433; Brown, Morijn, 2004: 1654; Ragolle, 2003: 101; Albors-Llorens, 2003: 92; Cortés Martin, 2004: 245). Drugi pak tvrde da je svojom restriktivnim pristupom Sud pravde *doslovno* branio ulogu kvazi-čuvara osnivačkog ugovora, čime je branio i samu prirodu pravnog poretka EU (Delaney, 2004: 3). Jasno je da mora postojati inovativnost i odvažnost Suda pravde, pa se čak i blagonaklono gleda na sudski aktivizam u slučajevima izgradnje ili odbrane pravnog poretka EU,²⁵ dok je sa druge strane uočljiv njegov formalizam i strogo kretanje u granicama teksta osnivačkog ugovora

25 Primera radi, prilikom inaugurisanja principa direktnog dejstva, primata ili odgovornosti država za povredu prava EU.

kada su manji ulozi u pitanju, kao što je vidljivo kod pitanja aktivne legitimacije pojedinaca. Tzv. pionirski aktivizam Suda pravde opravdava se kada mu je cilj unapređivanje i razvitak prava EU kao nadnacionalnog poretka, dok izgleda da procesna prava pojedinaca ne idu ka istom cilju.

Sa druge strane, izlišnost potrebe izmene *Plaumann* testa Sud pravde opravdava i drugim argumentom – postojanjem *efikasne sudske zaštite pojedinaca*. Naime, on insistira na tezi o postojanju „*kompletnogsistema pravnih lekova*“²⁶ koji je dostupan pojedincima radi zaštite individualnih prava i stoga smatra nepotrebnim da se jasno definisana mala vrata ustanovljavanja *locus standi* pojedincima izlišno i potencijalno štetno proširuju. Postavlja se ključno pitanje istinosti, odnosno opravdanosti takve tvrdnje. Naime, u slučaju da podnosilac ne dokaže *locus standi* kod tužbe za poništaj, Sud pravde smatra da postoje drugi putevi pružanja adekvatne sudske zaštite, prvenstveno putem osporavanja valjanosti akta EU pred nacionalnim sudovima, čime bi se indirektnim putem, preko instituta prethodnog pitanja, ostvarila adekvatna zaštita pojedinaca. Čini se da Sud pravde stavlja na pijedestal ovakvu više teoretsku nego praktičnu mogućnost, i potpuno ignoriše realne poteškoće sa kojima se suočavaju pojedinci kada žele da se uputi prethodno pitanje, a što je do detalja opisao opšti pravobranilac u svom Mišljenju povodom *UPA* slučaja. *Mogućnost* sudske zaštite ne treba izjednačavati sa postojanjem *efikasne* pravne zaštite, a što se čini da je teza, ili bolje reći zamena teza koju forsira Sud pravde. Pored toga, Sud pravde je takođe odbacio argument dodeljivanja *locus standi* po automatizmu ukoliko ne postoji ovakva alternativa. Pojedini autori čak smatraju da se time ne samo uskraćuje efikasna sudska zaštita pojedincima, nego se u pojedinim situacijama to može izjednačiti sa uskraćivanjem pravde. Ukoliko se zna da je Povelja o osnovnim pravima EU ustavnog ranga nakon stupanja na snagu Lisabonskog ugovora, a da je jedan od ciljeva navedenih u čl. 6 pristupanje Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava,²⁷ onda se postavlja pitanje kompatibilnosti ovakvih oprečnih stavova i njihovih rezultata.

Neki smatraju da je zabrinjavajuće to što Sud pravde ustanovljava ovakve dvostruke aršine (Arnull, 2000: 177 190). Sa jedne strane, najviša sudska instanca EU upućuje pojedince na nesiguran, negarantovan put poništaja akata EU posredstvom prethodnog pitanja valjanosti, kada

26 C-294/83, Parti Ecologiste ‘Les Verts’, para. 23.

27 Čl. 47 Povelje je propisano pravo na efikasan pravni lek, kao i čl. 13 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda.

jasno u osnivačkom ugovoru stoji da pojedinci imaju mogućnost direktnog podizanja tužbe za poništaj. Time se u praksi forsira indirektan put zaštite prava pojedinaca umesto neposredne sudske zaštite putem direktnih tužbi. Iako su nacionalni sudovi u obavezi da upute prethodno pitanje valjanosti u slučaju sumnje u zakonitost akta EU na osnovu standarda *Foto-Frost*,²⁸ prethodno je potrebno ubediti nacionalnog sudiju u datu sumnju, što je neizvestan zadatak.

4. *Locus standi* pojedinaca kod tužbe za poništaj prema izmenama iz Lisabonskog ugovora

Pošto je presudom u *UPA* Sud pravde na države članice „preneo teret“ odlučivanja o sudbini *locus standi* pojedinaca kod tužbe za poništaj, reforma spornog člana morala je biti izvršena osnivačkim ugovorom. Sve dok države članice nisu reagovala na odgovarajući način koji bi doveo do promene spornog testa primene, Sud pravde nije ni pedalj odstupio od *Plaumann* testa. Kritike su delom dale plod, te je u Lisabonskom ugovoru *formulacija* bila promenjena u odnosu na predlog iz Ugovora o ustavu za Evropu,²⁹ tako da novi član 263 (4) UFEU glasi: „*Svako fizičko ili pravno lice može, pod uslovima utvrđenim u prvom i drugom paragrafu, pokrenuti postupak protiv akta upućenog tom licu ili koji ga pogađa direktno i pojedinačno, kao i protiv regulatornog akta koji ih se direktno tiče i koji ne podrazumeva mere sprovođenja*“. Kao što se vidi, tekst novog člana nije doneo odgovore na brojne prethodno opisane dileme, već je dodatkom treće mogućnosti, nažalost, uneo dodatne nejasnoće. Dakle, pored prve dve mogućnosti koje su ostale iste, uveden je i *treći* scenario. Uviđa se da se u slučaju osporavanja regulatornog akta koji ne podrazumeva mere implementacije ne zahteva ispunjavanje uslova pojedinačne, već samo *direktne* pogođenosti, što je značajno formalno olakšanje (Radivojević, 2017: 42–46).

Međutim, postavlja se pitanje da li je to dovelo do suštinskih promena. Smatra se da izmenom ovog člana *nije izvršena stvarna reforma* uslova pogođenosti, već je načinjena jedino distinkcija između zakonodavnih i regulatornih akata (Kombos, 2005: 14), što jeste pomak u pravom smeru, ali nedovoljan u poređenju sa višedecenijskom kritikom (Harding, 1981: 93; Harlow, 1992: 213; Garcia De Enterría, 1993: 19; Craig, 2003: 493; Cygan, 2003: 995; Enchelmaier, 2005: 173; Flogaitis, Pottakis, 2005: 108; Editorial, 2007: 561).

28 C-314/85, *Foto-Frost v Hauptzollamt Lübeck-Ost*, 1987, ECR 4199, ECLI:EU:C:1987:452.

29 Čl. III-365 (4) Ugovora o Ustavu za Evropu.

Drugačije rečeno, došlo je do ublažavanja date razlike, koja je i ranije postojala u praksi, dok se suština problema zaobišla.

Nova formulacija je kritikovana po dvostrukom osnovu: a) dovodi do terminološke zabune i b) i dalje je nespojiva sa principom efikasne sudske zaštite. Prvo i osnovno, kao što je poznato, Lisabonski ugovor uvodi, ali ne daje jasnu definiciju regulatornih akata (Toth, 2004: 2–3; Balthasar, 2010: 542), što je veliki propust imajući u vidu da sadrži odredbe koje direktno utiču na procesna prava pojedinaca (Koch, 2005: 520). Drugi problem je zapravo stari, već poznati, koji se tiče identifikovane pravne praznine u domenu prava na efikasnu sudsku zaštitu pojedinaca. Budući da je jedina novina proširivanje *locus standi* pojedinaca na regulatorne akte koji ne zahtevaju mere implementacije, postoji mogućnost da u praksi dođe do paradoksalne situacije koja se i dosad javljala – da potencijalni tužilac može obezbediti pristup pravdi samo ukoliko prethodno prekrši pravo, na šta je već upozorio opšti pravobranilac u svom Mišljenju u *UPA* predmetu. Time se pojedinci „teraju“ da kršenjem odredbi sporne mere i pozivanjem na njenu nevaljanost sebi izgrade jedinu liniju odbrane pred nacionalnim sudom. Nakon toga, trebalo bi da nacionalni sud uputi prethodno pitanje o valjanosti date mere EU.

Ipak, sudska praksa je pokazala da je došlo do olakšavanja dokazivanja aktivne procesne legitimacije pojedinaca u novouvedenom trećem scenariju, što će biti ilustrovano uz pomoć dva slučaja. U predmetu *Inuit Tapiriit Kanatami I* Sud pravde je po prvi put dao određenje regulatornog akta,³⁰ nakon čega je utvrdio da sporna regulativa ne može biti smatrana regulatornim, već zakonodavnim aktom. Tužba je odbačena zbog nedostatka *locus standi* njenih podnosilaca. Međutim, sledeće godine je usvojena još jedna regulativa koja je imala za cilj definisanje načina implementacije prethodne, opšte regulative, te je dat povod za nastavak tzv. *Inuit Tapiriit Kanatami* sage. Interesantan je sled događaja sagledavano sa aspekta analize sudske prakse o *locus standi*. Prvo, Opšti sud je izostavio razmatranje ispunjenosti uslova za aktivnu procesnu legitimaciju, te odmah prešao na meritum spora. Razumljivo je stoga što podnosioci tužbe nisu taj postupak Suda osporavali u žalbi. Međutim, iznenađujuće je to što ni Sud pravde, Komisija, Savet niti Evropski parlament u postupku po

30 C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami and Others v European Parliament and Council of the European Union* (Inuit Tapiriit Kanatami I), EU:C:2013:625. Sud pravde je sledio stav Opšteg suda, te je regulatorne akte negativno odredio kao „akte opšte primene koji nisu zakonodavni akti“ (para. 60 presude).

žalbi nisu ni reč rekli o datom pitanju,³¹ iako su sve oči akademske zajednice bile uprte u njih, utoliko pre jer Sud pravde ima mogućnost da ga po službenoj dužnosti razmatra.³² Ostaje nejasno i nedorečeno zašto je Sud pravde odlučio da potpuno prenebregne razmatranje tog kontroverznog pitanja. Implicitno se može zaključiti da je Sud pravde smatrao da su tužioci ipak imali aktivnu procesnu legitimaciju, što znači da je datu provedbenu regulativu Sud shvatio kao regulatorni akt, te nije bilo potrebno ispunjavanje uslova pojedinačne, već samo direktne pogođenosti.³³ Ipak, bilo je poželjno da je Sud pravde to *eksplicitno* naveo u presudi, budući da je ponovo propuštena šansa za preciziranje pojedinih sintagmi. Primera radi, i dalje je nejasno šta se sve podrazumeva pod sintagmom da regulatorni akt „ne podrazumeva mere sprovođenja“, a u vezi sa drugačijom sudskom praksom.³⁴ Pored toga, ćutanje Suda pravde o pitanju prihvatljivosti navodi na zaključak njegovog saglašavanja sa stavom Opšteg suda, koji iz razloga ekonomičnosti nije ulazio u razmatranje datog pitanja.³⁵ Iako se zapaža težnja da se uslovi sticanja *locus standi* relaksiraju, nedorečenost u pogledu jasnih zahteva koje treba ispuniti stvaraju dileme u pravilnom razumevanju sudske prakse. Implicitno prihvatanje postojanja aktivne procesne legitimacije je problematično jer je suprotno zahtevima formulisanim u članu 263 UFEU i ublažava razliku između privilegovanih i neprivilgovanih tužilaca.

S druge strane, presuda *Microban* na istinski način potvrđuje da je revizija pravila o *locus standi* izvršena Lisabonskim ugovorom *zaista olakšala* pojedincima direktno osporavanje nezakonitih akata u tzv. trećem

31 C-398/13 P, *Inuit Tapiriit Kanatami and Others v European Commission* (Inuit Tapiriit Kanatami II), EU:C:2015:535.

32 C-583/11 P, *Opinion of AG Kokott*, ECLI:EU:C:2013:21, para. 25; C-176/06 P, *Stadtwerke Schwäbisch Hall and others v Commission*, EU:C:2007:730, para. 18.

33 Dakle, Sud pravde je sledio mišljenje opšteg pravobranioca; *ibid*, para. 26.

34 Postoji praksa SPEU povodom takve jezičke konstrukcije: C-274/12 P, *Telefónica v Commission*, EU:C:2013:852, para. 35; T-380/11, *T-380/11, Anonymi Viotechniki kai Emporiki Etairia Kataskevis Konservon - Palirria Souliotis AE v European Commission*, EU:T:2013:420, para. 42, a u para. 31 predmeta C-456/13 P, *T & L Sugars*, EU:C:2015:284, iznedrio je stavda čak i šture, tehničke nacionalne mere primene mogu se okvalifikovati kao mere implementacije.

35 „*Radi ekonomičnosti postupka, prvo bi trebalo razmotriti zahtev podnosilacpredstavke za poništaj, bez prethodnog odlučivanja o prihvatljivosti tužbe*“; T-526/10, *Inuit Tapiriit Kanatami and Others v European Commission* ((Inuit Tapiriit Kanatami II)), EU:T:2013:215, para. 21.

scenariju. U ovom slučaju³⁶ sporna odluka Komisije bila je kvalifikovana kao regulatorni akt, budući da je to bio nezakonodavni akt opšte primene, usvojen u skladu sa postupkom komitologije koji se primenjuje na objektivno utvrđene situacije i proizvodi pravne efekte u pogledu predviđenih kategorija lica na uopšten i apstraktan način.³⁷ Nakon što se zaključilo da je ispunjen uslov *direktne* pogođenosti spornom merom,³⁸ i da ona ne podrazumeva mere implementacije,³⁹ podnosiocima je priznata aktivna procesna legitimacija. Prilikom razmatranja uslova direktne pogođenosti, Opšti sud je istakao da revizija člana 263 (4) „*teži cilju otvaranja uslova za pokretanje direktnih tužbi*“, te da ovaj uslov u kontekstu pokretanja postupka protiv regulatornih akata ne treba restriktivnije tumačiti od ustaljenog načina u periodu pre Lisabonskog ugovora.⁴⁰ Sud pravde je zatim *proširio* značenje termina *mere implementacije* u kontekstu regulatornog akta, tako da uključuje svaku meru, nezavisno od njene sadržine, koja proizvodi dejstvo na nacionalnom ili evropskom nivou.⁴¹

Kada je reč o prvom i drugom kraku testa primene, nažalost, Lisabonski ugovor ga nije ni proširio niti redefinisao, te je propuštena istorijska šansa koja će se ponovo javiti tek pri narednoj reviziji. Stoga i dalje postoje suprotstavljena mišljenja o postojanju efikasne sudske zaštite pojedinaca. Sa jedne strane, Sud pravde i dalje tvrdi da postoji zaokružen tj. kompletan sistem sudske zaštite dostupan pojedincima, te da ne postoji realna potreba za proširivanjem mogućnosti sticanja *locus standi*. Sa druge strane, deo doktrine ne prihvata datu tezu (Abaquense de Parfouru, 2007: 401–402; Brown, Morijn, 2004: 1659), naročito jer ne prihvataju da je alternativni put osporavanja mera EU *efikasan*, pa čak ni *dostupan* pravni lek. Na osnovu rečenog, brojni problemi primenepostupka odlučivanja o prethodnom pitanju istaknuti od strane opšteg pravobranioca u predmetu *UPA* su i dalje aktuelni.

36 Proizvođači izvesnog jedinjenja su osporili odluku Komisije da se dato jedinjenje izbriše sa liste dozvoljenih plastika koje mogu doći u dodir s hranom. Ova odluka Komisije predstavljala je implementaciju već usvojene EU legislative.

37 T-262/10, *Microban International and Microban (Europe) v Commission*, 2011, ECR II-07697, ECLI:EU:T:2011:623, para. 20–25.

38 *Ibid*, paras 26–32.

39 *Ibid*, paras 33–38.

40 *Ibid*, para. 32.

41 T-279/11, *T&L Sugars and Sidual Açúcares v Commission*, ECR II, 2012, p. 299, ECLI:EU:T:2013:299; C-274/12, *Telefonica SA v Commission*, ECR I, 2013, p. 852, ECLI:EU:C:2013:852; C-132/12 P, *Stichting Woonpunt and Others v Commission*, ECR I, 2014, p. 100, ECLI:EU:C:2013:335.

Naposletku, u još jednom odnosu se primećuje postojanje dvostrukih aršina. Naime, iako se zalaže za efikasnost sudske zaštite od strane nacionalnih sudova,⁴² čini se da sâm Sud pravde nije uspostavio tako strog standard kada je reč o sopstvenoj praksi. Namećući nacionalnim sudovima dužnost da osiguraju poštovanje prava dodeljenih pravnim poretkom EU,⁴³ čini se da je time na njih preneo *veći teret* na polju efikasnog ostvarivanja prava pojedinaca. Paradoksalno je da su pojedinci u boljoj procesnoj poziciji da osporavaju akte EU pred nacionalnim sudovima, nego pred pravosudnim organima same Unije.

5. Zaključne napomene

U periodu pre Lisabonskog ugovora, u pravu EU se u vezi tužbi za poni- štaj razvio jasan obrazac sudske prakse po kome su privatni subjekti (fizička i pravna lica) morali da kumulativno ispune uslove direktne i pojedinačne pogođenosti osporenim aktom kako bi mogli da steknu aktivnu procesnu legitimaciju. Pritom se u praksi naročita pažnja posvećivala drugom uslovu, uslovu pojedinačne pogođenosti, toliko da je nemali broj puta dolazilo do potpunog „preskakanja“ faze utvrđivanja ispunjenosti prvog uslova. Nadalje, u vezi uslova pojedinačne pogođenosti u jurisprudenciji se razvio i do današnjih dana održao izuzetno strogtest primene nazvan *Plaumann* formula. Zbog svoje izuzetne restriktivnosti, ovaj test je praktično učinio nemogućim da privatni subjekti ostvare *locus standi*.

Brojne kritike koje je ova formula izazvala dovele su do usvajanja novog stava člana 263 Lisabonskog ugovora, kojim je uklonjen zahtev individualne pogođenosti za regulatorne akte koji su od direktnog značaja i ne podrazumevaju mere za sprovođenje. Međutim, praktične implikacije na fizička ili pravna lica ovog novog stava isprva subile nejasne, te je bilo potrebno izvesno vreme kako bi se u sudskoj praksi iskristalisalo njegovo značenje.

Zaobilaženje *Plaumann* testa moguće je u slučajevima kumulativnog ispunjenja dva uslova, a to je da je osporeni akt regulatorne prirode i

42 C-294/83, Parti Ecologiste ‘Les Verts’, paras 11, 17, 19, 22-26; C-265/78, Feiwcrda BA v Produktschap voor Vec en Vices, 1980, ECR 617, ECLI:EU:C:1980:66, paras 12-19; C-222/84, Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Cons tabdlary, 1986, ECR 1651, ECLI:EU:C:1986:206, paras 11, 16-19.

43 C-106/77, Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal S.p.A, 1978, ECR 629, ECLI:EU:C:1978:49, paras 13-18; C-213/89, The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and Others, 1990, ECR I-2433, ECLI:EU:C:1990:257, paras 17-20.

da ne sadrži nikakve mere za sprovođenje. U suprotnom, ostaće teret dokazivanja pojedinačne pogođenosti spornom merom.

Isprva je bilo neophodno da se u jurisprudenciji pojasni značenje pojma „regulatorni akt“. Sada je jasno da on osim zakonskih, obuhvata i akte opšte primene, čime se iz svog obuhvata isključuju zakonodavni akti (direktive, uredbe i odluke donete po redovnom zakonodavnom postupku). Zatim se u praksi pojasnilo značenje izraza „akt koji ne sadrži mere za sprovođenje“. Sada je jasno da pitanje da li regulatorni akt podrazumeva mere sprovođenja treba ocenjivati isključivo u odnosu na predmet tužbe za poništaj i subjekta koji pokreće postupak prema članu 263(4) UFEU. Zahtev za odsustvom mera za sprovođenje jednak je odsustvu bilo kakvih mera za sprovođenje koje su preduzele države članice, što znači da će čak i mere koje su automatske ili samo pomoćne potpasti pod ovu definiciju. Zaključuje se da je Lisabonski ugovor fizičkim ili pravnim licima olakšao osporavanje nezakonodavnih akata opšte primene. Međutim, podnosioci zahteva koji žele da podvrgnu regulatorne akte sudskom preispitivanju takođe će morati da dokažu da u državama članicama nisu donete mere za sprovođenje, što je ponekad teže od očekivanog. Za razliku od tog scenarija koji se odnosi na regulatorne akte, Lisabonski ugovor nije uveo nikakve izmene u pogledu uslova za poništaj akata donetih po redovnoj zakonodavnoj proceduri, jer je i dalje na snazi *Plaumann* formula.

Ukoliko se posmatra šira slika, zaključuje se da su ograničavajući uslovi za priznanje aktivne procesne legitimacije, kao i povremenanedostupnost pravnih lekova pred nacionalnim sudovima, nedostaci prava EU kao poretka koji teži vladavini prava i približavanju svojim građanima. Interesantno je primetiti kako isti autoritet koji je pojedincima dodelio status subjekata prava rano u razvitku ovog poretka, im takođe onemogućava liberalnu upotrebu aktivne legitimacije, uporno tvrdeći da postoje drugi pravni putevi. Na osnovu svega rečenog, uviđa se da je proteklih decenija *Plaumann* test poslužio kao svojevrsno *oružje* kojim se pojedincima uskraćuje procesna legitimacija. Iako je Lisabonskim ugovorom načinjen *izvestan pomak* u pravcu liberalizacije sticanja *locus standi*, uviđa se da je reč samo o vrlo ograničenom, usko definisanom broju situacija.

Literatura i izvori

Abaquense de Parfouru, A. (2007). Locus standi of Private Applicants Under the Article 230 EC Action for Annulment: Any Lessons to be Learnt From France?, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 14 (4), pp. 361–402.

Albors-Llorens, A. (1996). *Private parties in European Community Law. Challenging Community Measures*, Clarendon Press, Oxford,

Albors-Llorens, A. (2003). The standing of private parties to challenge community measures: has the European Court missed the boat?, *Cambridge Law Journal*, 62 (1), 72–92.

Arnall, A. (2000). The action for annulment: a case of double standards?, O’Keeffe, D., Bavasso, A. (Eds.), *Judicial Review in European Law, Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, The Hague, Kluwer Law International,

Balthasar, S. (2010). Locus standi rules for challenges to regulatory acts by private applicants: the new Article 263 (4) TFEU, *European Law Review*, 35, pp. 542–550.

Barents, R. (2010). The Court of Justice after the Treaty of Lisbon, *Common Market Law Review*, 47 (3), pp. 709–728.

Biernat, E. (2003). The Locus standi of Private Applicants under article 230 (4) EC and the Principle of Judicial Protection in the European Community, *Jean Monnet Working Paper*, 12 (3),

Brown, C., Morijn, J. (2004). Comment on Jégo-Quéré, *Common Market Law Review*, 41 (6), 1639–1659.

Brownlie, I. (2008). *Principles of International Public Law*, Cambridge University Press, Cambridge,

Chalmers, D., Monti, G. (2006). *European Union Law*, Cambridge University Press, Cambridge,

Cortés Martin, J. M. (2004). Ubi ius, Ibi Remedium? – Locus standi of Private Applicants under Article 230 (4) EC at a European Constitutional Crossroads, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 11 (3), pp. 233–261,

Corthaut, T. (2002-2003). Comment on Jégo-Quéré, *Columbia Journal of European Law*, 9 (1), pp. 141–166,

Craig, P., De Burca, G. (2003). *EU Law, Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford,

Craig, P. (1994). Legality, Standing and Substantial Review in Community Law, *Oxford Journal of Legal Studies*, 14, pp. 507–537,

Craig, P. (2003). Standing, Rights, and the Structure of Legal Arguments, *European Public Law*, 9 (4), pp. 493–508,

Cygan, A. (2003). Protecting the interests of civil society in Community decision-making – the limits of article 230 EC, *International and Comparative Law Quarterly*, 52 (4), pp. 995–1012,

Delaney, E. (2004). Right to an Effective Remedy: Judicial Protection and European Citizenship, *Federal Trust Constitutional Online Paper Series*, 17,

Dorđević Aleksovski, S. (2020). Tumačenja međunarodnih ugovora Evropske unije primenom pravila iz Bečke konvencije o ugovornom pravu od strane Suda pravde EU, *Usklađivanje prava Srbije sa pravom EU – zbornik radova*, knj. 7, Niš, Pravni fakultet, str. 203–221,

Editorial. (2007). What should replace the Constitutional Treaty?, *Common Market Law Review*, 44 (3), pp. 561–566,

Enchelmaier, S. (2005). No-One Slips Through the Net? Latest Developments, and Non-Developments, in the European Court of Justice's Jurisprudence on Art. 230 (4) EC, *Yearbook of European Law*, 24, pp. 173–221,

Flogaitis, S., Pottakis, A. (2005). Judicial Protection Under the Constitution, *European Constitutional Law Review*, 1, pp. 108–111,

Garcia De Enterría, E. (1993). The Extension of Jurisdiction of National Administrative Courts by Community Law: the Judgment of the Court of Justice in *Borelli* and Art. 5 of the EC Treaty, *Yearbook of European Law*, 13, pp. 19–37,

Gormley, W. P. (1966). *The Procedural Status of the Individual before International and Supranational Tribunals*, Martinus Nijhoff, The Hague,

Harding, C. (1981). The Impact of Art 177 of the EEC Treaty on the Review of Community Action, *Yearbook of European Law*, 1, pp. 93–113,

Harlow, C. (2002). *Accountability in the European Union*, Oxford University Press,

Harlow, C. (1992). Towards a Theory of Access for the European Court of Justice, *Yearbook of European Law*, 12, pp. 213–248,

Koch, C. (2004). European Community – Challenge of Community Fisheries Regulation – Admissibility of Individual Applications under Article 230(4), *American Journal of International Law*, 98(4), pp. 814–819,

Koch, C. (2005). Locus Standi of private applicants under the EU constitution: Preserving gaps in the protection of individual's right to an effective remedy, *European Law Review*, 30 (4), pp. 511–527,

Kombos, C. (2005). The Recent Case Law on Locus standi of Private Applicants under Art. 230 (4) EC: A Missed Opportunity or A Velvet Revolution?, *European Integration Online Papers*, 9 (17),

Lewis, X. (2006–2007). Standing of Private Plaintiffs to Annul Generally Applicable European Community Measures: if the System is Broken, where Should it be Fixed?, *Fordham International Law Journal*, 30 (5), pp. 1496–1544,

Brown, L. N., Kennedy, T. (2000). *The Court of Justice of the European Communities*, Sweet & Maxwell, London,

Radivojević, Z. (2017). Reforma postupka sudske kontrole valjanosti akata institucija EU: tužba za poništaj, *Projekat Usklađivanje prava Srbije sa pravom EU: zbornik radova*, Knjiga 4, Niš, Pravni fakultet, str. 31–48,

Ragolle, F. (2003). Access to justice for private applicants in the Community legal order: recent (r)evolutions, *European Law Review*, 28 (1), pp. 90–101,

Raičević, N. (2014). Dejstvo presude Evropskog suda pravde o prethodnom pitanju, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 68, str. 825–842,

Rasmussen, H. (1980). Why is Article 173 interpreted against private plaintiffs?, *European Law Review*, vol. 5, pp. 112–127,

Ross, M. (1986). Challenging State Aids: The Effect of Recent Developments, *Common Market Law Review*, 23 (4), pp. 867–894,

Shaw, J. (2000). *Law of the European Union*, Palgrave Law Masters,

Tridimas, T., Poli, S. (2008). “Locus Standi” of Individuals under Article 230 (4): the Return of Euridice?, Tridimas, T., Poli, S. (Eds.) *Making European Community law: the legacy of AG Francis Jacobs at the European Court of Justice*, pp. 77–99,

Usher, J. (2005). Direct and individual concern – an effective remedy or a conventional solution?, *European Law Review*, 28 (5), pp. 575–600,

Ward, A. (2003). Locus standi under Article 230 (4) of the EC Treaty: Crafting a Coherent Test for a Wobbly Polity, *Yearbook of European Law*, 22 (1), pp. 45–77,

Ward, A. (2001). Amsterdam and amendment to Article 230: an opportunity lost or simply deferred?, Dashwood, A., Johnston, A. (Eds.) *The future of the judicial system of the European Union*, Cambridge, Hart Publishing, pp. 37–40.

Sanja Đorđević Aleksovski, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš,
Republic of Serbia

LOCUS STANDI OF NON-PRIVILEGED APPLICANTS IN EU ANNULMENT ACTIONS

Summary

The aim of this paper is to analyze the circumstances under which private parties (natural and legal persons) can have a legal standing in annulment actions in EU Law. The limitations imposed on these private parties justifiably mark them as non-privileged applicants. Besides proving the legal grounds for initiating an annulment action and the compliance with the short preclusion period, two additional conditions must be cumulatively met: the non-privileged applicants must prove that they are directly and individually affected by the challenged act. The latter requirement, which is more disputable and difficult to meet, is additionally made more stringent in the jurisprudence of the EU Court of Justice. Therefore, the central part of the paper focuses on the analysis and criticism of the Plaumann test as an extremely strictly set application test for acquiring a legal standing by private parties. In light of understanding EU law as a comprehensive legal order including a complete system of protection of individual rights, the paper provides an overview of arguments and counter-arguments for a prospective reform of the Plaumann test. The analysis leads to the conclusion that the limiting conditions for locus standi of non-privileged applicants, as well as the occasional unavailability of legal remedies before national courts, are the shortcomings of EU law as an order that strives to achieve the rule of law and bring the EU closer to its citizens. In the past decades, the Plaumann test served as a tool for effectively denying the legal standing to private parties. Although the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) has made some progress in the direction of liberalizing the acquisition of locus standi, it is only the case in a limited and narrowly defined number of situations.

Keywords: *action for annulment, non-privileged applicants, locus standi, Article 263 TFEU, Plaumann test.*

Sladana Mladenović, LL.M.,
Research Associate,
Institute for Political Studies, Belgrade

pregledni naučni rad
10.5937/zrpfno-47232

UDK: 341.645.5(4-672EU)

UDK: 341.176(4)

Rad primljen: 19.10.2023.

Rad prihvaćen: 22.11.2023.

PECULIARITIES OF THE ACTION FOR ANNULMENT AGAINST DECISIONS OF THE EU DECENTRALISED AGENCIES' BOARDS OF APPEAL **

Abstract: *There are ten EU decentralised agencies empowered to take decisions that are intended to produce legal effect vis-à-vis private persons in the context of regulating the internal market. In order to ensure effective protection of the rights of private persons against these agencies, EU law establishes mechanisms of internal and external legal control of their decisions. Internal control is achieved through the mechanism of administrative appeals before the Boards of Appeal (BoAs) established within each of the agencies. The BoA's decision on the appeal is final and legally binding on the parties to the appeal proceedings. It is therefore the subject matter of an action for annulment before the Court of Justice of the European Union (CJEU), which ensures external control of the agency decisions. The action for annulment of the BoA's decision is subject to the same rules that apply to the annulment of any act of EU law intended to produce legal effects vis-à-vis third parties, but there are certain peculiarities in the context of the judicial review of the agency decisions. These peculiarities exist in four aspects of the action for annulment, namely: 1) the jurisdiction of the CJEU; 2) the grounds for annulment – the scope and intensity of the review performed by the BoA; 3) the effects of the first-instance judgment – alteration of the BoA's decision in some agencies; and 4) the appeal against the first instance judgment – filtering mechanism under Art. 58a of the CJEU Statute. These peculiarities are the subject of this paper.*

Keywords: *EU decentralised agencies, Boards of Appeal of EU decentralised agencies, functional continuity in EU decentralised agencies, judicial review of the decisions of EU agencies, action for annulment of the decisions of EU agencies, filtering mechanism, Article 58a of the CJEU Statute.*

*sladjana.mladenovic@ips.ac.rs

** The paper has been developed within the research activities of the Institute for Political Studies, Belgrade, supported by the Ministry of Science, Technological Development and Innovation of the Republic of Serbia.

1. Introduction

EU decentralised agencies play an important role in the implementation of EU law. Some of them are empowered to take decisions in the context of regulating the internal market intended to produce legal effect *vis-à-vis* third parties, mainly private persons. In order to ensure effective protection of the rights of private persons against these agencies, it was necessary to establish mechanisms for internal and external legal control of their decisions.

Internal control is achieved through the system of administrative remedies embodied in the appeal procedures before the Boards of Appeal (BoAs) established within the agencies. There are ten decentralised agencies empowered to take decisions intended to produce legal effect *vis-à-vis* third parties in the context of regulating the internal market, each of them having one or more BoAs. These agencies are:

- the European Union Intellectual Property Office (EUIPO), previously known as the Office for Harmonization in the Internal Market (OHIM);
- the Community Plant Variety Office (CPVO);
- the European Aviation Safety Agency (EASA);
- the European Chemicals Agency (ECHA);
- the European Union Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER), previously known as the Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER);
- the European Union Agency for Railways (ERA), previously known as the European Railway Agency (ERA);
- the European Supervisory Authorities (ESAs), namely the European Banking Authority (EBA), the European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA) and the European Securities and Markets Authority (ESMA);
- the Single Resolution Board (SRB).

The legal outcome of the proceedings before the BoA is the decision that is final and legally binding on the parties to the proceedings. By its decision, the BoA proclaims that: 1) the appeal is dismissed as inadmissible; 2) the appeal is rejected as unfounded; or 3) the appeal is upheld as well founded.

In cases where the appeal is well founded, the BoA may immediately take a final decision on the appeal or remit the case to the competent agency body that issued the appealed decision, whereby the body is bound by the BoA's *ratio decidendi* (Magiera, Weiß, 2014: 520). The BoAs of the OHIM/EUIPO, CPVO

and ECHA may also use the powers of the competent agency body. This means that they can amend the appealed decision or issue a new one (Hanf, 2022: 75), which is called the ‘power of substitution’ in the doctrine (Alberti, 2022: 248). This was also the case in the EASA until September 2018, and in the ACER until July 2019, when their respective new founding regulations came into force (Simoncini, Verissimo, 2022: 110; Tovo, 2022: 45). The BoAs, which can either remit the case to the competent agency body or use the power of substitution, have discretion in deciding thereon; thus, there is no uniform practice (Hanf, 2022: 75). The BoA’s power of substitution is referred to in the case-law as *functional continuity* between the agency and its BoA (Chirulli, De Lucia 2021: 129; Alberti, 2022: 247). The final decisions of the BoAs that are in functional continuity with their respective agencies on the appeal absorb and substitute the appealed decisions (Chirulli, De Lucia, 2021:112). The principle of functional continuity was originally proclaimed in cases related to the OHIM,¹ and later extended to the CPVO, the EASA, the ECHA and the ACER.² According to the provisions of the new founding regulations of the EASA and the ACER, their BoAs are no longer empowered to substitute the appealed decision. Thus, it is for the Court of Justice of the European Union (CJEU) to decide in the future whether and to what extent this principle is still applicable to them (Alberti, 2022: 248).³

The BoA’s decision is subject to the judicial remedy in the form of an action for annulment before the CJEU, which ensures external control of agency decisions and judicial protection of the rights of private persons. The rules that apply to this remedy are the same as those pertaining to any act of EU law intended to produce legal effect *vis-à-vis* third parties, in accordance with the provisions of Art. 256, 263, 264 and 266 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) (Lenaerts, Gutman, Nowak, 2023: 275), the CJEU Statute, the CJEU Rules of Procedure, as well as the relevant case-law. While not affecting the application of the remedy in general, there are some peculiarities that exist only in regard to the judicial review of agency decisions. These peculiarities exist in

1 Case T-163/98, *Procter & Gamble v OHIM (Baby-Dry)*, paras 36–44; Case T-63/01, *Procter & Gamble v OHIM (Soap bar shape)*, para. 21; Case T-308/01, *Henkel v OHIM (Kleencare)*, paras 24–32.

2 Case T-177/16, *Mema v CPVO*, paras 40–42; Case T-102/13, *Heli-Flight v EASA*, para. 27; Case T-125/17, *BASF v ECHA*, para. 55; Case T-735/18, *Aquind v ACER*, para. 32.

3 Some of the principles applied in the context of an action for annulment of the BoAs’ decisions have been established by the General Court (GC), preceded by the Court of First Instance (CFI), and others by the Court of Justice of the European Union (previously the European Communities). In the interest of clarity, the abbreviation CJEU shall be used hereinafter, unless there is a need to emphasise that the judgment was delivered by the first-instance Court (CFI or GC) or the second-instance Court (CJ), or that it concerns the jurisdiction of one of these instances.

the following four aspects of the action for annulment: 1) the jurisdiction of the CJEU; 2) the grounds for annulment; 3) the effects of the first-instance judgment; and 4) the appeal against the first-instance judgment.

2. Jurisdiction of the CJEU

In the period before the entry into force of the Treaty of Lisbon (ToL), there was a lacuna in primary law regarding the jurisdiction of the CJEU for actions for annulment against the decisions of the agencies, including the decisions of their BoAs. A strict interpretation of Art. 173/230 of the Treaty establishing the European Community (TEC) meant that the jurisdiction of the CJEU was restricted only to the acts of the institutions, thus excluding the acts of the agencies (Craig, 2010: 95), i.e. the decisions of their BoAs. The CJEU jurisdiction to decide on actions for annulment of the BoA decisions was established by the provisions of the founding regulations of the agencies, i.e. the acts of secondary law, which means that the jurisdiction of the CJEU was extended beyond the Treaty (Chamon, 2016: 334).

Following the entry into force of the ToL, the lacuna was filled. According to Art. 263(1) and (4) of the TFEU, the CJEU now has jurisdiction for annulment actions that private persons may bring against agency acts having legal effect *vis-à-vis* them, if the acts are addressed to them or are of direct and individual concern to them. This also includes the BoA decisions (Schima, 2019: 1802). Furthermore, the provisions of Art. 263(5) of the TFEU entrenched the administrative protection preceding judicial review against the agency decisions in primary law (Simoncini, 2018: 158), thereby enabling the consolidation and generalisation of administrative remedies against agency decisions embodied in the BoA model (Chirulli, De Lucia, 2021: 106).

Filling the lacuna in primary law regarding the jurisdiction of the CJEU to review the legality of agency decisions has raised the question of whether private persons could bring an action for annulment against the initial agency's decision or whether they were still required to turn to the BoAs first in order to initiate the relevant appeal procedure. The provisions of Art. 263(5) of the TFEU refer private persons to the founding regulations of the agencies, but do not oblige them to exhaust the mechanisms of administrative review before turning to the CJEU. Therefore, the existence of this obligation depends on the specific provisions of the founding regulations, and their wording suggests that CJEU proceedings can only follow the BoA's decision, except in cases where private persons do not have the right of appeal, i.e. when the BoA does not have jurisdiction (Magiera, Weiß, 2014: 528; Chamon, 2016: 349; Ritleng, 2022: 317–318; Tovo, 2022: 42). Consequently, in cases when the BoA has jurisdiction, the subject of the action for annulment can only be the BoA's decision and not the initial agency's decision

(Chamon, 2016: 343). The main consequence of the binding and preliminary nature of the appeal before the BoA is that the plaintiff cannot raise new grounds in the CJEU proceedings that go beyond those already raised in the administrative proceedings (Marcetti, 2017: 10–11), which is confirmed by case-law.⁴

Before the entry into force of the ToL, it was clear from the case-law that the review of the BoA's decision did not aim at re-examining the facts that were assessed within the agency, i.e. the appealed agency's decision.⁵ Consequently, the plaintiff cannot request the annulment of the initial agency's decision (Chamon, 2016: 344). After the entry into force of the ToL, in some cases the CJEU has allowed the actions even if the plaintiff requested the annulment of the agency's decision, but only in circumstances in which it was able to identify the elements to reclassify the action as an action against the BoA's decision. In such cases, the CJEU was taking into account only the pleas concerning the BoA's decision, while dismissing the pleas concerning the initial agency's decision.⁶ Accordingly, the CJEU would allow the action, not as an action for annulment against the agency's decision but as an action for annulment against the BoA's decision (Chamon, 2016: 343; Simoncini, Verissimo, 2022: 111). On the other hand, in cases where the plaintiff requested the annulment of both the agency's and the BoA's decisions, the CJEU held that the action against the agency's decision was not admissible and that only the BoA's decision could be challenged before the CJEU.⁷ In view of the provisions of the founding regulations and of the relevant case-law, the action for annulment against the BoA's decisions is the only way to ensure effective judicial protection of private persons in relation to most of the agency decisions that produce legal effects *vis-à-vis* third parties.

3. Grounds for annulment

Under the provisions of Art. 263(2) of the TFEU, the grounds for annulment of the BoAs' decisions can be: 1) lack of competence; 2) infringement of an essential procedural requirement; 3) infringement of the treaty, founding regulation of the agency or of any rule of law relating to their application; or 4) misuse of power. These are explicitly stated in the founding regulations of the OHIM/EUIPO and CPVO, as well as in the Regulation on designs.⁸

4 Case T-165/06, *Elio Fiorucci v OHIM*, paras 21–22; Case T-135/08, *Schniga GmbH v CPVO*, para. 85.

5 Case C-214/05 P, *Sergio Rossi v OHIM*, para. 50.

6 Case T-102/13, *Heli-Flight v EASA*, paras 27–32; Case C-61/15 P, *Heli-Flight v EASA*, paras 79–84.

7 Case T-735/18, *Aquind v ACER*, paras. 31–34.

8 Art. 63(2), Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark, OJ L 11, 14.1.1994, p. 1–36 (hereinafter: OHIM 40/94); Art. 61(2), Council Regulation

The specific grounds for annulment of the BoAs' decisions of those agencies where functional continuity was proclaimed, representing a combination of infringement of an essential procedural requirement and infringement of the founding regulation, were defined in the case-law. These are the scope and intensity of the review performed by the BoAs of such agencies.

3.1. The scope of the review of the BoA

The scope of review performed by the BoA in those agencies in which functional continuity is proclaimed refers to three following questions:

- 1) Is the BoA limited by the grounds of the appeal?
- 2) Does the BoA have an obligation to conduct a *de novo* examination of the appealed decision?
- 3) Does the BoA have an obligation to take into account new evidence, i.e. the evidence that was not presented in the proceedings before the competent agency body that issued the appealed decision?

The CJEU answered these questions in the case-law related to the OHIM. First, in *Baby-Dry*, the Court of First Instance (CFI) held that the BoA could not reject the appellant's arguments simply because they had not been previously presented before the competent agency body.⁹ In *Kleencare*, the CFI went a step further by stating that the outcome of the appeal depends on 'whether or not, in the light of all the relevant matters of fact and of law, a new decision with the same operative part as the decision under appeal may be lawfully adopted at the time of the appeal ruling'.¹⁰ Consequently, the CFI took two basic positions on the scope of the BoA's review. First, the BoA may allow an appeal based on new facts adduced by the appellants or new evidence presented by them during the appeal proceedings. Second, during the examination of the appeal, the BoA is not limited by the grounds of the appeal.¹¹ In *Asetra*, the CFI held that, apart from not being limited by the grounds of the appeal, the BoA also had an obligation

(EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs, OJ L 3, 5.1.2002, p. 1–24 (hereinafter: OHIM 6/2002); Art. 65(2), Council Regulation (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community trade mark (codified version) (Text with EEA relevance), OJ L 78, 24.3.2009, p. 1–42 (hereinafter: OHIM 207/2009); Art. 72(2), Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark (Text with EEA relevance), OJ L 154, 16.6.2017, p. 1–99 (hereinafter: EUIPO 2017/1001); Art. 73(2), Council Regulation (EC) No 2100/94 of 27 July 1994 on Community plant variety rights, OJ L 227, 1.9.1994, p. 1–30 (hereinafter: CPVO 2100/94).

9 Case T-163/98, *Baby-Dry*, paras 36–44.

10 Case T-308/01, *Kleencare*, para. 26.

11 Case T-308/01, *Kleencare*, para. 29.

to examine the case as a whole, i.e. to conduct a *de novo* examination.¹² Finally, in *OHIM v Kaul*, the Court of Justice (CJ) confirmed the obligation of the BoA to conduct a *de novo* examination and to take into account new evidence submitted in the appeal proceedings.¹³ In these cases, the CJEU unequivocally established three principles regarding the scope of the BoA's review, i.e. three obligations that must be fulfilled; otherwise, the BoA's decision might be annulled. These obligations are as follows: 1) the BoA is not limited by the grounds of appeal during the appeal proceedings; 2) the BoA has the obligation to conduct a *de novo* examination of the appealed decision; and 3) the BoA has the obligation to take into account new evidence and facts presented during the appeal proceedings (Chirulli, De Lucia, 2021: 128–130; 134–135; De Lucia, 2022: 177).

The obligations regarding the scope of the BoA's review were established in the case-law related to the OHIM, so the question arose whether these obligations also applied to the BoAs of other agencies with functional continuity. The answer was positive with respect to the CPVO. The CJEU used the similarities between the OHIM and the CPVO, so it ruled by analogy with the case-law related to the OHIM (Ritleng, 2022: 302). The only difference concerns the taking into account of new evidence submitted outside the set time limits (Chirulli, De Lucia, 2021:136). While the OHIM/EUIPO BoAs may accept such evidence, the CPVO BoAs must reject it.¹⁴ On the other hand, the General Court (GC) explicitly stated that the ECHA and ACER BoAs, unlike the OHIM/EUIPO BoAs, were not invited to conduct a *de novo* examination and were limited by the grounds of appeal. With respect to these BoAs, the GC stated that the provisions on the functional continuity defined the powers of the BoA after a finding that the appeal was well founded, but not the review that the BoA performed with respect to the merits of the proceedings.¹⁵ Consequently, if the EUIPO and CPVO BoAs do not conduct a *de novo* examination, this may be a ground for annulment of their decisions, whereas the opposite is true for the ECHA and ACER BoAs – a *de novo* examination does not fall within their competence (Tovo, 2022: 56; Volpato, Mullier, 2022: 97–98).

3.2. The intensity of the review of the BoA

The judicial review generally includes the review of legal basis, facts and discretion (Craig, 2020: 99–100). When it comes to the legal basis, the CJEU completely substitutes the conclusions of the parties; but when it comes to facts and discretion, the intensity of judicial review is different. With respect to the acts of EU

12 Case T-252/04, *Caviar Anzali SAS v OHIM (Asetra)*, para. 32.

13 Case C-29/05 P, *OHIM v Kaul*, paras 42–44, 49, 56–58.

14 Case T-112/18, *Pink Lady America LLC v CPVO*, paras 97–100.

15 Case T-125/17, *BASF v ECHA*, paras 59–66; Case T-735/18, *Aquind v ACER*, paras 77–81.

institutions and other bodies, the CJEU is invited to perform a comprehensive review of the legal basis and to intensively examine the exercise of their powers. However, when the exercise of discretion includes the assessment of complex economic, scientific and technical (EST) issues, the CJEU limits its review to the question whether there has been a manifest error of assessment, a misuse of powers, or a manifest exceeding of discretion (Volpato, 2019: 15–16, 19). The limitation of judicial review is related to the understanding that the CJEU cannot substitute its own assessment of highly complex EST issues for those entrusted to certain institutions and bodies (Mullier, Cana, 2018: 110).

In this context, it is significant what intensity of review must be performed by the BoAs during the appeal proceedings in order to ensure effective judicial protection later on. Therefore, the CJEU had to answer two questions regarding the intensity of the BoA's review.

The first question was whether the BoA could limit its review to legal issues or whether it also had an obligation to address the EST issues that were essential to the appealed decision. In case-law related to the OHIM, the CJEU made a connection between the intensity and the scope of the BoAs' review stating that the BoAs 'are required to base their decision on all the matters of fact and of law', and that the BoAs' review 'is not limited to the lawfulness of the contested decision, but [...] it requires a reappraisal of the dispute as a whole'.¹⁶ In relation to the CPVO, the CJEU held that if the BoA decided to use the agency's powers, it had the obligation to carefully and impartially examine all the relevant circumstances of the application for granting plant variety rights and collect all the necessary factual and legal elements.¹⁷ Accordingly, the CJEU established the principle that the BoA could not limit the review to examining only the legal issues, but also had to address the EST issues (Simoncini, 2018: 162).

The second question was whether the BoA could limit the review to a search for manifest errors in the assessment of the competent agency body that issued the decision, which is compatible with the limited review of the CJEU. In cases involving the ECHA, the GC referred to the expertise of the BoA members and concluded that there was a clear intention of the EU legislator to provide the BoA with the expertise necessary to make an assessment of the complex EST issues. Accordingly, the review of the EST issues presented in the agency's decision is not limited to a search for the existence of a manifest error, but the BoA is required to consider whether the appellant's arguments can show that the assessment on which the agency's decision is based is vitiated by error.¹⁸ The same logic

16 Case T-252/04, *Asetra*, paras 31–32.

17 Case C-625/15 P, *Schniga v CPVO*, paras 84–85.

18 Case T-125/17, *BASF v ECHA*, paras 87–89, 124; Case T-755/17, *Germany v ECHA*, paras 192–194.

was applied in the case-law regarding the ACER when the GC concluded that the provisions regarding the BoA organisation, in particular its composition and powers, indicated that it was not established to be reduced to the limited examination of the complex EST issues. The provisions of the founding regulation of the ACER, according to which the action for annulment can be brought only against the BoA's decision, and not the initial agency's decision, indicates that the BoA cannot perform limited review of the agency's decision. If the BoA's review were limited with respect to the complex EST issues, this would mean that the GC performs limited review of a decision that itself was the result of a limited review, and such a system of "limited review of a limited review" fails to offer the guarantees of effective judicial protection'.¹⁹

In the aforementioned cases, the CJEU established two principles regarding the intensity of the BoA's review. First, the intensity of the BoA's review is higher than the intensity of the CJEU's review regarding the assessments of the EST issues. The standard of review that the BoA should apply is to determine whether there is an error in the assessment of the competent agency body that issued the appealed decision, and not only whether there is a manifest error (Tovo, 2022: 52–53; Volpato, Mullier, 2022: 99). The second principle states that the established intensity of review applies to the BoAs of all agencies, and there are two reasons for that. First, all of the aforementioned cases emphasise the CJEU's position that the case-law limiting the review to the search for manifest errors refers exclusively to the CJEU and not to the BoAs, which protect the rights of the parties in situations where the judicial control is limited. Second, the CJEU found that the BoAs had the necessary expertise to be able to determine the existence of errors in the assessment of the complex EST issues (Ritleng, 2022: 303–304).

4. Effects of the first-instance judgment

If the action for annulment is well founded, the GC annuls the BoA's decision by its judgment. According to Art. 266 of the TFEU, as well as the provisions of their founding regulations, the agencies are required to take the necessary measures to comply with the GC judgment. Consequently, the GC cannot give the agency specific instructions on how to comply with the judgment or refer the case back to the BoA (Chamon, 2016: 344; Tovo, 2022: 50), but it is up to the agency 'to draw the consequences of the operative part of the judgment and the grounds on which it is based'.²⁰

19 Case T-735/18, *Aquind v ACER*, paras 52–58.

20 Case T-163/98, *Baby-Dry*, para. 53.

However, with regard to the OHIM/EUIPO and CPVO, the GC has jurisdiction to alter the decision of the BoAs.²¹ This means that the GC has additional jurisdiction that is not provided for in the TFEU, which only gives the possibility of the annulment of the contested decision (Magiera, Weiß, 2014: 523). Two following conditions must be met for the GC to alter decisions of these BoAs: 1) a formal request to alter the decision is submitted to the GC; and 2) the BoA's decision is annulled (Hanf, 2022: 79).

Since the provisions of the founding regulations of these agencies do not specify what the alteration entails, it was left to the CJEU to clarify this. First, it was clarified that the CFI/GC might only take into account the facts already examined by the BoA, and only in order to determine whether the BoA gave the correct legal qualification of those facts.²² Consequently, the CFI/GC does not examine the merits of the dispute before the BoA, but only whether the BoA made a correct decision on the basis of the established facts (Lenaerts et al., 2023: 617). Later on, the CJEU confirmed that the jurisdiction to alter the BoA's decision must be limited to situations in which the GC, after reviewing the BoA's assessment, is in a position to determine which decision the BoA was required to take on the basis of the matters of fact and law.²³ In doing so, the CJ took an explicit position that the GC could not substitute its own assessment for the BoA's or make a new one.²⁴ The restrictions related to the alteration of the BoA's decision, which were established in relation to the OHIM, were also confirmed in relation to the CPVO.²⁵ The restrictive interpretation of the possibility to alter the BoAs' decisions did not imply full jurisdiction as provided for in Art. 261 of the TFEU, but only the review along the lines of Art. 263 TFEU (Chirulli, De Lucia, 2021: 113). The final consequence of the aforementioned limitations is that the annulment or alteration of the BoA's decision in relation to the application for granting a trademark or design (OHIM/EUIPO) or a plant variety right (CPVO) does not constitute an instruction to the agency to accept the applicant's request (Chamon, 2016: 344).

5. Appeal against the first-instance judgment

According to Art. 256(1) of the TFEU, decisions issued by the GC may be subject to an appeal to the CJ on points of law only, under the conditions and within the limits laid down by the CJEU Statute (Schima, 2019: 1766). This means that, as

21 Art. 63(3), OHIM 40/94; Art. 61(3), OHIM 6/2002; Art. 65(3), OHIM 207/2009; Art. 72(3), EUIPO 2017/1001; Art. 73(3), CPVO 2100/94.

22 Case C-16/06 P, *Les Éditions Albert René SARL v OHIM*, paras 38–39.

23 Case C-263/09 P, *Edwin v OHIM*, para. 72.

24 Case C-263/09 P, *Edwin v OHIM*, para. 72.

25 Case C-534/10 P, *Brookfield and Elaris v CPVO*, para. 39.

a rule, the provisions of primary law ensure a two-level judicial review of the BoAs' decisions and that the decision of the agency itself is subject to three levels of review: one before the BoA and two before the CJEU. However, after the establishment of the filtering mechanism this became an exception.

The filtering mechanism was introduced as a part of the reform of the CJEU formalised by the provisions of Regulation 2019/629, in force since 1 May 2019.²⁶ The provisions of this regulation amended the CJEU Statute, and one of the amendments was the introduction of Art. 58a, which established the filtering mechanism. The filtering mechanism implies that an appeal against the GC's decision concerning the decisions of the EUIPO, CPVO, ECHA and EASA BoAs, as a rule, does not proceed unless the CJ has previously decided that the appeal should be allowed. The appeal is allowed to proceed only 'where it raises an issue that is significant with respect to the unity, consistency or development of Union law'. In addition to the aforementioned BoAs, the mechanism will also apply in relation to any BoA that will be established within any other agency after 1 May 2019, provided that the BoA has jurisdiction for the agency's decisions.²⁷

The official reason for establishing this mechanism was to reduce the CJ caseload, since many appeals were brought before it in cases that had already been examined twice (first by an independent BoA, then by the GC), and many of these appeals were dismissed by the CJ because they were patently unfounded or manifestly inadmissible.²⁸ The GC clarified that the purpose of establishing this mechanism was to examine the case twice instead of three times, the agency BoA being the first instance.²⁹ In other words, according to Art. 58a of the CJEU Statute, the adjudication of disputes related to agency decisions is reduced to two levels of jurisdiction: the BoA as the first one, and the GC as the second one, assuming that these disputes have already been considered twice and that a third level is not necessary (De Lucia, 2022: 186). The establishment of this mechanism suggests that the BoAs of the aforementioned agencies provide sufficient protection to justify the exclusion of a final judicial review by the highest EU court (Lamandini, Ramos Muñoz, 2020: 120). It can be concluded from the above that the efficiency of the CJ is the main reason for establishing the mechanism. This conclusion is also supported by two important indicators related to the activities of the CJ itself. On the one hand, efficiency has been identified among

26 Regulation (EU, Euratom) 2019/629 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 amending Protocol No 3 on the Statute of the Court of Justice of the European Union, PE/1/2019/REV/1, OJ L 111, 25.4.2019, p. 1-3 (hereinafter: Reg. 2019/629).

27 Art 58a, Protocol No 3 on the Statute of the Court of Justice of the European Union, OJ C 202, 7.6.2016, p. 210-229 as amended by Art. 1(2), Reg. 2019/629.

28 Rec. 4, Reg. 2019/629.

29 Case T-755/17, *Germany v ECHA*, para. 56.

the members of the CJEU as the main criterion for its activity (Krajewski, 2019: 222). On the other hand, the CJ is increasingly using procedures under Art. 181 and 182 of its Rules of Procedure, which imply issuing orders when appeals are inadmissible/manifestly unfounded or manifestly well founded, thus speeding up and simplifying the appeal procedures (Šadl, Lucía López, Stein Arne, Naurin, 2022: 550–551).

Following the entry into force of the amendments to the Statute, the CJ adopted amendments to its Rules of Procedure introducing Art. 178a and 178b, which set the conditions for the functioning of the mechanism. The main condition is that the appellant should annex to the appeal a detailed request that the appeal be allowed to proceed, setting out the issue raised by the appeal that is significant with respect to the unity, consistency or development of EU law and containing all the information necessary to enable the CJ to decide on the request. The CJ takes the decision promptly in the form of a reasoned order (Krajewski, 2019: 244–245; De Lucia, 2022: 184–185). Two essential elements of the annex to the appeal have already been established in the case-law. First, the appellant must specify the provision of the EU law or case-law that has been infringed, briefly explain the nature of the error of law allegedly made by the GC, and explain how that error affected the outcome of the judgment.³⁰ Second, the appellant must demonstrate that, independently of the legal issues raised in the appeal, the appeal raises one or more issues significant with respect to the unity, consistency and development of EU law, and that the scope of this criterion goes beyond the judgment under appeal, as well as the appeal against the agency's decision.³¹ This means that the appellant must demonstrate the existence and significance of these issues by presenting concrete evidence related to a specific case and not just arguments of a general nature (De Lucia, 2022: 185–186; Lenaerts et al., 2023: 658–659).

The CJ issues orders dismissing the appeals under the filtering mechanism by default, unless the appeal raises a significant issue for the preservation of the unity, consistency or development of EU law (Šadl *et al.*, 2022: 569–570). Since the beginning of the implementation of the mechanism until the end of 2022, 177 appeals were brought against the GC's judgments related to the BoAs' decisions, but only three of them were allowed (Court of Justice of the European Union [CJEU], 2023: 20). During 2023, three more appeals have been allowed. All of the allowed appeals relate to the EUIPO BoAs.³² By the end of September 2023, no judgment was given with respect to appeals under the mechanism.

30 Case C-97/20 P, *Société des produits Nestlé SA v Amigüitos pets & life and EUIPO*, para. 15.

31 Case C-97/20 P, *Société des produits Nestlé SA v Amigüitos pets & life and EUIPO*, para. 18.

32 Opinion of Advocate General Ćapeta delivered on 13 July 2023, Case C-382/21 P, *EUIPO v KaiKai Company Jaeger Wichmann GbR*, para. 28.

There was some criticism in the doctrine as to why the application of the filtering mechanism was limited to four agencies. In this regard, there are four lines of argument. First, the BoAs of the other agencies could also be considered independent within the meaning of Art. 58a of the CJEU Statute. Second, these BoAs are comparable to those listed in Art. 58a. Third, there is an increasing number of appeals related to the GC's judgments on actions against the decisions of these BoAs. Finally, the mechanism will apply to all agencies with independent BoAs that will be established in the future (Alberti, 2019: 21; Chirulli, De Lucia, 2021: 255; De Lucia, 2021: 188). There are opinions that the reason for their non-inclusion in the mechanism, especially in the case of the ACER, could be related to the socio-economic and political sensitivity of the areas in which these agencies operate. Given the increasing centralisation of regulatory powers in the hands of these agencies, the Member States are likely to have a growing interest in maintaining dual judicial control over the decisions of their BoAs (Tovo, 2022: 57–58). On the other hand, as far as the ESAs and the SRB are concerned, there is an assumption that the EU legislators believe that time has not yet come to limit judicial control in the financial area (Lamandini, Ramos Muñoz, 2020: 121).

However, the CJ itself took the position that the time had come to include other agencies in the mechanism. In November 2022, the CJ made a proposal to include within the scope of the mechanism the decisions of all BoAs that had already existed on 1 May 2019 (CJEU, 2022: 1). The official reason for the proposal is the ever-increasing CJ workload due to the large number of appeals against the GC's decisions and the desire of the CJ to continue to fulfil its role of ensuring timely compliance with rights related to the interpretation and application of the Treaty (CJEU, 2022: 1). In this sense, the CJ agreed with some of the criticism already made in the doctrine. Noting that there was no particular reason justifying the non-inclusion of the BoAs of other agencies in the list provided in Art. 58a of the CJEU Statute, the CJ pointed out that they should be included in the mechanism 'in the interest of enhanced consistency' (CJEU, 2022: 8). In this regard, the CJ proposed the draft regulation that would amend Art. 58a by including the ACER, EBA, EIOPA, ESMA, SRB and ERA BoAs to the list (CJEU, 2022: 10–15). By the end of September 2023, the European Commission (2023: 5) gave a favourable opinion on the draft regulation. The European Parliament's position in the first reading has not yet been adopted, although the committees responsible have not proposed any changes to the draft regulation in this regard (European Parliament, 2023).

6. Conclusion

The peculiarities regarding the action for annulment of the decisions of the BoAs of the EU decentralised agencies exist in the following four aspects of this judicial remedy: 1) the jurisdiction of the CJEU; 2) the grounds for annulment; 3) the effects of the first-instance judgment; and 4) the appeal against the first-instance judgment.

As regards the jurisdiction of the CJEU, there are two peculiarities. First, the jurisdiction for the actions for annulment against the BoA's decisions was established by the provisions of their founding regulations, i.e. the acts of secondary law. In the period before the entry into force of the ToL, this was an example of the CJEU's jurisdiction being extended beyond the Treaty. Second, after the entry into force of the ToL, although the jurisdiction of the CJEU is extended to the agency decisions by the primary law provisions, the action for annulment against the BoA's decisions remains the only way to ensure effective judicial protection for private persons in relation to most of the agency decisions that produce legal effects *vis-à-vis* third parties.

When it comes to the grounds for annulment, there are two sets of peculiarities that represent a combination of the infringement of an essential procedural requirement and the infringement of the founding regulation, the content of which has been established by the case-law. These are related to the scope and intensity of the review performed by the BoAs of those agencies where functional continuity was proclaimed. As for the scope of the BoA's review, the case-law has established two sets of obligations that must be fulfilled; otherwise, the BoA's decision might be annulled. The first one is related to whether the BoA is limited by the grounds of the appeal or has the obligation to conduct a *de novo* examination of the appealed decision. As far as the OHIM/EUIPO and the CPVO are concerned, the BoA is not limited by the grounds of the appeal and has the obligation to conduct a *de novo* examination, whereas the opposite is true for the ECHA and the ACER BoAs. The second one is related to the obligation of the BoA to take into account new evidence and facts submitted during the appeal proceedings. In relation to the intensity of the BoA's review, two obligations have been established in the case-law. The first states that the BoA's review must not be limited to examining legal issues, but must also take into account the complex EST issues. The second obligation relates to the intensity of the BoA's review with regard to the assessments of the EST issues. According to the case-law, the composition and powers of the BoAs indicate that the intensity of review performed by them should be higher than the intensity performed by the CJEU, whereby the standard of review includes determining whether there is an

error in the assessment by the competent agency body that issued the appealed decision, and not only whether there is a manifest error in assessment.

As regards the effects of the first-instance judgment, the peculiarity concerns the GC's jurisdiction to alter the decisions of the OHIM/EUIPO and the CPVO BoAs, which is another example of the extension of the CJEU's jurisdiction beyond the Treaty. However, in the relevant case-law, the CJEU has adopted a restrictive interpretation of its jurisdiction, placing it in a framework consisting of three main elements. First, the alteration of the BoA's decisions does not imply full jurisdiction within the meaning of Art. 261 of the TFEU. Second, the GC is limited to examining whether the BoA took a correct decision on the basis of the facts established, and it cannot substitute its own assessment for the BoA's or make a new one. Finally, the GC cannot order the agency to accept the applicant's request for granting a trademark or design (OHIM/EUIPO) or a plant variety right (CPVO), which was the subject matter of the initial agency's decision that was appealed to the BoA.

When it comes to the appeal against the first-instance judgement in the context of the action against the BoA's decision, the peculiarity is related to the filtering mechanism established by the provisions of Art. 58a of the CJEU Statute, in force since 1 May 2019. The mechanism states that the appeal against the first-instance judgment in relation to the decisions of the EUIPO, CPVO, ECHA and EASA BoAs will not be allowed to proceed unless it raises an issue that is significant with respect to the unity, consistency or development of EU law. This means that the adjudication of disputes relating to agency decisions is by default reduced to two levels of jurisdiction: the BoA as the first level and the GC as the second level, assuming that these disputes have already been considered twice. From the beginning of the implementation of the mechanism until September 2023, only six from more than 170 appeals have been allowed, but no judgment has been given yet. In November 2022, the CJ proposed to apply the mechanism to the BoAs of the remaining six agencies, and the legislative procedure is still ongoing.

References

Alberti, J. (2022). The Position of Boards of Appeal: Between Functional Continuity and Independence. In Chamon, M., Volpato, A. and Eliantonio, M. (eds.), *Boards of Appeal of EU Agencies: Towards Judicialization of Administrative Review?* (pp. 245–272). Oxford: Oxford University Press.

Alberti, J. (2019). The draft amendments to CJEU's Statute and the future challenges of administrative adjudication in the EU. *Federalismi.it – Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*. 3. 1–32.

Chamon, M. (2016). *EU Agencies: Legal and Political Limits to the Transformation of the EU Administration*. Oxford: Oxford University Press.

Chirulli, P., De Lucia, L. (2021). *Non-Judicial Remedies and EU Administration: Protection of Rights versus Preservation of Autonomy*. London; New York: Routledge; Turin: Giappichelli.

Court of Justice of the European Union [CJEU]. (2023). *Statistics concerning the judicial activity of the Court of Justice*, Retrieved 1 September 2023, from https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2023-03/stats_cour_2022_en.pdf.

Court of Justice of the European Union [CJEU]. (2022). Request submitted by the Court of Justice pursuant to the second paragraph of Article 281 of the Treaty on the Functioning of the European Union, with a view to amending Protocol No 3 on the Statute of the Court of Justice of the European Union, 30.11.2022.

Craig, P. (2020). Judicial review and judicial deference. In Scholten, M. and Breninkmeijer, A. (eds.), *Controlling EU Agencies: The Rule of Law in a Multi-jurisdictional Legal Order* (pp. 98–116). Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

Craig, P. (2010). Legal Control of Regulatory Bodies: Principle, Policy and Teleology. In P. Birkinshaw and M. Varney (eds.), *The European Legal Order after Lisbon* (pp. 93–116). Alphen Aan Den Rijn: Wolters Kluwer.

De Lucia, L. (2022). The Boards of Appeal as Hybrid Adjudicators: On Some Shortcomings of Article 58a of the Statute of the Court of Justice of the European Union. In Chamon, M., Volpato, A. and Eliantonio, M. (eds.), *Boards of Appeal of EU Agencies: Towards Judicialization of Administrative Review?* (pp. 175–194). Oxford: Oxford University Press.

European Commission. (2023). Opinion on the draft amendment to Protocol No 3 on the Statute of the Court of Justice of the European Union, presented by the Court of Justice on 30 November 2022, COM(2023) 135 final/2, 2022/0906(COD), Brussels, 10.3.2023.

European Parliament. (2023). Report on the draft regulation of the European Parliament and of the Council amending Protocol No 3 on the Statute of the Court of Justice of the European Union, 07307/2022 – C9-0405/2022 – 2022/0906(COD), 27.9.2023.

Hanf, D. (2022). The Trailblazers: The Boards of Appeal of EUIPO and CPVO. In Chamon, M., Volpato, A. and Eliantonio, M. (eds.), *Boards of Appeal of EU Agencies: Towards Judicialization of Administrative Review?* (pp. 59–83). Oxford: Oxford University Press.

Krajewski, M. (2019). The Many-faced Court: The Value of Participation in Annulment Proceedings. *European Constitutional Law Review*. 15 (2). 220–246.

Lamandini, M., Ramos Muñoz, D. (2020). Law and Practice of Financial Appeal Bodies (ESAs' Board of Appeal, SRB Appeal Panel): A view from the Inside. *Common Market Law Review*. 57 (1). 119–160.

Lenaerts, K., Gutman, K., Nowak, J.T. (2023). *EU Procedural Law*. Oxford: Oxford University Press.

Magiera, S., Weiß, W. (2014). Alternative Dispute Resolution Mechanisms in the European Union Law. In Dragos, D. and Neamtu, B. (eds.), *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law* (pp. 489–536). Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag.

Marcetti, B. (2017). Administrative Justice Beyond the Courts: Internal Reviews in EU Administration. In Marcetti, B. (ed.), *Administrative Remedies in the European Union: The Emergence of a Quasi-Judicial Administration* (pp. 1–19). Torino: G. Giappichellie Editore.

Mullier, E., Cana, R. (2018). The ECHA Board of Appeal and the Court of Justice: Comparing and Contrasting Chemicals Litigation. *International Chemical Regulatory and Law Review*. 1 (3). 105–113.

Ritleng, D. (2022). Boards of Appeal of EU Agencies and Article 47 of the Charter: Uneasy Bedfellows?. In Chamon, M., Volpato, A. and Eliantonio, M. (eds.), *Boards of Appeal of EU Agencies: Towards Judicialization of Administrative Review?* (pp. 299–320). Oxford: Oxford University Press.

Schima, B. (2019). TFEU, Article 251–281. In Kellerbauer, M., Klamert, M. and Tomkin, J. (eds.), *Commentary on the EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights* (pp. 1751–1878). Oxford: Oxford University Press.

Simoncini, M., Verissimo, M. (2022). The EASA Board of Appeal in Search of Identity: An Effective Filter between Administration and Courts?. In Chamon, M., Volpato, A. and Eliantonio, M. (eds.), *Boards of Appeal of EU Agencies: Towards Judicialization of Administrative Review?* (pp. 103–121). Oxford: Oxford University Press.

Simoncini, M. (2018). *Administrative Regulation beyond the Non-Delegation Doctrine: A Study on EU Agencies*. Oxford: Bloomsbury Publishing Plc.

Šadl, U., Lucía López, Z., Stein Arne, B., Naurin, D. (2022). Law and Orders: the Orders of the European Court of Justice as a Window in the Judicial Process and Institutional Transformations. *European Law Open*. 1 (3). 549–575.

Tovo, C. (2022). The Boards of Appeal of Networked Services Agencies: Specialized Arbitrators of Transnational Regulatory Conflicts?. In Chamon, M., Volpato, A. and Eliantonio, M. (eds.), *Boards of Appeal of EU Agencies: Towards Judicialization of Administrative Review?* (pp. 34–58). Oxford: Oxford University Press.

Volpato, A., Mullier, E. (2022). The Board of Appeal of the European Chemicals Agency at a Crossroads. In Chamon, M., Volpato, A. and Eliantonio, M. (eds.), *Boards of Appeal of EU Agencies: Towards Judicialization of Administrative Review?* (pp. 84–102). Oxford: Oxford University Press.

Volpato, A. (2019). Judicial Review of the Acts of EU Agencies: Discretion Escaping Scrutiny?. *CERiM Paper Series: CERiM Online Paper*. 1. 1–27.

Legal acts

Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs, OJ L 3, 5.1.2002, p. 1–24.

Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark, OJ L 11, 14.1.1994, p. 1–36.

Council Regulation (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community trade mark (codified version) (Text with EEA relevance), OJ L 78, 24.3.2009, p. 1–42.

Council Regulation (EC) No 2100/94 of 27 July 1994 on Community plant variety rights, OJ L 227, 1.9.1994, p. 1–30.

Protocol No 3 on the Statute of the Court of Justice of the European Union, OJ C 202, 7.6.2016, p. 210–229.

Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark (Text with EEA relevance), OJ L 154, 16.6.2017, p. 1–99.

Regulation (EU, Euratom) 2019/629 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 amending Protocol No 3 on the Statute of the Court of Justice of the European Union, PE/1/2019/REV/1, OJ L 111, 25.4.2019, p. 1–3.

Case-law

Case C-16/06 P, *Les Éditions Albert René SARL v OHIM*, ECLI:EU:C:2008:739.

Case C-29/05 P, *OHIM v Kaul GmbH*, ECLI:EU:C:2007:162.

Case C-61/15 P, *Heli-Flight GmbH & Co. KG v EASA*, ECLI:EU:C:2016:59.

Case C-97/20 P, *Société des produits Nestlé SA v Amigüitos pets & life and EUIPO*, ECLI:EU:C:2020:442.

Case C-214/05 P, *Sergio Rossi SpA v OHIM*, ECLI:EU:C:2006:494.

Case C-263/09 P, *Edwin Co. Ltd. v OHIM*, ECLI:EU:C:2011:452.

Case C-534/10 P, *Brookfield New Zealand Ltd and Elaris SNC v CPVO and Schniga GmbH*, ECLI:EU:C:2012:813.

Case T-63/01, *Procter & Gamble v OHIM (Soap bar shape)*, ECLI:EU:T:2002:317.

Case T-102/13, *Heli-Flight GmbH & Co. KG v EASA*, ECLI:EU:T:2014:1064.

Case T-112/18, *Pink Lady America LLC v CPVO*, ECLI:EU:T:2019:679.

Case T-125/17, *BASF Grenzach GmbH v ECHA*, ECLI:EU:T:2019:638.

Case T-135/08, *Schniga GmbH v CPVO*, ECLI:EU:T:2010:397.

Case T-163/98, *Procter & Gamble v OHIM (Baby-Dry)*, ECLI:EU:T:1999:145.

Case T-165/06, *Elio Fiorucci v OHIM*, ECLI:EU:T:2009:157.

Case T-177/16, *Mema GmbH LG v CPVO*, ECLI:EU:T:2019:57.

Case T-252/04, *Caviar Anzali SAS v OHIM (Asetra)*, ECLI:EU:T:2006:199.

Case T-308/01, *Henkel KGaA v OHIM (Kleencare)*, ECLI:EU:T:2003:241.

Case T-735/18, *Aquind Ltd v ACER*, ECLI:EU:T:2020:542.

Case T-755/17, *Federal Republic of Germany v ECHA*, ECLI:EU:T:2019:647.

Opinion of Advocate General Čapeta delivered on 13 July 2023, Case C-382/21 P, *EU IPO v KaiKai Company Jaeger Wichmann GbR*, ECLI:EU:C:2023:576.

Sladana Mladenović, istraživač

saradnik,

Institut za političke studije, Beograd Republika Srbija

SPECIFIČNOSTI TUŽBE ZA PONIŠTAJ ODLUKA ODBORA ZA ŽALBE DECENTRALIZOVANIH AGENCIJA EU

Rezime

Specifičnosti tužbe za poništaj odluka odbora za žalbe (OŽ) decentralizovanih agencija EU postoje u četiri aspekta ovog mehanizma. Prvi se odnosi na nadležnost Suda EU, a s tim u vezi postoje dve specifičnosti: 1) uspostavljanjem ovog mehanizma nadležnost Suda EU je proširena mimo

Ugovora; i 2) tužba za poništaj odluka OŽ je jedino sredstvo sudske zaštite u vezi sa većinom odluka agencija sa pravnim dejstvom na treća lica.

Razlozi za poništaj predstavljaju drugi aspekt, a specifičnosti se odnose na obim i intenzitet kontrole koju OŽ vrši tokom žalbenog postupka. U vezi sa obimom, u praksi Suda EU je uspostavljena razlika između OŽ agencija OHIM/EUIPO i CPVO koji imaju obavezu da sprovedu de novo kontrolu sporne odluke, i OŽ agencija ECHA i ACER koji su ograničeni žalbenim razlozima. Kad je reč o intenzitetu, Sud EU je u praksi utvrdio da OŽ mora da razmotri kako pravna, tako i složena ekonomska, naučna i tehnička pitanja. Pritom, intenzitet kontrole koju vrši OŽ mora biti veći od intenziteta kontrole koju vrši Sud EU, što podrazumeva utvrđivanje dali u oceni organa agencije koji je doneo spornu odluku postoji greška, a ne samo očigledna greška.

Treći aspekt predstavlja dejstvo prvostepene presude, a specifičnost se odnosi na nadležnost Opšteg suda da izmeni odluke OŽ agencija OHIM/ EUIPO i CPVO, što je drugi primer proširenja nadležnosti Suda EU mimo Ugovora. Opšti sud je u praksi to restriktivno tumačio, tako da izmena odluka OŽ ne podrazumeva punu nadležnost u smislu čl. 261. UFEU, već utvrđivanje kakvu je odluku OŽ morao da donese u svetlu iznetih činjenica.

Žalba na prvostepenu presudu je četvrti aspekt, a s tim u vezi specifičnost se odnosi na mehanizam filtera, uspostavljen odredbama čl. 58a Statuta Suda EU koji je na snazi od 1. maja 2019. godine. Mehanizam podrazumeva da, po pravilu, nije dopuštena žalba na prvostepenu presudu koja se tiče odluke OŽ agencija EUIPO, CPVO, ECHA i EASA. Žalba može izuzetno biti dopuštena ako se njome otvara važno pitanje za jedinstvo, konzistentnost ili razvoj prava EU.

Ključne reči: decentralizovane agencije EU, odbori za žalbe decentralizovanih agencija EU, funkcionalni kontinuitet u decentralizovanim agencijama EU, sudska kontrola odluka agencija EU, tužba za poništaj odluka agencija EU, mehanizam filtera, čl. 58a Statuta Suda EU.

Miljan Savić*,
Balkanski centar za regulatornu reformu, Beograd
Republika Srbija

pregledni naučni rad
10.5937/zrpfno-46781

UDK: 657:174

Rad primljen: 26.09.2023.
Rad prihvaćen: 09.11.2023.

MORALNO RASUĐIVANJE I PROFESIONALNA POSLOVNA ETIKA U RAČUNOVODSTVENOJ PROFESIJI – ANALIZA SPROVEDENIH ISTRAŽIVANJA

Apstrakt: Zbog ograničenosti resursa i asimetrije informacija, odgovornost za usklađenost sa poreskim i drugim propisima u praksi je često prenetu sa klijenata na pružaoce računovodstvenih usluga odnosno na računovođe. Shodno tome, neetički stavovi i postupci računovođa mogu imati značajan uticaj na poslovanje klijenata, kroz savete kako da posluju usklađeno sa propisima, odnosno kako da u većoj ili manjoj meri zloupotrebe postojeći regulatorni okvir. Rad ima za cilj sveobuhvatan prikaz dosadašnjih istraživačkih pitanja, metodoloških pristupa i najvažnijih nalaza o (ne) postupanju računovođa u skladu sa propisima i etičkim načelima računovodstvene profesije. Posebna pažnja data je dosadašnjim nalazima o etičkim uverenjima računovođa i faktorima koji utiču na njihovo (ne)etičko postupanje.

Ključne reči: računovođe, moralno rasuđivanje, uverenja, profesionalna etika, kodeks etike, Međunarodna federacija računovođa.

* miljansdsavic@gmail.com

1. Uvod

Odskora, poreski moral je postao jedno od ključnih pitanja empirijskih istraživanja usklađenosti sa poreskim propisima (Lago–Peñas, Lago–Peñas, 2010: 441–453).¹ Najveći deo postojeće literature o poreskom moralu posvećen je analizi uverenja i ponašanja pojedinaca, dok su privredni subjekti odnosno preduzeća fokus malog broja studija (na primer, Alm, McClellan, 2012: 1–17; Mickiewicz, Rebmann, Sauka, 2019: 75–93). U Srbiji, kao i u drugim zemljama, opštim i posebnim zakonima i podzakonskim aktima utvrđene su obaveze privrednih subjekata u pogledu vođenja poslovnih knjiga i sastavljanja finansijskih izveštaja. Međutim, privredni subjekti nisu jedini kod kojih je neophodno stvoriti pozitivne podsticaje radi uticaja na rast poreskog morala i poslovanja u skladu sa propisima u širem smislu. U praksi, najveći broj privrednih subjekata ovu vrstu obaveza poverava pružaocima računovodstvenih usluga – računovođama.² Odluka privrednih subjekata o usklađenosti sa propisima u velikoj meri je omogućena savetima računovođa. Prilikom analize usklađenosti sa propisima, pažnju je stoga, pored samih privrednih subjekata, takođe neophodno posvetiti i računovođama budući da predstavljaju svojevrzne posrednike između sopstvenih klijenata i poreskih (i drugih relevantnih nadležnih) organa. Adekvatno razumevanje etičkih uverenja i ponašanja računovođa stoga je od izrazitog značaja za vođenje adekvatne regulatorne politike u jednoj zemlji.

Imajući u vidu navedeno, cilj ovog rada jeste prikaz glavnih dosadašnjih istraživačkih pitanja, metodoloških pristupa te najvažnijih nalaza o usklađenosti odnosno neusklađenosti profesionalnih računovođa sa propisima i etičkim načelima računovodstvene profesije, dok

1 Poreski moral je najčešće definisan kao interna motivacija za poresku usklađenost (Videti: Luttmer, Singhal, 2014: 150).

2 Računovođe mogu pružati različite tipove usluga privrednim subjektima. Na primer, to mogu biti administrativne usluge (podnošenje zahteva za osnivanje privrednih društava, prijava i odjava zaposlenih); finansijsko knjigovodstvo i izrada finansijskih izveštaja; robno materijalno knjigovodstvo (vođenje registra osnovnih sredstava, kalkulacije za trgovine na veliko i na malo, devizne kalkulacije pri uvozu, KEP knjiga); obračuni (zarada, poreza i doprinosa, naknada zarada, troškova i drugih primanja; izrada obračunskih listića i poreskih prijava); platni promet (gotovinski i bezgotovinski, sa inostranstvom) poresko savetovanje (poresko planiranje, priprema i podnošenje poreskih prijava, savetovanje u vezi sa poreskim kontrolama ili poreskim olakšicama); komunikacija sa državnim organima; analiza poslovnih finansijskih pokazatelja; edukacija i savetovanja o primeni propisa. Imajući u vidu opseg navedenih usluga, profesionalne računovođe su u poziciji da značajno usmeravaju poslovne odluke klijenata.

je posebna pažnja data dosadašnjim nalazima o njihovim etičkim uverenjima i faktorima koji utiču na njihovo (ne)etičko postupanje. Cilj rada uslovio je njegovu strukturu. Prvo će se razmotriti značaj i pozitivni i negativni efekti etičkog odnosno neetičkog postupanja računovođa. Potom je pružen kratak osvrt na uticaj edukacije na etička uverenja i ponašanja računovođa. Sledi prikaz značaja kodeksa etike za računovodstvenu profesiju kao i njegovog uticaja na usklađenost uverenja i ponašanja računovođa. To prati iscrpan prikaz literature čiji su predmet etička uverenja računovođa, kategorisan shodno glavnim istraživačkim pitanjima, najzastupljenijim metodološkim pristupima te najvažnijim nalazima. U zaključnim razmatranjima dat je rezime glavnih nalaza i ukazano na njihovu heterogenost.

2. Značaj etičkog postupanja računovođa

Računovođe i revizori mogu ostvarivati značajan uticaj na finansijsku stabilnost budući da njihovo postupanje direktno ili indirektno može da utiče na nivo poverenja javnosti i tržišta u kvalitet finansijskog izveštavanja i adekvatne poslovne prakse (Sonnerfeldt, Loft, 2018: 1). Odnos između računovođa, njihovih klijenata i trećih lica (korisnika finansijskih informacija) u postojećoj literaturi je klasifikovan kao svojevrsan primer društvene strukture. Drugim rečima, poverenjem u verodostojnost nalaza revizora, treća lica te društvo u celini ukazuju poverenje da podaci sačinjeni u finansijskim izveštajima oslikavaju stvarnu sliku poslovanja privrednih subjekata (Flanagan, Clarke, 2007: 497). Konačna posledica doprinosa računovođa verodostojnosti verodostojnih finansijskih izveštaja jeste jačanje reputacije njihovih klijenata privrednih subjekata u odnosu na treća lica (Jaijairam, 2017: 2). Zadržavanje privilegija samoregulacije računovodstvene profesije, povezano je sa percepcijom stručnosti i etičkog postupanja njenih članova prilikom pružanja profesionalnih usluga. Stoga, profesionalna računovodstvena udruženja i organizacije imaju direktan podsticaj da utiču na formiranje pozitivne percepcije javnosti kada je u pitanju etičko postupanje članova računovodstvene profesije (Carnegie, Napier, 2010: 360). Dodatno, etičko postupanje profesionalnih računovođa u literaturi je kao potreban uslov, odnosno ključan faktor, za održavanje statusa i kredibiliteta same profesije i njenih članova (Chan, Leung, 2006: 436).

Kome računovođe, poreski savetnici duguju svoju lojalnost nije pitanje koje nužno dovodi do jednoznačnog odgovora. Na primer, krajem dvadesetog

veka „stav Službe za unutrašnje prihode (*Internal Revenue Service – IRS*) Sedinjenih Američkih Država (*SAD*) ukazivao je da poreski savetnik treba biti „lojalan” saveznom poreskom sistemu” (Cruz, Shafer, Strawser, 2000: 223). Sa druge strane, u istom periodu, „stav Američkog instituta sertifikovanih javnih računovođa (*American Institute of Certified Public Accountants – AICPA*) ukazivao je da je njihova odgovornost dvostruka, kako prema klijentu tako i prema poreskom sistemu” (Ibid). Etičko postupanje prilikom pružanja računovodstvenih usluga inherentno podrazumeva balansiranje interesa više strana, prevashodno vlasnika, klijenata, poslovnih partnera, drugih krajnjih korisnika finansijskih podataka, nadležnih državnih organa i društva u celini. Računovođe se suočavaju sa različitim pritiscima, na primer, da prikažu nerealizovan prihod, da potcene poslovne rezultate radi ostvarivanja poreskih pogodnosti, itd. (Todorović, 2018: 140). Primera radi, utvrđeno je da je jedan od najznačajnijih problema sa kojima se suočavaju poreski savetnici pritisak klijenata za agresivnim poreskim planiranjem i izveštavanjem (Cruz, Shafer, Strawser, 2000: 223).

Poslednjih decenija brojni slučajevi kršenja propisa, računovodstvenih standarda i kodeksa profesionalne etike u računovodstvenoj praksi prouzrokovali su nepoverenje javnosti u pouzdanost finansijskih podataka izrađenih od strane računovođa, te nepoverenje u integritet članova računovodstvene i revizorske profesije.³ Stoga je oblast etike u računovodstvu postala ključno pitanje velikog broja naučnih istraživanja. Primeri skandala koji imaju veze sa računovodstvenim odnosno revizorskim zloupotrebama uključuju privredne subjekte kao što su Enron i Arthur Anderson u SAD, Parmalat u Italiji, Fidentia u Južnoj Africi, HIH Insurance u Australiji, Royal Ahold u Holandiji, Equitable Life Assurance Society u Velikoj Britaniji (Carnegie, Napier, 2010: 360–361).⁴

3 U tom periodu, skovan je i termin „kreativno računovodstvo”. Termin označava proces manipulisanja finansijskim podacima koji ne uključuje kršenje propisa odnosno računovodstvenih standarda (Toma 2016: 9–10). Kako navode Mek Lin i Elkind (McLean, Elkind, 2003: 142–143, prema Satava, Caldwell, Richards, 2006: 273): „Evo kako još bivši zaposleni to opisuje: *Recimo da imate psa, ali je neophodno da stvorite patku u finansijskim izveštajima. Srećom, postoje posebna računovodstvena pravila šta predstavlja patka – žuta stopala, bela dlaka i narandžasti kljun. Stoga, uzmete psa i obojite njegova stopala u žuto, dlaku u belo i nalepите mu narandžasti plastični kljun na nos, zatim kažete svojim računovođama – Ovo je patka! Slažete li se da je to patka? I računovođe kažu – Da, shodno pravilima ovo je patka. Svi znaju da je to pas, a ne patka, ali to je irrelevantno jer ste ispunili uslov da biste ga nazvali patkom.*”

4 Drugi značajni primeri uključuju preduzeća WorldCom, Xerox, kao i mnoga druga (za više informacija i dodatnih primera videti posebno: Albrecht, Hill, Albrecht, 2006: 30–40).

Dojl i saradnici (Doyle, et al., 2013: 325) ukazuju na više radova u kojima je takođe istaknuto da je značajan broj privrednih subjekata u SAD bio pod istragom zbog prakse agresivnog poreskog savetovanja te omogućavanja izbegavanja plaćanja poreza pomoću poreskih rajeve. Takođe, poslovni neuspesi privrednih subjekata često koincidiraju sa neadekvatno sprovedenom revizorskom kontrolom, što takođe podriava poverenje javnosti u profesionalnu odgovornost revizora te poštovanje etičkih i drugih standarda (Cardona, et. al. 2020: 63). Efikasnost samoregulacije računovodstvene profesije takođe je dovedena u pitanje (Bampton, Cowton, 2013: 555).

U periodu nakon predmetnih i sličnih računovodstvenih skandala, bili su prisutni pritisci ka transparentnosti profesionalnog postupanja računovođa, za izmenom kodeksa profesionalne etike u računovodstvenoj praksi, povećanjem nivoa nadzora, stepena odgovornosti članova računovodstvene profesije (Radtke, 2005: 114) i sličnim merama i mehanizmima koji bi doveli do povećanja nivoa generalne i specijalne prevencije. Dodatno, u literaturi se takođe postavilo pitanje da li je neetičko postupanje računovođa posledica računovodstvene prakse ili neadekvatnosti samih propisa i računovodstvenih standarda (Emerson, Conroy, Stanley 2007: 7). Prethodno navedeni pritisci u određenim slučajevima doveli su do rasta nivoa državnog intervencionizma (Chan, Leung, 2006: 436). Na primer, u pokušaju poboljšanja efektivnosti nadzora nad računovodstvenom profesijom, Kongres u SAD je tokom 2002. godine usvojio Sarbanes–Oxley zakon, na osnovu kog je sprovedena reforma poslovne prakse i uspostavljen Odbor za nadzor računovodstva javnih društava (*Public Company Accounting Oversight Board*) sa ciljem uspostavljanja i sprovođenja etičkih standarda revizije javnih društava (Ibid).

Takođe se postavilo pitanje da li na (ne)etičko postupanje računovođa najviše utiče organizaciona kultura ili interni odnos samih računovođa spram etičkog postupanja (Jaijairam, 2017, 2), kao i pitanje vidova etičke edukacije kroz koje prolaze računovođe i revizori, i njene efikasnosti (na primer: Martinov–Bennie, Mladenović, 2015: 189– 203). Razumevanje determinanti etičkog odlučivanja i postupanja računovođa predstavlja značajan korak ka uticanju na povećanje njihovog nivoa etičkog ponašanja, kao i za edukaciju sadašnjih i budućih članova računovodstvene profesije. To je takođe i značajan preduslov za potencijalnu regulatornu reformu i definisanje propisa i standarda koji utiču na stvaranje poželjne profesionalne prakse (Ponemon, 1990: 209).

3. Uticaj edukacije na etička uverenja i postupanje računovođa

U literaturi je već ukazivano na značaj blagovremenog razvoja profesionalnih vrednosti računovođa i revizora, čak i pre ulaska u profesiju (na primer videti: Akadakpo, Enofe 2013, 47). Sa druge strane, kada je u pitanju etička percepcija studenata računovodstva, dosadašnji nalazi nisu jednoznačni. Nalazi nisu jednoznačni ni kada su u pitanju nalazi koji se tiču delotvornosti etičkih intervencija na nivo moralnog razvoja (Bampton, Cowton, 2013: 556).⁵ „Trenutno ne postoji konsenzus kada su u pitanju teme koje su uključene (odnosno koje je neophodno uključiti) u računovodstvenu etičku edukaciju” (West, Buckby 2020: 65), kao ni da li etičku edukaciju treba sprovoditi kao samostalan kurs/predmet, da li je treba integrisati kroz čitavu edukaciju iz oblasti računovodstva, ili pak treba koristiti kombinovani pristup (O’Leary, 2008: 505–520).

4. Uticaj kodeksa etike na postupanje računovođa

Kodeksi etike mogu imati edukativnu, regulatornu i aspirativnu ulogu (Frankel, 1989: 109). Shodno sadržaju, kodekse je moguće podeliti na preskriptivne (u pitanju su kodeksi u okviru kojih je predviđen konkretan vid etičkog postupanja za najveći broj situacija koje se mogu pojaviti u praksi), inspirativne (u kojima su navedene samo opšte vrednosti i/ili osnovni principi dok je na članovima profesije da ih pretoče u etičko postupanje u individualnim slučajevima tokom obavljanja delatnosti), te kodekse sa kombinovanim pristupom odnosno u kojima su sadržani generalni principi uz konkretizovana pravila ponašanja (Farrell, Cobbin, 2000: 180–181). Na osnovu analize sadržaja 57 kodeksa etike nacionalnih računovodstvenih organizacija utvrđeno je da je 96% kodeksa zasnovano na konkretnim pravilima ponašanja (Farrell, Cobbin 2000: 188). Pored takvih, jasno propisanih pravila ponašanja, značajan broj kodeksa je takođe sadržao i opšte odredbe sa istaknutim poželjnim principima i vrednostima u skladu sa kojima treba obavljati profesionalnu delatnost.

Usklađivanje etičkih standarda računovodstvene profesije traje više od nekoliko decenija (Ibid: 182). Odbor za međunarodne računovodstvene standarde (*International Accounting Standards Committee – IASC*) i IFAC Međunarodna federacija računovođa (*International Federation of*

5 Kao primer studije koja utvrđuje pozitivne efekte etičke edukacije na etička uverenja studenata videti posebno: O’Leary, 2008: 505–520. O’Liri takođe navodi dodatne studije koje nude argumente u prilog tome da edukacija i kursevi koje pohađaju studenti računovodstva imaju uticaj na etičko ponašanje.

Accountants), međunarodne organizacije profesionalnih računovođa, osnovane su 1973. odnosno 1977. godine respektivno, sa ciljem uspostavljanja međunarodnih računovodstvenih i revizorskih standarda.⁶ Neki od osnovnih ciljeva IFAC jesu uspostavljanje adekvatnih standarda i smernica i omogućavanje njihovog usvajanja i implementacije kao i razvoj dobre profesionalne prakse na međunarodnom nivou. Trenutno važeći kodeks etike za profesionalne računovođe koji je objavila IFAC donet je od strane Odbora za međunarodne etičke standarde za računovođe (*International Ethics Standards Board for Accountants – IESBA*) (IESBA kodeks). IFAC utvrđuje posebne zahteve u pogledu ovog kodeksa za svoje organizacije članice. Pet osnovnih principa ovog kodeksa jesu integritet, objektivnost, profesionalna kompetencija i dužna pažnja, poverljivost i profesionalno ponašanje. Kao preduslov za članstvo u IFAC, neophodno je da računovodstvena organizacija usvoji predmetni kodeks. Alternativno, neophodno je da norme kodeksa koji je na snazi u konkretnoj zemlji ne budu „blaže” u odnosu na norme propisane samim kodeksom.⁷

Shodno sprovedenim istraživanjima, kodeks profesionalne etike bio često nije dovoljan da u potpunosti usmeri etičku računovodstvenu praksu. Na primer, približno 85% ispitanika u Nigeriji bilo je saglasno da bi računovođe trebalo redovno podsećati na sadržaj računovodstvenih standarda u određenim vremenskim rokovima, dok je 55,3% ispitanika bilo saglasno da bi potpisivanje izjave o poštovanju etičkog kodeksa od strane računovođa moglo biti od velikog značaja (Akadako, Enofe, 2013: 48). Poređenjem stavova različitih kategorija računovođa (između ostalog, ovlašćenih računovođa šest najvećih računovodstvenih i revizorskih preduzeća, samostalnih računovođa i onih sa malim brojem zaposlenih), svega 22% ispitanika smatralo je da je kodeks etike od velike koristi za razrešenje etičkih dilema sa kojima su se susretali, dok je

6 Članice IFAC su profesionalna udruženja računovođa. Tokom 2020. godine, IFAC je imao približno 3 miliona individualnih članova profesionalnih računovođa u više od 130 različitih zemalja.

7 Do 2009. godine nešto više od 50% od tadašnjih 158 članica IFAC usvojilo je tadašnji kodeks etike IFAC (Clemens, Neill, Stovall, 2009: 182). Autori ističu da, iako sami troškovi usvajanja kodeksa mogu biti niski, uslovi unutar pojedinačnih zemalja mogu prouzrokovati prohibitivno visoke troškove sprovođenja kodeksa u praksi. Dodatno, na osnovu analize postojećih kodeksa etike ovlašćenih računovođa u SAD, Tajvanu, Maleziji, Indiji, Ontariju, Australiji, Hong Kongu i Južnoj Koreji Jakubovski i saradnici (Jakubowski, *et al.*, 2002: 111), utvrđuju da je, i pored postojećih varijacija među normama na snazi u ovim, određeni udeo normi ipak ujednačen, odnosno nezavistan od ekonomskih, političkih, pravnih, kulturoloških i drugih razlika između ovih zemalja.

na poduzorku računovođa sa malim brojem zaposlenih 38% ispitanika to smatralo (Clarke, Hill, Stevens, 1996: 153). Autori ističu da je stoga moguće da veliki računovodstveni privredni subjekti imaju pristup adekvatnim resursima za razrešavanje etičkih dilema dok mali subjekti takve resurse jednostavno nemaju.

Sonerfeld i Loft (Sonnerfeldt, Loft, 2018: 3) ukazuju na nekoliko studija koje utvrđuju da su regulatorna reforma i rast nivoa nadzora nad postupanjem članova računovodstvene profesije (kao posledica njihovog neetičnog postupanja) pretežno praćene izmenama i dopunama samih kodeksa etike od strane računovodstvenih organizacija i saveza. To može biti posmatrano kao posledica nastojanja profesije da uveća poverenje javnosti u efikasnost samoregulacije.⁸ Drugi autori (Flanagan, Clarke, 2007: 491) ukazuju na postojanje tri nivoa reakcije profesionalnih računovodstvenih tela koja se sastoji u usvajanju (odnosno izmenama) kodeksa etike, zatim edukaciji potencijalnih članova o sadržini kodeksa (pre sticanja zvanja) te uspostavljanju disciplinskih procedura i mera, radi sankcionisanja neetičkog postupanja. Međutim, ustanovljena pravila predstavljaju samo potreban ali ne i dovoljan uslov za zaštitu trećih lica od neverodostojnosti finansijskih podataka. Autori ističu da je za efikasnost kodeksa etike neophodno i uspostavljanje metoda koji bi omogućili da propisani etički principi i pravila ne ostanu samo „mrtvo slovo na papiru” već da se zapravo osigura njihova primena u praksi (Ibid: 493–494).

5. Etička uverenja računovođa – pregled sprovedenih istraživanja

5.1. Moralno rasuđivanje računovođa

Značajan deo literature čiji su predmet moralni razvoj i etički stavovi računovođa zasnovan je na psihologiji moralnog rasuđivanja (*moral reasoning*).⁹ Čan i Leung grupe (Chan, Leung, 2006: 437) pružaju sveobuhvatan pregled literature čiji su predmet relevantna etička pitanja u računovodstvenoj profesiji, kategorišući dotadašnja istraživanja u tri. Shodno autorima, glavni predmet prve grupe istraživanja jeste

8 Moguće je tumačenje da pomoću kodeksa te kroz kodeks profesija šalje verodostojan signal integriteta sopstvenih članova sa namerom da sačuva nezavisnost odnosno mogućnost samoregulacije (Farrell, Cobbin, 2000: 183).

9 Moralno rasuđivanje podrazumeva proces primene kritičke analize na različite situacije i događaje radi utvrđivanja ispravnih odnosno neispravnih postupaka to jest poželjnog i nepoželjnog ponašanja.

etički razvoj odnosno proces etičkog rasuđivanja računovođa. Glavni predmet druge grupe istraživanja jesu etički sudovi odnosno relacija etičkog rasuđivanja i samog ponašanja računovođa, dok je glavni predmet treće grupe istraživanja etička edukacija odnosno poboljšanje etičkog rezonovanja računovođa pomoću edukacije.

U literaturi zasnovanoj na psihologiji moralnog rasuđivanja izrazito često je korišćen Restov test moralnog rasuđivanja (*Defining Issues Test*) (Rest, 1979). U iscrpnom pregledu literature o etičnosti u računovodstvenoj profesiji Bampton i Kovton (Bampton, Cowton, 2013: 556) ističu da je približno 25% analiziranih empirijskih radova koristilo Restov test moralnog rasuđivanja,¹⁰ dok je 36% studija koristilo prigodan uzorak. Stopa odziva ispitanika najčešće se kretala između 21–30%. Restov DIT korišćen je i u kontekstu analize potencijalnih determinanti moralnog rasuđivanja računovođa.¹¹ Računovođe i revizori¹², shodno delu postojeće literature, pretežno ispoljavaju srednji nivo moralnog rasuđivanja (Baïada-Hirèche, Garmilis, 2016: 640; autori navode studije moralnog rasuđivanja računovođa iz SAD, Francuske, NR Kine i Danske). Rest (prema Abdolmohammadi, Read, Scarborough, 2003: 72) ukazuje da nivo etičkog rasuđivanja raste sa godinama starosti i nivoom obrazovanja, ali i da studenti računovodstva iskazuju niži nivo etičkog rasuđivanja u odnosu na nacionalni prosek studenata. Ponemon (Ponemon, 1990: 191– 215) utvrđuje da stepen moralnog rasuđivanja znatno varira naspram različitih hijerarhijskih pozicija u okviru revizorskog preduzeća. Sa druge strane, Konroj, Emerson i Pons (Conroy, Emerson, Pons, 2010: 183– 184) utvrđuju da je broj godina, a ne hijerarhijska pozicija, najznačajniji prediktor etičkih stavova pružalaca računovodstvenih usluga. Autori takođe ukazuju i na druga istraživanja koja ne utvrđuju statistički značajne razlike između moralnog rasuđivanja računovođa nižeg i višeg ranga u okviru preduzeća.

Al-Aidaros, Gani i Idris (Al-Aidaros, Ghani, Idris, 2014: 1797–1808) koriste DIT i polaze od pretpostavke da, budući da obavljaju delatnost u okviru specifičnosti islamskog okruženja, računovođe muslimanske veroispovesti imaju drugačiji nivo moralnog rasuđivanja naspram računovođa iz zapadnih zemalja. Autori utvrđuju da računovođe koje

10 Za pregled kritika podobnosti Restovog testa moralnog rasuđivanja videti: Bampton, Cowton, 2013: 556.

11 Za pregled različitih ispitivanih potencijalnih determinanti videti: Doyle et al., 2013: 329.

12 Za pregled literature o moralnom rasuđivanju revizora, kognitivnom moralnom razvoju revizora i samoregulaciji profesije videti: Bampton, Cowton, 2013: 554–555.

obavljaju delatnost u Jemenu ispoljavaju viši nivo moralnog rasuđivanja a takođe utvrđuju i konzistentnost između preskriptivnog (šta ispitanik tvrdi) i deliberativnog (kako se zapravo ponaša) moralnog rasuđivanja (Ibid).

5.2. Efekat selekcije–socijalizacije

Nalazi ukazuju (Ponemon, 1992: 252) da je moguće da računovođe na visokim pozicijama u preduzeću na osnovu efekta selekcije–socijalizacije unapređuju zaposlene sličnog nivoa rasuđivanja, time praveći disbalans između računovođa nižeg ranga (ali višeg stepena moralnog rasuđivanja) i višeg ranga (ali nižeg stepena moralnog rasuđivanja). Drugi autori takođe utvrđuju postojanje efekta socijalizacije u računovodstvenoj profesiji (na primer, Abdolmohammadi, Read, Scarborough, 2003: 71–81). Stoga je moguć slučaj da efekat selekcije–socijalizacije u računovodstvenoj profesiji rezultira disproportionalnim zapošljavanjem pojedinaca sa kognitivnim karakteristikama povezanim sa relativno niskim nivoom etičkog rasuđivanja (Ibid: 79).¹³

U mnogim slučajevima poslovne odluke ispitanika bile su manje etične od privatnih tipova odluka (Radtke, 2005: 113, 127–129). Rezultati predmetne studije ukazuju da je moguće da računovođe zapravo koriguju sopstvenu poslovnu etiku (ali ne i sopstvena moralna uverenja) radi veće mogućnosti napredovanja u preduzeću.¹⁴ Na prisustvo efekta socijalizacije ukazuju i Dojl i saradnici (Doyle *et al.*, 2013: 335) ispitivanjem razlika između moralnog rasuđivanja u socijalnom i poreskom kontekstu, sugerišući da je pružanje poreskih usluga u privatnom sektoru ključan faktor razlika između nivoa moralnog rasuđivanja u ova dva konteksta. U socijalnom kontekstu, pružaoci poreskih usluga ne ispoljavaju statistički značajno različit nivo moralnog rasuđivanja u odnosu na nespecializovana lica (kontrolna grupa), te nije utvrđeno da pružanje poreskih usluga¹⁵

13 U pitanju je *Sensing/Thinking* kognitivni stil. Na osnovu analize literature, autori utvrđuju da do 50% računovodstvenih studenata i profesionalnih računovođa ispoljava ovaj kognitivni pristup (Abdolmohammadi, Read, Scarborough 2003, 72).

14 Za pregled studija koje ukazuju da računovođe na nižim pozicijama često donose etičke odluke i sudove tako da budu konzistentni sa sudovima nadređenih ili željama klijenata videti Radtke, 2005: 118). Autor navodi studije u kojima je ovakav vid odlučivanja, između ostalog, zabeležen u slučajevima procene inventara, finansijskog izveštavanja i tumačenja poreskih propisa.

15 U pitanju je šira kategorija od striktno pružalaca računovodstvenih usluga budući da uključuje ali nije ograničena na računovođe. Između ostalog u određenim okolnostima i advokati pružaju ovaj tip usluga.

dovodi do autoselekcije ljudi sa nižim stepenom moralnog rasuđivanja. Sa druge strane, u okviru poreskog konteksta, nivo moralnog rasuđivanja poreskih praktičara u privatnom sektoru značajno je niži naspram onog u socijalnom kontekstu te niži od nivoa koji su iskazali nespecijalizovani ispitanici (Ibid).

5.3. Uticaj socio-demografskih varijabli na etička uverenja

Kada je u pitanju uticaj socio-demografskih varijabli na etička uverenja i sudove profesionalnih računovođa, nalazi velikog broja radova sugerišu da profesionalne računovođe ženskog pola ispoljavaju veći nivo etičke senzitivnosti u vezi sa moralnim dilemama. Nalazi nisu jednoznačni budući da u drugim studijama nisu utvrđene statistički značajne razlike između računovođa muškog i ženskog pola (na primer:¹⁶ Dodatno, u SAD i Francuskoj, za određene vidove ponašanja, računovođe ženskog pola takođe imaju stroži stav prema profesionalnom neetičkom ponašanju (Baïada-Hirèche, Garmilis, 2016: 639-659).

Pored pola, Pirs i Svini (Pierce, Sweeney, 2010: 80) takođe ispituju uticaj drugih demografskih varijabli (kao što je: veličina preduzeća, vrsta diplome, nivo obrazovanja, starost, radno iskustvo, oblast poslovanja) na etičke namere, etičke sudove, percipirani etički intenzitet i etičku kulturu. Nalazi istraživanja ukazuju da su ispitanici zaposleni u računovodstvenim agencijama srednje veličine, ispitanici sa diplomom oblasti biznisa (*business degree*), kao i sa 1-2 godine radnog iskustva iskazivali niži nivo etičkih stavova naspram drugih kategorija ispitanika. Rezultati druge grupe autora (Nikoomaram *et al.*, 2013: 1570) ne utvrđuju postojanje značajnih razlika efekta u etičkom odlučivanju računovođa kada su u pitanju determinante kao što je pol, nivo obrazovanja, starost i radno iskustvo.

5.4. Socijalni pritisci na neetičko postupanje računovođa

Literatura ukazuje da su računovođe podložne socijalnim pritiscima (pritisak poslušnosti i usklađenosti – *obedience; conformity pressure*) od strane kolega u okviru računovodstvenih preduzeća kao i od strane nadređenih (na primer, videti Davis, DeZoort, Kopp, 2006: 19-35; Clayton, van Staden, 2015: 372-388). To ima značajan uticaj na etičko odlučivanje, a ispitanici doživljavaju ovaj vid pritiska bez obzira na njihove

16 Za pregled oprečnih nalaza različitih studija kada je u pitanju pol kao determinanta, videti Pierce, Sweeney, 2010: 82). Nalazi su slični i kada su u pitanju revizori (na primer videti Shaub, 1994: 1-26).

demografske karakteristike. Sa druge strane, visok nivo organizacione i/ili profesionalne posvećenosti takođe dovodi do ublažavanja ovakve vrste pritisaka (Clayton, van Staden 2015: 384).¹⁷ Ovakvo rešenje u određenoj meri je saglasno i sa nalazima više istraživanja koji sugerišu da razvijena etička kultura predstavlja jedan od najjačih efekata odvratanja odnosno prevencije neetičkog ponašanja zaposlenih u privrednim subjektima koji pružaju računovodstvene odnosno revizorske usluge (Pierce, Sweeney, 2010, 81).

Na osnovu podataka iz 23 zemlje, u studiji Projektne grupe za etiku Evropske federacije računovođa i revizora za srednja i mala preduzeća (Lang, Karmanska, Jarvis, 2016: 13), istaknuto je da 64% ispitanika računovođa potvrđuje da je tokom karijere bilo pod pritiskom da postupi protivno profesionalnoj etici ili računovodstvenim propisima i standardima. Svega 68% ispitanika nije postupilo u skladu sa ovakvim pritiscima. Između ostalog, od ispitanika je traženo da: potcene odnosno precene troškove i prihode; manipulišu vrednostima zaliha i amortizacijom; kategorišu lične troškove kao troškove preduzeća te da omoguće isplate zarada u kešu licima čiji radni odnos nije adekvatno regulisan (Ibid: 20). Pritisak na računovođe je vršen kako interno (pritisak od strane nadređenih lica) tako i eksterno (pritisak od strane klijenata) a intenzitet pritiska je rastao sa mogućnošću uticaja. Utvrđeno je postojanje veće verovatnoće da će klijenti, naročito društva sa ograničenom odgovornošću, pokušati da izvrše pritisak na računovođu. Takođe, veća je verovatnoća da će računovođe zaposlene u privrednom subjektu (interne računovođe) podleći pritisku u odnosu na nezavisne (eksterne) računovođe (Ibid: 21).

U studiji Federacije evropskih računovođa (FEE, 2016: 7), na uzorku od 730 mladih računovođa, zabrinjava činjenica da svega 35% ispitanika veruje da je njihovo viđenje etičkog ponašanja istovetno viđenju ostatku njihovih kolega iz agencije u kojoj su zaposleni. Približno petina ispitanika doživljava neetično postupanje na radnom mestu veoma često ili čak svakodnevno (Ibid: 9). Gotovo svi ispitanici (94%) smatraju da je važno da profesionalno postupanje u računovodstvenoj profesiji bude uređeno kodeksom etike, ali je svega 67% upućeno u činjenicu da etičko postupanje reguliše IESBA kodeks (Ibid: 13).¹⁸

17 Organizaciona posvećenost predstavlja intenzitet identifikacije sa privrednim subjektom u kom je pojedina zaposlen odnosno sa ciljevima tog privrednog subjekta (prema Clayton, van Staden, 2015: 374).

18 Posebno je interesantan nalaz da je značajno veći broj računovođa na višim pozicijama upućen u IESBA kodeks u odnosu na računovođe na nižoj poziciji (FEE,

Shodno nalazima Flanagan i Klarka (Flanagan, Clarke, 2007: 494), prilikom utvrđivanja kako postupiti u etički problematičnim slučajevima, većina računovođa težila je konsultacijama sa nadređenima. U drugoj studiji (Akadapko, Enofe, 2013: 49) približno svega 33% ispitanika izjavilo je da bi razrešilo konflikt interesa postupanjem u skladu sa etičkim standardima profesije, približno 23% je težilo konsultacijama sa nadređenima, 16% sa kolegama, približno 12% bi zauzelo stav u skladu sa ličnim uverenjima, dok bi približno 8% zauzelo stav koji bi bio najkorisniji po agenciju u kojoj su zaposleni. Kompetitivnost tržišta koja stvara ekonomske barijere za etičko postupanje odnosno pritisak da se postupi u skladu sa (neetičnim) potrebama klijenata takođe je viđena kao razlog za neetično ponašanje (Vyakarnam, Srikanthan, Fitzsimons, 1996: 159).¹⁹

5.5. Disciplinske sankcije

Na osnovu longitudinalnih podataka (za period 1994. godina – 2006. godina) za SAD i Francusku ispitivana je korelacija između disciplinskih sankcija i percepcije ozbiljnosti neetičkog profesionalnog ponašanja. Nalazi ukazuju da su etički sudovi u SAD direktno povezani sa disciplinskim kontekstom odnosno da procena ozbiljnosti određenog prekršaja zavisi od verovatnoće sankcionisanja, dok su etički sudovi računovođa u Francuskoj nezavisni od disciplinskog konteksta (Baïada– Hirèche, Garmilis 2016: 639).

Kardona i saradnici (Cardona, *et al.*, 2020: 63–76) ispituju sankcije za neetično postupanje ovlašćenih javnih računovođa u Portoriku (za period 2002–2010. godina). Kao varijable koje ukazuju na veću verovatnoću neetičnog ponašanja identifikovane su: individualno pružanje usluga (naspram rada u okviru računovodstvene agencije), neafilisanost sa AICPA kao i neučešće u dobrovoljnim programima kontrole poslovanja. Autori takođe utvrđuju da su češće neetično postupale računovođe koje usluge pružaju individualno a čija se struktura klijenata sastoji od privatnih preduzeća, neprofitnih preduzeća i pojedinaca. Dženkins, Popovai Šeldon (Jenkins, Popova, Sheldon, 2018: 523–549) takođe analiziraju sankcije koje je izrekla AICPA (za period 2008–2013. godina) i utvrđuju da su sankcije najčešće izricane zbog neusaglašenosti ponašanja računovođa sa profesionalnim standardima, zbog diskreditabilnog

2016: 13).

19 U ovom slučaju nije u pitanju kvantitativno već kvalitativno istraživanje odnosno fokus grupa od pet ispitanika.

postupanja, te krivičnih osuda. Izrečene disciplinske sankcije u ovom periodu bile su isključenje iz članstva (48%), suspenzija članstva (37%) i ukor (15%) (Ibid: 537).

6. Zaključak

U radu je dat pregled literature o etičkim uverenjima i faktorima koji utiču na etičko odnosno neetičko postupanje profesionalnih računovođa. Značajan uticaj neetičkih uverenja i postupaka računovođa na usklađenost poslovanja klijenata, kao i veliki broj zabeleženih slučajeva neetičnog postupanja profesionalnih računovođa i revizora, prouzrokovali su da oblast etike u računovodstvenoj praksi postane ključno pitanje teoretskih i empirijskih studija.

Neetičko postupanje može poticati iz vrednosnih sistema i sudova individualnih računovođa, ali takođe može biti prouzrokovano eksternim (klijenti) ili internim (kolege i nadređeni) pritiscima, kao i biti pripisano etičkoj kulturi računovodstvene agencije, kompetitivnim pritiscima tržišta ili drugim faktorima. Kao što je utvrđeno u literaturi, radi omogućavanja rasta nivoa etičkog postupanja u računovodstvenog profesiji, neophodna je kako usmerena edukacija tako i stvaranje adekvatnih podsticaja za odupiranje pritiscima (Vyakarnam, Srikanthan, Fitzsimons 1996: 162–163). Takođe bi bilo neophodno da računovođe budu upoznate sa najboljom praksom prilikom pružanja računovodstvenih usluga, istovremeno osiguravajući usklađenost sa propisima svojih klijenata i veći nivo posvećenosti profesiji kao i saglasnost sa profesionalnim vrednostima iste.

Stoga je od velikog značaja bolje razumevanje faktora koji utiču na etička uverenja i postupanje računovođa. To može značajno doprineti rastu nivoa dobre poslovne prakse i profesionalnog postupanja računovođa razvojem adekvatnih edukativnih ili regulatornih mera kao i potencijalnim unapređenjima kodeksa profesionalne etike, usmerenim na glavne izvore pritisa.

Nalazi predstavljeni u ovom radu često su oprečni i nije moguće jednoznačno odrediti faktore koji oblikuju etička uverenja i utiču na neetičko ponašanje profesionalnih računovođa. Imajući u vidu da većina navedenih istraživanja koristi prigodan uzorak, pridavanje većeg značaja reprezentativnosti uzorka često je viđena kritika postojeće literature i predstavlja prvi korak ka poboljšanju nalaza budućih istraživanja. Takođe, poželjno je i korišćenje novih objašnjavajućih promenljivih u budućim istraživanjima. Između ostalog, detaljnije

ispitivanje razlika u percepciji pritisaka za (ne)etičko postupanje računovođa koji pružaju jednostavnije tipove usluga (na primer, osnovne administrativne usluge) i onih koji pružaju kompleksnije tipove usluga (kao što je poresko savetovanje, usluge edukacije, itd.), moglo bi dovesti do novih nalaza u vezi sa uticajem kompleksnosti usluga koje se iziskuju, odnosno pružaju, na postupanje računovođa. Takvo ispitivanje novih potencijalno relevantnih a teorijski utemeljenih relacija može dovesti do utvrđivanja dodatnih determinanti koje utiču na neetička uverenja i postupanje članova računovodstvene profesije i time omogućiti dodatni doprinos razmatranju ove problematike.

Literatura i izvori

Abdolmohammadi, M.J., William J. Read, W.J., Scarborough, D.P. (2003). Does Selection–Socialization Help to Explain Accountants’ Weak Ethical Reasoning?. *Journal of Business Ethics*. 42(1), 71–81.

Akadakpo, B., Enofe, A. (2013). Impact of Accounting Ethics on the Practice of Accounting Profession in Nigeria. *IOSR Journal of Business and Management*. 12(1), 45–51.

Al–Aidaros, A., Ghani A., Idris, K. (2014). The Consistency Between Prescriptive and Deliberative Accountants’ Moral Reasoning: Case In Yemen. *Intellectual Review of Management and Business Research*. 3(4), 1797–1808.

Albrecht, W.S., Hill, N.C., Albrecht, C.C. (2006). FORUME: Ethics, Credibility and Governance. The Ethics Development Model Applied to Declining Ethics in Accounting. *Australian Accounting Review*. 16(1), 30–40.

Alm, J., McClellan, C. (2012). Tax Morale and Tax Compliance from the Firm’s Perspective. *Kyklos*. 65(1), 1–17.

Baïada–Hirèche, L., Garmilis, G. (2016). Accounting Professionals’ Ethical Judgment and the Institutional Disciplinary Context: A French–US Comparison. *Journal of Business Ethics*. 139(4), 639–659.

Bampton, R., Cowton C.J. (2013). Taking Stock of Accounting Ethics Scholarship: A Review of the Journal Literature. *Journal of Business Ethics*. 114, 549–563.

Cardona, R.J., Rezaee, Z., Rivera–Ortiz, W., Vega–Vilca J.C. (2020). Regulatory Enforcement of Accounting Ethics in Puerto Rico. *Journal of Business Ethics*. 167(1), 63–76.

Carnegie, G.D., Napier, C.J. (2010). Traditional accountants and business professionals: Portraying the accounting profession after Enron. *Accounting, Organizations and Society*. 35(3), 360–376.

Chan, S.Y.S., Leung, P. (2006). The effects of accounting students' ethical reasoning and personal factors on their ethical sensitivity. *Managerial Auditing Journal*. 21(4), 436–457.

Clayton, B.M., van Staden C.J. (2015). The Impact of Social Influence Pressure on the Ethical Decision Making of Professional Accountants: Australian and New Zealand Evidence. *Australian Accounting Review*. 25(4), 372–388.

Clarke, P., Hill, N., Stevens, K. (1996). FOCUS: Ethics in the Accountancy Profession in Ireland. *A European Review*. 5(3), 151–155.

Clemens, C., Neill J.D., Stovall, O.S. (2009). An Analysis of International Accounting Codes of Conduct. *Journal of Business Ethics*. 87, 173–183.

Conroy, S.J., Emerson T.L.N., Pons, F. (2010). Ethical Attitudes of Accounting Practitioners: Are Rank and Ethical Attitudes Related?. *Journal of Business Ethics*. 91, 183–194.

Cruz, C.A., Shafer, W.E., Strawser, J.R. (2000). A Multidimensional Analysis of Tax Practitioners' Ethical Judgments. *Journal of Business Ethics*. 24(3), 223–244.

Davis, S., DeZoort, T., Kopp, L.S. (2006). The Effect of Obedience Pressure and Perceived Responsibility on Management Accountants' Creation of Budgetary Slack. *Behavioral Research in Accounting*. 18(1). 19–35.

Doyle, E., Frecknall Hughes, J., Summers, B. (2013). An Empirical Analysis of the Ethical Reasoning of Tax Practitioners. *Journal of Business Ethics*. 114(2), 325–339.

Emerson, T.L.N., Conroy, S.J., Stanley, C.W. (2007). Ethical Attitudes: Recent Evidence from a Practitioners' Survey. *Journal of Business Ethics*. 71(1), 73–87.

Farrell, B.J., Cobbin, D.M. (2000). A content analysis of codes of ethics from fifty-seven national accounting organizations. *Business Ethics*. 9(3), 180–190.

Federation of European Accountants (FEE). (2016). Ethics: some views from young professional accountants – survey. *Ethics and Competencies*, 1–28. Dostupno na: https://www.ifac.org/system/files/1609_Outcome_of_the_FEE_survey_towards_YP.pdf.

Flanagan, J., Clarke, K. (2007). Beyond a Code of Professional Ethics: A Holistic Model of Ethical Decision-Making for Accountants. *Abacus*. 43(4), 488–518.

- Frankel, M.S. (1989). Professional codes: Why, how, and with what impact?. *Journal of Business Ethics*. 8(2-3), 109-115.
- Jakubowski S.T., Chao, P., Huh, S.K., Maheshwari, S. (2002). A Cross-Country Comparison of the Codes of Professional Conduct of Certified/Chartered Accountants, *Journal of Business Ethics*. 35(2), 111-129.
- Jajirram, P. (2017). Ethics in Accounting. *Journal of finance and accountancy*. 23, 1-13.
- Jenkins, J.G., Popova, V., Sheldon, M.D. (2018). In support of public or private interests? An examination of sanctions imposed under the AICPA code of professional conduct. *Journal of Business Ethics*. 152(2), 523-549.
- Lago-Peñas, I., Lago-Peñas, S. (2010). The determinants of tax morale in comparative perspective: Evidence from European countries. *European Journal of Political Economy*. 26(4), 441-453.
- Lang, M, Karmanska, A., Jarvis, R. (2016). Accounting and Ethics: Pressure Experienced by the Professional Accountant. *European Federation of Accountants and Auditors for SMEs (EFAA)*. 1-48. Dostupno na:
https://efaa.com/wp-content/uploads/2021/06/20161221_EFAA_Pressure_Survey.pdf.
- Luttmer, E.F.P., Singhal, M. (2014). Tax Morale. *Journal of Economic Perspectives*. 28(4): 149-168.
- Martinov-Bennie, N., Mladenović, R. (2015). Investigation of the Impact of an Ethical Framework and an Integrated Ethics Education on Accounting Students' Ethical Sensitivity and Judgment. *Journal of Business Ethics*. 127(1), 189-203.
- McLean, B., Elkind, P. (2003). *The Smartest Guys in the Room: The Amazing Rise and Scandalous Fall of Enron*. London: Penguin Books.
- Mickiewicz, T., Rebmann, A., Sauka, A. (2019). To Pay or Not to Pay? Business Owners' Tax Morale: Testing a Neo-Institutional Framework in a Transition Environment. *Journal of Business Ethics*. 157, 75-93.
- Nikoomaram, H., Roodposhti, F.R., Ashlagh, A.T., Lofti F.H., Taghipourian, Y. (2013). The Effects of age, gender, education level and work experience of accountant on ethical decision making by using fuzzy logic. *International Research Journal of Applied and Basic Sciences*. 4(6), 1559-1571.
- O'Leary, C. (2008). An Empirical Analysis of the Positive Impact of Ethics Teaching on Accounting Students. *Accounting Education*. 18(4-5), 505-520.

- Pierce, B., Sweeney, B. (2010). The Relationship between Demographic Variables and Ethical Decision Making of Trainee Accountants. *International Journal of Auditing*. 14, 79–99.
- Ponemon, L.A. (1990). Ethical Judgments in Accounting: A Cognitive–Developmental Perspective. *Critical Perspectives on Accounting*. 1(2), 191–215.
- Ponemon, L. A. (1992). Ethical reasoning and selection–socialization in accounting. *Accounting, Organizations and Society*. 17(3–4), 239–258.
- Radtke, R.R. (2005). Role Morality and Accountants’ Ethically Sensitive Decisions. *Advances in Accounting Behavioral Research*. 8, 113–138.
- Rest, J.R. (1979). *Development in Judgment Moral Issues*. Minneapolis, MN: University of Minnesota Press.
- Satava, D., Caldwell, S., Richards, L. (2006). Ethics and the Auditing Culture: Rethinking the Foundation of Accounting and Auditing. *Journal of Business Ethics*. 64(3), 271–284.
- Shaub, M.K. (1994). An analysis of the association of traditional demographic variables with the moral reasoning of auditing students and auditors. *Journal of Accounting Education*. 12(1), 1–26.
- Sonnerfeldt, A., Loft, A. (2018). The changing face of ethics – Developing a Code of Ethics for Professional Accountants from 1977 to 2006. *Accounting History*. 1–21.
- Todorović, Z. (2018). Application of Ethics in the Accounting Profession with an Overview of the Banking Sector. *Journal of Central Banking Theory and Practice*. 3, 139–158.
- Toma, L.O. (2016). The ethics of tax accounting. Is there a conflict?. *MPRA Paper 72168*. University Library of Munich, Germany, 1–16. Dostupno na: https://mpra.ub.uni-muenchen.de/72168/1/MPRA_paper_72168.pdf
- Vyakarnam, S., Srikanthan, S., Fitzsimons, S. (1996). FOCUS: Can Accountants Distinguish their Assets from their Morals?. *Business Ethics*. 5(3), 156–163.
- West, A., Buckby, S. (2020). Ethics Education in the Qualification of Professional Accountants: Insights from Australia and New Zealand. *Journal of Business Ethics*. 164, 61–80.

Miljan Savić,
Balkan Center for Regulatory Reform, Belgrade,
Republic of Serbia

MORAL REASONING AND PROFESSIONAL BUSINESS ETHICS IN THE ACCOUNTING PROFESSION: ANALYSIS OF CONDUCTED RESEARCH

Summary

Due to limited resources and information asymmetry, the responsibility for tax compliance and compliance with other regulations is in practice often transferred from clients to their accountants (i.e. providers of accounting services). Consequently, the unethical attitudes and behavior of accountants can significantly impact the clients' business activities, through advice on how to operate in compliance with the regulations or advice on how to exploit the existing regulatory framework. The main goal of this paper is to provide a comprehensive overview of existing research questions, methodological approaches and most important findings regarding accountants' (non)compliance with regulations and ethical principles of the accounting profession. Special attention is given to the existing literature findings on ethical beliefs and factors affecting the (un)ethical conduct of accounting professionals. The findings presented in this paper do not provide for an unequivocal designation of determinants of ethical beliefs and behavior of professional accountants. However, they do indicate a great importance of adequately focused educational measures, creating adequate incentives to resist pressure to behave unethically, and ensuring a high level of accountants' familiarity with the best practices when providing accounting services. In this regard, the existing codes of ethics and their consistent application are of great importance.

Keywords: accountants, moral reasoning, beliefs, professional ethics, code of ethics, International Federation of Accountants.

ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M51)

UPUTSTVO AUTORIMA

Opšte napomene	Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa <i>Word</i> , u fontu <i>Times New Roman ćirilica (Serbian-Cyrillic)</i> , (osim originalnih latinićnih navoda), velićina fonta 12 pt , razmak između redova 1,5. Format stranice treba da bude A4 .
Obim rada	Jedan autorski tabak - rad ne treba da ima više od 40.000 karaktera , odnosno 6.000 karaktera kada se radi o prikazima, uključujući razmake.
Jezik i pismo	Jezici na kojima se mogu objavljivati radovi su srpski, engleski, ruski, francuski i nemaćki.
Naslov rada	Naslov rada kucati velićinom fonta 14 pt, bold , Times New Roman. Naslov rada priložiti i na engleskom jeziku.
Autor(i)	Ne unositi ime(na) autora u tekst rada da bi se obezbedila anonimnost recenziranja. Podaci o autoru(ima) biće dostupni redakciji preko Asistent programa.
Podaci o projektu ili programu*	Na dnu prve stranice teksta, treba navesti u fusnoti sledeće: Naziv i broj projekta, naziv programa, naziv institucije koja finansira projekat.
Podaci o usmenom saopštenju rada*	Ako je rad bio izložen na 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).
Apstrakt	Apstrakt sadrži 100-250 reći.
Ključne reći	Ne više od 10 ključnih reći na srpskom i engleskom jeziku (Keywords).
Napomena o anonimnosti	U tekstu se ne smeju koristiti izrazi koji upućuju ili otkrivaju identitet autora (npr. „o tome videti u našem radu...“ ili „...moj rad pod nazivom ...“ i slićno). Neophodno je izbrisati iz samog dokumenta bilo koju personalnu informaciju/ime koje upućuje na autora. Mogu se priložiti dokumenti u ćijem opisu kao i tekstu nema personalnih informacija.
Struktura teksta	<ol style="list-style-type: none"> 1. Uvod 2. Podnaslov 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Podnaslov 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Podnaslov 3 3. Podnaslov 2 4. Zaključak <p>Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, bold.</p>
Literatura (References)	Piše se nakon teksta, kao posebna sekcija. Poredati sve jedinice azbućnim redom po prezimenu autora, a kod istog autora, po godini izdavanja (od najnovije do najstarije). Molimo autore da isključe komandu numbering, tj. bez brojeva ispred. (Pogledati tabelu na kraju uputstva).
Rezime (Summary)	Piše se na kraju teksta posle Literature, dućine do 2 000 karaktera (uključujući razmake), na srpskom i engleskom jeziku.
Tabele, grafikoni, slike	Tabele uraditi u Wordu ili Excelu. Fotografije, grafikone ili slike dostaviti u formatu .jpg.
Autorska prava	Autori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava. Izjavu preuzeti ovde .
Dostava radova	Radovi se predaju putem onlajn sistema za elektronsko uređivanje ASISTENT, https://asestant.ceon.rs/index.php/zrpf/index PRILIKOM PREDAJE RUKOPISA POTREBNO JE DA AUTORI POPUNE SVE PODATKE O SEBI U RUBRICI "METAPODACI" (AFILJACIJA, ZVANJE, STATUS, INSTITUCIJA, GRAD, DRŽAVA), KAO I KLJUĆNE REĆI ZA RUKOPIS.

* Ovi podaci unose se samo u slućaju da rad ispunjava navedene uslove (projekat ili saopštenje)

UPUTSTVO ZA CITIRANJE LITERATURE

Navodjenje citata treba uraditi **u tekstu**, kao što je navedeno u uputstvu. **Fus note** koristiti samo kada je neophodno pružiti dodatno objašnjenje ili propratni komentar, kao i u slučaju pozivanja na normativni akt, službena glasila i odluke sudova.

Citati i pozivi na literaturu u tekstu i lista bibliografskih jedinica na kraju teksta moraju se u potpunosti slagati. Svaki citat iz teksta i poziv na literaturu mora da se nađe na listi bibliografskih jedinica, odnosno, svaka bibliografska jedinica navedena u literaturi mora da se nađe u tekstu. Poziv na bibliografske jedinice navodi se u originalnom pismu, bez prevodenja.

Vrsta rada	Reference – literatura	Citiranje u tekstu
Knjiga, 1 autor	Kelzen, H. (2010). <i>Opšta teorija prava države</i> . Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.	(Kelzen, 2010: 56)
Knjiga, Više autora	Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.	Prvo citiranje u tekstu: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) Naredno citiranje u tekstu: (Dimitrijević et al. 2007: 200)
Kolektivno autorstvo	<i>Oxford Essential World Atlas</i> . (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>Anali Pravnog fakulteta u Beogradu</i> . 2(LIV). 5-46	(Marković, 2006: 36)
Enciklopedija	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> . Vol. 2. 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.	Fus nota: Čl. 12. Zakona o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, <i>Sl. glasnik RS</i> , 62/04
Sudske odluke	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 ili <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 57. 2003.	Fus nota: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002
Elektronski izvori	Wallace, A.R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Preuzeto 15.11.2005. http://www.gutenberg.org/etext/2530 ili European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Preuzeto 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	Navodjenje u tekstu: (Wallace, 2001) Fus nota: European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Preuzeto 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp

ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M51)

UPUTSTVO AUTORIMA

Opšte napomene	Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa <i>Word</i> , u fontu <i>Times New Roman</i> ćirilica (Serbian-Cyrillic), (osim originalnih latinićnih navoda), velićina fonta 12 pt , razmak između redova 1,5. Format stranice treba da bude A4 .
Obim rada	Jedan autorski tabak - rad ne treba da ima više od 40.000 karaktera , odnosno 6.000 karaktera kada se radi o prikazima, ukljućujući razmake.
Jezik i pismo	Jezici na kojima se mogu objavljivati radovi su srpski, engleski, ruski, francuski i nemaćki.
Naslov rada	Naslov rada kucati velićinom fonta 14 pt, bold , Times New Roman Naslov rada priložiti i na engleskom jeziku.
Autor(i)	Ne unositi ime(na) autora u tekst rada da bi se obezbedila anonimnost recenziranja. Podaci o autoru(ima) biće dostupni redakciji preko Asistent programa.
Podaci o projektu ili programu*	Na dnu prve stranice teksta, treba navesti u fusnoti sledeće: Naziv i broj projekta, naziv programa, naziv institucije koja finansira projekat.
Podaci o usmenom saopštenju rada*	Ako je rad bio izložen na 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).
Apstrakt	Apstrakt sadrži 100-250 reći.
Kljućne reći	Ne više od 10 kljućnih reći na srpskom i engleskom jeziku (Key words).
Napomena o anonimnosti	U tekstu se ne smeju koristiti izrazi koji upućuju ili otkrivaju identitet autora (npr. „o tome videti u našem radu...“ ili „...moj rad pod nazivom ...“ i slićno). Neophodno je izbrisati iz samog dokumenta bilo koju personalnu informaciju/ime koje upućuje na autora. Mogu se priložiti dokumenti u ćijem opisu kao i tekstu nema personalnih informacija.
Struktura teksta	<ol style="list-style-type: none"> 1. Uvod 2. Podnaslov 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Podnaslov 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Podnaslov 3 3. Podnaslov 2 4. Zakljućak <p>Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, bold.</p>
Literatura (References)	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).
Rezime (Summary)	Piše se na kraju teksta posle Literature, dućine do 2 000 karaktera (ukljućujući razmake), na srpskom i engleskom jeziku.
Tabele, grafikoni, slike	Tabele uraditi u Wordu ili Excelu. Fotografije, grafikone ili slike dostaviti u formatu .jpg.
Autorska prava	Autori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava. Izjavu preuzeti ovde .
Dostava radova	Radovi se predaju putem onlajn sistema za elektronsko uređivanje ASISTENT, https://asestant.ceon.rs/index.php/zrpfu/index PRILIKOM PREDAJE RUKOPISA POTREBNO JE DA AUTORI POPUNE SVE PODATKE O SEBI U RUBRICI "METAPODACI" (AFILIJACIJA, ZVANJE, STATUS, INSTITUCIJA, GRAD, DRŹAVA), KAO I KLJUĆNE REĆI ZA RUKOPIS.

* Ovi podaci unose se samo u slućaju 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	Prvo citiranje u tekstu: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) Naredno citiranje u tekstu: (Dimitrijević et al., 2007: 200)
Kolektivno autorstvo	<i>Oxford essential world atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
Rad ili deo knjige koja ima 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>Anali Pravnog fakulteta u Beogradu</i> . 2(LIV), 5-46	(Marković, 2006: 36)
Enciklopedija	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institucija kao autor	Republički zavod za statistiku. <i>Mesečni statistički bilten</i> . Br. 11 (2011)	(Republički zavod za statistiku, 2011)
Propisi	Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 62 (2004)	Fusnota: 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>Omjudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002, <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 57 (2003)	Fusnota: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002
Elektronski izvori	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15, November 2005, from http://www.gutenberg.org/etext/2530 ili European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	Navođenje u tekstu: (Wallace, 2001) Fusnota: European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp

Collection of Papers, Faculty of Law, Niš (M51)

GUIDELINES FOR AUTHORS

General notes	The paper shall be processed in <i>MS Word (doc.)</i> format; paper size A4; font <i>Times New Roman (Serbian-Cyrillic)</i> , except for papers originally written in <i>Latin</i> script; font size 12 pt; line spacing 1,5.
Paper length	The paper shall not exceed 16 pages. An article shall not exceed 40.000 characters (including spaces). A review shall not exceed 6.000 characters (including spaces).
Language and script	Papers may be written in Serbian, English, Russian, French and German.
Paper Title	The paper title shall be formatted in font <i>Times New Roman</i> , font size 14 pt, bold . The title shall be submitted in English as well.
Author(s)	In order to ensure the author's anonymity and preclude bias in the double-blind peer review process, the author's name and surname should not be included in the article submitted for review. The data about the author(s) will be available to the Editorial staff via the Assistant program.
Data on the project or program*(optional)	In the footnote at the bottom of the first page of the text shall include: the project/program title and the project number, the project title, the name of the institution financially supporting the project.
Data on the oral presentation of the paper*(optional)	In case the paper has already been presented under the same or similar title in the form of a report at a prior scientific conference, authors are obliged to enter a relevant notification in a separate footnote at the bottom of the first page of the paper.
Abstract	The abstract shall comprise 100 - 250 words at the most
Key words	The list of key words following the abstract shall not exceed 10 key words. The key words shall be submitted in both Serbian and English.
Note on author's identity (anonymity)	In order to ensure the author's anonymity, the text of the submitted article should not include phrases that refer to or reveal the author's identity (e.g. "for more information, see our paper on..." or "my paper titled...", and alike). The authors of the document must delete their names from the text, with "Author" and year used in the references and footnotes, instead of the authors' name, article title, etc. Also, author identification should also be removed from the properties for the file.
Text structure	<ol style="list-style-type: none"> 1. Introduction 2. Chapter 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Section 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Subsection 3 3. Chapter 2 4. Conclusion <p>All headings (Chapters) and subheadings (Sections and Subsections) shall be in <i>Times New Roman</i>, font 12 pt, bold.</p>
References	At the end of the submitted text, the author(s) shall provide a list of References. All entries shall be listed in alphabetical order by author's surname, and each entry shall include the source and the year of publication. When referring to the same author, include the year of publication (from the most recently dated backwards). Please, see the table at the end of the <i>Guidelines for Authors</i> .
Summary	The summary shall be included at the end of the text, after the References. The summary shall not exceed 2.000 characters (including spaces) and it shall be submitted in both Serbian and English.
Tables, graphs, figures	Tables shall be prepared in <i>MS Word</i> or in <i>Excell</i> . Photos, graphs or figures shall be in jpg format.
Copyright	The authors are obliged to sign a written consent on the transfer of copyright. The Author's Statement may be downloaded here .
Paper submission	The articles are to be submitted via online editorial management system ASISTENT, http://aseestant.ceon.rs/index.php/zrpf/index

* The data shall be included only if the paper is subject to such circumstances.

CITATION GUIDELINES

The citations should be included in the text, in line with the guidelines provided below. Footnotes shall be used only for additional explanation or commentary and for referring to the specific normative act, official journals, and court decisions.

In-text citations and reference entries shall fully comply with the list of bibliographic units in the References, provided at the end of the paper. Each in-text citation and reference entry shall be clearly cross-referenced in the list of bibliographic units and, vice versa, each bibliographic unit shall be entered in the text of the submitted paper. The referential sources shall be cited in the language and script of the original work (without providing an English translation).

Type of work	References	In-text citation
Book (a single author)	Jones, C. P. (1994). <i>Investments: Analysis and Management</i> . New York: John Wiley & Sons. Ltd.	(Jones, 1994: 123)
Book (a number of authors)	Osterrieder, H., Bahloul, H., Wright, G., Shafner, K., Mozur, M. (2006). <i>Joining Forces and Resources for Sustainable Development Cooperation among Municipalities – A Guide for Practitioners</i> . Bratislava: UNDP	First in-text citation: (Osterrieder, Bahloul, Wright, Shafner, Mozur, 2006: 31) A subsequent in-text citation: (Osterrieder et al., 2006: 45)
Joint authorship (a group of authors)	<i>Oxford Essential World Atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
An article or a chapter in a book with an editor	Scot, C., del Busto, E. (2009). Chemical and Surgical Castration. In Wright, R. G. (ed.), <i>Sex Offender Laws, Failed Policies and New Directions</i> (pr. 291-338). New York: Springer	(Scot, del Busto, 2009: 295)
Journal article	Sandler, J. C., Freeman, N. J. (2007). Tipology of Female Sex Offenders: A Test of Vandiver and Kercher. <i>Sex Abuse</i> . 19 (2). 73-89	(Sandler, Freeman, 2007: 79)
Encyclopedia	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha Encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institution (as an author)	Statistical Office of the Republic of Serbia, <i>Monthly statistical bulletin</i> , No. 11 (2011)	(Statistical Office RS, 2011)
Legal documents and regulations	Education Act, Official Gazette RS, No. 62 (2004)	Footnote: Article 12. Education Act, Official Gazette RS, 62/04
Court decisions	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905; or <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10; or Constitutional Court decision IU-197/2002, <i>Official Gazette RS</i> , No. 57 (2003)	Footnote: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] or Constitutional Court decision IU-197/2002
Online sources	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15 November 2005, from http://www.gutenberg.org/etext/2530 ; or European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	In-text citation: (Wallace, 2001) Footnote: European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp