

Правни факултет Универзитета у Нишу
Faculty of Law, University of Niš

Међународна научна конференција
International Scientific Conference

ПРАВНИ ПРИНЦИПИ У САВРЕМЕНОМ ПРАВУ
LEGAL PRINCIPLES IN CONTEMPORARY LAW

Зборник радова
Collection of papers

Ниш, 2024.

МЕЂУНАРОДНА НАУЧНА КОНФЕРЕНЦИЈА
INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE

**„ПРАВНИ ПРИНЦИПИ У САВРЕМЕНОМ ПРАВУ”
”LEGAL PRINCIPLES IN CONTEMPORARY LAW”**

Зборник радова / Collection of papers

Издавач / Publisher

Правни факултет Универзитета у Нишу / Faculty of Law, University of Niš

За издавача / For the Publisher

Проф. др Небојша Раичевић, декан

Организатор Конференције / Conference organizer

Центар за правна и друштвена истраживања

Уредници Конференције / Editors-in Chief

Проф. др Небојша Раичевић, редовни професор и декан,
Правни факултет Универзитета у Нишу

Проф. др Душица Миладиновић-Стефановић, редовни професор и
продекан за науку и финансије, Правни факултет Универзитета у Нишу

Организациони одбор / Organizing Committee

Проф. др Небојша Раичевић, редовни професор и декан, Правни факултет,
Универзитет у Нишу, уредник Конференције

Проф. др Душица Миладиновић-Стефановић, редовни професор и продекан за науку
и финансије, Правни факултет, Универзитет у Нишу, уредник конференције

Проф. др Мирослав Лазић, редовни професор и главни и одговорни уредник
часописа „Зборник радова Правног факултета у Нишу”

Проф. др Дејан Вучетић, редовни професор и продекан за наставу,
Правни факултет, Универзитет у Нишу

Проф. др Михајло Цветковић, ванредни професор и управник Центра за правна и
друштвена истраживања, Правни факултет, Универзитет у Нишу

Prof. dr hab. Tadeusz Zembrzuski, Full Professor, Faculty of Law and Administration,
University of Warsaw, Poland

Prof. dr Olga Kosevaliska, Full Professor, Dean, Faculty of Law, University “Goce Delchev”
in Stip, Republic of North Macedonia

Проф. др Горан Марковић, редовни професор и декан, Правни факултет,
Универзитет у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина

Prof. dr Tunjica Petrašević, Associate Professor, Dean, Faculty of Law,
University “Josip Juraj Strossmayer”, Croatia

Prof. Cristian Dumitru Miheș, Associate Professor, Dean, Faculty of Law,
University of Oradea, Romania

Рецензенти / Reviewers

- Проф. др Небојша Раичевић, редовни професор,
Правни факултет Универзитета у Нишу
Проф. др Дејан Вучегић, редовни професор,
Правни факултет Универзитета у Нишу
Проф. др Душица Миладиновић-Стефановић, редовни професор,
Правни факултет Универзитета у Нишу
Проф. др Мирослав Лазић, редовни професор,
Правни факултет Универзитета у Нишу
Проф. др Миомира Костић, редовни професор,
Правни факултет Универзитета у Нишу
Проф. др Горан Обрадовић, редовни професор,
Правни факултет Универзитета у Нишу
Проф. др Славиша Ковачевић, ванредни професор,
Правни факултет Универзитета у Нишу
Проф. др Марко Димитријевић, ванредни професор,
Правни факултет Универзитета у Нишу
Проф. др Милош Прица, ванредни професор,
Правни факултет Универзитета у Нишу
Проф. др Урош Здравковић, ванредни професор,
Правни факултет Универзитета у Нишу

Технички уредник / Desktop Publishing:

Владимир Благојевић

Превод резимеа / Proofreading:

Гордана Игњатовић

Корице / Cover:

Владимир Благојевић

Штампа / Print:

Медивест, Ниш

Тираж / Circulation:

100

ISBN 978-86-7148-327-8

САДРЖАЈ / CONTENTS

Реч уредника.....	9
Editor's Note.....	10

<p style="text-align: center;">СЕСИЈА ЗА УСТАВНО И УПРАВНО ПРАВО CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW SESSION</p>
--

Prof. dr Boris Bakota, Prof. dr Jelena Dujmović Bocka, Danijela Romić, PhD PROKLAMIRANJE NAČELA VLADAVINE PRAVA U JAVNOJ UPRAVI KROZ PRIZMU ODNOSA GRAĐANA I UPRAVE	13
PROCLAIMING THE RULE OF LAW PRINCIPLE IN PUBLIC ADMINISTRATION THROUGH THE PRISM OF CITIZEN-ADMINISTRATION RELATIONS	29
Проф. др Дејан Вучетић УНАПРЕЂЕЊЕ ПРИМЕНЕ ПРИНЦИПА ПРЕДВИДИВОСТИ У РАДУ ЈЕДИНИЦА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ	31
ENHANCING THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF LEGITIMATE EXPECTATIONS IN THE WORK OF LOCAL SELF-GOVERNMENT UNITS	45
Prof. Lavinia Onica-Chipea, PhD, Dalia Merje THE ROLE OF ROMANIAN PUBLIC INSTITUTIONS IN ENSURING EQUAL OPPORTUNITY AND TREATMENT FOR VULNERABLE GROUPS	47
УЛОГА РУМУНСКИХ ЈАВНИХ ИНСТИТУЦИЈА У ОБЕЗБЕЂИВАЊУ ЈЕДНАКИХ МОГУЋНОСТИ И ТРЕТМАНА РАЊИВИХ ГРУПА	60
Prof. Claudia Simona Cleopatra Timofte, LL.D. IS E-ADMINISTRATION A CHALLENGE FOR THE LOCAL PUBLIC ADMINISTRATION OR NOT? CASE STUDY OF BIHOR COUNTY, ROMANIA.....	61
ДА ЛИ ЈЕ Е-УПРАВА ИЗАЗОВ ЗА ЛОКАЛНУ ЈАВНУ УПРАВУ ИЛИ НЕ? СТУДИЈСКИ СЛУЧАЈ ОКРУГА БИХОР, РУМУНИЈА	76
Проф. др Милош Прица ПРАВНИ ПРИНЦИПИ УПРАВНОГ ПОСТУПКА	77
LEGAL PRINCIPLES OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE	118

Доц. др Наташа Рајић

УСТАВНОПРАВНА ДИМЕНЗИЈА СОЦИЈАЛНИХ ПРАВА У ОБЛАСТИ ФИНАНСИЈСКЕ ПОДРШКЕ ПОРОДИЦИ СА ДЕЦОМ.....	119
CONSTITUTIONAL DIMENSION OF SOCIAL RIGHTS IN THE AREA OF FINANCIAL SUPPORT TO FAMILIES WITH CHILDREN	135

Др Мијодраг Радојевић

НАРОДНА ИНИЦИЈАТИВА КАО ОБЛИК НЕПОСРЕДНЕ ДЕМОКРАТИЈЕ У САВРЕМЕНОМ ПРАВУ И ПРАВНОМ СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ	137
PEOPLE'S INITIATIVE AS A FORM OF DIRECT DEMOCRACY IN MODERN LAW AND THE LEGAL SYSTEM OF THE REPUBLIC OF SERBIA.....	164

**СЕСИЈА ЗА ГРАЂАНСКО ПРАВО
CIVIL LAW SESSION**

Проф. др Сања Марјановић

ПРИНЦИПИ ПРАВНЕ СИГУРНОСТИ И НАЈБЛИЖЕ ВЕЗЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ.....	167
PRINCIPLES OF LEGAL CERTAINTY AND CLOSEST CONNECTION IN THE SERBIAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW.....	187

Доц. др Данијела Петровић

ПОСЛЕДИЦЕ САОБРАЋАЈНИХ НЕЗГОДА КАО ОСНОВ НАКНАДЕ НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ.....	189
CONSEQUENCES OF TRAFFIC ACCIDENTS AS A BASIS FOR NON-PECUNIARY DAMAGES.....	209

Monika Strus-Wołos, PhD

THE PRINCIPLE OF CONSCIENTIOUSNESS IN POLISH CIVIL PROCEEDINGS.....	211
ПРИНЦИП САВЕСНОСТИ У ПОЉСКОМ ГРАЂАНСКОМ ПОСТУПКУ.....	223

**СЕСИЈА ЗА КРИВИЧНО ПРАВО
CRIMINAL LAW SESSION**

Проф. др Драган Јовашевић

ПРИНЦИП КРИВИЦЕ У СВЕТЛУ КРИВИЧНИХ ДЕЛА КОЈА СУ ИЗВРШЕНА ПУТЕМ МЕДИЈА.....	227
THE PRINCIPLE OF CULPABILITY IN LIGHT OF CRIMINAL OFFENSES COMMITTED THROUGH THE MEDIA.....	250

Проф. др Душица Миладиновић-Стефановић,

Проф. др Саша Кнежевић

УЧЕШЋЕ ГРАЂАНА У ПОТРАЗИ ЗА НЕСТАЛИМ МАЛОЛЕТНИМ ЛИЦИМА
У ОКВИРУ СИСТЕМА РАНОГ УЗБУЊИВАЊА – ДОМЕТИ И ОГРАНИЧЕЊА..... 251
PARTICIPATION OF CITIZENS IN SEARCH FOR MISSING MINORS WITHIN THE
FRAMEWORK OF THE EARLY WARNING SYSTEM: SCOPE AND LIMITATIONS..... 269

Проф. др Иван Илић,

Мина Сремчев

ОДРЖАВАЊЕ ГЛАВНОГ ПРЕТРЕСА У СКРАЂЕНОМ ПОСТУПКУ БЕЗ
ПРИСУСТВА ОКРИВЉЕНОГ – ТЕОРИЈА И ПРАКСА..... 271
CONDUCTING THE MAIN TRIAL PROCEEDINGS IN THE FORM OF SUMMARY
PROCEEDINGS WITHOUT THE DEFENDANT'S PRESENCE:
THEORY AND PRACTICE 285

Др Гордана Николић

ПРАВНИ ПРИНЦИПИ У ПРИМЕНИ НОВЧАНЕ КАЗНЕ КОД
КОРУПТИВНИХ КРИВИЧНИХ ДЕЛА..... 287
LEGAL PRINCIPLES APPLICABLE IN IMPOSING A FINE IN
CORRUPTION-RELATED OFFENCES 302

Ђорђе Марјановић

КРИВИЧНО ДЕЛО ПРОТИВПРАВНО УСЕЉЕЊЕ СА ОСВРТОМ НА
ПИТАЊЕ ОПРАВДАНОСТИ ИНКРИМИНАЦИЈЕ ИЗ УГЛА ПРИНЦИПА
ULTIMA RATIO..... 303
CRIMINAL ACT OF UNLAWFUL OCCUPATION OF PREMISES: JUSTIFIABILITY OF
THE CRIMINAL OFFENCE FROM THE PERSPECTIVE OF THE
ULTIMA RATIO PRINCIPLE..... 324

СЕСИЈА ЗА ЕКОНОМСКО-ФИНАНСИЈСКУ И ТРГОВИНСКОПРАВНУ ОБЛАСТ
ECONOMIC, FINANCIAL AND TRADE LAW SESSION

Проф. др Предраг Н. Цветковић

ТИПОЛОГИЈА ПРАВНИХ ПРИНЦИПА У ДИГИТАЛНОМ ОКРУЖЕЊУ:
УВОДНА РАЗМАТРАЊА 327
A TYPOLOGY OF LEGAL PRINCIPLES IN THE DIGITAL ENVIRONMENT:
INTRODUCTION..... 341

Доц. др Јован Вујичић

ПРОМЕЊЕНЕ ОКОЛНОСТИ У СВЕТЛУ ОПШТИХ ПРАВНИХ НАЧЕЛА:
ПОВЕРЕЊЕ У УГОВОР ИЛИ ПОВЕРЕЊЕ У СУД..... 343
CHANGED CIRCUMSTANCES IN LIGHT OF GENERAL LEGAL PRINCIPLES:
TRUST IN CONTRACT OR TRUST IN COURT 370

Anna Kanarek-Równicka, PhD

PRINCIPLES OF LIABILITY FOR THE OBLIGATIONS OF A COMMERCIAL
COMPANY: AN EXAMPLE OF A POLISH LIMITED LIABILITY COMPANY..... 371
НАЧЕЛА ОДГОВОРНОСТИ ЗА ОБАВЕЗЕ ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА:
ПРИМЕР ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА СА ОГРАНИЧЕНОМ ОДГОВОРНОШЋУ
У ПОЉСКОЈ 387

Ружица Петровић

УНИВЕРЗАЛНО, РЕГИОНАЛНО И БИЛАТЕРАЛНО ПОДРУЧЈЕ
ЛИБЕРАЛИЗАЦИЈЕ МЕЂУНАРОДНЕ ТРГОВИНЕ: ОДНОСИ ТЕНЗИЈЕ
ИЛИ ХАРМОНИЈЕ?..... 389
UNIVERSAL, REGIONAL AND BILATERAL DOMAINS OF INTERNATIONAL
TRADE LIBERALIZATION: RELATIONS OF TENSION OR HARMONY? 408

**СЕСИЈА ЗА РАДНО И СОЦИЈАЛНО ПРАВО
LABOUR AND SOCIAL WELFARE LAW SESSION**

Проф. др Тодор Каламатиев,

Никола Мурцев

ПРАВНИ АСПЕКТИ ВИДЕО НАДЗОРА НА РАДНОМ МЕСТУ 411
LEGAL ASPECTS OF WORKPLACE VIDEO SURVEILLANCE 429

Доц. др Милица Ковач Орландић

ЗЛОСТАВЉАЊЕ НА РАДУ – ЛЕКЦИЈЕ НАУЧЕНЕ ИЗ СЛУЧАЈА ШПАДИЈЕР
ПРОТИВ ЦРНЕ ГОРЕ..... 431
WORKPLACE HARASSMENT – LESSONS LEARNED FROM THE CASE OF
ŠPADIJER V. MONTENEGRO..... 451

Doc. dr Dragana Bjelić Gaćeša

IZAZOVI U OSTVARIVANJU PRAVA NA GODIŠNJI ODMOR RADNIKA NA
DUGOTRAJNOM BOLOVANJU U REPUBLICI HRVATSKOJ..... 453
CHALLENGES IN EXERCISING THE RIGHT TO ANNUAL LEAVE FOR WORKERS
ON LONG-TERM SICK LEAVE IN THE REPUBLIC OF CROATIA 475

**СЕСИЈА ЗА МЕЂУНАРОДНО ПРАВО
INTERNATIONAL LAW SESSION**

Др Сања Грбовић

ЕВРОПСКИ ПУТ КА РОДНОЈ РАВНОПРАВНОСТИ: ПРАВНИ И ИНСТИТУЦИОНАЛНИ ОКВИР ЗА ИЗГРАДЊУ ЕГАЛИТАРНЕ УНИЈЕ	479
EUROPEAN PATH TOWARDS GENDER EQUALITY: LEGAL AND INSTITUTIONAL FRAMEWORK FOR BUILDING AN EGALITARIAN UNION	496

Никола Станковић

ЗАШТИТА ПОДАТАКА У ОРУЖАНИМ СУКОБИМА	497
DATA PROTECTION IN ARMED CONFLICTS.....	518

**СЕСИЈА ЗА ТЕОРИЈУ И ИСТОРИЈУ ПРАВА
LEGAL THEORY AND LEGAL HISTORY SESSION**

Проф. др Славиша Ковачевић

ПРИНЦИП КОНСЕНЗУСА И КОНФЛИКТНО ДРУШТВО.....	523
THE PRINCIPLE OF CONSENSUS AND CONFLICT SOCIETY.....	545

Др Марко Новаковић

ЕТИЧКИ СТАНДАРДИ У САВРЕМЕНИМ ПРАВНИМ СИСТЕМИМА: ЧЕМУ СУДИЈА ТРЕБА ДА СТРЕМИ	547
ETHICAL STANDARDS IN CONTEMPORARY LEGAL SYSTEMS: WHAT A JUDGE SHOULD ASPIRE TO	558

Александра Митровић

ХЕРМЕНЕУТИЧКИ ЗНАЧАЈ СОЦИОЛОШКОГ МЕТОДА У САВРЕМЕНОМ ПРАВУ	559
HERMENEUTIC SIGNIFICANCE OF THE SOCIOLOGICAL METHOD IN MODERN LAW	572

РЕЧ УРЕДНИКА МЕЂУНАРОДНЕ НАУЧНЕ КОНФЕРЕНЦИЈЕ „ПРАВНИ ПРИНЦИПИ У САВРЕМЕНОМ ПРАВУ”

У оквиру обележавања 64. годишњице постојања и рада, 19. и 20. априла 2024. године на Правном факултету Универзитета у Нишу, одржана је Међународна научна конференција „Правни принципи у савременом праву”. Иако се могло претпоставити да ће изабрана тема многим бити занимљива и инспиративна, показано интересовање је премашило сва наша очекивања, пошто је у раду Конференције, који се одвијао у хибридном формату (уживо и онлајн), учешће узело преко сто десет еминентних научника и стручњака, и то не само из различитих области права, већ и из области социологије, политикологије, комуникологије, науке о безбедности. Научном реномеу и утицајности, поред наведене бројности учесника и мултидисциплинарности, допринело је и то што је Конференција, поред учесника из Србије, окупила учеснике из већег броја европских земаља – Пољске, Грузије, Румуније, Бугарске, Северне Македоније, Црне Горе, Босне и Херцеговине и Хрватске. Учесници су у својим радовима настојали да прикажу и расветле различите дилеме и отворена питања у вези са значајем и применом правних принципа у савременом праву. Хетерогеност приспелих прилога утицала је на то да они буду систематизовани у више целина, посвећених уставном и управном праву, грађанском праву, кривичном праву, економско-финансијској и трговинскоправној области, радном и социјалном праву, међународном праву, теорији и историји права. Један број радова изложених на Конференцији објављен је и у часопису Зборник радова Правног факултета у Нишу (М 51). Искрено се надамо да ће сви радови са Конференције привући пажњу научне, стручне, али и шире друштвене јавности. Напоследку, желимо да изразимо захвалност свим ауторима на указаном поверењу, рецензентима који су својим несебичним трудом и залагањем допринели квалитету тематског зборника, а посебно Министарству науке, технолошког развоја и иновација које је финансијски помогло одржавање Конференције и издавање ове публикације.

У Нишу, децембра 2024. године

Уредници

Проф. др Небојша Раичевић

Проф. др Душица Миладиновић-Стефановић

**The International Scientific Conference
“Legal Principles in Contemporary Law”,
Faculty of Law, University of Niš (2024)**

Editors' Introductory Note

In the context of marking the 64th anniversary of the Faculty of Law, University of Niš, we organized the International Scientific Conference “Legal Principles in Contemporary law”, which was held at the Faculty of Law, University of Niš, on 19-20 April 2024. Although we assumed that the selected conference topic would be interesting and inspiring for researchers, the demonstrated interest has exceeded our expectations. The Conference was organized in a hybrid format, including live presentations at the Law Faculty premises and online presentations via Zoom platform. The Conference was attended by 110 eminent scholars, researchers and experts, not only from different areas of law but also from other scientific disciplines: sociology, political science, security science, and communicology. The Conference gathered participants from a large number of European countries: Poland, Georgia, Romania, Bulgaria, North Macedonia, Montenegro, Bosnia and Herzegovina, Croatia, and Serbia. The large number of participants from the country and abroad, as well as the multidisciplinary approach to the conference topic have significantly contributed to the scientific reputation and ultimate impact of this Conference.

In their scientific papers, the participants endeavoured to cast more light on various dilemmas and open questions related to the importance and application of legal principles in contemporary law. Due to the diversity of submitted papers, they were classified into seven thematic sessions: constitutional and administrative law; civil law; criminal law; economic, financial and commercial law; labor and social security law; international law; and legal theory and legal history. In these sessions, the participants had a chance to discuss different aspects of the conference topic. In the aftermath, a number of submitted scientific articles have been published in the LF scientific journal Collection of Papers of the Law Faculty in Niš (M51), while others are published in this thematic collection of papers: “Legal Principles in Contemporary Law” (Conference Proceedings).

We sincerely hope that all published articles will draw considerable attention of the scientific, professional, and general public. We would like to extend our sincere appreciation to all authors for the vested trust, the reviewers who significantly contributed to the quality of this thematic collection of papers, and the editorial team who assisted in preparing this publication. In particular, we wish to extend special gratitude to the Ministry of Science, Technological Development and Innovation, which financially supported the organization of this Conference and the publication of this thematic collection of papers.

Niš, December 2024

Editors-in-Chief

Prof. Nebojša Raičević, LL.D.

Prof. Dušica Miladinović-Stefanović, LL.D.

СЕСИЈА ЗА УСТАВНО И УПРАВНО ПРАВО

CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW SESSION

Dr. sc. Boris Bakota,*

Redoviti profesor,

Pravni fakultet, Sveučilište „J. J. Strossmayera” u
Osijeku,

UDK: 340.131:35

UDK: 340.12/.13:342.22

DOI: 10.5281/zenodo.14513768

Dr. sc. Jelena Dujmović Bocka,**

Izvanredni profesor,

Pravni fakultet, Sveučilište „J. J. Strossmayera” u
Osijeku,

Dr. sc. Danijela Romić,***

Viši predavač,

Veleučilište „Lavoslav Ružička” u Vukovaru,
Republika Hrvatska

PROKLAMIRANJE NAČELA VLADAVINE PRAVA U JAVNOJ UPRAVI KROZ PRIZMU ODNOSA GRAĐANA I UPRAVE****

Apstrakt: Analizom europskih načela autori pružaju uvid u temeljne europske upravne standarde s aspekta osiguravanja europskog upravnog prostora. U nastavku rada, a nakon uvodnog dijela, omogućen je uvid u pojmovno određenje termina vladavine prava. Vladavina prava kao ustavna vrednota podrazumijeva osiguravanje načela zakonitosti kroz pravnu sigurnost građana, pouzdanost upravnog djelovanja kao i odlučivanja. Djelovanje javne uprave mora počivati na načelu zakonitosti kako bi se osiguralo pravovremeno donošenje odluka temeljeno na pravnim načelima. Vodeću ulogu u tome imaju javnopravna tijela koja se prilikom odlučivanja trebaju voditi načelima odgovornosti, pouzdanosti i predvidivosti (pravnoj sigurnosti), otvorenosti i transparentnosti te participaciji. Srž rada predstavlja istraživanje provedeno na Pravnom fakultetu Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku. Uzorak ispitanika čine studenti Stručnog diplomskog studija Javne uprave. Istraživanje je

*bbakota@pravos.hr, [ORCID 0000-0002-2848-679X](https://orcid.org/0000-0002-2848-679X)

**jdujmovi@pravos.hr, [ORCID 0000-0002-0727-718X](https://orcid.org/0000-0002-0727-718X)

***dromic@vevu.hr, [ORCID 0000-0002-2008-4921](https://orcid.org/0000-0002-2008-4921)

**** Ovaj rad je financiran internim projektom br. IP-PRAVOS-16 „Novi trendovi u razvoju javnih službi na lokalnoj i regionalnoj razini” Pravnog fakulteta Sveučilišta „Josipa Jurja Strossmayera” u Osijeku. Rad je izložen na Međunarodnoj naučnoj konferenciji „Pravni principi u savremenom pravu”, koja je održana u Nišu, na Pravnom fakultetu Univerziteta u Nišu, 19.4.2024. godine.

provedeno u mjesecu veljači 2024. godine, a rezultati istraživanja obrađeni su deskriptivnom statistikom. Anketni upitnik, osim općih pitanja, sadržava tvrdnje koje proizlaze iz analize triju osnovnih načela odnosa između građana i uprave, načela zakonitosti, načela odgovornosti te načela pogrešivosti uprave. Uz navedena načela, tvrdnje proizlaze i iz nekih drugih europskih načela kao što je načelo otvorenosti i transparentnosti te načelo sudjelovanja stranaka. Temeljna hipoteza rada glasi: Javnoopravna tijela prilikom odlučivanja pridržavaju se u značajnoj mjeri europskih standarda europskog upravnog prostora (vladavine prava, otvorenosti i transparentnosti, odgovornosti, učinkovitosti i djelotvornosti, proporcionalnosti, supsidijarnosti, sudjelovanja te usklađenosti). Dobiveni rezultati imaju za cilj ukazati na potrebu razvoja odnosa građana i uprave koji bi se temeljili na europskim upravnim standardima te na taj način doprinijeli stvaranju moderne i učinkovite javne uprave kao i osnaživanju vladavine prava kao temeljne vrijednosti svih pravnih sustava.

Ključne riječi: vladavina prava, građani i uprava, načelo zakonitosti, javnoopravna tijela, europski upravni standardi.

1. Uvod

Člankom 3. Ustava Republike Hrvatske propisuje se da je vladavina prava najviša vrednota ustavnog poretka Republike Hrvatske. Uz vladavinu prava, među vrednote ubrajaju se i sloboda, jednakost, nacionalna ravnopravnost, mirotvorstvo, socijalna pravda, poštivanje prava čovjeka, nepovredivost vlasništva, očuvanje prirode i čovjekova okoliša te demokratski višestranački sustav.¹ Hrvatski sudski postupci regulirani su Zakonom o sudovima, rad državnih odvjetnika reguliran je Zakonom o državnom odvjetništvu dok je način na koji se provode administrativni postupci reguliran Zakonom o općem upravnom postupku.² Svi navedeni propisi od iznimne su važnosti za razumijevanje termina vladavine prava koji na prvo razmatranje asocira na postupanja u skladu sa zakonima odnosno asocira na to da, u kontekstu naslova rada, javnoopravna tijela postupaju sukladno načelu zakonitosti, a ujedno i sukladno nekim drugim relevantnim propisima, primjerice, sukladno načelu odgovornosti te pogrešivosti uprave. Postoji još velik broj propisa, kako na tuzemnoj tako i na inozemnoj razini kojima se ističe vla-

¹ Ustav Republike Hrvatske (NN 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14).

² Preporuka vidjeti više o tome: Zakon o sudovima (NN 28/13, 33/15, 82/15, 82/16, 67/18, 126/19, 130/20, 21/22, 60/22, 16/23, 155/23, 36/24), Zakon o državnom odvjetništvu (NN 67/18, 21/22), Zakon o općem upravnom postupku (NN 47/09, 110/21).

davina prava kao temeljna vrednota postupanja javnopravnih tijela kao i vrednota na kojima bi trebao počivati svaki odnos između uprave s jedne te građana s druge strane. Odnos građana i uprave prvenstveno počiva na nekoliko temeljnih načela: na načelu zakonitosti, načelu pogrešivosti te načelu odgovornosti uprave. Spoj dvaju tematskih područja, poštivanje vladavine prava kao ustavne kategorije te odnosa građana i uprave dovodi do razmatranja proklamacije navedene kategorije kroz prizmu odnosa građana s jedne te uprave s druge strane.

Cilj je ovoga rada ispitati stajališta studenata Pravnog fakulteta u Osijeku o tome kakav su zauzeli stav o postupanjima javnopravnih tijela vezanih uz primjenu sljedećih načela: vladavine prava, otvorenosti i transparentnosti, odgovornosti, učinkovitosti i djelotvornosti, proporcionalnosti, supsidijarnosti, sudjelovanja, usklađenosti, kao i načela zakonitosti, pogrešivosti i odgovornosti same uprave. Za potrebe rada postavljena je glavna hipoteza: Javnopravna tijela prilikom odlučivanja pridržavaju se u značajnoj mjeri europskih standarda europskog upravnog prostora.

2. Teorijska podloga: europska načela – put k osiguravanju europskog upravnog prostora

Europski upravni standardi (v. Prikaz 1.), kako navodi Koprić, su standardi utvrđeni u okviru Europske unije (u daljnjem tekstu: EU), ali i upravni standardi koji se na određeni način oblikuju na europskom prostoru. Ti standardi čine temelj europskog upravnog prostora kao prostora upravne konvergencije. Pod upravnom konvergencijom podrazumijevamo model približavanja različitih modela jednom jedinstvenom upravnom modelu (Koprić, 2014: 9-10).

Kako se u prethodnom tekstu nerijetko isticao pojam europskog upravnog prostora, važno je ovdje dotaknuti se određenja istoga termina. Kako definiramo europski upravni prostor? Kako mnogobrojni relevantni autori analiziraju taj prostor: je li taj prostor za njih stvarnost ili imaginacija? Taj prostor, ističe Koprić, predstavlja skup upravnih načela i standarda organizacije i funkcioniranja javne uprave. Takvo funkcioniranje podrazumijeva pružanje javnih usluga građanima od tijela EU. Među najvažnijim standardima europskog prostora ističu se: vladavina prava, otvorenost i transparentnost, odgovornost, učinkovitost i djelotvornost, proporcionalnost, supsidijarnost. Vladavina prava, pojednostavljeno, označava pravnu sigurnost građana odnosno ona označava pouzdanost i predvidljivost djelovanja javnopravnih tijela te pouzdanost upravnog odlučivanja. Otvorenost i transparentnost pak osiguravaju pretpostavke za vanjski nadzor uprave što podrazumijeva da uprava

mora biti javna. Na taj način osigurava se javnost uprave – građani moraju znati kako i što uprava radi, a s druge strane uprava mora brinuti o njihovim potrebama. Odgovornost sadržava obvezu uprave da bude odgovorna prema drugim upravnim tijelima, predstavničkim tijelima građana, građanima i sudovima. Učinkovitost podrazumijeva odnos uložених sredstava i rezultata, a načelo proporcionalnosti traži primjenu rješenja koja su razmjerna ciljevima. Načelo sudjelovanja zahtijeva uključenost što većeg broja zainteresiranih ljudi dok načelo usklađenosti zahtijeva povezanost i koherentnost (Koprić i dr., 2021: 346-347).

Šimac navodi da je nastajanje europskog upravnog prostora pridonijelo europsko pravo koje počiva na sličnim načelima i kriterijima javne uprave. Neka od tih načela su upravljanje uz pomoć prava, razmjernost, pravna sigurnost, zaštita legitimnog povjerenja, nediskriminacija i sl. (Šimac, 2012: 354).

Musa navodi da potpuno razvijen europski koncept javne uprave još ne postoji. Ističe, da ne samo da postoje različita mišljenja o sadržaju i karakteristikama EUP-a već se razvija znanstvena rasprava o samom postojanju prostora. Detaljnom analizom u članku postavlja nekoliko bitnih pitanja vezanih uz postojanje EUP –a, faktorima koji pridonose njegovom nastajanju, smjeru razvoja EUP –a, ulozi i značenju EUP -a i sl. (Musa, 2006: 125). Ista i slična pitanja postavljaju se u mnogobrojim člancima koji se bave tematskih područjem europskog upravnog prostora. Ovim člankom nastoje se ponuditi neki od odgovora na postavljena pitanja kroz prikaz rezultata empirijskog istraživanja.

Prikaz 1. Temeljni standardi europskog upravnog prostora



Izvor: autori prema: Koprić, 2012: 142

Nakon analize pojma europskog upravnog prostora i navođenja ključnih europskih standarda, treba posegnuti za teorijskom podlogom iz koje se razvila temeljna hipoteza rada. Podloga koja se bazira na terminološkom određenju EUP – a sada prelazi u fazu određenja pojma vladavine prava koja je kao vrednota istaknuta u uvodnom razmatranju teksta rada. Što podrazumijevamo pod terminom vladavine prava i u čemu se ogleda značenje samoga termina? Odgovore na postavljena pitanja autori iznose u nastavku.

3. O vladavini prava – terminološka određenja

Pravna načela predstavljaju sastavni dio međunarodnog i nacionalnog prava te su kao takva proizašla iz presedana i dobre prakse europske pravne stečevine. Lauc smatra da načelo vladavine prava predstavlja ideal pravednog društva (Lauc, 2016: 46-47). Vladavina prava predstavlja doktrinu odnosno skup ideja o tome kakvo bi pravo trebalo biti, ona označava određeni politički ideal. U odnosu na javnu upravu, vladavina prava ima vodeću ulogu, jer bi trebala utjecati na stabilizaciju djelovanja javne uprave. Kao stup europskog upravnog prostora obuhvaća načelo razmjernosti, pravičnosti, profesionalnosti, pravodobnosti i zakonitosti (Koprić i dr., 2021: 21-22).

Deinhammer ističe da je vladavina prava važan ideal političkog morala. Ona zahtijeva da politička moć i vlast djeluju unutar ograničenja pozitivnog prava (Deinhammer, 2019: 33). U svojim zaključnim razmatranjima Deinhammer navodi da je vladavina prava ključna za moralni legitimitet političkog sustava, njena ograničenja slična su ograničenjima pozitivnog prava, a njezine vrline ovise o moralnim vrlinama ljudi kao i o moralnoj kvaliteti pozitivnog prava (Deinhammer, 2019: 42).

O vladavini prava pišu Đerđa i Ljubanović pa navode kako vladavina prava i legitimnost nisu samo pravni instituti. Oni predstavljaju i određene vrijednosti kojima teži svaki moderan pravni poredak (Đerđa, Ljubanović, 2019: 125).

Terminološkim određenjem vladavine prava bavili su se i neki drugi autori. Tako, Stein o vladavini prava piše kao o određenoj filozofiji. Navodi da se više od dvije tisuće godina piše i razmišlja o vladavini prava. Predstavlja sljedeće karakteristike društva čija se postupanja temelje na vladavini prava: 1. zakon je superioran svim članovima društva, 2. članovi društva imaju pravo sudjelovati u stvaranju i usavršavanju zakona koji reguliraju njihovo ponašanje, 3. zakon je pravedan, štiti ljudska prava te dostojanstvo svih članova društva, 4. sudska vlast se provodi neovisno od izvršne ili zakonodavne vlasti (Stein, 2009: 302). Vladavina prava, u svom najčišćem smislu, tvrdi Stein, ideal je kojemu treba težiti. Isto tako smatra da se kao ideal nikada ne postiže u potpunosti. Njezina prisutnost ili odsutnost treba se ocjenjivati relativno što bi

značilo da ono što je moguće u naprednoj zapadnoj demokraciji možda nije moguće u zemlji u razvoju te ju treba promatrati kao vodič prema kojem se države mogu okrenuti za smjernice sada i u budućnosti (Stein, 2009: 303).

O dojmu o hrvatskom pravosuđu piše Barbić te tako ističe da nitko još nije ostvario potpunu vladavinu prava. Na to utječe više činitelja, a među njima posebno mjesto pripada pravosuđu. Pravni je sustav, tvrdi, onakav kako ga se primjenjuje (Barbić, 2022: 162).

Ovdje ćemo istaknuti i indeks vladavine prava koji je razvila neprofitna multidisciplinarna organizacija koja se naziva Projekt Svjetske Pravde (eng. The World Justice Project). Republika Hrvatska zauzela je 45. mjesto od ukupno 142 države (indeks iznosi 0.61).³ Taj indeks pokazuje kako se Hrvatska ne nalazi na zavidnoj poziciji, kako postoji prostor za poboljšanje pozicije, prvenstveno tome pridonosi loše stanje u pravosuđu, nepovjerenje građana u sustav i sl.

Kako navodi Smerdel, vladavina prava sadržava u sebi niz načela ustavne vladavine prema kojima su nositelji funkcija vlasti podvrgnuti ograničenjima uspostavljenim pravnim poretком u državi. Ističe da je ideja vladavine prava nastala u engleskoj ustavnoj doktrini 19. stoljeća, a zahtijeva strogo pridržavanje ustava i zakona od strane svih državnih tijela (Smerdel, 2020: 131).

Vrban navodi da zakonitost predstavlja načelo koje zahtijeva da svi pravi akti budu u skladu sa zakonima (Vrban, 2003: 48). Prema njemu, ideja vladavine prava premašuje opseg pojma pravne države s obzirom da ne upućuje samo na potrebu poštovanja prava nego i na neka dublja načela (Vrban, 2003: 43).

Vladavina prava nije ograničena samo na poštivanje načela ustavnosti i zakonitosti. Ona zahtijeva da ustav i zakoni imaju određeni sadržaj koji bi trebao biti primjeren demokratskom sustavu (Smerdel, Sokol, 2009: 49).

4. Metodologija istraživanja

Za potrebe ovog rada i provjeru postavljene hipoteze provedeno je istraživanje na uzorku studenata Stručnog diplomskog studija Javne uprave na Pravnom fakultetu Sveučilišta Josip Juraj Strossmayer u Osijeku. Ova kategorija ispitanika odabrana je zbog njihove dvostruke uloge: uloge građana koji konzumiraju usluge javne uprave te studenata koji se obrazuju kako bi postali budući službenici te iste uprave. Kao studenti studija Javne uprave ispitanici posjeduju određena teorijska saznanja o temeljnim načelima javne uprave, načinu rada i obvezama javne uprave koja ih razlikuju od prosječno

³ Vidjeti o tome više na: World Justice Project, <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/>, 11.7.2024.

informiranog građana. Stoga je za očekivati da će njihovi odgovori biti utemeljeni na objektivnoj procjeni i samim time relevantniji nego odgovori koje bi dali slučajno odabrani građani. Ispitivanje je provedeno u veljači 2024. godine putem anketnog upitnika pripremljenog u formi Google obrasca koji je poslan ispitanicima na njihove službene e-mail adrese na domeni pravos.hr. Anketni upitnik sastojao se od jednog pitanja kojim se izražava spol ispitanika i dvanaest tvrdnji kojima se ispituju stavovi ispitanika o ispunjavanju pojedinih načela javne uprave u njihovom radu. Za vrednovanje postavljenih tvrdnji korištena je Likertova petstupanjaska skala (uopće se ne slažem, uglavnom se ne slažem, niti se slažem niti se ne slažem, uglavnom se slažem i u potpunosti se slažem). Na anketni upitnik odgovorilo je 102 ispitanika, odgovori su obrađeni deskriptivnom statistikom i prikazani u odgovarajućim grafikonima.

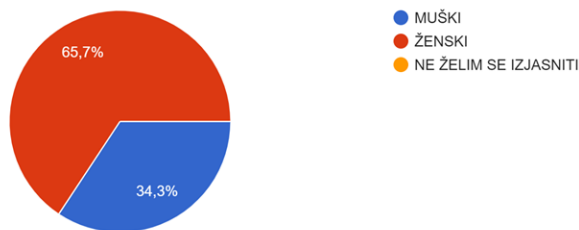
U radu je postavljena jedna ključna hipoteza koja glasi: Javnopravna tijela prilikom odlučivanja pridržavaju se u značajnoj mjeri europskih standarda europskog upravnog prostora. Bit će veoma zanimljivo, nakon analize samih rezultata istraživanja vidjeti hoće li ista biti potvrđena ili opovrgnuta.

5. Rezultati istraživanja

U nastavku rada prikazani su rezultati istraživanja. U istraživanju je sudjevalo 65,7% ženskih te 34,3% muških ispitanika (v. Grafikon 1).

Grafikon 1. Prikaz spola ispitanika

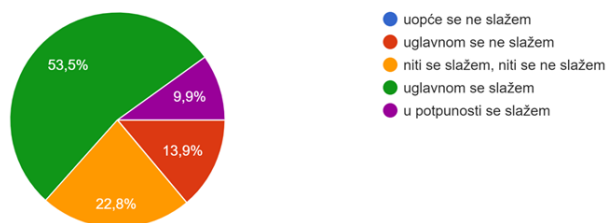
1. SPOL
102 odgovora



Grafikon 2. Prikaz stavova ispitanika o poštivanju zakonitosti uprave u postupanju

2. Uprava poštuje zakonitost u svakom aspektu svog postupanja.

101 odgovor

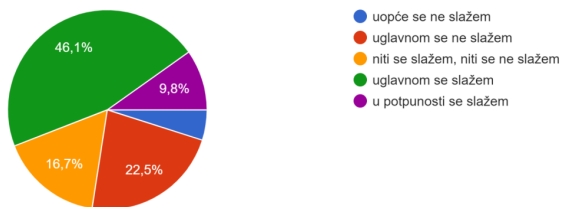


Kako ispitanici razmišljaju o poštivanju zakonitosti uprave u svakom aspektu svog postupanja, moguće je vidjeti u Grafikonu 2. koji pokazuje da se najveći broj ispitanika, njih 53,5% uglavnom slaže s navedenom tvrdnjom, njih 22,8% niti se slaže niti se ne slaže, njih 13,9% uglavnom se ne slaže, dok se njih 9,9% u potpunosti slaže s tvrdnjom.

Grafikon 3. Prikaz stavova ispitanika o odgovornosti uprave za svoje postupke

3. Uprava odgovara za svoje postupke sukladno vrsti odgovornosti.

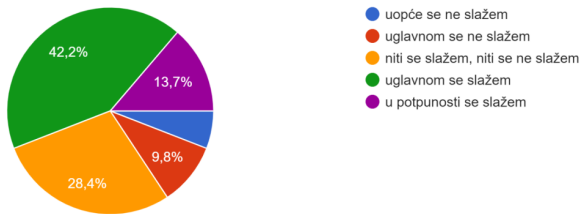
102 odgovora



S tvrdnjom uprava odgovara za svoje postupke sukladno vrsti odgovornosti uglavnom se slaže njih 46,1%, njih 22,5% uglavnom se ne slaže s navedenom tvrdnjom, njih 16,7% niti se slaže niti se ne slaže dok njih 9,8% u potpunosti se slaže s navedenom tvrdnjom.

Grafikon 4. Prikaz ispitanika o osiguravanju naknade štete od strane uprave ukoliko se utvrdi odgovornost

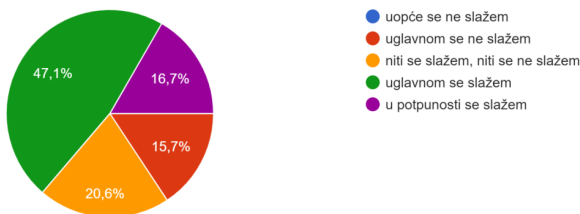
4. Uprava osigurava naknadu štete ukoliko se utvrdi odgovornost u odnosu na njezino postupanje prema građanima.
102 odgovora



Da uprava osigurava naknadu štete ukoliko se utvrdi odgovornost u odnosu na njezino postupanje prema građanima, uglavnom se slaže 42,2% ispitanika, njih 28,4% nema jasno izražen stav, niti se slaže niti se ne slaže, 13,7% u potpunosti se slaže s navedenom tvrdnjom dok se 9,8% ispitanika uglavnom ne slaže s navedenim.

Grafikon 5. Prikaz stavova ispitanika o postupanju javnopravnih tijela prilikom odlučivanja sukladno zakonima te drugim propisima

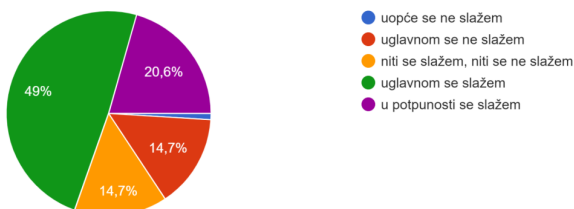
5. Javnopravna tijela postupaju prilikom odlučivanja sukladno zakonima i drugim propisima (uključujući nepristranost i pravičnost upravnog postupanja).
102 odgovora



Različita mišljenja imaju ispitanici u odnosu na tvrdnju da javnopravna tijela postupaju prilikom odlučivanja sukladno zakonima i drugim propisima, uključujući nepristranost i pravičnost upravnog postupanja. Tako, 47,1% ispitanika uglavnom se slaže s navedenom tvrdnjom, 20,6% niti se slaže niti se ne slaže, 16,7% u potpunosti se slaže dok njih 15,7% uglavnom se ne slaže.

Grafikon 6. Prikaz stavova ispitanika o osiguravanju transparentnosti odluka te informacija u odnosu s građanima

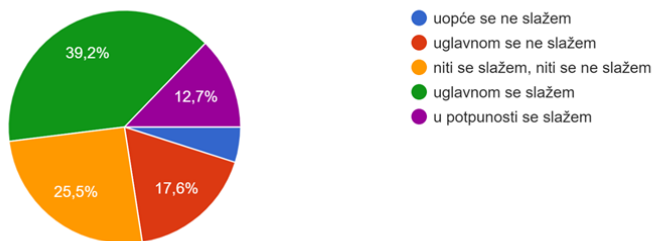
6. Javnaopravna tijela osiguravaju transparentnost svojih odluka kao i informacija vezanih uz njihov odnos s građanima (objava propisa ako ih donose, ob... obveze odnose, pristup javnim registrima i sl.).
102 odgovora



O transparentnosti javnopravnih tijela ispitanici su se izjasnili na sljedeći način: njih 49% uglavnom se slaže s tvrdnjom da javnopravna tijela osiguravaju transparentnost svojih odluka kao i informacija vezanih uz njihov odnos s građanima, njih 20,6% u potpunosti se slaže s tvrdnjom, dok 14,7% ispitanika ili nemaju jasno izražen stav – niti se slažu niti se ne slažu te se uglavnom ne slažu s navedenom tvrdnjom.

Grafikon 7. Prikaz ispitanika o odgovornosti javnopravnih tijela za donesene odluke

7. Javnaopravna tijela snose određenu vrstu odgovornosti za donesene odluke (uprava odgovara za donesene odluke te njihovu prikladnost).
102 odgovora



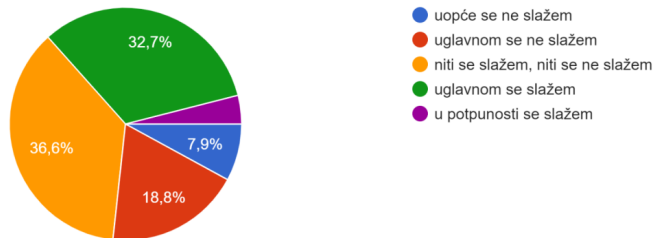
Zanimljivo je za razmotriti da 39,2% ispitanika smatraju da javnopravna tijela snose određenu vrstu odgovornosti za donesene odluke odnosno da

uprava odgovara za donesene odluke kao i za njihovu prikladnost, 25,5% ispitanika niti se slaže niti se ne slaže s navedenom tvrdnjom, 17,6% ispitanika uglavnom se ne slaže s navedenom tvrdnjom te 12,7% u potpunosti se slaže s tvrdnjom.

Grafikon 8. Prikaz stavova ispitanika o tome da javnopravna tijela postižu dobar odnos uložениh sredstava te sredstava koji su ostvareni njihovim trošenjem

8. Javnopravna tijela postižu dobar odnos uložениh sredstava te rezultata koji su ostvareni njihovim trošenjem kao i ostvarenje zadanih ciljeva u javnom interesu.

101 odgovor

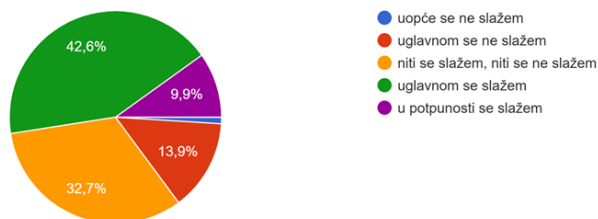


Da javnopravna tijela ostvaruju dobar odnos uložениh sredstava rezultata koji su ostvareni njihovim trošenjem uglavnom se slaže 32,7% ispitanika. Njih 36,6% ispitanika niti se slaže niti se ne slaže s navedenom tvrdnjom, 18,8% uglavnom se ne slaže dok njih 7,9% uopće se ne slaže s navedenom tvrdnjom.

Grafikon 9. Prikaz stavova ispitanika o tome da javnopravna tijela prilikom donošenja odluka primjenjuju rješenja razmjerna ciljevima koji se žele postići

9. Javnopravna tijela prilikom donošenja odluka primjenjuju rješenja razmjerna ciljevima koji se žele postići.

101 odgovor

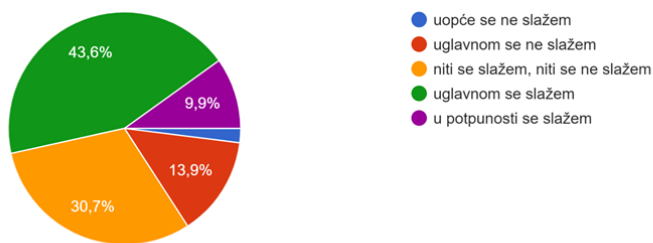


Primjena razmjernosti prilikom donošenja odluka bile je sadržana u tvrdnji da javnopravna tijela prilikom donošenja odluka primjenjuju rješenja razmjerna ciljevima koji se žele postići. S tom tvrdnjom složilo se u potpunosti 9,9% ispitanika, uglavnom se složilo 42,6%, dok se njih 32,7% niti slaže niti ne slaže kao i njih 13,9% koji se uglavnom ne slažu s navedenom tvrdnjom.

Grafikon 10. Prikaz stavova ispitanika o tome da se svaka upravna akcija provodi na razini najbližoj građanima, a koja je na zadovoljavajući način sposobna i provesti tu akciju

10. Svaka upravna akcija provodi se na najnižoj razini koja je sposobna na zadovoljavajući način provesti akciju.

101 odgovor

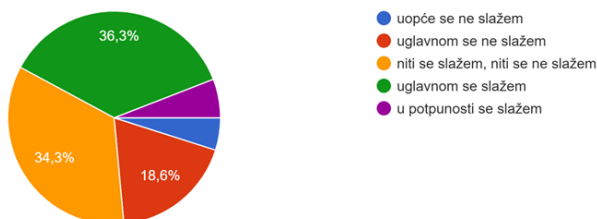


S tvrdnjom da se svaka upravna akcija provodi na najnižoj razini koja je sposobna na zadovoljavajući način provesti akciju uglavnom se slaže njih 43,6% ispitanika, a u potpunosti njih 9,9%, 30,7% ispitanika niti se slaže niti se ne slaže dok njih 13,9% uglavnom se ne slaže s tvrdnjom.

Grafikon 11. Prikaz stavova ispitanika o sudjelovanju građana u postupanjima koja se tiču njihovih prava i obveza

11. Javnopravna tijela osiguravaju sudjelovanje građana u postupanjima koja se tiču njihovih prava i obveza (uključujući širok krug zainteresiranih – od faze oblikovanja odluke do njezine realizacije).

102 odgovora

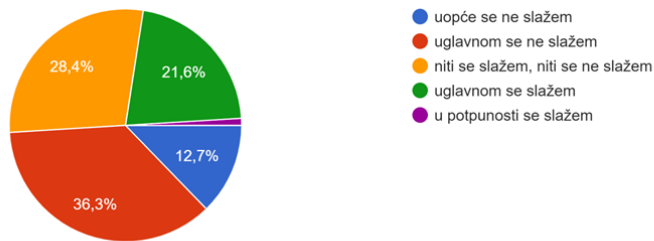


Sudjelovanje građana potkrijepljeno je tvrdnjom da javnopravna tijela osiguravaju sudjelovanje građana u postupanjima koja se tiču njihovih prava i obveza. S tom tvrdnjom uglavnom se slaže 36,3% ispitanika, 34,3% ispitanika niti se slaže niti se ne slaže dok njih 18,6% uglavnom se ne slaže s tvrdnjom.

Grafikon 12. Prikaz stavova ispitanika o tome koliko građani razumiju postupanja javnopravnih tijela

12. Građani razumiju postupanja javnopravnih tijela kao i njihovu potrebu za postizanjem rezultata u javnom interesu.

102 odgovora



Da građani razumiju postupanja javnopravnih tijela kao i njihovu potrebu za postizanjem rezultata u javnom interesu slaže se njih 36,3% ispitanika, njih 28,4% niti se slaže niti se ne slaže, njih 21,6% uglavnom se slaže dok njih 12,7% uopće se ne slaže.

6. Rasprava i zaključak

Vladavina prava, kao temeljna vrednota ustavnog poretka, trebala bi biti osnovni postulat postupanja i odlučivanja javnopravnih tijela. Postupanje javnopravnih tijela kojima se jamči osiguravanje vladavine prava pridonosi poboljšanju odnosa građana i uprave. Provedeno istraživanje pokazuje da građani, napose mladi imaju dosta sumnji kada je riječ o postupanju javnopravnih tijela. Velik broj njih još nema jasno izražen stav.

Tekst rada ponudio je teorijsku podlogu – definiranje termina europskog upravnog prostora te vladavine prava. Autori se slažu kako europski upravni prostor nije neki imaginarni prostor. On je stvarnost, a ta stvarnost počela se ostvarivati naročito ulaskom Republike Hrvatske u Europsku uniju. Tome je pridonijela upravna konvergencija, približavanje različitih modela, rješenja jednom jedinstvenom modelu, modelu zajedničkom i svojstvenom svim člani-

sama ove velike i značajne zajednice. Hrvatska je ulaskom u zajednicu europskih zemalja dobila puno značajnih koristi – jedna od tih koristi jest i razvoj vladavine prava kao ideala, principa, načina funkcioniranja javne uprave. Takva javna uprava vodeći se načelima zakonitosti, odgovornosti, pogrešivosti uprave stavlja u prvi plan čovjeka u središte zbivanja, što znači da se kao nikada do sada ne pridaje toliko velik značaj odnosu građana i uprave.

Rezultati provedenog istraživanja pokazuju kako ispitanici imaju prilično dobru predodžbu o radu hrvatske javne uprave u kontekstu vladavine prava. Za devet od dvanaest postavljenih tvrdnji apsolutna većina ispitanika (više od 50%) iskazala je potpuno ili značajno slaganje s postavljenim tvrdnjama. Najveće slaganje ispitanici su iskazali kod tvrdnje o transparentnosti rada uprave (Grafikon 6.) gdje je gotovo 70% ispitanika iskazalo potpuno ili značajno slaganje s tvrdnjom da javnopravna tijela osiguravaju transparentnost svojih odluka i informacija važnih za građane. S druge strane, značajna većina ispitanika (njih 49%) smatra kako građani ne razumiju postupanja i način rada javnopravnih tijela (Grafikon 12.), dok ih gotovo 40% smatra kako javnopravna tijela ne osiguravaju u dovoljnoj mjeri sudjelovanje građana u postupanjima koja se tiču njihovih prava i obveza. Zanimljivi su i rezultati kod tvrdnje o omjeru uložених sredstava i postignutih ciljeva (Grafikon 8.) gdje su odgovori vrlo disperzirani uz značajan postotak ispitanika (36,6%) koji nisu jasno iskazali stav (odgovorili su niti se slažem, niti ne slažem). Kao i kod svakog ispitivanja mišljenja i stavova, odgovore ispitanika treba tumačiti s određenim oprezom jer oni mogu biti rezultat različitih čimbenika. Polazeći od dobne strukture ispitanika (mladi u ranim dvadesetim godinama), kao jedan od odlučujućih i potencijalno spornih čimbenika je pitanje u kolikoj mjeri i koliko često su ispitanici uopće bili u doticaju s hrvatskom javnom upravom. Ipak, dio studenata su i izvanredni studenti, zaposlene osobe u tridesetim godinama života koje imaju i praktična iskustva s javnom upravom ili su državni, javni ili službenici u jedinicama lokalne ili područne (regionalne) samouprave. Stoga smatramo da su dobiveni rezultati ipak relevantni.

Stvaranje i daljnje širenje europskog upravnog prostora treba svoju bazu zadržati na proklamaciji vladavine prava kao temeljnog europskog standarda. Javnopravna tijela svoje djelovanje moraju temeljiti na načelima otvorenosti i transparentnosti, sudjelovanja, proporcionalnosti, razmjernosti, odgovornosti, usklađenosti, proporcionalnosti kao i supsidijarnosti.

Kreirane tvrdnje sadržane u anketnom upitniku išle su za tim da se ispitaju stavovi mladih u Hrvatskoj o načinu djelovanja javnopravnih tijela te kreiranju adekvatnih rješenja za poboljšanje odnosa građana i uprave. Neki od prijedloga za poboljšanje odnosa građana i uprave su:

1. razvoj vladavine prava kroz prizmu odnosa građana i uprave – djelovanje javnopravnih tijela sukladno načelu zakonitosti,
2. razvoj temeljnih načela u odnosu građana i uprave – zakonitosti, odgovornosti i pogrešivosti,
3. kreiranje dobre javne uprave kao suvremene upravne doktrine,
4. educiranje građana o načinima stupanja u kontakt s upravom,
5. razvoj povjerenja između građana i uprave,
6. otvoreniji i transparentniji rad javnopravnih tijela, službenika,
7. učinkovitiji rad javnopravnih tijela,
8. donošenje rješenja koja su razmjerna ciljevima,
9. vođenje računa o uložnim sredstvima i dobivenim rezultatima rada,
10. usavršavanje službenika u područje etike odnosno postupanja s građanima.

Navedenim prijedlozima za poboljšanje odnosa građana i uprave doprinijelo bi se razvoju otvorenije, transparentnije i učinkovitije javne uprave. Poštujući europske standarde kroz djelovanje, javnopravna tijela osigurala bi svjetlu budućnost javne uprave, jednostavnije i lakše preuzimanje stranih modela koja bi hrvatskoj javnoj upravi bila od velike pomoći kako bi zajedničkim snagama izgradili što bolji europski upravni prostor o kojem nitko nikada ne bi razmišljao kao o nekakvom imaginarnom prostoru, prostoru koji možda i ne postoji, nego o stvarnom prostoru, prostoru kojem je potreban kontinuitet razvoja, potpora vodećih političkih aktera kao i svih građana.

Literatura

Barbić, J. (2022). Pravosuđe i vladavina prava u Hrvatskoj (Administration of Justice and the Rule of Law in the Republic of Croatia). *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*. XIII (1). 161-172, <https://hrcak.srce.hr/file/413123>, 3.6.2024.

Deinhammer, R. (2019). Vladavina prava: vrline i granice (The Rule of Law: Its Virtues and Limits). *Obnovljeni Život*. 74 (1). 33-44, <https://hrcak.srce.hr/file/315218>, 3.6.2024.

Đerđa, D., Ljubanović, B. (2019). Vladavina prava i legitimnost upravnih sudaca (The rule of law and legitimacy of administrative judges). *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*. 56 (1). 125-156, <https://hrcak.srce.hr/clanak/317634>, 3.6.2024.

Koprić, I., Marčetić, G., Musa, A., Đulabić, V., Lalić Novak, G. (2021). *Upravna znanost – Javna uprava u suvremenom europskom kontekstu (Administrative Science – Public administration in modern European context)*. Zagreb: The Faculty of Law University of Zagreb, Study center for public administration and public finances, Modern public administration

Koprić, I. (2014). Prilagodbe hrvatske javne uprave europskim standardima. *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*. V (1). 8-39, <https://hrcak.srce.hr/file/180311>, 27.6.2024.

Lauc, Z. (2016). Načelo vladavine prava u teoriji i praksi. *Pravni vjesnik*. 32 (3-4). 45-67, file:///D:/Downloads/lauc%20(1).pdf, 3.6.2024.

Musa, A. (2006). Europski upravni prostor: približavanje nacionalnih uprava. *Hrvatska javna uprava*. 6 (1). 123.-154.

Smerdel, B. (2020). *Ustavno uređenje europske Hrvatske*. Zagreb: Narodne novine

Smerdel, B., Sokol S. (2009). *Ustavno pravo*. Zagreb: Narodne novine

Stein, R. (2009). Rule of Law: What Does It Mean [comments], Rule of Law Symposium: Introduction. *Minnesota Journal of International Law*. 18(2). 293-303.

Šimac, N. (2012). Europski upravni prostor i europska načela javne uprave. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*. 49 (2). 351-368.

Ustav Republike Hrvatske. NN 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14.

Vrban, D. (2003). *Država i pravo*. Zagreb: Golden marketing

World justice project (2024). Rule of Law Index, <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/>, 11.7.2024.

Pravni akti

Zakon o sudovima. *Narodne novine*. Br. 28/13, 33/15, 82/15, 82/16, 67/18, 126/19, 130/20, 21/22, 60/22, 16/23, 155/23, 36/24.

Zakon o državnom odvjetništvu. *Narodne novine*. Br. 67/18, 21/22.

Zakon o općem upravnom postupku. *Narodne novine*. Br. 47/09, 110/21.

Prof. Boris Bakota, LL.D.,

Full Professor,

Faculty of Law, University "J. J. Strossmayer" in Osijek,

Prof. Jelena Dujmović Bocka, LL.D.,

Associate Professor,

Faculty of Law, University "J. J. Strossmayer" in Osijek,

Danijela Romić, PhD,

Senior Lecturer,

College of Applied Sciences "Lavoslav Ružička" in

Vukovar,

Republic of Croatia

PROCLAIMING THE RULE OF LAW PRINCIPLE IN PUBLIC ADMINISTRATION THROUGH THE PRISM OF CITIZEN-ADMINISTRATION RELATIONS

Summary

By analyzing European principles, the authors provide an insight into the fundamental European administrative standards on the establishment of a European administrative space. Following the introductory section, the paper provides a conceptual definition of the rule of law. As a constitutional value, the rule of law entails ensuring the principle of legality through legal certainty for citizens, reliability of administrative actions, and decision-making. The operation of public administration must be based on the principle of legality to ensure timely decision-making grounded in legal principles. Considering the leading role of public law bodies, their decision-making processes have to be guided by principles of responsibility, reliability, predictability (legal certainty), openness, transparency, and participation.

The essence of this paper is the research conducted at the Faculty of Law, Josip Juraj Strossmayer University in Osijek. The research sample includes students from the Professional Graduate Study of Public Administration. The research was conducted in February 2024, and the research results were processed by using descriptive statistics. In addition to general questions, the survey questionnaire contained statements arising from the analysis of three basic principles of citizen-administration relations: the principle of legality, the principle of responsibility, and the principle of the fallibility of public administration. Alongside these principles, the provided statements also derive from other European principles, such as the principle of openness and transparency, and the principle of party participation. The fundamental hypothesis of the paper is that public law bodies, when making decisions, significantly adhere to the European standards

of the European administrative space (rule of law, openness and transparency, responsibility, efficiency and effectiveness, proportionality, subsidiarity, participation, and coherence). The obtained results aim to highlight the need to develop relations between the citizen and the administration which are based on European administrative standards, which will contribute to creating modern and efficient public administration and strengthening the rule of law as a fundamental value of all legal systems.

Keywords: *rule of law, citizens and administration, principle of legality, public law bodies, European administrative standards.*

Prof. Dejan Vučetić, LL.D.,*
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš,
Republic of Serbia

UDK: 352:005.551(497.11)
UDK: 35.077.3:006(497.11)
DOI: 10.5281/zenodo.14514014

IMPROVING THE APPLICATION OF PREDICTABILITY PRINCIPLE IN THE ACTIVITIES OF SERBIAN LOCAL GOVERNMENTS**

Abstract: *The principle of legitimate expectations is a cornerstone of effective governance both at the national and the local level. It secures legal certainty and safeguards citizens' rightful expectations, significantly enhancing public trust in the operations of local self-governance. This paper analyses the concept of this principle in Serbian legal context, legal sources and norms pertinent to this principle, as well as the mechanisms for its deployment within the local self-government units in Serbia. It scrutinizes various dimensions of administrative predictability, including those founded on legislation, administrative activities, contracts, and notices of the administration. A focal point of consideration in this analysis is the alignment of administrative practices both within and across local self-government units, emphasizing the accessibility and transparency of established legal opinions. The paper emphasizes the significance of standardizing administrative processes, instituting appropriate records, and facilitating information exchange among local governments. The author examines exemplary practices and makes proposals to refine the implementation of the predictability principle in local administration.*

Keywords: *local self-government, principle of legitimate expectations, predictability, legal certainty, harmonizing practices, standardizing procedures.*

* dvucetic@prafak.ni.ac.rs, [ORCID ID 0000-0002-9140-5251](https://orcid.org/0000-0002-9140-5251)

**The paper is the result of research funded by the Ministry of Science, Technological Development and Innovation of the Republic of Serbia, under Contract Registration Number 451-03-65/2024-03/200120, dated 5 February 2024.

1. Introduction

The principle of legitimate expectations is a cornerstone of modern democratic legal governance. It ensures that citizens can anticipate how public authorities will act, thereby reinforcing legal certainty and promoting public trust. In Serbia, local governments play a crucial role in delivering public services and making decisions that significantly impact everyday life. As such, the principle of legitimate expectations is essential in safeguarding citizens' rights and ensuring that they can rely on consistent and transparent decision-making processes. It is significant both in European administrative law and in national legal systems. In the Republic of Serbia, the General Administrative Procedure Act (GAPA)¹ integrates the principle of predictability into the Serbian administrative law framework. Yet, despite the normative framework, there is a gap in terms of its consistent application at the local government level. As shown later in this paper, researchers have highlighted issues such as inconsistent administrative practices, varying interpretations of legal standards, and a lack of transparency in decision-making processes. These inconsistencies can undermine citizens' trust in local authorities and reduce the predictability of governmental actions, which can be particularly problematic in administrative systems like the Serbian one. Besides, there is limited research on the mechanisms that can improve the implementation of this principle across the country.

The main hypothesis in this paper is that standardizing administrative procedures, improving transparency, and enhancing information-sharing mechanisms among local governments will significantly improve the application of the predictability principle. The aim of this research is to provide a comprehensive framework for improving the implementation of "legitimate expectations" in local governments, and to offer practical recommendations for policymakers and public administrators. Ultimately, this research aims to contribute to enhancing the quality of governance by fostering greater predictability and transparency in local government actions, thereby strengthening the relationship between citizens and public authorities.

2. The Principle of Legitimate Expectations: Definition and theoretical foundations

The principle of legitimate expectations is a fundamental element of good governance, particularly in the context of administrative law. It asserts that individuals have the right to expect that public authorities will act consis-

¹ Zakon o opštem upravnom postupku (General Administrative Procedure Act), *Službeni glasnik RS*, 18/2016, 95/2018-autentično tumačenje i 2/2023-odluka US.

tently with previously established legal norms and practices. This principle is derived from the broader concepts of legal certainty and fairness, which are central to democratic governance. According to administrative law scholars, legitimate expectations are a safeguard against arbitrary decision-making, ensuring that citizens can anticipate how government actions will affect their rights and obligations (Craig, 2018: 600-641; Schwarze, 1992: 867-1172).

In legal practice, this principle is established in both national and supranational legal systems. For instance, in European Union law, the Court of Justice of the EU has consistently upheld the principle of legitimate expectations as a means of protecting individuals from abrupt legal changes that could disrupt their rights (Tridimas, 2006: 242-297). In Serbian administrative law, the predictability principle is embedded in the General Administrative Procedure Act, which mandates that administrative bodies, including the local ones, shall adhere to previous decisions in similar cases to ensure consistency (Article 5 of the GAPAA).

Historically, in European administrative law, the principle of legitimate expectations was first recognized as a judicial tool to protect citizens from sudden and unjustified changes in policy. The German Administrative Courts were among the first to articulate this principle, particularly in cases related to acquired rights (Milkov, Radošević, 2020: 8-10). Over time, it evolved from a reactive legal protection against retroactive administrative actions to a proactive requirement for transparency and consistency in government operations. In the second part of the 20th century, the European Court of Justice expanded the scope of legitimate expectations to cover not only acquired rights but also the reasonable anticipations of citizens based on existing administrative practices (Tridimas, 2006: 280-285).

The theoretical foundations of legitimate expectations are grounded in the doctrine of the rule of law, particularly the idea that governmental actions should be predictable, transparent, and based on established legal norms. This doctrine emphasizes that public authorities must respect the expectations they have created through their actions, statements, or legal norms. Kantian philosophy provides a deeper theoretical basis, positing that the protection of legitimate expectations is essential for establishing and maintaining trust, social order and fairness between citizens and the state (Picq, 2014, 323). Contemporary administrative law scholars have debated on the scope of this principle, particularly its relationship to other legal doctrines such as legal certainty and fairness. Some argue that legitimate expectations are an extension of legal certainty, while others posit that it is as an independent principle aimed at enhancing the accountability of public authorities (Schwarze, 1992; Tridimas, 2006). The ongoing debate reflects the complex-

ity of the concept and the need for further exploration, particularly in the context of local government administrative practices where inconsistencies can directly impact the citizens and business.

The concept of legitimate expectations was first introduced in Serbian administrative practice in 2010 through the Ombudsman's Code of Good Administration, which was modeled after the EU Code of Good Administrative Behavior (Protector of Citizens, 2011: 26)². Although the document was non-binding, it advised civil servants to consider citizens' legitimate and reasonable expectations, particularly in light of past case law, while also cautioning against creating unrealistic expectations. In the 2011 and 2013 drafts of the General Administrative Procedure Act, the protection of legitimate expectations was proposed as a new principle, requiring administrative bodies to adhere to their previous decisions in similar cases unless a lawful and reasoned justification existed for acting differently. However, in the final version of the General Administrative Procedure Act (GAPA, 2016), this principle was not explicitly designated as "legitimate expectations"; instead, the adopted text focused on the principle of predictability, obliging authorities to consider previous decisions and provide justification for any departures from them (Jerinić, 2021: 117-118). As rightly noted by Jerinić, even though the predictability principle has yet to extend to the protection of legitimate expectations, recognition of the principle by the Serbian Constitutional Court could lead to changes in administrative case law and practice, particularly if similar cases continue to arise before the court. This evolution would show that the principle of legitimate expectations emerges more from case law than from legislation, a development that has not been typical in Serbian jurisprudence (Jerinić, 2021: 125-126).

3. International Legal Rules and Standards on the Principle of Legitimate Expectations

The most important international documents that regulate the principle of legitimate expectations underscore its broad applicability in European public law. The European Convention on Human Rights (ECHR), while not explicitly mentioning legitimate expectations, provides protection which addresses the right to property (Art. 1, Protocol 1 to the ECHR).³ In its case law, the European Court of Human Rights (ECtHR) has interpreted that this provi-

² Protector of Citizens (2011). Regular Annual Report of the Protector of Citizens 2010, Protector of Citizens, Belgrade; <https://www.ombudsman.rs/attachments/article/5560/Annual%20Report%202010.pdf>

³ Article 1, Protocol 1 to the European Convention on Human Rights, ETS 009/1952.

sion encompasses the protection of legitimate expectations, particularly in cases where administrative actions affect an individual's property rights. This interpretation demonstrates how the principle of legitimate expectations is embedded in the broader concept of human rights, further emphasizing its role in protecting citizens from arbitrary state action.

Another key document is the Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000), which guarantees the right to good administration (Art. 41 of the CFR).⁴ Although the Charter does not directly enshrine the principle of legitimate expectations, it contains several procedural elements that align with the principle, such as the right to a fair hearing and the obligation for the administration to give reasons for its decisions. The Court of Justice of the EU (CJEU) has consistently reinforced these procedural safeguards in its rulings, ensuring that administrative bodies respect citizens' legitimate expectations in practice. These elements highlight only the procedural nature of legitimate expectations, illustrating how it serves as a procedural guarantee in administrative law. While initially recognized as a procedural guarantee, legitimate expectations can also lead to substantive outcomes, obliging administrative authorities to act in a particular direction based on expectations created by their actions or decisions (Jerinić, 2021: 119).

The European Code of Good Administrative Behaviour (2001), adopted by the European Parliament, explicitly includes legitimate expectations as part of the broader concept of good governance. The Code requires that public officials act consistently and in accordance with established practices, providing clear justifications for any deviations (Art.10 of the Code).⁵ This document formalizes the connection between legitimate expectations and the broader principles of good administration, stressing the importance of consistency and transparency in public administration.

A more recent development is the European Parliament Resolution on Open, Efficient, and Independent EU Administration (2016)⁶, which also promotes the principle of legitimate expectations as part of a broader effort to enhance administrative efficiency and transparency. The Resolution, which includes a draft Regulation for an independent European administration, calls for the codification of the principle in EU law, further emphasizing its significance in ensuring accountable and consistent governance.

⁴ Article 41, the Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 326/2012.

⁵ Article 10, the European Code of Good Administrative Behaviour, OJ, L 267/2001.

⁶ European Parliament Resolution of 9 June 2016 for an open, efficient and independent European Union administration (2016/2610(RSP)), OJ C 86/2018.

Another key legal document is the EU Services Directive (2006)⁷, which incorporates legitimate expectations in the context of consumer and business rights. This Directive significantly impacted national legislation, including the Serbian General Administrative Procedure Act (2016). The Directive's focus on protecting the expectations of service recipients reflects the principle's expanding role in both public and private administrative practices across Europe, and further highlights its applicability beyond traditional governance contexts.

Finally, the Strategy on Innovation and Good Governance at Local Level (2008)⁸, adopted by the Conference of European Ministers responsible for Local and Regional Government, integrates the principle of legitimate expectations as one of 12 principles of good governance at the local level. This Strategy includes mechanisms for measuring local governments' performance, ensuring that legitimate expectations are established in practice. One such mechanism, the European Label of Governance Excellence (ELoGE), provides a tool for assessing local government efficiency in meeting citizens' expectations. This initiative highlights the importance of the principle of legitimate expectations in fostering trust and accountability in local governance.

4. Legal Framework in Serbia: The Principle of Predictability

The Constitution of the Republic of Serbia (2006)⁹ explicitly guarantees all citizens equal protection of their rights before courts, state bodies and entities exercising public powers, and bodies of the autonomous province or local self-government (Article 36 of the Constitution). This provision requires that all public bodies, including local governments, act uniformly in similar factual and legal circumstances. It mandates that local governments act predictably, avoiding arbitrary decisions that could undermine citizens' rights. However, in practice, Serbia has faced challenges with inconsistent administrative practices across local governments, ultimately leading to varied outcomes in similar cases. The inconsistency has prompted numerous appeals to the Constitutional Court, signaling the need for reforms to enhance uniformity in decision-making (Jerinić, 2021: 125).

The General Administrative Procedure Act (GAPA, 2016) incorporates the principle of predictability into Article 5, titled "The Principle of Legality and

⁷Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council on services in the internal market (The EU Services Directive), *OJ L 376*, 27/12/2006.

⁸Strategy on Innovation and Good Governance at Local Level, *OJ C 10*, 14/01/2008.

⁹Ustav Republike Srbije [Constitution of the Republic of Serbia], *Službeni glasnik RS*, br. 98/06.

Predictability.”¹⁰ The GAPA requires that administrative authorities consider prior decisions made in similar cases to ensure consistency in their rulings. This establishes a legal obligation for local governments to harmonize their administrative practices, preventing the unequal treatment of citizens in similar circumstances. The principle of legitimate expectations is further detailed in Article 141 of the GAPA, which outlines the requirement for providing legal reasoning when administrative bodies deviate from established practices, and requires that any decision that departs from common administrative practice must include a clear explanation, detailing the factual and legal basis for the decision (Article 141(§4) of the GAPA).¹¹ This transparency requirement ensures that citizens understand why their case may have been treated differently and allows them to challenge such decisions if they believe their “legitimate expectations” have been violated.

This legal framework becomes even more significant in certain sector-specific areas, where local governments are tasked with delegated responsibilities. For instance, in the context of the Planning and Construction Act,¹² the principle of legitimate expectations is particularly relevant during the issuance of permits, the conduct of inspections, and enforcement actions. Similarly, the Act on Legalization of Buildings¹³ and the Act on Financial Support to Families with Children¹⁴ also highlight the need for consistent administrative practices, especially when determining citizens’ rights to financial support or resolving disputes related to property.

As we can see, the legal framework in Serbia is designed to embed the principle of predictability across multiple administrative sectors. However, the challenge lies in the practical implementation of these legal provisions. The next section will explore the mechanisms available to local governments for ensuring the consistent application of this principle, focusing on best practices and potential reforms aimed at improving predictability in Serbia’s local governance.

¹⁰ Art. 5, Zakon o opštem upravnom postupku [General Administrative Procedure Act], *Sl. glasnik RS*, br. 18/16.

¹¹ Art. 141. Zakon o opštem upravnom postupku [General Administrative Procedure Act], *Sl. glasnik RS*, br. 18/16.

¹² Zakon o planiranju i izgradnji [Planning and Construction Act], *Sl. glasnik RS*, br. 72/09, 132/14, 145/14, 83/18 i 31/19.

¹³ Zakon o ozakonjenju objekata [Legalization of Buildings Act], *Sl. glasnik RS*, br. 96/15.

¹⁴ Zakon o finansijskoj podršci porodici sa decom [Financial Support to Families with Children Act], *Sl. glasnik RS*, br. 113/17 i 50/18.

5. The Principle of Predictability in the context of Local Self-Government in Serbia

The principle of predictability is particularly important in the context of local self-government, where it plays a critical role in ensuring the protection of citizens' rights and consistency of the local administrative actions. In this context, predictability can be understood in two primary ways: first, it ensures that an individual can reasonably expect to exercise rights granted by a final administrative decision; second, it allows individuals to predict how the local government will decide on requests for the recognition of rights. This predictability is not only based on pre-established legal conditions for acquiring rights but also on the prior practices of local government authorities when addressing similar legal and factual matters.

This part of the paper will explore practical mechanisms for realizing these forms of predictability and some additional types, including those based on regulations, contracts, and public statements or actions by local authorities.¹⁵

Predictability in local government often derives from the clarity and transparency of regulations. This form of predictability ensures that local authorities inform individuals about any changes in regulations that may affect their rights, particularly in cases where a final decision that granted rights might be revoked. In such situations, local authorities are expected to explain any deviations from previously established expectations and to provide individuals with the opportunity to respond. The link between the predictability of regulations and transparency is crucial. In theory, predictability is closely linked to the prohibition of retroactivity, meaning that citizens expect that newly introduced regulations will not reduce or revoke their previously acquired rights. However, such expectations may lack legal protection in areas where regulations are subject to frequent changes. Thus, local governments have to carefully assess the time required for citizens to adjust to new normative conditions (Jerinić, Vučetić, Stanković, 2022: 277-278).

An example of this in practice is the phased implementation of the General Administrative Procedure Act (GAPA, 2016) at the national level. Certain provisions of the GAPA came into effect before others, demonstrating a gradual approach to regulatory changes that allowed for better citizen adaptation. Similarly, local governments must ensure that citizens are given sufficient time to comply with new regulations, especially when these affect existing rights.

¹⁵ For a more general discussion on these types of predictability principle in administrative law, see Đerđa (2013).

Linking this to the broader legal framework, local government regulations must be in line with both national laws and the Constitution. For instance, Article 194(§3) and Article 195(§2) of the Serbian Constitution mandate that all local regulations must comply with national laws, while Article 195(§3) requires consistency with the statutes of local self-government units. These provisions establish a clear legal hierarchy, ensuring that local regulations do not contradict higher laws, thereby maintaining predictability in administrative decision-making.

Another form of predictability arises from the standardization of administrative procedures. Local government bodies often create internal guidelines or instructions to regulate procedures where there are gaps in both national and local regulations. When these internal procedures are consistently applied and publicly accessible, they can serve as a source of predictability. For instance, the national association of Serbian towns and municipalities (Standing Conference of Towns and Municipalities/SCTM)¹⁶ has developed a register of local administrative procedures. Similar register exists on the national level as well (Vučetić, Dimitrijević, 2021). The goal of such standardization is to ensure that administrative actions are predictable and consistent across different local government units.

Predictability based on administrative practice (case law) refers to the consistency of decisions made by local authorities in similar legal and factual situations. To uphold the principle of equality and prevent discrimination, local governments must ensure that their decisions are aligned across similar cases. Consistency in administrative practices is particularly important in situations where decisions involve discretionary powers. In such cases, while local authorities may have some flexibility in decision-making, they must still provide clear reasoning for any deviation from established practices. The General Administrative Procedure Act¹⁷ requires that any departure from previous decisions be explained in detail, ensuring that citizens understand the reasoning behind such changes. An example of a simple mechanism for achieving consistency in administrative practice is the establishment of forums where officials can discuss new legal issues and collectively decide on how to approach them. This ensures that all officials handling similar cases follow the same approach, thereby enhancing predictability. Examples of good practices can be found in the City of Vranje, where the introduction

¹⁶Stalna konferencija gradova i opština (n.d.). Modeli administrativnih procedura [Standing Conference of Towns and Municipalities: Models of Administrative Procedures]. <https://www.skgo.org/modeli-administartivnih-procedura>.

¹⁷Art. 141(4) Zakon o opštem upravnom postupku [General Administrative Procedure Act], *Sl. glasnik RS*, br. 18/16.

of internal forums for discussing legal issues has enhanced the uniformity of decision-making (Jerinić *et al.*, 2022: 286). These forums encourage collaboration among officials, ensuring that similar cases are resolved in a consistent manner. Conversely, bad practices are often observed in municipalities where procedures are either not clearly defined or not consistently followed. In such cases, citizens are unsure about the outcome of their requests, which erodes trust in local authorities. This contrast between good and bad practices underscores the importance of establishing and adhering to clear procedures to maintain predictability in governance (Jerinić *et al.*, 2022: 282-286).

Predictability also extends to contracts, regardless of whether they are business contracts or administrative contracts. Local governments are expected to fulfill their contractual obligations, and any unilateral termination of contracts can violate the principle of predictability. This is particularly relevant in the case of administrative contracts, where there is often an imbalance of power between the contracting parties. Article 22 of the General Administrative Procedure Act defines administrative contracts and outlines the circumstances under which they can be terminated, such as when it is necessary to protect public safety or address economic disruptions. Predictability in contractual relationships is crucial in areas like public procurement, where local governments must ensure that their contractual obligations are clear and consistently upheld (Jerinić *et al.*, 2022: 289)

Finally, predictability can also be derived from public statements, guarantee acts, and administrative actions. The General Administrative Procedure Act regulates guarantee acts (Articles 18-21 of the GAPA), which are defined as written acts obliging public authorities to issue administrative acts of a certain content upon an appropriate party's request (Art. 18 of the GAPA). These guarantees provide citizens with legal certainty, as they can rely on the local government to act predictably in accordance with the guarantee. In situations where local governments publicly announce certain actions or policies, citizens base their expectations on these statements. For instance, if a local government announces a public service initiative, citizens reasonably expect that the initiative will be carried out as planned. Failure to meet these expectations can result in a loss of trust in local authorities.

To improve the implementation of the principle of predictability within the local government system, the national association of Serbian towns and municipalities (the Standing Conference of Towns and Municipalities/ SCTM) has developed several mechanisms for assessing the efficiency of local gov-

ernance. One of the major tools is the Index of Good Governance at the Local Level.¹⁸

The Index of Good Governance at the Local Level monitors seven indicators to analyze the degree of predictability in the work and actions of each local self-government unit: standardization of administrative practice within a local self-government unit, standardization of administrative practice between different local self-government units, control of the process of standardizing administrative practices, availability of standardized administrative practices, delivery of responses from first-instance bodies to appeals, informing parties about regulatory changes during proceedings, and tracking the progress of cases. The seven indicators were measured on three different occasions (in 2018, 2021 and 2023) in 60 local governments (14 cities and 46 municipalities); in this period, the overall score for all 60 local governments improved from 34.61% to 45.56%, out of the maximum 100%. The 2023 study indicates that only 3.3% of local governments lack any mechanisms for standardizing administrative practices, which is a significant improvement when compared to 15% in 2021 and 45% in 2018. However, there is still room for further improvement of standardization, especially between different local governments and in monitoring this process. Another significant achievement was the high compliance with the indicator concerning the submission of responses by first-instance bodies to appeals in 100% of analyzed local governments, which was likely influenced by existing penal provisions. Other types of predictability have also been improved, such as notifying parties of changes in regulations. Tracking the progress of cases is another indicator that may show further advancement in the future, particularly due to the introduction of information technology in the execution of administrative procedures (SCTM, 2024: 18).

6. Conclusion

Predictability is an important principle of good local governance which is characteristic of modern local self-governments that strive to go beyond mere compliance with the principle of legality. Predictability increases citizens' satisfaction with life in their local community; on the one hand, it

¹⁸ Stalna konferencija gradova i opština (2024). *Analiza učinka i kapaciteta jedinica lokalnih samouprava u primeni principa dobrog upravljanja na lokalnom nivou korišćenjem „Indeksa dobre uprave“: Izvod iz analize* [Analysis of the Performance and Capacity of Local Self-Government Units in Implementing Good Governance Principles at the Local Level Using the “Good Governance Index”: Excerpt from Analysis; SCTM], Partner Solutions, januar 2024; https://www.skgo.org/storage/app/uploads/public/170/834/020/1708340204_Analiza%20ucinka%20dobro%20upravljanje%202023Izvod.pdf

ensures respect for acquired rights and legal certainty; on the other hand, it enables citizens and businesses to plan ahead and adjust their behavior to the announced changes in the local self-government system in the places where they live and work. Therefore, it is very important to understand the basic types of predictability and their content. We have categorized predictability into two basic types: 1) legal predictability of regulations, decisions, contracts, guarantee acts, practices), and 2) material predictability of actions, statements, notifications).

Local governments in Serbia face numerous challenges when implementing the principle of predictability (legitimate expectations). One of the main challenges in implementing this principle lies in the legal gaps and ambiguities within the regulatory framework. Many local governments operate under the regulations that fail to provide clear guidance for handling certain administrative matters. Another significant challenge is the lack of capacity and resources in local self-governments. Many municipalities are underfunded and understaffed, which makes it difficult to maintain the administrative infrastructure necessary for consistent decision-making. Limited access to legal expertise and technological resources further exacerbates this problem, as officials may not have the tools they need to apply the law uniformly. For example, in smaller municipalities, the lack of digital systems for tracking administrative processes often leads to delays and inconsistent outcomes, thus undermining the predictability of governance. The level of expertise and training of local government officials also poses a challenge. In many cases, officials lack the specialized knowledge required to handle complex administrative matters in a predictable manner. This variability in expertise is also problematic in smaller municipalities, where training opportunities may be limited.

To resolve these challenges, the National Association of Serbian Towns and Municipalities has developed several key mechanisms to enhance predictability and standardization in the work of local governments. One of the primary tools is the Index of Good Governance at the Local Level, which monitors seven essential predictability indicators in key Serbian local governments.

References

- Craig, P. (2020). *EU Administrative Law* (3rd ed.). Oxford University Press
- Đerđa, D. (2013). Zaštita legitimnih očekivanja u upravnom pravu [Protection of Legitimate Expectations in Administrative Law]. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 34(1), 83-111.

Jerinić, J. (2021). When the administration promises: Protection of legitimate expectations in Serbian administrative procedure. *Review of Central and East European Law*, 46(2), 153-178.

Jerinić, J., Vučetić, D., Stanković, M. (2022). *Priručnik za sprovođenje principa dobrog upravljanja na lokalnom nivou* [Manual for the Implementation of Good Governance Principles at the Local Level] (2nd ed.). Stalna konferencija gradova i opština

Milkov, D. L., Radošević, R. S. (2020). Начело предвидивости у управном поступку [The Principle of Predictability in Administrative Procedure]. *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, Novi Sad, 54(1), 1-19.

Pić, J. (2014). *Povijest države u Europi* [History of the State in Europe]. Fakultet političkih znanosti, Sveučilišta u Zagrebu

Protector of Citizens (2011). Regular Annual Report of the Protector of Citizens 2010, Protector of Citizens, Belgrade, <https://www.ombudsman.rs/attachments/article/5560/Annual%20Report%202010.pdf>

Schwarze, J. (1992). *European Administrative Law*. Sweet & Maxwell

Stalna konferencija gradova i opština (2024). *Analiza učinka i kapaciteta jedinica lokalnih samouprava u primeni principa dobrog upravljanja na lokalnom nivou korišćenjem „Indeksa dobre uprave“: Izvod iz analize* [Analysis of the Performance and Capacity of Local Self-Government Units in Implementing Good Governance Principles at the Local Level Using the “Good Governance Index”: Excerpt from Analysis, Standing Conference of Towns and Municipalities/ SCTM]. Partner Solutions d.o.o., jan.2024; https://www.skgo.org/storage/app/uploads/public/170/834/020/1708340204_Analiza%20ucinka%20dobro%20upravljanje%202023_Izvod.pdf

Stalna konferencija gradova i opština/ (n.d.). *Modeli administrativnih procedura* [Models of Administrative Procedures, Standing Conference of Towns and Municipalities/ SCTM]; pristupljeno 16.8.2024.) <https://www.skgo.org/modeli-administrativnih-procedura>

Tridimas, T. (2006). *The General Principles of EU Law* (2nd ed.). Oxford University Press

Vučetić, D., Dimitrijević, P. (2021). Регистровање административних поступака – теоријске недоумице и практичне последице [Registration of Administrative Procedures: Theoretical dilemmas and practical consequences]. *Правна ријеч*, 17(64), 559–581.

Legal Sources

Charter of Fundamental Rights of the European Union, *Official Journal EU C* 326/2012.

Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council on services in the internal market, *Official Journal L* 376, 27/12/2006.

European Code of Good Administrative Behaviour, *Official Journal*, L 267/2001.

European Parliament Resolution of 9 June 2016 for an open, efficient and independent European Union administration (2016/2610(RSP)), *Official Journal C* 86/2018.

Protocol 1 to the European Convention on Human Rights, ETS 009/1952.

Strategy on Innovation and Good Governance at Local Level, *Official Journal C* 10, 14/01/2008.

Ustav Republike Srbije [Constitution of the Republic of Serbia], *Službeni glasnik RS*. Br. 98/06.

Zakon o finansijskoj podršci porodici sa decom [Financial Support to Families with Children Act], *Službeni glasnik RS*. Br. 113/17, 50/18, 46/21-odluka US, 51/21-odluka US, 53/21-odluka US, 66/21, 130/21, 43/23-odluka US, 62/23 i 11/24-odluka US.

Zakon o opštem upravnom postupku [General Administrative Procedure Act], *Službeni glasnik RS*. Br. 18/16, 95/2018-autentično tumačenje i 2/2023-odluka US.

Zakon o ozakonjenju objekata [Legalization of Buildings Act], *Službeni glasnik RS*. Br. 96/15, 83/18, 81/20- odluka US, 1/23- odluka US i 62/23.

Zakon o planiranju i izgradnji [Planning and Construction Act], *Službeni glasnik RS*. Br. 72/09, 132/14, 145/14, 83/18, 31/19, 9/20, 52/21 i 62/23.

Проф. др Дејан Вучетић,
Редовни професор,
Правни факултет, Универзитет у Нишу,
Република Србија

УНАПРЕЂЕЊЕ ПРИМЕНЕ ПРИНЦИПА ПРЕДВИДИВОСТИ У РАДУ ЈЕДИНИЦА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ

Резиме

Принцип предвидивости представља један од кључних компоненти ефикасног управљања на локалном нивоу. Он омогућава поштовање правне сигурности и заштиту легитимних очекивања грађана, чиме се доприноси повећању поверења јавности у рад локалне самоуправе. У овом раду аутор дефинише појам принципа предвидивости у контексту управног поступања, врши анализу правних извора и стандарда који се односе на принцип предвидивости, као и механизма за његову примену у оквиру јединица локалне самоуправе у Србији. Разматрају се различити аспекти предвидивости, укључујући оне засноване на законодавству, управној пракси, уговорима и обавештењима управе. Посебна пажња посвећена је механизмима за хармонизацију управне праксе како унутар тако и међу јединицама локалне самоуправе, као и доступности и транспарентности усвојених правних ставова. Рад истиче значај стандардизације административних процедура, успостављања одговарајућих евиденција и размене информација међу локалним самоуправама. Такође, анализирају се примери добре праксе и износе препоруке за унапређење примене принципа предвидивости с циљем јачања правне сигурности и поверења грађана у делатност локалних власти.

Кључне речи: локална самоуправа, принцип предвидивости, добро управљање, правна сигурност, легитимна очекивања, уједначавање праксе, стандардизација поступака.

Prof. Lavinia Onica-Chipea, LL.D.,**

Associate Professor,
Faculty of Law, University of Oradea,

Dalia Merje,**

PhD student,
Doctoral School of Sociology, University of Oradea,
Republic of Romania

UDK: 364:316.35.023.4(498)

DOI: 10.5281/zenodo.14514046

THE ROLE OF ROMANIAN PUBLIC INSTITUTIONS IN ENSURING EQUALITY OF OPPORTUNITY AND TREATMENT FOR VULNERABLE GROUPS

Abstract: *In every society there are certain vulnerable groups that face the risk of social exclusion. These groups often lack support, live in chronic poverty, and are unable to take advantage of opportunities or protect themselves against problems that may arise. We may refer to: abandoned children, people with disabilities, ethnic minorities, certain categories of sick people (e.g., individuals infected with HIV), the elderly, single-parent families, etc. In the doctrine, it is a well-known fact that the phenomenon of social exclusion can be combated with the help of social inclusion. The role of social security should not be overlooked. Provided by the state, this protection system is closely linked to the social inclusion of vulnerable groups. Notably, the concept extends beyond mere financial protection to include efforts to ensure equal access to opportunities and services for all members of society, including disadvantaged or marginalized groups. In this context, the scientific approach aims to identify and analyze the ways in which Romanian public institutions intervene to ensure equal opportunities and treatment for these vulnerable groups facing the risk of social exclusion, and unable them to cope with problems in all spheres of social life.*

Keywords: *principle of equal opportunities and treatment, social inclusion, vulnerable groups, public institutions, legislative documents, social policies, public-private partnership.*

* laviniachipea@gmail.com, [ORCID ID 0000-0003-2497-3969](https://orcid.org/0000-0003-2497-3969)

** dalia_merje@yahoo.com, [ORCID ID 0009-0001-2032-9693](https://orcid.org/0009-0001-2032-9693)

1. Introduction

In this article, we aim to present and explore the link between the principle of equal opportunities and treatment, social inclusion and vulnerable groups in the context of public administration in Romania, which are essential elements in ensuring social equity. In the two parts covering theoretical foundation, we have outlined a general and comprehensive framework governing the principle of equal opportunities and treatment, as well as the role of public institutions in promoting social inclusion and supporting vulnerable groups.

The first part of this article is dedicated to analyzing the theoretical foundations of the principle of equal opportunities and treatment, social inclusion and identification of vulnerable groups. We refer to the Romanian legislation in this field, providing a detailed understanding of the principles and concepts involved. We present various definitions and doctrinal perspectives, highlighting the importance of equal opportunities as a basis in any equitable society. We have also paid particular attention to the concept of social inclusion, highlighting its complexity and its relationship with social exclusion, as well as the dimensions and particularities of vulnerable groups in the Romanian legislative context. In order to facilitate the understanding of the typology of people in need of state support, we provide a table containing examples of relevant Romanian legislative documents, thus centralizing the specific terminology and definitions used for each category of disadvantaged, vulnerable, or marginalized groups.

In the second part of the paper, we analyze the role of public administration and its institutions in promoting social inclusion and ensuring equal opportunities and treatment for disadvantaged groups. We explore the measures and initiatives taken by the public administration, the importance of social security, the collaboration of public governance with other relevant actors, and the challenges encountered in this process. For each challenge mentioned, we have identified solutions aimed at improving the social well-being of disadvantaged citizens, and emphasizing the importance of a collaborative approach between the public and private sectors.

From our perspective, the topic addressed is one of significant interest and deserves a more extensive analysis, which has been provided in the following sections.

2. Theoretical foundations on the principle of equal opportunities and treatment, social inclusion and vulnerable groups

2.1. Legal aspects regarding the principle of equal opportunities and treatment in Romania

Equal opportunities and treatment are an ideal which has been promoted since the inception of legislation on fundamental human rights. As a main element of the principle of non-discrimination, this concept aims to eliminate criteria that could disadvantage certain groups of people (Nagy, 2022: 671).

The existing dysfunctions in modern society, at both collective and individual levels, require ongoing multidisciplinary evaluations. Regardless of the factors affecting the reality, it is crucial for every element of the democratic mechanism (either international, national, or European) to contribute in an active way. Thus, the principle of equality, with its multiple facets, plays a fundamental role in this process (Gentimir, 2015: 121).

According to a doctrinal opinion (Vieru, 2016: 114), the principle of equality derives from the general constitutional provision which establishes that all Romanian citizens, regardless of race, religion, sex, language, origin, political affiliation or opinion, are entitled to enjoy equally all rights guaranteed by the laws and the Romanian Constitution. Therefore, Romania's citizens have equal access to participate in economic, political, social and cultural life. The principle provides for equality in rights between women and men, as well as equality regarding nationality, ethnic or social origin, wealth, religion and political affiliation. This equality applies to all rights, regardless of the field of activity and the normative acts regulating them (Vieru, 2016: 116). The principle entails the equality of all citizens in the field of social security. Thus, no one can claim more rights to protection or be discriminated against in any form in the exercise of these rights.

We can conclude that equal opportunities and treatment have become a fundamental ideal for any society, ensuring equal access to rights and participation in all spheres of public and private life, thereby contributing to ensuring social equity.

2.2. National regulations and European norms on social inclusion and social exclusion: concept, process, and dimensions

In recent years, social policies in Romania have broadened the approach related to vulnerable or disadvantaged groups by introducing the concepts of *social exclusion* and *social inclusion*. The shift in perspective was moti-

vated by the desire to move beyond the limitations of the concept of poverty, which strictly focuses on the lack of financial resources. From a historical point of view, it should not be forgotten that these concepts initially made their presence felt in the European landscape, in the first part of the 1990s (Onica-Chipea, 2015: 26), and were later introduced in the field of Romanian social policy.

Social inclusion is a key word in this article. For a better understanding of this topic, we first need to explore the legal definition of this term. Pursuant to the Romanian social assistance legislation, “*the process of social inclusion represents a set of multidimensional measures and actions in the fields of social protection, employment, housing, education, health, information-communication, mobility, security, justice and culture, intended to combat social exclusion and ensure the active participation of people in all economic, social, cultural and political aspects of society*” (Article 6 [cc] of the Social Assistance Act).¹

The interpretation of the legal article emphasizes the idea that social inclusion is both a concept and a complex process aimed at ensuring the active involvement of all members of society in various aspects of life, including social, economic, cultural and political ones. There is a close relationship between the concepts of social inclusion and social exclusion, as evidenced in the legal definition of these terms provided in Law No. 292/2011; the Social Assistance Act specifies that *combating social exclusion is achieved through the promotion of social inclusion*,² which demonstrates the interdependence between the two terms. Therefore, social inclusion is a correlative term, serving as a “*response policy*” in situations that may lead to the social exclusion of an individual or a social group (Onica-Chipea, 2023: 88).

Although this article focuses on the phenomenon of social inclusion, we must also point out to certain particularities (i.e. dimensions) of social exclusion. The doctrine has synthesized this phenomenon into four essential dimensions: 1) *economic exclusion*, which results from income inequality and poor employment opportunities; 2) *exclusion from social services*, which reflects unequal access to education, health, housing, and social protection, with negative effects on the quality of life; 3) *political exclusion*, which arises from the unequal distribution of power and political opportunities, as well as from unequal access to justice and freedoms; and 4) *cultural exclusion*, which stems from differences in the recognition / respect of cultural norms and traditions. These dimensions are interconnected and can hinder progress in other areas of social life (Vremiş, Toartă, Rojco, Cheianu-Andrei, 2010: 20).

¹ Law No. 292/2011 on Social Assistance, *Official Gazette of Romania*, No. 905 of 20 December 2011.

² Here, the italics have been used for emphasis (by authors).

Combating social exclusion, promoting social justice and fundamental rights, including the right to equal treatment and non-discrimination, are the essential objectives of the European Union. In this regard, we may refer to a number of documents on this matter, such as: the Lisbon European Council documents, the Social Policy Agenda, Structural Funds, the Progress Program, the Open Method of Coordination, and others.

The Europe 2020 Strategy was adopted by the European Commission in 2010, with the stated aim of transforming the European Union into a “*smart, sustainable, and inclusive economy*” characterized by “*high levels of employment, productivity, and social cohesion*” (Europe 2020 Strategy, 2020).³ The European regulation tends to reduce the social exclusion of vulnerable groups to the concept of economic exclusion, generated by unforeseen socio-economic imbalances in the population, such as loss of employment, housing, physical capacity of the individual, which generate an income insufficiency that leads to monetary poverty. At the same time, European norms propose concrete intervention methods to reduce the risk of social exclusion for affected vulnerable groups, including the implementation of a minimum insertion income, a complex selective social assistance benefit, adequate wages and pensions, updating the Social Reference Indicator, and so on.

2.3. Vulnerable groups: definitions and terminologies in Romanian legislative documents

We begin this section by defining the concept of “*vulnerable groups*”. Although there are several officially proposed definitions, it is important to note that there is no clear consensus on the exact characteristics of groups which are considered to be “vulnerable”.

Consequently, vulnerable groups can be defined as “*undersupported groups who are often in a chronic state of poverty, unable to take advantage of opportunities or defend themselves against problems that may arise. Examples of this are disabled people, abandoned children, people infected with HIV, the elderly, ethnic minorities, single-parent families, etc. They represent a category that accumulates risks in all dimensions of life, unable to face difficulties.*” (Popescu, 2011: 10). The most common meaning of vulnerability is “*lack of means*”, “*weakness*”, “*lack of defense*”. The term “*vulnerable group*” is frequently encountered in official documents, legislation and/or research reports, being associated with expressions such as “*disadvantaged group*”, “*marginalized*”, “*excluded*” or “*risk group*” (Popescu, 2011: 9).

³EUR-Lex (2020), *EUROPE 2020 A strategy for smart, sustainable and inclusive growth*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:52010DC2020>

Thus, the Romanian legislator approaches the notion of social exclusion in a broad sense; the approach is designed to encompass all dimensions of the phenomenon mentioned above, and uses different but identical or similar terms to define vulnerable groups. In order to illustrate the diversity of concepts in Romanian legislation, we have created a table which includes five examples of normative acts that use the term “vulnerable group” or another synonymous phrase, detailing their scope and outlining their broad content (Table 1). The table comprises three main columns: *Legislative document*, *Term used*, and *Definition/description*. The first column provides the name of the legislative document, the second column notes the specific term used in that document, and the third column provides the definition or description of that term. This comparative approach is aimed at understanding the differences and similarities between terms in different legislative contexts, and facilitating the interpretation and application of the legislation in force. It also provides an overview of the types of people who fall into this category.

Table 1. The concept “vulnerable groups” in Romanian legislation

Legislative document	Term used	Definition / description
Law No. 292/2011 on social assistance	Vulnerable groups	<i>“individuals or families who are at risk of losing the ability to meet their daily living needs due to illness, disability, poverty, drug or alcohol addiction or other situations leading to economic and social vulnerability.”</i> ⁴
Law No. 129/1998 on the establishment, organization and functioning of the Romanian Social Development Fund	Disadvantaged groups	women victims of domestic violence
		poor women
		poor pregnant teenagers
		poor parents with dependent children
		street children
		people who are homeless
		certain categories of sick people
Law No. 116/2002 on the prevention and combating social marginalization	Marginalized people	poor elderly without family support
		<i>“Social marginalization, in the sense of this law, is defined by the peripheral social position, isolation of individuals or groups with limited access to the economic, political, educational and communicational resources of the collective; it manifests itself through the absence of a minimum of social living conditions.”</i> ⁵

⁴ Article 6 [p] , Law No. 292/2011 on Social Assistance, *the Official Gazette of Romania*, No. 905, 20th Dec. 2011.

⁵ Article 3, Law no. 116/2002 regarding the Prevention and Combating of Social Marginalization, *the Official Gazette of Romania*, No. 193, 21st March 2002.

GEO No 68/2003 on social services	Social groups, individuals and families in difficulty or at risk, generating marginalization or social exclusion	people addicted to alcohol or other intoxicating substances
		people who left prisons
		single parents
		victims of human trafficking
		people with no or low income
		immigrants
		people infected or sick with HIV/AIDS
		chronically ill or suffering from incurable diseases
		homeless people
		elderly people
Joint Memorandum on Social Inclusion, MMFPS, 2005, section 2.6	Vulnerable groups	children
		homeless people
		child at high-risk situations
		young people over the age of 18 who are no longer in the care system for children/youth without families
		elderly people at risk
		Roma people at risk
people with disabilities		

Source: Table prepared by authors, based on data collected from the referenced legislation

3. The role of public administration and its institutions in promoting social inclusion and ensuring equality of opportunity and treatment for vulnerable groups

3.1. Public administration and equal opportunities: measures and initiatives for social inclusion

Even though today's society has made progress, it is still not perfectly fair and just from a social point of view. Persistent differences between social groups can create inequalities in access to resources and opportunities for success. A truly inclusive society should give every person the possibility to fully realize their potential, regardless of their background or circumstances. Within the administrative space, one can still observe the manifestations of inequity and social exclusion. However, it is believed that transparency and participation in the exercise of public authority can correct the discrepancies with the standards of social justice (Juridice, 2023). In this context, we can mention the important role that *social security* plays in a social and legal system.

According to the definition given by the International Labor Office, *social security* refers to the protection offered by society to its members through various public measures. This kind of measure is intended to prevent social and economic difficulties caused by loss or significant reduction in income for reasons such as sickness, maternity, labor accidents, unemployment, disability, old age, or death. Social security also encompasses healthcare provisions and allowances for families with children (Vieru, 2016: 110).

Some authors consider that social security is a guarantee against various types of risks, such as: *psychological risks* (including illness, disability, death, maternity, old age); *social risks* which may affect individuals, resulting in a reduction or loss of earnings; and *occupational risks*, such as occupational diseases and accidents at work (Țiclea & Georgescu, 2021: 6).

From our point of view, social security is closely linked to the social inclusion of vulnerable groups because an important part of social security is to ensure that all members of society, including the vulnerable groups, have access to a minimum level of well-being and protection against social exclusion, as well as equal opportunities and equal treatment. Thus, the concept of social security extends beyond mere financial protection and includes efforts to guarantee equal access to opportunities and services for all society members, including vulnerable or marginalized groups.

Based on a brief analysis of doctrine in the field of social security and welfare, we may list several examples illustrating the role of public administration and its institutions in promoting social inclusion by ensuring the application of the principle of equal opportunities and treatment:

- Developing legislation and policies for social inclusion;
- Monitoring and evaluating the implemented social inclusion policies;
- Facilitating access to basic services, such as education, healthcare, housing, and social services, for all community members, including those considered vulnerable;
- Promoting labor market inclusion by employing and integrating people from vulnerable groups, offering vocational training programs, internships or facilitating access to jobs;
- Promoting diversity and inclusion in the community, through awareness campaigns, cultural events, or programs that promote diversity and combat discrimination/marginalization;
- Strengthening partnerships with NGOs and other national/international entities;

- Promoting dialog with citizens; it is important for the public governance to involve the community in the decision-making process and seek citizens' opinions in order to identify real needs and develop effective solutions for social inclusion.

These examples reflect various aspects of the addressed topic and emphasize the importance of public administration in promoting social inclusion and equal opportunities and treatment with direct applicability to vulnerable groups in society.

3.2. Collaboration between Public Administration and other relevant actors

In order to achieve the desired results particularly in terms of its role to promote social inclusion by applying the principle of equality of opportunity and treatment, public administration cannot operate in isolation, as a single entity, but must collaborate with other sectors, such as the private and the non-profit sectors, in order to create partnerships and solve complex problems (Iordache, 2023: 152). Addressing the social needs of different vulnerable groups in an integrated system is actually part of the same course of action: to ensure collaboration between all relevant actors in order to resolve the complex problems which are faced by these vulnerable groups at risk of marginalization and social exclusion.

In that context, it is essential to identify relevant actors that can work with the public administration to facilitate administrative processes mainly related to the social inclusion of vulnerable groups in a society, cover possible needs or shortcomings that the public administration cannot address alone, and ensure respect for the principle of equal opportunities and equal treatment. The doctrinal analysis highlights viable examples of relevant social actors who may collaborate with the administrative structures, some of which are:

- 1. NGOs**, such as associations and foundations which have an important role in social assistance in general and protection of vulnerable groups in particular, through sponsorships, donations, partnerships, concluded in compliance with the legal rules in force;⁶ associations and foundations also carry out economic activities through commercial entities using the income or profit for social or public benefit;
- 2. Voluntary organizations** providing services for vulnerable or at-risk groups; they collaborate with other entities (e.g. religious institutions, associations or economic agents) but operate independantly, relying on

⁶See: Law no. 7/2024 for the approval of GEO no. 39/2018 on public-private partnership, the *Official Gazette of Romania*, No. 427, 18th May 2018;

their own income obtained through donor support;

3. **Individual and family enterprises** involved in activities aimed at promoting social inclusion (such as counseling, training, retraining or further training), with the ultimate goal of integrating vulnerable groups into society; they also focus on promoting economic activities that provide support to people in need, including manufacturing and marketing of products and services;
4. **Higher education institutions** which can contribute through various research or educational programs aimed at promoting community development and social inclusion;
5. **International government agencies or international organizations** which can support social inclusion programs;
6. **National or international private companies** which offer donations, sponsorships, grants (etc.) for the development of social environment;
7. **Cooperative societies** which use their profits for social purposes, while focusing on attracting external sources through projects and obtaining donations from cooperative members or external donors, either legal or natural persons (Ministerul Muncii, Familiei și Protecției Sociale, 2010).

3.3. Improving social inclusion and equal opportunities: challenges and solutions for Romanian public institutions

In the light of contemporary realities, public administration faces a series of complex challenges as democratic developments impose new standards which public administration has to adapt to. We must also take into account the fact that public organizations are becoming increasingly complex and hybrid as they attempt to address numerous and sometimes conflicting ideas, considerations, demands and cultural elements. As stated in the doctrine, one reason for this phenomenon is the fact that modern representative democracies institutionalize administrative policies and implement different generations of public sector reforms at an increasingly accelerated pace (Christensen, Lægreid, 2011: 407).

In order to better understand the challenges faced by the Romanian government in applying the principle of equal opportunities and treatment, and ensuring the social inclusion of vulnerable groups, we may draw attention to following issues:

- bureaucracy and inefficiency in administrative processes;
- the need to develop and implement policies and programs tailored to

the specific needs of different social groups;

- limited resources and insufficient funding for social inclusion projects;
- lack of community awareness and involvement in efforts to promote social inclusion;
- lack of coordination and communication between various government agencies and non-governmental organizations involved in social inclusion initiatives;
- cultural and linguistic diversity, which requires adapting and customizing services to be accessible and relevant to different communities;
- deficient social infrastructure which must provide support for the inclusion of all citizens;
- marginalization and discrimination that can exist in society, making it difficult for certain groups to fully integrate and participate in social and economic life.

In terms of solutions for addressing the challenges presented above, we may mention some examples that we consider worthy to be taken into consideration:

- simplifying administrative procedures and reducing bureaucracy to improve efficiency and access to public services;
- direct consultation with vulnerable groups to understand their needs and develop customized policies that respond to their specific problems;
- searching for public-private partnerships and accessing European funds;
- creating awareness and education campaigns to engage communities in inclusion efforts, providing them with information on the importance and benefits of social inclusion;
- implementing collaboration and communication platforms to facilitate the exchange of information between the administration and the different entities involved;
- developing and delivering programs/services that are sensitive to cultural and linguistic diversity by involving community members in the design and implementation process;
- investments in social infrastructure to ensure equitable access to basic services (education, health, housing, etc.);

- promoting diversity and inclusion through education and awareness programs.

4. Conclusion

On the basis of the provided analysis, we can say that public institutions in Romania bear a great responsibility in terms of ensuring equal opportunities and equal treatment for vulnerable groups, which are at risk of social exclusion. Thus, the role of Romanian public institutions in ensuring equal opportunities and treatment for vulnerable groups is essential in combating social exclusion and promoting social inclusion. The public administration contributes to the creation of an equitable society by implementing and monitoring the relevant legislation, facilitating access to basic services, promoting diversity and inclusion in the labor market, as well as through partnerships with NGOs and other relevant social actors. In doing so, these institutions are committed to going beyond mere financial protection measures, ensuring equal access to opportunities, benefits and services for all members of society, and strengthening social security and thus reducing persistent inequalities.

References

- Christensen, T., Lægreid, P. (2011). Complexity and hybrid public administration—Theoretical and empirical challenges. *Public Organization Review*, 11(4), 407-423; Retrieved 24 July 2024 from <https://link.springer.com/article/10.1007/s11115-010-0141-4>
- Gentimir, A. (2015). Transpunerea principiului egalității de șanse în domeniul dreptului material al drepturilor omului. *Revista Moldovenească de Drept Internațional și Relații Internaționale*, 36(2), 120-129. Retrieved 20 July 2024 from https://ibn.idsi.md/sites/default/files/imag_file/120_129_Transpunerea%20principiul%20egalitatii%20de%20sanse%20in%20domeniul%20dreptului%20material%20al%20drepturilor%20omului.pdf
- Iordache, L. (2023). Provocarile administratiei publice in guvernarea orasului inteligent. *Smart Cities International Conference (SCIC) Proceedings*, 5, 152-160; Retrieved 24 July 2024 from <https://www.scrd.eu/index.php/scic/article/view/266>
- Nagy, O. (2022). Egalitatea de șanse. *Journal of Romanian literary studies*. 28/22. 671-677; Retrieved 20 July 2024 from https://ibn.idsi.md/sites/default/files/j_nr_file/28-2022-jrls-d%281%29.pdf#page=672

Ministerul Muncii, Familiei și Protecției Sociale (2010). *Raport de cercetare privind economia socială în România*. Retrieved 24 July 2024 from https://www.researchgate.net/publication/296735148_Raport_de_cercetare_privind_economia_sociala_in_Romania_din_perspectiva_europeana_comparata

Onica-Chipea, L. (2023). Incluziunea socială – strategii, abordări teoretice și practice. *Revista română de dreptul muncii*. (3). 86-97.

Onica-Chipea, L. (2015). *Incluziunea socială prin integrarea în muncă a tinerilor dezinstituționalizați: perspectivă socio-juridică*. București: Ed. Pro Universitaria

Popescu, R. (2011). *Grupurile vulnerabile și economia socială. Romi și femei în dificultate. Manual de intervenție*. București: Ed. Expert

Țiclea, A., Georgescu, L. (2021). *Dreptul securității sociale: curs universitar*. București: Editura Universul Juridic

Vieru, E. (2016). *Dreptul securității sociale curs universitar*. București: Ed. Pro Universitaria

Vremiș, M., Toartă, V., Rojco, A., Cheianu-Andrei, D. (2010). *Abordări ale excluziunii sociale în Republica Moldova: Aspecte metodologice și analitice* (1st ed.); Retrieved 20 July 2024 from https://statistica.gov.md/public/files/publicatii_electronice/Excluziune_soc/Excluziune_soc_ROM.pdf;

Juridice.Ro (2023). *Administrație și justiție socială – echitate, incluziune, legalitate / 20 octombrie 2023, 11.10 2023*; Retrieved 24 July 2024 from <https://evenimente.juridice.ro/2023/10/administratie-si-justitie-sociala-echitate-incluziune-legalitate>

Legal documents

EUR-Lex (2020), *EUROPE 2020 A strategy for smart, sustainable and inclusive growth*, Retrieved 01 August 2024, from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:52010DC2020>

Law no. 116/2002, regarding the prevention and combating of social marginalization, the *Official Gazette of Romania*, No. 193, 21st March 2002

Law no. 292/2011 on social assistance, the *Official Gazette of Romania*, no. 905 of 20th December 2011; Retrieved 24 July 2024 from <https://www.global-regulation.com/translation/romania/3756378/law-no.-292-of-december-20-2011-social-assistance.html>

Law no. 7/2024 for the approval of GEO no. 39/2018 on public-private partnership, the *Official Gazette of Romania*, No. 427, 18th of May 2018.

Prof. Lavinia Onica-Chipea,

Ванредни професор,

Правни факултет, Универзитет у Орадеи,

Dalia Merje,

Студент докторских студија,

Департман за социологију, Универзитет у Орадеи,

Република Римунија

УЛОГА РУМУНСКИХ ЈАВНИХ ИНСТИТУЦИЈА У ОБЕЗБЕЂИВАЊУ ЈЕДНАКИХ МОГУЋНОСТИ И ТРЕТМАНА ПРИПАДНИЦИМА РАЊИВИХ ГРУПА

Резиме

Овај чланак представља општи и свеобухватан оквир о принципу једнаких могућности и третмана, као и о улози јавних институција у промовисању социјалне инклузије и подршци рањивим групама. Рад се фокусира на теоријске основе принципа једнаких могућности и третмана, социјалне укључености и идентификације рањивих група. Позива се на румунско законодавство у социјалној области, пружајући детаљно разумевање укључених принципа и концепата. Стога су представљене различите дефиниције и доктринарне перспективе, наглашавајући важност једнаких могућности као основе у сваком праведном друштву. Посебна пажња је такође посвећена концепту социјалне укључености, наглашавајући његову сложеност и однос са социјалном искљученошћу, као и димензије и посебности рањивих група у румунском законодавном контексту. На крају чланка, текст истражује примере мера и иницијатива које је предузела јавна управа, значај социјалне сигурности, сарадњу јавне управе са другим релевантним актерима и изазове са којима се сусреће у овом процесу, али и идентификовање решења која имају за циљ да побољшање друштвеног благостања појединаца у неповољном положају, наглашавајући важност заједничког приступа између јавног и приватног сектора.

Кључне речи: *принцип једнаких могућности и третмана, социјална инклузија, рањиве групе, јавне установе, законодавни документи, социјалне политике, јавно-приватно партнерство.*

Prof. Claudia Simona Cleopatra Timofte, LL.D.,*
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Oradea,
Republic of Romania

UDK: 35:004.738.5(498)
UDK: 342.9(498)
DOI: 10.5281/zenodo.14514080

IS E-ADMINISTRATION A CHALLENGE FOR THE PUBLIC ADMINISTRATION OR NOT? CASE STUDY OF BIHOR COUNTY, ROMANIA

Abstract: *The Internet or E-administration are generally associated with databases, management information systems, or expert-systems. In today's society, they are associated with transparency, interactivity, flexibility or integration. All these things have changed the way in which we understand the public administration but they are also challenges for the public administration in Romania. The contemporary society is increasingly focused on digitalization, for the purpose of adjusting the public administration services to the citizens' needs. In this paper, the author analyzes whether e-administration in 2024 is a challenge for the public administration in Bihor County, Romania. The practice and events from recent years have demonstrated that territorial administrative units in Romania need to use platforms and software programs in promoting their services and relations with citizens, and ensuring the efficiency, effectiveness and transparency of their public administration activities at the local level. In this context, the author analyzes E-administration at the level of the main municipalities and territorial administrative units (communes) in Bihor County. The author seeks response to the question whether E-administration is a challenge for the local administration authorities or a normal activity in Bihor County. In that regard, the paper aims to present the challenges encountered by the territorial administrative units from the perspective of institutional, financial and human resources, as well as from the citizens' point of view (i.e. citizens access to E-administration). The research data were collected from the documentary sources posted at the websites of the territorial administrative units of four municipalities and three communes in Bihor County.*

* claudia.timofte@uoradea.ro

In the author's opinion, E-administration is necessary and unavoidably in the contemporary society. It is a solution for an effective communication between the citizen and the administration. But, given that territorial administrative units face different challenges in the process of implementing e-administration, there is a need for standardization of the official websites of the territorial administrative units and financial support by the Government.

Keywords: *public administration, Internet, E-administration, digitalization, citizens, Bihor County.*

1. Introduction and methodology

The contemporary society is constantly changing. In such circumstances, the public administration is obliged to adapt to the ever-changing needs and demands of the society. Public institutions increasingly use digital technologies and platforms to support their mission (Mergel, 2012: 3). In today's society, the Internet or E-administration are generally associated with databases, management information systems, or expert-systems, which should provide the public administration services to the citizens in line with the principles of transparency, interactivity, flexibility or integration. In this paper, the author presents the data collected through a content analysis of the official websites of some territorial administrative units in Bihor County, Romania, and discusses to what extent the local territorial administration units have managed to provide public administration services to their citizens. The methodology of the conducted research includes content analysis of the official websites of some territorial administrative units in Bihor County which have been used to promote the relationship between the local public administration units and the citizens. The provided analysis focuses on the state of affairs in the local public administration, with specific reference to digitalization of public administration services in the Bihor County. The author presents the attained level of development in territorial administrative units (municipalities and communes), and the advantages and disadvantages of digitization in the local administration and its need to quickly adapt and respond to the demands of the society.

In this context, the objectives of this paper are twofold. The first objective is to analyze the relationship between the citizen and the public administration from the perspective of digitization of public services at the level of local administrative units. The second objective is to observe the challenges encountered by the territorial administrative units in the process of implementing e-administration. To this effect, the paper provides a comparative

analysis of four municipalities from Bihor County (Oradea, Beiuș, Marghita, and Salonta) and three territorial administrative units (communes) in the vicinity of Oradea (Sânmartin, Sântandrei, and Nojorid).

2. E-administration in a national and local context

In Europe, the Nordic countries have a long legal history of open access to government information, which is constitutionally acknowledged as the principle of publicity. This principle can be associated with the high level of trust and consensual traditions prevailing in these countries (Erkkilä, 2012: 38).

In Romania, e-government has been the subject matter of discussion since 2010, when the traditional administrative system was transformed into a transparent public administration system available through the Ghiseul.ro platform.¹ We have to recognize the fact that public administration today can hardly be imagined without institutional cooperation and without digital networks, which are the means used to facilitate the relationship between the public administration and the citizen. The COVID-19 pandemic period clearly demonstrated that territorial administrative units in Romania need to use platforms and application in promoting their services and relations with citizens, and ensuring the efficiency, effectiveness and transparency of their public administration activities at the local level. The pandemic period proved that those territorial administrative units that had an online communication with their citizen managed to adapt in a short time and continue providing their services, which resulted in the regular collection of taxes and fees, the ongoing activities of public officials and maintaining the relations with the citizens through e-government/e-administration.

These practice and events have demonstrated that territorial administrative units in Romania need to use platforms and software programs in providing their services, promoting their relations with citizens, and ensuring the efficiency, effectiveness and transparency of their public administration activities at the local level. In this regard, the County of Bihor is a model of good practice, particularly the Municipality of Oradea. Considering that the digitalization of public administration services in the territorial administrative units in Bihor County has shown different results, we will try to analyze the current state of affairs in the implementation of e-administration/government in 2024.

¹ Ghilseul.ro is the national electronic system for online payment and obtaining certain documents online, provided by the Romanian Government (See: <https://www.ghilseul.ro/ghilseul/public/>).

3. Case study: The situation in Bihor County municipalities and communes

Bihor County is located in the western part of Romania, on the border with Hungary. It covers the area 7,544 km², and has the population of over 616,000 inhabitants (2020). It comprises 101 territorial administrative units: 4 municipalities, 6 cities, and 91 communes.² The conducted research included the collection of data and comparative analysis of the official websites of the territorial administrative units from Bihor County: four municipalities (Oradea, Beiuș, Marghita, and Salonta) and three communes in the vicinity of Oradea (Sânmartin, Sântandrei, and Nojorid). This part of the paper presents the research results.

3.1. The situation in municipalities

This part of the paper presents the content analysis based on the data collected from the official websites of four municipalities: Oradea, Beiuș, Marghita, and Salonta.

3.1.1. Oradea Municipality

The City of Oradea is located in the north western part of Romania, near the border with Hungary. It covers the area of 115 km² and has over 200.000 inhabitants (2021 census). The Municipality of Oradea³ is a model of good practice in local public administration. Citizens may easily access the official website of the Municipality of Oradea by a simple click, and use a variety of online services for citizens and business entities (e.g. tax information and tax payment, parking services, submission and issuance of personal documents, online requests, mobile applications, information services about the urban planning, utilities, recycling, local elections, etc.) (see photos below).⁴

² Consiliul Județean Bihor (2024). Bihor County: Administrative-teritorial Profile; <https://www.cjbihor.ro/despre-bihor/profil-administrativ-teritorial/> (accessed on 2.09.2024).

³ See: the official website of the Municipality of Oradea; <https://oradea.ro/> (accessed on 2.09.2024).

⁴ See: Oradea online services: <https://oradea.ro/servicii-online/>, For citizens: <https://oradea.ro/pentru-cetateni/>; For companies: <https://oradea.ro/pentru-firme/>; For tourists: <https://oradea.ro/turist-in-oradea/>; City Hall information: <https://oradea.ro/primaria-oradea/> (accessed on 2.09.2024).

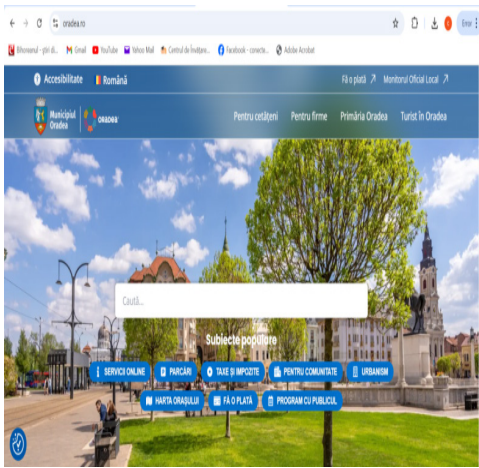


Photo 1: Oradea Municipality website

Source: <https://oradea.ro/>

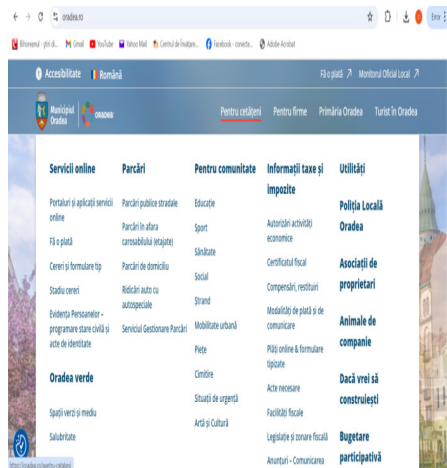


Photo 2: Online services - For citizens

Source: <https://oradea.ro/pentru-cetateni>

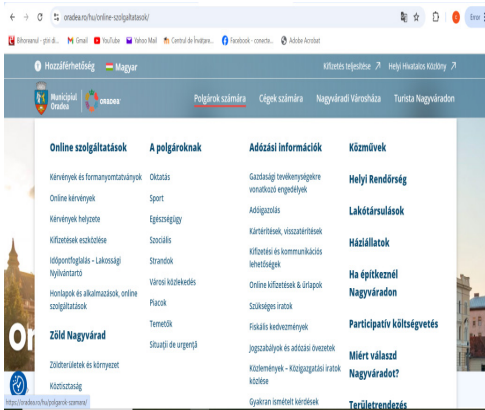


Photo 3: Online services For the community

Source: <https://oradea.ro/pentru-cetateni/>

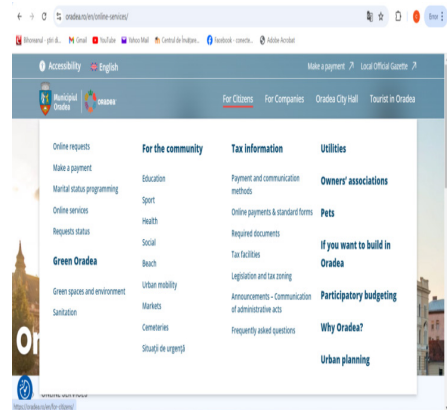


Photo 4: Online services (in Hungarian)

Source: <https://oradea.ro/hu/online-szolgáltatások>



Photo 5: Oradea City Report app

Source: <https://oradea.ro/primaria-oradea/> (accessed in 2.09.2024)

The official website of also offers different information on the Oradea City Hall activities (financial information, procurements, announcements on different activities, etc.), as well as online information in English and in Hungarian language (in the Municipality of Oradea there is a community of over 20% Hungarian citizens). In addition to the online platform, the Municipality of Oradea has a mobile application called *Oradea City Report*, which enables citizens to report incidents and send notifications to local public service operators (local transport, police, environment, water, heating, electric energy companies, etc.).⁵ However, this application is not perfect and one is unlikely to receive a response even after 60 days. In this regard, there is certainly room for improvement in terms of transparency and the public administration services' response to citizens complaints.

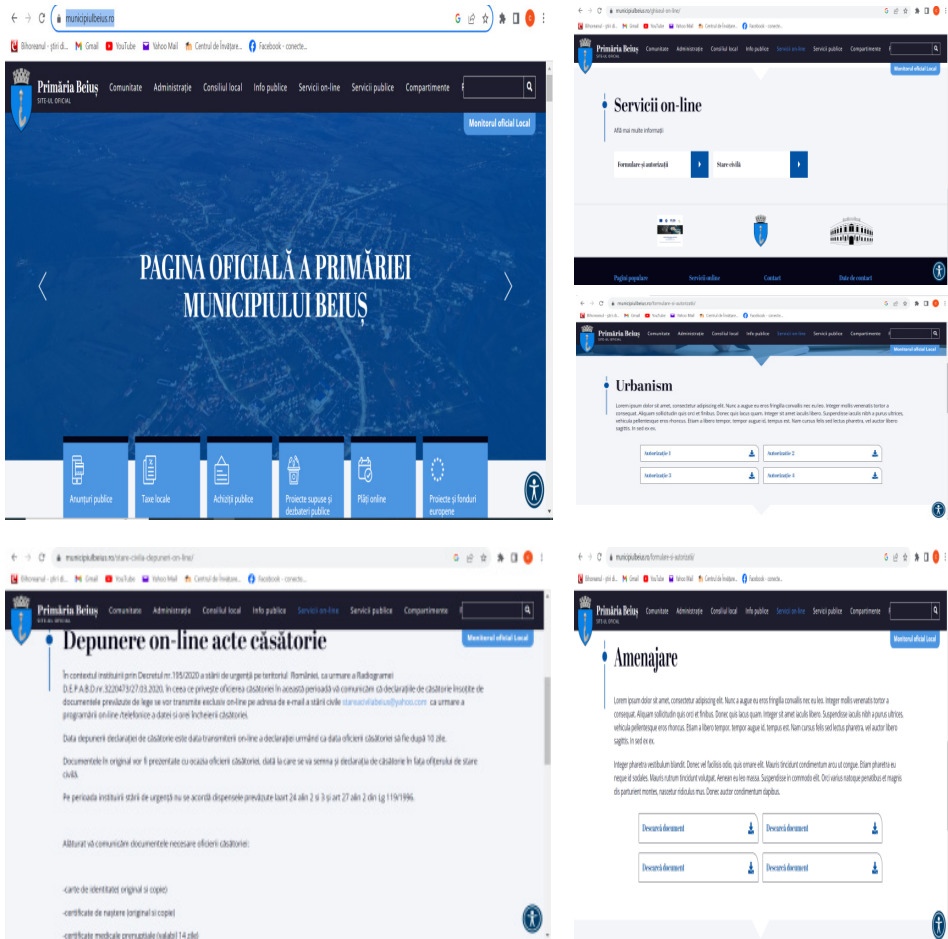
3.1.2. Beiuș Municipality

The City of Beiuș is one of the oldest cities in Bihor County, located in the southeast of the county, 62 km from Oradea, at the foot of the Apuseni Mountains. It covers the area of 25 km², with the population of about 10.000 inhabitants. The official website of the Municipality of Beiuș shows that the relations between the local administration and the citizens also takes place online. The website contains information on public announcements and procurements, local taxes, police, projects and public debates, online payment services, urban planning, investments, sanitation services, elections, petitions, EU projects, etc. (see photos below).⁶ However, the website is not available in

⁵ The website of Oradea City Hall: <https://oradea.ro/primaria-oradea/> (accessed on 2.09.2024)

⁶ The official website of the Municipality of Beiuș: <https://www.municipiulbeius.ro/>

any international language, which would be beneficial for the business environment and investment in th Photos 6, 7, 8, 9, 10: Beiuș Municipality website



Photos 6, 7, 8, 9, 10: Beiuș Municipality website

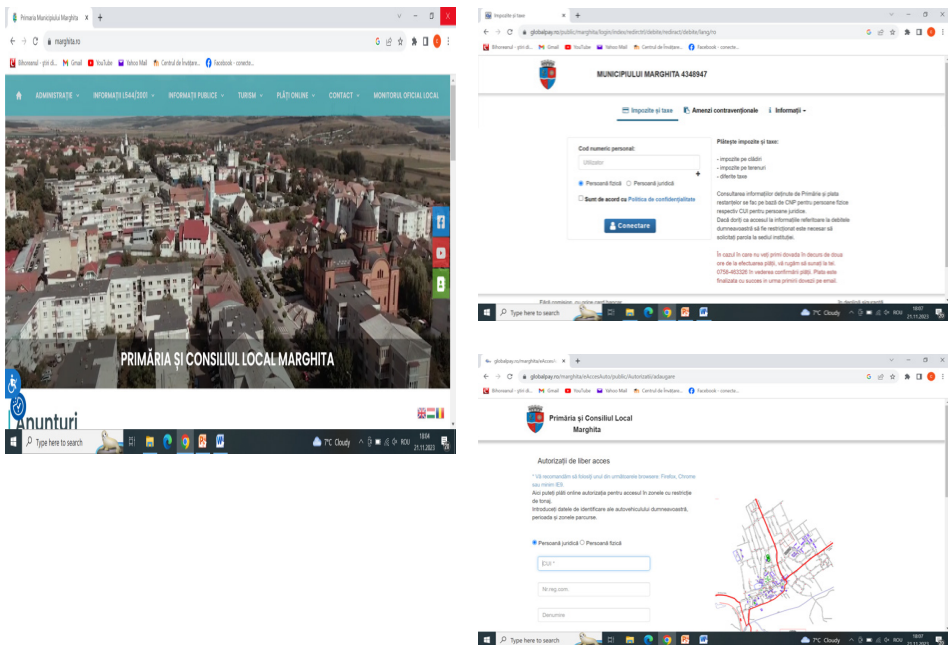
Source: <https://www.municipiulbeius.ro/> (accessed on 2.09.2024) is region.

3.1.3. Marghita Municipality

The Municipality of Marghita is located in the north of Bihor County, on the right bank of the Barcău River, between the Viișoarai Hills and the Barcău Plain. It cover an area of 373 hectares and has a population of 13,573 inhabit-

(accessed on 2.09.2024)

ants. An insight into the official website of the Marghita Municipality shows that online interaction between the local public administration and the citizen covers online payment of taxes and fees, obtaining heavy transport permits, different information of public interest (budget, expenditures, audits), online forms, information about programs, strategies, EU projects, public debates, local elections, etc. (see photos below).⁷ The information is provided in Romanian, English and Hungarian (as the Hungarian community makes over 20% of the population in this municipality).



Photos 11, 12, 13: Marghita Municipality website

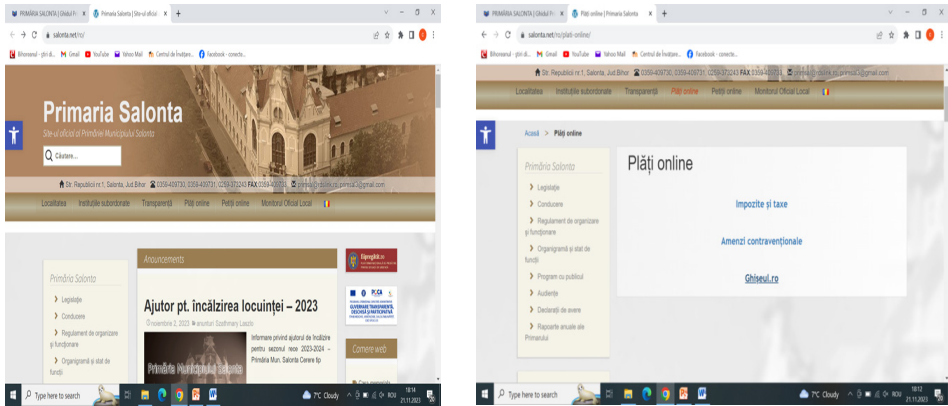
Source: <https://marghita.ro/> (accessed on 2.09.2024)

3.1.4. Salonta municipality

The Municipality of Salonta is the second most populous municipality in Bihor County, after the municipality of Oradea. It is located in the western part of the country, near the border with Hungary. It covers 170.04 km² and has a population of 15,792 inhabitants.

⁷The official website of the Municipality of Marghita: <https://marghita.ro/> (accessed on 2.09.2024)

The data available at the official website of the Municipality of Salonta show that online communication between the citizen and the local public administration is minimal. It largely entails online payment of taxes and fees, payment of contravention fines, and submission of online request, complaint, notification or proposals, but there is no form of response to petitions or applications. The website also provides information of public interest in Romanian and Hungarian about economy, public tenders, procurements, institutions, tourism, public announcements, debates, local elections, etc. (see photos below).⁸



Photos 14, 15: the Municipality of Salonta website

Source: <https://salonta.net/ro/> (accessed on 2.09.2024)

3.2. The situation in the communes

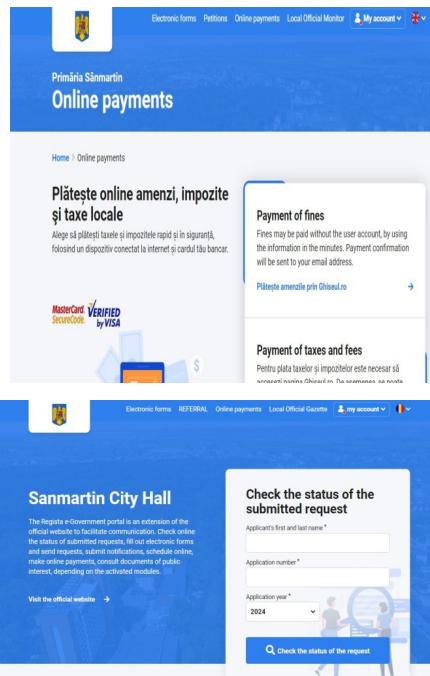
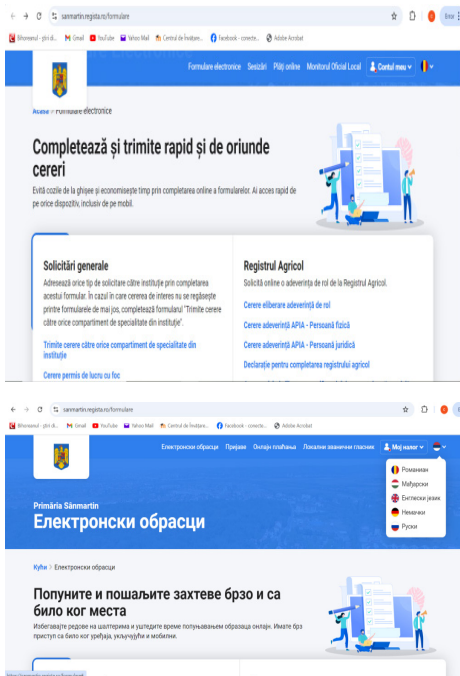
This part of the paper provides the analysis of data available at the official websites of three territorial administrative units (communes) in Bihor County: Sânmartin, Sântandrei, and Nojorid, which are located around the main county seat municipality – Oradea. The analysis shows to what extent these communes use online service to promote the relationship between the local public administration units and the citizens.

3.2.1. Sanmartin commune

The commune of Sânmartin is located only 5 km from the Municipality of Oradea, and has a population of 12,448 inhabitants. Within its boundaries, there are two most renowned thermal baths in Romania: the oldest *Băile 1*

⁸The official website of the Municipality of Salonta: <https://salonta.net/ro/>; <https://salonta.net/ro/transparenta-decisionala-3/generale/> (accessed on 2.09.2024)

Mai and the most famous *Băile Felix*. The analysis of the official website of the commune of Sânmartin has brought a pleasant surprise in terms of the citizen-public administration relations. In addition to information about the local public administration bodies, the website provide information of public interest (local development strategies, urban planning, public transport, tourism, budget, projects and investments for government and EU funds, local institutions/organisations, agricultural register, public debates, etc), as well as online services (online forms; online payment of taxes, duties, fines; submission of online requests, applications, notifications) via the Registra e-Government portal, which also provides an opportunity to check online the status of check online the status of submitted requests, consult public documents, etc. The Registra portal provides information about services in Romanian, Hungarian, German, English, Russian and Serbian language, and the portal is also accessible via the Registra app (see photos below).⁹



Photos 16, 17, 18, 19: Sânmartin commune website

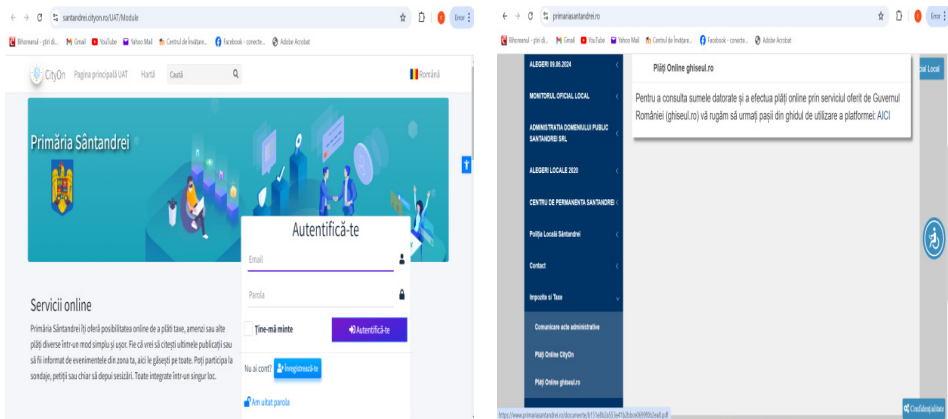
Source: <https://sanmartin.regista.ro/formulare>, <https://sanmartin.regista.ro/plati-online>; <https://sanmartin.regista.ro/#verificare-cereri> (accessed on 2.09.2024)

⁹The official website of Sânmartin commune: <https://sanmartin.ro/>; <https://sanmartin.regista.ro/formulare>; <https://sanmartin.regista.ro/plati-online>; <https://sanmartin.regista.ro/#verificare-cereri> (access 2.09.2024)

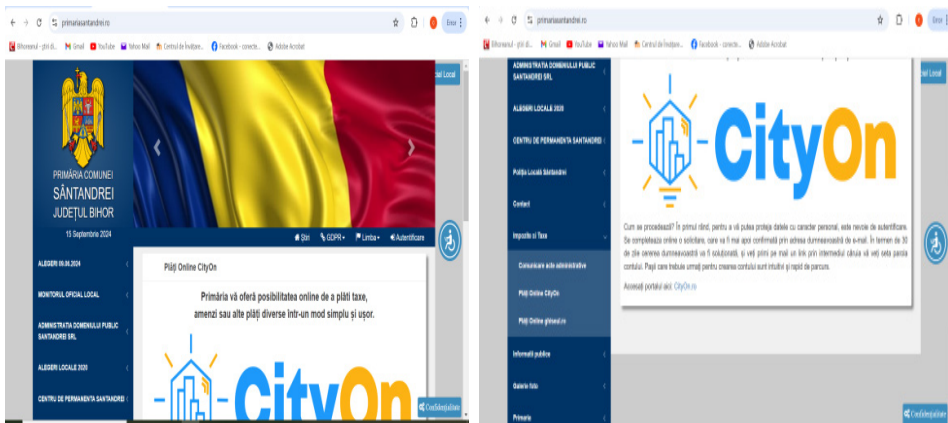
The commune of Sântandrei in Bihor County has approached the online relationship with the citizen in an objective and pragmatic way, providing the citizen with ways to solve problems with just a simple click. The fact that the website is accessible in five foreign languages shows that this public administration body is open to innovation and internationalization.

3.2.2. Sântandrei commune

The commune of Sântandrei is located in the western part of Bihor county, about 7 km from the city of Oradea, and has the population of 9,025 inhabitants. The analysis of the data obtained from the official website of the Sântandrei Town Hall shows that the local public administration provides information on different issues of public importance (urban planning, local election, local police, procurements, civil status, etc.) as well as an opportunity for online payment of taxes, duties and fines via the CityOn portal and submission of online requests online (see photos below).¹⁰ On the whole, the analysis of the official website shows that online communication between the local public administration and the citizens is brief and deficient as it is largely restricted to online payments. The website is accessible only in Romanian language but the CityOn platform may be used in more than 10 foreign languages.



¹⁰ The official website of Sântandrei Town Hall: <https://www.primariasantandrei.ro/>; CityOn portal <https://santandrei.cityon.ro/UAT/Module> (accessed on 2.09.2024).

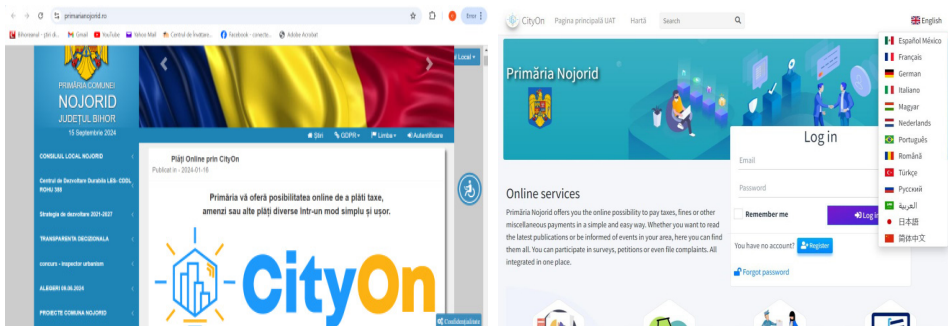


Photos 20, 21, 22, 23: Sântandrei Town Hall website

Source: <https://www.primariasantandrei.ro/>, <https://santandrei.cityon.ro/UAT/Module> (accessed on 2.09.2024)

3.2.3. Nojorid commune

The commune of Nojorid is located 9 km south of the municipality of Oradea, with a population of 3,038 inhabitants. The analysis of data posted on the official website of the Nojorid Town Hall shows that the local public administration authorities provide general public information (on development strategy, urban planning, investments, budget, local elections, local police, local projects, sanitation, environment, etc), The only online relationship with citizens is the opportunity of online payment of taxes, duties and fees via the CityOn portal, where citizens may also submit online requests (see photos below).¹¹ The website is available only in Romanian. Unfortunately, it is not regularly updated and there are inaccessible and unusable sections on the website.



¹¹The official website of Sânmartin Town Hall: <https://www.primarianojorid.ro/>; CityOn portal

Photos 21, 22: Nojorid Town Hall website

Source: <https://www.primarianojorid.ro/>, <https://nojorid.cityon.ro/UAT/Module> (accessed on 2.09.2024)

4. General remarks on the provided analysis

The purpose of this analysis was to examine the actual state of affairs concerning the online relationship and communication between the citizens and the local public administration authorities in four municipalities (Oradea, Beiuș, Marghita, and Salonta) and three communes (Sânmartin, Sântandrei, and Nojorid) in Bihor County, Romania.

The analysis led to the conclusion that the Municipality of Oradea and the commune of Sânmartin have made clear efforts to develop a fair and close online relationship with the citizens, who are just a click away from resolving the specific problem. Even if there is still room for improvement, it is obvious that these two local public administration authorities have mastered the role of e-administration, responded to the challenges, and deployed open and innovative online instruments to internationalize the citizens' access to their websites.

As for the other municipalities and communes observed in this research, there is still a lot of work to be done in the development of the online relationship and communication between the citizen and the public administration. E-administration is a viable solution for establishing effective online communication with citizens. Unfortunately, many territorial administrative units in Bihor County are not ready for this online relationship. They face various challenges in the process of implementing e-administration, particularly in terms of institutional, financial and human resources. Yet, the fact that many territorial administrative units in Bihor County are not ready for e-administration does not mean that it should be abandoned. In order to institute an efficient and transparent communication between the citizen and the public administration, there is a need for good governance at the level of local territorial administrative units, the standardization and upgrading of the official websites of the territorial administrative units, and financial support by the Government aimed at enhancing the implementation of e-administration projects at the local level (Timofte, 2016: 117). It is especially relevant considering that the territorial administrative units have started recognizing the importance of promoting good governance practices, while Romanian universities have started providing academic and professional training programs on e-administration in an endeavour to cater for human resources.

5. Instead of conclusion

In the contemporary society, there is a need for digitization. In the field of public administration, there is a need to establish online relationship and efficient communication between the citizen and the public administration. The examples of good practices during the COVID-19 pandemic have demonstrated that territorial administrative units in Romania need to use online platforms and applications to promote their services and relations with citizens, and to endure the efficiency, effectiveness and transparency of their public administration activities both at the national and the local level.

One should appreciate the fact that the relationship between citizens and decision-making authorities in a democratic society may emanate in different forms, and that this relationship is subject to continuous reconfiguration and development. Public institutions have to establish quick, transparent and efficient relationship with citizens, which can easily be achieved by enabling more effective online communication. But, considering the observed challenges in the process of implementing e-administration, there is a need for institutional, financial and human resources. In that context, one should also appreciate good collaboration between local administration authorities and universities as an effort to ensure relevant human resources. But, it is also necessary to standardize and upgrade the official websites of the territorial administrative units, strengthen the institutional control mechanisms, and ensure financial support by the Government for further development of e-administration.

In response to the question posed in the title of this paper, it must be emphasized that e-administration is a challenge both for the public administration authorities (which are obliged to regularly update their websites and respond to citizens requests in a transparent, responsible and efficient manner) and for many citizens as users of e-administration platforms and services. Personally speaking, e-administration is a challenge, but in a positive sense, as it drives the author's further research in this very current area of administrative law.

References

Erkkilä, T. (2012). *Government Transparency, Impacts and Unintended Consequences*, Palgrave Macmillan, Basingstoke. UK

Mergel, I. (2012). *Social Media in the Public Sector, A Guide to Participation, Collaboration and Transparency in the Networked World*, Jossey-Bass, San Francisco

Timofte, C. S. (2016). Aspects of Decisional Transparency within the Prefect's Institution in Romania as a Challenge in a European Union Governance, *Annals of the University of Oradea, Series Economic Science*, 2016/7, 112-118; <https://anale.steconomieuoradea.ro/volume/2016/n1/12.pdf>

Internet sources

Consiliul Județean Bihor (2024). Bihor County: Administrative-teritorial Profile; <https://www.cjbihor.ro/despre-bihor/profil-administrativ-teritorial/> (accessed on 2.09.2024).

Ghiseul.ro (2024). National electronic system of online payment; <https://www.ghiseul.ro/ghiseul/public/> (accessed on 2.09.2024).

Official websites of the Bohor County municipalities and communes: (accessed on 2.09.2024)

Municipality of Oradea: <https://www.oradea.ro/>

Municipality of Beius: <https://www.municipiulbeius.ro/>

Municipality of Marghita: <https://marghita.ro/>

Municipality of Salonta: <https://salonta.net/ro/>

SanMartin Commune: <https://sanmartin.ro/>

Sântandrei Commune: <https://www.primariasantandrei.ro/>

Nojorid Commune: <https://www.primarianojorid.ro/>

Prof. Claudia Simona Cleopatra Timofte,
Ванредни професор,
Правни факултет, Универзитет у Орадеи,
Република Румунија

ДА ЛИ ЈЕ Е-УПРАВА ИЗАЗОВ ЗА ЛОКАЛНУ ЈАВНУ УПРАВУ ИЛИ НЕ? СТУДИЈСКИ СЛУЧАЈ ОКРУГА БИХОР, РУМУНИЈА

Резиме

Интернет и е-управа се генерално повезују са базама података, системима за управљање информацијама или експертским системима. У савременом друштву, е-управа подразумева транспарентност, интерактивност, флексибилност и интеграцију. Иако је е-управа променила наше схватање јавне управу, она представља велики изазов за јавну управу у Румунији. Савремено друштво је све више усмерено на дигитализацију, у циљу прилагођавања услуга јавне управе потребама грађана. У овом раду ауторка анализира да ли е-управа данас представља изазов за јавну управу округа Бихор, Румунија. Пракса и догађаји из последњих година су показали да територијалне административне јединице у Румунији морају да користе онлине платформе и апликације ради унапређења својих услуга и односа са грађанима, као и обезбеђивања ефикасности, ефективности и транспарентности активности јавне управе на локалном нивоу. У том контексту, ауторка врши анализу е-управе на нивоу неколико главних општина и територијалних административних јединица округа Бихор, Румунија. Ауторка тражи одговор на питање да ли је е-управа изазов за локалне административне власти или нормална активност у округу Бихор. Рад има за циљ да прикаже изазове са којима се територијалне управне јединице сусрећу из перспективе институционалних, финансијских и људских ресурса, као и из перспективе грађана (тј. приступа е-управи). Истраживање је засновано на подацима прикупљеним из документарних извора са интернет страница општина и територијалних управних јединица у округу Бихор. По мишљењу аутора, е-управа је неопходна и незаобилазна у савременом друштву. Она је решење за ефикасну комуникацију између грађана и администрације. С обзиром да се територијалне јединице јавне управе суочавају са разним изазовима у процесу имплементације е-управе, постоји потреба за стандардизацијом званичних интернет страница локалних управних јединица и финансијском подршком државних власти.

Кључне речи: јавна управа, интернет, е-управа, дигитализација, грађани, округ Бихор (Румунија).

ПРАВНИ ПРИНЦИПИ У УПРАВНОЈ МАТЕРИЈИ**

Апстракт: Правне норме и правни принципи по својој унутарњој структури јесу правни ставови, али правни ставови различитог својства. Телеолошки правни ставови (правни принципи) изражавају основне правне идеје и утеловљују правну свест у поретку правне државе, опредељујући тиме правни основ правних норми као регулативних правних ставова и правни основ делатности субјеката правног поретка. Системски правни ставови (организационе, усмеравајуће и процесне норме) уређују међусобни однос елемената правног поретка те правно уређују ток, обим и домаћај правног уређивања и делатности субјеката правног поретка, док регулативни правни ставови (материјалноправне норме и правни стандарди) непосредно правно уређују субјективна права и правне дужности субјеката правног поретка. Да би се остварила збиљска заступљеност правних принципа у правном поретку, неопходно је да се у поступку конкретизације права примене телеолошки правни ставови, тако што ће судови у образложењима својих одлука изложити правна схватања заснована на правним принципима. Једино на тај начин правни принципи задобијају збиљско присуство у правном поретку јер се путем образложених правних схватања постиже конкретизација правних принципа – као снопова телеолошких правних ставова – око којих се плету правне норме као системски и регулативни правни ставови. У чланку се разматрају правни принципи у управној материји: организациони – као основ уређења државне управе као институционалног поретка јавне власти, материјалноправни – као основ управне делатности и процесноправни – као основ управног поступка.

* pricamilos@prafak.ni.ac.rs, [ORCID ID 0000-0002-2393-9091](https://orcid.org/0000-0002-2393-9091)

** Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација, по Уговору евиденциони број 451-03-65/2024-03/200120 од 05.02.2024. године.

Кључне речи: правни принципи, правне норме, телеолошки правни ставови, системски правни ставови, регулативни правни ставови, управна материја.

1. Управна материја као област правног поретка

Управном материјом оправдано је означити подручје језгра (најужег подручја) општег добра у којем влада превасходство општих правних интереса као динамичких израза општег добра (Прица, 2019: 597-639). Државна управа као институционални поредак јавне власти оличава опште добро, а делатност органа државне управе превасходно служи остваривању и заштити општег добра, правног поретка и јавног поретка. У управној материји претежу општи интереси у језгру општег добра, с тим да општи интерес не би требало поистовећивати са јавним интересом. Јер, општи интереси имају супстанцијални карактер и представљају динамичке изразе општег добра, док јавни интерес има релациони карактер и представља статички израз општег добра. Јавни интерес као релациона категорија служи уређивању односа између правних интереса као супстанцијалних категорија (Прица, 2022: 521-537).

Императивне законске норме представљају израз јавног интереса као регулативне (релационе) детерминанте у правном поретку, што значи да се императивним нормама поставља статичка равнотежа између правних добара и правних интереса у правном поретку, с тим да домашај примене императивних правних норми није исти у свим областима правног поретка (у свим материјама правног уређивања). Императивним законским нормама у управној материји утврђен је статички однос између различитих правних добара и правних интереса у најужем подручју општег добра, а на органу државне управе је да једнострано уреди правни предмет разумском интерпретацијом норми о којима говоримо. Међутим, превасходство општих интереса приликом одређивања односа између општег добра наспрам других правних добара и приватних интереса у управној материји – опредељује да у најужем подручју општег добра није могуће императивним законским нормама у целости обухватити све видове испољавања општих интереса јер сфера ирационалног и непредвидљивог у правној стварности означава латентно присуство општих интереса и чини нужним постојање посебних овлашћења органа државне управе, следствено чему управно-правни режим у правном поретку оличавају посебна овлашћења органа државне управе поводом заштите општег добра, јавног поретка и правног поретка. Статички посматрано, управној материји припадају области правног поретка у најужем подручју

општег добра, и то: унутрашњи послови, одбрана, спољни послови и финансије. Поврх тога, у динамичком смислу, сталну могућност испољавања општих интереса у језгру општег добра изражавају генералне клаузуле општег добра (јавни поредак, јавни ред и мир, јавна безбедност и др.), што значи да позивање на поменуте клаузуле у ствари значи испољавање општег интереса као динамичког израза општег добра, пред којим имају уступнути друга правна добра и правни интереси (нпр. признавање субјективног права или потреба његовог ограничавања). Зато у подручју језгра општег добра, које називамо управном материјом, нужно мора постојати управно-правни режим као посебан правни режим.

Постоји више облика управне делатности у правном поретку. Најпре, управна делатност може подразумевати решавање правних предмета о признавању права или одређивању обавеза субјектата правног поретка. У питању је **регулативна управна делатност**, оличена у доношењу општих и индивидуалних правних аката на основу императивних законских норми. Делатност у питању може се испољити као режим правне везаности у целости, али није мали број предмета који се решавају на основу управне оцене целисходности, са применом горе поменутих клаузула општег добра. Решавање правних предмета од стране органа државне управе на основу оцене целисходности представља посебан правни режим у правном поретку, чија је важна одлика ограничавање материјалноправне судске контроле индивидуалних правних аката.

Поврх тога, управна делатност може се испољити у облику радњи и мера које се предузимају с циљем заштите јавног поретка, јавног реда и мира и јавне безбедности. Реч је о **старатељској (физичкој) управној делатности** која се врши непосредно на основу закона, са претпоставком легалности и оценом целисходности, а путем управних радњи које се непосредно извршавају. Правни режим о којем говоримо подлеже законским нормама које органе државне управе и ограничавају и не ограничавају.

Осим тога, органи државне управе у правном поретку обављају и контролну делатност усредочену на заштиту императивних норми и правног поретка (на пример, контрола поступања возача у јавном саобраћају). У питању је **управна контролна делатност** која такође почива на управним радњама, с тим да је степен правне везаности израженији у односу на старатељску (физичку) управну делатност.

Поводом регулативне, старатељске и контролне управне делатности, на снази је законски режим управних послова, овлашћења и радњи,

чија је примена условљена природом постојећих облика управне делатности. Да би се разумео смисао постојања и примене правних режима управне делатности, неопходно је претходно изложити разлику између телеолошких, системских и регулативних правних ставова у правном поретку.

2. Телеолошки, системски и регулативни правни ставови као садржина правних режима

Писано право представља најважнији израз јавног интереса као релационе детерминанте у поретку правне државе. Смисао писаног права уистину и јесте у одређивању јавног интереса као регулативне (релационе) детерминанте (Прица, 2022: 521-537). У различитим областима правног поретка заступљени су бројни правни режими уређивања правних предмета, а у правним предметима садржана су правна добра и правни интереси који сачињавају материју правног уређивања. Правни режими састављени су од правних принципа и правних норми, у чијој основи лежи разлика између телеолошких правних ставова, системских правних ставова и регулативних правних ставова, што је наше оригинално гледиште (Прица, 2018/II: 135-180). Правне норме и правни принципи по својој унутарњој (правнологичкој) структури јесу правни ставови,¹ али правни ставови различитог својства. Телеолошки правни ставови (правни принципи) изражавају основне правне идеје и утеловљују правну свест у поретку правне државе, опредељујући тиме правни основ правних норми као регулативних правних ставова и правни основ делатности субјеката правног поретка. Системски правни ставови (организационе, усмеравајуће и процесне норме) уређују међусобни однос елемената правног поретка те правно уређују ток, обим и домашај правног уређивања и делатности субјеката правног поретка, док регулативни правни ставови (материјалноправне норме и правни стандарди) непосредно правно уређују субјективна права и правне дужности субјеката правног поретка. У свим областима правног поретка важе правни принципи као основни телеолошки правни ставови и опште правне норме као системски правни ставови, чиме се спречава самовоља субјеката правног поретка, што је услов и циљ постојања правне државе. Као што за устав кажемо да је основни закон правнога

¹ Петровић вели: „Правни став (немачки: *Rechtssatz*) и правни акт представљају последње, коначне носиоце испољавања права. Све што се права тиче, у једном је или у другом, или је са њима повезано; с тим, што је правни став интенционалан израз правне статике (у њему право заправо правна мисао, „стоји“), док је правни акт елемент правне динамике, правног живота и кретања.“ (Петровић, 1981: 75). Становиште о правној норми као правном ставу заступао је и Тома Живановић (Живановић, 1951: 60 и 65).

поретка, имајући у виду да устав садржи превасходно телеолошке и системске правне ставове важеће у односу на правни поредак у целисти, тако и системски закони јесу основни закони важећи за поједине области правнога поретка (Прица, 2018/I: 103-126).

У нашој правној литератури уобичајно се израз „норме о понашању” (Лукић, 1995: 84-85), при чему регулативни правни ставови немају у виду само понашање грађана, већ и делатност органа јавне власти и других субјеката правног поретка. С друге стране, карактер системских правних ставова имају процесне норме, али и уставне и законске норме које утврђују правни основ или обим и домашај правног уређивања. Одавде произлази да сагледавање системских и регулативних правних ставова није исправно поистовећивати са разликовањем материјалноправних и процесноправних норми, особито што правни поредак премаша оквир правног уређивања путем материјалноправних и процесних норми.² Пођимо од тога да уставне норме као системски

² Системски правни ставови обезбеђују постојање правног поретка, а под окриљем правног поретка развијају се области (правне материје) са различитом садржином јавног интереса. Елементи правног поретка подразумевају успостављање и смењивање односа примарног и секундарног, што се путем системских правних ставова постиже. При томе, правни поредак подразумева однос примарних и секундарних правних облика, што премаша однос између примарних и секундарних норми. Расправа о односу примарног и секундарног у правном поретку исправна је само ако се тај однос разматра функционалистички, без вредновања о томе шта је за правни поредак важније. Функционална анализа односа примарног и секундарног може бити конзистентна само ако за предмет узима све градивне елементе правног поретка а не само правне норме. У том смислу и примера ради, генералне правне ситуације о апсолутним правним дужностима су примарне, кривична ствар као предмет кривичног поступка је секундарна, али су норме законика о кривичном поступку од примарног значаја за постојање правног поретка. Исто тако, посебне правне ситуације приватног права су примарне, парнична ствар је секундарна, али су диспозитивне норме облигационог законодавства од примарне важности за постојање правног поретка итд. Одавде произлази да се тас односа примарног и секундарног наспрам градивних ентитета правног поретка помера и на једну и на другу страну, у зависности од области правног поретка и природе конкретизованог правног уређивања. Јер, за правни поредак су подједнако важне генералне правне ситуације (кривичног законика) о апсолутним правним дужностима (правна заштита основних правних добара) и генералне правне ситуације (непосредна примена уставних норми) као основни правни статуси и зајемчена суштина субјективних права, а једнаке су важности норме о санкцији за повреду апсолутних правних дужности и норме о санкцији за повреду зајемчених субјективних права. Зато је уместо примарних и секундарних норми, исправно говорити о разлици између правних норми као системским правним ставовима и правним нормама као регулативним правним ставовима, при чему према току мисли који у овој расправи следимо, Хартове норме признања, норме промене и норме о пресуђивању, као и Бобијеве норме о индентификацији норми из система – несумњиво

правни ставови за предмет имају правно уређивање као такво, дочим уставне норме као регулативни правни ставови за предмет имају права и дужности грађана и других субјеката правног поретка. Важећи Устав Републике Србије предвиђа да се зајемчена људска и мањинска права непосредно примењују,³ с тим што се код уставом зајемчених људских права уочавају одредбе које имају карактер уставних норми као регулативних правних ставова и уставних норми као системских правних ставова. Примера ради, у погледу права на држављанство, Устав предвиђа да држављанин не може бити протеран, ни лишен држављанства или права да га промени (регулативни правни став), док ће се услови за стицање и престанак држављанства уредити законом (системски правни став).⁴ Исто тако, Устав јемчи право да свако буде обавештен о прикупљеним подацима о својој личности и право на судску заштиту због њихове злоупотребе (регулативни правни став), али ће се режим прикупљања, држања, обраде и коришћења података уредити законом (системски правни став).⁵ Наспрам положаја државне управе, уставне норме⁶ готово у целости имају својство упућујућих норми (системских правних ставова) за законско правно уређивање, следствено чему су регулативни правни ставови о уређењу државне управе садржани у законским нормама.

Поврх тога, и законске норме имају својство регулативних и системских правних ставова. Рецимо, у тексту Закона о облигационим односима⁷ – основне материјалноправне законске одредбе – садржани су регулативни и системски правни ставови, из чега произлази да материјалноправне одредбе имају својство и регулативних и системских правних ставова. Несумњиво најважнији системски правни став садржан је у члану двадесетом овога закона којим се предвиђа да „стране могу свој облигациони однос уредити друкчије него што је овом законом одређено, ако из поједине одредбе овог закона или из њеног смисла не

одговарају појму правних норми као системских правних ставова. Поврх свега тога, као доказ немогућности разматрања односа примарног и секундарног у правном поретку само у светлу правних норми – служе правни принципи, имајући у виду да су правни принципи као телеолошки правни ставови примарни у односу на правне норме као регулативне правне ставове (Прица, 2018/II: 135-180).

³Члан 18 Устава Републике Србије („Сл. гласник РС“, број 98/2006 и 115/2021).

⁴Члан 38 Устава Републике Србије („Сл. гласник РС“, број 98/2006 и 115/2021).

⁵Члан 42 Устава Републике Србије („Сл. гласник РС“, број 98/2006 и 115/2021).

⁶Члан 136 Устава Републике Србије („Сл. гласник РС“, број 98/2006 и 115/2021).

⁷Закон о облигационим односима („Службени лист СФРЈ“, бр. 29 од 26. маја 1978, 39 од 28. јула 1985, 45 од 28. јула 1989 – УСЈ, 57 од 29. септембра 1989, „Службени лист СРЈ“, број 31 од 18. јуна 1993, „Службени гласник РС“, број 18 од 3. марта 2020).

произлази што друго”, што значи да регулативни законски правни ставови имају диспозитивну (секундарну) примену, а примарни карактер имају регулативни правни ставови утврђени од саговорника на основу сагласности њихових слободних воља. Сваки системски (основни) закон нужно садржи правне принципе као телеолошке правне ставове и правне норме као системске правне ставове – чиме се обезбеђује важење јединственог правног поретка као уставног принципа.⁸

Правни режими заступљени у правном поретку разликују се према својој садржини, а заправо разлика – у односу правних принципа као телеолошких правних ставова и правних норми као системских и регулативних правних ставова под окриљем правног режима – изражава разлику у односу између правних добара и интереса владајућих у областима правног поретка. Одавде произлази да је правни режим друго име за садржину јавног интереса као релационе (регулативне) детерминанте, а то што у поретку правне државе постоји мноштво правних режима у ствари подразумева да се садржина јавног интереса утврђује према односу између правних добара и интереса као супстанцијалних категорија, следствено чему и постоје различите области правног поретка.

У природи ствари је да у поретку правне државе буду заступљени различити правотворачки извори (политичка оцена целисходности, управна оцена целисходности, слободна воља и разумска интерпретација правних правила и правних принципа). Правотворачки извори сачињавају унутарњу концепцију правних аката и правних радњи у правном поретку и уистину представљају материјалне изворе права на страни субјеката правног поретка. Услед постојања различитих материјалних извора на страни субјеката правног поретка, функционисање правног поретка не може се зајазити пирамидалним током стварања и примене законских и других општих правних норми као „формалних извора права”, имајући у виду да принцип законитости у материјал-

⁸У правном поретку Републике Србије заступљени су системски и посебни закони. Системски закони су они закони који на целовит начин уређују једну област правног поретка, док посебни закони то не чине. Повезаност закона у правном поретку може подразумевати “систематско-телеолошко испитивање двају системских закона из различитих области правног поретка, што је једна ситуација, док друга ситуација подразумева испитивање односа између системског (основног) закона који је уредио област правног поретка на целовит начин и закона који према системском стоји у односу посебног према општем. Посебан закон према општем закону може стајати у режиму правне подређености али и у режиму правне упућености, из чега произлази разлика између супсидијарне и сходне примене општег закона (Прица, 2018/1: 103-126), (Прица, 2021: 97-116).

ном смислу није преовлађујући у свим областима правног поретка. Материјално право ствара се и ван институционалног поретка јавне власти, као делатност која не представља конкретизацију законских норми као регулативних правних ставова – на подручју слободне воље и приватног интереса у апсолутном смислу (нпр. закључивање уговора у грађанским правним стварима).⁹ С друге стране, институционални поредак јавне власти је нужно шири у односу на материјално (законско) право, имајући у виду политичку делатност државних органа која може да буде и изнад закона (нпр. закључивање међународног уговора).

Подвргавање конкретизованог правног уређивања законским нормама као системским правним ставовима изражава суштину принципа законитости у формалном смислу, дочим принцип законитости у материјалном смислу подразумева подвргавање конкретизованог правног уређивања законским нормама као регулативним правним ставовима. Само када се језгро конкретизованог правног уређивања налази у законској норми као регулативном правном ставу и под условом да у погледу тог уређивања важи потпуна правна везаност, исправно је говорити о постојању законитости у материјалном смислу, при чему се у различитим областима правног поретка развијају различити системи законскога права, што је потврда различитости садржине јавног интереса у областима правног поретка.¹⁰

Сагледајмо разлику између телеолошких, системских и регулативних правних ставова на одређеним примерима. (1) Код типичног грађанскоправног уговора правне норме са дејством *inter partes* (регулативни правни ставови) произлазе из слободне воље уговорних страна, диспозитивне законске опште правне норме (регулативни правни ставови) имају секундарни карактер, али спрам уговора у питању примарно важе

⁹Уговорне ствари очитују аутономију субјеката грађанског друштва од непосредног законског уређивања јер је у природи ствари да постоје правни предмети који ће се правно уредити уговором као индивидуалним законом, при чему се не доводи у питање да општа правна норма у другим областима поретка правне државе, упркос општем, може имати и непосредно прецизирано правно дејство. Код грађанских уговорних ствари правни значај није у томе што се правни предмет уређује уговором као појединачним правним актом, колико је значај у томе што правно биће уговорног уређивања успоставља слободном вољом уговорних страна, без придржаја императивних законских норми као регулативних правних ставова. Смисао аутономије грађанског друштва и јесте у томе да уговорно правно уређивање подлеже принципу законитости у формалном смислу, не и законитости у материјалном смислу.

¹⁰Гледиште о постојању законитости у материјалном и формалном смислу, које заступамо у овоме раду, разликује се од других у литератури заступљених схватања о законитости у материјалном и формалном смислу. Упореди: (Васиљевић, 2003: 123-150).

опште правне норме као системски правни ставови¹¹ и правни принципи као телеолошки правни ставови.¹² Дакле, регулативни правни ставови садржани у поменутиим уговорима произлазе из сагласности слободних воља као основног правотворачког извора у једној области правног поретка, под условом да правно уређивање у питању не угрожава очување правног поретка као целине. (2) Код делатности полиције усмерене на одржавање јавног реда и мира, законске норме важе као системски правни ставови који одређују ток и границе физичке делатности полиције, али се ток делатности у питању законским нормама не може зауставити јер је посреди физичка делатност оснажена претпоставком легалности и оценом целисходности, са могућношћу непосредног извршења. Но и овде примарно важе правни принципи као основни телеолошки правни ставови¹³ а законске норме као системски правни ставови¹⁴ онемогућавају самовољу полиције, чиме се одржава

¹¹ Чл. 10 Закона о облигационим односима Републике Србије („Сл. лист СФРЈ”, бр. 29/78...): „Стране у облигационим односима су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, да своје односе уреде по својој вољи. Чл. 20 истога закона: “Стране могу свој однос уредити друкчије него што је овим законом одређено, ако из поједине одредбе овог закона или из њеног смисла не произлази што друго.“ Као потврду оправданости лучења системских правних ставова од регулативних правних ставова, позваћемо се на Водинелићево поимање увода у грађанско право. Водинелић казује: „За разлику од посебних делова и од општег дела грађанског права, који представљају норме из којих се састоји грађанско право, увод у грађанско право је ознака за правне норме које нису саставни део грађанског права, него се односе на грађанско право, на грађанскоправне норме. Грађанскоправне норме уређују грађанскоправне односе - права, обавезе, способности и својства која имају лица у тим односима, стицање, промену или престанак тих права и обавеза, способности и својстава. Увод у грађанско право уређује разна питања, не о грађанскоправним односима, него о грађанскоправним нормама. Норме увода у грађанско право јесу норме о грађанскоправним нормама (метанорме).... “ (Водинелић, 2014: 29).

¹² Чл. 11 Закона о облигационим односима Републике Србије („Сл. лист СФРЈ”, бр. 29/78...): стране у облигационим односима су равноправне. Чл 12 истог закона: „У заснивању облигационих односа и остваривању права и обавеза из тих односа стране су дужне да се придржавају начела савесности и поштења“. Итд.

¹³ Чл. 31 Закона о полицији („Сл. гласник РС“ бр. 6/2016 и 18/2018): “Полиција обавља полицијске послове с циљем и на начин да свакоме обезбеди једнаку заштиту безбедности, права и слобода, примењујући закон и уставно начело владавине права. На основу овог општег телеолошког правног става, у чл. 32 истога закона предвиђени су правни принципи обављања полицијских послова (професионализам, деполитизација, ефикасност, економичност, законитост и сразмерност).

¹⁴ Законодавство о полицији је једно велико мноштво системских правних ставова који полицију ограничавају и не ограничавају, што је последица физичке делатности полиције као примарне и редовне функције у правном поретку. Видети чл. 65-128 Закона о полицији („Сл. гласник РС“ бр. 6/2016 и 18/2018).

правни поредак. То значи да физичка делатност полиције као редовна и примарна делатност у правном поретку – садржински не може бити уређена законским нормама као регулативним правним ставовима, већ су правно уређени услови и границе распрострањања дотичне делатности, као и последице предузимања делатности, што све треба да обезбеди очување правног поретка.¹⁵ (3) Када Председник Републике и Влада решавају о именовању амбасадора Републике Србије у другој држави, на делу је политичка оцена целисходности надлежних одлуки, коју нимало не ограничавају законске норме као регулативни правни ставови. Постоји само законска норма као системски правни став,¹⁶ при чему у овој правној ствари нису предвиђени ни телеолошки правни ставови, па се предлогу одлуке поменутих највиших државних органа може супротставити једино јавност као правосуђе институционалног поретка просторне заједнице, с циљем постизања јавног интереса као статичког израза општег добра. (4) Решавање управне ствари доношењем решења у управном поступку израз је разумске интерпретације општих правних норми и управне оцене целисходности као правотворачких извора, при чему је решавање у питању детерминисано правним принципима Закона о општем управном поступку и правним принципима меродавног материјалноправног закона. При томе, општи управнопроцесни закон, као уосталом и други процесни закони, представља једно велико мноштво системских правних ставова. (5) Код кривичних дела чињенично биће је садржано у правном бићу као довршеној духовној формацији (кривичном делу као правном појму) а правно правило кривичног законика јесте генерална правна ситуација као регулативни правни облик. Генерална правна ситуација произлази из разумске интерпретације устава и политичке оцене целисходности (правотворачки извори) и представља довршено правно биће, чију садржину сачињавају примарно чињенично биће (негативне и позитивне дужности) и секундарно чињенично биће – недопуштено чињење или нечињење којим се проузрокује кривично дело. Следствено томе, предмет кривичног поступка је оцена правних чињеница наспрам

¹⁵ Физичка делатност полиције као примарне и редовне у правном поретку одржава се и на духовну делатност полиције, имајући у виду могућност доношења усменог решења, нормираног Законом о општем управном поступку („Сл. гласник РС“ бр. 18/2016). У чл. 143 поменутог закона, нормирано је: (1) Усмено решење доноси се кад се предузимају хитне мере у јавном интересу, да би се обезбедио јавни ред и мир и јавна безбедност или отклонила непосредна опасност по живот или здравље људи или имовину. (2) На захтев странке, ако је поднет у року од 60 дана од доношења усменог решења, орган мора да изрази и достави странци писмено решење у року од осам дана од постављања захтева.

¹⁶ Чл. 15 Закона о спољним пословима („Сл. гласник РС“, бр. 116/2007).

примарног и секундарног бића, а кривично дело је правна чињеница и не представља правотворачки извор. Имајући то у виду, кривични поступак је незамислив без правних принципа, не само законитости у ужем значењу као основног правног принципа, већ и других правних принципа (нпр. *in dubio pro reo*, претпоставка невиности).

3. Правно уређивање облика управне делатности

Регулативна управна делатност подразумева надлежност органа државне управе да уређује правне предмете у управној материји, доношењем појединачних правних аката – у посебном управно-правном режиму. Управно-правни режим о којем говоримо подразумева доношење решења у управном поступку, путем разумске интерпретације општих правних норми и управне оцене целисходности – као правотворачких извора, с тим да решавање о којем говоримо подлеже примени правних принципа Закона о општем управном поступку и правних принципа меродавног материјалноправног закона.

Правни предмети који се решавају у управној материји – издавањем управних аката у управноправном режиму – јесу управне ствари. Овде говоримо о регулативној делатности органа државне управе, имајући у виду да уређивање правних предмета ствара непосредно правно дејство (правне ситуације) у свету субјективних права и правних дужности. Наше мишљење је да се управном ствари могу назвати само правни предмети који се правно уређују управно-регулативном делатношћу, дочим старатељско-физичка управна делатност, као и управно-контролна делатност, не могу имати карактер управних ствари. Старатељско-физичка и контролна управна делатност припадају управној материји и управноправном режиму али нису управне ствари, јер се њима примарно не уређују правни предмети. У следству старатељско-физичке и контролне делатности могу настати прекршајне ствари (изрицање санкције од стране органа државне управе), кривичне ствари (пријава јавном тужиоцу), грађанске ствари (нпр. захтев за накнаду штете проузроковане незаконитом управном радњом) и управне ствари (поводом вршења или пропуштања управне радње и вршења јавних услуга). С тога је важно закључити да је управна ствар предмет управно-регулативне делатности, а старатељско-управна делатност и управно-контролна делатност припадају управној материји и управно-правном режиму, али за свој предмет немају уређивање управне ствари.

Основна карактеристика правно уређивања управних ствари је чињеница да правно уређивање о којем говоримо представља конкретиза-

цију општих правних норми као недовршених и непрецизираних правних бића у управно-правном режиму (Милков, 1986: 490-504). Гледано према формалним обележјима, правно уређивање управних ствари подразумева да се уређивање проводи једнострано, разумском интерпретацијом законских норми и управном оценом целисходности као правотворачким изворима. За решавање управне ствари карактеристичан је придражај законских норми у правном бићу управне ствари. Придржај законских норми потпун је код тзв. правновезаних управних аката, док због управне оцене целисходности, придржај законских норми обликује само један део правног бића дискреционих управних аката. Код декларативних управних аката није реч о придржају законских норми у правном бићу акта у питању, имајући у виду да се декларативним управним актом само индивидуализује генерална правна ситуација, што значи да је у питању законска ствар и само формално управна ствар.

Регулативна управна делатност може подразумевати режим пуне везаности законским нормама или режим делимичне везаности законским нормама, што је одлика одлучивања на основу управне оцене целисходности. У режиму пуне везаности, орган државне управе поступа искључиво на основу разумске интерпретације меродавних законских норми (нпр. у поступку издавања возачке дозволе), без разлике у односу на друге правне предмете који се у правном поретку уређују у режиму пуне везаности. С друге стране, особитост регулативне управне делатности јесте у постојању правних предмета који се решавају на основу управне оцене целисходности, као посебног управноправног режима који подлеже ограниченој судској контроли. Управна оцена целисходности заступљена је у правним предметима без елемента иностраности (нпр. издавање одобрења за набављање оружја), а наглашени значај имају правни предмети са елементом иностраности (то су стицање држављанства пријемом, азил, избеглице, правни статуси странаца и др.), чије је правно уређивање нужно засновано на јачем облику управне оцене целисходности. Међутим, регулативна управна делатност – било да је реч о пуној или делимичној везаности – припада законитости у материјалном смислу, због придржаја законских норми приликом решавања правних предмета, за разлику од старатељско-физичке делатности која подлеже законитости у формалном смислу (Прица, 2023: 395-416).

Старатељско-физичка делатност органа државне управе подразумева трајну и непрекидну бригу о заштити јавног поретка, јавне безбедности и јавног реда и мира. Ова се делатност може испољити и као заштита

правног поретка, путем извршавања онерозних (теретних) појединачних правних аката, али њезин главни облик подразумева старање о јавном поретку, јавном реду и миру и јавној безбедности. Брига о јавном поретку по својој природи је редовна и примарна делатност у посебном правном режиму. Законске норме као системски правни ставови одређују ток и границе физичке делатности, али се ток делатности у питању законским нормама не може зауставити јер је посредни физичка делатност оснажена претпоставком легалности и оценом целисходности, са могућношћу непосредног извршења. То значи да старатељско-физичка делатност као редовна и примарна делатност у правном поретку – садржински не може бити у целости уређена законским нормама као регулативним правним ставовима, већ су правно уређени услови и границе распрострања дотичне делатности, као и последице предузимања делатности, што све треба да обезбеди очување правног поретка.

Старатељско-физичку делатност изражавају овлашћења у посебном управно-правном режиму, а та овлашћења су израз потребе да орган државне управе стално буде субјект заштите јавног поретка и општег добра.¹⁷ С једне стране, управно-правни режим је израз сталне органске и функционалне повезаности органа државне управе – оличење идеје државног јединства („статичне идеје државе“). Та веза се не успоставља правом и право не може у целости да одреди њен ток. Овде се може говорити о институционалном поретку државне власти и држави као органском систему. У функционалном смислу, у питању је старатељска делатност државне управе, и ток делатности у питању не може се правом у целости зауздати. Оцена целисходности лежи у бићу те власти, као одраз потребе реаговања на ирационално и непредвидљиво у животу територијалне заједнице. (Петровић, 1981: 49-99). Премда се делатност у питању испољава у погледу свих циљева правног поретка, нарочити нагласак ставља се на заштиту територијалне целовитости, јавног реда и мира и јавне безбедности, што је прворедни државни циљ и разлог постојања управно-правног режима (бића државне власти). Мото централистичке детерминације је јединство власти, у органској равни, и *ius inspectionis*, у функционалној. Овде је нужно испољавање државне власти, са посебним овлашћењима полиције у погледу физичке делатности – када важи претпоставка легалности, оцена целисход-

¹⁷ „Када управа, најчешће као полиција, решава о повреди права, њу води идеја превенције и повраћаја у пређашње стање (*restitutio in integrum*), идеја „заштитне правде“ (*iustitia tutatrix*). Када полиција примени физичку принуду против нарушиоца јавног реда и мира, онда то није казна, већ заштита слична крајњој нужди и нужној одбрани, то јест таква принуда која није противправна.“ (Петровић, Прица, 2015: 372).

ности и непосредна извршивост предузетих управних радњи (Шмит, 2021: 307, 322).

Белодани доказ законитости у формалном смислу јесу усмена решења, која су у правном поретку установљена превасходно због старатељско-физичке делатности полиције. У члану 143 Закона о општем управном поступку („Сл. гласник РС”, бр. 18/2016), нормирано је: (1) Усмено решење доноси се кад се предузимају хитне мере у јавном интересу, да би се обезбедио јавни ред и мир и јавна безбедност или отклонила непосредна опасност по живот или здравље људи или имовину. (2) На захтев странке, ако је поднет у року од 60 дана од доношења усменог решења, орган мора да изради и достави странци писмено решење у року од осам дана од постављања захтева. Усмена решења у ствари представљају средство за остваривање циљева старатељско-управне делатности у правном поретку. Придржај законских императивних норми не постоји поводом доношења усмених решења, из чега произлази важење законитости у формалном смислу.

Када говоримо о важењу принципа законитости у формалном смислу, знаковито је навести да је полиција као орган државне управе у погледу јавних окупљања овлашћена да спречи или прекине окупљање уколико уочи одржавања окупљања или у току његовог трајања наступе околности због којих окупљање није дозвољено. Овлашћење полиције засновано је на законској норми као системском правном ставу. Придржај законских норми овде не постоји јер полиција има оцену целисходности наспрам околности који ограничавају слободу јавног окупљања. Уз то, на страни полиције је претпоставка законитости, а поводом физичке делатности полиције изостаје враћање у пређашње стање, имајући у виду да је посреди физичка делатност. Саобразно доктрини о правној држави, полицијски службеници у зависности од правних последица накнадно могу бити позвани на правну одговорност, чиме се не доводи у питање да физичка делатност превасходно подлеже важењу системских правних ставова и законитости у формалном смислу.

Физичка делатност полиције проводи се путем полицијских радњи и мера, а правне радње су за правни поредак важне једнако као и правни акти. Али, за разлику од правних аката, правне радње у правном поретку – било да су у питању органи државне управе или грађани-појединци – искључују могућност важења законитости у материјалном смислу, само што се код органа државне управе правотворачки извор испољава у виду оцене целисходности, док се код правних радњи грађана-појединаца као правотворачки извор јавља слободна воља. Законске норме којима се уређују полицијске радње и мере требало

би да полицију ограничавају и не ограничавају, како би полиција била у могућности да оценом целисходности у конкретном случају јавни поредак заштити од утицаја ирационалног и непредвидљивог у правној стварности. Одавде произлази немогућност постојања потпуне правне везаности у правним режимима делатности полиције.

Делатност органа државне управе у правном поретку очитује се и као **контрола поступања субјеката правног поретка**, поводом извршавања правних дужности одређених императивним законским нормама (контрола поступања учесника у јавном саобраћају, контрола од стране комуналне милиције и др.). За разлику од старатељско-физичке делатности, која првенствено служи заштити јавног поретка, контролна управна делатност усредоточена је на заштиту правног поретка. Без контролне делатности полиције и органа државне управе уопште – не би било могуће очувати правни поредак. Контролна делатност полиције представља један облик управно-контролне делатности у правном поретку, а управно-контролна делатност састоји се у контроли органа државне управе над одређеним субјектима у погледу извршавања правних дужности одређених императивним законским нормама, с циљем очувања и заштите правног поретка. Зашто је управно-контролна делатност нужна? Нужна је због императивних законских норми које непосредно нормирају правне дужности субјеката правног поретка. Када законске императивне норме нису довршене и прецизиране у односу на правне дужности субјеката правног поретка, неопходно је донети индивидуални правни акт којим се правна дужност прецизира и ставља у правно дејство (пример тога јесу пореска решења). Доношење индивидуалних правних аката у овом примеру јавља се као вид регулативне управне делатности. С друге стране, ако су правне дужности прецизиране и непосредно стављене у правно дејство законским императивним нормама, контролна делатност органа државне управе треба да обезбеди збиљску примену императивних норми. Без управно-контролне делатности дошло би од обесмишљавања императивних норми јер би императив њиховога важења био потчињен вољи имао-ника правне дужности.

Инспекцијски надзор је најважнији облик управно-контролне делатности, имајући у виду да предмет инспекцијског поступка јесу законске императивне норме као довршена и прецизирана правна бића, из којих непосредно произлазе правне дужности, па се у инспекцијском поступку испитује поштовање правних дужности са овлашћењем непосредног изрицања санкције или овлашћењем покретања казненог поступка. С тога се инспекцијски поступак проводи као физичка

делатност органа државне управе или другог органа, а тек пошто се установи повреда законом установљених правних дужности настаје одговарајућа правна ствар (прекршајна, кривична и др.) (Прица, 2023: 395-416).

4. Правни принципи као телеолошки правни ставови

Правни принципи према садржини увек имају својство општих телеолошких правних ставова, за разлику од општих правних норми које према садржини нужно представљају конкретизоване системске или регулативне правне ставове. Правна норма придев „општи” получаје услед природе правног објекта који уређује, не и због садржине правног става којим се објект правно уређује. Правни карактер опште правне норме долази као последица околности да је општим правним нормама као правним ставовима исказана типичност лица, догађаја, радњи и односа као објекта правног уређивања те код општих правних норми долази до апстраховања правног објекта, док је њихова садржина конкретизована. У природи ствари је да општа правна норма у садржинском смислу буде конкретизовани правни став, чиме се не доводи у питање њено својство да производи опште правно дејство. То значи да су опште правне норме у правно-логичком смислу конкретизовани правни ставови произашли из правних одредаба (уставних, законских и подзаконских), важећи за неодређени број случајева и неодређени број лица.¹⁸

Смисао императива важења општих правних норми управо је у потреби заштите језгра општег добра са принципом законитости у ужем смислу код императивних норми и очувања правног поретка код диспозитивних норми, које, без обзира на секундарну примену, представљају примарну гаранцију јавног интереса као статичког израза општег добра. Отуда је неопходно да опште правне норме садржински буду конкретизовани регулативни правни ставови јер би у противном био обесмишљен разлог њиховог постојања у правном поретку. Уз то, осим у садржинском погледу, конкретизација опште правне норме односи се у одређеном степену и на објект који се њоме уређује па у зависно-

¹⁸ Опште правно дејство је разлог што се у нашој правној књижевности највећи значај спрам разумевања права придаје општим правним актима као формалним изворима права. Марковић у вези са тим вели: „...само општи акти могу бити формални извори права, јер само из њих право може извирати без обзира на број случајева њихове примене. Појединачни акти, применом на конкретне случајеве, престају да постоје у правном смислу, јер се њихова обавезност, применом на случај који се односе, исцрпљује.“ (Марковић, 2008: стр. 19-20).

сти од степена конкретизације у питању зависи да ли ће општа правна норма као регулативни правни став представљати довршено и прецизирано правно биће. То што опште правне норме као регулативни правни ставови најчешће нису довршена и прецизирана правна бића, не значи да су у питању општи правни ставови. То уистину значи да општу правну норму треба даље конкретизовати у делу правног објекта или да конкретизовани регулативни правни став опште правне норме треба даље конкретизовати општом правном нормом или приликом решавања појединачног правног предмета. Имајући наведено у виду, правне норме као регулативни правни ставови постоје као опште правне норме и као појединачне правне норме,¹⁹ при чему опште правне норме као регулативни правни ставови у садржинском смислу јесу конкретизовани правни ставови са општим правним дејством. Опширно о правном карактеру телеолошких правних ставова писали смо у раније објављеној студији, при чему упућујемо читаоца да посебну пажњу посвети нашем гледишту о разликовању правних принципа (општих телеолошких правних ставова), правних стандарда (општих регулативних ставова) и правних норми (конкретизованих системских и регулативних правних ставова).

У процесу стварања и конкретизације права долази до укрштања различитих правних принципа, при чему однос супротстављених прав-

¹⁹ У погледу разлике између општег и појединачног акта, Петровић у својој докторској расправи сасвим основано казује да појединачност и општост могу постојати како у погледу круга адресата, тако и у погледу предмета који се актом уређују: „...ако се акт односи на једно или више тачно одређених лица, што ће рећи, ако је круг његових адресата затворен, утврђен актом на искључив, дефинитиван начин, постојаће увек управни акт, без обзира на начин на који тај акт уређује безброј понашања једног јединог лица, тај акт је ипак појединачан акт. То стога што сингуларност лица представља један тако снажан елемент индивидуализације да он нужно читавој ситуацији даје сасвим појединачна обележја. ...Код отвореног круга адресата, постојаће појединачан правни акт ако је њиме уређено једно једино понашање, „ако је његова садржина сасвим сингуларна, без обзира на отвореност или затвореност круга адресата дотичног акта. На пример, ако се актом забрани одржавање једног јавног скупа, заказаног, рецимо, за сутра у подне на том и том месту, то је онда управни акт, без обзира на то што је круг адресата акта неодређен; исти би случај био и код забране цепања једног одређеног плаката, код наредбе свим имаоцима воћки да их окрече одређеног дана и тсл. Не би, напротив, био управни акт онај акт којим се забрањује купање у једној реци, прелажење преко једног моста и сл., него нормативна мера, премда је и овде садржина акта конкретна. Но овог пута конкретне су само околности које су акту унапред дате и које изазивају његово доношење; тако, загађеност реке изазвала је забрану купања у њој, трошност моста представља разлог забране прелажења преко њега; али, понашања регулисана актом могу да се понављају у безброј наврата, док је код прве врсте аката предмет акта само једно једино понашање.“ (Петровић, 1981: 135-136).

них принципа подлеже режиму међусобног уравнотеживања и повезивања, за разлику од хијерархије својствене решавању несагласности правних норми као регулативних правних ставова.²⁰ Примерице, установљавање судске контроле законитости управних аката (тзв. управног спора) предузето је као гаранција остварења принципа законитости и заштите субјективних права, што на први поглед представља одступање од принципа поделе власти. Међутим, не би било исправно закључити да управни спор представља одступање од принципа поделе власти, имајући у виду да смисао принципа поделе власти није у потпуној одвојености, већ у сарадњи и равнотежи функција државне власти. Равнотежа у питању се у управном спору успоставља тиме што суд оцењује законитост управног акта али не и његову целисходност, следствено чему се да закључити да управни спор представља повезивање и уравнотеживање принципа законитости, заштите субјективних права и поделе власти. Истодобно и примера ради, побијање рушљивих правних аката се може предузети у законом предвиђеном року, што значи да истеком рока у име принципа правне сигурности и заштите стечених права долази до оснажења (конвалидације) неваљаности правног акта. С тим у вези не би било основано закључити да су принципи правне сигурности и заштите стечених права са јачом правном снагом у односу на принцип законитости, имајући у виду да је оснажење рушљивог правног акта у ствари начин постизања равнотеже између правних принципа у питању итд.

Поврх тога, у образложењу судских и других појединачних правних аката долази до конкретизације правних принципа као општих телеолошких правних ставова, следствено чему у оквиру правних принципа настају снопови конкретизованих телеолошких правних ставова. Правни принципи као снопови телеолошких правних ставова у ствари представљају градивне законе из којих извире кружна линија правног поретка: од законодавца до судске јуриспруденције и натраг. Судија би требало да буде оспособљен да напише „зрачеће” образложење судске одлуке, а једино је исправно да образложење сваке судске одлуке, осим разлога и оцене доказа, садржи опширно правно схватање јер правни ставови обogaћени правним схватањима омогућавају кружну линију правног поретка – од законодавца до судијске јуриспруденције и натраг.

²⁰ Канарис с тим у вези вели: „Принципи не важе без изузетака и могу долазити у међусобну супротност или противуречност; они не претендују на искључивост; они свој прави смисао развијају тек у заједничком узајамном допуњавању и ограничавању; и њима за уобличавање није потребна конкретизација нижим принципима и појединачним вредновањима са самосталним стварним садржајем.“ (Canaris, 1969: 46).

Развој европских континенталних правних поредака у периоду након Француске револуције обележава настојање да се развије јуриспруденција, што је у ствари израз потребе да стварање и примену права обогати правно мишљење, да би се изнад појединачног разумело опште, односно да би се иза појединости откриле целине. Те целине заправо су правни појмови. Непосредна заступљеност правног мишљења у процесу стварања и примене права је темељ на којем и теоријска јуриспруденција подиже своју појмовну зграду. Правно мишљење не мора у знатној мери бити непосредно заступљено у регулативном правном поретку, може унутардржавно право функционисати као ток стварања и примене правних норми, али поставка о значају правног мишљења у процесу правног уређивања је огледало постојаности права, па самим тим и његове развијености. То што данас говоримо о немачком и француском праву као „зрачећим континенталним правним поретцима”, мањим делом разлог је у непосредном утицају материјалног и процесног права на друге правне поретке, а много је више разлог томе снага немачке и француске јуриспруденције, особито оне настале у судским пресудама, што је јасан показатељ значаја правне свести и појмовне сфере права. Позвање судије да буде посленик непосредно заступљене јуриспруденције у правном поретку представља темељ на којем се може сазидати зграда правног система са кружном линијом од законодавца до судске јуриспруденције и натраг.

На правним принципима почивају: (1) уставноправни систем – утемељен на уставу у формалном смислу и уставности чија се садржина обликује и развија ауторитетом систематско-телеолошке интерпретације уставног судства, (2) системи регулативних правних ставова у различитим областима правног поретка (грађанскоправни, управноправни, кривичноправни и др.) и (3) „унутрашњи правни систем” заснован на правним облицима.

У погледу различитих система регулативних правних ставова под окриљем правног поретка, важно је казати да су системи у питању утемељени на различитим правним принципима. Наречено се очитује кроз однос између системских, општих и посебних закона у правном поретку. Системски закони су они закони који на целовит начин уређују једну област правног поретка, док посебни закони то не чине. Потреба очувања правног поретка чини нужном везу која се успоставља између системских закона из различитих области правног поретка, што је једна ситуација, док се друга ситуација очитује као однос између системског и посебног закона у истој области правног поретка. Тиме се успоставља однос између општих и посебних закона у правном поретку. Посебан

закон према општем закону може стајати у режиму правне подређености али и у режиму правне упућености, из чега произлази разлика између непосредне и супсидијарне примене општег закона. Када је реч о односу општег и посебног закона у истој области правног поретка, Уставни суд Републике Србије, у следству јединства правног поретка као уставног принципа, касира регулативне правне ставове посебног закона када утврди да вређају правне принципе системског закона, чиме на видело излази правна подређеност посебног закона према системском закону у једној области правног поретка, из чега у ствари произлази закључак о надређености правних принципа (телеолошких правних ставова) над правним нормама (регулативним правним ставовима) у области правног поретка. С друге стране, један системски закон према другом системском закону може стајати у односу посебног закона према општем закону али само у смислу правне упућености, нипошто у режиму правне подређености. То значи да правни принципи установљени системским законом у једној области правног поретка не могу бити надређени правним принципима установљеним системским законом у другој области правног поретка.

Немогућност да један системски закон према другом системском закону буде у режиму правне подређености на највернији начин потврђује разлику између правног поретка и различитих система законског права под окриљем правног поретка, при чему је надређеност уставних принципа и уставности наспрам свих области правног поретка у ствари гаранција очувања правног поретка у назначеном смислу. Поврх свега наведеног, у једној области правног поретка општи закон може предвидети властиту непосредну примену у уређивању појединачних правних предмета чиме се у одређеној мери успоставља превасходство општег закона у односу на посебне законе наспрам правног уређивања појединачних правних питања. Као што ћемо доцније видети, пример непосредног преимућства општег закона постоји у управној материји. Такав пример такође налазимо у Закону о општем управном поступку – општем процесном закону са непосредном применом у свим управним областима – у делу закона у којем се прецизира основ за доношење посебних закона: „(1) Овај закон примењује се на поступање у свим управним стварима. (2) Поједина питања управног поступка могу посебним законом да се уреде само ако је то у појединим управним областима неопходно, ако је то у сагласности са основним начелима одређеним овим законом (подвукао М. П.) и не смањује ниво заштите права и правних интереса странака зајемчених овим законом.” (чл. 3 Закона о општем управном поступку – „Сл. гласник РС”, бр. 18/2016). То значи да у овом примеру важи режим правне надређености општег

законa над посебним законима и то превасходно ради очувања правних принципа као основних телеолошких правних ставова управно-процесне правне области.

У погледу правног уређивања појединачних правних ствари (правних предмета), непосредно правно дејство правних принципа није једнако у свим областима правног поретка. Најизраженије дејство правних принципа у том смислу постоји у грађанском праву, због слободне воље као правотворачког извора и широке заступљености правних стандарда као регулативних правних ставова, што доводи до тога да судови у смислу правоваљаности правних послова испитују њихово дејство на правне принципе грађанског права (нпр. злоупотреба права, једнака вредност узајамних давања и др.). Непосредно дејство правних принципа наспрам правног уређивања појединачних правних предмета најслабије је у областима правног поретка под владом императивних законских норми (кривичноправна и управноправна област). На питање да ли би било исправно наспрам правног уређивања појединачне правне ствари признати могућност постојања јаче правне снаге правног принципа у односу на императивну правну норму, не може се одговорити једнообразно за све правне поретке. С тим у вези, преторска јуриспруденција француског правосуђа заступа становиште о допуштености правног примата правног принципа у односу на императивну правну норму при решавању појединачног правног предмета.²¹ У погледу нашег правног поретка, на постављено питање би се морао дати одричан одговор.²²

²¹ Илустрације ради, Државни савет је заузео став да у случају прекорачења (злоупотребе) овлашћења постоји право на жалбу чак и ако је жалба законом искључена (Бребан, 2002: 96).

²² Овде је ипак важно имати у виду да однос правних принципа и императивних норми детерминише сложеност процеса тумачења норми у питању, особито услед својства општих правних норми као недовршеног правног бића. Хасанбеговић вели: „Правно расуђивање је пре свега проблемско, па тек потом (и под одређеним условима) системско. Тек када се конкретан случај као проблем реши може му се, дакле, само накнадно, дати силогистички облик. А правни проблем се силогизмом не може решити, већ само решен уврстити у систем, при чему ни давање силогистичке форме, ни увршћивање у систем немају само по себи никакву ни логичку, ни друштвену вредност. Никакву логичку, зато што то не може бити нужно, него само вероватно закључивање, а никакву друштвену, зато што вредност једног правног поретка не може бити логички, већ само историјски, повесно утемељена“. (Хасанбеговић, 1988: 232). У природи ствари је да правни принципи наспрам императивних правних норми имају примену *secundum legem* и *praeter legem*, дочим не постоји нити један оправдани разлог да се позивањем на правни принцип наспрам императивне правне норме примени *contra legem* јудиицирање. Полазећи од „Радбрухове формуле“ о законском неправу и надзаконском праву, Бидлински истиче: „...обавеза поштовања закона

Унутрашњи правни систем настаје као резултат непосредно заступљене јуриспруденције у процесу стварања и конкретизације писаног права, као систем правних ставова, правних схватања и правних појмова заступљених у судској јуриспруденцији и правној свести субјеката правног поретка. Када стварање правних правила очитује континуитет настојања припадника правничког staleжа и посленика правне науке у правцу систематско-телеолошког поимања права – што је одлика правно развијених правних поредака – тада се уочавају правни облици као виши ступањ развијености технике правног уређивања. Стварање правних појмова наспрам правног поретка долази као резултат делатности правних научника, с једне стране, делатности у систему универзитетског правничког образовања, с друге, и припадника правничког staleжа у регулативном правном поретку, с треће стране. При свему томе, веома је важно разликовати методе и циљеве универзитетских правних дисциплина у разумевању правних појмова и методе и циљеве правнонаучног разумевања правних појмова (Прица, 2018/1: 111).

Позвање судије да буде посленик непосредно заступљене јуриспруденције у правном поретку представља темељ на којем се може саградити зграда унутрашњег правног система. Темељ за зграду у питању поставља се нарочито на местима исказане супротстављености ентитета правног поретка, из чега произлази да смисао правних схватања усвојених на тим местима премаша оквира решавања појединачног правног предмета, ширећи зрачеће дејство на правну свест субјеката правног поретка. Познавање упоредног права омогућило је Поповићу да спозна смисао судске јуриспруденције: „Техника преседана се обично сматра производом англосаксонског правног система, али она пре свега потиче од елементарног осећања правде, чији постулат налаже да се према једнаком једнако поступа. Ако утврди постојање истоветности случаја који треба да пресуди с неким ранијим случајем, природно је да се судија осећа везаним ранијом одлуком” (Поповић, 2005: 157-158).

престаје код закона чија је садржина, у једној демократској, правној држави, додуше, грубо нехумана, изразито неправедна или иначе противна идеји права, што им, упркос формално исправном настанку, материјално одузима правни карактер.“ (Бидлински, 2011:101). Са предоченим ставом се никако не бисмо могли сагласити. Јер, одрицање материјалног правног карактера правној норми због повреде правног принципа оправдано је само уколико се дејством норме у питању доводи у питање јавни поредак једне правно-политичке заједнице. Оцена могућности угрожавања јавног поретка у назначеном смислу не важи једнако за све правне поретке, дакако и када је реч о континенталним правним поретцима. Поврх тога, ако је императивна правна норма формално исправна, њезину грубу неправедност власна је довести у разматрање јавност као правосуђе институционалног поретка просторне заједнице, са правом на отпор као пресудом најаче снаге правосуђа у питању.

На другом месту, Поповић закључује: „Било би међутим, неисправно рећи да техника преседана налази примену само у англосаксонском систему. Европско континентално право је у многама прихватило такву технику, па је значај судске пресуде и у земљама континенталног права данас много већи него што се могло претпоставити у доба доношења великих законика, кад се изрицање пресуде сматрало готово механичким поступком примене закона. Новије школе тумачења права су у Француској, у Немачкој, као и у другим земљама, промениле схватање односа закона и судске пресуде. Оно је данас веома различито од оног које је у доба великих кодификација владало у континенталном праву. „...Француска у том погледу представља врло речит пример, јер су тамо читаве гране права највећим делом производ судске праксе. Административно право је дело Државног савета, док грађанско право у великој мери почива на пресудама Касационог суда, чија је стваралачка јуриспруденција прилагодила норме старог законика модерним временима” (Поповић, 2009: 221).

Судска јуриспруденција у назначеном смислу нужно почива на правним принципима јер се правни основ појединачних правних предмета одређује поимањем телеолошких правних ставова. С обзиром на то да се правни принципи као снопови телеолошких правних ставова формирају и развијају у судским јудикатима, у природи ствари је очекивање да правни ставови у питању буду обогаћени правним схватањима, од образложења једног телеолошког правног става до утврђивања правних максима као израза правостваралачке мудрости. С друге стране, разумно је очекивање да – осим изношења разлога за решавајући правни став у изреци пресуде и оцене доказа – у образложењу судске пресуде буде садржано правно схватање којим се поима правни карактер правне ствари која је била предмет поступка у конкретном случају. Креативност судијског одлучивања у наведеном смислу, без обзира на степен везаности судије правним нормама као регулативним правним ставовима, доводи до уобличавања унутрашњег правног система заснованог на правним облицима.

Везаност обимом расправе допушта нам само да укратко предочимо примере правних облика унутрашњег правног система. У погледу правне ствари као правног облика, суштина је у томе да се конкретан правни предмет посматра и као типичан правни предмет (правна ствар). Сагледавање у питању може бити и непосредно заступљено приликом решавања питања квалификације решавајућег правног питања (нпр. да ли у конкретном случају један акт има својство управног акта да буде предмет управносудске контроле; да ли је један акт управни

акт или управни уговор). Насупрот томе, за судску јуриспруденцију о којој говоримо потребно је да сагледавање у питању уследи без обзира да ли је сагледавање у конкретном случају и неопходно због решавања питања квалификације предмета.²³ Структуру конкретизованог правног уређивања сачињавају правни предмет, правотворачки извор, правно биће и кауза, а правне ствари представљају слагање правног предмета (правног питања у материјалном смислу) са начином његовог правног уређивања (правног питања у формалном смислу). Правно уређивање једног правног предмета може подразумевати смењивање форми његовог правног уређивања, али се из тог таласа померања његових формалних обележја може уочити његов правни карактер. Судска јуриспруденција управо треба да послужи утврђивању правног основа и природе ствари наспрам правног питања у материјалном и формалном смислу.²⁴ Уз то, образложење судске одлуке може задобити и својство теоријске јуриспруденције, што је случај када судска јуриспруденција представља уопштавање правних ствари и правних ситуација, откривајући правне институте као системе ужих и ширих целина правних облика. Откривање правних института долази у следству функционалне анализе правних основа и на тај начин се открива повезаност правног основа између правних режима из различитих области правног поретка. Примера ради, полазећи од права својине као правног објекта, одузимања и ограничавања права својине као правног предмета, а на основу принципа равнотеже правних интереса (принципа претеране жртве)²⁵ као идентичног правног основа, у док-

²³ При томе је посве неосновано квалификацију правног предмета представљати као чисту супсумцију мале премисе под велику премису опште правне нормe. Перелман вели: „Оно што је специфично правно у расуђивању судије, то никако није формално исправно извођење неког закључка полазећи од премиса - по томе извођење у праву није ништа посебно – већ су то расуђивања која доводе до утврђивања тих премиса у оквиру важећег правног система“ (Перелман, 1983). Бован у својој инспиративној монографији наспрам мале премисе развија тезу о тумачењу права које се одвија као „испуњавање садржином требања из нормe полазећи од објашњења чињеница случаја тумачења посматраних у ужем или ширем социјалном контексту“, што је индуктивна логичка операција. (Бован, 2016, 16; 18; 112-113; 127; итд).

²⁴ Наше је мишљење да у правном поретку постоје следеће правне ствари: грађанске, политичке, законске, управне и судске (Прица, 2016: 52-66).

²⁵ Наше је гледиште да начело жртве читује правду, одн. равнотежу између правних добара, правних интереса и циљева правног поретка. Јавни поредак је налик теразијама са редом и миром на једном тасу и хаосом на другом. Зато у правном поретку и јавном поретку стално на површину излази начело опортунитета, потреба да се обезбеди поравнање страна поменутих теразија, што је у збиљском смислу услов за постојање легитимитета правне државе. Петровић је посве у праву, када вели: „Постоје, у ствари, две идеје правне једнакости. Један облик једнакости (једнакост

торској расправи смо изнели гледиште о правном институту експропријације као целини правних ствари и правних ситуација постојећих у различитим областима правног поретка (Прица, 2016: 83-365). Правничко резонување које смо следили у докторској дисертацији представља систематско-телеолошко поимање правних ствари и њихово повезивање према правном основу, до којег повезивања се не би могло доћи само путем тумачења њиховог законског основа.²⁶ Да закључимо: постојање бројних правотворачких извора у правном поретку и својство опште правне норме (регулативног правног става) као недовршеног правног бића, опредељују значај судске јуриспруденције, на начин да се правна схватања проистекла из системско-телеолошким поимањем правних принципа у јудикатури, развију као постигнуће непосредно заступљене дискусије и промишљања о исправности и правичности писаног права. Развијеност и доследност судске јуриспруденције у том погледу, са правним принципима као телеолошким правним ставовима коју усмеравају правну свест у правцу моралног и духовног напредовања једне правно-политичке заједнице, представља неопходан услов за утемељивање и развијање владавине права.

5. Правни принципи у управној материји

Из правних принципа као телеолошких правних ставова извиру правни режими и правне ситуације у управној материји. Телеолошки правни ставови представљају основ: (1) уређења органа државне управе, (2) управне делатности и (3) управног поступка, следствено чему је основано у управној материји нагласити важење организационих, материјалних и процесних правних принципа.

у ужем смислу) је потпуна аритметичка, демократско-егалитарна једнакост, грчка „*isonomia*“, која се може назвати и равноправношћу и једнакоправношћу. Други облик једнакости је „добра једнакост“, већ помињана Солонова „*eunomia*“. Она је управо добро и ваљано додељивање, поравнање у оквиру полиса у целини, „политичко стање праве расподељености једнаког и неједнаког“. За разлику од статичке, апстрахујуће исономије, еуномија је конкретна и динамичка, везана за ситуацију. У њој се открива праизворна, социјална и заштитна, функција права.“ (Петровић, 1981: 264). Дакле, накнада за експропријацију у формалном смислу и квазиэкспропријацију изражава „добру једнакост“, Солонову еуномију (Прица, 2016: 174-178).

²⁶ За ток мисли који следимо у овоме чланку, индикативно је поменути правно расуђивање заступљено у енглеском праву, засновано на разликовању *ratio decidendi* од *obiter dictum*-а. Под првопоменутих подразумевају се разлози неопходни ради образложења одлуке, док *obiter dictum* представља правно схватање усредоточено у правцу теоријског сагледавања правног предмета, његовог упоређивања са другим правним предметима и његове „систематске заокружености“ (Бидлински, 2011: 133).

(1) Државна управа је биће државе. Држава се може замислити без парламента и судова, као што уосталом знамо из историје да су постојале државе без скупштине и судова. Такве државе нису биле правне државе у данашњем значењу овога појма, али су несумњиво биле државе. Без управе пак није могућно замислити постојање државе и зато се каже да државна управа представља нужно биће државне власти и кичмени стуб државе. Државна управа је оличење моћи и силе државе као институције те и носилац државног јединства. Суверенитет државе није могућ без државне управе као носиоца државног јединства и суверене власти.

Шта означава јединство државне власти? У органском смислу, то значи да између органа у институционалном поретку државне управе постоји нужно и безизузетно међусобно кординисање, усмеравање и надзирање делатности и функционисања, док у функционалном смислу то означава овлашћење и обавезу органа државне управе да свакодневно и непрекидно брину о заштити територијалне заједнице, правног поретка и јавног поретка. При томе, државну управу као институционални поредак јавне власти сачињавају влада и органи државне управе, без обзира на то што између владе и органа државне управе у функционалном смислу постоји подела власти. Јер, у следству јединства (суверенитета) државне власти, између владе и органа државне управе постоји стална органска и функционална повезаност, следствено чему влада и органи државне управе сачињавају исти институционални поредак јавне власти. Одавде произлази да јединство државне власти као основ уређења државне управе има карактер основног правног принципа у управној материји.

Државна управа као институционални поредак јавне власти подразумева сталну органску повезаност између владе, централних и подручних органа те централних и подручних организационих јединица. Дакле, под окриљем државне управе као бића државе заступљена је потреба континуираног и редовног усмеравања и праћења туђега рада, следствено чему не постоји нити један орган који не стоји под сталним надзором другог органа. Овакав облик усмеравања и надзора над радом другог органа није заступљен нити у једном институционалном поретку јавне власти на државној територији. То значи да се између владе и органа државне управе повезаност не остварује само путем права, у следству обављања функција органа, што је карактеристика међусобног односа између других органа јавне власти. Баш напротив, између владе и органа државне управе постоји стална и нужна органска повезаност, као услов за постојање суверене власти и државног јединства.

Одавде бива јасно зашто органи државне управе немају својство независних органа јавне власти. Органи управе постоје као самостални и несамостални органи, никако као независни органи јавне власти. У оквиру државне управе статус самосталних органа имају министарства, при чему статус самосталних органа имају и поједине посебне организације као органи управе. Самостални су они органи управе који стоје под непосредним надзором владе. Министарства као најважнији и највиши органи управе су под сталним надзором владе; посебне организације као органи управе су под сталним надзором владе или неког министарства; сви органи у саставу су разумљиво под сталним надзором министарства у чијем су саставу, а даље сви подручни органи су под сталним надзором централног органа управе чијој организационој структури припадају. Према томе, државна управа је један разгранат систем централних и подручних (нецентралних) органа власти и унутрашњих организационих јединица – заснован на сталном кординисању и надзирању туђег рада. Због овога се и каже да државну управу краси тзв. централистичка детерминација, као основни правни принцип.

Централистичка детерминација је „одређивање елемената целином“, као израз сталне органске повезаности органа државне управе – с циљем постизања јединства државне управе као кичменог стуба и „статичне идеје државе“. Ова повезаност органа под окриљем државне управе не успоставља се само правом и право не може у целисти да одреди њен ток. Органи државне управе доносе тзв. интерна општа и појединачна правна правила (инструкције, налози и др.), која су најбоља потврда потребе постојања сталне органске повезаности под окриљем државне управе, имајући у виду да правила у питању управо служе остваривању органске повезаности о којој говоримо. Дакле, државна управа је целина и сви припадајући органи су органски елементи државне управе као целине.

С друге стране, односи између других врховних органа јавне власти успостављају се у функционалном смислу, поводом делатности органа о којој говоримо и та веза између поменутих органа не представља њихову сталну органску повезаност. Оваква функционална повезаност постоји између председника републике и владе; између парламента и владе; између парламента и председника те између судова и председника, владе, парламента и органа управе. Да би било јасно о чему говоримо, важно је имати у виду да између централног органа управе и органа локалне самоуправе такође постоји функционална повезаност, не и органска повезаност, имајући у виду да је реч о органима који припадају различитим институционалним порецима јавне власти. Осим

тога, под окриљем правосуђа као институционалног поретка јавне власти, однос између различитих судова почива на функционалној повезаности, а не и на органској повезаности. Примера ради, између основног и вишег суда постоји само функционална повезаност, која се остварује поводом решавања правног предмета у првом и другом степену, што значи да се између ових судова не остварује органска повезаност као у случају виших и нижих органа државне управе. То што се однос између органа јавне власти (сарадња или сукоб) остварује поводом њихових функција које имају у правном поретку, означава тзв. универзалистичку детерминацију.

Универзалистичка детерминација („одређивање целине на основу елемената”), значи да између органа који припадају различитим институционалним поретцима јавне власти не постоји стална органска повезаност (стално усмеравање и праћење туђег рада), што значи да се веза између тих органа остварује правом – према правним правилима и правним принципима којима је тај однос правно уређен – с циљем спречавања самовоље субјеката правног поретка. Спречити самовољу субјеката правног поретка је смисао правне државе у формалном смислу, што значи да се универзалистичком детерминацијом (повезивање субјеката правом) остварује минимум правне државе. Централистичком детерминацијом (постојањем државне управе као система чврсто повезаних органа) постиже се јединство државне власти, а тиме и опстанак државе као институције. Мото централистичке детерминације је јединство власти у органском смислу, чиме се не доводи у питање подела власти у функционалном смислу. За разлику од централистичке детерминације, мото универзалистичке детерминације није јединство власти, већ одвојеност статуса у органском смислу и подела власти у функционалном смислу. Примерице, институционални поредак локалне самоуправе (у погледу изворног делокруга) и институционални поредак државне управе спаја универзалистичка детерминација, без обзира на то што се у правној књижевности уобичајило да се однос између поменутих поредака посматра кроз призму појмова централизација и децентрализација. Исто тако, веза између јавних предузећа и јавних установа као ималаца јавних овлашћења и државне управе је ствар универзалистичке детерминације, следствено чему је посве погрешно имаоце јавних овлашћења називати недржавном управом.

Како је државна управа веома разгранат систем централних и подручних органа и унутрашњих организационих јединица (сектор, секретаријат, кабинет министра, одељење, одсек, група), веома је важно имати у виду вертикалну линију устројства државне управе. Вертикална линија

устројства државне управе заснована је на типу **једнолинијске организације, хијерархијски скројене са монократским руковођењем**. При томе, ресорски принцип као основни приликом образовања органа државне управе, доводи до тога да организационо устројство сваког министарства наликује пирамиди, те сваки централни орган управе у смислу органскога устројства представља пирамиду састављену од централних и подручних органа и унутрашњих организационих јединица. При томе, однос између органа и унутрашњих организационих јединица у оквиру пирамиде заснован је на хијерархији као најјачем обележју „централистичке детерминације”, а хијерархија уистину изражава својство државне управе као кичменог стуба држава. Хијерархија подразумева овлашћење вишег органа да оснива и укида ниже органе, именује и разрешава положајне службенике нижег органа, врши инстанциони и службени надзор, обавља дисциплинску власт и др. (Поповић, Петровић, Прица, 2011: 37-107).

Поврх наведеног, уређење државне управе засновано је и на централизацији, децентрализацији, деконцентрацији (у делу организационе структуре), инокосном принципу (у погледу руковођења) те реалном, ресорном, функционалном, територијалном и персоналном принципу (у погледу начина образовања органа државне управе).

(2) Правни принципи као телеолошки правни ставови представљају и основ управне делатности. Основни правни принципи управне делатности јесу одсуство самовоље надлежног органа, принцип законитости и забрана злоупотребе овлашћења. У управној материји важе императивне законске норме, следствено чему је искључена слободна воља као правотворачки извор, а императивне законске норме исходује нужност једностраног управноправног уређивања, што је основни правни принцип регулативне управне делатности. Колико су правотворачки извори важни, говори чињеница да поравнање закључено у управном поступку нема карактер управне ствари, већ посебне уговорне ствари, што значи да уређивање правне ствари путем слободне воље нема карактер управне ствари. Орган државне управе нема слободну вољу нити аутономију, чак и када се јавља као уговорна страна јер орган државне управе и приликом закључивања уговора поступа са разумском интерпретацијом законских норми и управном оценом целисходности. Разуме се, орган државне управе не може имати „јачу вољу” у односу на странку у управном поступку јер је његова дужност да управну ствар реши разумском интерпретацијом законских норми и оценом целисходности општег и јавног интереса.

У погледу принципа законитости, објаснили смо разлику између законитости у материјалном и формалном смислу, што долази као после-

дица немогућности да сви облици управне делатности буду у цело-сти обухваћени законским императивним нормама. Сталну могућност испољавања општих интереса у језгру општег добра изражавају генералне клаузуле општег добра (јавни поредак, јавни ред и мир, јавна безбедност и др.), што значи да позивање на помену-те клаузуле у ствари изражава испољавање општег интереса као динамичког израза општег добра, пред којим имају устукнути друга правна добра и правни интереси (нпр. признавање субјективног права или потреба његовог ограничавања). Зато у подручју језгра општег добра, које називамо управном материјом, потреба заштите јавног поретка изискује нужност постојања посебног управноправног режима са претпоставком законитости и управном оценом целисходности. Управна оцена целисходности овде служи заштити општег добра, а основ оцене целисходности је потреба реаговања на ирационално и непредвидљиво у животу територијалне заједнице, следствено чему судска контрола донесених управних аката у материјалноправном смислу бива битно ограничена. С друге стране, управна оцена целисходности везана је циљем законске норме, следствено чему је веома важно важење принципа забране злоупотребе овлашћења (забране самовољне управне оцене целисходности). Поврх наведеног, „добра државна управа” надахнута је применом принципа једнакости грађана пред органима државне управе те и важењем принципа стручности, ефикасности и професионалности.

(3) Напослетку, важно поље испољавања правних принципа је управни поступак, као основни правни пут у управној материји. Закон о општем управном поступку је системски закон у правном поретку, имајући у виду да је њиме на целовит начин уређена област управнопроцесног законодавства. Закон о општем управном поступку је процесни закон који се примењује поводом правног уређивања конкретизованих правних предмета. Као процесни закон, Закон о општем управном поступку садржи правне принципе као телеолошке правне ставове и правне норме као системске правне ставове, а законске норме као регулативни правни ставови – на основу којих се правно решава предмет управног поступка – садржане су у меродавном материјалноправном закону (Прица, 2018/II: 135-180).

С друге стране, Закон о општем управном поступку као општи закон према многобројним посебним законима стоји у режиму непосредне, супсидијарне и сходне примене властитих одредби. Прво, Закон о општем управном поступку примењује се непосредно и у цело-сти као процесни закон на чију примену је упутио меродавни материјално-

правни закон који не садржи процесне одредбе.²⁷ У овом примеру Закон о општем управном поступку је једини процесни закон који се примењује поводом решавања правног предмета, што је једна ситуација, док друга ситуација подразумева да је на примену Закона о општем управном поступку упутио посебан закон, који осим материјалноправних садржи и процесне норме. У овој потоњој ситуацији неопходно је утврдити критеријум за уређивање односа између процесних одредби посебних закона и одредби Закона о општем управном поступку као општег закона. Важећи Закон о општем управном поступку („Сл. гласник РС”, бр. 18/2016) има карактер општег процесног закона са непосредном применом у управној материји, при чему се овим законом прецизира основ за доношење посебних закона: „(1) Овај закон примењује се на поступање у свим управним стварима. (2) Поједина питања управног поступка могу посебним законом да се уреде само ако је то у појединим управним областима неопходно, ако је то у сагласности са основним начелима одређеним овим законом и не смањује ниво заштите права и правних интереса странака зајемчених овим законом” (чл. 3 Закона о општем управном поступку).

Из предочених законских ставова произлази закључак да је важећим Законом о општем управном поступку прописан режим правне надређености општег закона над посебним законима. С једне стране, важећи Закон о општем управном поступку предвиђа примену властитих одредби у погледу свих управних ствари, што значи да је начин примене Закона о општем управном поступку као општег закона условљен утврђивањем појма управне ствари спрам правних предмета који се правно уређују издавањем индивидуалних правних аката. С друге стране, важећи Закон о општем управном поступку очевидно има у виду непосредну примену својих одредби у делу општих правних начела и гарантованог степена правне заштите и супсидијарну примену властитих одредби на сва питања која нису уређена посебним законом.

Из правних принципа као телеолошких правних ставова произлазе системски правни ставови Закона о општем управном поступку, као и системски правни ставови садржани у посебним законима. С тим у вези, све процесне норме (системски правни ставови) управнопроцесног законодавства морају бити усаглашене са правним принципима Закона о општем управном поступку, што је постављено као услов законитости процесних одредби посебних закона.

²⁷ Пример материјалноправног закона који не садржи процесне одредбе и упућује на примену Закона о општем управном поступку је Закон о културним добрима (“Сл. гласник РС” бр. 71/94, 52/2011, 99/2011 и 6/2020).

Важећи Закон о општем управном поступку прописује правне принципе управног поступка, с тим да се законом одређује и језгро правних принципа у питању. Језгро о којем говоримо сачињавају основни телеолошки правни ставови, из којих би у поступку уређивања правних предмета требало да уследи даље утврђивање садржине правних принципа као градивних закона управнопроцесног законодавства.

Предочићемо у продужетку језгро свих правних принципа управног поступка, саобразно правним ставовима важећег Закона о општем управном поступку: У погледу **принципа законитости и предвидивости** (члан 5), језгро сачињавају следећи правни ставови: (1) Орган поступа на основу закона, других прописа и општих аката. (2) Када је законом овлашћен да одлучује по слободној оцени, орган одлучује у границама законом датог овлашћења и сагласно циљу због кога је овлашћење дато. (3) Када поступа у управној ствари, орган води рачуна и о ранијим одлукама донетим у истим или сличним управним стварима. (члан 5); **Принцип сразмерности** (члан 6): (1) Орган може да ограничи право странке или да утиче на њен правни интерес само поступањем које је неопходно да се њиме оствари сврха прописа и само ако та сврха не може да се оствари друкчијим поступањем којим би се мање ограничавала права или у мањој мери утицало на правни интерес странке. (2) Када се странци и другом учеснику у поступку налаже обавеза, орган је дужан да примени оне од прописаних мера које су по њих повољније ако се и њима остварује сврха прописа; **Принцип заштите права странака и остваривања јавног интереса** (члан 7.): Орган је дужан да омогући странци да што лакше заштити и оствари своја права и правне интересе, али не на штету права и правних интереса трећих лица, нити јавног интереса; **Принцип помоћи странци** (члан 8.): (1) Орган по службеној дужности пази да незнање и неукост странке и другог учесника у поступку не буде на штету права која им припадају. (2) Кад орган, с обзиром на чињенично стање, сазна или оцени да странка и други учесник у поступку има основа за остварење неког права или правног интереса, упозорава их на то. (3) Ако у току поступка дође до измене прописа који је од значаја за поступање у управној ствари, орган ће о томе информисати странку; **Принцип делотворности и економичности поступка** (члан 9.): (1) Орган је дужан да странкама омогући да успешно и целовито остваре и заштите права и правне интересе. (2) Поступак се води без одуговлачења и уз што мање трошкова по странку и другог учесника у поступку, али тако да се изведу сви докази потребни за правилно и потпуно утврђивање чињеничног стања. (3) Орган је дужан да по службеној дужности, у складу са законом, врши увид у податке о чињеницама неопходним за одлучивање о којима се

води службена евиденција, да их прибавља и обрађује. (4) Орган може од странке да захтева само оне податке који су неопходни за њену идентификацију и документе који потврђују чињенице о којима се не води службена евиденција; **Принцип истине и слободне оцене доказа** (члан 10.): (1) Орган је дужан да правилно, истинито и потпуно утврди све чињенице и околности које су од значаја за законито и правилно поступање у управној ствари. (2) Овлашћено службено лице одлучује по свом уверењу које чињенице узима као доказане, на основу савесне и брижљиве оцене сваког доказа посебно и свих доказа заједно, као и на основу резултата целокупног поступка; **Право странке на изјашњавање** (члан 11.): (1) Странци мора да се пружи прилика да се изјасни о чињеницама које су од значаја за одлучивање у управној ствари. (2) Без претходног изјашњавања странке може се одлучити само када је то законом дозвољено; **Принцип самосталности** (члан 12.): (1) Орган поступа у управној ствари самостално, у оквиру својих овлашћења. (2) Овлашћено службено лице самостално утврђује чињенично стање и на основу тога примењује законе и друге прописе на управну ствар; **Право на жалбу и приговор** (члан 13.): (1) Против решења донесеног у првом степену, односно ако орган у управној ствари није одлучио у прописаном року, странка има право на жалбу, ако законом није друкчије прописано. (2) Странка има право на приговор у случајевима утврђеним овим законом. (3) Надлежни државни органи могу да изјаве жалбу и приговор када су на то овлашћени законом; **Принцип правноснажности решења** (члан 14.): Решење против кога не може да се изјави жалба, нити покрене управни спор (правноснажно решење), а којим је странка стекла одређена права, односно којим су јој одређене обавезе, може да се поништи, укине или измени само у случајевима који су законом одређени; **Принцип приступа информацијама и заштите података** (члан 15.): (1) Орган је дужан да омогући приступ информацијама од јавног значаја у складу са законом. (2) Тајни и лични подаци штите се у управном поступку у складу са законом.

Да би се остварио смисао правних принципа у правном поретку, неопходно је да се у поступку конкретизације права примене телеолошки правни ставови, тако што ће надлежни органи, а преваходно судови – у образложењима својих одлука изложити правна схватања заснована на правним принципима. Једино на тај начин правни принципи задобијају збиљско присуство у правном поретку јер се путем образложених правних схватања постиже конкретизација правних принципа (градивних закона) – као снопова телеолошких правних ставова – око којих се плету правне норме као системски и регулативни правни ставови. Конкретизација у питању омогућава испитивање евентуалне неса-

гласности правних норми наспрам правних принципа, посебно када на то испитивање непосредно упућује законодавац. Без конкретизације у наведеном значењу, правни принципи остају слово на папиру, чему као доказ могу послужити правни пореци држава са подручја бивше СФРЈ. Прописивање обавезе поштовања основних правних принципа управног поступка збиља представља слово на папиру јер се у правној стварности јача правна снага правних принципа грубо игнорише. Образложења одлука органа управе имају веома низак правни ниво, чак и у делу разлога и оцене доказа, а образложена правна схватања заснована на правним принципима представљају тачку до које органи управе не досежу. До те тачке не досеже ни управно правосуђе, тако да су веома ретке судске пресуде са зрачећим правним схватањима. Правни принципи управног поступка с тога задобијају декларативни карактер, а ток стварања и конкретизације права у управној материји стоји чврсто под владом законских норми у најужем значењу нормативизма, што проузрокује да и Закон о општем управном поступку задобија својство законског слова које ишчезава под утицајем процесних одредби посебних закона.

6. Уместо закључка

Упркос томе што су правни принципи снажно допринели конституисању савремених европских правних система, као и уобличавању доктрине о владавини на основу права, правним принципима се у нашој правној књижевности по правилу одриче самосталан правни карактер. Низак степен заступљености правних принципа у судској јуриспруденцији и правној књижевности у нас, несумњиво представља последицу општеприхваћености нормативистичког поимања права у најужем значењу нормативизма, при којем се право поима као процес стварања и примене општих правних норми као „формалних извора права”.

Промена правне свести и већа заступљеност правних принципа у оквиру универзитетског правничког образовања јесу први услов за оживљавање правних принципа као градивних закона правног поретка.

У управној материји, неопходно је предузети кораке, који полазећи од неопходности промене управнопроцесног законодавства полажу наду у снагу судске јуриспруденције.

У погледу управног поступка, јуриспруденција заснована на правним принципима важна је у погледу уређивања односа између Закона о општем управном поступку и посебних закона, при чему је наспрам овога питања неопходна и интервенција законодавца. Чланом 214

важећег Закона о општем управном поступку установљена је обавеза усклађивања посебних закона са Законом о општем управном поступку, а одлуком Владе Републике Србије („Службени гласник РС”, број 119 од 29. децембра 2017.) образовано је Кординационо тело за усклађивање посебних закона са Законом о општем управном поступку. Но, усклађивање посебних закона са Законом о општем управном поступку ни дан-данас није проведено!

Наше је мишљење да усклађивање посебних закона није могуће без измене Закона о општем управном поступку, тако што ће се одредбама Закона о општем управном поступку: (1) утеловити разлика између супсидијарне и сходне примене општег процесног закона и (2) појачати непосредна примена Закона о општем управном поступку у управној материји.²⁸

Будући да је Закон о општем управном поступку системски (основни) процесни закон у управној материји, није довољно да посебни закони буду везани само правним принципима и степеном правне заштите садржаним у Законом о општем управном поступку, што значи да је у управној материји неопходно обезбедити да Закон о општем управном поступку у целисти важи као системски и општи процесни закон. Посебан закон у управној материји треба да буде конкретизација правних принципа и правних норми системског процесног закона као општег закона, тако што ће се посебним законом нормирати посебни случајеви испољавања правних института садржаних у општем процесном закону.

С друге стране, одступања од правних норми у одредбама посебних закона морају имати правни основ у Замену о општем управном

²⁸ Лучење супсидијарне и сходне примене општег закона је наше оригинално гледиште које представља допринос уређивању односа између посебних закона и Закона о општем управном поступку као општег закона. Наше гледиште о разлици између сходне и супсидијарне примене општег закона први пут је поменуто у нашем чланку о управној и управној судској ствари из 2019. године (Прица, 2019: 627-630). Занимљиво је приметити да је приликом доношења Закона о изменама и допунама Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре („Службени гласник РС”, бр. 31/2019) у чл. 4 измењена примена овога закона, тако што је наведено: реч „Сходна“ замењује се речју „Супсидијарна“, што нам даје основ да верујемо да ће гледиште о разликовању сходне и супсидијарне примене бити узето као основни критеријум приликом усклађивања посебних закона са Законом о општем управном поступку. Везаност обимом расправе не допушта нам да приступимо детаљној анализи постојећих посебних закона наспрам супсидијарне и сходне примене Закона о општем управном поступку. С тим у вези, властите закључке предочићемо у будућем раду. Када је реч о типичним одступањима процесних одредби у посебним законима у односу на Закон о општем управном поступку” видети: (Лончар, 2016: 1231-1249).

поступку, што одговара својству општег процесног закона са непосредном применом. Закон о општем управном поступку као системски закон уређује правне интитуте тако што поставља основне правне норме као системске правне ставове који ће обезбедити да правни институти на општи начин важе у свим гранама управне материје, што не значи да треба искључити могућност одступања од општег режима правних института у одредбама посебних закона. Али, за допуштеност таквих одступања мора постојати правни основ у општем процесном закону, тако што ће Закон о општем управном поступку изречно установити могућа одступања и њихове границе (Прица, 2021: 97-116).

На описани начин обезбедиће ће се да све процесне одредбе посебних закона имају правни основ у општем процесном закону, чиме ће Закон о општем управном поступку у управној материји уистину задобити својство системског и општег закона. То ће јамачно значити да се у појединим гранама управне материје примарно примењују процесне одредбе посебног закона које су усаглашене са Законом о општем управном поступку, а Закон о општем управном поступку ће се супсидијарно (у целости) применити на сва питања која нису уређена посебним законом.

У другим материјама правног уређивања непосредна примена Закона о општем управном поступку важила би само у делу општих правних принципа као телеолошких правних ставова, а у преосталом делу важила би сходна примена одредаба Закона о општем управном поступку. При томе, будући да су правни принципи општи телеолошки правни ставови који захтевају конкретизацију, ваљане примене Закона о општем управном поступку као општег процесног закона не може бити без утврђивања свих правних норми (системских правних ставова) Закона о општем управном поступку који непосредно изражавају општа правна начела (телеолошке правне ставове) управног поступка.²⁹

²⁹ Пример правног принципа као телеолошког правног става је начело помоћи странци из чл. 8 Закона о општем управном поступку: „(1) Орган по службеној дужности пази да незнање и неукост странке и другог учесника у поступку не буде на штету права која им припадају. (2) Кад орган, с обзиром на чињенично стање, сазна или оцени да странка и други учесник у поступку има основа за остварење неког права или правног интереса, упозорава их на то. (3) Ако у току поступка дође до измене прописа који је од значаја за поступање у управној ствари, орган ће о томе информисати странку”. Пример правне норме као системског правног става који непосредно изражава предочено начело о помоћи странци је одредба чл. 59 Закона о општем управном поступку: „(1) Орган по службеној дужности пази да незнање и неукост странке и другог учесника у поступку не буде на штету права која им припадају. (2) Кад орган, с обзиром на чињенично стање, сазна или оцени да странка и други учесник у поступку има основа

Закон о општем управном поступку ван управне материје превасходно служи остваривању јединства правног поретка као уставнога принципа. Разлог томе је потреба спречавања да „федерализација” државне власти путем јавних овлашћења не доведе и до феудализације режима правног уређивања правних предмета, чиме би наступила разградња правног поретка.

Други корак у правцу одистинске примене правних принципа у управној материји подразумева увођење управног судске ствари у законодавство и јудикатуру управног правосуђа. Управна ствар и управног судска ствар су две засебне правне ствари у правном поретку. Управна ствар је предмет управног поступка, а управног судска ствар представља предмет управног спора. Разлику између управне и управног судске ствари требало би законом нормирати.

Судска контрола законитости у управном спору не може обухватити управну материју у целости нити може у свим управним стварима у целости обухватити управно-правни режим уређивања управне ствари. Прво, у управној материји су заступљене правне ствари које не могу бити предмет судске контроле законитости у управном спору. У питању су правне ствари у чијем је правном уређивању заступљена слободна воља као правотворачки извор (поравнање у управном поступку и пред органом управе уопште)³⁰, при чему постоје и различити имовинско-правни предмети који се уређују од стране органа управе појединачним правним актима у погледу којих је предвиђена судска заштита у парничном поступку.³¹ Друго, предмет управног спора нису материјални

за остварење неког права или правног интереса, упозорава их на то. (3) Ако у току поступка дође до измене прописа који је од значаја за поступање у управној ствари, орган ће о томе информисати странку.“ Одавде произлази да уколико процесна одредба посебног закона није у сагласности са чл. 59 Закона о општем управном поступку то дакако и значи да је дошло до повреде начела о помоћи странци из члана 8 Закона о општем управном поступку. Пример повреде начела помоћи странци у посебном закону видети у Цуцићевом раду (Цуцић, 2020: 32).

³⁰ „Поравнање које Закон о општем управном поступку предвиђа као могуће под одређеним условима у управном поступку не представља решавање о правима и обавезама странака, већ уређивање спорног односа споразумом између странака, стога се оно може побијати одговарајућим правним средством само код надлежног суда.“ Врховни суд Србије, Увп - 129/82 од 12. 10. 1982. (Томић, Бачић, 1986: 183). „Поравнање закључено код органа управе не може се оспоравати редовним и ванредним правним средствима ЗУП-а, већ у парници код опште надлежности.“ Пресуда Врховног суда Србије У. 5720/05 од 31. 05. 2006. године.

³¹ На седници Грађанског одељења Врховног суда Србије од 26. маја 2003. године, усвојено је правно схватање према којем суд опште надлежности суди у споровима за исплату неизмерених новчаних потраживања по тужбама корисника чија су права

(физички) акти органа управе,³² а материјални (физички) акти у управној материји имају исти значај колико и правни акти. Напоследку, у управним стварима које се решавају на основу управне оцене целисходности, судска контрола законитости је по природи ствари ограничена немогућношћу контроле целисходности која обликује правно биће управних аката донесених на основу управне оцене целисходности (дискреционих управних аката). Уз то, спор пуне јурисдикције је искључен када се као предмет управног спора јави управни акт донесен на основу управне оцене целисходности (чл. 43 ст. 2 Закона о управним споровима), што јасно потврђује немогућност да судско испитивање у управном спору захвати управно-правни режим у целости. Одавде белодано произлази разлог појмовног разликовања управне ствари и управносудске ствари, са веома важном напоменом да је за доктрину о правној држави веома важна судска јуриспруденција о циљу закона и прекорачењу овлашћења поводом управне оцене целисходности, што значи да ће се однос између управне ствари и управносудске ствари појмовно развити у мери у којој наше управно правосуђе буде развијало јуриспруденцију (правна схватања и доктрине) о циљу закона као елементу материјалне законитости наспрам управне оцене целисходности.

Развијањем судске јуриспруденције засноване на образложеним правним схватањима нужно ће на видело изаћи дејство правних принципа као телеолошких правних ставова и градивних закона у управној материји.

утврђена одлуком органа управе. (Тамаш, 2003: 117). С друге стране наводимо један пример имовинскоправног предмета који подлеже судској контроли у управном спору: „Захтев за ванредно усклађивање војне пензије представља имовински захтев па су законски наследници корисника пензије овлашћени на подношење захтева и жалбе у управном поступку и тужбе у управном спору.“ (*Правни став утврђен на седници свих судија 20.04.2015. године*). Билтен судске праксе Управног суда бр. 5/2015, стр. 95-96.

³² Управни спор се једино може водити поводом негативног решавања по захтеву за издавање уверења: „Ако управни орган одбије да изда уверење зато што сматра да није дужан да изда уверење јер се не ради о ствари о којој он води службену евиденцију нити о ствари за коју је прописано издавање уверења у смислу члана 171. ЗУП-а такво решење представља управни акт у смислу члана 6. ЗУС-а. Друга је ситуација, када орган одбије захтев за издавање уверења зато што су чињенице другачије него што их представља странка, јер такво решење има карактер негативног уверења. Врховни суд Југославије, Уж. 10165/61 од 12. 01. 1962. год.

Литература

Бидлински, Ф. (2011). *Правна методологија, основи науке о правним методама*. Подгорица

Бован, С. (2012). Тумачење права као вредновање на основу контекста - прилог конструктивној теорији тумачења. *Анали Правног факултета у Београду*. 1. 83-106.

Бован, С. (2016). *Правна херменеутика између филозофије и логике, социолошки метод у тумачењу и примени права*. Београд

Бребан, Г. (2002). *Административно право Француске*. Подгорица

Васиљевић, Д. (2003). *Управне радње полиције и начело законитости*, докторска дисертација. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Водинелић, В. (2014). *Грађанско право, увод у грађанско право и општи део грађанског права*. Београд

Duguit, L. (1911). *Traité de droit constitutionnel*, I. Paris

Живановић, Т. (1951). *Систем синтетичке правне филозофије, синтетичка филозофија права I*. Београд

Laband, P. (1911). *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*. Tubingen

Лончар, З. (2016). Посебни управни поступци, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 4, 1231-1249.

Лукић, Р. (1954). *Теорија државе и права, II. Теорија права*. Београд

Марковић, Р. (2008). *Уставно право и политичке институције*. Београд

Милков, Д. (1986). Управна ствар. *Анали Правног факултета у Београду*. 5. 490-504.

Перелман, Х. (1983). *Право, морал и филозофија*. Београд

Петровић, М. (1981). *Правна везаност и оцена целисходности државни власти и органа*, Београд: Савремена администрација

Петровић, М. у сарадњи са Прица М. (2015). *Увом у велике правне и управне системе са европским управним правом*. Ниш

Петровић, М., Прица, М. (2020). *Посебно управно право с међународним управним правом*. Ниш

Поповић, С. Петровић, М. у сарадњи са Прицом, М. (2011). *Управно право - општи део*. Ниш

Поповић, Д. (2005). *Увод у упоредно право*. Београд

Поповић, Д. (2009). Пилот пресуде Европског суда за људска права, *Билтен Врховног суда Србије*. 1, 220-237.

Прица, М. (2018/I). Јединство правног поретка као уставно начело и законско уређивање области правног поретка – Уједно излагање о унутрашњем правном систему, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 78. 103-126.

Прица, М. (2018/II). Правни принципи у поретку правне државе: канони правног поретка и унутрашњег правног система, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 80. 135-180.

Прица, М. (2019). Управна ствар и управносудска ствар, *Право у функцији развоја друштва*. Косовска Митровица. 597-639.

Прица, М. (2020). Уговор и управни уговор као правни институти, Међународна научна конференција „Право и мултидисциплинарност“, *зборник радова*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу. 189-231.

Прица, М. (2021). Супсидијарна и сходна примена Закона о општем управном поступку, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 91. 97-116.

Прица, М. (2022). Јавни интерес, општи интерес и приватни интерес као правни појмови, *Зборник Матице српске за друштвене науке*. 184. 521-537.

Прица, М. (2023). Карактер полицијске делатности, *Право између стварања и тумачења – зборник радова*. Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву. 395-416.

Радбрух, Г. (1991). Природа ствари као облик правног мишљења. *Зборник за теорију права*. 1. Београд. 217-237.

Тамаш, В. (2003). Грађанскоправна заштита новчаних потраживања утврђених одлукама управних органа, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*. 3. 117.

Томић, З. Бачић, В. (1986). *Коментар Закона о општем управном поступку са судском праксом и регистром појмова (пречишћени текст)*. Београд

Canaris, C.-W. (1969). *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. Berlin

Хасанбеговић, Ј. (1988). *Перелманова правна логика као нова реторика*. Београд

Хасанбеговић, Ј. (2015). Нормативиста без норми? - Радомир Д. Лукић у

систему филозофије права, *Научно наслеђе Радомира Д. Лукића, Зборник радова са научног скупа одржаног 11-12. децембра 2014*. Београд: САНУ. 69-81.

Цуцић, В. (2020). *Спровођење и контрола поступка јавних набавки*. Београд

Шмит, К. (2001). *Легалност и легитимност*. Карл Шмит и његови критичари. Београд

Prof. Miloš Prica, LL.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš,
Republic of Serbia

LEGAL PRINCIPLES IN ADMINISTRATIVE MATTERS

Summary

What is the difference between teleological legal positions, systemic legal positions, and regulative legal positions? Teleological legal positions express basic legal ideas and direct legal awareness in the legal order of the state of law, thus determining the legal basis of legal norms as regulative legal positions and the legal basis of activities of subjects of the legal order. Systemic legal positions regulate the mutual relationship between the constituent entities of the legal order and regulate the course, scope and reach of legal regulation and activities of the subjects of the legal order. Regulative legal positions directly regulate the subjective rights and legal duties of the subjects of the legal order. Therefore, by their internal (legal-logic) structure, legal norms and legal principles are legal positions, but legal positions of different properties. Legal principles are radiating teleological legal positions, while legal norms appear as systemic and regulative legal positions. Systemic legal positions are exclusively embodied in the form of general legal norms with general legal effect, while regulative legal positions appear as legal norms with an erga omnes effect and legal norms with an inter partes effect. The paper discusses the scope of application of legal principles in administrative matters, with specific reference to the relationship between legal principles as teleological legal positions and legal norms as systemic legal positions.

Keywords: legal principles, legal norms, teleological legal positions, systemic legal positions, regulative legal positions, administrative matters.

Др Наташа Рајић,*

Доцент,

Правни факултет, Универзитет у Новом Саду,

Република Србија

UDK: 342.4:[364.652:331.56(497.11)

UDK: 364.65-053.2(497.11)

DOI: 10.5281/zenodo.14514128

УСТАВНОПРАВНА ДИМЕНЗИЈА СОЦИЈАЛНИХ ПРАВА У ОБЛАСТИ ФИНАНСИЈСКЕ ПОДРШКЕ ПОРОДИЦИ СА ДЕЦОМ**

Апстракт: Финансијска подршка породици са децом представља позитивну обавезу државе која се темељи, пре свега, на уставним гаранцијама посебне заштите породице, мајке, самохраног родитеља и детета. У основи ове подршке је и уставна обавеза државе да подстиче родитеље на рађање деце и да им у томе помаже. С тим у вези, у раду се анализира уставносудска пракса у области нормативне контроле закона којим се уређује област финансијске подршке породици са децом. Анализа се спроводи са циљем свеобухватног сагледавања спорних уставноправних питања у овим уставним споровима као и утврђивања специфичности које карактеришу поступак уставнесудског одлучивања. Истраживање се темељи на две претпоставке – првој, да законодавац у непопуној мери уважава уставноправни оквир приликом законског уређивања одређених права из ове области, а нарочито уставне одредбе којима се гарантују општа начела остваривања људских и мањинских права и слобода; и другој, да поступак уставносудске контроле закона којим се уређује ова осетљива област одликује низ специфичности.

Кључне речи: породица, финансијска подршка, социјална права, уставност закона.

* N.Rajic@pf.uns.ac.rs, [ORCID ID 0000-0002-3883-9245](https://orcid.org/0000-0002-3883-9245)

** Рад је био изложен виду усменог саопштења под истим називом на Међународној научној конференцији „Правни принципи у савременом праву“, која је одржана на Правном факултету Универзитета у Нишу 19. и 20. априла 2024. године.

1. Увод

Област финансијске подршке породици са децом у Републици Србији уређена је Законом о финансијској подршци породици са децом донетим 2017. године, чија је примена отпочела 01. јула 2018. године. Почетком примене овог закона престао је да важи претходни закон којим је била уређена иста област. Важећем законом дефинисани су циљеви због којих се додељује ова врсте подршке, а то су: побољшање услова за задовољење основних потреба деце, усклађивање рада и родитељства, посебни подстицај и подршка родитељима да остваре жељени броја деце као и побољшање материјалног положаја породица са децом, породица са децом са сметњама у развоју и инвалидитетом и породица са децом без родитељског старања. Законом су уређена и права из ове области.¹

Закон о финансијској подршци породици са децом неколико пута је био предмет уставносудске контроле. Прецизније, анализа уставносудске праксе показује да поједине одредбе овог Закона нису биле са успехом оспорене, будући да је Уставни суд одбио² или одбацио³ предлог којим је затражена њихова нормативна контрола или се, пак, није ни упуштао у сам поступак контроле.⁴ Међутим, одређен број одредби овог Закона је успешно оспорен и оне су, дејством одлуке Уставног суда, одстрањене из правног система.

Стога се чини се упутним извршити пажљивију анализу ове уставносудске праксе, имајући пре свега у виду осетљивост области која је уређена овим Законом, а то су права која укључују одговарајућа финансијска давања државе. У том смислу, предмет истраживања овог рада су, пре свега, касаторне одлуке Уставног суда донете у поступцима нормативне контроле овог Закона. Анализа ових одлука се спроводи са циљем свеобухватног сагледавања спорних уставноправних питања која су била отворена у овим уставним споровима као и утврђивања специфичности поступака нормативне контроле овог закона, као што је начин покретања поступка, примена института одлагања објављивања одлуке Уставног суда и др. Основне хипотезе од којих се полази у истраживању су следеће: прва, да законодавац у непотпуној мери ува-

¹ Чл. 57, чл. 56, ст. 2, чл. 1, чл. 11 и даље, Закона о финансијској подршци породици са децом, *Сл. гласник РС*, 113/17, 50/18, 46/21 – Одлука УС, 51/21 – Одлука УС, 53/21 – Одлука УС, 66/21, 130/21, 43/23 – Одлука УС, 62/23 и 11/24 – Одлука УС.

² Одлука Уставног суда IУз-216/2018.

³ Одлука Уставног суда IУз-299/2018.

⁴ Решење Уставног суда IУз-229/2018.

жава уставноправни оквир приликом законског уређивања одређених права из ове области, а нарочито уставне одредбе којима се гарантују општа начела остваривања људских и мањинских права и слобода; и друга, да поступак уставносудске контроле закона којим се уређује ова осетљива област одликује низ специфичности.

У том смислу, у раду ће најпре бити дат кратак теоријски осврт на посебности нормативне контроле закона којима се уређује област социјалних права уопште, имајући у виду правну природу ових права као и улогу законодавца у уређивању њихове садржине и услова под којима се остварују. Спорна уставноправна питања биће сагледана у оквиру сажетог приказа уставносудске праксе, а потом ће пажња бити усмерена ка посебностима уставносудског одлучивања у овим предметима. Закључак рада ће објединити резултате истраживања и расветлити претпоставке од којих се полази у истраживању.

2. Нормативна контрола закона којима се уређују социјална права

Нормативна контрола закона којима се уређује област социјалних права има посебну тежину имајући, пре свега, у виду правну природу ових права. Наиме, социјална права, иако гарантована Уставом, припадају групи права позитивног статуса, јер подразумевају активну улогу државе у њиховом остваривању. У теорији, пак, постоје схватања да позитивну улогу државе треба разматрати у контексту „позитивне димензије” конкретног права, не везујући ову димензију искључиво за категорију социјалних права (Klatt, 2015: 355). Несумњиво је да ова права припадају категорији законских права, будући да се њихова садржина, начелно уређена Уставом, ближе уређује законима (Пајванчић, 2011: 10). Отуда законодац има значајну улогу у дефинисању садржаја ових права као и услова под којима се она остварују. Простор законодавца у законском уређивању ових права је природно омеђен одредбама устава којима се она начелно гарантују као и општим начелима под којима се људска права и слободе генерално остварују.

Овако опредељена правна природа социјалних права усложњава капацитет уставноправне заштите који се може остварити пред уставном судом, посебно у поступку нормативне контроле закона којима се она уређују. Осетљивост уставноправних питања која се постављају у уставним споровима у вези са уређивањем економских и социјалних права показује, између осталог, и озбиљност уставноправне аргументације изнете у издвојеним мишљењима судија Уставног суда на неке од

одлука донетих у нашој уставносудској пракси.⁵ При томе, не треба занемарити чињеницу да је домет уставног суда у контроли закона којима се уређују ова права додатно усложњен чињеницом да остваривање ових права нужно подразумева захват у област јавних прихода. Стога, чини се да чворишно упориште уставног суда у контроли ових закона, поред основног језгра гаранције појединачног права, чине управо општа начела о људским правима и слободама гарантована уставом. Са ослоном на ова начела, уставни суд своје поступање задржава у границама заштите владавине права и поштовање домена законодавне власти, уз истовремено удаљавање од поступања у теорији дефинисаног концептом тзв. „софистицираног законодавца” (Sweet, 2000: 3).

Међутим, основно проблемско место у уставносудској заштити социјалних права представља опредељивање њиховог минималног садржаја које гарантује уставна одредба. То представља погодан простор или за наглашени уставносудски активизам⁶ или за претерано уздржавање од њихове заштите. У том смислу, задатак уставног суда своди на изнаглажење „правилног баланса између та два пола” односно „правилног интензитета контроле” (Klatt, 2015: 361-362). У теорији се, при томе, нуде и различити модалитети поступања уставног суда у заштити економских и социјалних права, који излазе из оквира строге поделе на тзв. „јаке” и „слабе” судове (Young, 2010: 388-409). То јасно говори у прилог тези да конституционализација социјалних права повлачи за собом известан број потешкоћа, посебно када је реч о њиховој заштити. У том смислу, одговорност уставног суда у области контроле закона којима се уређују социјална права има додатну тежину, имајући у виду чињеницу да његове одлуке, уопштено узевши, „по свом дејству надилазе одлуке којима се решава конкретни уставни спор”, те да оне, заједно са ставовима „о правом значењу уставних норми (...) имају пресудан утицај на законодавну делатност (...) и обезбеђење правних стандарда у заштити људских права на свим нивоима” (Ненадић, 2012: 59).

3. Нормативна контрола Закона о финансијској подршци породици са децом – преглед уставносудске праксе

Уставни суд Србије је, у области нормативне контроле закона којим су уређена социјална права у области финансијске подршке породици са децом, донео неколико касаторних одлука. Пажљивијом анализом

⁵ Видети нпр. издвојено мишљење судије др Босе Ненадић на Решење Уставног суда у предмету IУз-531/2014. *Сл. гласник РС*, 88/2015.

⁶ Уставносудски активизам се уопштено види као претња урушавању парламентарног система и демократског правила већине у одлучивању (Holland, 1991:5).

осветлиће се спорна уставноправна питања која су отворена у овим уставним споровима.

Одлуком Уставног суда ИУз-216/2018 утврђена је неуставност одредби Закона о финансијској подршци породици са децом којима је био прописан различит услов за остваривања права на остале накнаде по основу рођења и неге детета и посебне неге детета када је реч о мајци која је пољопривредна осигураница, у односу на друге кориснике овог права.⁷ Различитост се односила на дужину периода у оквиру којег су уплаћивани доприноси за обавезно социјално осигурање – у погледу мајке која је пољопривредна осигураница тај период је износио 24 месеца, док је за остале кориснике овог права тај период износио 18 месеци. Уставни суд је оспорене одредбе Закона огласио неуставним са образложењем да се на овај начин „(...) пољопривредне осигуранице стављају у неједнак положај у погледу услова за остваривање права на остале накнаде по основу рођења и неге детета и посебне неге детета у односу на друге кориснике тога права, а да овакво разликовање, према оцени Суда, нема објективног и разумног оправдања, нити се њиме тежи одређеном легитимном циљу”. Поврх тога, Уставни суд је истакао да жене које живе у сеоским подручјима представљају „(...) једну од најрањивијих група у погледу једнаких могућности за остваривање људских права (...)” што, чини се, даје додатан квалитет оцени да наведене одредбе нису у складу са уставним начелом једнакости и забране дискриминације.⁸

Одлуком Уставног суда ИУз-247/2018 утврђена је неуставност као и несагласност са потврђеним међнародним уговором одредбе којом је било уређено питање износа накнаде зараде односно накнаде плате за време породилског одсуства. Оспореном одредбом било је прописано да „пун месечни износ накнаде зараде односно накнаде плате за време породилског одсуства, не може бити мањи од минималне зараде утврђене на дан подношења захтева, ако је код надлежног органа евидентирано најмање шест најнижих основица на које су плаћени доприноси на примања која имају карактер зараде”.⁹ Уставни суд је приликом оцене уставности и сагласности са потврђеним међнародним уговором оспорене одредбе посебно узео у обзир чињеницу да износ накнаде зараде за време привремене спречености за рад, сагласно закону којим се уређује област здравственог осигурања, не може бити мањи од минималне зараде, без обзира на претходни стаж осигурања. Сагласно

⁷ Одлука УС ИУз-216/2018.

⁸ Одлука УС ИУз-216/2018.

⁹ Чл. 14, ст. 8 Закона о финансијској подршци породици са децом, *Сл. гласник РС*, 113/17 и 50/18.

томе, Уставни суд је утврдио несагласност оспорене одредбе са одредбом чл. 66, ст. 2 Устава којом се гарантује посебна подршка и заштита мајке пре и после порођаја, као и одредбом чл. 6, ст. 2 Конвенције Међународне организације рада број 183 о заштити материнства. У образложењу одлуке, Уставни суд је подвукао да оспорена одредба „ограничава суштину зајемченог права из члана 66. став 2 Устава, на начин супротан ставу 3 члана 20. Устава”. То је образложено чињеницом да из целине анализираних одредби произлази да износ накнаде зараде због одсуства са рада ради одржавања трудноће не може бити нижи од минималне зараде, без обзира на претходни стаж осигурања, док је износ накнаде зараде за време породилског одсуства, сагласно оспореној одредби, уређен на начин да исплату минималог износа зараде условљава претходним стажом осигурања. Стога је Уставни суд прибегао парцијалној касацији и из правног система одстранио оспорену одредбу у делу којим је прописано „ако је код надлежног органа евидентирано најмање шест најнижих основица на које су плаћени доприноси на примања која имају карактер зараде”.¹⁰

Одлуком Уставног суда IУз-266/2017 утврђена је неуставност одредбе Закона о финансијској подршци породици са децом којом је било прописано следеће: „Право на накнаду зараде, односно накнаду плате за време одсуства са рада ради посебне неге детета не може се остварити за дете за које је остварено право на додатак за помоћ и негу другог лица”.¹¹ Уставни суд је у овом предмету утврдио повреду уставног начела јединства правног поретка гарантованог чл. 4 Устава истакавши да Закон о финансијској подршци породици са децом не може имати карактер посебног закона којим се уређују права по основу рада. Суд је подвукао да је Законом о раду изричито прописано да у случају одсуства са рада ради посебне неге детета запосленом припада право на накнаду зараде, у складу са законом, али да ова одредница („у складу са законом”) „(...) не може представљати основ да се оспореном одредбом (...) измени правна природа овог одсуства са рада, тако што ће се оно од плаћеног претворити у неплаћено одсуство”.¹²

У предмету IУз-299/2018 Уставни суд је испитивао одредбу Закона о финансијској подршци породици са децом којом је било прописано: „Право на остале накнаде по основу рођења и неге детета остварује у трајању од годину дана од дана рођења детета, без обзира на ред

¹⁰ Одлука Уставног суда IУз-247/2018.

¹¹ Чл. 12, ст. 7 Закона о финансијској подршци породици са децом, *Сл. гласник РС*, 113/17 и 50/18.

¹² Одлука Уставног суда IУз-266/2017.

рођења детета”.¹³ Суд је ову одредбу оцењивао у контексту права на накнаду зараде, односно накнаду плате за време породилског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуства са рада ради посебне неге детета (даље у тексту право на накнаду зараде) и посебно дужине периода унутар којег се оно остварује. Након спроведене анализе и истицања разлика, Суд је нашао да право на остале накнаде по основу рођења и неге детета суштински одговара праву на накнаду зараде (које припада искључиво запосленима) те да оба права стоје у функцији конкретизације уставне одредбе којом се гарантује посебна подршка и заштита мајци пре и после рођења детета. Суд је такође закључио да је идентичан и сам циљ због којег су оба права установљена, а то је усклађивање рада и родитељства као и обезбеђивање социјалне сигурности у периоду када је мајка спречена да ради.

Узимајући у обзир чињеницу да је, сагласно Закону о раду, право на породилско одсуство и одсуство ради неге детета за треће и свако наредно новорођено дете уређено у трајању од две године (те се, последично, у истом периоду остварује и право на накнаду зараде), а да се право на остале накнаде по основу рођења и неге детета остварује у трајању од једне године, без обзира на ред рођења детета, Уставни суд је нашао да не постоји „(...)објективно и разумно оправдање за различито трајање тих права у случају рођења трећег и сваког наредног детета”. То је додатно подржано схватањем да право на накнаду зараде, поред социјалне, представља и меру популационе политике. Отуда је Уставни суд закључио „(...) да су мајке које су пре рођења трећег и сваког наредног детета у пописаном периоду остваривале приходе по неком од предвиђених основа, оспореном одредбом члана 17. став 4. Закона неоправдано стављене у неповољан положај у односу на мајке које су у радном односу код послодавца”. У том смислу, Уставни суд је утврдио да оспорена одредба противречи одредби чл. 21, ст. 3 којом је прописана забрана дискриминације.¹⁴

Најзад, Уставни суд је, у предмету ИУз-60/2021 испитивао уставност одредбе Закона о финансијској подршци породици са децом којом је био прописан различит начин рачунања периода релевантног за утврђивање основице накнаде зараде односно накнаде плате за време породилског одсуства и одсуства ради неге детета у зависности од тога да ли јесте или није коришћено одсуство због компликација у вези са одржавањем трудноће. Уставни суд је нашао да различито рачунање

¹³ Чл. 17, ст. 4 Закона о финансијској подршци породици са децом, *Сл. гласник РС*, 113/17, 50/18, 46/21 – Одлука УС, 51/21 – Одлука УС, 53/21 – Одлука УС, 66/21 и 130/21.

¹⁴ Одлука Уставног суда ИУз-299/2018.

наведеног периода, прописано оспореном одредбом, „(...) не тежи легитимном циљу те да стога оно нема објективно и разумно оправдање”. Суд је применио модел парцијалне касације утврдивши да оспорена није у сагласности са одредбама чл. 21, ст. 1 и 3 Устава у делу који гласи „одсуства због компликације у вези са одржавањем трудноће”, или и у делу који гласи „уколико није коришћено одсуство због компликација у вези са трудноћом”.¹⁵

4. Специфичности нормативне контроле Закона о финансијској подршци породици са децом

Анализа уставносудске праксе у области нормативне контрола Закона о финансијској подршци породици са децом показује извесне специфичности које се могу сврстати у групу оних које се тичу самог уставносудског одлучивања, као и оне које се тичу других процесних аспеката овог одлучивања.

4.1. Посебности уставносудског одлучивања

Уопштено посматрано, нормативна контрола Закона о финансијској подршци породици са децом спроводила се у контексту испитивања сагласности оспорених законских одредби са Уставом и потврђеним међународним уговорима.

Оспорене одредбе Закона, чија је неуставност (односно несагласност са потврђеним међународним уговором) утврђена одлуком Уставног суда, најчешће су биле у супротности са одредбом чл. 21, ст. 1 и 3 Устава којима се гарантује начело једнакости и забрањује дискриминација. У предмету ИУз-247/2018 кршење забране дискриминације је непосредно доведено у везу са остваривањем права мајке на посебну подршку и заштиту пре и после порођаја, гарантованог чл. 66, ст. 2 Устава, док је у осталим случајевима није изричито назначено уставно право у односу на које се врши дискриминација. Ипак, из контекста образложења одлуке донете у предмету ИУз-299/2018 може се видети да Уставни суд полази како од уставног права гарантованог поменутом одредбом чл. 66, ст. 2 Устава тако и од уставног права којим се гарантује посебна заштита породице, мајке, самохраног родитеља и детета, у складу са законом (чл. 66, ст. 1 Устава). Додатно, у предмету ИУз-247/2018 утврђено је да је оспорена одредба истовремено и у колизији са одредбом чл. 6, ст. 2 Конвенције Међународне организације рада број 183 о заштити материнства чији садржај практично подупире право из чл. 66, ст. 2 Устава. Најзад, у предмету ИУз-266/2017 утврђено је да је оспореном

¹⁵ Одлука Уставног суда ИУз-60/2021.

одредбом дошло до повреде чл. 4 Устава којим се гарантује начело о јединства правног поретка.

Анализирајући образложења одабраних одлука, стиче се утисак да се Уставни суд скромно ослањао на праксу међународних институција у тумачењу садржаја уставних одредби, уколико изузмемо општи стандард појма дискриминације. У једном од предмета, Уставни суд је своје одлучивање засновао на претходно заузетом становишту. Наиме, у одлуци ИУз-216/2018 позвао се на став у вези са тумачењем одредбе члана 20 ст. 2 Устава којом је гарантовано начело забране смањивања достигнутог нивоа стечених права. Овај став је нарочито значајан у контексту законског уређивања садржине социјалних права. Уставни суд је, у том смислу, поновио „...да се појам тзв. `стечених људских и мањинских права` односи на права и слободу које су зајемчене Уставом, а њихов `достигнути ниво` на врсту права и слобода које су зајемчене, те да је суштина и циљ уставне гаранције о забрани смањења достигнутог нивоа људских и мањинских права у својеврсном самоограничењу уставотворца да ни променама највишег правног акта не може бити укинута неко људско право или слобода који су претходно били зајемчени”. Сходно томе, подвучено је „(...) да се законом прописани начин остваривања једног Уставом зајемченог људског или мањинског права или слободе не може сматрати стеченим правом, те се зато ни промене у законском уређивању начина на које се конкретно људско или мањинско право (слобода) остварује не би могле довести у уставноправну везу са одредбом члана 20. став 2. Устава”.¹⁶

Уставни суд је у предметима ИУз-247/2018¹⁷ и ИУз-60/2021¹⁸ применио модел тзв. парцијалне касације приликом одлучивања, одстрањујући из правног система само одређене делове одредби чија је несагласност са Уставом односно потврђеним међународним уговором утврђена.¹⁹ У осталим предметима, одредбе, чија је неуставност утврђена, касиране су у целини. Занимљиво је, притом, напоменути да је парцијална касација предложена као евентуални модел одлучивања Уставног суда у издвојеном мишљењу судије др Тијане Шурлан на Решење Уставног суда ИУз-229/2018.²⁰

¹⁶ Одлука Уставног суда ИУз-216/2018.

¹⁷ Одлука УС ИУз-247/2018.

¹⁸ Одлука УС ИУз-60/2021.

¹⁹ Примена овог модела одлучивања претпоставља да остатак оспорене одредбе има функционалну самосталност – да може самостално да опстане у правном систему и задржи смислену примену.

²⁰ Издвојено мишљење судије др Тијане Шурлан на Решење Уставног суда ИУз-229/2018.

У контексту анализираних одлука Уставног суда (којима је одлучено у меритуму), није било издвојених мишљења.²¹ Постоје, међутим, два мишљења издвојена у односу на Решење Уставног суда IУз-229/2018 којим су одбачене иницијативе за покретање поступка за оцену уставности и сагласности са међународним уговорима одредаба чл. 25, ст. 1-3 и ст. 5-7 Закона о финансијској подршци породици са децом.²² Поменути иницијативама оспорене су одредбе којима се прописују услови за отварање права на родитељски додатак, а који се односе на обавезну вакцинацију новорођеног детета или деце претходног реда рођења као и на уредно похађање предшколског припремног програма и основне школе деце претходног реда рођења. У издвојеном мишљењу др Тијане Шурлан исказано је противљење чињеници да је одбацивањем иницијатива за покретање поступка, практично, изостало испитивање постојања тзв посредне дискриминације у области остваривања права на родитељски додатак у односу на ромску популацију. Противљење је исказано посебно са ослонцем на чињеницу да је ово питање постављено као чворишно у једној од поднетих иницијатива. Судија Шурлан је навела низ аргумената којима је супротставила своје мишљење ставу већине судија у вези са покретањем поступка нормативне контроле. Чини се да је кључан аргумент, практично, став Комитета УН за економска, социјална и културна права наведен у Закључним разматрањима у односу на трећи периодични извештај Србије. Став овог тела, који је дословно наведен у издвојеном мишљењу, непосредно се односи на садржај оспорених одредби закона. Њиме се изричито наглашава да похађање школе и вакцинација деце, у смислу услова за остваривање права на родитељски додатак, имају значајан дискриминаторни ефекат на ромске породице.²³ На исто решење мишљење је издвојио и судија Тамаш Корхеџ (dr Korhecz Tamás), износећи своје аргументе због који сматра да је поступак нормативне контроле у овом случају требало да буде покренут и окончан мериторном одлуком којом се утврђује неуставност оспорених одредби, с ослонцем на постојећу уставносудску праксу.²⁴

²¹ Институт издвојеног мишљења на одлуку Уставног суда постоји у уставном систему Републике Србије и правно је уобличен Пословником о раду Уставног суда (даље у тексту Пословник). Уређен је на начин да омогућава судији да изрази противљење изреци, делу изреке или образложењу одлуке, заснивајући га на аргументима које је изнео у току већања о предложеној одлуци. Уставног суда. Чл. 60, ст. 1 Пословника о раду Уставног суда, *Сл. гласник РС*, 103/13.

²² Решење Уставног суда IУз-229/2018.

²³ Издвојено мишљење судије др Тијане Шурлан на Решење Уставног суда IУз-229/2018.

²⁴ Издвојено мишљење судије др Тамаша Корхеџа (dr Korhecz Tamás) на Решење

4.2. Посебности других процесних аспеката уставносудског одлучивања

Анализирајући уставносудску праксу у контексту других процесних аспеката, прва специфичност која се издваја јесте начин на који је покренут поступак нормативне контроле овог Закона. У четири од пет анализираних случајева, поступак је покренут решењем Уставног суда, поводом поднетих иницијатива. У три случаја су накнадно поднети предлози за покретање поступка оцене уставности одредби у односу на које је већ покренут поступак од стране Уставног суда, а поводом поднетих иницијатива, тако да је дошло до спајања ради јединственог одлучивања (предмети ИУз-266/2017; ИУз-247/2018; ИУз-299/2018). Само један поступак, окончан мериторном одлуком, покренут је предлогом овлашћеног предлагача (предмет ИУз-216/2018).

Наиме, Уставни суд је, словом Устава, овлашћен да покрене поступак нормативне контроле права, одлуком коју доноси двотрећинском већином гласова свих судија.²⁵ Ово овлашћење Уставног суда представља веома редак изузетак у компаративној уставности, будући да је веома спорно у строго правном смислу (Стојановић, 2011: 11). Ово уставно решење има својих предности у контексту заштите објективне уставности, нарочито ако се сагледа из угла права на подношење иницијативе за покретање овог поступка. Међутим, његова примена би ипак требало да представља изузетак у пракси.

Следећа карактеристика поступка уставносудског одлучивања у овим предметима тиче се својеврсног дијалога који је успостављен између Уставног суда и Народне скупштине. Са једне стране, Народна скупштина је у два наврата активно сарађивала у поступку нормативне контроле, достављајући свој одговор на одредбе овог Закона које су биле предмет нормативне контроле (предмети ИУз-247/2018; ИУз-299/2018), што је процесна могућност којом се Народна скупштина, како пракса показује, веома ретко служи. Иначе, процесно решење према коме доносилац општег акта (односно орган кога он овласти), на захтев Уставног суда, даје одговор на предлог, иницијативу или решење о покретању поступка за оцену уставности односно законитости, представља значајан простор комуникације, као и начин свеобухватнијег сагледавања самог предмета уставног спора.²⁶

Уставног суда ИУз-229/2018.

²⁵ Чл. 168, ст. 1 и чл. 175, ст. 2 Устава Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 98/2006 и 115/2021.

²⁶ Чл. 33, ст. 1 Закона о Уставном суду, *Сл. гласник РС*, 109/2007, 99/2011, 18/2013 – Одлука УС, 40/2015 – др. закон, 103/2015, 10/2023 и 92/2023.

Са друге стране, Уставни суд, у чак три наврата, применио институт одлагања објављивања своје одлуке за шест месеци како би оставио простор Народној скупштини да у остављеном року уреди спорна питања на уставноприхватљив начин. То је учињено у односу на одлуку Уставног суда донету у предмету IУз-216/2018,²⁷ затим, у предмету IУз-247/2018²⁸ и најзад, у предмету IУз-299/2018.²⁹ Уставни суд је у сва три случаја оценио да има основа за примену овог института, имајући у виду последице престанка важења одредби чију је неуставност односно несагласност са потврђеним међународним уговором утврдио. Узгред, одлагање објављивања одлуке Уставног суда, са једне стране, можемо сврстати у групу процесних механизма који помажу успостављању здравих и подржавајућих односа између законодавца и уставног суда у процесу остваривања уставности, који за свој примарни циљ има спречавање правних празнина насталих објављивањем касаторне одлуке непосредно по њеном доношењу. Међутим, овај процесни институт се не може безрезервно прихватити, будући да се његовом применом, практично, продужава важење одредбе општег акта чија је несагласност утврђена у поступку нормативне контроле права.³⁰

Најзад, анализа показује да ни у једном од анализираних предмета није дошло до одржавања јавне расправе у поступку одлучивања. Јавна расправа јесте процесни институт уређен Законом о Уставном суду који омогућава укључивање различитих експерата у поступак који се води пред Уставним судом с циљем темељнијег расветљавања спор-

²⁷ Решење о одлагању објављивања Одлуке IУз-216/2018. Билтен Уставног суда за 2020. годину. 70-71. Преузето 13.09.2024. https://ustavni.sud.rs/upload/document/bilten_2020.pdf

²⁸ Решење о одлагању објављивања Одлуке IУз-247/2018. Билтен Уставног суда за 2020. годину. 85-86. Преузето 13.09.2024. https://ustavni.sud.rs/upload/document/bilten_2020.pdf

²⁹ Решење о одлагању објављивања Одлуке IУз-299/2018. Билтен Уставног суда за 2022. годину. 194-195. Преузето 13.09.2024. https://ustavni.sud.rs/upload/document/bilten_2022.pdf

³⁰ Овај процесни институт пружа могућност Уставном суду да посебним решењем одложи објављивање своје одлуке не дуже од шест месеци од дана њеног доношења и добија пун смисао када се доведе у везу са уставном одредбом којом је уређено питање правног дејства одлуке Уставног суда донете у поступку нормативне контроле права односно чињеницом да закон или други општи акт који није сагласан Уставу или закону престаје да важи даном објављивања одлуке Уставног суда у службеном гласилу. Чл. 58, ст. 4 Закона о Уставном суду, *Сл. гласник РС*, 109/2007, 99/2011, 18/2013 – Одлука УС, 40/2015 – др. закон, 103/2015, 10/2023 и 92/2023; чл. 168, ст. 3 Устава Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 98/2006 и 115/2021.

них уставноправних питања.³¹ Потреба за њеним одржавањем једино је истакнута у издвојеном мишљењу судије др Тамаша Корхеца (dr Korhecz Tamás) на Решење Уставног суда IУз-229/2018. Судија Корхец је том приликом изнео мишљење да су озбиљност уставноправних питања изнетих у поднетим иницијативама оправдала потребу како за покретањем поступка нормативне контроле, тако и за одржавањем јавне расправе на којој би ова питања била свестрано размотрена ради што квалитетнијег одлучивања.

5. Закључак

Уставносудска пракса у области контроле закон којим је уређена област финансијске подршке породици са децом одликује се низом специфичности. Оне се односе како на садржај самих одлука и начин одлучивања, тако и на друге процесне аспекте нормативне контроле овог закона.

Наиме, анализа показује да је у поступцима уставне контроле овог закона најчешће утврђено кршење уставних одредби којима се гарантује начело једнакости и забране дискриминације, док је у једном случају утврђено кршење начела јединства правног поретка. Дискриминаторни карактер оспорених одредби непосредно је доведен у везу са остваривањем уставног права мајке на посебну подршку и заштиту пре и после порођаја, као и уставног права којим се гарантује посебна заштита породице, мајке, самохраног родитеља и детета, у складу са законом (што се, у последњем случају, из контекста образложења може закључити). Уставни суд је у одлучивању у два наврата применио метод парцијалне касације, док издвојених мишљења у вези са донетим мериторним одлукама није било (два мишљења су издвојена у односу на Решење Уставног суда IУз-229/2018 којим су одбачене иницијативе за покретање поступка за оцену уставности и сагласности са међународним уговорима).

Посебности нормативне контроле овог Закона постоје и када је реч о другим процесним аспектима уставносудског одлучивања. Наиме, у

³¹ Овај процесни институт је постављен флексибилније у односу на поступак нормативне контроле. Законом остављена могућност Уставном суду да изостави јавну расправу из поступка испитивања уставности и законитости, уколико процени да је у току поступка ствар довољно разјашњена и зрела за одлучивање односно да се на основу прибављених доказа може приступити одлучивању без њеног одржавања. Уставни суд, такође, може одлучити да се не одржи јавна расправа и уколико је о истој ствари већ одлучивао, а нису изнети нови разлози који би оправдали потребу за другачијим одлучивањем у истој ствари, као и уколико постоје услови за обуставу поступка. Чл. 37, ст. 2 . Закона о Уставном суду, *Сл. гласник РС*, 109/2007, 99/2011, 18/2013 – Одлука УС, 40/2015 – др. закон, 103/2015, 10/2023 и 92/2023.

већини случајева поступак нормативне контроле овог закона покренут је решењем Уставног суда, поводом поднетих иницијатива, што је процесна могућност која би требала да буде ипак ређе заступљена у уставној пракси, с обзиром на уставноправни положај и улогу Уставног суда као органа власти. Даље, Народна скупштина се, као доносилац закона, у одређеним случајевима користила процесном могућношћу достављања одговора Уставном суду у вези са оспореним одредбама Закона. Са друге стране, и сам Уставни суд се у одређеној мери служио процесном могућношћу одлагања објављивања своје одлуке како би оставио простор Народној скупштини да питања, уређена одредбама чију је несагласност са Уставом односно потврђеним међународним уговором утврдио, уреди на начин сагласан Уставу. На овај начин успостављен је изванредан степен сарадње између Уставног суда и Народне скупштине у поступку нормативне контроле овог закона. Обе ове процесне могућности се, како пракса показује, веома ретко користе. Најзад, јавна расправа није одржана ни у једном од поступака уставног судског одлучивања у области нормативне контроле овог Закона.

Из свега наведеног се може закључити да Народна скупштина није у довољној мери уважила основна уставна начела о остваривању људских права и слобода приликом уређивања права из области финансијске подршке породици са децом. Такође се намеће закључак да уставног судско одлучивање у овим предметима карактерише низ специфичности које су, чини се, последично увезане како са осетљивошћу самих социјалних права у овој области тако и са чињеницом да је за њихово остваривање потребно обезбедити одговарајућа средства из јавних прихода.

Литература

Монографије и научни чланци

Klatt, M. (2015). Positive rights: Who decides? Judicial review in balance. *International Journal of Constitutional Law*. 13 (2). 354-382.

Holland, K. M. (1991). *Judicial Activism in Comparative Perspective*. New York: St. Martin's Press

Sweet A. S. (2000), *Governing with Judges, Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press

Young, K. G. (2010). A typology of economic and social rights adjudication: Exploring the catalytic function of judicial review. *International Journal of Constitutional Law*. 8 (3). 385-420.

Ненадић, Б. (2012) *О јемствима независности уставних судова, Са посебним освртом на Уставни суд Србије*. Београд: ЈП Службени гласник

Пајванчић, М. (2011). *Уставна заштита људских права*. Нови Сад: Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Центар за издавачку деланост

Стојановић, Д. (2011). Стање и проблеми у остваривању накнадне уставне контроле права, *Устав Републике Србије – пет година после (2006-2011. Зборник радова Правног факултета у Нишу и Правног факултета у Крагујевцу*. 1-19.

Прописи

Устав Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 98/2006 и 115/2021.

Закон о финансијској подршци породици са децом. *Службени гласник РС*. Бр. 113/2017 и 50/2018.

Закон о финансијској подршци породици са децом. *Службени гласник РС*. Бр. 113/2017, 50/2018, 46/2021-Одлука УС, 51/2021 – Одлука УС, 53/2021 – Одлука УС, 66/2021 и 130/2021.

Закон о финансијској подршци породици са децом. *Службени гласник РС*. Бр. 113/2017, 50/2018, 46/2021 – Одлука УС, 51/2021-Одлука УС, 53/2021 – Одлука УС, 66/2021, 130/2021, 43/2023 – Одлука УС, 62/2023 и 11/2024 – Одлука УС

Закон о Уставном суду. *Службени гласник РС*. Бр. 109/2007, 99/2011, 18/2013 – Одлука УС, 40/2015 – др. закон, 103/2015, 10/2023 и 92/2023.

Пословник о раду Уставног суда. *Службени гласник РС*. Бр. 103/2013.

Судска пракса

Одлука Уставног суда IУз-266/2017. *Службени гласник РС*. Бр. 53/2021.

Одлука Уставног суда IУз-216/2018. *Службени гласник РС*. Бр. 46/2021.

Одлука Уставног суда IУз-247/2018. *Службени гласник РС*. Бр. 51/2021.

Одлука Уставног суда IУз-299/2018. *Службени гласник РС*. Бр. 43/2023.

Одлука Уставног суда IУз-60/2021. *Службени гласник РС*. Бр. 11/2024.

Решење о одлагању објављивања Одлуке IУз-216/2018. Билтен Уставног суда за 2020. годину. 70-71. Преузето 13.09.2024. https://ustavni.sud.rs/upload/document/bilten_2020.pdf

Решење о одлагању објављивања Одлуке IУз-247/2018. Билтен Уставног суда за 2020. годину. 85-86. Преузето 13.09.2024. <https://ustavni.sud.rs/>

upload/document/bilten_2020.pdf

Решење о одлагању објављивања Одлуке IУз-299/2018. Билтен Уставног суда за 2022. годину. 194-195. Преузето 13.09.2024. https://ustavni.sud.rs/upload/document/bilten_2022.pdf

Издвојено мишљење судије др Тамаша Корхеца (dr Korhecz Tamás) на Решење Уставног суда IУз-229/2018. *Службени гласник РС*. Бр. 66/2022.

Издвојено мишљење судије др Тијане Шурлан на Решење Уставног суда IУз-229/2018, *Службени гласник РС*. Бр. 66/2022.

Издвојено мишљење судије др Босе Ненадић на Решење Уставног суда у предмету IУз-531/2014. *Службени гласник РС*. Бр. 88/2015.

Решење Уставног суда IУз-229/2018. *Службени гласник РС*. Бр. 66/2022.

Doc. Nataša Rajić, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Novi Sad,
Republic of Serbia

THE CONSTITUTIONAL DIMENSION OF SOCIAL RIGHTS IN THE AREA OF FINANCIAL SUPPORT TO FAMILIES WITH CHILDREN

Summary

The subject matter of research of this article is the jurisprudence of the Constitutional Court related to the constitutional review of the Act on Financial Support to Family with Children, which was adopted in 2017 and entered into force on 1st July 2018. The research has been conducted on the basis of two presumptions: 1) during the proces of their normative regulation, the National Assembly did not fully respected the constitutional framework in regulation of certain rights in this area, especially the constitutional norms on basic principles related to human and minority rights and freedoms; and 2) during the normative control of disputed provisions, the Constitutional Court desicion-making process was characterized by a series of peculiarities.

The research results shows that the National Assembly did not fully acknowledge the constitutional dimension of certain social rights in the area of financial support to families with children during the process of normative regulation of this Act. This is particularly reflected in the disregard for the constitutional principles of equality and the prohibition of discrimination, as well as the principle of the unity of the legal order. The research results also reveal a number of peculiarities in the process of the Constitutional Court review of this Act. In most cases, the constitutional review proceedings were initiated by the Constitutional Court decision, in response to the submitted initiatives. During the constitutional review of this Act, a certain level of cooperation was established between the National Assembly and the Constitutional Court, which can be marked as another peculiarity of the constitutional control process. This cooperation was conducted by submitting the National Assembly's responses to the Constitutional Court and, in some cases, by postponing the publication of the Constitutional Court's decisions

Keywords: family, financial support, social rights, constitutionality of law.

Мијодраг Радојевић,*
Научни сарадник,
Институт за политичке студије у Београду,
Република Србија

UDK: 342.573:321.7(497.11)
342.531.4(497.11)
342.8(497.11)
DOI: 10.5281/zenodo.14514150

ИНИЦИЈАТИВА У САВРЕМЕНОМ ПРАВУ И ПРАВНОМ СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ**

Апстракт: У савременим правним системима непосредна демократија је коректив представничке демократије, о чијој природи и значају постоје различита мишљења. У упоредном праву се углавном примењују два основна механизма непосредне демократије – референдум и народна иницијатива, са широким распоном варијација у решењима и пракси. За разлику од референдума, народном иницијативом се покреће поступак за доношење или измену правног акта или политичке одлуке. У последњих неколико година, у већем броју европских земаља примећена је тенденција афирмације института електронске институције. Право на подношење народне иницијативе зајемчено је Уставом у Републици Србији. Законом о референдуму и народној иницијативи (ЗРНИ, 2021) осавремењен је правни оквир за одржавање референдума и спровођење народне иницијативе. Влада је донела и пропис којим се омогућава прикупљање гласова електронским путем (електронска народна иницијатива). Због рестриктивних ограничења у раздобљу важења претходног закона, народне иницијативе су биле ретко подношене, а у пленуму нису разматране у Народној скупштини. На основу емпиријских извора и анализе правног оквира, аутор преиспитује детерминанте (нормативне, друштвене и политичке) које утичу на унапређење коришћења народне иницијативе.

* miodrag.radojevic@gmail.com, [ORCID ID 0000-0002-1104-9219](https://orcid.org/0000-0002-1104-9219)

** Овај рад је настао у оквиру научноистраживачке делатности Института за политичке студије, коју финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије. Текст је настао на основу рада који је усмено саопштен под називом „Народна иницијатива као облик непосредне демократије у савременом праву и правном систему Републике Србије“, на Међународној научној конференцији „Правни принципи у савременом праву“, одржаној на Правном факултету Универзитета у Нишу 19. и 20. априла 2024. године.

Кључне речи: директна демократија, сувереност, референдум, уставни систем, устав, закон, законодавна иницијатива, грађанска иницијатива, електронска иницијатива

1. (Полу)непосредна демократија – између мита и реалности

Демократија, систем власти и доношења одлука, појављује се у три облика: изворно непосредна, представничка или репрезентативна и полунепосредна демократија. Прва је постојала као идеал у античким полисима – градовима и државама, друга настаје са уставном државом, а трећу обележава комбиновање представничког система власти и институција директне демократије. Већина савремених држава такав тип демократије познаје под називом – полунепосредна демократија (Марковић, 2017: 212, Vergotini, 2015: 397, Häberle, 2000: 5). *Ratio* мешавине два облика демократије извире из права грађана да, као носиоци суверености, повремено и директно учествују у вршењу законодавне власти и доношењу одлука. Непосредно учешће грађана у управљању јавним пословима је садржај универзалног људског права грађана да учествују у одлучивању о јавним пословима, гарантовано Међународним пактом о грађанским и политичким правима.¹ У доктрини су подељена становишта о делотворности овог вида демократије. За разлику од критичара који су скептични због популистичког потенцијала непосредне демократије, заступници радикалне („праве“) демократије тврде да њена средства отклањају слабости у функционисању представничке демократије. Примена директне демократије поправља квалитет правног система (законодавства), приближава власт грађанима и чини носиоце власти одговорнијим. Два лековита рецепта су референдум и народна иницијатива.

Народна иницијатива или грађанска иницијатива, а терминологија је, како ћемо касније видети, конфузна и неуједначена, најчешће је коришћено средство директне демократије у упоредном праву. За разлику од референдума који се односи на гласање грађана (потврђивање или одбијање) о предлогу правног акта или одлуке, народна иницијатива је право грађана са већим распоном могућих исхода. Грађанима се пружа могућност да покрену поступак за доношење правног акта,² да захтевају расправу или одлуку о неком питању (иницијатива за

¹Чл. 25. Закона о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима, *Сл. лист СФРЈ*, 7/71.

²European Commission for Democracy through Law. *Report on Legislative initiative*. Преузето: 24. 8. 2024. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2008\)035-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2008)035-e) (види тач. 80).

дневни ред) или директно гласање грађана о некој одлуци. За разлику од петиције, мада се термини некада користе као синоними, услови за подношење иницијативе су строжи, у погледу форме или тзв. прага гласова. Петиција може да буде и индивидуално право, али народна иницијатива је колективног карактера јер је пуноважна ако је подржи потписом одређен број грађана. Иницијатива је слична другим методама комуникације грађана и парламента – јавним слушањем (*public hearings*). Неподударност је у томе што петиција и јавно слушање имају необавезујући карактер. Јавно слушање се користи за прикупљање мишљења грађана, стручњака или представника цивилног друштва о неком питању, на пример о предлогу закона, о коме ће се евентуално накнадно изјашњавати надлежно тело.

Порекло грађанске иницијативе је у традиционалним формама демократије. Са Француском револуцијом почиње њена модерна повест, али је шире прихваћена у упоредном праву у последњих пар деценија. Показатељ њене популарности је, нарочито у Европи, и грађанска иницијатива Европске уније. Облици иницијативе се разликују од државе до државе, а на имплементацију и праксу утичу традиција директне демократије, политичка култура, степен развоја правног система... Насупрот присталицама, отпор противника народне иницијативе је подстакнут доктринарном критиком директне демократије, тврдњом да њени механизми подривају темеље представничке демократије и политичких институција. Такође, критичари сматрају да цена иницијативе није багателна јер су потребни новац, време, стручност у формулисању предлога, а то излаже овај институт утицају интересних група и корумпирању законодавног процеса.

Искуства у Србији су поучна за истраживање непосредне демократије. Ова земља је погодна за предмет студије случаја (*case study*). Народна иницијатива је уставно право грађана, а облици ове институције уређени су на свим нивоима територијално-политичке организације власти од 1990. године. Правни оквир је развијен и реформисан од 2018. године, након новелирања Закона о локалној самоуправи, настављен је са доношењем Закона о референдуму и народној и иницијативи (2022) и, напослетку, довршен Уредбом о електронској народној иницијативи (2023). Важеће законодавство је искорак у регулисању института непосредне демократије. Већина решења поједностављује приступ праву на народну и грађанску иницијативу. Ипак, неке одредбе нису у складу са демократским стандардима.

Примарни циљ истраживања је утврђивање улоге народне иницијативе у правном систему Србије. У складу с предметом истраживања, обрађени

су одговори на следећа питања: Да ли је осавремењен и реформисан правни оквир утицао на праксу? Због чега је број иницијатива у Србији у паду, упркос трендовима у упоредном праву? На основу емпиријских извора, преиспитујемо премису о раскораку у моделу иницијативе *de iure* и резултата у примени института (*de facto*). У последњем делу рада анализа је усмерена на детерминанте (нормативне, друштвене и политичке) народне иницијативе.

2. Народна иницијатива у упоредном праву

За разлику од других механизма доношења одлука, као што је парламентарна иницијатива („иницијатива одозго према горе” или иницијатива власти), народном иницијативом (*popular initiatives*), иницијативом грађана (*civic initiative*) или народним предлогом (*people’s motions*) покреће се одлучивање у супротном смеру („иницијативом одоздо према горе”). Иницијатива је, на први поглед, једноставан механизам, али по својим последицама значајнији од других оруђа директне демократије. Пажљивија анализа показује да је иницијатива „дизајнирана да промени статус кво” (Altman, 2019: 7) и да тражи решења за више проблема. Последице могу да буду директне и посредне. Грађанском иницијативом покреће се бирачко тело изван изборног процеса и кандидирају се теме коју политичари и политичке елите често занемарују (Linder, 2010: 101). На јавној сцени се отвара простор за делиберацију и компромис народа са властима, што је суштина демократије. Током кампање прикупљања потписа, форум политике се измешта из парламента на модерне тргове – друштвене мреже и медије. Због тога је грађанска иницијатива делотворна у умањењу ефеката ниске излазности на изборима и дефицита легитимности. На бирачко тело врши двоструки притисак – мобилишу се грађани изван изборног процеса, а позив досеже и до оних делова друштва мање заинтересованих за учешће у политици (апстиненти).

Добра страна иницијативе је да може да буде употребљена и као алат за заштиту мањина. Репрезентативна демократија почива на логици владавине већине. Незадовољна одлукама власти, мањина може да захтева обустављање (вето иницијатива) или доношење спорне одлуке. И у случају да овај захтев није усвојен, грађанска иницијатива је одређен проблем поставила у пољу јавног одлучивања. На пример, иако се у Швајцарској највећи број иницијатива одбаци или повуче (Linder, 2010, 102), након договора власти и подносиоца иницијативе може бити изнова разматрана. У овој земљи иницијативе су „део дугорочног процеса“ политичког развоја и реформи (Kaufman, 2010: 25). Слично је и

у Сједињеним Америчким Државама, где влада правило да када су на власти конзервативци (републиканци), иницијативе подносе групе блиске либералима (демократима) (Matsuaka, 2020: 77).

Механизмима директне демократије генерално се контролише политички и парламентарни процес и ограничава власт (Alarcón, 2018: 15–16). Опозиција и цивилно друштво грађанском иницијативом могу тражити утврђивање одговорности владајуће политичке елите и промене јавних политика. С друге стране, власт може употребити иницијативу с намером успостављања већег поверења грађана. У теорији је ово често коришћен аргумент, јер омогућава бољи дијалог грађана и власти и „промену политике без промене политичара” (Matsuaka, 2020: 158–159).

Критичари сматрају да су за иницијативу неопходни ресурси и инфраструктура, новац и организација са стручњацима који помажу у формулисању предлога. Нежељена последица иницијативе је њена злоупотреба и претварање у плебисцит. Осим тога, побијају се и њене „добре стране”, при чему се нарочито доводи у питање делотворност (Collins, 2001: 997–999). Истраживања, за сада, утврдила су да иницијатива има „широк спектар” последица на политику, али нема сагласности о томе како она мења политику (LaCombe, 2021: 287, 294).

Кратка скица процеса иницијативе корисна је да се објасни структура, улога и значај овог механизма непосредне демократије. У упоредном праву, с обзиром на то да постоје бројне варијације, правила нису униформна.

1) Припрема иницијативе. – Иницијатива је колективно право, па у њеној припреми учествује група људи. Комисија или одбор саставља иницијативу и врши друге радње: подноси народну иницијативу, организује кампању и прикупљање потписа. Обично комисија ангажује и стручна лица која припремају иницијативу у складу са прописима. Комисија одређује и свог представника или представнике који подносе иницијативу. У неким правним системима (Северна Македонија и Словенија) право подношења иницијативе припада и удружењима;

2) Регистравање (валидација) иницијатива. – Иницијатива се подноси надлежном телу. Ово тело може бити у саставу органа управе или скупштине, а то зависи од тога да ли се она подноси на националном, регионалном или локалном нивоу. Иницијатива може да се поднесе директно органу или то може да буде тело које није у саставу органа који одлучује о иницијативи. У

фази регистрације или претходне провере контролише се да ли је предлог исправан. На пример, прелиминарна провера обухвата материјалне и процесне (формалне) претпоставке – да ли је иницијативни одбор формиран у складу са прописима, али и да ли је исправна иницијатива. Иницијатива мора да се односи на индивидуално одређену материју, на пример доношење или измену једног закона, а не више прописа. Питање мора да буде јасно постављено, а иницијативом се не могу вређати или нарушавати права или предлагати оно што је законом недозвољено.

3) Прикупљање потписа – Након регистровања или одобрења иницијативе следи прикупљање потписа. Грађани својим потписом изражавају сагласност са иницијативом. Законодавац у свим правним системима ограничава рок за прикупљање потписа, начин прикупљања потписа и утврђује неопходан број потписа. Рокови за прикупљање потписа углавном зависе од врсте иницијативе. У упоредном праву, рокови се крећу од 30 дана до годину дана или дуже, а изузетак је била Србија са роком од свега седам дана. Смисао дужих рокова је да олакша прикупљање потписа, да се у овом периоду успостави компромис подносилаца иницијативе и власти па и формулише противпредлог (Швајцарска). Потписи се прикупљају у папирном облику, а захваљујући напретку модерних технологија, то је могуће учинити и електронским путем (путем интернета). Други начин прикупљања потписа прихваћен је у малом броју земаља.

4) Верификација иницијативе – Верификација иницијативе подразумева проверу броја потписа и података потписника (ауентификација). Грађанин не може два или више пута да подржи исту грађанску иницијативу. Минимални број бирача се одређује у процентуалном или номиналном облику. По правилу, изјаву о подршци иницијативи могу да дају само пунолетни држављани са бирачким правом. Међутим, у неким земљама ово право припада и лицима млађим од 18, а старијим од 16 година (Летонија).

5) Подношење иницијативе надлежном телу – Поступак пред адресатом народне иницијативе се наставља ако су испуњени услови.³ Даљи поступак зависи од садржине и врсте иницијативе,

³ Адресат не мора увек да буде парламент. На националном нивоу, У Црној Гори право предлагања закона има 6.000 бирача преко посланика кога они овласте (чл. 98. ст. 2. *Ustava Crne Gore, Sl. glasnik CG, 1/07, 38/13 – Amandmani 1–XVI*). У Летонији се народна иницијатива подноси преко председника Републике, а у Аустрији изборна комисија иницијативу прослеђује Доњем дому. Европска грађанска иницијатива се

тј. правила о иницијативи. Могуће је више сценарија: одбацавање иницијативе без стављања на дневни ред, стављање на дневни ред и расправа (агенда иницијатива), аутоматско стављање иницијативе на гласање итд.

Народна иницијатива се категоризује на више начина. Најчешће је критеријум садржај иницијативе у вези са правним прописом – доношење или промена устава (уставна иницијатива), закона (законодавна иницијатива) или подзаконског прописа. Веома ретко су све области доступне за народну иницијативу. Иницијатива може да се односи и на утврђивање одговорности јавног функционера (иницијатива за опозив – *recall*);⁴ расписивање референдума или одлучивање о неком питању јавне политике.⁵ Уставна иницијатива, којом се захтева потпуна или делимична промена устава, најважнији је облик народне иницијативе, али не и општеприхваћена у упоредном уставном праву.⁶ Предмет законодавне иницијативе је стављање ван снаге закона (аброгативни референдум) или доношење новог закона.⁷ Надлежни орган одлучује о питањима за које је надлежан и који су допуштени народном иницијативом, као што су на пример: забрана абортуса, легализација хомосексуалних бракова, статус области или дела територије итд. На локалном нивоу, предмет иницијативе углавном су комунална питања.

Народна иницијатива према облику је проста (неформулисана) и конкретна иницијатива. За разлику од конкретне иницијативе, која садржи

подноси преко Комисије, која након испитивања теста оправданости, иницијативу прослеђује Европском парламенту или другим надлежним телима.

⁴ Институт опозив градоначелника (председника општине) на захтев грађана постојао је у Србији од 2002. до 2007. године, али није дао добре резултате па је укинут (Радојевић, 2023: 128–129).

⁵ Терминологија за иницијативу и њене врсте се у упоредном праву разликују. За потребе овог рада, користили смо поједностављен приступ. На пример, у Основном закону Немачке, за народну иницијативу се користе различити називи – *Volksbegehren* и *Volksbefragung* (види чл. 29). У овом случају, реч је о необавезујућој народној иницијативи.

⁶ Само четвртина држава у Европи познаје уставну иницијативу, што је двоструко мањи број земаља него за законодавну иницијативу (Микић, 2021: 471). Уставни референдум је по први пут установљен Монтањарским уставом (Уставом Француске из 1793. године). Устав је усвојен на референдуму, а у одредбама о уставној ревизији право на иницијативу је припадало најмање једној десетини скупштина из већине департмана.

⁷ *Referendum abrogativo* је облик референдума у Италији који се одржава ако предлог за гласање подржи најмање 500.000 грађана. Народна иницијатива у овој земљи има кључну улогу када се ради о одлучивању о важним питањима из области јавне политике јер допушта грађанима да доносе коначну одлуку – поништавају или прихватају законе које је донео Парламент. Тако је било на првом референдуму ове врсте, одржаном 1974. године, када се гласало о разводу брака.

предлог правног акта у облику коначног акта и образложење за доношење прописа, општа иницијатива је тзв. прост предлог за измену или укидање правног акта или одлучивање о неком питању из надлежности скупштине. Општа иницијатива садржи захтев за доношење или измену акта или доношење одлуке, са одређивањем правца промена и решења о којима надлежни орган треба да се изјасни. Ако је предмет народне иницијативе референдум, у предлогу се наводи предлог референдумског питања са понуђеним одговорима. Ако се, на пример, ради о законодавној иницијативи, проста (уопштена) иницијатива садржи назив и циљ доношења закона, начелна правна питања која треба да буду формулисана у закону. По свом исходу, иницијатива може да буде саветодавна, јер парламент одлучује да ли ће је прихватити и донети одлуку, или обавезујућа (Alarcón, 2018: 6). Иницијатива дневног реда обавезује парламент да о неком питању расправља на својој седници. Референдумском иницијативом се тражи непосредно изјашњавање грађана о предлогу иницијативе. У Швајцарској, ако скупштина одбаци иницијативу, грађани ће се о њој коначно изјаснити на референдуму. У Србији је слично решење за иницијативу у општинама постојало по Закону о локалној самоуправи из 1999. године.

Према обавезности, иницијатива обавезује парламент да о њој расправља и(ли) поступа или гласа, или је консултативног карактера (Beramendi, 2007: 61). Према неким ауторима и становишту Венецијанске комисије, ако грађани немају коначну реч о прихватању иницијативе (директна иницијатива), она није „права“ институција директне демократије.⁸ Други тип народне иницијативе може бити дат на гласање, након што је размотри скупштина. Према начину на који грађани учествују у подршци, народна иницијатива може бити у писменом и електронском облику. Електронска иницијатива је развијена захваљујући техничком напретку.⁹ На онлајн платформама, бирач може да подржи иницијативу, чиме се поједностављује могућност за њено коришћење. Приликом одређивања потписа грађана, законодавац би требало да води рачуна да успостави равнотежу између легитимности и тежње да, одређивањем високог права потписа, сувише не отежа подношење

⁸ European Commission for Democracy through Law. *Report on Legislative initiative* (тач. 81).

⁹ Електронска иницијатива постоји у Швајцарској, Летонији (од 2007) и Финској. У Летонији је за подношење електронске иницијативе потребно само 10.000 потписа грађана старијих од 16 година. Влада се одлучила за унапређење модела грађанске иницијативе с циљем побољшања квалитета законодавства, смањењем бирократије и унапређењем квалитета јавних услуга.

иницијативе. Праг излазности се изражава у номиналном броју бирача или проценту од укупног броја грађана са правом гласа.¹⁰

Порекло грађанске иницијативе је у Старој Грчкој; претече или рудиментарне форме појављују се у средњем веку у облику петиција, а њеном модерном домовином се сматра Швајцарска (Alarcón, 2018: 20). По први пут је законодавна иницијатива била предвиђена у нацрту жирондинског устава из 1793. године, одакле је овај концепт извезен у суседство – швајцарске кантоне. Маркис Кондорсе (Nicolas de Caritat de Condorcet), писац жирондинског уставног пројекта, сматрао је да народу припадају моћ и средства да утиче на законодавство, као што су посредна иницијатива и аброгативни референдум (McKay: 2023: 28, 41, 44–46). У Монтањарском уставу, усвојеном на референдуму, није прихваћен предлог Кондорсеа.¹¹

Иницијатива је уређена на националном нивоу у Швајцарској 1891. године.¹² Претходно је била установљена у кантонима средином XIX века (Fossedal, 2002: 90; Linder, 2010: 96). Из Швајцарске, механизам законодавне иницијативе је преузет у Сједињене Америчке Државе већ крајем XIX века (Matsusaka, 2020: 70–72).¹³ Иницијатива се користи у 24 савезне државе, у окрузима и градовима. У раздобљу између два

¹⁰ За подношење иницијативе на националном нивоу, број гласова се креће од 1.000 (Лихтенштајн) до 500.000 (Румунија, Шпанија), односно од 2% од укупног бирачког тела. У Словенији је за подношење законодавне иницијативе неопходан потпис 5.000 грађана (30.000 за измену Устава), Републици Српској 3.000 гласова, Црној Гори 6.000 грађана, Албанији 20.000 итд.

¹¹ Референдум за доношење Устава Масачусетса одржан је крајем осамдесетих година XVIII века. Дакле, идеја учешћа грађана у доношењу устава и закона током грађанских револуција кретала се од Америке до Европе и назад. Такође, Кондорсе је био инспирисан искуством Женеве у којој су грађани имали право да се обрате локалним властима са одређеним захтевима. У истраживањима је неправедно заобиђена Декларација права човека и грађанина (1789) јер она прокламује да у доношењу закона „сви грађани имају право да учествују лично (курзив Р. М.) или преко својих представника...“ (чл. 6).

¹² Грађанска иницијатива на савезном нивоу уређена је амандманом на Устав од 1874. године, а две године касније је први пут успешно примењена на закон о забрани клање стоке без омамљивања. Сви кантони су увели иницијативу, за разлику од покрајина у СР Немачкој или савезним државама у САД.

¹³ У савременој америчкој литератури, критичари сматрају да је развитак директне демократије повезан са „популистичким импулсом“ (Haskel, 2001: 51), ерозијом политичких институција и вером да ће народна иницијатива и референдум вратити пољубљано поверење у политички систем. Употреба директне демократије је била повезана и са кризама америчке економије и јавног управљања (Braunstein, 2004: 100). У коришћењу иницијативе предњачиле су савезне државе Калифорнија и Орегон, која је прва увела иницијативу 1904. године.

светска рата, мањи број држава (Ferro, 2011: 362) је у својим уставима успоставио механизме директне демократије и народну иницијативу (Аустрија,¹⁴ Немачка, Лихтенштајн, Шпанија, Куба...). Након Другог светског рата није постојало превелико интересовање за ову институцију све до пада Берлинског зида.¹⁵ Посткомунистичке државе су масовно уградиле механизме директне демократије у процесу трансформације својих правних системима (Marczewska-Rytko, 2018: 317–335). Имајући у виду развијеност правног оквира и праксу, иницијатива је прихваћена у развијеним демократијама. По регионима предњачи Европа (види: табела 2 у: Alarcón, 23–24). Швајцарска је предводник директне демократије, а то објашњава деловањем традиције, прихватањем партиципативне политичке културе и регулацијом народне иницијативе на свим нивоима власти, од општинског преко кантоналног до савезног (Kaufman, 2010: 36). Емпиријски посматрано, опсег иницијативе зависи, пре свега, од процедуралних аспеката (Beramendi, 2007: 65). Правни системи се разликују по начину дизајнирања институције, степену либерализације поступака и услова за иницијативу, као и учесталости коришћења овог механизма.

Уговором из Лисабона (чл. 11. ст. 4) успостављена је европска грађанска иницијатива (*European Citizens' initiative*) у Европској унији, као главно оруђе директне демократије. Уредбом Европског парламента и Савета о грађанској иницијативи (2019) прецизирано је да држављани најмање четвртине државе, тренутно су то грађани са бирачким правом из седам земаља (чл. 3), имају право да поднесу иницијативу Европској комисији (Beširević, 2023: 303). Грађани иницијативом могу да траже од Комисије да поднесе предлог о питањима за које је потребан правни

¹⁴ Иако је Уставом из 1920. године у Аустрији била дозвољена могућност одржавања референдума и народне иницијативе, то се први пут догодило тек 1978. године (Shaller, Schmidt, Beinschmid, 2018: 121–122).

¹⁵ Истраживачи занемарују чињеницу да су институције непосредне демократије постојале и у земљама тзв. реалног социјализма. На пример, у Источној Немачкој, Пољској и Бугарској. У Бугарској је донет Закон о директној демократији 1983. године. У Југославији, непосредна демократија је уређена Уставом од 1946. године. Право иницијативе, по Уставу из 1963. године (чл. 34), припадало је грађанину у оквиру права на самоуправљање. Традиционална народна иницијатива није постојала јер је право иницијативе утврђено као индивидуално, а не колективно право. Појединац је могао да сазове збор бирача односно због радних људи у радним заједница, да покрене расписивање референдума и да даје иницијативу за вршење „друштвеног надзора“. По Уставу из 1974. године (чл. 157), грађанин је такође имао право да предузима иницијативе. Непосредна демократија била је заснована на Марковом концепту „система комуна“, али је стварности била ограничена. У једнопартијском систему власти, све иницијативе су биле строго контролисане („иницијативе одозго“).

акт Уније.¹⁶ Иницијатива обавезује Комисију да је размотри („тест прихватљивости“), али је не обавезује да поступа по њој, већ она има консултативни карактер. Рестриктивни оквир био је последица забринутости Комисије да ће грађанска иницијатива бити злоупотребљена. Критичари су сматрали да ће повећан број иницијатива парализати рад стручних служби Комисије и изазвати високе трошкове (Russack, 2018: 11–12). Стопа одбијања грађанских иницијатива утицала је на опадање почетног ентузијазма. У међувремену, критичари су истицали да је процедура „исувише компликована“, што је довело до ревидирања Уредбе.¹⁷ Од 2012. године до септембра 2024. године регистровано је 116 европских грађанских иницијатива,¹⁸ али се сматра да ова институција није испунила свој задатак, пре свега да отклони примедбе о демократском дефициту функционисања институција Европске уније (Longo, 2019: 185).

Европска грађанска иницијатива је, међутим, подстакла развитак сличних институција на националном нивоу земаља чланицама. У Финској је грађанска иницијатива унапређена уставним амандманом од 2012. године (Jokela, Iso-Markku, 2018: 217, 219),¹⁹ а у Данској је уведена 2018. године (Sørensen, 2018: 197). У Финској, ове иницијативе су постале веома популарне, захваљујући и томе што се потписи прикупљају преко дигиталне платформе. Такође, актуелне су расправе о реформи директне демократије с циљем једноставнијег коришћења грађан-

¹⁶ ЕЦИ је специфичан инструмент јер се, за разлику од народне иницијативе, појављује на транснационалном нивоу, као средство комуникације грађана и институција ЕУ. С друге стране, она је „хибридно средство“ јер је њен адресат Комисија, а не Парламент. Грађани се обраћају Комисији која одлучује да ли ће иницијативу проследити парламенту (Longo, 2019: 190).

¹⁷ Последња консолидована верзија Уредбе је усвојена 2019. године. Consolidated text: Regulation (EU) 2019/788 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on the European citizens' initiative, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02019R0788-20240502>. Овом уредбом је стављена ван снаге Уредба (ЕУ) бр. 211/2011 од 1. јануара 2020. године.

¹⁸ Регистар ових грађанских иницијатива је на еПорталу „Европска грађанска иницијатива“ (European Citizens' Initiative): https://citizens-initiative.europa.eu/_en, посећено: 5. 9. 2024.

¹⁹ На општинском нивоу, иницијатива је усвојена 1976. године. Грађани имају право да покрену иницијативу у надлежностима политике општинске власти, али и могућност да покрену консултативни референдум. У првом случају, потребно је да га подржи најмање 2% становника, а у другом – 5% од укупног броја становника старијих од 15 година. Необавезни референдум разматра иницијативу у року од шест месеци, али ако се ради о иницијативи за расписивање референдума, веће одлучује без одлагања (Jokela, Iso-Markku, 2018: 222).

ских иницијатива и других институција директне демократије у другим земљама (Чешка, Велика Британија, Хрватска...).²⁰ У међувремену, промене се дешавају и изван Европске уније.²¹ Због тога је потребно размотрити становишта о корелацији успона директне демократије и промена у правном систему. Поједини аутори истичу да је развој механизма директне демократије „изузетно ограничен у западној Европи“ у последњих двадесет година. Грађанске иницијативе су резултат „дуге институционалне традиције“, али су „маргиналне“ реформе за спровођење нових механизма директне демократије (Bedock, 2017: 72–73, 86).

3. Народна иницијатива у правном систему Републике Србије

3.1. Правни оквир народне иницијативе

У већини правних система користе се различити термини за варијације механизма директне демократије. Слично је и у позитивном праву Србије. За разлику од традиционалног термина народна иницијатива, који означава уставну категорију на републичком нивоу, али и институцију на нивоу Аутономне Покрајине Војводине,²² грађанска иницијатива је уређена у јединицама локалне самоуправе сходно Закону о локалној самоуправи. Устав одређује народну иницијативу као начин остваривања суверености грађана (чл. 2) и конституционализује право на покрајинску аутономију и локалну самоуправу које грађани остварују непосредно или преко својих слободно изабраних представника (чл. 176. ст. 1). Народном иницијативом се остварује народна сувереност, а грађанском иницијативом право на локалну самоуправу или непосредну самоуправу.²³ Имајући у виду да правни режим није у пот-

²⁰ У Хрватској је припремљен предлог новог закона о референдуму и народној иницијативи 2021. године. Овај предлог садржи нелиберална решења, а то је био и повод неслагања власти и опозиције, као и приликом припреме претходног предлога закона из 2013. године. На пример, предлог закона одређује да је за иницијативу потребно потпис 10% од укупног броја бирача, да је рок за прикупљање потписа 40 дана. Примедбе су упућене и начину прикупљања потписа.

²¹ У Републици Српској је усвојен Закон о референдуму и народној иницијативи 7. јула 2024. године (*Сл. гласник РС*, 61/24).

²² Чл. 5. ст. 1. Статута Аутономне покрајине Војводине, *Сл. лист АПВ*, 20/14.

²³ Закон о локалној самоуправи (*Сл. гласник РС*, 129/07, 83/14 – др. закон, 101/16 – др. закон, 47/18, 111/21 – др. закон) користи појам „непосредна самоуправа“ (чл. 11, ст. 2; чл. 67) за облике непосредног учешћа грађана у остваривању локалне самоуправе. Осим референдума, грађанске иницијативе и збора, у облике непосредног учешћа грађана уврштава и право грађана на петицију и јавну критику органа власти, право

пуности идентичан, сматрамо да је законодавац исправно поступио термилошки раздвајајући ове институте (Станковић, 2022: 663).

Правни оквир непосредног учешћа грађана у вршењу власти и народне иницијативе чине одредбе Устава, међународних уговора и закона, статута АП Војводине и јединица локалне самоуправе, али и других подзаконских прописа. Устав одређује предмет народне иницијативе и услов за њихову пуноважност – неопходан број потписа грађана са бирачким правом који подржавају предлог. Такође, Устав препознаје следеће врсте народне иницијативе: 1) уставотворну иницијативу (чл. 203. ст. 1) на предлог најмање 150.000 бирача; 2) иницијативу за промену закона, других прописа или општих аката или доношење новог закона (чл. 107. ст. 1) на захтев најмање 30.000 бирача и 3) иницијативу за расписивање референдума о питањима из надлежности Народне скупштине (чл. 108. став 1), коју предлаже најмање 100.000 бирача. У Војводини, најмање 10.000 бирача може да предложи покрајинску скупштинску одлуку и друге опште акте које доноси Скупштина (чл. 41. Статута АПВ). У јединицама локалне самоуправе, грађани путем грађанске иницијативе предлажу скупштини доношење акта којим ће се уредити одређено питање из надлежности јединице локалне самоуправе, промену статута или других аката и расписивање референдума у складу са законом и статутом (чл. 68. ст. 1. ЗЛС). На основу ових прописа, народну иницијативу у Републици Србији одређујемо као право групе грађана да предлаже доношење или измену правног акта, одржавање референдума или покрене доношење политичке одлуке.

Законом о референдуму и народној иницијативи детаљније је уређено питање народне иницијативе (скраћено: ЗРНИ).²⁴ Одредбе у овом пропису важе за различите врсте иницијативе на територијалном нивоу. Због тога, ЗРНИ има карактер системског или основног закона у овој области,²⁵ јер се другим законима и подзаконским прописима супсидијерно уређује институт народне иницијативе. Овим законом регулисани су облици народне иницијативе, поступак прикупљања потписа,

на консултовање о намерама власти и право на обавештеност о раду органа власти и контролу тог рада. У облике непосредног учешћа грађана у остваривању локалне самоуправе треба сврстати и облике месне самоуправе (Милосављевић, Јеринић, 2020: 297-298).

²⁴ Закон о референдуму и народној иницијативи, *Сл. гласник РС*, 111/21, 119/21.

²⁵ У српском правном систему, за разлику од француског права, не постоји разлика између органских, основних и других закона, али је Уставни суд утврдио доктрину разликовања системских и обичних закона (ИУз-225/2005, 19. април 2012). Системски закони уређују правну област, за разлику од обичних закона (Симовић, Орловић, 2023: 47).

услови за пуноважност народне иницијативе, одлучивање о иницијативи и заштита права у поступку по народној иницијативи. У поређењу са претходником,²⁶ ЗРНИ је осавременио нормативни оквир народне иницијативе у складу са међународним стандардима, уклонио низ ограничења за коришћење овог института, али не и проблеме који могу да се јаве у примени (Nastić, 2022: 399–400; Радојевић, 2021: 201–202).

Два начина прикупљања потписа не могу се истовремено комбиновати за исту народну иницијативу. Грађани су обавезни да овере потписе у општинској, односно градској управи, а по изворном тексту ЗРНИ, они су били дужни и да за оверу потписа плате накнаду (чл. 7. ЗРНИ). Спорна одредба је била критикована, па је укинута накнада за оверу потписа новелом ЗРНИ,²⁷ али не и да се идентитет грађана утврђује поступком овере потписа. И овој одредби није било место у закону, јер се провера аутентификације обавља у поступку коначне верификације.

Позитивна промена је могућност да грађани подршку одређеном предлогу могу да дају и електронским путем (чл. 62. ст. 4. ЗРНИ), у складу са Уредбом о електронској народној иницијативи од 1. јануара 2024. године.²⁸ Потписи електронским путем не подлежу овери потписа (чл. 7. ст. 3. ЗРНИ). С обзиром на то да за сада нема праксе подношења електронске иницијативе, видећемо да ли се потписи прикупљају без ограничења, која су се појављивала у току изборног процеса и подршке (овере потписа) грађана изборним листама, као и како ће се штитити поверљиви подаци, односно идентитет грађана. Форум прикупљања потписа је на електронском Порталу еУправа, на одређеној електронској адреси.²⁹ Од грађана ће се тражити да имају електронски сертификат. Приликом пријаве, он се претходно региструје, што подразумева навођење личних података, па су ове новине тест за државне органе и грађане.

Иницијативни одбор, који чине најмање три члана са бирачким правом, покреће поступак народне иницијативе. Иницијативни одбор је и у каснијим фазама поступка овлашћен да преузима друге радње: подноси предлог за верификацију народне иницијативе, прикупља потписе и подноси листу потписника скупштини. Иницијатива може имати прост

²⁶ Закон о референдуму и народној иницијативи, *Службени гласник РС*, 48/94, 11/98.

²⁷ Закон о изменама и допунама Закона о референдуму и народној иницијативи, *Сл. гласник РС*, 119/21.

²⁸ Уредба о електронској народној иницијативи, *Сл. гласник РС*, 85/23.

²⁹ На електронском порталу се може покренути предлог за подношење народне иницијативе (активни предлози) и видети архива поднетих народних иницијатива електронским путем (неактивни предлози). Види: <https://euprava.gov.rs/narodna-inicijativa?>, 30. 8. 2024.

или конкретан облик (чл. 57. ЗРНИ). Иницијативни одбор подноси предлог народне иницијативе надлежној скупштини на прелиминарну проверу и контролу након прикупљених потписа. Прелиминарна провера је верификација предлога. Верификација подразумева проверу материјалних и процесних претпоставки: предмета, облика (општа и конкретна) и форме народне иницијативе – услова који се захтевају за писмену или електронску форму (чл. 59. ЗРНИ).³⁰ Новина у нашем правном систему је да о верификацији предлога одлучује председник скупштине у року од 15 дана. То значи да се председник скупштине не може понашати као да народна иницијатива није ни поднета. Скупштина може да верификује или одбаца предлог. Законом је санкционисано и пасивно држање председника скупштине. У случају „ћутања” или неизјашњавања председника скупштине или скупштине, сматраће се да је предлог верификован (чл. 60. ЗРНИ).

Председник скупштине затражиће мишљење надлежне скупштинске комисије ако је предмет предлога народне иницијативе спровођење референдума. Обавеза је комисије да у року од осам дана од дана пријема предлога референдумског питања обавести председника скупштине о својој одлуци (чл. 36. ст. 4. ЗРНИ).³¹ Комисија ће водити рачуна да ли постоје ограничења за подношење народне иницијативе. Уставом је уређено да предмет народне иницијативе, односно референдумско питање, не може да се односи на области које не могу бити предмет референдумског одлучивања (чл. 108. ст. 2. Устава; чл. 48. ст. 1. ЗРНИ). У упоредном праву, постоје и решења да у фази подношења предлога иницијативе о уставности питања на референдуму одлучује највиши суд у земљи или уставни суд (Италија, Хрватска...), јер је овај државни орган, у складу са својом улогом „чувара устава” и заштитника уставности, властан да ауторитативно одлучује о уставности референдумског питања. Ово решење је и рационално јер се тако спречавају накнадни правни спорови и поступци.

Председник скупштине одређује накнадни рок од 15 дана за отклањање недостатака у предлогу народне иницијативе. У овом року, иниција-

³⁰ Одредбе претходног закона биле су неадекватно номотехнички дефинисане (чл. 32. ЗРНИ из 1994). Законом није било изричито утврђено да законодавна иницијатива има облик конкретне иницијативе, већ је сходно примењивана одредба Пословника Народне скупштине. Тако је Народна скупштина одбацила народну иницијативу за Предлог Закона о изменама и допунама Закона о радиодифузији, са образложењем да нема правно-технички облик „у којем се закон доноси” (види предмет број 345-4286/07 од 27. 12. 2007).

³¹ Одбор за уставна питања разматра иницијативу и предлог за промену Устава и закона (чл. 48. Пословника Народне скупштине – пречишћен текст, *Сл. гласник РС*, 20/12).

тивни одбор може да повуче свој предлог, да изврши допуне и измене ради отклањања недостатака или да затражи да се о одлуци председника скупштине расправља на наредној седници. На овој седници могу да учествују и представници подносиоца предлога. Ако је предлог верификован, иницијативни одбор прикупља потписе у року од 90 дана од дана добијања обавештења председника скупштине (чл. 61. ЗРНИ). Преписивањем правила из претходног закона, да се потписи прикупљају на обележеним местима и у складу са правилима Закона о јавном реду и миру, законодавац је онемогућио слободно прикупљање потписа „од врата до врата“, ³² што је у супротности са демократском праксом. Ако се потписи прикупљају електронским путем, датум истека рока за прикупљање потписа је означен на Порталу (чл. 7. Уредбе). Свакако да је ово решење боље него што је то било раније, јер је по претходном ЗРНИ постојао рок од само седам дана за прикупљање потписа. У другим земљама, рокови за прикупљање потписа су дужи, на пример 180 дана у Швајцарској или шест месеци од регистрације иницијативе за европску грађанску иницијативу. Свакако да би требало преиспитати рок за прикупљање потписа, јер је он општег карактера и не узима у обзир то да постоје различите врсте иницијатива и прагови гласова.

Рок за прикупљање потписа је преклузивног карактера и, у случају да иницијативни одбор није поднео листу потписника, сматраће се да народна иницијатива није ни поднета (чл. 61. ЗРНИ). У поступку контроле испуњености услова, надлежни одбор Народне скупштине, ³³ радно тело покрајинске скупштине или скупштине јединице локалне самоуправе, проверава листу потписника народне иницијативе – да ли је она у складу са одредбама закона и да ли је прикупљен довољан број потписа. Листу потписника народне иницијативе контролише министарство овлашћено за вођење бирачког списка (Министарство за државну управу и локалну самоуправу), а надлежни орган управе у јединицама локалне самоуправе потписе за грађанску иницијативу.

Број потписа за пуноважност народне иницијативе је утврђен Уставом, законом и статутом аутономне покрајине, у номиналном броју грађана са бирачким правом, о чему је већ било речи, изузев ако се ради о грађанској иницијативи. У јединицама локалне самоуправе, број потписа грађана за покретање грађанске иницијативе је 5% од укупног броја грађана уписаних у бирачки списак (ЗЛС). Новеле ЗЛС из 2018.

³² European Commission for Democracy through Law. (2021). *Serbia: Urgent opinion on the Draft law on the referendum and the people's initiative*, Преузето 15. 5. 2024. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI\(2021\)018-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI(2021)018-e)

³³ Чл. 44. ст. 1. алинеја 8. Пословника Народне скупштине.

године утврдиле су овај двоструко нижи праг за пуноважност грађанске иницијативе (Радојевић, 2023б, 130). Међутим, другачија решења о прагу гласова утврђена су за грађанску иницијативу у престоници и промену територије у другим јединицама локалне самоуправе.³⁴ Новелама ЗЛС су измењене и одредбе о спровођењу јавне расправе и обавештавању јавности о припреми прописа, које су касније делимично инкорпориране у ЗРНИ.

Сходна примена одредаба о финансирању и трошковима кампање за референдум примењују се и за народну иницијативу. Након верификације предлога почиње прикупљање средстава за финансирање кампање. И упоредна искуства показују да су организатори кампање углавном групе грађана или удружења. За разлику од политичких странака, оне не располажу одговарајућом инфраструктуром и средствима. Политичке партије, међутим, не препознају народну иницијативу као средство политичке борбе, оруђе преко кога се могу обраћати и вршити мобилизацију бирачког тела. Нова правила у Србији су искорак, али она детаљније не разрађују питања финансирања кампање у складу са начелом „једнакости оружја”, нарочито ако се ради о референдуму или уставотворној иницијативи. Организатор кампање је обавезан да користи посебан рачун у сврхе финансирања кампање за спровођење народне иницијативе и да поднесе извештај надлежном органу (агенцији надлежној за спречавање корупције) о трошковима након 30 дана од дана завршетка кампање (види: чл. 28–34. ЗРНИ).

У складу са новим законом, председник надлежне скупштине је дужан да обавести иницијативни одбор у року од седам дана од дана када је завршена провера испуњености услова (чл. 68. ст. 1. ЗРНИ). У случају да изостане обавештење, а испуњени су услови, сматра се да је покренута народна иницијатива. Ако народна иницијатива испуњава услове, обавеза је Народне скупштине да поступа у складу са прописима – одлучи о народној иницијативи и стави је на дневни ред. У Србији су игнорисане народне иницијативе, па је овај институт представљао уставно право који грађани не могу да остваре (Vukadinović, 2012: 261), јер обавеза Скупштине да узме у разматрање народну иницијативу поднету

³⁴ Број потписа за подношење грађанске иницијативе у граду Београду је 30.000 бирача (чл. 45. ст. 3. Закона о главном граду, *Сл. гласник РС*, 129/07, 83/14 – др. закон, 101/16 – др. закон, 37/19, 111/21 – др. закон), што је нелогично јер се исти број потписа захтева и за покретање народне иницијативе за промену закона на републичком нивоу. Такође, да би била поднета иницијатива за промену територије општине, неопходно је да буде подржана са најмање 10% од укупног броја бирача у јединици локалне самоуправе (чл. 12. ст. 1. Закона о територијалној организацији Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 129/07, 18/16, 47/18, 9/20 – др. закон).

у складу са законом није била прописима изричито уређена. Најчешће је похрањена у архиви и фактички „обрисана” након конституисања новог сазива парламента.

Надлежна скупштина одлучује о покренутој народној иницијативи на првој наредној седници у редовном заседању, а најкасније у одређеном року који зависи од врсте иницијативе (чл. 69. ЗРНИ). О народној иницијативи, као што је законодавна иницијатива, одлучује Народна скупштина у року од шест месеци од дана покретање народне иницијативе, у року од 90 дана одлучује скупштине аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе, а ако се ради о општој иницијативи, надлежно тело припрема предлог акта у року од 120 дана, о коме ће накнадно одлучивати. У овом року ће скупштина обавезати посебно радно тело да припреми предлог правног акта, о коме ће накнадно одлучивати. Представник иницијативног одбора има право да учествује у припреми акта (чл. 69. ст. 3–4. ЗРНИ).

Народна скупштина прихвата или одбија иницијативу. Ако скупштина одбије иницијативу, подносилац може само да затражи заштиту својих права. У Швајцарској, у овом случају, скупштина је дужна да распише референдум. Такво решење је постојало у Закону о локалној самоуправи из 1999. године (Радојевић, 2023б: 131). Циљ референдума је да се спор власти и грађана реши на легитиман начин – гласањем о предлогу, чиме народна иницијатива добија свој пуни смисао.

Подносилац иницијативе против решења надлежне комисије може да поднесе приговор надлежном органу. У другом степену подноси жалбу Управном суду, уместо Врховном суду по одредбама ранијег закона (чл. 39–41. ЗРНИ/94). Рокови за поступање су продужени. Управном суду се подноси жалба на приговор у року од 96 сати од дана пријема решења (чл. 73. ЗРНИ). Иницијативни одбор може да поднесе и тужбу Управном суду на одлуку надлежне скупштине о верификацији предлога народне иницијативе и на решење о одбацивању народне иницијативе (чл. 74–75. ЗРНИ). Рок за жалбу је 30 дана од дана доношења одлуке скупштине, а за доношење одлуке је 30 дана од дана пријема тужбе. Одлука Управног суда је правоснажна и против ње се евентуално може поднети уставна жалба.³⁵

³⁵ Покрет „Крени – промени” је поднео уставну жалбу против Народне скупштине због повреде права на петицију, због непоступања Народне скупштине по народној иницијативи. „Aktivisti Kreni promeni predali Ustavnom sudu žalbu protiv Skupštine Srbije“, <https://n1info.rs/vesti/zalba-kreni-promeni-ustavnom-sudu-zbog-neodlucivanja-o-inicijativi-o-litijumu/>

3.2. *Пракса института народне иницијативе*

Народна иницијатива је слабо развијен механизам у Србији. Таква тврдња се заснива на емпиријским подацима, упоређивањем са другим земљама и односом државних органа према овој институцији. Проблем са истраживањима је непостојање систематизоване и званичне базе података о директној демократији. Уредбом о електронској народној иницијативи (чл. 3) по први пут је утврђена обавеза вођења регистара поднетих иницијатива у електронском облику од 1. јануара 2024. године. У минулом периоду, истраживања се могу углавном ослонити на непотпуну архивску грађу Народне скупштине и ауторе који су се бавили овом темом. Ови подаци су непоуздани, а резултати се делимично разликују. Оквирно је поднето између двадесет и тридесет народних иницијатива од 2001. године. У већини случајева су законске иницијативе,³⁶ а покренута је једна уставотворна иницијатива (Павловић, 2012: 78).³⁷ Шест народних иницијатива је поднето од 2012. године до 2018. године (Црта, 2018: 8). Након 2018. године, број иницијатива драматично се смањује – поднета је једна иницијатива. Идентичан закључак важи и за грађанске иницијативе (Радојевић, 2023б: 130–131). Грађанска иницијатива је коришћена у мањем броју јединица локалне самоуправе, а нисмо их приметили у престоници и у Аутономној Покрајини Војводини. Иако је смањен праг гласова за пуноважност предлога, грађанска иницијатива је скоро нестала у животу локалне самоуправе у последњих неколико година.

Обратимо пажњу на овај проблем из другог угла. Швајцарска је, према једном истраживању, имала приближно једну иницијатива годишње на савезном нивоу (Kauffman, 2010: 50). Прихваћена је свака десета иницијатива. Ако ове иницијативе допунимо и предлозима за одржавање тзв.

³⁶ Поднете иницијативе су углавном испуњавале услове у погледу рока и броја потписа (Предлог за измене и допуне Закона о слободном приступу информацијама, Предлогу Закона о класификацији тајних информација и Предлогу закона о забрани пушења у јавним и радним просторијама). Након 2012. године, поднете су народне иницијативе за усвајање предлога закона о ратним ветеранима и члановима њихових породица (2012), за доношење закона о одлагању плаћања доспелих комуналних и других обавеза и прекиду поступка извршења (2015), за доношење закона о порезу на доходак грађана (2016), за предлог Закона о измени и допуни Закона о рударству и геолошким истраживањима (забрану ископавања литијума, 2022).

³⁷ У периоду од 2001. до 2008. године, од 14 законодавних иницијатива грађана (Ђурашиновић, Радојевић, 2012: 81), четири народне иницијативе су разматране на четвртој седници Народне скупштине 2006, а остале иницијативе Народна скупштина није разматрала. На основу нашег увида у архиву Народне скупштине до 2011. године, од 11 поднетих иницијатива, девет су законодавне иницијативе, једном се предлаже расписивање референдума, а другом оснивање анкетног одбора.

народних референдума, годишњи индекс је двоструко већи. То није драматична разлика у односу на Србију. И у поређењу са другим земљама, Србија има квантитативно богатију праксу народне иницијативе, што доводи у питање претходно постављену премису и закључке других истраживача.³⁸ Међутим, статистички параметар води нас у заблуду.

Други критеријум, процена квалитета праксе тј. поступање надлежних органа са народним иницијативама, показује другачије наличје директне демократије. Влада је разматрала више законодавних иницијатива и достављала своје мишљење Народној скупштини до 2012. године. У овом периоду, четири народне иницијативе су биле на дневном реду Народне скупштине (Ђурашиновић, Радојевић, 2012: 81). Уставотворна иницијатива о смањењу броја народних посланика (2011) нашла се пред Одбором за уставна питања, који је утврдио да су испуњени услови за разматрање, али је даљи поступак фактички обустављен јер није постојала политичка подршка у парламенту.³⁹ Ово је усамљени пример да је парламентарна политичка странка учествовала у народној иницијативи.

Од 2012. године, о једној народној иницијативи се расправљало у пленуму Народне скупштине и усвојена је у форми измена и допуна закона. У складу са предлогом Фондације „Тијана Јурић“ (2017), измењен је Кривични законик. У кривично законодавство уведена је казна доживотног затвора и поштрене су санкције за тешка кривична дела. Већи је број другачијих примера у српском парламенту. Нарочито се може издвојити случај народне иницијативе о изменама и допунама Закона о рударству и геолошким истраживањима које су поднеле невладине организације 2022. године, у време писања текста још увек без расплета. С обзиром на то да је прикупљен неопходан број потписа, организатори иницијативе су предали народну иницијативу Народној скупштини. Према званичном објашњењу народна иницијатива није достављена надлежном одбору (*sic!*), иако је поднета писарници Народној скупштини са више од тридесет хиљада потписа (BCLJP, 2023: 228).

3.3. Узроци сиромашне праксе народне иницијативе

Издвојили смо три групе узрока неразвијене праксе народне иницијативе у Србији: нормативни дизајн институције, традицију и политичку

³⁸ У Европи, већи број народних иницијатива на годишњем нивоу се подноси у Финској и Пољској.

³⁹ „DSS odbacuje inicijativu SNS“, Преузето 18. 8. 2024. <https://www.danas.rs/vesti/politika/dss-odbacuje-inicijativu-sns/>

културу. Народна иницијатива је регулисана Уставом Републике Србије од 1990. године, али је због тешкоћа у развоју демократије њен живот почео након политичких промена почетком овог века. Од тада је одржано више референдума на националном нивоу, који по свом карактеру имају и плебисцитаран карактер. Правни оквир за народну иницијативу је рестриктиван до усвајања Закона о референдума и народној иницијативи из 2021. године. Грађане је демотивисао „експресни“ рок за прикупљање потписа, неодговарајући начин прикупљања потписа и строга форма иницијативе за промену прописа, при чему скупштина није била у обавези да разматра на својој седници иницијативе које су испуњавале законске услове, а могла је без икаквих правних санкција да се понаша као да предлог није ни поднет. У општинама је била потребна и четвртина од броја бирача за пуноважност грађанске иницијативе до 2018. године. Најчешћи тип иницијативе у општинама су били опозив градоначелника (2002–2007) и расписивање самодоприноса.

Рудиментарни облици непосредне демократије нестајали су са централизацијом српске државе у XIX, са изузетком институције збора. Збор је сличан народној иницијативи, јер одлуке имају форму предлога која се упућује локалним скупштинама (Јеринић, 2023: 150). Након Другог светског рата, у окриљу социјалистичког самоуправљања постојале су атипични институти радничке непосредне демократије. За разлику од референдума, народна иницијатива није конституционализовала као колективно грађанско право и облик директне демократије од Другог светског рата до доношења Устава од 1990. године. Иако су од последње деценије прошлог века конституционализовани облици суверености грађана, јавност још увек није довољно упозната са институтом народне иницијативе.⁴⁰

Позорење према директној демократији влада код политичких елита и партократије од обнове вишестраначја у Србији. Разлог таквог понашања је неповерење у функционалност непосредне демократије. Код политичких елита у Србији постоји снажно уверење да директна демократија може да подрије, не само њихову владавину, већ и стабилност правног система. Такво становиште се делимично заснивало на негативним искуствима са референдумом на простору некадашње Југославије, могућностима да се директна демократија преобрази у оруђе локалних моћника и сепаратистичких покрета. Парламент у Србији је углавном игнорисао народне иницијативе. Таква пракса је настављена и након ступања на снагу новог Закона о референдуму и народној ини-

⁴⁰ Према истраживању из 2010. године, 92% анкетираних грађана нису могли да објасне шта је грађанска иницијатива (Crta, 2018: 9).

цијативи, што илуструје судбина иницијативе за измену Закона о рударству и геолошким истраживањима којом се тражила забрана ископавања литијума и бора. У објашњење треба увести и елемент политичке културе.

Осим политичке традиције, политичка култура је тло на коме срastaју политичке и правне институције. Уосталом, правни систем је израз стања културног развоја. Само народи са развијеном културом и државом могу да граде савршенији правни систем. У Швајцарској је директна демократија подржана партиципативном политичком културом. Ова формула је омогућила хомогеност друштва са хетерогеним верским, језичким и етничким саставом. У овој земљи, институције директне демократије каналишу потребе компромисом друштвених структура, власти и опозиције. Институције директне демократије су полука друштвених реформи и промена. Србија је, нажалост, далеко од овог узора. Низак степен поштовања владавине права, партиципације грађана у учешћу у власти и незаинтересованост цивилног друштва и политичких странака да народну иницијативу користе као средство у подизању степена квалитета демократије нису плодно тло за народну иницијативу. Грађани су и даље маргинализовани изван изборног процеса.

4. Закључак

Један од два кључна механизма директне демократије је грађанска иницијатива. У одређеним околностима, њено благотворно дејство унапређује комуникацију грађана и власти, поправља законодавство, легитимитет и политичку партиципацију, контролу и одговорност. Осим тога, иницијативом се могу штитити права мањина. На локалном нивоу, њено дејство се сагледава у унапређењу функционисања комуналних служби и јавних политика. Критичари замеру да народна иницијатива пати од општих недостатака уобичајених за директну демократију.

У упоредном праву нема једнообразности иницијативе, већ мноштво варијација. Анализом основних типова и фаза у поступку откривамо природу, улогу и значај овог механизма директне демократије. У свим правним системима, грађанска иницијатива није конституционализована, нити регулисана као национална институција. У већини држава нема обавезујући карактер, нити форму уставне иницијативе. Грађани, по правилу, иницијативом предлажу доношење закона. Организатори кампање су углавном друштвене и интересне групе (нпр. синдикати) и

представници цивилног друштва. У више земаља је спроведена реформа ове институције која је обухватила и ублажавање услова за коришћење.

Са стажом дужим од три деценије, народна иницијатива постоји у Србији на републичком и покрајинском нивоу, а у јединицама локалне самоуправе под називом грађанска иницијатива. Према садржају, најважнији облици народне иницијативе су уставна и законска иницијатива. Право грађана на иницијативу је дефинисано као начин остваривања суверености, односно право на покрајинску и локалну самоуправу. У ранијем периоду, основни проблем у њеном спровођењу биле су рестриктивне одредбе. Након доношења Закона о референдуму и народној иницијативи, поступак је детаљније уређен, уклоњена је већина баријера, тако да грађани једноставније могу користити иницијативу. Новина је и електронска народна иницијатива, па је тако успостављен релативно квалитетан правни оквир народне иницијативе. Међутим, осавремењивање нормативног окружења није побољшало праксу, већ је запажена тенденција потпуног нестајања иницијатива у правном животу. Несклад између модела иницијативе (*de iure*) и примене (*de facto*) упућује на закључак да се ради о декоративној институцији, надамо се, привременог карактера. Појава је супротна трендовима у упоредном праву, а објашњава се сплетом политичких околности и друштвено-вредносних оријентација. Криза представничке демократије је отворила перспективу за директну демократију у неким деловима света, а у другим државама водила заустављању лабавих процеса демократизације.

Литература

Alarcón P., García-Espín P., Welp Y., Font J. (2018). *Influencing politics with signatures? – Models and experiences of local citizens' initiative*. Barcelona: OI DP. Преузето: 11. 4. 2024. <https://www.oidp.net/docs/repo/doc482.pdf>

Altman, D. (2019). *Citizenship and contemporary direct democracy*. Cambridge: Cambridge University Press

Bedock, C. (2017). *Reforming democracy institutional engineering in Western Europe*. Oxford: Oxford University Press

Beramendi, V., et. al. (2008). *Direct Democracy: International IDEA Handbook*. Stockholm: IDEA

Beogradski centar za ljudska prava (2022). *Ljudska prava u Srbiji*. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava

Beširević, V. (2023). *Osnovi ustavnog prava Evropske Unije*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu

Braunstein, R. (2004). *Initiative and Referendum voting – Governing through Direct Democracy in the United States*. New York: LFB Scholarly Publishing LLC

Vergotini, de Đ. (2015). *Uparedno ustavno pravo*. Beograd: Službeni glasnik

Vukadinović, S. (2012). Odnos građana i narodnih poslanika nakon izbora. U Nikolić O. i Đurić V. (Prir.). *Izbori u domaćem i stranom pravu*. Beograd: Institut za uporedno pravo. 240–272.

Đurašinović Radojević, D. (2012). Zakonodavna funkcija Narodne skupštine. U Orlović, S. (Ur.). *Demokratske performanske parlamenata Srbije, Bosne i Hercegovine i Crne Gore*. Beograd – Sarajevo – Podgorica: Univerzitet u Beogradu – Fakultet političkih nauka (Centar za demokratiju) – Sarajevski otvoreni centar, Fakultet političkih nauka – Univerzitet Crne Gore. 79–98.

Ferro, S. M. (2007). Popular Legislative Initiative in the EU: *Alea Iacta Est*, *Yearbook of European Law*. 1 (26). 355–385.

Fossedal, G. (2002). *Direct Democracy in Switzerland*. New Brunswick – New Jersey: Rutger

Häberle, P. (2000). Ustav kao kultura. *Politička misao*. 3(XXXVII), 2–21.

Haskell, J. (2001). *Direct democracy or representative government?: dispelling the populist myth*. Boulder: Westview Press

Hejvud, E. (2004). *Politika*. Beograd: Clio.

Kaufmann, B. Büchi, R. Braun, N. (2010). *The IRI Guidebook to Direct Democracy – Switzerland and beyond*. The Initiative and Referendum Institute Europe (IRI): Lucerne: 2010. Преузето: 12. 3. 2024, <https://iri-europe.org/index.php/publications/guidebooks/guidebook-to-direct-democracy>

Јеринић, Ј. (2023). Уставни и законски положај Београда као препрека за остваривање локалне самоуправе. *Српска политичка мисао*. 3(81). 145–164.

Jokela J. Iso-Markku T. (2018). Finland: direct democracy and the representational system. In Blockmans, S. Russack, S. (Eds.), *Direct Democracy in the EU The Myth of a Citizens' Union*. Brussels – London: CEPS, Rowman & Littlefield International. 215–236.

La Combe, S. J. Boehmke F. J. (2021). The Initiative Process and Policy Innovation in the American States. *State Politics & Policy Quarterly*. 21(3). 286–305.

Linder, W. (2010). *Swiss Democracy – possible solutions to conflict in multicultural societies*. New York: Palgrave Macmillan

Longo, E. (2019). The European Citizens' initiative: too much democracy for EU polity?. *German Law Journal*. (20). 181–200.

Милосављевић, Б. Јеринић, Ј. (2020). *Коментар Закона о локалној самоуправи*. Београд: Службени гласник

Марковић, Р. (2013). *Уставно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београд

Marczewska-Rytko M. (2018). Conclusion. In Marczewska-Rytko M. (Ed.). *Direct Democracy in Central and Eastern Europe after 1989: Handbook of Direct Democracy in Central and Eastern Europe after 1989*. Berlin – Toronto: Barbara Budrich Publishers Opladen. 317–340.

Matsusaka, J. G. (2020). *Let the People Rule – How Direct Democracy can meet the populist challenge*. New Jersey: Princeton University Press

Микић, В. (2022). *Појмовник европске уставности*. Београд: Службени гласник

McKay, S. (2023), Plebiscites, Referendums, and Ballot Initiatives as Institutions of Popular Sovereignty: Rousseau's Influence on Competing Theories of Popular-Vote Processes. *The Review of Politics*. 85. 23–47.

Nastić, M. (2022). The forms of realizing direct democracy and the contradiction of contemporary law: case of Serbia. У: Марковић, Г. (Ур.). *Противречја савременог права*. Источно Сарајево: Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву. 396–406.

Павловић, М. (2012). Питање броја народних посланика. *Анали Правног факултета у Београду*. 1(LX). 56–82.

Радојевић, М. (2023а). О облицима непосредне демократије – између идеала, традиције и садашњости. У: Челић, Д., Миљковић С. (Ур.). *Право између идеала и стварности*. Косовска Митровица – Београд: Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиште у Косовској Митровици, Институт за упоредно право. 91–110.

Радојевић, М. (2023б). Локална демократија и облици директног учешћа грађана у власти. *Српска политичка мисао*. 3(81). 121–143.

Rohner, A. (2011). Direct Democracy in the German Länder: History, Institutions, and (Mal)Functions, *C2D Working Paper Series 38/2011*. C2D – Centre for Research on Direct Democracy, https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/94811/1/C2D_WP38.pdf, преузето 7. 8. 2024.

Russack, S. (2018). Pathways for citizens to engage in EU policymaking. In Blockmans, S. Russack, S. (Eds.), *Direct Democracy in the EU The Myth of a Citizens' Union*. Brussels – London: CEPS, Rowman & Littlefield International. 9–41.

Симовић, Д., Орловић, С. (2023). *Коментар Устава Републике Србије*. Београд: Службени гласник

Collins, R. B. (2001). How Democratic are initiatives?, *Colorado Law Scholarly Commons*, (72). 983-1003; <https://scholar.law.colorado.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1568&context=faculty-articles>

Sørensen, C. (2018), Denmark and direct democracy: frontrunner and laggard. In Blockmans, S. Russack, S. (Eds.), *Direct Democracy in the EU The Myth of a Citizens' Union*. Brussels – London: CEPS, Rowman & Littlefield International. 195–213.

Stanković, M. (2022). Lokalna demokratija u svetlosti donošenja novog Zakona o referendumu i narodnoj inicijativi. U Perović Vujačić, J. (Ur.). *Sudski postupak – prava i pravičnost, Zbornik radova 35. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava*. Београд: Копачићка школа природног права. 657–667.

Schaller, S. Schmidt, P. Breinschmid, C. (2018). Direct democracy in Austria: just a tool for the opposition?. In Blockmans, S. Russack, S. (Eds.), *Direct Democracy in the EU The Myth of a Citizens' Union*. Brussels – London: CEPS, Rowman & Littlefield International. 121–144.

Schiller, T. (2011). Local direct democracy in Germany – varieties in a federal State. In Schiller, T. (ed.). *Local Direct Democracy in Europe*. Wiesbaden: VS Verlag, Springer. 54–71.

Прописи

Устав Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 98/2006.

Устав Црне Горе. *Службени гласник ЦГ*. Бр. 1/2007, 38/2013 – Амандmani I–XVI

Закон о главном граду. *Службени гласник РС*. Бр. 129/2007, 83/2014 – др. закон, 10/2016 – др. закон, 37/2019, 111/2021 – др. закон

Закон о локалној самоуправи. *Службени гласник РС*. Бр. 129/2007, 83/2014 – др. закон, 101. 2016 – др. закон; 47. 2018; 111. 2021 – др. закон.

Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима. *Сл. лист СФРЈ*. Бр. 7/1971.

Закон о референдуму и народној иницијативи. *Службени гласник РС*. Бр. 48/1994, 11/1998.

Закон о референдуму и народној иницијативи. *Службени гласник РС*. Бр. 111/2021, 119/2021.

Закон о референдуму и грађанској иницијативи Републике Српске. *Службени гласник РС*. Бр. 61/2024.

Закон о територијалној организацији Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 129/2007, 18/2016, 47/2018, 9/2020 – др. закон.

Пословник Народне скупштине (пречишћен текст). *Службени гласник РС*. Бр. 20/2012.

Статут Аутономне покрајине Војводине. *Службени лист АПВ*. Бр. 20/2014.

Уредба о електронској народној иницијативи. *Службени гласник РС*. Бр. 85/2023.

Електронски извори

Crta. (2018). Narodna inicijativa u fioci: analiza kolektivnog učešća građana u postupku donošenja odluka. <https://crta.rs/narodna-inicijativa-u-fioci-analiza-kolektivnog-ucesca-gradjana-u-procesu-donosjenja-odluka/> (преузето 12. 5. 2024).

Danas. (2011). DSS odbacuje inicijativu SNS (by M. R. M.), 5.03.2011, (преузето 18. 8. 2024). <https://www.danas.rs/vesti/politika/dss-odbacuje-inicijativu-sns/>

European Citizens' Initiative. (2024). <https://citizens-initiative.europa.eu/en>, (преузето 5. 9. 2024).

European Commission for Democracy through Law. (2021). *Serbia: Urgent opinion on the Draft law on the referendum and the people's initiative*, (преузето 15. 5. 2024). [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI\(2021\)018-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI(2021)018-e)

European Commission for Democracy through Law. (2008). *Report on Legislative initiative*. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2008\)035-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2008)035-e), (24. 8. 2024).

Regulation (EU) No. 211/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 on the citizens' initiative, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2011/211/oj>, (7. 8. 2024).

Regulation (EU) 2019/788 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on the European citizens' initiative, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02019R0788-20240502> (преузето 7. 8. 2024).

Mijodrag Radojević,
Research Associate,
Institute for Political Studies, Belgrade,
Republic of Serbia

PEOPLE'S INITIATIVE IN MODERN LAW AND THE LEGAL SYSTEM OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

In modern legal systems, direct democracy serves as a corrective to representative democracy, but there are differing opinions in theory on its nature and importance. In comparative law, two primary mechanisms of direct democracy are commonly used: referendum and people's initiative, which entail a variety of approaches in practice. Unlike a referendum, a popular initiative launches the process of adopting or amending a legislative act or a political decision. Recently, many European countries have shown a trend towards embracing electronic methods for introducing such initiatives.

The right to propose a popular initiative is guaranteed by the Constitution of the Republic of Serbia. By adopting the Referendum and People's Initiative Act (RPI Act, 2021), the legislator has updated the legal framework for conducting referendums and implementing people's initiatives. Additionally, the Government has introduced regulations allowing for electronic collection of votes (electronic popular initiative). Under the former RPI Act (1994), due to restrictive limitations, people's initiatives were rarely submitted and discussed in the National Assembly. Based on the examination of empirical data and analysis of the legal framework, the author explores the normative, social, and political factors that impact a more substantial application of popular initiatives.

Keywords: *direct democracy, sovereignty, referendum, constitutional system, constitution, law, legislative initiative, citizens' initiative, electronic popular initiative.*

СЕСИЈА ЗА ГРАЂАНСКО ПРАВО

CIVIL LAW SESSION

Др Сања Марјановић,*
Ванредни професор,
Правни факултет, Универзитет у Нишу,
Република Србија

UDK: 341.9(497.11)
DOI: 10.5281/zenodo.14514171

ПРИНЦИПИ ПРАВНЕ СИГУРНОСТИ И НАЈБЛИЖЕ ВЕЗЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ**

Апстракт: Иако у међународном приватном праву, једнако као и у другим гранама права, важе општа правна начела, ова грана права ипак је специфична по доминантној улози принципа најближе везе. Реч је о посебном правном принципу карактеристичном само за међународно приватно право, а у коме остварује вишеструку функцију. Наиме, ово начело прећутно прожима све норме о међународној надлежности и колизионе норме (каткада у садејству са другим правним принципима), док у материји сукоба закона твори клаузулу одступања (као посебну установу). Такође, начело најближе везе има значајну улогу у остваривању правне сигурности, као општег правног принципа. С обзиром да та његова функција није увек довољно разматрана, аутор у раду указује на утицај принципа најближе везе у погледу постизања правне сигурности у међународном приватном праву Републике Србије. При томе, у раду се посебно имају у виду оне норме домаћег међународног приватног права у којима принцип најближе везе није у потпуности спроведен, као и на оне норме у којима се правна сигурност постиже садејством принципа најближе везе и других општих правних принципа.

Кључне речи: принцип правне сигурности, принцип најближе везе, позитивни сукоб држављанства, пребивалиште, међународно приватно право.

* sanja@prafak.ni.ac.rs, [ORCID ID 0000-0001-7560-8254](https://orcid.org/0000-0001-7560-8254)

** Рад је резултат истраживања на пројекту Одговорност у правном и друштвеном контексту, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2012-2025. године.

1. Увод

Међународно приватно право, као одраз и инструмент међународне сарадње, не би се могло замислити без свог основног (безмало, светог) принципа – принципа најближе везе. Овај принцип, који је устолочио *Савињи* (Живковић, 2004: 42), омогућава непосредно остваривање главног циља међународног приватног права – заштиту оправданих очекивања странака у прекограничним грађанскоправним и трговинскоправним односима (Станивуковић, Живковић, 2023: 21). Та очекивања подразумевају да се неизвесност коју у приватноправне односе уноси присуство међународног обележја, у значајној мери ублажава тиме што субјекти једног таквог правног односа могу рачунати на то да ће одређивање међународне надлежности и меродавног права зависити управо од таса на који претеже принцип најближе везе, а не од арбитрерног нахођења законодавца (националног или међународног). Тиме се уједно побољшава правни положај странака, постиже правичност и предвидивост у прекограничним случајевима, што, последично, води постизању правне сигурности (Станивуковић, Живковић, 2023: 21).

Функција принципа најближе везе је вишеструка. Најпре, оно је прећутно уткано, барем начелно, у колизионе норме и рефлектује се кроз конкретну тачку везивања коју законодавац бира као *језгро* конкретне врсте грађанског или трговинског односа са иностраним елементом. У појединим случајевима, та тачка везивања постаје окосница у којој се преплићу принцип најближе везе и неки други правни принципи или, пак, интереси јавне власти. Тако, примера ради, колизиона норма међународног приватног права Републике Србије за издржавање указује, у првом реду, на примену права државе уобичајеног боравишта повериоца издржавања¹ будући да је то држава у којој поверилац има центар својих животних активности и у којој користи средства досуђена по основу издржавања. Међутим, за питање пословне способности или материјалноправних услова за склапање брака меродавно је, по правилу, право државе чије држављанство имају субјекти тог односа (лице о чијој се пословној способности одлучује, односно будући супружници).² Држављанство је одабрано као тачка везивања имајући у виду не само принцип најближе везе, већ и околност да релевантне чињенице у погледу пословне способности, као и склапања брака подлежу упису у

¹Члан 3 ст. 1 Протокола о меродавном праву за обавезе издржавања, *Сл. гласник РС – Међународни уговори*, 1/2013.

²Члан 14 ст. 1 и 3, као и члан 32 ст. 1 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља, *Сл. лист СФРЈ*, 43/82 и 72/82 – испр., *Сл. лист СРЈ*, 46/96 и *Сл. гласник РС*, 46/2006 – др. закон.

матичне књиге које свака држава води за своје држављане.³ У материји вануговорне одговорности за штету, меродаван је *lex loci delicti commissi* или *lex loci damni*, при чему су ове тачке везивања у члану 28 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља (даље: ЗРСЗ)⁴ одраз принципа најближе везе и заштите слабије стране принципом убиквитета.⁵ Међутим, ни принцип убиквитета не ремети остваривање начела најближе везе будући да обе релевантне тачке везивања (место наступања штетног догађаја и место наступања штете) упућују на примену права државе са којом постоји најближа веза самим тим што су у питању типичне тачке везивања за деликте и квазиконтракте. Особеност је у томе што у овом случају долази до примене тзв. теорије жртве у циљу заштите слабије стране.⁶ Насупрот томе, за својинскоправне односе меродавно је право државе у којој се ствари налазе (*lex rei sitae*).⁷ При томе се у погледу непокретности преплићу принцип најближе везе и интерес јавне власти и то не само за стварноправне односе, већ и за уговорне односе будући да су непокретности део државне територије, а тиме и њене суверености.

Када је реч о међународној надлежности, принцип најближе везе се јавља у пуном интензитету код искључиве надлежности, док у случају конкурентне међународне надлежности интензитет те везе опада, те се може свести на чињеницу постојања довољно блиске везе са државом суда. Разлог треба тражити у чињеници да је конкурентна међународна надлежност (иако уређена једностраном законском нормом), по свом духу, делимични ехо двостране колизионе норме из материје сукоба закона. Уколико је међународна надлежност конкурентна, то омогућава да се поступак води и пред судом неке друге државе,⁸ а не нужно домаће (што би био случај са искључивом међународном надлежношћу). Слично томе, и двостране колизионе норме остављају могућност да меродавно буде страном право. Искључива међународна надлежност, као што њен назив сугерише, у потпуности искључује међународну надлежност страног правосуђа услед постојања најближе везе управо са државом суда, под санкцијом одбијања признања и извр-

³Члан 2 ст. 3 у вези са чланом 45 ст. 1 тач. 3 и чланом 55 ст. 1 Закона о матичним књигама, *Сл. гласник РС*, 20/2009, 145/2014 и 47/2018.

⁴*Сл. лист СФРЈ*, 43/82 и 72/82 – *испр.*, *Сл. лист СРЈ*, 46/96 и *Сл. гласник РС*, 46/2006.

⁵Varadi, Bordaš, Knežević, Pavić, 2022: 441.

⁶Varadi, Bordaš, Knežević, Pavić, 2022: 442.

⁷Члан 18 ст. 1 и члан 21 ЗРСЗ.

⁸Dika, Knežević, Stojanović, 1991: 164.

шења стране судске одлуке која је евентуално донета у том случају.⁹ Када је реч о пророгацији међународне надлежности, она је последица увођења аутономије воље као једине субјективне тачке везивања. Међутим, када странке уговарају међународну надлежност суда Србије, према одредби ЗРСЗ-а, та могућност је омеђена блиском везом са домаћом државом. Та блиска веза исказана је кроз домаће држављанство једне од странака или на основу седишта правног лица које је у Србији.¹⁰ У овом случају, блиска веза нарушава аутономију воље без неког посебног разлога, тим пре што у случају уговарања међународне надлежности страног суда није неопходно да странка има држављанство те конкретне државе чији је суд изабран, већ било које стране државе (исто важи и у погледу седишта правног лица).¹¹ С друге стране, тешња веза присутна је и онда када се аутономија воље односи на избор меродавног права за правне односе поводом којих слобода располагања сопственим правима није толико заступљена на нивоу супстанцијалног права. Тада, тешња веза чини део услова конекситета којом се избор меродавног права ограничава.¹²

Иако делује да је принцип најближе везе, *in abstracto*, у довољној мери исказан кроз норме о међународној надлежности и меродавном праву домаћег међународног приватног права, указаћемо на случајеве када тај утисак може бити доведен у питање. При томе, посебно се размотрају оне тачке везивања које најчешће дају повода одступању фактичког од правног – држављанство и пребивалиште. Исто тако, анализирају се и поједине законске одредбе о признању и извршењу страних судских одлука у којима је принцип најближе везе оставио трага, иако овај принцип није својствен тој области.

2. Персоналистички и територијалистички приступ

Познато је да су држављанство и пребивалиште у ЗРСЗ-у преовлађујући пар тачака везивања у статусним, наследним и породичним односима, са крајње ретким коришћењем боравишта.¹³ Посматрајући вишестране

⁹ Постојање искључиве међународне надлежности суда државе признања стране судске одлуке универзални је филтер индиректне међународне надлежности у поступку признања и извршења страних судских одлука (члан 89 ст. 1 ЗРСЗ).

¹⁰ Члан 49 ст. 2 ЗРСЗ.

¹¹ Члан 49 ст. 1 ЗРСЗ.

¹² На пример, члан 8 Протокола о меродавном праву за обавезе издржавања.

¹³ Имајући у виду норму ЗРСЗ-а, боравиште се јавља (спорадично) у погледу међународне надлежности, као и приликом решавања негативног сукоба држављанства, док се у законским колизионим нормама не користи. Када је реч о општој међународној

уговоре који су извори нашег међународног приватног права, уочљив је примат уобичајеног боравишта, при чему се пребивалиште уопште не користи, док држављанство има сасвим скромну улогу у обликовању како норми о међународној надлежности (директној и индиректној), тако и у сфери меродавног права.

Имајући у виду да је ступио на снагу пре 41 годину,¹⁴ ЗРСЗ је тежио да, колико је могуће, пронађе златну средину, односно помири два опречна приступа која су обојила међународно приватно право – *персоналистички*, оличен у држављанству и *територијалистички*, исказан првенствено у пребивалишту. Међутим, реч је о приступима чија је непомирљивост толика да је постојала стварна и непосредна опасност да се угрози идеја глобалне унификације међународног приватног права, односно рад Хашке конференције за међународно приватно право (као најзначајније глобалне организације која се бави унификацијом искључиво међународног приватног права). Услед тога је, у оквиру ове међународне организације, створено уобичајено боравиште, као тачка везивања која представља компромис држава које су се, до тада, грчевито држале једног или другог приступа. ЗРСЗ не користи уобичајено боравиште као тачку везивања, већ (обично) боравиште.¹⁵ Ипак, поједина решења ЗРСЗ-а и даље остављају могућност за размиоилажење између онога што одабрана тачка везивања треба да представља у погледу повезаности случаја, странака и суда *in abstracto*, с једне стране, и фактичког стања у конкретном случају, с друге стране. Овај раскорак правног и фактичког непосредно утиче на остваривање принципа најближе везе.

надлежности, боравиште долази до изражаја у крајње егзотичним ситуацијама, када тужени нигде нема пребивалиште (ни у Србији ни у иностранству) или се оно, пак, не може утврдити (члан 46 ст. 2 ЗРСЗ). Изузетак је само општа међународна надлежност у парничном поступку, али је боравиште туженог овде несамостална тачка везивања, која прати домаће држављанство обеју парничних странака (члан 46 ст. 3 ЗРСЗ). Уз то, треба напоменути да је значај боравишта туженог и додатно умањен будући да је оно искључено као основ опште међународне надлежности у споровима о имовинским односима супружника поводом имовине која се налази у Србији (члан 59 ст. 1 ЗРСЗ; ипак у истој одредби користи се боравиште тужиоца као тачка везивања), брачним споровима (члан 61 ст. 1 ЗРСЗ), патернитетским и матернитетским споровима (члан 64 ст. 1 ЗРСЗ), споровима о чувању, подизању и васпитању деце која су под родитељским старањем (члан 66 ст. 1 ЗРСЗ) и споровима о издржавању (члан 67 ст. 1 ЗРСЗ). Разлог због кога је боравиште у толикој мери скрајнуто огледа се у чињеници да је у питању територијална тачка везивања за физичка лица у којој су објективни и субјективни елемент изражени у најмањој мери.

¹⁴ ЗРСЗ је ступио на снагу 1. јануара 1983. године.

¹⁵ Dika, Knežević, Stojanović, 1991: 169.

2.1. Позитиван сукоб држављанства

Држављанство је у земљама европско-континенталног правног система уведено још Наполеоновим Кодексом (члан 3). У наш ЗРСЗ преузето је из разлога који су и политички мотивисани. Како је тадашња заједничка држава, као и сада Србија, изразито емиграциона, коришћење држављанства омогућава да се очува правна власт над исељеницима који су домаћи држављани.¹⁶ У односу на остварење принципа најближе везе, може се размотрити неколико ситуација у којима држављанство није увек кадро да удахне живот принципу најближе везе.

Дилеме постоје и у погледу пребивалишта. Корен проблема који прати обе тачке везивања врло је сличан, услед истоветне природе ових појмова. Наиме, и држављанство и пребивалиште представљају строго уобличене правне (административне) појмове, одређене Законом о држављанству Републике Србије,¹⁷ односно Законом о пребивалишту и боравишту грађана¹⁸ и Законом о странцима.¹⁹ Строгу правну природу ових појмова прати и строги управни поступак у коме се одлучује о стицању или престанку држављанства, те пријави и одјави пребивалишта. Из тога проистиче и строго формални начин доказивања држављанства и пребивалишта, што се, по правилу, чини путем јавних исправа. Ма колико је њихово исцрпно нормирање неопходно, оно уједно ове појмове чини крутим. Ти недостаци нарочито се испољавају када је лице, персонално или територијално, повезано са више од једне државе, будући да се ЗРСЗ ослања на наведене прописе у погледу појмовног дефинисања држављанства и пребивалишта.

Када је реч о држављанству, ЗРСЗ предвиђа сопствена правила о решавању позитивног и негативног сукоба држављанства. Када је реч о позитивном сукобу држављанства, принцип најближе везе је последњи руководећи принцип за његово решавање онда када бипатрид или полипатрид има само страна држављанства. Тада принцип најближе везе долази до изражаја путем ефективног држављанства.²⁰ Оно подразумева непосредну примену принципа најближе везе у редуковању конкурентних држављанстава на једно од њих, а у циљу несметане примене норме о међународној надлежности или колизионе норме. Ипак, и претходни корак у решавању позитивног сукоба држављанства, који

¹⁶ Dika, Knežević, Stojanović, 1991: 47.

¹⁷ Сл. гласник РС, 135/2004, 90/2007 и 24/2018.

¹⁸ Сл. гласник РС, 87/2011.

¹⁹ Сл. гласник РС, 24/2018, 31/2019 и 62/2023.

²⁰ Члан 11 ст. 3 ЗРСЗ.

подразумева њихову редукцију на основу чињенице да лице има пребивалиште у једној од држава чије држављанство има,²¹ једнако представља одраз принципа најближе везе. Тада се овај принцип не остварује непосредно (као код ефективног држављанства), већ индиректно, путем пребивалишта као додатне повезнице са конкретном државом чије држављанство лице има. Наиме, пребивалиште сада има посебну функцију - као територијална тачка везивања за физичка лица треба да реши сукоб до кога је довела мултипликација персоналне тачке везивања. Поклапањем персоналне тачке везивања (једног од постојећих држављанстава) и територијалне тачке везивања (пребивалишта у једној од држава чије држављанство то лице има) долазимо до тражене редукције држављанстава, те се језгро најтешње повезаности лица и једне од конкурентних држава идентификује путем пребивалишта.

Насупрот томе, када се има у виду позитивни сукоб држављанства при чему је једно од конкурентних држављанстава наше, ЗРСЗ остаје на позицијама широко прихваћеног решења у упоредном међународном приватном праву о принципу искључивости домаћег држављанства.²² Исту идеју преузима и Закон о држављанству, с том разликом што је за примену принципа искључивости домаћег држављанства неопходно да лице буде присутно у Србији,²³ док ЗРСЗ такав услов не поставља. Овај принцип у Закону о држављанству важи као *lex generalis* будући да његова примена није ограничена. У том смислу, правила ЗРСЗ се примењују као *lex specialis*.²⁴ С обзиром да и приватна права странаца представљају део нашег међународног приватног права, то значи да се у случају позитивног сукоба држављанства у овој материји примењује правило уређено релевантном одредбом Закона о држављанству, а не ЗРСЗ-а.

Правило о искључивости домаћег држављанства може одступати од принципа најближе везе у толикој мери да га у потпуности негира.

²¹ Члан 11 ст. 2 ЗРСЗ.

²² Члан 11 ст. 1 ЗРСЗ. Исто правило предвиђају, између осталих, и Закон о међународном приватном праву Белгије, члан 3 ст. 2 тач. 1; Закон о међународном приватном праву Италије, члан 19 ст. 2; Закон о међународном приватном праву Бугарске, члан 48 ст. 2; Закон о међународном приватном праву Турске, члан 4 ст. 1 тач. б); Грађански законик Шпаније, члан 9 ст. 9; Закон о међународном приватном праву Швајцарске, али само у домену међународне надлежности, члан 23 ст. 1; Закон о међународном приватном праву Црне Горе, члан 11 ст. 2; Закон о међународном приватном праву Северне Македоније, члан 4 ст. 2; Закон о међународном приватном праву и поступку Словеније, члан 10 ст. 1; Закон о међународном приватном праву Хрватске, члан 3 ст. 2.

²³ Члан 5 Закона о држављанству.

²⁴ Члан 11 ЗРСЗ садржи ограничење тако што предвиђа да његова правила о решавању позитивног сукоба држављанства важе „за примењивање овог закона”.

Отуда не чуди што поједини теоретичари међународног приватног права проблем двоструког држављанства духовито називају „двоструком невољом”.²⁵ Слично томе, говори се и о „слепој” фаворизацији држављанства државе суда, без узимања у обзир других околности које би можда измениле наметнуту слику о томе да тас претеже на страну држављанства државе суда.²⁶ У домену остваривања принципа правне сигурности, правило о искључивости домаћег држављанства показује своје право лице, стварајући идеалне услове за настанак тзв. „храмајућих” правних односа. Овакви правни односи представљају посебан проблем у међународном приватном праву зато што су они пуноважни у једној држави са којом су повезани субјект(и) и околности случаја, али су зато непуноважни у оној другој држави са којом такође постоји повезаност.

Принцип искључивости домаћег држављанства ствара дилеме и у погледу међународне надлежности. Наиме, када међународна надлежност зависи од држављанства једне од странака или, пак, заједничког држављанства, постојање позитивног сукоба држављанства у коме је једно домаће може довести до проблема. Држава суда сматраће да је у питању лице које је искључиво њен држављанин, што ће омогућити заснивање међународне надлежности њеног правосуђа, а каткада и искључиве међународне надлежности. У овом последњем случају, ако и друга држава чије држављанство лице има предвиђа своју искључиву међународну надлежност, долазимо до ситуације које међународно приватно право поново тежи да избегне. У том смислу, странке морају водити поступак о истој ствари пред судовима обеју држава јер се не могу ослонити на ауторитет одлуке суда једне од њих будући да је искључива надлежност суда државе признања традиционална сметња признању и извршењу страних одлука. На тај начин, онемогућава се остваривање принципа *ne bis in idem* који је, опет, усмерен на очување правне сигурности. Принцип *ne bis in idem* у међународном приватном праву нема апсолутни значај јер зависи од тога да ли ће страна судска одлука бити призната, односно да ли се примењује правило о међународној литиспенденцији. Принцип искључивости домаћег држављанства у описаном сценарију једнако је искључив и у погледу изгледа да одлука буде призната у другој држави са којом су странке и спор такође повезани. Уколико је, на пример, потребно прогласити нестало лице, које је било држављанин Србије и Словеније, умрлим, наша искључива међународна надлежност постоји будући да се то лице сматра нашим

²⁵ „Dual nationality = Double trouble”. Kruger, Verhellen, 2011: 601.

²⁶ Kruger, Verhellen, 2011: 607.

држављанином (без обзира где је имало пребивалиште),²⁷ док ће се и суд Словеније сматрати искључиво међународно надлежним²⁸ на основу истог принципа о искључивости домаћег држављанства.

Проблем је уочљив и у сфери сукоба закона, посебно у материји личног статуса. Наиме, питање одређивања и промене личног имена је најбољи показатељ слабости од којих пати принцип искључивости домаћег држављанства. Убедљиво најпознатији случајеви у том смислу су *Garcia Avello*²⁹ и *Grunkin Paul*³⁰ поводом којих је својевремено и Суд правде ЕУ заузимао, најпре имплицитно, а у потоњем случају и експлицитно, негативан став о примени овог принцип у Европској унији, сагледавајући га кроз право (детета) на слободу кретања.³¹

Када је реч о нашем међународном приватном праву, већ је у делу теорије указано на постојање једностране колизионе норме о одређивању личног имена детета у Закону о матичним књигама. Она предвиђа да је наше право меродавно ако је дете домаћи држављанин (као и обавезу родитеља да промене лично име детету уколико оно није одређено у складу са правом Србије).³² Свакако, у случају двојног држављанства, превагу би однео исти принцип, али на основу Закона о држављанству, будући да правило ЗРСЗ-а не може бити примењено у овој ситуацији. Наиме, иако би се члан 40 ЗРСЗ због своје широке правне категорије (*односи родитеља и деце*) могао квалификацијом применити на питање личног имена детета,³³ тако одређене колизионе норме биле би релевантне само у случају да је дете страни држављанин. У случају детета које је наш држављанин, једнострана колизиона норма (из Закона о матичним књигама) има предност у односу на двострану колизиону норму из наведене одредбе ЗРСЗ-а, те ово питање излази из његовог поља примене. Посебно је проблематично признање личног имена стеченог у иностранству, применом страног права, ако лице има домаће и

²⁷ Члан 78 ст. 1 ЗРСЗ.

²⁸ Члан 78 ст. 1 Закона о међународном приватном праву и поступку Словеније.

²⁹ C-148/02 (*Carlos Garcia Avello v Belgian State*). Judgment of the Court of 2 October 2003. За детаљнију анализу видети нарочито Vrellis, 2016:5-17; од домаћих аутора Беловић, 2015: 227-235.

³⁰ C-353/06 (*Grunkin and Paul*). Judgment of the Court (Grand Chamber) of 14 October 2008. Видети више Lehmann, 2008: 136-137; Kruger, Verhellen, 2011: 611.

³¹ Kruger, Verhellen, 2011: 610-611.

³² Marjanović, 2016: 105.

³³ Marjanović, 2016: 102, 106 анализирајући предлог из Коментара Закона о међународном приватном и процесном праву - Dika, Knežević, Stojanović, 1991: 134; видети о истом проблему и Станивуковић, 2022:27-28.

страно држављанство. Тим поводом, у делу наше теорије међународног приватног права предлагано је да се проблем превазиђе супстанцијалном одредбом међународног приватног права, а која би у овом случају заправо укинула примену принципа искључивости домаћег држављанства.³⁴

У случају принципа искључивости домаћег држављанства створена је правна претпоставка (и то необорива) да је самим стицањем српског држављанства успостављена најближа веза са домаћом државом. Заправо, овај проблем се може сагледати и из угла потенцијално супротстављених интереса јавне власти (државе) и појединца. Као што је већ наведено, јавна власт има интерес да задржи под својом правном влашћу домаће држављане који су емигрирали. То има за последицу већу могућност заснивања међународне надлежности домаћег правосуђа и/или примену домаћег права као меродавног. У својој *бити*, све разматране дилеме своде се на старо питање о сврси међународног приватног права, односно да ли треба првенствено да служи заштити домаћих држављана или међународној сарадњи. Приклањајући се идеји о међународној сарадњи, указујемо да заштита домаћих држављана није са тим неспојива уколико су оквири разумно постављени. Штавише, принцип искључивости домаћег држављанства не води нужно рачуна о заштити домаћих држављана, с обзиром да они можда и не желе да о њиховом приватноправном односу одлучује српско правосуђе нити да буде примењено наше право. Занемаривање принципа најближе везе нарушава оправдана очекивања странака, а тиме и правну сигурност (иако су норме о позитивном сукобу држављанства јасно одређене). Повезаност домаћег држављанина са Србијим не мора бити ни приближно интензивно у поређењу са везом оствареном са другом државом чије држављанство, такође, има. Иако ретко, у упоредном међународном приватном праву постоје решења која укидају принцип искључивости домаћег држављанства у прилог принципа најближе везе.³⁵

Када је реч о међународним изворима нашег међународног приватног права, овај принцип је прећутно искључен у Протоколу о меродавном праву за обавезе издржавања. Исто је учињено и поводом принципа ефективног држављанства, будући да је заједничко држављанство повериоца и дужника (макар постојало само номинално) унето као тачка везивања са јединим циљем да очува принцип заштите слабије

³⁴ Станивуковић, 2022: 37.

³⁵ Закон о међународном приватном праву Швајцарске, члан 23 ст. 2 у сфери сукоба закона.

стране (*in favorem creditoris*).³⁶ С друге стране, Конвенција о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце³⁷ изричито предвиђа држављанство у одредбама о уступању међународне надлежности (члан 8 ст. 2 тач. а), али се у Коментару указује на потребу да се у случају позитивног сукоба држављанства оба узму у обзир, при чему одлука у корист једне или друге државе чије је дете држављанин зависи од процене најбољег интереса детета.³⁸ Конвенција о међународном остваривању издржавања деце и других чланова породице³⁹ садржи изричиту одредбу о држављанству само једне од странака као сметњи за признање и/или извршење одлуке донете у адхезионом поступку, ако се главни захтев тиче статусних односа.⁴⁰ *Argumentum a contrario*, наведена сметња не би постојала у погледу заједничког држављанства странака, али Конвенција „ћути” у погледу позитивног сукоба држављанства. О томе није заузет став ни у званичном Коментару Конвенције.⁴¹ Мишљења смо да се примена законских правила о решавању позитивног сукоба држављанства у овом случају може отклонити уз позивање на општи правни принцип заштите слабије стране, под условом да је држављанство повериоца (као те слабије стране) било основ међународне надлежности за спор о личном статусу.

Посебно је занимљиво што ни наши двострани уговори у материји међународног приватног права, у делу у коме се (делимично) унификују норме о међународној надлежности и/или колизионе норме, не предвиђају посебна правила када лице има држављанство и једне и друге државе уговорнице. То би још могло бити разумљиво у погледу тзв. старих двостраних уговора (закључених за време бивше заједничке државе),⁴² али посебна одредба о позитивном сукобу држављанства

³⁶ Bonomi, 2013: 41.

³⁷ Конвенција о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце, *Сл. гласник РС - Међународни уговори*, 20/2015.

³⁸ Lagarde 1998:561.

³⁹ Конвенција о међународном остваривању издржавања деце и других чланова породице, *Службени гласник РС - Међународни уговори*, 4/2020.

⁴⁰ Члан 20 ст. 1 тач. ф). Конвенције о међународном остваривању издржавања деце и других чланова породице.

⁴¹ Borrás, Degeling, 2013: 163.

⁴² Аустрија (Уговор о узајамном правном саобраћају између ФНР Југославије и Републике Аустрије, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, 2/83), Босна и Херцеговина (Уговор између Србије и Црне Горе и Босне и Херцеговине о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, 6/2005

(када су инволвирана држављанства држава уговорница) упадљиво изостаје и у новим двостраним уговорима, закљученим након стицања независности (уговори са Црном Гором,⁴³ Северном Македонијом,⁴⁴ Словенијом,⁴⁵ Белорусијом⁴⁶ и Турском⁴⁷) све до последњег склопљеног уговора из 2022. године (уговор са Уједињеним Арапским Емиратима).⁴⁸ Иако се двострани уговори закључују онда када се тежи посебном олакшању правног саобраћаја са другом државом уговорницом јер за то постоје посебни интереси, очигледно је да нема спремности да се барем тада одустане од националних решења о позитивном сукобу држављанства. То је само аргумент више у поимању вишестраних међународних уговора као будућности међународног приватног права, а не двостраних уговора.

и *Службени гласник РС – Међународни уговори*, 13/2010 – др. закон), Бугарска (Уговор о узајамној правној помоћи између ФНР Југославије и НР Бугарске, *Службени лист ФНРЈ – Међународни уговори и други споразуми*, 1/57), Грчка (Конвенција о узајамним правним односима између ФНР Југославије и Краљевине Грчке, *Службени лист ФНРЈ – Међународни уговори и други споразуми*, 7/60), Мађарска (Уговор о узајамном правном саобраћају између СФР Југославије и НР Мађарске, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми*, 3/68), Монголија (Уговор о пружању правне помоћи у грађанским, породичним и кривичним стварима између СФР Југославије и Монголске НР, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми*, 5/63), Пољска (Уговор о правном саобраћају у грађанским и кривичним стварима између ФНР Југославије и НР Пољске, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми*, 5/63), Русија (Уговор о правној помоћи у грађанским, породичним и кривичним стварима између ФНР Југославије и СССР, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми*, 5/63), Словачка и Чешка (Уговор о регулисању правних односа у грађанским, породичним и кривичним стварима између СФР Југославије и Чехословачке, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, 13/64).

⁴³ Уговор између СР Југославије и Републике Хрватске о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, 1/2010.

⁴⁴ Уговор између Републике Србије и Републике Македоније о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, 5/2012.

⁴⁵ Уговор између Републике Србије и Републике Словеније о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, 9/2011.

⁴⁶ Уговор између Републике Србије и Републике Белорусије о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, 13/2013

⁴⁷ Уговор између Републике Србије и Републике Турске о узајамној правној помоћи у грађанским и трговачким стварима, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, 15/2015.

⁴⁸ Уговор о правној и судској сарадњи у грађанским и трговинским стварима између Републике Србије и Уједињених Арапских Емирата, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, 7/2022.

2.2. Промена пребивалишта

Слично као и у случају држављанства, присуство међународног обељежа омогућава појаву и позитивног сукоба пребивалишта, иако се тај проблем не разматра у истој мери као позитивни сукоб држављанства. Када је реч о пребивалишту, проблем настаје када лице поседује две јавне исправе којима доказује постојање пребивалишта у два државама. Иако лице може имати само једно пребивалиште, позитивни сукоб пребивалишта је последица благонаклоног става према исељеницима домаћег држављанства који не сnose последице ни у случају када не одјављују своје пребивалиште у Србији, а трајно се селе у иностранство, иако су на то обавезни према члану 14 Закона о пребивалишту и боравишту грађана. То даље има за последицу да се приликом продужења важења личне карте не проверава чак ни да ли лице које, поред нашег има и странско држављанство, заиста живи у Србији. На овај проблем је већ указано у делу домаће теорије међународног приватног права,⁴⁹ те ћемо само још једном подсетити да наш суд не може без помоћи органа који је издао личну карту предност давати једном или другом пребивалишту. Наиме, у погледу тачности података наведених у јавној исправи (овом случају личној карти) важи претпоставка тачности.⁵⁰ Ту претпоставку може оборити орган који је исправу издао, провером на терену,⁵¹ или, евентуално, и сам суд, али у посебном доказном поступку.⁵² Радна група Министарства правде за израду Нацрта новог Закона о међународном приватном праву Републике Србије (Нацрт ЗМПП), препознавши озбиљност и учесталост наведеног проблема, предвидела је у одредби члана 4 Нацрта начине за решавање позитивног сукоба пребивалишта.⁵³ У том погледу, примењује се ефективно пребивалиште, што суд самостално цени, без потребе да се спроводе посебни управни или судски поступак.⁵⁴ На тај

⁴⁹ Детаљније о проблему из угла домаћих држављана-емиграната Марјановић, 2013:404; ригидности одредаба о пребивалишту странаца према Закону о странцима Марјановић, 2016:99-100; начинима обарања претпоставке тачности чињеница наведених у јавним исправама Марјановић, Bordaš, 2021:69-71.

⁵⁰ Члан 238 ст. 1 Закона о парничном поступку, *Сл. гласник РС*, 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018, 18/2020 и 10/2023 – др. закон.

⁵¹ Тај поступак подразумева пасивизирање пребивалишта и боравишта уређеног чланом 18 Закона о пребивалишту и боравишту грађана.

⁵² Члан 238 ст. 3 Закона о парничном поступку.

⁵³ Члан 4 Нацрта ЗМПП.

⁵⁴ Члан 4 Нацрта ЗМПП предвиђа следеће решење: „1. *Пребивалиштем физичког лица, у смислу овог Закона, сматра се место у коме се оно настанило са намером да у њему стално живи. 2. Претпоставља се да физичко лице има пребивалиште у држави у чију*

начин, принцип најближе везе поново усаглашава правно и фактичко стање у циљу постизања правне сигурности. Док наведено решење из Нацрта не постане, у неком законском тексту,⁵⁵ део позитивног права, мишљења смо да суд не би требало да самостално утврђује (без спровођења управног поступка) у којој држави заиста живи лице које поседује домаћу и страну личну карту. Суд би се морао ослањати на изјаве странака и сведока, што је мање поуздано од утврђивања чињеничног стања изласком надлежног управног органа на терен (у поступку пасивизације). Такође, треба имати у виду да се овде не проверава тачност података у страниој јавној исправи, већ у домаћој личној карти будући да од тога зависи међународна надлежност српског правосуђа и/или примена нашег права. Том приликом, домаћи суд не одговара на питање да ли је страни суд међународно надлежан (у овом случају суд државе чију личну карту лице такође има), већ да ли је испуњен основ његове сопствене међународне надлежности. Управо зато би се претпоставка тачности података из домаће личне карте требало обарати првенствено у управном поступку пасивизације. Овако формални поступци последица су тога што је пребивалиште строго правни (административни) појам, чије се постојање, услед тога, доказује на једнако формалан и стриктан начин – путем јавних исправа.

3. Признање и извршење страних судских одлука

Принцип најближе везе обично се сагледава из угла међународне надлежности и меродавног права. Ипак, постоје одређене ситуације када је он директно или индиректно присутан и у сфери признања и извршења страних судских одлука. У том смислу, контрола индиректне међународне надлежности усмерена је на заштиту искључиве међународне надлежности домаћег правосуђа.⁵⁶ Већ смо указали да искључива међународна надлежност подразумева присуство принципа најближе везе у његовом пуном интензитету. Санкционисање прекомерне међународне надлежности страног суда, као директне негације принципа најближе

је евиденцију пребивалиште уписано.

³ *Ако је упис из става 2 овог члана извршен у више држава, сматра се да физичко лице има пребивалиште у оној држави у којој је извршен упис и са којом има најближу везу."*

⁵⁵ У новом Закону о међународном приватном праву или неким будућим изменама Закона о пребивалишту и боравишту грађана.

⁵⁶ Члан 89 ст. 1 ЗРСЗ, с тим што је у ставу 2 истог члана предвиђена могућност признања страних одлука у брачним споровима и онда када је постојала наша искључива међународна надлежност, али је то последица тежње да се, прећутним диспозицијама супружника, избегне различито третирање њиховог брачног статуса у држави порекла одлуке и код нас. Dika, Knežević, Stojanović, 1991: 292.

везе, могуће је остварити само с позивом на (процесни) јавни поредак, као сметњу за признање и извршење стране судске одлуке будући да ЗРСЗ не познаје тзв. *систем огледала*.⁵⁷ Насупрот томе, јавни поредак није сметња за признање страних судских одлука о питањима личног статуса држављанина државе порекла одлуке.⁵⁸ Смисао ове диспенсазије може се објаснити одсуством заинтересованости домаће државе да спречи признање јер не постоји тзв. унутрашња веза (*Binnenbeziehungen*) између личног статуса држављанина државе порекла одлуке и наше државе као државе признања те одлуке.⁵⁹ С друге стране, постојање унутрашње везе разлог је због кога наведена диспенсазија не важи ако је истом одлуком одлучено и о личном статусу нашег држављанина.⁶⁰

4. Закључак

Принцип најближе везе представља темељни принцип међународног приватног права који, у смислу постизања правне сигурности, треба да омогући остваривање оправданих очекивања странака у погледу предвидљивости међународно надлежног суда, права које ће бити меродавно за њихов приватноправни однос, али и разумну контролу страних судских одлука приликом признања или, пак, диспенсазију од појединих услова за признање. Иако ЗРСЗ начелно следи принцип најближе везе, постоје норме које могу бити, под одређеним околностима, камен спотицања. Мада у међународном приватном праву генерално постоји отпор према увођењу ефективног држављанства као начина за решавање проблема двојног држављанства када је једно од њих држављанство државе суда, такво решење би омогућило несметано функционисање принципа најближе везе. Уједно, ово решење лишило би позитивни сукоб држављанства сваке правне фикције што би даље водило сагласју фактичког и правног. При томе, треба имати у виду да лица са два или више држављанстава који, на основу свих других околности, гравитирају ка страниј држави чији су држављани, а не домаћој (иако имају и домаће држављанство) можда уопште не очекују да домаће држављанство буде пресудно, нити да може водити чак и искључивој међународној надлежности. Исто тако, принцип искључивости домаћег држављанства може парализати одредбу ЗРСЗ о међународној литиспенденцији и онда када знатно тешња веза *очигледно* постоји са другом државом чије држављанство релевантна

⁵⁷ Станивуковић, Живковић, 2023: 452.

⁵⁸ Члан 94 ст. 1 ЗРСЗ.

⁵⁹ Dika, Knežević, Stojanović, 1991: 301.

⁶⁰ Члан 94 ст. 2 ЗРСЗ.

странка има.⁶¹ Штавише, примена истог принципа у иностраној држави чије држављанство то лице такође има може резултирати искључивом међународном надлежношћу и иностраног суда. То битно омета међународну сарадњу и спречава успостављање принципа *ne bis in idem* јер се, с једне стране, домаћа одлука не може признати у држави чији је правосуђе искључиво међународно надлежно на основу принципа искључивости држављанства државе суда, нити на то, с друге стране, може рачунати страна одлука у нашој држави (из истог разлога). Уколико су одлуке контрадикторне, настаје „храмајући” правни однос, као апсолутна негација принципа правне сигурности у међународном приватном праву. Иако се настанак „храмајућих” правних односа не може у потпуности избећи (осим у случају глобалне унификације свих целина међународног приватног права, што је изврсна, али утопијска идеја), оно се барем у овом случају може спречити ослањањем на принцип најближе везе.⁶² Сличан проблем могућ је и у погледу пребивалишта исељеника који су наши држављани, при чему се и тај проблем, уместо компликованог управног или судског поступка, може адекватније и брже решити на начин који је предложен у члану 4 Нацрта ЗМПП. Иако принцип најближе везе није карактеристичан за признање и извршења страних судских одлука, ипак постоје одредбе ЗРСЗ-а које га следе, омогућавајући његову заштиту (индиректна међународна надлежност и признање страних судских одлука о личном статусу нашег држављанина) или, ако она није изражена у довољној мери, врше диспенсаацију од услова јавног поретка при чијој примени се, такође, води рачуна о постојању унутрашње везе.

У погледу остваривања правне сигурности у међународном приватном праву, најдаље је отишао холандски законодавац уношењем *изричите* и *опште* одредбе у Грађански законик (у делу којим је уређена материја међународног приватног права) о заштити оправданих очекивања странака и правне сигурности.⁶³ То је пример који, уз различите модификације, усклађене са конкретним националним системом међународ-

⁶¹ Члан 80 ЗРСЗ.

⁶² Lagarde, 1986: 196. Исто наводе и Kruger, Verhellen, 2011:607.

⁶³ Холандски законодавац је унео изричиту одредбу којом се отклања неприхватљиво нарушавање поверења странака или правне сигурности у члану 9 Грађанског законика Холандије, Књига 10 (ten Wolde, 2011: 658.): „*In the Netherlands, the same legal consequences may be attributed to a fact to which legal consequences are attributed ensuing the law which is applicable under the private international law of a foreign State involved, in contravention to the law applicable according to Dutch private international law, as far as not attaching those consequences would constitute an unacceptable violation of legitimate expectations of the parties or of legal certainty.*”

ног приватног права, представља идеал у заштити принципа правне сигурности коме треба тежити.

Литература

Беловић, Ј. (2015). Мерадно право за лично име – дискриминација на основу држављанства. *Правни систем и заштита од дискриминације: зборник радова*, св. 1. Приштина/Косовска Митровица: Правни факултет. 227-236.

Bonomi, A. (2013). *Explanatory Report on the 2007 HCCH Law Applicable to Maintenance Obligations Protocol*. Преузето 10.07.2024. <https://assets.hcch.net/docs/44d7912f-ce6d-487e-b3ac-65bbd14fe1b2.pdf>.

Borrás, A. Degeling, J. with the assistance of William Duncan and Philippe Lortie. (2007). *Explanatory Report on the 2007 HCCH Child Support and Other Forms of Family Maintenance Convention*. Преузето 10.07.2024. <https://assets.hcch.net/docs/09cfaa7e-30c4-4262-84d3-daf9af6c2a84.pdf>.

Dika, M. Knežević, G. Stojanović, S. (1991). *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*. Beograd: Nomos

Varadi, T. Bordaš, B. Knežević, G. Pavić, V. (2022). *Međunarodno privatno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Vrellis, S. (2016). Garcia Avello: 13 years after Pretexts and Arbitrariness. У: Živković, M (ed). *Personal Name in Internal Law and Private International Law*. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu. 7-19.

Живковић, М. (2004). *Еволуција идеја о решавању сукоба закона*. Ниш: Правни факултет у Нишу

Kruger, Th. Verhellen, J. (2011). „Dual nationality = Double trouble”. *Journal of Private International Law*. 7 (3). 601-626.

Lagarde, P. (1996). Explanatory Report on the 1996 HCCH Child Protection Convention. *Proceedings of the Eighteenth Session (1996). Tome II – Protection of children*. The Hague: HCCH. 534-605.

Lehmann, M. (2008). What’s in a Name? Grunkin-Paul and Beyond. *Yearbook of Private International Law*. 10 (2008). 135-164.

Marjanović, S. Bordaš, B. (2021). Protection of children – victims of domestic violence in the Serbian private international law. У: Варади, Т. Ковачек Станић, Г (ур.). *30 година примене Конвенције Уједињених нација о правима детета – савремени аспекти*. Beograd: SANU. 63-88.

Marjanović, S. (2016). Personal Name in Serbian Family Law and Private International Law *de lege lata* and *de lege ferenda*. У: Živković, M (ed). *Personal Name in Internal Law and Private International Law*. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu. 91-112.

Марјановић, С. (2013). Међународна надлежност за спорове о издржавању у међународном приватном праву Србије *de lege lata* и *de lege ferenda*. *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу*. 65 (2013). 399-418.

Станивуковић, М. Живковић, М. (2023). *Међународно приватно право – општи део*. Београд: Службени гласник

Станивуковић М. (2022). Лично име детета у српском међународном приватном праву. *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду*. 51(1). 23-43.

ten Wolde, M. H. (2011). Codification and Consolidation of Dutch Private International Law: The Book 10 Civil Code of the Netherlands. *Yearbook of Private International Law*. XIII (2011). 389-412.

Прописи

Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља. *Сл. лист СФРЈ*. Бр. 43/1982 и Бр. 72/1982 – испр., *Сл. лист СРЈ*. Бр. 46/1996 и *Сл. гласник РС*. Бр. 46/2006.

Закон о држављанству Републике Србије. *Сл. гласник РС*. Бр. 135/2004, Бр. 90/2007 и Бр. 24/2018.

Закон о пребивалишту и боравишту грађана. *Сл. гласник РС*. Бр. 87/2011.

Закон о странцима. *Сл. гласник РС*. Бр. 24/2018, Бр. 31/2019 и Бр. 62/2023.

Закон о матичним књигама. *Сл. гласник РС*. Бр. 20/2009, Бр. 145/2014 и Бр. 47/2018.

Закон о парничном поступку. *Сл. гласник РС*. Бр. 72/2011, бр. 49/2013 – УС, Бр. 74/2013 – одлука УС, бр. 55/2014, бр. 87/2018, бр. 18/2020 и бр. 10/2023 – др. закон.

Закон о међународном приватном праву Белгије. *Loi portant le Code de droit international privé. Moniteur belge du 27 juillet 2004.*

Закон о међународном приватном праву Републике Хрватске. *Narodne novine*. Вр. 101/2017, Вр. 67/2023.

Закон о међународном приватном праву Бугарске. Кодекс на међународното частно право. Преузето 20.06.2024. <https://lex.bg/laws/ldoc/2135503651>

Закон о међународном приватном праву Италије. *La legge no 218/93 Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*. G.U., 3.6.1995 n. 128.

Закон о међународном приватном праву Турске. Преузето 20.06.2024. <http://www.lawsturkey.com/law/act-on-private-international-and-procedural-law-5718>.

Грађански законик Шпаније. Преузето 20.06.2024. <https://data.globalcit.eu/NationalDB/docs/spanish-civil-code-ENG%202013.pdf>

Закон о међународном приватном праву Швајцарске. Преузето 20.06.2024. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en#chap_1

Zakon o međunarodnom privatnom pravu Crne Gore. *Sl. list CG*. Br. 1/2014, Br. 6/2014 – ispr., Br. 11/2014 – ispr., Br.14/2014 i Br.47/2015 – dr. zakon

Закон о међународном приватном праву Северне Македоније. Закон за међународно приватно право. *Службен весник на РСМ*, бр. 32/2020.

Закон о међународном приватном праву и поступку Словеније. *Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku*. Преузето 20.06.2024. <https://zakonodaja.com/zakon/zmzpp>.

Протокол о меродавном праву за обавезе издржавања, *Сл. гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 1/2013.

Конвенција о међународном остваривању издржавања деце и других чланова породице. *Службени гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 4/2020.

Конвенција о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце. *Сл. гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 20/2015.

Уговор између СР Југославије и Републике Хрватске о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима. *Сл. гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 1/2010.

Уговор између Републике Србије и Републике Македоније о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима. *Службени гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 5/2012.

Уговор између Републике Србије и Републике Словеније о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима. *Сл. гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 9/2011.

Уговор између Републике Србије и Републике Белорусије о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима. *Сл. гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 13/2013

Уговор између Републике Србије и Републике Турске о узајамној правној помоћи у грађанским и трговачким стварима. *Службени гласник РС – Међународни уговори*. Бр.15/2015.

Уговор о правној и судској сарадњи у грађанским и трговинским стварима између Републике Србије и Уједињених Арапских Емирата. *Сл. гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 7/2022.

Судске одлуке

Carlos Garcia Avello v Belgian State, C-148/02. Judgment of the Court of 2 October 2003.

Grunkin and Paul, C-353/06. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 14 October 2008.

Prof. Sanja Marjanović, LL.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš,
Republic of Serbia

PRINCIPLES OF LEGAL CERTAINTY AND CLOSEST CONNECTION IN SERBIAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Summary

Although general legal principles apply in Private International Law, just as in other branches of law, this branch of law is specific due to the prevailing impact of the closest connection principle. This principle could be understood as the special legal principle applicable solely in Private International Law, where it embodies multiple functions. This principle tacitly permeates all provisions on international jurisdiction as well as conflict-of-laws norms (sometimes intertwining with other legal principles), while the escape clause emerges from the closest connection principle in the conflict-of-laws matters. The closest connection principle also plays a significant role in attaining legal certainty, as a general legal principle, in the field of Private International Law. Given that this function is not always sufficiently considered, the author discusses the impact of the closest connection principle on achieving legal certainty in the Serbian Private International Law. In particular, the author focuses on those provisions of the Serbian PIL where the closest connection principle is not fully implemented, as well as those provisions where legal certainty is achieved through a combination of the closest connection principle and other general legal principles.

The closest connection principle is a fundamental principle of Private International Law which, in terms of achieving legal certainty, should enable the realization of justified expectations of the parties regarding the predictability of the international jurisdiction, and the law governing their civil or commercial relationship. To some extent, it also serves to a control of foreign court decisions or, on the other hand, dispensation in terms of recognition and enforcement conditions. Although there is a resistance in Private International Law to the introduction of effective nationality as a key for the problem of dual nationality when one of them is the nationality of the forum state, such a solution would allow the closest connection principle to function smoothly. At the same time, this case of positive conflict of nationalities would be deprived of any legal fiction, which would further lead to the reconciliation of the factual and legal. Although the emergence of “limping” legal relations cannot be completely avoided, it can at least be prevented in this case by relying on the closest connection principle. A similar problem is possible with regard to the domicile of emigrants-Serbian

nationals. Instead of a complicated administrative or judicial procedure which would have to be instituted in this case, the application of the closest connection principle can be an adequate solution, as prescribed in Article 4 of the Draft PIL Act. In any case, the example of the Dutch legislator is one of the indicators that the interest of the public authority should not be superior to the interests of the subjects of private international law.

Keywords: *legal certainty principle, closest connection principle, positive conflict of nationalities, domicile, Private International Law.*

Др Данијела Петровић,*

Доцент,

Правни факултет, Универзитет у Приштини

са привременим седиштем у Косовској Митровици,

Република Србија

UDK: 339.5

UDK: 339.54:061.1(100)

DOI: 10.5281/zenodo.14514196

ПОСЛЕДИЦЕ САОБРАЋАЈНИХ НЕЗГОДА КАО ОСНОВ НАКНАДЕ НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ

Апстракт: *Савремени услови живота и рада мултипликовали су узроке повреда људских права, настанка нематеријалне штете и условили пораст броја поступака њене накнаде. Пораст употребе моторних возила повећава ризик настанка саобраћајних незгода и настанка штете, што пред савременим правом поставља захтев регулисања повреда људских права које потичу из масовне примене технике. Циљ регулативе је да се превентивним, али и репресивним мерама учесници у саобраћају мотивишу на понашање у складу са законом и стандардом разумне пажње и одврате од понашања које за последицу може имати саобраћајну незгоду. Учесталост саобраћајних незгода и чињеница да поред материјалне штете која се може надокнадити узрокују и нематеријалну штету чије су последице неретко ненадокнадиве, указује на значај деловања у циљу смањења броја саобраћајних несрећа и последица њима узрокованих. Оштећени који су доживели несрећу и претрпели нематеријалну штету често нису у могућности да живот остваре у пуном смислу, због чега је ниво њиховог личног, а самим тим и друштвеног благостања смањен. Количина ресурса ангажована у њиховом лечењу и поступцима накнаде штете има алтернативне опције коришћења. Страдање великог броја младих и радно способних је посебно забрињавајуће, а последице тешке и дугорочне не само за породице страдалих, већ и друштво као целину. Изгубљене године живота због преране смртности, значајни трошкови које саобраћајне незгоде условљавају имају утицаја на привредни раст. У анализи понашања појединаца у саобраћају и ефеката које*

* danijela.petrovic@pr.ac.rs, [ORCID ID 0000-0003-1797-0022](https://orcid.org/0000-0003-1797-0022)

такво понашање условљава економија примењује унилатерални и билатерални модел одговорности и указује на значај утврђивања одговорности у поступку накнаде штете.

Кључне речи: нематеријална штета, саобраћајна незгода, законска регулатива, изгубљени животи, економски модели.

1. Увод

Сведоци смо свакодневних саобраћајних незгода које за последицу имају материјалну штету, али и повреде које условљавају накнаду нематеријалне штете. И поред изражене активности законодавца да се број саобраћајних незгода смањи, број страдалих и повређених још увек је велики, што захтева континуирани напор у предузимању мера којим би се могло да утиче на смањење броја незгода. Пораст значаја саобраћаја, као и чињеница да је број страдалих и повређених забрињавајући, утицао је потребу да се питање безбедности саобраћаја нађе пред Генералном скупштином Уједињених нација, Светском здравственом организацијом и Европском унијом. Декларацијама које су донете, стандардима о безбедности у саобраћају и конференцијама које су тим поводом одржане указано је на неопходност бржих промена у овој области.

Иако на саобраћај утиче велики број фактора који се односе на услове пута, техничко стање возила, временске услове и сл. јасно је да је улога човека најзначајнија, те је фокус мера које се предузимају на мотивацији и подстицању појединаца на повећаној пажњи и понашању које би смањило ризик настанка саобраћајних незгода. При томе човека треба посматрати као узрочника, али и као жртву саобраћајних незгода.

У циљу смањења броја саобраћајних несрећа и губитака које узрокују прикупљају се подаци о узроцима и факторима који до несрећа доводе. Анализом прикупљених података и утврђивањем најчешћих узрока несрећа стварају се услови за превентивно деловање. Смањењем броја незгода смањило би се број појединаца чија су права повређена или угрожена, што би утицало на смањење броја поступака за остваривање права на накнаду нематеријалне штете. У раду указујемо на ефекат које саобраћајне незгоде, али и накнада штете имају на индивидуално и друштвено благостање, као и на последице које изгубљене године живота због преране смртности имају на друштво као целину.

2. Правни оквир безбедности саобраћаја

Безбедност саобраћаја нормирана је и уређена како на националном, тако и на међународном плану. Правни инструменти Уједињених нација

(УН) о безбедности на путевима пружају основу земљама у изградни националног правног оквира и система који доприносе безбедности на путевима и олакшавају међународни друмски саобраћај.

У настојању да реши, односно ублажи терет који саобраћај (односно број страдалих и повређених у саобраћају) представља за свет као целину, Генерална скупштина Уједињених нација одобрила је резолуцију 64/255, којом је прогласила прву Декаду акције за безбедност на путевима (2011–2020),¹ да би у августу 2020. године, усвајањем резолуције 74/299 „Побољшање глобалне безбедности на путевима”, била проглашена нова Декада акције за безбедност на путевима 2021-2030, са циљем да се спречи најмање 50% смртних случајева и повреда у друмском саобраћају. Унапређење законске регулативе и стандарда остварено је и успостављем новог међународног стандарда управљања безбедношћу саобраћаја – ИСО 39001 (ISO-39001, 2017) који помаже организацијама свих типова и величина у остваривању повећања безбедности на путевима. Стандард представља основ за хармонизацију и унапређење националних законских оквира у области безбедности саобраћаја на путевима, усаглашеног са добром европском праксом.

У циљу свеобухватног сагледавања проблема у области саобраћаја и бржих промена одржане су бројне конференције на којима су дате препоруке и закључци о начину њиховог решавања. На првој међународној конференцији о безбедности у саобраћају одржаној 2009. године у Москви, донета је Московска декларација (Moscow Declaration, 2009) којом је истакнут значај политичког лидерства и посвећености унапређењу безбедности саобраћаја. Донетом декларацијом дефинисан је циљ да се до краја 2020. године преполови број погинулих и повређених на путевима на нивоу целог света и предложена нова дефиниција саобраћајних незгода.

На другој међународној конференцији одржаној у Бразилу (Brasilia Declaration 2015), новембра 2015. године инсистирано је на примени ИСО стандарда, Московске декларације и предложено низ мера за унапређење безбедности саобраћаја.

Безбедност саобраћаја је у правном оквиру Републике Србије предвиђена и регулисана Уставом Републике Србије, Законом о безбедности саобраћаја на путевима, Законом о ратификацији међуна-

¹Глобалним планом за Декаду акције 2011–2020. године дефинисано је и повезано пет стубова важних за саобраћај: 1) организација и управљање безбедношћу саобраћаја; 2) безбеднији путеви и кретања; 3) безбеднија возила; 4) безбеднији учесници у саобраћају; и 5) деловање након саобраћајне незгоде.

родних конвенција и споразума из области безбедности саобраћаја, законима и подзаконским актима.² У Србији је 2009. године започето доношење правних аката за стратешко деловање у овој области и стварање институционалног оквира за успостављање система управљања безбедношћу саобраћаја.

Према важећем Закону о безбедности саобраћаја на путевима под саобраћајном незгодом подразумева се „незгода на путу у којој је учествовало најмање једно возило у покрету и у којој је једно или више лица погинуло или повређено или је изазвана материјална штета”.³ Чињеница да у оквиру дефиниције саобраћајне незгоде у нашем закону није јасно истакнута нематеријална штета указује на неопходност њеног укључивања у дефинисање појма саобраћајне незгоде. Да ли је постојећом дефиницијом дат већи значај материјалним последицама саобраћајне незгоде или је законодавац сматрао да се нематеријална штета подразумева самим тим што је неко лице погинуло или је повређено посебно је питање. Приликом дефинисања права на накнаду нематеријалне штете посебно пажњу треба посветити питању накнаде нематеријалне штете не само учесницима у саобраћајној несрећи, већ и члановима породица који због незгоде трпе последице.

3. Саобраћајне незгоде – узроци и последице

Саобраћајна незгода представља негативну појаву која може настати као последица деловања бројних фактора који могу бити објективни (технички и природни), субјективни (условљени здрављем, карактеристикама, навикама појединаца), социјални и др.

Према резултатима великог броја истраживања која су за циљ имала утврђивање квантитативног учешћа појединих фактора у настајању саобраћајних незгода утврђено је да је најчешћи узрок највећег броја саобраћајних незгода човек, односно да је реч о субјективном фактору. Тако Хајнрих наводи да утицај људског фактора код сваке саобраћајне незгоде износи 90%, а свих осталих фактора 10%. Према Нојхарту у свакој саобраћајној незгоди утицај возача је 85%, возила 5%, а утицај

² Поред наведених, за регулисање саобраћаја од значаја су и Закон о транспорту опасне робе, Закон о међународном превозу у друмском саобраћају, Закон о радном времену посаде возила у друмском превозу и тахографима, Закон о превозу терета у друмском саобраћају, Закон о обавезном осигурању у саобраћају, итд.

³ Чл. 7 ст. 1 тачка 82. Закона о безбедности саобраћаја на путевима (Службени гласник РС, бр. 41/2009, 53/2010, 101/2011, 32/2013 – одлука УС, 55/2014, 96/2015 – др. закон, 9/2016 – одлука УС, 24/2018, 41/2018, 41/2018 – др. закон, 87/2018, 23/2019 и 128/2020 – др. закон).

фактора који се односе на услове пута 10%.⁴ Де Силва сматра да је, у крајњој линији, код сваке саобраћајне незгоде одлучујућа индивидуална реакција на ситуацију, без обзира на квалитет пута и возила (Радовановић, 1/1972: 317).

У литератури се често наводи да у саобраћају као легалној (дозвољеној) делатности живот изгуби више људи него у свим илегалним (забрањеним) делатностима заједно (Инић, М. 2004: 347). На годишњем нивоу у свету у саобраћајним удесима 1,3 милиона људи изгуби живот, што је више од 3000 смртних случајева дневно, а више од половине настрадалих нису путници у возилима. Сваке године 20-50 милиона учесника у саобраћају претрпи повреде које нису смртоносне, али представљају значајан узрок инвалидитета у свету. Повреде у саобраћају су један од три водећа узрока смрти у старосној групи од 5 до 44 године. Уколико у скоријој будућности не буду предузете ефективније мере, саобраћајни трауматизам ће постати пети водећи узрок смрти у свету, и резултоваће са процењених 2,4 милиона смртних случајева годишње.⁵

Агенција за безбедност саобраћаја у оквиру праћења безбедности саобраћаја у Републици Србији израдила је извештај за период од 2017. до 2021. године.⁶ Према извештају у том периоду догодила се 173.360 саобраћајна незгода, од којих 2.451 са погинулим, а 66.887 саобраћајних незгода са повређеним лицима. Број лица који је смртно страдао у наведеном периоду био је 2.674, тешке телесне повреде задобила су 16.474, док је лакше телесне повреде задобило 83.280 лица. Укупан број несрећа је сигурно и већи јер се многе несреће не пријављују, нарочито када су у питању штете мање вредности. У току 2022. године број саобраћајних незгода је 33.230, од чега је 505 са смртним исходом. Страдало је 553 лица, а 3.292 лица задобило је тешке телесне повреде, док је 15.758 лица добило лакше телесне повреде.⁷

⁴ Судска пракса указује на чињеницу да саобраћајне несреће и штета настала поводом њих, често не представљају деликтне радње учесника у саобраћају, већ је реч о несрећама које настају као последица одржавања, односно неодржавања и управљања јавним путевима. У том смислу поред утврђивања одговорности страна које су непосредни учесници у несрећи, утврђује се и одговорност надлежних за одржавање и отклањање недостатака на путевима.

⁵ Глобални план Декаде акције за безбедност на путевима 2011-2020.

⁶ Статистички извештај о стању безбедности саобраћаја у Републици Србији у 2016. години, Агенција за безбедност саобраћаја, 2017, www.abs.gov.rs/ приступљено 19.07.2024.

⁷ Статистички извештај о стању безбедности саобраћаја у Републици Србији 2022. година, Агенција за безбедност саобраћаја, 2022, www.abs.gov.rs/ приступљено 19.07.2024.

Подаци указују на значајне губитке и количину ресурса коју саобраћајне несреће апсорбују. У посматраном периоду највише лица погинуло 2017. године (579), најмање лица је погинуло 2020. године (492).⁸ Подаци указују да постоји благи тренд смањења броја погинулих лица и да је 2020. година уједно и година када је остварен историјски минимум у броју погинулих лица у Републици Србији од када се врши евиденција последица саобраћајних незгода. И поред значајног пада броја погинулих лица који је био постављен Националном Стратегијом безбедности саобраћаја на путевима Републике Србије, за период од 2015. до 2020. године није остварен. Према Стратегији број погинулих у 2020. години није требало да пређе 350 лица.⁹

Саобраћајне незгоде и несреће у другим областима живота и рада, доводе до преране смртности становништва која се одражава на развој друштва. У сврху утврђивања последица прераних смрти на друштво као целину, утврђен је показатељ преране смртности становништва, којим се утврђује број година које су потенцијално изгубљене због чињенице да значајан број људи страда у ранијем животном добу. Показатељ преране смртности или потенцијално изгубљених година живота (енг. Potencial Years of Life Lost - PYLL), указује на значај смањења броја смртно страдалих и превенцију, која би до смањења смртности требало да води. Показатељем се израчунава губитак друштва због смрти појединаца, пре старосне границе коју би сваки појединац требао да доживи. Израчунавањем се обухвата период од навршене прве године живота до 70 односно 75 година живота. Изгубљене године живота због преране смртности обухватају укупан број изгубљених година, смрти које су последица насилног прекида живота и смрти која је наступиле природно (Томек-Роксандић и сарадници, 2006), али се не узима у обзир нулта година, односно не укључује се податак о броју умрлих одојчади. PYLL се релативно једноставно израчунава из израза $PYLL = \sum (d_i \times w_i)$.¹⁰

Утврђивањем потенцијално изгубљених година живота, прерана смрт се квантитативно изражава, што даје могућност деловања у циљу њеног смањења, односно омогућава њено проучавање и праћење. Примена PYLL и утврђивање броја изгубљених година показује колико је

⁸ Смањен број саобраћајних незгода резултат је смањеног кретања услед пандемије вируса COVID-19.

⁹ Стратегија безбедности саобраћаја на путевима Републике Србије за период од 2015. до 2020. године Службени гласник РС, бр. 64, 2015.

¹⁰ У изразу d_i представља број умрлих у некој старосној групи а w_i разлику између горње границе очекиваног живота и медијалне вредности одређене старосне групе.

друштво због губитака становника и ангажованих ресурса у санирању штете остварило мањи развој.

Број изгубљених година живота због преране смртности у Србији опада, али је опадање засновано на смањењу смртности одојчади и деце до пет година. У поређењу са европским земљама Србија спада у земље са највишим вредностима изгубљених година живота због преране смртности. За разлику од Србије број изгубљених година живота због преране смрти у Холандији, Исланду, значајно је мањи. У Шведској је број изгубљених година живота због преране смртности чак два пута мањи него у Србији.

4. О нематеријалној штети уопште

Иако питање нематеријалне штете сеже далеко у прошлост, њено признавање и накнада дуго су оспоравани. Велики број држава није био правно опремљен да пружи адекватну заштиту или накнаду за штету коју су лица претрпела противправном радњом другог лица. Присутност нематеријалне штете у свакодневном животу, пораст броја захтева и поступака за њеном накнадом актуелизовали су питање штете у научним круговима, али то није резултирало њеним јасним и прецизним дефинисањем. Већина законодавстава не даје јасну и свеобухватну дефиницију штете, већ наводи и набраја различите врсте штета.¹¹

Растући значај нематеријалне штете, као и то да је проузроковање штете у савременим условима значајан извор облигација, условио је процес објективизовања нематеријалне штете. С тим у вези, Европска комисија је 2005. године усвојила Начела европског одштетног права (Principles of European Tort Law, 2005: 171-178), у којима се наводи да неимовинска штета не обухвата само физичке или душевне болове, већ подразумева и саму објективну повреду заштићеног права личности, а када се ради о повреди живота и здравља, неимовинска штета одговара душевним боловима оштећеног, тежини повреде његовог телесног или душевног здравља.¹²

Када је у питању наше законодавство, питање штете регулисано је Законом о облигационим односима (300)13, којим се штета дефинише као

¹¹ Чињеница да не постоји јединствена дефиниције штете у законодавствима намеће питање да ли дефиницију штете треба и може да да законодавство, или је то задатак и обавеза правне теорије. Законодавство треба да пружи елементе који могу да помогну у обликовању дефиниције, коју даје теорија.

¹² Чл. 10:301. Principles of European Tort Law, European Group on Tort Law www.eglt.org/ приступљено 21.07. 2024. године.

¹³ Закон о облигационим односима – 300, Службени гласник СФРЈ, бр. 29/78, 39/85,

умањење нечије имовине (обична штета) и спречавање њеног повећања (измакла корист), као и наношење другог физичког и психичког бола или страха (нематеријална штета) (300 – чл. 155). Штета може настати као последица опасне делатности или у вези са опасном ствари. Према нашем закону жртва несреће, односно оштећени због насталих губитака остварује право на накнаду материјалне и нематеријалне штете, при чему висина материјалне штете представља разлику између вредности добара пре и након настанка штете. Накнада материјалне штете подразумева повраћај у пређашње стање, односно реституцију, која се може посматрати као натурална и новчана (Радишић, 2017: 308). За насталу нематеријалну штету није законом предвиђен износ накнаде због телесних повреда, оштећења здравља и смрти. Отклањање или ублажавање последица нематеријалне штете може се остварити моралном (нематеријалном) и новчаном (материјалном) сатисфакцијом. Морална сатисфакција се чини објављивањем пресуде, објављивањем исправке, опозивом увреде или неким другим начином којим се може остварити сврха отклањања последице начињене штете, док је новчана сатисфакција досуђивање одређеног новчаног износа као облика субјективног задовољења, којим оштећени може себи омогућити неко задовољство којим ће повратити психичку равнотежу поремећену штетним догађајем.

Накнадом нематеријалне штете могу се отклонити последице штетних догађаја у малом броју случајева. Код већине штета насталих на нематеријалним добрима, накнадом нематеријалне штете, стање се не може вратити у пређашње. Чињеница да нематеријална штета погађа неимовинска добра човека, да је врло често изазвана губитком који је ненадокнадив (губитак блиске особе, губитак органа и сл.) и изазива субјективно различит ниво бола код различитих особа, отежава утврђивање накнаде којом се оштећени може обештетити, јер нема општег мерила за одмеравање исте. С друге стране, нема дилеме да се при утврђивању нематеријалне штете не може поћи само од субјективног доживљаја оштећеног и његове перцепције, већ се морају имати у виду и друштвена схватања и третирања таквог стања које постоји у одређеним приликама (Јеличић, 1982: 58).

5. Повреде као последица саобраћајних незгода као основ накнаде нематеријалне штете

Последице несрећа уопште, тако и саобраћајних незгода јесу бројне повреде које условљавају физичке болове, али и душевне патње повређе-

45/89, Сл. лист СРЈ, бр. 31/93, и Сл. лист СЦГ, бр. 1/2003 – Уставна повеља.

них и њихових породица. Интензитет и дужина трајања болова и патњи представљају основ за накнаду нематеријалне штете. Према 300 неимовинском штетом се не сматра умањење животне активности као такве, нити унакаженост саму по себи, нити повреде угледа, части, слободе, или права личности, већ се новчана накнада дозвољава за „претрпљене душевне болове због умањења животне активности, наружености, повреде угледа, части, слободе или права личности, смрти блиског лица“ (Станковић, 1978: 491). Чланом 200. 300 утврђене су повреде за које оштећеном лицу може да се досуди новчана накнада нематеријалне штете и циљ коме таква накнада служи. Као посебан вид материјалне сатисфакције, правична новчана накнада може се досудити: 1) за претрпљене физичке болове; 2) за претрпљене душевне болове; 3) због умањења животне активности, која представља последицу проузроковане телесне повреде или нарушења здравља; 4) због наружености (тзв. естетска штета); 5) због повреде части, угледа, слободе или права личности; 6) због смрти блиског лица; 7) за претрпљени страх. Основ за досуђивање правичне новчане накнаде представља јачина бола и страха и њихово трајање.

Физички бол представља субјективну реакцију на објективну повреду тела (Петровић, Мрвић-Петровић, 2012: 98). С обзиром на то да је бол субјективни осећај појединца, на који свако различито реагује, није једноставно утврдити меру и интензитет претрпљених болова. Основ за накнаду нематеријалне штете не представља сваки претрпљени бол, већ само за онај који је јачег интензитета и који је трајао дужи временски период. Према члану 200. 300, суд ће досудити правичну новчану накнаду ако нађе да околности случаја, а нарочито јачина болова и страха и њихово трајање то оправдавају. Приликом одлучивања о правичној накнади нематеријалне штете суд мора водити рачуна о значају повређеног добра, и узети у обзир све болове које је оштећени претрпео од настанка штетног догађаја до краја лечења. Уколико се болови јављају и након завршетка лечења, морају се признати у оквиру накнаде за умањене животне активности (*Ibid.*, 100).

Питање које се врло често јавља као предмет расправа међу теоретичарима који за предмет анализе имају нематеријалну штету и њену накнаду, јесте питање способности осећања болова особа које су услед повреда у бесвесном стању. По мишљењу једног броја теоретичара, особа која је у бесвесном стању не осећа болове, и самим тим нема основа за накнаду штете, док је став других, да код различитог степена губитка свести човек осећа болове, и да је тек потпуна кома стање у коме се болови не осећају (*Ibid.*, 100).

Психички осећај настао као последица саобраћајних и других незгода којима је неко лице изложено представља страх. Страх се може јавити као пратећа nelaгодност физичком и психичком болу, али се може јавити и независно од њих. Страх се различито манифестује и различито дефинише. Према члану 200. ЗОО може се досудити накнада за претрпљени страх ако околности случаја, а нарочито јачина страха и његово трајање, то оправдавају. Правична новчана накнада може се досудити за страх који је интензиван и дужег трајања. Ако је интензиван страх краће трајао, накнада се може досудити ако је у дужем временском периоду нарушена психичка равнотежа.¹⁴ Приликом одређивања висине новчане накнаде у обзир се морају узети и године живота оштећеног, као и то да ли је страх изазавао сметње трајне природе. Новчана накнада нематеријалне штете за претрпљени страх не обухвата само стварни (реални) страх који је доживео у моменту повређивања, већ и оправдани страх који се јавља касније због тешких последица од претрпљених повреда и неизвесне будућности.¹⁵

Основ накнаде нематеријалне штете због умањења животне активности, настале као последица телесне повреде због саобраћајних (и других) незгода, представљају ограничења у животним активностима оштећеног. Смањена животна активност, настала као последица повреда, доводи до смањења функционалности организма и повећаних напора у задовољавању свакодневних потреба и обављању уобичајених радњи.

Умањење животне активности констатује се налазом лекара специјалисте-вештака, и најчешће се изражава у процентима. Вештачењем које је одређено ради утврђивања умањене животне активности морају се утврдити све последице којима се ограничава и отежава нормална активност организма, а није довољно утврдити само проценат умањене животне активности. Износ правичне накнаде зависи од природе и тежине свих трпљења везаних за овај вид штете.¹⁶ Животно доба оштећеног различито утиче на висину накнаде појединих врста нематеријалне штете. Тако, за душевне болове због умањене животне активности или наружености, млађим лицима, по правилу, треба одредити већу накнаду.¹⁷

¹⁴ Закључак са саветовања грађанских и грађанскоправних одељења Савезног суда, врховних судова и Врховног војног суда од 15. и 16. октобра 1986. године, Актуелна судска пракса из грађанско-материјалног права, *Пословни биро*, Београд, 2003, стр. 336.

¹⁵ Одлука Врховног суда Србије, Гж. 115/67.

¹⁶ Закључак са саветовања грађанских и грађанскоправних одељења Савезног суда, врховних судова и Врховног војног суда од 15. и 16. октобра 1986. године, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 3/2008, 90-91.

¹⁷ *Ibid.*

Треба правити разлику између умањења опште животне активности и умањења радне способности. Штета настала као последица губитка радне способности испољава се као имовинска, односно материјална штета и представља делимичан или потпуни губитак доходка, док је штета због умањења животне активности нематеријална штета (Петровић, Мрвић-Петровић, 2012: 108).

Последице саобраћајних незгода могу бити различити облици наружености. Наруженост представља видљиву деформацију физичког изгледа оштећеног (оштећење спољашњег тела), која је настала као последица потпуног или делимичног губитка екстремитета, естетске наружености или наружења неког дела тела. Одредбе члана 200. 300 предвиђају накнаду нематеријалне штете за претрпљене душевне болове услед наружености. Као и код осталих облика накнаде нематеријалне штете и у случају штете у виду претрпљених болова услед наружености суд ће досудити накнаду ако је наруженост знатна (Бабић, 2008: 21). Пре доношења пресуде суд мора да пореди изглед оштећеног пре наступања повреда (на основу снимака, слика, и сл.) и изглед након повреда, како би утврдио степен оштећења, односно наружености. Поступак доношења пресуде треба обавити након лечења, јер се због напретка у естетској хирургији велики број повреда може делом или у потпуности санирати (Петровић, Мрвић-Петровић, 2012: 114).

Судска пракса разликује наруженост јаког, средњег и лаког степена. Критеријуми за процену наружености јесу болови које оштећени трпи. Процене вештака у вези са степеном наружености један су од елемената у поступку одмеравања висине штете и накнаде исте. Накнада нематеријалне штете подразумева утврђивање јачине болова које оштећени трпи, nelaгодност и осећај мање вредности услед наружености, али је одређена и годинама старости, полом, професијом оштећеног (Бабић, 2008, 22-23).

Претходно наведени облици нематеријалне штете, и захтеви за накнадом исте, односили су се на повреду права оштећеног и штете настале као последице претрпљеног страха, бола због наружености или умањења животне активности и слично. Када је у питању накнада нематеријалне штете због претрпљених душевних болова насталих као последица смрти блиског лица, реч је о боловима које трпи лице, али не као непосредан бол. Настала смрт узрокује више жртава, поред жртве која је изгубила живот, жртве су и лица која због те смрти трпе душевне болове (Петровић, Мрвић-Петровић, 2012: 117). Право на накнаду штете због смрти блиског лица не остварује се у сваком случају, већ само онда када је смрт настала противправним чињењем или нечињењем

другог лица, деликтном радњом починиоца штете. Чланом 200. 300 предвиђена је накнада нематеријалне штете због смрти блиског лица ако околности случаја то оправдавају. Члан 201. 300 одређује лица која могу да остваре право на накнаду нематеријалне штете због смрти блиског лица, и у њих убраја: брачног друга, децу и родитеље умрлог лица. Судска пракса је показала да се овакав став временом мењао. Од 1968. године, на основу закључка са заједничке седнице судија грађанског одељења Врховног суда и републичких врховних судова, осим члановима породице право на накнаду признаје се и браћи и сестрама и ванбрачном другу умрлог, ако је између њих и настрадалог постојала трајнија заједница живота.

Право на накнаду даје се баби и деди, као и усвојеницима и усвојиоцу код потпуног усвојења ако је између њих постојала јака емотивна веза (Трифунковић, 2005: 156-157). У случају смрти једног или оба родитеља малолетном лицу припада право на накнаду неимовинске штете због душевних болова, при чему узраст детета за остваривање овог права није одлучујући чинилац. Приликом утврђивања висине ове накнаде узимају се у обзир и душевни болови које ће дете трпети у току развоја. Накнада за овај вид неимовинске штете припада и детету рођеном после смрти родитеља.¹⁸

На захтев оштећеног суд може да досуди и накнаду будуће нематеријалне штете (чл. 203. 300). Као пример накнаде будуће штете наводи се накнада штете детету за душевне болове због смрти родитеља, односно за касније болове које трпи због губитка родитељске љубави и пажње (Бабић, 1/2008: 25).

Последица саобраћајних незгода могу бити различити облици инвалидитета. Тежак инвалидитет, настао као последица губитка појединих органа или функција органа, изазива душевне патње које нису одувек давале право оштећенима на накнаду нематеријалне штете. Након саветовања судија грађанског одељења Врховног суда Југославије и републичких судова одржаног 1968. године, и закључака који су тим поводом донети, а у складу са захтевима који су у судској пракси били присутни, почело се са досуђивањем накнаде родитељима. Накнада нематеријалне штете остваривана је када су физичке и психичке последице телесних повреда такве да у суштини значе уништење личности повређеног.¹⁹ Основаност накнаде овог вида штете представља наро-

¹⁸ Начелни став Заједничке седнице Савезног суда, републичких и покрајинских врховних судова и Врховног војног суда од 15. децембра 1977. године.

¹⁹ Став саветовања грађанских судија судова опште надлежности у СР Словенији, Љубљана, 16. и 17. април 1973, Информатор, бр. 2026 од 8. августа 1973, стр. 5.

чито тежак инвалидитет и нарочито тешка унакаженост (Петровић, Мрвић-Петровић, 2012: 123). Накнада нематеријалне штете за душевне болове због нарочито тешког инвалидитета блиског лица, може се признати у изузетно тешким ситуацијама, када код оштећеног поред високог степена инвалидности и наружености постоје промене на телу које у околини изазивају страх, згражавање, жаљење и реакције због којих су сродници у свакодневном животу томе изложени. Негујући оштећеног, сродници саосећају са његовим патњама и сами трпе интензивне болове (*Ibid.*, 123).

Приликом одлучивања о висини накнаде овог облика нематеријалне штете неопходно је узети у обзир сва субјективна и објективна мерила, процене вештака, чињеницу да лице које је услед повреде постало инвалид живи стално са тражиоцем накнаде и сл. Висина износа који се досуђује најчешће је једнака износу накнаде штете због смрти блиског лица (*Ibid.*, 128).

Поред значајних материјалних губитака насталих у несрећним случајевима, значајне количине ресурса ангажованих у накнади нематеријалне штете, важно је указати на значајан број људи који због несрећних случајева страда. Чињеница да у саобраћајним несрећама у просеку страда више од 500 лица годишње,²⁰ да преко 14.000 затражи медицинску помоћ, а више од 3.000 због тешких телесних повреда захтева туђу негу и помоћ, указује на то колико је индивидуално, али и укупно друштвено благостање умањено. Директни и индиректни трошкови саобраћајних незгода у Републици Србији, по проценама стручњака, достижу суму од најмање 470.000 € по глави смртно страдалог у саобраћају. Економски трошкови удеса у којима учествују моторна возила износе 1-3% одговарајућег Бруто националног производа земаља света и достижу цифру од 500 милијарди долара.²¹

6. Правила одговорности и штета

За разлику од кривичних деликата у које се појединци најчешће свесно упуштају и планирају их, саобраћајне деликте нико не планира и не припрема се за њих. Фактор изненађења, брзина којом се дешавају и неспремност актера утичу на ниво штете коју саобраћајне незгоде

²⁰ Према подацима број погинулих је у порасту, тако је у 2014. године погинуло 536 лица, у 2015–599, 2016–607. Број лица која су задобила тешке телесне повреде има тенденцију пада – 3.544 у 2012. години, 3.275 у 2014. години. У току 2014. године број лица са лаким телесним повредама био је 14.720, у 2016. години чак 17.278.

²¹ Глобални план Декаде акције за безбедност на путевима 2011-2020.

условљавају. На настанак саобраћајне незгоде може да утиче свака од страна. Да ли је и колико свака од њих одговорна важно је питање, јер се у складу са одговорношћу утврђује и основ накнаде штете. Одговорност за настанак саобраћајне незгоде може значајно да утиче на спремност страна да накаду штете захтевају преко суда, у парничном поступку. Циљ сваке од страна у удесу јесте, да без обзира на несрећан догађај, максимизују користи из настале ситуације

Економија у анализи одговорности, ефеката правила о одговорности и моделирању парница за накнаду штете након саобраћајних незгода користи једноставан пример удеса, у коме је возач моторног возила ударио пешака. Моделом се указује на спремност учесника у незгоди да покрену парницу за накнаду штете због ограничености информација о одговорности којима располажу, и на неутралност обеју страна према ризику. Анализа је заснована на примени концепта очекиване користи, према коме трошак оштећеног представља производ величине штете и вероватноће њеног настанка. Чињеница да брзина којом се аутомобил креће утиче на ниво штете указује на различите исходе у условима када возач вози споро, умерено брзо и веома брзо. Једноставним примером и нумеричким вредностима указаћемо на однос брзине, исхода штете и остварених користи.

Табела 1. Правила одговорности и штета – унилатерални модел

Понашање возача	Укупна корист возача	Укупна очекивана штета пешака	Нето корист возача
веома брза вожња	120	100	20
умерено брза вожња	80	40	40
спора вожња	50	20	30

Наведене вредности показују да је у случају брзе вожње укупна корист возача највећа (120), али је и укупна очекивана штета највећа (100), тако да је нето корист која представља разлику између ове две величине најмања (20). У случају споре вожње укупна корист возача је мања (50), али је и вредност очекиване штете мања (20), тако да је нето корист већа него у случају брзе вожње (30). У условима умерено брзе вожње укупна корист возача је 80, укупна очекивана штета 40, тако да је нето корист возача у овом случају највећа и износи 40. Избор возача да се креће одређеном брзином одређен је правилима одговорности.

Различита решења у погледу одговорности, као и чињеница да је штета могла настати као последица кривице једне или обеју страна омогућиће

анализу одлучивања и предузимања пажње. У анализи се примењују унилатерални и билатерални модел предострожности.

Полазна претпоставка унилатералног модела предострожности²² јесте да је удес настао као последица штетниковог понашања (у овом случају возача), односно да је штетеник крив за насталу штету. Утврђујемо ефикасан ниво пажње у случају објективне и субјективне одговорности. У условима објективне одговорности, возач је одговоран независно од кривице. Чињеница да сноси терет настале штете утицаће на возача да вози умерено, чиме је нето корист коју остварује највећа, што показује да правило објективне одговорности доводи до ефикасног исхода. Ефикасна примена правила о објективној одговорности подразумева да суд располаже информацијама о величини штете. Потцењивање или прецењивање настале штете од стране суда може утицати на ниво остварене користи возача, а тиме и на ниво пажње. Ако је суд погрешно утврдио ниво штете, тако да је штета само половина стварне штете, корист возача на основу података у табели била би 70 ($120 - 100:2$) у случају брзе вожње, 60 ако би возач возио умерено, односно 40 у случају да је вожња спора. У супротном, ако би процена суда била таква да је штета двоструко већа од стварно настале штете, у случају брзе вожње возач би остварио негативну корист од 80, у случају умерене вожње нето корист би била једнака 0, односно 10 када је вожња спора. Највећа остварена корист је у случају споре вожње, што ће утицати на избор брзине којом ће возач возити. Наведеним желимо да укажемо на значај адекватног утврђивања висине штете од стране суда, али и на последице до којих грешке суда, односно судија могу да доведу.

Полазна претпоставка у случају субјективне одговорности јесте да је возач крив за насталу несрећу. Ова претпоставка је оборива уколико се докаже да је возач брижљиво поступао, односно испунио стандард пажње (*standard of care*). С обзиром на то да су стандарди утврђени тако да буду друштвено прихватљиви и ефикасни, што би у наведеном примеру била умерена вожња, одговорност возача била би утврђена у случају брзе вожње. Укупна очекивана корист од брзе вожње у случају

²² Унилатерални модел предострожности заснован је на могућности предузимања мера пажње једне од страна, починиоца штете или оштећеног. Да ли ће, и која од страна предузимати мере пажње којима би се штетни догађаји или настанак штета смањили, условљено је подстицајима, односно правилима одштетног права. Утврђивање одговорности засноване на овој претпоставци јесте значајно, али често није реално. Како су за насталу штету врло често одговорне обе стране и предузимање пажње обеју страна реалније је и прихватљивије. Анализа одговорности починиоца штете и оштећеног и утицаја правила одговорности на постизање ефикасног нивоа пажње остварује се у билатералном економском моделу одговорности.

субјективне одговорности износи 20, док у случају умерене вожње када одговорност не постоји, јер је возач поступао у складу са стандардом брижљивог поступања, износи 80. Корист од споре вожње износи 50. Дакле, и у случају субјективне одговорности правила о одговорности воде ефикасном исходу – умереној вожњи.²³

Билатералним моделом у удесу возача и пешака указујемо на утицај обе стране на вероватноћу настанка штетног догађаја и штете. Поред возача, чије понашање утиче на вероватноћу настанка удеса, и понашање пешака може да утиче на вероватноћу настанка штетног догађаја и штете. Пешак може да пређе улицу тако што пажљиво погледа пре него крене и полако пређе, али може и да претрчава улицу, а да претходно није погледао да ли тиме угрожава своју али и безбедност осталих учесника у саобраћају.

Анализом подстицаја које примена правила одговорности стварају у билатералном моделу утврђујемо ефекте немарног понашања обеју страна. Начин на који пешак прелази улицу омогућава остваривање додате користи у смислу уштеде времена, али и утиче на вредност очекиване штете. Претпоставимо да је корист коју остварује због претрчавања 5 (ова вредност није унета у табелу), а очекивана штета 10 и применимо то у наведеном примеру.

Табела 2. Правила одговорности и штета – билатерални модел

Понашање возача	Укупна корист возача	Укупна очекивана штета пешака		Нето корист возача	
		не претрчава	претрчава	не претрчава	претрчава
веома брза вожња	120	100	110	20	10
умерено брза вожња	80	40	50	40	30
спора вожња	50	20	30	30	20

Наведене вредности у табели указују да се највиша остварена корист остварује када пешак не претрчава улицу.

У условима примене правила објективне одговорности нето корист возача остаје непромењена у односу на унилатерални модел одговорности. У случају да пешак претрчава улицу нето корист возача се смањује за износ очекиване штете која због претрчавања може да настане, односно за 10 без обзира на брзину којом се возач креће. Пра-

²³ Пример и ефекти правила одговорности наведени на основу Б. Радуловић, материјал за предавања, 2012.

вило објективне одговорности подстиче возача да вози умерено, али не и пешака да не претрчава. Могућност накнаде штете и очекивана корист од претрчавања деловаће подстицајно на пешака, тако да он улицу прелази претрчавањем.

У случају субјективне одговорности, када пешак не претрчава, вредност користи за возача је једнака као и у условима објективне одговорности. Када пешак претрчава улицу а понашање возача је у складу са стандардом брижљивог поступања, насталу штету сноси пешак што ће га подстицати на предузимање ефикасног нивоа пажње. Дакле, у случају одговорности за непажњу обе стране имају подстицаја да буду пажљиве.

Правна правила одговорности за штету стварају подстицаје потенцијалним починиоцима штете и оштећенима на постизање ефикасног нивоа пажње. Да ли ће се они понашати у складу са правилима избор је сваког од њих. Уколико се понашају као рационални појединци њихов избор је понашање у складу са правилима, чиме се постиже ефикасан ниво пажње, али и адекватна употреба ресурса. У супротном, понашање појединаца које није у складу са правилима о одговорности, условљава нижи или виши ниво предострожности, што је неефикасно и води погрешној алокацији ресурса.

Да закључимо. Правилима одговорности могу се подстицати потенцијални починиоци штете и оштећени на постизање ефикасног нивоа пажње. У том смислу је за законодавца дефинисање правила одговорности и њихово спровођење један од начина којим се превентивно може утицати на смањење броја штетних догађаја и губитака који том приликом настају. Када је о нематеријалној штети реч, инсистирањем на спровођењу правила одговорности стварају се подстицаји потенцијалним починиоцима штете, али и потенцијално оштећенима за предузимањем мера пажње, чиме се број штетних догађаја и повређених смањује.

7. Закључак

Учесталост саобраћајних незгода и последица које су често тешке и ненадокнадиве, захтева континуирани напор у циљу смањења њиховог броја. На смањење броја саобраћајних незгода може се превентивно утицати стварањем подстицаја за повећаним нивоом пажње и адекватном казненом политиком. Спречавање или смањење броја несрећа и броја поступака који се воде са циљем накнаде штете, омогућило би се смањење губитака и трошкова које незгоде апсорбују, чиме би могло да се утиче на ниво и индивидуалног и друштвеног благостања.

У том смислу донете су измене и допуне Закона о саобраћају,²⁴ којим су пооштрене казне за прекорачење брзине, некоришћење сигурносних појасева, смањена дозвољена количина алкохола у крви, пооштрени захтеви у смислу техничког прегледа приликом регистрације возила и др. Инсистирањем на спровођењу уведених новина, на пооштреној казненој политици, али и адекватнијим едуковањем, може се систематски деловати на повећање безбедности у области саобраћаја, и тиме утиче на смањење броја штетних догађаја. Жртве несрећа треба едуковати како би остварили право на накнаду штете, али утицати и на повећање износа који досуђују као накнада, јер се ниским износима који се досуђују вређа људско достојанство и осећања оштећених који су претрпели штету.

Адекватна регулатива, технолошки напредак у области саобраћаја, напредни системи за помоћ возачу и самовозећа возила само су неке од могућности од којих се очекује да обезбеде моћне алате за смањење или чак елиминисање саобраћајних несрећа. Да ли ће и колико наведене мере допринеети смањењу броја незгода и штета које настају као последица показале време.

Литература

Бабић, И. (2008). Нематеријална штета и њена накнада. *Право и политика*. Београд: Универзитет Сингидунум

Инић, М. (2004). *Безбедност друмског саобраћаја, шесто издање*. Нови Сад: Универзитет у Новом Саду, Факултет техничких наука

Јеличић, О. (1982). Новчана накнада нематеријалне штете у случају телесне повреде. *Наша законитост*. 10/82. 58.

Радовановић, Д. (1972). *Саобраћајне незгоде – теорија психичких фактора*. Београд: Зборник института за криминолошка и социолошка истраживања

Томек-Роксандић Споменка и сарадници. (2006). Потенцијално изгубљене године живота због преране смртности по фокусираним узроцима смртности (Хрватска, 2000-2004. године). *Хрватски часопис за јавно здравство*. 2 (8). 1-19.

Трифуновић, П. (2005). Круг лица која имају право на накнаду штете

²⁴ Закон о безбедности саобраћаја на путевима, Службени гласник РС бр. 41/2009, 53/29013, 101/2011, 32/2013-одлука УС, 55/ 2014, 96/ 2015- др. закон, 9/2016 - одлука УС, 2472018, 41/2018 - др. закон и 87/2018.

због смрти блиског лица и нарочито тешког инвалидитета. *Накнада штете и осигурање*. Београд – Будва: Удружење за одштетно право. 102-108.

Трифунковић, П. (1998). Накнада неимовинске штете због смрти блиског лица. *Правни живот*. 10 (II). 891-902.

Правни акти и судска пракса

Moscow Declaration. (2009). First Global Ministerial Conference on Road Safety: Time for Action Moscow. 19–20. November 2009.

Brasilia Declaration. (2015). Second Global High-level Conference on Road Safety: Time for Results Brasilia, 18-19 November 2015.

European Group on Tort Law (2005). Principles of European Tort Law. Text and Commentary. Springer 2005. 171-178.

European Group on Tort Law (2024). Principles of European Tort Law, www.egmt.org/ приступљено 21.07. 2024. године

Закон о облигационим односима – 300. *Службени гласник СФРЈ*. Бр. 29/78, 39/85, 45/89, *Сл. лист СРЈ*. Бр. 31/93, и *Сл. лист СЦГ*. Бр. 1/2003–Уставна повеља

Закон о безбедности саобраћаја на путевима. *Службени гласник РС*. Бр. 41/2009, 53/29013, 101/2011, 32/2013-одлука УС, 55/ 2014, 96/ 2015 – др. закон, 9/2016 - одлука УС, 24/2018, 41/2018 – др. закон и 87/2018.

Закључак са саветовања грађанских и грађанскоправних одељења Савезног суда, врховних судова и Врховног војног суда од 15. и 16. октобра 1986. године. *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*. 3/2008. 90-91.

Закључак са саветовања грађанских и грађанскоправних одељења Савезног суда, врховних судова и Врховног војног суда од 15. и 16. октобра 1986. године, Актуелна судска пракса из грађанско-материјалног права. *Пословни биро*. Београд. 2003. 336.

Начелни став Заједничке седнице Савезног суда, републичких и покрајинских врховних судова и Врховног војног суда од 15. децембра 1977. године.

Став саветовања грађанских судија судова опште надлежности у СР Словенији, Љубљана, 16. и 17. април 1973, Информатор, бр. 2026 од 8. августа 1973. 5.

Статистички извештај о стању безбедности саобраћаја у Републици

Србији у 2016. години. Агенција за безбедност саобраћаја. 2017. www.abs.gov.rs/ приступљено 19.07.2024.

Стратегија безбедности саобраћаја на путевима Републике Србије за период од 2015. до 2020. године. *Службени гласник РС*. Бр. 64 од 20. јула 2015. године

Глобални план Декаде акције за безбедност на путевима 2011-2020. (Превод СЗО документа "Global Plan for the Decade of Action for Road Safety 2011-2020"), National Focal Point за превенцију повређивања и инвалидности за Републику Србију, Градски завод за јавно здравље Београд; <https://www.batut.org.rs/download/aktuelno/Globalni%20plan%20dekade%20akcije%20za%20bezbednost%20na%20putevima%202011-2020.pdf>

Одлука Врховног суда Србије, Гж. 115/67.

Doc. Danijela Petrović, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Priština,
Temporary Head Office in Kosovska Mitrovica,
Republic of Serbia

CONSEQUENCES OF TRAFFIC ACCIDENTS AS A BASIS FOR NON-PECUNIARY DAMAGES

Summary

Contemporary living and working conditions have multiplied the causes of human rights violations, the occurrence of non-material damage and the growing number of compensation proceedings. The increased use of motor vehicles increases the risk of traffic accidents and damage, which calls for legal regulation of human rights violations arising from the mass application of modern technologies. The goal of the regulation is to use preventive and repressive measures to motivate traffic participants to behave in accordance with the law and the standard of reasonable care and to deter them from behavior that may result in traffic accidents. The importance of activities aimed at reducing the number of traffic accidents and the consequences caused by them is reflected in the frequency of traffic accidents and the fact that they may cause both material and non-material damage. While the consequences of material damage may be compensated, the consequences of non-material damage are often irreparable. Accident victims who have sustained non-material damage are often unable to live their lives to the full; as a result, their personal and social well-being is significantly impaired. They have to invest additional resources in their medical treatment and compensation proceedings. The increasing number of traffic accidents involving young people of working age is particularly worrying. The long-term consequences are severe not only for the victims' families but also for the society as a whole. Premature death, lost lives and significant costs incurred by traffic accidents have an impact on economic growth. In the analysis of individuals' behavior in traffic and the effects caused by such behavior, economics applies a unilateral and bilateral model of responsibility and indicates the importance of establishing liability in the course of compensation proceedings.

Keywords: non-pecuniary damage, traffic accident, legislation, lost lives, economic models.

Monika Strus-Wołos, Ph.D.,*

Advocate, Lecturer,
Allerhand Institute, Warsaw,
Republic of Poland

UDK: 347.91/.95(438)

DOI: 10.5281/zenodo.14514269

THE PRINCIPLE OF LOYALTY IN POLISH CIVIL LAW PROCEEDINGS**

Abstract: *The principle of loyalty in Polish civil law proceedings tends to be unjustly neglected in doctrine and jurisprudence alike. Pursuant to Article 3 of the Polish Code of Civil Procedure (CCP), “parties to and participants in proceedings shall be obliged to engage in procedural steps in conformity to generally accepted good practices, elucidate the facts of any case truthfully and without concealing any circumstance, and produce evidence as required”. This provision is the source of the principle of truthfulness, one of the primary dogmas in Polish civil law proceedings. The principle of truthfulness has been duly described in multiple monographs, papers, and scientific conferences. The legislator has also enconced an obligation for parties to and participants in proceedings to act with mutual loyalty. The scope of loyalty-related duties extends to mutual conduct of the parties and parties’ conduct towards the judiciary. Since the judiciary is not listed as an addressee of the previously mentioned norm, a literal interpretation would suggest that courts of law are not bound by any loyalty duties towards parties to proceedings. A failure of the judiciary to show loyalty to parties to proceedings is frequent in Polish civil law proceedings. On the other hand, the principle of mandatory co-operation among parties, plenipotentiaries, and the judiciary – the principle of loyalty – is the first one to have been listed in the ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure. In consideration of solutions employed by certain other states, the author of this paper ponders herein whether the CCP should introduce the principle of loyalty expressis verbis and, if so, in what form.*

* monika.strus-wolos@adwokatura.pl, [ORCID ID: 0000-0002-9175-7839](https://orcid.org/0000-0002-9175-7839)

** This paper was originally presented at the International Scientific Conference “Legal Principles in Contemporary Law” at the Law Faculty in Niš on 19-20. April 2024.

Keywords: *principle of loyalty, principle of co-operation, civil proceedings, ELI-UNIDROIT, Poland.*

1. Introduction

Dictionaries define *loyalty* as reliability and fidelity in dealings with others. In the *Polish Scientific Publishing House (PWN) Encyclopaedia*, the term carries three meanings:

- 1) the moral attitude of constant behaviour towards a specific individual, whether in his/her presence or absence; the above applies to family and friends in particular;
- 2) acting in conformity to commitments made (e.g. to an employer), or to the letter of law; civic loyalty; and
- 3) righteousness, fidelity, reliability in dealings with others (PWN Encyclopaedia, n.d.).¹

Deliberations articulated herein will apply in particular to the meaning listed under item 2). In the context of judicial proceedings, one ought to consider whether citizens and other entities recognised as parties thereto ought to be the only ones bound with loyalty (and whom they ought to be loyal to when taking action themselves), and should loyalty in action not be expected of courts of law as well.

The principle of loyalty in Polish civil law proceedings tends to be unjustly neglected in doctrine and jurisprudence alike. Rarely mentioned, no academic textbook lists it among the guiding principles of civil law proceedings.

2. The principle of loyalty in Polish substantive civil law

The principle of loyalty has a long-standing tradition in Polish substantive law. The Polish Civil Code (hereinafter referred to as: the CC), passed in 1964 (numerous fundamental² amendments thereto notwithstanding), has since day one included an injunction for creditors to co-operate with debtors loyally when discharging any duties (Article 354 of the CC).

Loyalty-related responsibilities apply to contractual obligations as well as those sourced in acts of law, judicial rulings, or even unilateral legal acts

¹ PWN Encyclopaedia (n.d.). "Lojalność". In: Polish Scientific Publishing House (PWN) Encyclopaedia. Retrieved 5 April 2024 from <https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/lojalnosc;4009038.html>

² It was particularly profound after the 1989 collapse of communism in Poland.

obligatory in nature. The doctrine correctly assumes that the principle of loyalty under civil law shall extend to labour law as well; consequently, the employee shall thereunder be obliged to remain loyal to the employer, having shouldered a number of responsibilities (Suknarowska-Drzewiecka, 2001: 587-591).

Pursuant to Article 354 §1 of the CC, the debtor shall be obliged to perform under any and all obligations in conformity to their substance, in a form and manner consistent with their social and economic purpose, rules of social co-existence, and commonly accepted customs, if any. Article 354 § 2 provides that this is also how the creditor shall co-operate with the debtor whenever acting on an obligation. While the aforesaid debtor- and creditor-related regulation is fundamentally symmetrical for both parties concerned, the legislator has also made the creditor responsible for taking certain action and collaborating with the debtor to an extent short of which collecting on the obligation by the debtor would be either impossible or considerably (excessively) challenging.³ The purpose of the aforesaid regulation is to secure a contractual equilibrium for both parties concerned (Safjan, 2007: 299-300).

It follows that the fundamental responsibility of the debtor is to perform honestly under the obligation at hand, whereas the fundamental responsibility of the creditor is to co-operate with the debtor. Said co-operation ought to apply to all and any duties of the debtor recognised as contributing to the underlying obligation. The purpose of aforesaid responsibility extends beyond the co-operating creditor seeking compensation or acting in their own interest only. Nonetheless, this does not exhaust the beneficial outcomes of creditors taking action to co-operate. A trustworthy creditor shall co-operate to allow both parties to an agreement to perform honestly, and in conformity to its provisions: a trustworthy debtor shall intend to perform under the commitment undertaken and have themselves released from the obligation. A trustworthy debtor wishes to cease being a debtor. Consequently, the creditor's duty to co-operate with the debtor in the spirit of loyalty serves the purpose of safeguarding and securing justified interests of both parties to a contractual obligation (Warkało, 1973: 43-57).

It is rather easy to imagine the complications, should a creditor be unwilling to co-operate with the debtor (e.g. by refusing to collect goods from the debtor, failing to respond to his/her refusal to provide a bank account number for debt repayment purposes). This is why certain creditor responsibilities arising from the principle of loyalty in co-operating with debtors have

³ Cf. e.g. (of the many comments in legal literature and Supreme Court case law): 1) Supreme Court ruling of 25th November 1998, case Ref. No. II CKN 60/98; 2) Supreme Court ruling of 25th February 2015, case Ref. No. IV CSK 297/14.

been further regulated in detailed Civil Code provisions. Let us assume that a purchaser is expected to collect goods from the seller, an entity contracting agricultural produce to collect said goods by a specific date. A construction works client is expected to conform to specific preparations in advance (e.g. provide the contractor with access to the construction site and construction design blueprints); furthermore, the client shall be ready for partial and/or final works acceptance, once completed. Should the contractor choose to employ subcontractors, the client shall have a say in the matter, as such solutions require the client's written consent. When ordering tailor-made work, the client shall provide the contractor with proper guidelines, and appear for measurements to be taken if necessary; should the work involve material(s) provided by the client, the client shall deliver as required.

Should a creditor fail to perform duties duly assigned, Polish law deems such creditor to be in default (Article 486 §1 of the CC); *default* is defined as a qualified and culpable delay in performing under an obligation. Default shall give rise to compensation liability. Consequently, should the creditor be found culpable of default, the debtor suffering damage as a result, the debtor shall have the right to claim compensation from the creditor. The debtor may under such circumstances discharge itself from the underlying obligation by placing the object of consideration in judicial deposit.

The creditor's loyalty-related duty to the debtor is by no means limited to actions specified by law or contract. It also involves the passive responsibility of refraining from all and any action preventing the debtor from performing under the underlying obligation, or exposing the debtor to additional expenses or to liability for delay.⁴ Not causing any obstructions to the debtor is considered the bare minimum of loyalty; any breach thereof is also recognisable as a violation to the principles of honesty and good practice in legal relations (Machnikowski, 2023).⁵ While not every agreement requires the creditor to co-operate actively, the creditor is obliged to refrain from causing obstructions to the debtor, circumstances notwithstanding (passive responsibility).

Legal doctrine may refer to active and passive responsibilities as positive and negative. Interestingly enough, the provisions in question date back to 1964, the year when the Civil Code was passed. Poland was then a state under communism, commonly referred to as "*socialism*". Instructing the debtor and creditor to co-operate, provisions of Article 354 §§ 1 and 2 of the CC were considered an indicator of "*the socialist notion of co-operation and mutual assistance*", one in principle ostensibly alien to legislative systems of

⁴ Supreme Court ruling of 18th April 2013, case Ref. No. III CSK 243/12.

⁵ See also: Supreme Court ruling of 27th March 2013, case Ref. No. V CSK 112/12.

“*antagonistic societies*”. As Grzegorz Klich (Klich, 2021: 217) correctly points out, similar reasoning had underpinned the adoption of the principle of co-operation between parties bound by contract in Article 1:202 of the Principles of European Contract Law (PECL).⁶ The PECL is one of the pivotal documents designed to unify private law in the European Union. It is an instrument comprising norms established pursuant to a method of comparing civil law solutions across European Union member states. Article 1:102 of the PECL introduces i.a. the principle of the parties’ freedom to enter into a contract, subject to the requirements of good faith and fair dealing. Contractual provisions cannot exclude safeguards guaranteeing acting in good faith or fair dealing. It is thus noteworthy that, both in the Polish regulation (which is older than the PECL) and in the PECL themselves, the parties’ responsibility to co-operate is closely tied in with the principle of integrity in legal relations: the duty of parties to a contractual obligation to co-operate in the spirit of loyalty forms part of a broader principle of respecting the rule of fairness in private law.

According to one of the PECL authors (Ole Lando), “*a contract shall be regarded as an instrument of co-operation, not as a confrontation of adversaries, each seeking his advantage at the expense of the other*” (Klich, 2021: 218).

3. The principle of loyalty in Polish civil procedural law

The responsibility to respect rules of fairness in private law, unquestioned in substantive law, is subjected to certain restrictions under procedural law; the adversarial principle – the basic model for judicial proceedings under civil law throughout Europe – is recognised as the primary obstacle. It goes without saying, however, that nowhere is the adversarial model “*pure*”. Assorted exceptions allowing – or outright commanding – courts of law to engage in active *ex officio* pursuits are both subjective and objective in nature. Examples include courts examining consumer contracts for abusive clauses *ex officio*, or allowing evidence *ex officio*, should one of the parties to judicial proceedings be particularly vulnerable. Restrictions to the inquisitorial system in the Polish judiciary arise from the right to (a fair) trial, secured both in the Constitution of the Republic of Poland and the European Convention on Human Rights, while exercising the principle of truth.

Pursuant to Article 3 of the Polish Code of Civil Procedure (hereinafter referred to as: the CCP), parties to and participants in proceedings are obliged

⁶ Article 1: 202: *Duty to Co-operate. Each party owes to the other a duty to co-operate in order to give full effect to the contract.* Retrieved 6 April 2024 from: https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/#head_12.

to seek truth and take action in conformity with the principles of truthfulness and good practice. The provision reads as follows: “Parties to and participants in proceedings shall be obliged to engage in procedural steps in conformity to generally accepted good practices, elucidate the facts of any case truthfully and without concealing any circumstance, and produce evidence as required.”

Doctrine and case law thus derive procedural principles of truth, adversarialism and loyalty from said provision’s content. Yet, the provision’s content offers no clear answer as to who the norm’s addressee is. The most restricted definition of the phrase “participants in proceedings” unquestionably suggests that they include e.g. side interveners, legal representatives, prosecutors and *pro publico bono* organisations, should a suit have been filed in the interest of a specific third party (rather than own interest). A broader definition would include witnesses, translators/interpreters and expert witnesses (authors of expert opinions serving the purpose of a given judicial procedure, or even other proceedings, should such opinions be put to use in the former). The scope of entities listed as loyalty obligation addressees is indisputable.

It is easy to interpret the provision’s literal content as suggesting that the duty of acting in conformity with the principle of loyalty is horizontal (i.e. applicable among parties to and participants in proceedings) as well as – or, possibly, primarily – vertical. Loyalty is a mandatory requirement for parties to and participants in proceedings in their dealings with the judiciary. A court of law is the “addressee” of procedural actions, responsible for evaluating the content of all said actions in formal and substantive terms alike. Claims and evidence are also submitted before the court as their addressee (“*da mihi factum...*”).

Yet, provisions of Article 3 of the CCP are unclear as to whether the court of law is also the addressee of the procedural loyalty commanding norm. Doctrine tends to refer to the judiciary as a body rather than participant of civil law proceedings. Linguistic (literal) interpretation of the provision (its content *per se*) seems to suggest that courts of law are not bound with any kind of loyalty-related responsibility. Nonetheless, ever since the 1997 enactment of the Constitution of the Republic of Poland, an obligation to interpret legal norms pro-constitutionally has been in force, requiring said norms to be elucidated in a manner ensuring the conformity of their application to principles, rights and freedoms safeguarded by the Constitution.

Article 2 of the Polish Constitution introduces the principle of the rule of law as the foundation of the democratic system, the doctrine and Constitutional Court deriving detailed rules therefrom. The principle of safeguard-

ing public trust in the state and law is one such rule.⁷ As duly noted by the Constitutional Court, “*while the principle in question has not been explicitly worded in the text of the Constitution, it goes without saying that it forms part of the canon of rules contributing to the concept of the rule of law in the sense afforded thereto under Article 2 of the Constitution*”.⁸ The principle of safeguarding public trust in the state and law is also referred to as the principle of a state’s loyalty to its citizens. This principle gives rise to an injunction for every state authority (the judiciary included) to treat citizens in keeping with minimum rules of fairness. This means that neither legal provisions nor action taken by aforesaid authorities can set traps or give rise to illusory or ostensible solutions. Furthermore, state bodies shall not abuse their position in their dealings with citizens.

This is why, since the enactment of the Constitution which introduced i.a. the aforesaid principle, Article 3 of the CCP shall be interpreted as establishing an extensive duty of loyalty, applicable to the judiciary as well.

While the position has been gradually emerging in Polish case law, its visibility basically applies to a single procedural circumstance, namely in terms of refraining from taking parties to proceedings by surprise with a trial outcome, should factual grounds for the claim asserted in original action potentially justify the use of a different legal basis allowing parties to take fitting procedural steps (e.g. produce relevant evidence). Under such circumstances, the principle of loyalty requires that a party to proceedings be notified of the option to apply different legal grounds than originally suggested in positions taken by parties to proceedings, in particular the legal basis referenced by the plaintiff in the statement of claim.⁹

The question of actual loyalty-related obligation content arises, should such responsibility become binding for the judiciary. In Polish criminal law proceedings, the principle of loyalty (referred to by some authors as the principle of processual information) requires procedural bodies to instruct a participant in proceedings of his/her rights and responsibilities (Article 16 § 1 of the Code of Criminal Procedure, hereinafter: the CCrP). Furthermore, the authority conducting the proceedings (lead agency) shall, whenever justified, notify participants in proceedings of their rights and responsibilities,

⁷For more on the origin and content of the principle, see: Justyna Węglińska, J. (2020), *Zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa jako dyrektywa poprawnej legislacji* (The Principle of Safeguarding Public Trust in the State and its Legislation as a Directive of Proper Legislation). *Prawo w Działaniu*. 2020/42. 171-176.

⁸Constitutional Court ruling of 20th December 1999, case Ref. No. K 4/99.

⁹E.g. Supreme Court resolution of 17th February 2016, case ref. No. III CZP 108/15, or the Supreme Court ruling of 20th October 2021, case Ref. No. I NSNc 45/21.

even if the law does not expressly reference such an obligation (Article 16 § 2 of the CCrP). Regardless of which of the aforesaid procedural circumstances arises, no failure to provide such instructions or defective notification shall give rise to adverse outcomes for any participant in criminal proceedings, or any other person concerned (Bojańczyk 2012: 196). Notwithstanding the above, the judiciary's responsibility to remain loyal to parties in civil proceedings shall not be restricted to a duty to notify parties as appropriate because notification-related responsibilities have been regulated under separate legal provisions. That said, a vast majority of case law proves that a failure to instruct does not constitute grounds for invalidating proceedings because such failure is not usually recognised as a breach of a civil law proceedings party's right to defence.

The aforementioned case law alone, regarding the non-admissibility of surprising parties to proceedings with novel legal grounds, suggests that loyalty is defined much more extensively, potentially referring to assorted procedural steps taken by the judiciary. In practice, however, courts all too rarely resort to their loyal co-operation duties. On the contrary: every legal representative (and every party appearing *pro se*) have frequently faced surprising, unpredictable and thus disloyal judicial action.

The time to adjudicate cases has recently been extended out of proportion in Poland.¹⁰ In a move to improve the case examination volume and swiftness of statistics, some justices are resorting to returning actions brought by professional representatives under the pretext of having identified formal defects therein.¹¹ As re-submitted actions are assigned new reference numbers, cases bearing original reference numbers are recorded as closed. Pursuant to Article 130 §1 of the CCP, a formal defect of a pleading is recognised as grounds for discontinuing proceedings. Such defects may include a missing mailing address for the defendant, a missing copy of the statement of claim for the opposing party, and/or missing powers of attorney (should action be brought by a legal representative). Online legal professionals' forums are rife with examples of grotesque grounds for having pleadings returned, while said pleadings are actually free of any defects giving rise to discontinuing proceedings. Examples include claims that powers of attorney had not been signed (as the client's signature was considered "*illegible*"), or concluding

¹⁰ A number of contributing factors can be identified, their description extending beyond the scope of this paper.

¹¹ Should formal defects be identified in action brought by a party appearing *pro se*, the court shall summon that party to remedy said defects. Conversely, should formal defects be identified in action brought by professional representatives, the court shall decide to the effect of returning the statement of claim rather than summoning the representative to remedy said effects.

that a legal representative had failed to include his/her contact information in the statement of claim, said information having been featured in the letterhead or footer rather than in the statement body proper.

Other examples of disloyalty include cases of judicial administrative offices failing to notify parties, representatives and/or witnesses of the unfeasibility of conducting a hearing according to schedule for specific reasons (such as the justice's illness). Participants in proceedings might learn of such circumstances only upon arrival on court premises, while administrative office staff might have been aware of the justice's illness for some time. Notably, should a party in proceedings take similar action by notifying the court of illness-related circumstances at the last minute while having had the option to do so earlier, jurisprudence will point to such behaviour as abuse of procedural law; the said abuse is sanctionable by having such party charged with full judicial (legal) fees, even in case that party ultimately wins the case. Other examples of disloyalty include cases of setting hearing dates and/or times in full knowledge of considerable delays to hearing openings, e.g. setting only a slightly earlier time (e.g. thirty minutes) for a preceding trial requiring a number of witnesses to be heard. In the past, an appeals court kept rejecting appeals month after month in a situation previously recognised by the Supreme Court as a circumstance disallowing appeal rejection.

Such circumstances give rise to an unpredictability of the legal situation, resulting in reduced public trust in the state and a consequent breach of Article 2 of the Polish Constitution.

4. The principle of loyalty in the ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure

In Polish legal sciences, the ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure¹² have been deservedly referred to by Andrzej Olaś as "*the most impressively advanced achievement in efforts to harmonise and modernise civil procedural law in Europe with the use of soft-law instruments*" (Olaś, 2022: 298-311).

The ELI-UNIDROIT Rules open with guiding principles of proceeding. The first listed rule is the duty to co-operate, explicitly extending to courts of law, the parties', representatives' and the judiciary.

¹² ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure, adopted on 15th July 2020 and 24th September 2020 by the European Law Institute Council and UNI-DROIT Governing Council; Retrieved 11 April 2024 from: <https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/eli-unidroit-rules>.

SECTION 2 – Principles A. Co-operation Rule 2.

General Parties, their lawyers and the court must co-operate to promote the fair, efficient and speedy resolution of the dispute.

The principle of co-operation is supplemented by responsibilities of legal representatives and the judiciary, duly listed in two successive rules. Rule No. 4 specifies judicial responsibility:

Rule 4. Role of the Court – the General Case Management Duty. The court is responsible for active and effective case management. The court must ensure that parties enjoy equal treatment. Throughout proceedings it shall monitor whether parties and their lawyers comply with their responsibilities under these Rules.

As correctly noted by Andrzej Olaś, the principle of parties' and the court co-operation, as expressed in ELI/UNIDROIT Rules, is a flexible compromise between models differing in terms of the degree of adversarialism and judicial activeness acceptable to individual European states. It references the civil law proceedings model contemporaneously evolving in German doctrine, based on the notion of dialogue between the procedural body and entities participating in proceedings (Olaś, 2022: 304-305). Citizens should never be made to feel in court as if they were intruding.

Impacting the domestic law of multiple states to an ever-greater extent, this model law is ultimately becoming the source of appropriate reforms. Affecting European Union law, it has also been an indirect influence on the domestic legislation of EU member states (Fredriksen, Magne Strandberg, 2022: 143-157). In the age of mobility-oriented societies, nobody needs convincing that instilling greater similarities to judicial proceedings models, within the EU in particular, would be a desirable phenomenon, making legal relations considerably easier.

5. Conclusions

Interpreted i.a. as judicial duty to parties to and participants in proceedings, procedural loyalty is poorly emphasised in the Polish Code of Civil Procedure. Even if aware of the aforesaid duty, judicial practice (as revealed in case law) interprets it exceedingly narrowly, applying it in a single set of circumstances as described herein. On the other hand, a list of examples of courts acting in ways justifiably referred to as disloyal – or unpredictable at best – can be easily produced.

The President of the Research Centre of the Polish Bar Association and the Presidium of the Polish Bar Council have appointed a Team charged with

applying dogmatic and empirical research methodology in view of drafting a report showcasing Code of Civil Procedure provisions most harmful to the public, complete with proposals of appropriate amendments.¹³ *De lege ferenda* postulates proffered by the Team include an expansion of Article 3 of the CCP to include the principle of loyalty *expressis verbis* extending to courts of law. Since Article 3 of the CCP is part of a special-purpose section of the Code of Civil Procedure (“*Introductory Title. General Provisions*”), given the overall structure of said legislation, provisions ensconced therein shall apply to the entire civil law proceedings system (Harla, 2022: 989-1020) while being recognised as axiological guidelines (Harla, 2022: 993).

Our Team believes that such amendments to Article 3 of the CCP will become a remedy for certain negative judicial behaviours (resorted to by individual justices, court administrative office staff, and judicial Customer Service Office staff). Furthermore, it will produce the desired effect of harmonisation with ELI/UNIDROIT model law.

This project was submitted to Parliament by the Polish Bar Council in July. It has since generated considerable interest both in the media and in academic circles.

References

Bojańczyk A. (2012). Czy zasada lojalności procesowej (informacji procesowej) ma zastosowanie w tych układach, w których oskarżony nie korzysta z pomocy obrońcy? (Does the Principle of Procedural Loyalty (Processual Notification) Apply in Cases of the Accused not Being Represented by an Attorney?). *Palestra*. 7-8. 196-201.

Fredriksen H.H., Magne Strandberg M. (2022). Impact of the ELI/UNIDROIT European Model Rules for Civil Procedure on national law – the case of Norway. *Civil Procedure Review*. 13 (3). 143-157.

Harla A. (2022). Tytuł wstępny Kodeksu postępowania cywilnego – kilka refleksji ogólnych (Introductory Title of the Code of Civil Procedure – a Handful of General Reflections), [in:] Borysiak W. (ed.), Wierciński J. (ed.), Gołaszewska A. (ed.), Olechowski M. (ed.), *Ius et ratio*. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Elżbiecie Skowrońskiej-Bocian (Ius et ratio. Anniversary Volume Dedicated to Professor Elżbieta Skowrońska-Bocian), Warsaw: Wolters Kluwer. 989-1020.

Klich G. (2021). Obowiązek współdziałania stron przy realizacji zamówienia publicznego (The Responsibility of Parties to Collaborate when Delivering

¹³ The author is pleased and honoured to serve as the project’s scientific manager.

under a Public Procurement Contract). *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*. 84 (1). 215-227.

Olaś A. (2022). E pluribus unum? O optymalny model procedury cywilnej w sprawach spornych – uwagi na tle Modelowych Europejskich Reguł Postępowania Cywilnego (E pluribus unum? For an Optimum Model of Civil Law Proceedings Regarding Cases in Dispute – Comments in the Context of Model European Rules of Civil Procedure). *Gdańskie Studia Prawnicze*. 5 (57). 294-311.

PWN Encyclopaedia (n.d.). "Lojalność". In: Polish Scientific Publishing House (PWN) Encyclopaedia. Retrieved 5 April 2024 from <https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/lojalnosc;4009038.html>

Safjan, M. (2007). *Zasady prawa prywatnego (Principles of Private Law)*, [in:] M. Safjan (ed.), *System prawa prywatnego (The Private Law System)*. Tom 1: Prawo cywilne – część ogólna (Civil Law – General Provisions), Warsaw: C.H. Beck. 299-311.

Suknarowska-Drzewiecka E. (2021). Obowiązek współdziałania wierzyciela przy wykonywaniu zobowiązania a obowiązki pracownika wobec pracodawcy w stosunku pracy (The Creditor's Duty when Acting on an Obligation v. an Employee's Responsibilities to an Employer Pursuant to an Employment Contract), *Studia Prawnoustrojowe UWM (University of Warmia and Mazury Legal and State System Studies)*. Vol. 54. 583-596.

Warkało W. (1973). Ogólne zasady wykonywania zobowiązań (General Principles of Performing under Obligations). *Studia Prawnicze*. 37. 43-57.

Węglińska J. (2020). Zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa jako dyrektywa poprawnej legislacji (The Principle of Safeguarding Public Trust in the State and its Legislation as a Directive of Proper Legislation). *Prawo w Działaniu*. 42. 169-188.

Dr Monika Strus-Wołos,
Адвокат, Предавач,
Алерханд Институт, Варшава,
Република Пољска

НАЧЕЛО САВЕСНОСТИ У ПОЉСКОМ ГРАЂАНСКОМ ПОСТУПКУ

Резиме

У пољском грађанском поступку, начело савесности је недовољно заступљен у правној доктрини и судској пракси. Члан 3. пољског Закона о грађанском поступку (ЗКП) предвиђа да су странке и учесници у поступку дужни поступају у складу са правилима добре праксе и савесног поступања. Иако није експлицитно пописан законом, овај принцип има важну улогу у обезбеђивању међусобног поштовања и сарадње између странака и правосуђа. У контексту судског поступка, начело савесности представља обавезу странака да поступају на правичан и частан начин. Иако је присутно у пракси, ово начело није експлицитно наведено међу водећим принципима пољске правне доктрине. Ипак, оно је дубоко укорењено у пољском материјалном праву, посебно у контексту уговорних обавеза, где је међусобна сарадња између дужника и повериоца кључни принцип. Сврха овог принципа је да успостави равнотежу у уговорним односима и гарантује савесно понашање учесника.

У контексту грађанског процесног права, члан 3 ЗКП обухвата принцип истинитости и, сходно томе, савесности. Обим примене ове одредбе је предмет спора, посебно у погледу применљивости на судску власт и странке у спору. Бројни су примери несавесног понашања судија, као што су непредвидиво враћање тужби због мањих или непостојећих недостатака и необавештавање странака о промени термина рочишта. Таква пракса нарушава поверење јавности у правни систем.

ELI/UNIDROIT модел Европских правила парничног поступка изричито захтева сарадњу између странака, њихових адвоката и суда како би се обезбедило правично и ефикасно решавање спорова. Овај модел је предложен као мерило за пољски закон у циљу побољшања процедуралне правичности.

Аутор овог рада предлаже измену члана 3 ЗКП којом би се експлицитно прописао принцип савесности и обавеза савесног поступања проширила на правосуђе. Циљ предложеног амандмана је повећање поверења у правни систем и усклађивање пољског законодавства са европским стандардима. Укључивањем начела савесности у ЗКП би се уклонили неки недостаци актуелне судске праксе, промовисала правичност, и ускладио пољски

грађанскоправни поступак са европским моделима. Овај амандман би могао допринети побољшању квалитета суђења и предвидивости поступања судија, чиме би се вратило поверење јавности у правни систем.

Кључне речи: *принцип савесности, принцип сарадње, парнични поступак, ELI/UNIDROIT модел Европских правила парничног поступка, Пољска.*

СЕСИЈА ЗА КРИВИЧНО ПРАВО

CRIMINAL LAW SESSION

Др Драган Јовашевић,*
Редовни професор
Правни факултет, Универзитет у Нишу,
Република Србија

UDK: 343.222:659.3
UDK: 343.346.8
DOI: 10.5281/zenodo.14514286

ПРИНЦИП КРИВИЦЕ У СВЕТЛУ КРИВИЧНИХ ДЕЛА КОЈА СУ ИЗВРШЕНА ПУТЕМ МЕДИЈА**

Апстракт: Међу основним принципима у савременом кривичном праву се, поред принципа законитости и принципа праведности, посебно истиче и принцип кривице. Кривица као специфичан психолошки однос учиниоца кривичног дела према свом остварењу представља темељ његове субјективне кривичне одговорности, а тиме и кажњивости. Да би се таквом лицу могла изрећи законом прописана казна за учињено кривично дело потребно је да суд утврди постојање, степен и облик његове кривице. Ипак овај принцип нема апсолутни значај јер кривично законодавство предвиђа више изузетака, посебно када се ради о кривичним делима која су извршена путем средстава јавног информисања. Бројна кривична дела се могу извршити путем медија (средстава јавног информисања и комуницирања) као што су: повреда части и угледа, одавање тајне, позивање (пропаганда) на вршење кривичних дела, злочини мржње и др. Стога сва савремена кривична законодавства, па тако и позитивно законодавство Републике Србије предвиђају посебна правила за утврђивање кривичне одговорности и кажњавање учинилаца кривичних дела која су извршена путем средстава јавног информисања и комуницирања. Овде се разликују два система кривичне одговорности. То су: а) одговорност физичког лица и б) одговорност правног лица. Основни облик одговорности за „медијска“ кривична дела представља управо одговорност физичког лица. Ова одговорност се јавља у два вида. То су: а) примарна, основна одговорност аутора спорног, инкриминисаног текста којим

* jovas@prafak.ni.ac.rs, [ORCID ID 0000-0003-1136-5980](https://orcid.org/0000-0003-1136-5980)

** Рад је настао као резултат истраживања на пројекту који финансира Правни факултет у Нишу под називом: „Одговорност у правном и друштвеном контексту“ у периоду 2021-2025. године.

су управо и остварена обележја бића законом прописаног кривичног дела и б) посебна, супсидијарна, каскадна одговорност других лица – одговорног уредника, издавача, штампара или произвођача носача слике и звука која се заснива по посебним правилима. Управо посебна одговорност других лица за кривична дела која су извршена путем средстава јавног информисања представља изузетак од опште примене принципа кривице у позитивном кривичном законодавству Републике Србије о чему говори овај рад са аспекта правне теорије и законодавства.

Кључне речи: принцип кривице, кривично дело, средства јавног информисања, одговорност, закон, кривична санкција.

1. Увод

Кривична одговорност у савременом кривичном праву се заснива на субјективној одговорности у чијој се основи налази кривица учиниоца кривичног дела која се утврђује у кривичном поступку у сваком конкретном случају. Но, у последње време све су израженије тенденције објективизирања ове одговорности кроз увођење или проширивање примене презумпције кривице. У овим случајевима се објективна кривична одговорност заснива на одговорности за проузроковање правно релевантне последице (објективна кривична одговорност). И кривично законодавство Републике Србије познаје више посебних облика кривице. То су: а) одговорност за кривична дела учињена путем штампе и других средстава јавног информисања и комуницирања, б) одговорност правног лица за кривична дела, в) одговорност за међународна кривична дела (командна, заповедна или старешинска одговорност и заједнички злочиначки подухват) и г) одговорност за квалификоване облике кривичног дела, док се у правној теорији са основом разматра питање постојања кривичне одговорности колективних органа управљања (Радовановић, 1975: 195).

Специфичан значај у кривичном праву управо има објективизирани вид одговорности за кривична дела која су учињена путем штампе и других средстава јавног информисања (тзв. „медијска“ кривична дела). Овај облик одговорности данас у региону југоисточне Европе (на подручју држава које су настале распадом СФР Југославије) предвиђају само (Petrović, Jovašević, Ferhatović, 2015: 215-217): а) Кривични законик Србије¹ (2005.) – чл. 38-41., б) Кривични законик Црне Горе² (2003) – чл.

¹ Кривични законик. *Службени гласник РС*. Бр.85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

² Кривични законик. *Службени лист Републике Црне Горе*. Бр.70/2003, 47/2006,

28-30. и в) Кривични законик Северне Македоније³ (1996.) – чл. 26-28. На истоветан начин је својевремено поступао и Казнени закон Хрватске⁴ (1997.) када је у члану 48. ова кривична дела називао „кривичним делима учињеним средствима јавног информисања (јавног приопћавања)” (Pavišić, Grozdanić, Veić, 2007: 209). Новелом Казненог закона⁵ (2004.) укинута је ова врста одговорности физичког лица за медијска кривична дела у Републици Хрватској. Казенски законик Словеније⁶ (1994.) је такође раније прописивао „одговорност за медијске деликте” (чл. 30-32.), али доношењем Казенског законика⁷ (2008.) је брисан овај облик кривичне одговорности.

Коначно, четири кривична закона/ика са применом у Босни и Херцеговини (2003.) уопште нису предвиђали посебна правила о кривичној одговорности за кривична дела која су извршена путем средстава јавног информисања.

2. Принципи јавног информисања

Област јавног информисања је у бројним савременим државама, па тако и у Републици Србији, уређена специфичним, посебним “медијским” законодавством. Његову основу представља Закон о јавном информисању и медијима⁸ (2014.). Овај Закон уређује начин остваривања слободе јавног информисања која посебно обухвата слободу прикупљања, објављивања и примања информација, слободу формирања и изража-

44/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011, 40/2013, 56/2013, 14/2015, 42/2015, 58/2015, 44/2017, 49/2018, 3/2020, 26/2021, 144/2021, 145/2021 и 110/2023.

³Кривичен законик. *Службен весник на Република Македонија*. Бр.37/96, 80/99, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 73/2006, 87/2007, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/2011, 135/2011, 185/2011, 142/2012, 166/2012, 55/2013, 82/2013, 14/2014, 27/2014, 28/2014, 41/2014, 115/2014, 132/2014, 160/2014, 199/2014, 226/2015, 97/2017, 170/2017, 248/2018, 36/2023 и 188/2023.

⁴Казнени закон. *Народне новине Републике Хрватске*. Бр. 110/97, 27/98, 50/2000, 129/2000, 51/2001, 111/2003, 190/2003, 105/2004, 71/2006 и 110/2007.

⁵Закон о изменама и допунама Казненог закона. *Народне новине Републике Хрватске*. Бр. 105/2004.

⁶Казенски законик. *Урадни лист Републике Словеније*. Бр. 63/94, 70/94, 23/99, 40/2004 и 95/2004.

⁷Казенски законик. *Урадни лист Републике Словеније*. Бр. 55/2008, 66/2008, 39/2009, 91/2011, 50/2012, 6/2015, 54/2015, 38/2016, 27/2017, 23/2020, 91/2020, 95/2021, 186/2021, 105/2022 и 16/2023.

⁸Закон о јавном информисању и медијима. *Службени гласник РС*. Бр. 83/2014, 58/2015 и 12/2016.

вања идеја и мишљења, слободу штампања и дистрибуције новина и слободу производње, пружања и објављивања аудио и аудио-визуелних медијских услуга, слободу ширења информација и идеја преко интернета и других платформи, као и слободу издавања медија и обављања делатности јавног информисања (члан 3.). Према одредби члана 4. Закона јавно информисање је слободно, па је стога забрањена непосредна и посредна дискриминација уредника медија, новинара и других лица у области јавног информисања, нарочито према њиховој политичкој опредељености и уверењу или другом личном својству. Стога се не сме угрожавати слободан проток информација путем медија, као ни уређивачка аутономија медија, а нарочито вршењем притиска, претњом, односно уценом уредника, новинара или извора информација.

За тему нашега рада је од значаја одредба члана 29. Закона о јавном информисању и медијима која као „медиј“ сматра средство јавног обавештавања које речима, сликом, односно звуком преноси уреднички обликоване информације, идеје и мишљења и друге садржаје намењене јавној дистрибуцији и неодређеном броју корисника. Под медијем се, нарочито, подразумевају дневне и периодичне новине, сервис новинске агенције, радио-програм и телевизијски програм и електронска издања тих медија, као и самостална електронска издања (уређивачки обликоване интернет странице или интернет портали), а који су регистровани у Регистру медија, у складу са законом.

Закон о јавном информисању и медијима даље у глави једанаестој под називом: „Посебна права и обавезе у јавном информисању“ (члан 75.) изричито прописује да се идејама, мишљењем, односно информацијама, које се објављују у медијима не сме подстицати дискриминација, мржња или насиље против лица или групе лица због њиховог припадања или неприпадања некој раси, вери, нацији, полу, због њихове сексуалне опредељености или другог личног својства, без обзира на то да ли је објављивањем учињено кривично дело. Не постоји пак повреда забране говора мржње (члан 76.) ако је наведена информација део новинарског текста, а објављена је под следећим условима: а) без намере да се подстиче на дискриминацију, мржњу или насиље против лица или групе лица, посебно ако је таква информација део објективног новинарског извештаја и б) с намером да се критички укаже на дискриминацију, мржњу или насиље против лица или групе лица или на појаве које представљају или могу да представљају подстицање на такво понашање.

У области медија посебну улогу данас у Републици Србији има и Закон о електронским медијима⁹ (2014.) који уређује, у складу са међународним

⁹Закон о електронским медијима. *Службени гласник РС*. Бр. 83/2014, 6/2016 и 129/2021.

конвенцијама и стандардима, организацију и рад Регулаторног тела за електронске медије, услове и начин пружања аудио и аудио-визуелних медијских услуга, услове и поступак за издавање дозвола за пружање аудио и аудио-визуелних медијских услуга, као и друга питања од значаја за област електронских медија. Према овим законским одредбама као „електронски медиј”¹⁰ (чл. 4.) сматра се програм, односно програмски садржај радија и телевизије, као и програмски садржај доступан на захтев путем мрежа електронских комуникација и садржај електронског издања. Програмски садржај представљају информације, идеје и мишљења као и ауторска дела у звучном облику, односно у облику покретних слика са или без звука које представљају појединачну ставку у програму и доступне су јавности путем електронских медија ради информисања, забаве, образовања и др.

Према овим законским решењима медијска услуга (члан 50.) се пружа на начин којим се поштују људска права а нарочито достојанство личности. Регулатор се стара да се у свим програмским садржајима поштује достојанство личности и људска права, а нарочито се стара да се не приказује понижавајуће поступање и сцене насиља и мучења, осим ако за то постоји програмско и уметничко оправдање. Садржаји који могу да шкоде физичком, менталном или моралном развоју малолетника морају бити јасно означени и не објављују се у време кад се основано може очекивати да их малолетници прате, имајући у виду уобичајени распоред њихових активности, осим изузетно као заштићена услуга са условним приступом на начин предвиђен овим законом. Коначно, Закон о електронским медијима (члан 51.) изричито прописује да је регулатор дужан да се стара да програмски садржај пружаоца медијске услуге не садржи информације којима се подстиче, на отворен или прикривен начин, дискриминација, мржња или насиље због расе, боје коже, предака, држављанства, националне припадности, језика, верских или политичких убеђења, пола, родног идентитета, сексуалне оријентације, имовног стања, рођења, генетских особености, здравственог стања, инвалидитета, брачног и породичног статуса, осуђиваности, старосне доби, изгледа, чланства у политичким, синдикалним и другим организацијама и других стварних, односно претпостављених личних својстава.

Коначно, крајем 2023. године донет је нови Закон о јавном информисању и медијима¹¹ (2023.) чија примена почиње додуше 1. јануара 2025.

¹⁰ Закон о измјенама и допунама Казненог закона. *Народне новине Републике Хрватске*. Бр. 105/2004.

¹¹ Закон о јавном информисању и медијима. *Службени гласник РС*. Бр. 92/2023.

године. Овај Закон наглашава (члан 1.) да се јавно информисање у Републици Србији остварује путем медија. Правила о јавном информисању (члан 2.) обезбеђују и штите изношење, примање и размену информација, идеја и мишљења путем медија у циљу унапређивања вредности демократског друштва, спречавања сукоба и очувања мира, спречавања говора мржње и нетолеранције, истинитог, благовременог, веродостојног и потпуног информисања укључујући и информисање и подизање нивоа познавања људских и мањинских права и омогућавања слободног развоја личности. Овим се законом (члан 3.) уређује:

1) начин остваривања слободе јавног информисања (која посебно обухвата слободу прикупљања, објављивања и примања информација, слободу формирања и изражавања идеја и мишљења, слободу штампања и дистрибуције новина и слободу производње, пружања и објављивања аудио и аудио-визуелних медијских услуга, слободу ширења информација и идеја преко интернета и других платформи, као и слободу издавања медија и обављања делатности јавног информисања) и

2) начела (принципи) јавног информисања, јавни интерес у јавном информисању, обезбеђивање и расподела средстава за остваривање јавног интереса, Јединствени информациони систем за спровођење и праћење суфинансирања пројеката у области јавног информисања, импресум, скраћени импресум и идентификација, јавност података о медијима, Регистар медија и Евиденција произвођача медијских садржаја, заштита медијског плурализма, право новинара на раду и поводом рада, положај уредника, новинара и представника страних медија, дистрибуција медија, привремено чување и увид у медијски запис, посебна права и обавезе у јавном информисању, информације о личности, средства и поступци правне заштите, надзор над применом закона, као и казнене одредбе.

Јавно информисање у Републици Србији се заснива на више принципа, који у значајној мери ограничавају примену принципа кривнице у кривичном праву. То су следећи принципи: а) слобода јавног информисања (члан 4.), б) информисање о питањима од интереса за јавност (члан 5.), в) заштита медијског плурализма и забрана монопола у области јавног информисања (члан 6.), г) јавност података о медијима (члан 7.) и д) обавеза новинарске пажње (члан 9.).

Слобода јавног информисања (члан 4.) значи да је јавно информисање слободно и, као такво, не подлеже цензури, па је стога забрањена непо-

средна и посредна дискриминација уредника медија, новинара и других лица у области јавног информисања, нарочито према њиховој политичкој опредељености и уверењу или другом личном својству. Поред тога, не сме се угрожавати слободан проток информација путем медија, као ни уређивачка аутономија медија, а нарочито вршењем притиска, претњом, односно уценом уредника, новинара или извора информација. Слобода јавног информисања не сме се повређивати злоупотребом службеног положаја и јавних овлашћења, својинских и других права, као ни утицајем и контролом над средствима за штампање и дистрибуцију новина или мрежама електронских комуникација које се користе за дистрибуцију медијских садржаја, односно платформама посредством којих се врши дистрибуција медијских садржаја.

Други је принцип: „Информисање о питањима од интереса за јавност” (члан 5.) који означава да се путем медија објављују информације, идеје и мишљења о појавама, догађајима и личностима о којима јавност има оправдан интерес да зна, без обзира на начин на који су прибављене информације на законом прописани начин. С друге стране, свако има право да истинито, потпуно и благовремено буде обавештен о питањима од јавног значаја и средства јавног обавештавања су дужна да то право поштују.

„Заштита медијског плурализма и забрана монопола у области јавног информисања” представља трећи принцип јавног информисања у Републици Србији (члан 6.). Према овом начелу, ради омогућавања грађанима да формирају сопствено мишљење о појавама, догађајима и личностима, обезбеђује се разноврсност извора информација и медијских садржаја, док је ради заштите конкуренције и разноврсности идеја и мишљења, забрањен сваки вид монопола у области јавног информисања. То даље значи да нико не може имати монопол на објављивање информација, идеја и мишљења у медију, односно монопол на оснивање, односно дистрибуцију медија.

Ради формирања сопственог мишљења о веродостојности и поузданости информација, идеја и мишљења објављених у медијима, ради сагледавања могућег утицаја медија на јавно мњење, као и ради заштите медијског плурализма омогућава се јавност података о медијима. То указује да је „јавност података о медијима” следећи значајан медијски принцип (члан 7.).

Последњи медијски принцип носи назив: „Обавеза новинарске пажње” (члан 9.). Према њему уредник и новинар су дужни да с пажњом применом околностима и у складу са правилима новинарске струке, пре

објављивања информације која садржи податке о одређеној појави, догађају или личности провере њено порекло, истинитост и потпуност. На исти начин, уредник и новинар дужни су да преузете информације, идеје и мишљења пренесу веродостојно и потпуно, а ако се информација преузима из другог медија – да наведу и назив тог медија. Уколико се информације преузимају између уређивачки обликованих интернет страница уредник и новинар дужни су да поставе линк уређивачки обликоване интернет странице са које се садржај преузима. На овом се принципу темељи основ одговорности ових лица за кривично дело било које врсте које је учињено одступањем од „правила новинарске струке“.

3. Одговорност за кривична дела учињена путем штампе или других средстава јавног информисања

Бројна се кривична дела могу извршити путем писане или усмено изговорене речи, цртежа или слике путем (преко, посредством) различитих врста штампаних или електронских медија као што су: повреда части и угледа, одавање тајне, агитационо-пропагандна политичка кривична дела, злочини мржње, ширење лажних вести и сл. (Радовановић, 1975: 196).¹² Управо због велике брзине ширења и лаке распрострањености информација или изјава учињених путем средстава јавног информисања (медија)¹³ и могућег обима и интензитета проузроковане последице, као и сложеног процеса коришћења ових средстава од стране великог броја лица са различитим улогама, савремена кривична законодавства предвиђају посебна правила о утврђивању кривице и кажњивости појединих лица. Поред тога, медији неретко злоупотребљавају своју позицију и овлашћење и служе се непровереним, понекад и монтираним и измишљеним информацијама и тако повређују слободу и права физичких и правних лица, чак и са тешким последицама (Lazarević, Vučković, Vučković, 2004:102).

Устав Републике Србије¹⁴ (2006.) гарантује два уставна начела, постулата од значаја за јавно информисање, у другом делу под називом: „Људска и мањинска права и слободу“, у одељку другом: „Људска права и слободу“. То су: а) слобода медија (члан 50.) и б) право на обавештеност (члан 51.).

¹² За овај облик кривичне одговорности се у делу правне теорије користи појам „одговорност по Закону о штампи и другим видовима информација“.

¹³ У Црној Гори ова кривична дела назива „кривична дела учињена путем медија“. На тај начин је теорији и судској пракси остављено да конкретизују појам „медија“. Под овим се појмом подразумевају средства јавног информисања од којих посебан значај имају: новине (штампане ствари), радио, телевизија, филмске новине и сл.

¹⁴ Устав Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 98/2006 и 115/2021.

Према овим уставним одредбама (члан 50.) свако је слободан да без одобрења, на начин предвиђен законом, оснива новине и друга средства јавног обавештавања, док се телевизијске и радио-станице оснивају у складу са законом. Ова је „слобода јавног информисања“ додатно гарантована решењем да „у Републици Србији нема цензуре“. Надлежни суд може спречити ширење информација и идеја путем средстава јавног обавештавања само ако је то у демократском друштву неопходно ради спречавања позивања на насилно рушење Уставом утврђеног поретка или нарушавање територијалног интегритета Републике Србије, спречавања пропагирања рата или подстрекавања на непосредно насиље или ради спречавања заговарања расне, националне или верске мржње, којим се подстиче на дискриминацију, непријатељство или насиље“. Коначно, остваривање права на исправку неистините, непотпуне или нетачно пренете информације којом је повређено нечије право или интерес и права на одговор на објављену информацију уређује се законом.

Други уставни постулат ове врсте носи назив: „Право на обавештеност“ (члан 51.). Ова уставна одредба гарантује да свако има право: а) да истинито, потпуно и благовремено буде обавештаван о питањима од јавног значаја и средства јавног обавештавања су дужна да то право поштују и б) на приступ подацима који су у поседу државних органа и организација којима су поверена јавна овлашћења, у складу са законом.

Будући да, с једне стране, путем средстава јавног информисања и комуницирања, извршена кривична дела добијају карактер тежег и опаснијег кривичног дела, а с друге стране, да се у примени правила о кривичи учиниоца и о вођењу кривичног поступка према учиниоцу дела – аутору информације јављају озбиљни проблеми, то даје основу за успостављање посебних правила о кривичној одговорности за кривична дела извршена путем медија (Радовановић, 1975:195-196).¹⁵ Код ове посебне кривичне одговорности долази до колизије: а) оправданих криминално-политичких разлога да се за тзв. „штампарске деликте“ обезбеди ефикасна кривичноправна заштита и б) начела индивидуалне, субјективне кривичне одговорности учиниоца. Пропуштање надзора од стране одређених лица није довољан основ за њихову субјективну кривичну одговорност. То представља аргумент у правној теорији за

¹⁵ У правној теорији нема јединственог схватања о правној природи кривичне одговорности за дела која су извршена путем медија. Према једном схватању овде се ради о посебној одговорности законом таксативно назначених лица која одговарају уместо аутора информације, према другом схватању овде се ради о облику објективне одговорности ових лица, према трећем схватању одговорност ових лица се претпоставља, према четвртм схватању одговорност ових лица се заснива на нехату (непажњи, пропуштању дужног надзора) у погледу обављања њихових дужности.

решавање проблема кривичне одговорности за медијска кривична дела на други начин – кроз прописивање посебног кривичног дела „занемаривање дужне пажње и контроле у процесу штампања, односно настајања других облика средстава јавног информисања” (Стојановић, 2022:189).

Пре него што изложимо основе кривичне одговорности за медијска кривична дела у праву Републике Србије, указаћемо на одређена упоредноправна решења држава у региону југоисточне Европе.

Тако Кривични законик Црне Горе под називом: „Посебне одредбе о одговорности за кривична дјела учињена путем медија” прописује одговорност уредника, издавача, штампара и произвођача. За кривична дела која су учињена путем медија одговоран је примарно уредник, односно лице које га је замењивало у време објављивања информације (члан 28.) под следећим условима ако је: а) до завршетка главног претреса пред првостепеним судом аутор остао непознат и б) информација објављена без сагласности аутора, осим у случају ако неко од ових лица из „оправданих разлога” није знао за неку од околности које заснивају њихову одговорност. Када су разлози „оправдани или не” представља фактичко питање које суд решава у сваком конкретном случају.

Поред одговорности уредника, Кривични законик Црне Горе (члан 29.) предвиђа и „одговорност издавача, штампара и произвођача” под напред наведеним условима. У том смислу издавач је одговоран за кривично дело које је учињено путем неповремене штампане публикације, а ако нема издавача или постоје стварне или правне сметње за његово гоњење, тада одговара штампар који је за то знао. С друге стране, одговара и произвођач за кривично дело које је учињено путем компакт диска, грамофонске плоче, магнетофонске траке и других аудитивних средстава, филма за јавно и приватно приказивање, дијапозитива, видеосредстава или сличних средстава ако су „намењена ширем кругу лица”. У случају да су издавач, штампар или произвођач правно лице или државни орган, тада је за учињено кривично дело одговорно управо оно лице које одговара за издавање, штампање или производњу.

На сличан начин Кривични законик Северне Македоније прописује кривичну одговорност за медијска кривична дела на следећи начин. Кривична одговорност одговорног уредника, односно лица које га је замењивало у време објављивања информације (члан 26.) је прописана за кривична дела која су учињена путем новина или другог часописа у штампаном (тисканом) издању, путем радија, телевизије или путем филмских новина под следећим условима ако: а) је до завршетка главне

расправе пред првостепеним судом аутор остаје непознат, б) је информација објављена без сагласности аутора и в) су су у време објаве информације постојале чињеничне или правне препреке за кривично гоњење аутора, које трају и данас (Марјановић, 1998: 196). Но, ове одговорности нема, према слову Законика, ако ова лица из оправданих разлога нису знала за постојање неке од наведених околности.

Други посебан облик одговорности за медијска кривична дела представља одговорност издавача, штампара и произвођача (члан 27.) ако су испуњени напред наведени услови. У том случају су одговорни: а) издавач за кривично дело које је извршено путем непериодичне штампане публикације, а ако издавача нема или ако постоје стварне или правне сметње за његово процесуирање, одговара штампар који је за то знао и б) произвођач за кривично дело које је учињено путем грамофонске плоче, запис, магнетофонску траку, филма за јавно и приватно приказивање, дијапозитива, фонограма, видео средстава, аудио средстава или сличних средстава комуникације која су намењена ширем кругу људи. Ако је пак издавач, штампар или произвођач правно лице или државни орган, тада је за учињено кривично дело одговорно лице које је управо одговорно за издавање, штампање или производњу ових средстава.

Коначно, Кривични законик Северне Македоније, за разлику од других облика одговорности за медијска кривична дела, предвиђа кривичну одговорност увозника и дистрибутера средстава јавног информирања (члан 27а.). Ако је кривично дело учињено у јавном средству информисања које се издаје, штампа, производи или емитује у иностранству, а које се дистрибуира у Северној Македонији, тада су под наведеним условима одговорно је управо оно лице које је увозник или дистрибутер таквог средства информисања. Ако је увозник или дистрибутер правно лице или државни орган тада је кривично одговорно лице које има својство одговорног или службеног лица у правном лицу или државном органу.

3.1. Кривична одговорност физичког лица

Одговорност за „медијска“ кривична дела или кривична дела која су учињена путем штампе и других средстава јавног информисања у праву Републике Србије је двојачке природе (Novoselec, 2004: 264). То је: а) општа одговорност која је заснована на кривизи учиниоца – аутора спорне информације или инкриминисаног текста (члан 38.) за кривично дело које је извршено објављивањем информације у медијима (у новинама, на радију, телевизији или у другом јавном гласилу) и б) посебна, супсидијарна, специјална, каскадна одговорност или одговорност по

посебним правилима за одређена лица: одговорног уредника, односно лица које га је замењивало, издавача, штампара и произвођача. Општа одговорност физичког лица као аутора информације се утврђује, по правилу, ако је дошло до извршења кривичног дела путем средстава јавног информисања. Аутор одговара за скривљено учињено кривично дело, дакле, ако је предузео радњу извршења са кривицом (Камбовски, 2006: 445-452).

Изузетно, се као извршилац кривичног дела које је учињено путем штампе (новина), радија, телевизије или другог јавног гласила (дакле, путем медија) сматра и одговорни уредник, односно лице које га је замењивало у време објављивања информације. За заснивање посебне одговорности ових лица потребно је да се они не сматрају саучесником у извршењу овог кривичног дела у смислу одредби Кривичног законика (Lazarević, Vučković, Vučković, 2004: 102). Због специфичности кривичних дела која су извршена путем медија у савременом кривичном законодавству се модификују одредбе о кривици учиниоца, односно о саучесништву (Србија, Црна Гора, Северна Македонија, Швајцарска конфедерација) предвиђањем посебних облика кривичне одговорности, без обзира на спор у правној теорији о правној природи ове врсте одговорности. Но, у савременом кривичном праву се спорадично јављају тенденције које иду за тим за сузе круг лица и строго ограниче услове за заснивање одговорности одређених лица за кривична дела која су учињена путем медија.

Такав је случај са Кривичним закоником Швајцарске Конфедерације¹⁶ који у глави шестој под називом: „Казнена одговорност за медије” – „Strafbarkeit der Medien” (члан 28.) прописује да је кривично одговоран аутор спорног текста ако је кривично дело учињено објавом у неком медију и ограничено је само на ту објаву. Али ако се аутор не може идентификовати (став 2.) или привести правди, тада је супсидијарно одговорни уредник (сходно члану 322бис. КЗ), односно друго лице које је одговорно за објављивање ако нема одговорног уредника. У случају пак да је до објаве спорног текста дошло без знања или против воље аутора, тада је одговоран за учињено кривично дело уредник, односно друго лице које је управо одговорно за објављивање (став 3.). Кривични законик изузима од кривичне одговорности за истинито извештавање о јавним преговорима и службеним саопштењима (информацијама) органа јавне власти (Niggli, Wiprächtiger, 2018: 29-30).

„Заштита извора информације” (члан 28а. КЗ Швајцарске) предвиђа

¹⁶ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (Stand am 1. Januar 2024) - AS 2023 259; BBl 2018 2827.

заштиту за лице, које се професионално бави објављивањем информација у редакцији часописа или његови помоћници, а које одбије да открије идентитет аутора или садржај и изворе својих информација, не подлеже кривичној одговорности, ни кажњавању, осим ако суд утврди да је његово сведочење потребно (Wohlers, Godenzi, Schlegel, 2024: 66-68):1) да се неко лице спаси од непосредне опасности за живот и тело или 2) за откривање и разјашњење следећих кривичних дела: а) убиство (чл. 111-113.), б) било које друго кривично дело за које је прописана минимална казна затвора од три године, в) таксативно наведено кривично дело из чл. 187, 189-191, 197 (ст. 4), 260ter, 260quinquies, 260sexies, 305bis, 305ter и 322ter – 322septies овог закона или г) кривично дело из члана 19, став 2. Закона о дрогама од 3. октобра 1951. године.

После измена Кривичног законика Швајцарске (1997.) више не постоји објективна кривична одговорност за медијске деликте него је : а) сужен круг лица која одговарају за ова кривична дела и б) заштићена анонимност извора информације укључујући и идентитет аутора. Ова лица – главни и одговорни уредник, као и остала одговорна лица у штампаним и електронским медијима не могу да оговарају за медијско кривично дело као такво, већ су они, заправо, учиниоци посебног кривичног дела из члана 322. КЗ ако са умишљајем или из нехата нису спречили извршење медијског кривичног дела. Дакле, овде се ради о кривичном делу нечињења, односно о одговорности за пропуштање дужне и потребне пажње одређених лица услед чега је наступила последица кривичног дела (Trechsel, Noll, Pieth, 2017: 221-223).

Будући да уместо аутора за медијско кривично дело, на првом месту, одговара лице које има својство „одговорног уредника“, за праксу је посебно важно да утврди својство „одговорног“ уредника. То је лице које је означено уредником у одговарајућој врсти медија. Наиме, одговарајућим законским прописима се одређује које лице има својство (права, обавезе и одговорности) одговорног уредника у одређеној врсти медија. То лице је изричито и видно означено и оно одговара за уређивање новина, повремене публикације, односно радио или телевизијског програма. При томе је могуће да један облик медија има једног или више одговорних уредника (било за цео медиј или поједини његов сегмент или део). У таквим ситуацијама се одговорним уредником, у смислу посебне кривичне одговорности, сматра лице које је уредник оног дела публикације или програма у коме је објављен инкриминисани текст јер је на њему лежала обавеза вршења надзора над том врстом медија. Ако у време објављивања спорног текста одговорни уредник из било ког разлога није вршио своју дужност (нпр. био је одсутан, болестан, на

годишњем одмору, службеном путу и сл.) уместо њега одговара лице које га је замењивало у вршењу дужности у то време (Вуковић, 2021: 276-279).

За заснивање посебне одговорности одговорног уредника, односно лица које је га је замењивало у време извршења кривичног дела потребно је кумулативно испуњење више законских услова. То су (Selinšek, 2007: 176-177): 1) ако је до завршетка главног претреса пред првостепеним судом аутор спорног, инкриминисаног текста остао непознат. У пракси се поставља питање какав значај има чињеница када се информација објављује „без имена аутора”. Та је околност ирелевантна јер овај облик одговорности постоји чак и ако је аутор остао непознат. То значи да се тренутком утврђивања идентитета аутора спорног текста, искључује одговорност одговорног уредника, 2) ако је информација објављена без сагласности аутора и 3) ако су у време објављивања информације постојале стварне или правне сметње за кривично гоњење аутора које и даље трају (члан 38. став 2. КЗ Србије). Стварне сметње за кривично гоњење представљају околности стварне, фактичке природе које онемогућавају надлежне државне органе да предузимају процесне радње у смислу прогона учиниоца кривичног дела као што су: ратно или ванредно стање, стање непосредне ратне опасности, стање епидемије опасне заразне болести и сл. Правне сметње за кривично гоњење аутора представљају: наступање смрти или стања душевне поремећености аутора у било ком облику или виду испољавања после извршења кривичног дела, имунитет аутора, његова недоступност државним органима и сл (Стојановић, 2022: 190).

Но, кривица одговорног уредника или лица које га је замењивало у време објављивања информације је искључена уколико се налазило у неотклоњивој заблуди у погледу постојања околности која заснива њихову одговорност (Мрвић Петровић, 2005: 104). Неотклоњива заблуда (погрешна или непотпуна представа о стварној или правној околности) мора постојати на страни лица у време објављивања спорног текста, при чему мора бити из оправданих разлога. Када је заблуда оправдана или неоправдана, фактичко је питање које суд решава у сваком конкретном случају на бази свих објективних и субјективних околности (Novoselec, 2004: 264).

Дакле, ни учинилац кривичног дела путем средстава јавног информисања, нити било које друго лице под постојећим околностима није могло да зна, да буде свесно постојања околности на основу којих Кривични законик заснива њихову кривицу. У судској пракси се као спорно може јавити питање како разрешити ситуације када су се одговорни уредник,

односно лице које га је замењивало налазили у отклоњивој стварној заблуди што је чешћи случај. Ако су, наиме, ова лица била у заблуди из нехата, тада не постоји умишљајно, већ само нехатно кривично дело, под условом да Кривични законик уопште предвиђа одговорност за нехатно предузету радњу извршења. По природи ствари, путем штампе и других средстава јавног информисања се не врше нехатна кривична дела (дела из непажње, несмотрености, лакомислености), иако је теоретски могуће замислити нехатно одавање тајне, тако да се, заправо, овако конципирано законско решење своди на непостојање свести код одговорног уредника (или његовог заменика) што искључује његову кривицу. Овакво решење ублажава у основи „објективну одговорност” за медијска кривична дела (Вуковић, 2021: 276-280).

При постојању напред наведених законом кумулативно одређених услова као извршилац медијских кривичних дела се супсидијарно сматрају и следећа лица (члан 39. КЗ Србије) (Симић, Трешњев, 2010: 42-44):

1) издавач – за кривично дело које је извршено путем неповремене штампане публикације (књиге, монографије, брошуре, филмови, ТВ репортаже и сл). Ко може да буде издавач одређене публикације, под којим условима и у ком поступку одобрава и врши издавачку делатност уређено је Законом о издавању публикација.¹⁷ Издавач (физичко или правно лице, домаће или странско лице) је, по правилу, видно означен на публикацији, али је могуће и да одређена публикација не садржи такву ознаку (Ђорђевић, Ђорђевић, 2020: 52-53),

2) штампар – одговара за кривично дело ако нема издавача (што није могуће у пракси, али се може јавити да издавач није видно наведен, да није познат или је издавач само фиктивно означен) или ако постоје стварне или правне сметње за његово кривично гоњење, а штампар је за то знао. Одговорност штампара је у овом случају акцесорне, супсидијарне природе. То је посебан облик тзв. каскадне одговорности (Мрвић Петровић, 2005: 104-105) и

3) произвођач – за кривично дело које је извршено путем механичких носача слике или звука, дакле, техничких средстава која су намењена за репродуковање слике и (или) звука: компакт диска, грамофонске плоче, магнетофонске траке и других аудитивних средстава, филма за јавно и приватно приказивање, дијапозитива, видео средстава или сличних средстава која су намењена

¹⁷ Закон о издавању публикација. *Службени гласник РС*. Бр. 37/91, 53/93, 67/93, 48/94, 135/2004 и 101/2005.

ширем кругу лица. Но, за одговорност произвођача је потребно да се ради о производњи средстава која су намењена „ширем кругу“ индивидуално одређених или неодређених лица. Шта се сматра „ширим кругом лица“ представља фактико питање које суд решава у сваком конкретном случају на бази свих објективних и субјективних околности учињеног дела (Срзентић, Стајић, Лазаревић, 1978: 237).

Одговорност свих ових лица је, заправо, супсидијарне природе јер се заснива тек онда и уколико нема могућности да се утврди кривична одговорност аутора информације којом је извршено кривично дело предвиђено у закону (Ваџић, 1998: 276). Ова лица, у ствари, одговарају „за“ аутора или „уместо аутора“, односно одговарају за пропуштање законом постављене дужности у процесу јавног информисања које заслужује друштвену осуду (Selinšek, 2007: 178).

Код свих наведених лица (издавача, штампара и произвођача) ради се о истој врсти кривичне одговорности (и истим условима) који иначе заснивају и кривичну одговорност одговорног уредника за „медијска“ кривична дела будући да се овде ради само о различитим модалитетима јавног саопштавања, „обнародовања“, публикавања информација. Но, ипак законодавац није могао да иде прешироко у примени овог изузетка од примене принципа кривице у кривичном праву, те је у циљу свођења кршења принципа кривице кривице на минимум поставио још једно ограничење кроз законску одредбу о заштити извора информације (Стојановић, 2022: 191). Тако је изричито прописано (члан 41. КЗ Србије) да се одговорни уредник или лице које га је замењивало у време објављивања информације, издавач, штампар или произвођач не сматрају извршиоцем медијског кривичног дела због тога што суду или другом надлежном органу нису открили идентитет аутора информације или извор информације, осим: а) ако је учињено тешко кривично дело за које је прописана казна затвора у трајању од пет или више година и б) ако је то неопходно да би се извршење таквог кривичног дела спречило (Марјановић, 1998: 197-198).

Овде се, заправо, ради о законом прописаној заштити извора информација. Овакво је решење преузето из одредби о новинарској тајни која је утврђена у члану 58. Закона о јавном информисању и медијима. Наиме, новинар није дужан да открије извор информације, осим података који се односе на кривично дело, односно учиниоца кривичног дела за које је као казна прописана казна затвора у трајању од најмање пет година, ако се подаци за то кривично дело не могу прибавити на други начин.

3.2. Кривична одговорност правног лица

У случају да су издавач, штампар или произвођач неког од средстава јавног информисања или медија правно лице или државни орган, тада се као извршилац кривичног дела сматра лице које одговара за издавање, штампање или производњу (Novoselec, 2004: 265). Но, поред тога у Републици Србији је на бази међународних стандарда усвојених потписаним и ратификованим међународним документима (универзалног и регионалног карактера) 2008. године уведена кривична одговорност правних лица, односно одговорност правних лица за кривична дела, па тиме и за кривична дела која су учињена путем средстава јавног информисања и комуницирања.

У Републици Србији је кривична одговорност правних лица уведена Законом о одговорности правних лица за кривична дела (2008).¹⁸ Овај Закон уређује услове одговорности правних лица¹⁹ за кривична дела, систем кривичних санкција и правила поступка у којем се одлучује о одговорности правних лица, изрицању кривичних санкција, доношењу одлуке о рехабилитацији, престанку мере безбедности или правне последице осуде и извршењу судских одлука. За кривична дела која су предвиђена у Кривичном законнику или у споредном, допунском кривичном законодавству, поред физичких лица, одговарају: а) домаће и стране правно лице које учини кривично дело на територији Републике Србије, б) стране правно лице које учини кривично дело у иностранству на штету Републике Србије, нашег држављанина или домаћег правног лица и в) домаће правно лице које у иностранству изврши кривично дело.

Од кривичне одговорности су изузета одређена правна лица која ипак могу да се јаве као оснивачи (дакле, власници) појединих медија (не само штампаних, већ и електронских) као што су: а) Република Србија, б) аутономна покрајина, в) јединице локалне самоуправе, г) државни органи, д) органи аутономне покрајине, ђ) органи јединице локалне самоуправе и е) друга правна лица којима је законом поверено вршење јавних овлашћења под условом да је кривично дело учињено у вршењу таквих јавних овлашћења (што значи да они могу да одговарају ако је кривично дело учињено изван „јавних овлашћења”).

¹⁸ Закон одговорности правних лица за кривична дела. *Службени гласник РС*. Бр. 97/2008.

¹⁹ Појам, карактеристике и врсте правних лица су уређени Законом о привредним друштвима (*Службени гласник РС*. Бр. 36/2011, 83/2014, 52/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021).

За одговорност правних лица као учинилаца „медијских“ кривичних дела (члан 6.) потребно је испуњење следећих кумулативно одређених услова (Јовашевић, 2012: 45-50): а) да је кривично дело учинило одговорно лице у оквиру својих послова или овлашћења у намери да за правно лице прибави корист (без обзира да ли је корист у конкретном случају заиста и прибављена) и б) да је због непостојања надзора или контроле од стране одговорног лица омогућено извршење кривичног дела од стране физичког лица које делује под надзором или контролом одговорног лица (Grozđanić, Škorić, 2009: 223-224).²⁰ При томе је Закон изричито одредио да се одговорност правног лица заснива на кривици одговорног лица (што значи да правно лице одговара за учињено кривично дело, чак и у случају ако је кривични поступак против одговорног лица из законом предвиђених разлога обустављен или је оптужба одбијена).

4. Санкције за кривична дела учињена путем штампе или других средстава јавног информисања

Основна врста кривичних санкција које позитивно кривично законодавство Републике Србије предвиђа за учиниоце свих (па и медијских) кривичних дела физичких и правних лица јесу казне, али широко примену управо према овим лицима има и једна посебна врста кривичне санкције – мера безбедности под називом: „јавно објављивање пресуде“ (Јовашевић, 2018: 218).

Јавно објављивање пресуде за кривично одговорно физичко лице се састоји у обавези осуђеног лица (учиниоца кривичног дела) да о свом трошку истим путем којим је кривично дело учињено или на други одговарајући начин објави судску одлуку у целости или делимично (члан 89. КЗ Србије). Логично је да се ради о правноснажној судској одлуци. Ова је мера и раније постојала у домаћем кривичном праву у члану 102. Кривичног закона Републике Србије²¹ (1977.), али не као кривична санкција, већ је била предвиђена код кривичних дела против

²⁰У правној теорији постоје различита схватања о моделу који оправдава кажњавање правних лица : а) модел објективне одговорности – одговорност на бази самог проузроковања последице кривичног дела, б) модел изведене кривице правног лица из кривице одређених физичких лица – када правно лице одговара у случају да је кривично дело учињено од стране његовог одговорног лица са кривицом и в) модел аутономне одговорности.

²¹Кривични закон, *Службени гласник РС*. Бр. 26/77, 28/77, 43/77, 20/79, 24/84, 39/86, 51/87, 6/89, 42/89 и 21/90 и *Службени гласник РС*. Бр. 16/90, 26/91, 75/91, 9/92, 49/92, 23/93, 67/93, 47/94, 17/95, 44/98, 10/2002, 11/2002 и 80/2002.

части и угледа када су извршена путем штампе, радија, телевизије и других средстава јавног информисања и комуницирања. Ради се о мери која погађа учиниоца кривичног дела, представља његову стигматизацију и излаже га друштвеној бламажи, али са друге стране омогућава оштећеном лицу да се отклоне или ублаже штетне последице извршеног кривичног дела. Њеном применом се отклањају штетне последице по оштећеног и његов углед, утисак у друштву који је нарушен извршењем кривичног дела.

Ова мера безбедности се може физичком лицу изрећи у два случаја: а) при осуди за кривично дело које је учињено путем средстава јавног информисања²². Дакле, управо је смисао, природа и садржина ове мере безбедности од посебног значаја у друштвеној реакцији на „медијска кривична дела“. То значи да се ова кривична санкција изриче као суплементарна санкција уз неку другу врсту санкције која је већ изречена учиниоцу кривичног дела и б) ако је кривично дело проузроковало опасност за живот или здравље људи, а суд дође до уверења да би објављивање пресуде допринело да се отклони или умањи та опасност (Симић, Трешњев, 2010: 77-78).

Ова се мера факултативно изриче као комплементарна кривична санкција. Но, законом се може одредити обавезно објављивање пресуде с тим што суд у сваком случају одлучује путем којег средства јавног информисања ће се таква пресуда објавити (и на који начин – да ли у целисти или у изводу – делимично). Ова се мера може извршити најкасније у року од тридесет дана од дана правноснажности пресуде.

Мера безбедности „јавно објављивање пресуде“ се може, а у одређеним случајевима мора изрећи правном лицу (члан 26.) ако суд сматра да би било корисно да се јавност упозна са пресудом, а нарочито ако би објављивање пресуде допринело да се отклони опасност по живот или здравље људи или да се заштити општи интерес. То значи да је њена примена посебно корисна у случају извршења кривичног дела којим се проузрокована опасност за живот или здравље људи, а суд дође до уверења да би објављивање пресуде допринело да се отклони или бар умањи та опасност. Наравно примена ове мере је оправдана и у случају заштите другог општег интереса. Ова се мера факултативно изриче као комплементарна кривична санкција уз казну или условну осуду.

²² Ради се о кривичним делима против части и угледа, вербалним деликтима, деликтима агитационо пропагандне природе у групи дела против јавног реда и против уставног уређења и безбедности.

4. Закључак

Чињеница да се данас кривична дела могу извршити и путем медија, односно средстава јавног информисања и комуницирања као што су: повреда части и угледа, одавање (државне, војне, службене, пословне или личне) тајне, позивање (пропаганда) на вршење кривичних дела, злочини мржње и др. натерала је бројне законодавце да у систем кривичног права уведу посебна правила о одговорности и кажњивости за „медијска кривична дела”. Слична је ситуација у Републици Србији чији Кривични законик познаје посебна правила за утврђивање кривичне одговорности учинилаца кривичних дела која су извршена путем средстава јавног информисања и комуницирања (путем медија). То је посебан облик кривичне одговорности одређених лица, под одређеним условима, који одступа под опште прихваћеног принципа кривице и концепта субјективне кривичне одговорности.

За кривична дела која су извршена путем медија у савременом кривичном праву Републике Србије успостављен је двојаки систем кривичне одговорности. То је: а) одговорност физичког лица и б) одговорност правног лица. Основни облик одговорности за „медијска” кривична дела представља одговорност физичког лица, где се разликује: а) примарна, основна одговорност аутора спорног, инкриминисаног текста којим су и остварена обележја бића кривичног дела предвиђеног у закону и б) посебна, супсидијарна, каскадна одговорност других лица – одговорног уредника или лица које га је замењивало, издавача, штампара или произвођача носача слике и звука.

Општа одговорност аутора информације се утврђује, по правилу, у случају извршења кривичног дела путем средстава јавног информисања. Ово лице одговара за скривљено учињено кривично дело. Изузетно, се као извршилац кривичног дела које је учињено путем штампе (новина), радија, телевизије или другог јавног гласила (дакле путем медија) сматра и одговорни уредник, односно лице које га је замењивало у време објављивања информације, под условом да се не сматрају саучесником у извршењу кривичног дела.

За заснивање посебне одговорности одговорног уредника, односно лица које га је замењивало у време извршења кривичног дела, као и издавача, штампара или произвођача, потребно је кумулативно испуњење више услова као што су: а) да је до завршетка главног претреса пред првостепеним судом аутор спорног, инкриминисаног текста остао непознат, б) да је информација објављена без сагласности аутора и в) да су у време објављивања информације постојале стварне

или правне сметње за кривично гоњење аутора које и даље трају. Но, кривица ових лица је искључена уколико су се она налазила у неотклоњивој заблуди у погледу постојања околности која заснива њихову одговорност, дакле, у заблуди из оправданих разлога (што представља фактичко питање за суд). Одговорност свих ових лица је, заправо, супсидијарне природе јер се заснива тек онда и уколико нема могућности да се утврди кривична одговорност аутора информације којом је извршено кривично дело предвиђено у закону. Дакле, ово је специфичан облик одговорности за другога – „за“ аутора, односно одговорности за пропуштање законом постављене дужности у процесу јавног информисања које заслужује друштвену осуду.

Литература

- Vačić, F. (1998). *Kazneno pravo. Opći dio*. Zagreb: Informator
- Вуковић, И. (2021). *Кривично право. Општи део*. Београд: Правни факултет
- Grozdanić, V., Škorić, M. (2009). *Uvod u kazneno pravo. Opći dio*. Rijeka: Pravni fakultet
- Ђорђевић, М., Ђорђевић, Ђ. (2020). *Кривично право*. Београд: Пројурис
- Јовашевић, Д. (2012). *Корпоративно кривично право*. Ниш: Свен
- Јовашевић, Д. (2018). *Кривично право. Општи део*. Београд: Досије
- Камбовски, В. (2006). *Казнено право. Општ дел*. Скопје: 2-ри Август С-Штип
- Lazarević, Lj., Vučković, B., Vučković, V. (2004). *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*. Cetinje: Obod
- Марјановик, Г. (1998). *Македонско кривично право. Општ дел*. Скопје: Просветно дело
- Мрвић Петровић, Н. (2005). *Кривично право*. Београд: Службени гласник
- Niggli, M.A., Wiprächtiger, H. (2018). *Strafrecht (StGB/JStGB). Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz. 2 Bände. Basler Kommentar. 4. Auflage*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag
- Novoselec, P. (2004). *Opći dio kazneniog prava*. Zagreb: Pravni fakultet
- Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P. (2007). *Komentar Kaznenog zakona*. Zagreb: Narodne novine

Petrović, B., Jovašević, D., Ferhatović, A. (2015). Krivično pravo 1. Sarajevo: Pravni fakultet

Радовановић, М. (1975). Кривично право. Општи део. Београд:Савремена администрација

Selinšek, Lj. (2007). Kazensko pravo. Splošni del in osnove posebnega dela. Ljubljana:GV Založba

Симић, И., Трешњев, А. (2010). Кривични законик са краћим коментаром. Београд: Про инфо

Срзентић, Н., Стајић, А., Лазаревић, Љ. (1978). Кривично право. Општи део. Београд: Савремена администрација

Стојановић, З. (2022). Кривично право. Општи део. Београд: Досије

Trechsel, S., Noll, P., Pieth, M. (2017). Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner teil. 7.Auflage, Zurich:Schulthess Verlag

Wohlers, W., Godenzi, G., Schlegel, S. (2024). Schweizerisches Strafgesetzbuch. Handkommentar. 5.Auflage. Bern:Stampfli Verlag

Правни акти

Закон о електронским медијима. Службени гласник РС. Бр. 83/2014, 6/2016 и 129/2021.

Закон о издавању публикација. Службени гласник РС. Бр. 37/91, 53/93, 67/93, 48/94, 135/2004 и 101/2005.

Закон о измјенама и допунама Kaznenog zakona. Narodne novine Republike Hrvatske. Br. 105/2004.

Закон о јавном информисању и медијима. Службени гласник РС. Бр. 83/2014, 58/2015 и 12/2016.

Закон о јавном информисању и медијима. Службени гласник РС. Бр. 92/2023.

Закон о одговорности правних лица за кривична дела. Службени гласник РС. Бр. 97/2008.

Закон о привредним друштвима. Службени гласник РС. Бр. 36/2011, 83/2014, 52/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021.

Kazenski zakonik. Uradni list Republike Slovenije. Br. 63/94, 70/94, 23/99, 40/2004 i 95/2004.

Kazenski zakonik. Uradni list Republike Slovenije. Br. 55/2008, 66/2008,

39/2009, 91/2011, 50/2012, 6/2016, 54/2015, 38/2016, 27/2017, 23/2020, 91/2020, 95/2021, 186/2021, 105/2022 и 16/2023.

Kazneni zakon. Narodne novine Republike Hrvatske. Br. 110/97, 27/98, 50/2000, 129/2000, 51/2001, 111/2003, 190/2003, 105/2004, 71/2006 и 110/2007.

Кривичен законик. Службен весник на Република Македонија. Бр.37/96, 80/99, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 73/2006, 87/2007, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/2011, 135/2011, 185/2011, 142/2012, 166/2012, 55/2013, 82/2013, 14/2014, 27/2014, 28/2014, 41/2014, 115/2014, 132/2014, 160/2014, 199/2014, 226/2015, 97/2017, 170/2017, 248/2018, 36/2023 и 188/2023.

Кривични закон, Службени гласник РС. Бр. 26/77, 28/77, 43/77, 20/79, 24/84, 39/86, 51/87, 6/89, 42/89 и 21/90 и Службени гласник РС. Бр. 16/90, 26/91, 75/91, 9/92, 49/92, 23/93, 67/93, 47/94, 17/95, 44/98, 10/2002, 11/2002 и 80/2002.

Кривични законик. Службени гласник РС. Бр.85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

Krivični zakonik. Službeni list Republike Crne Gore. Br.70/2003, 47/2006, 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011, 40/2013, 56/2013, 14/2015, 42/2015, 58/2015, 44/2017, 49/2018, 3/2020, 26/2021, 144/2021, 145/2021 и 110/2023.

Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (Stand am 1. Januar 2024) – AS 2023 259; BBl 2018 2827.

Устав Републике Србије. Службени гласник РС. Бр. 98/2006 и 115/2021.

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

THE PRINCIPLE OF CULPABILITY IN LIGHT OF CRIMINAL OFFENSES COMMITTED THROUGH THE MEDIA

Summary

In addition to the principle of legality and the principle of justice, the principle of culpability (guilt) is one of the basic principles in modern criminal law. Guilt, as a specific psychological attitude of the perpetrator of the criminal offence towards the committed act, is the basis of the perpetrator's subjective criminal responsibility, and thus criminality. In order for such a person to be sentenced for the committed criminal offence according to the law, the court has to establish the existence, the degree and the form of one's guilt. However, this principle does not have absolute significance because criminal legislation envisages several exceptions, especially when it comes to criminal acts committed through the media (means of public information and communication). Numerous criminal acts can be committed through the media, such as: violation of one's honor and reputation, revealing confidential information, soliciting the commission of criminal acts, propaganda, hate crimes, etc. Thus, all modern criminal legislation, including the positive legislation of the Republic of Serbia, prescribe special rules for establishing criminal liability and punishing the perpetrators of crimes committed through different means of public information and communication. There are two distinctive systems of criminal liability: a) criminal liability of a natural person; and b) criminal liability of a legal entity. The basic form of liability for "media-related" criminal offences is the liability of a natural person, which comes in two forms. These are: a) the primary (basic) liability of the author of the disputed text which contains the essential incriminating elements of a criminal offense prescribed by the law; and b) the special (subsidiary, "cascading") liability of other persons: the editor, publisher, printer, or producer of image and sound media, which is based on special liability rules. The special (subsidiary) liability of other persons for criminal acts committed through the media is an exception to the general application of the principle of culpability in the positive criminal legislation of the Republic of Serbia. This issue is discussed in this paper from the perspective of legal theory and legislation.

Keywords: principle of culpability (guilt), criminal offense, media, criminal liability, legislation, criminal sanction.

Др Душица Миладиновић-Стефановић,*

Редовни професор,
Правни факултет, Универзитет у Нишу,

Др Саша Кнежеввић,**

Редовни професор,
Правни факултет, Универзитет у Нишу,
Република Србија

UDK: 355.58:343.553-053.2

UDK: 351.862:364.642.6-053.2

DOI: 10.5281/zenodo.14514305

УЧЕШЋЕ ГРАЂАНА У ПОТРАЗИ ЗА НЕСТАЛИМ МАЛОЛЕТНИМ ЛИЦИМА У ОКВИРУ СИСТЕМА РАНОГ УЗБУЊИВАЊА – ДОМЕТИ И ОГРАНИЧЕЊА***

Апстракт: Сваке године се у Србији пријави преко хиљаду случајева нестанка малолетних лица. Како су у огромном проценту ови случајеви расветљени и решени проналажењем несталог може се, са приличном сигурношћу, говорити о неким даљим карактеристикама ове непожељне појаве. Тако је утврђено да се најчешће ради о бежању од куће или из домова за децу без родитељског старања, а по учесталости следе тзв. родитељске отмице, док су отмице од стране трећих, непознатих лица прилично ретке. Иако истраживања показују да у великом проценту нема неких тежих последица, сваки нестанак малолетног лица, сасвим разумљиво, изазива посебну забринутост, тако да се поставља питање какви све механизми стоје на располагању за ефикасно проналажење. Правни оквир постављен Законом о кривичном поступку и Законом о полицији омогућава хитност поступања, уколико је пријављен нестанак лица и постоје основи сумње да је оно жртва кривичног дела, као и обавештавање јавности и ангажовање средстава јавног информисања у циљу проналажења несталих лица. Крајем прошле године учињен је још један корак у том правцу, увођењем система за рано узбуњивање јавности „Пронађи ме”, по

* dusica@prafak.ni.ac.rs, [ORCID ID 0000-0003-1473-0509](https://orcid.org/0000-0003-1473-0509)

** knez@prafak.ni.ac.rs, [ORCID ID 0000-0002-0545-5229](https://orcid.org/0000-0002-0545-5229)

*** Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација, по Уговору евиденциони број 451-03-65/2024-03/200120 од 05.02.2024. године.

угледу на тзв. *child alert* системе какви већ постоје у САД и већини европских држава. Систем је до сада само једном активиран, тако да нема значајнијих домаћих искустава у примени, а са друге стране, није ни у потпуности заокружен, јер се очекује његова надоградња проширивањем круга субјеката који учествују у ланцу ширења информација о несталом. Богата страна искуства, међутим, пружају емпиријски материјал за критичко сагледавање домета и ограничења оваквих система, што је и изабрано за предмет истраживања у овом раду.

Кључне речи: нестало лице, малолетно лице, отмица, систем раног узбуђивања јавности.

1. Уводна разматрања

Сваке године у Србији бива регистровано око 1300 до 1500 случајева нестанка малолетних лица, при чему би требало нагласити да се углавном ради о бежању од куће и о тзв. родитељским отмицама, док су отмице од стране непознатих лица прилично ретке (Никач, Лештанин, 2021: 128). Општа статистика потврђује изнети закључак, пошто на годишњем новоу бележи око десетак до тридесетак осуда за кривично дело отмице.¹ Прецизнији преглед за протекли десетогодишњи период налази се у табели која следи, уз напомену да се, због примењене методологије Републичког завода за статистику, из њега не могу издвојити само случајеви од значаја за ово излагање, тј. случајеви у којима је жртва малолетно лице.²

Табела 1. Кривично дело отмице (чл. 134 КЗ) у структури криминалитета у Републици Србији за период од 2014. до 2023. године

година	укупан број осуда у РС	укупан број осуда за отмицу
2023.	26919	13 (0,04%)
2022.	29750	6 (0,02%)
2021.	27508	12 (0,04%)
2020.	25487	6 (0,02%)
2019.	28112	7 (0,02%)
2018.	29750	18 (0,06%)
2017.	31759	22 (0,07%)
2016.	32525	31 (0,09%)
2015.	33189	27 (0,08%)
2014.	35376	19 (0,05%)

¹Чл. 134 Кривичног законика Републике Србије (у даљем тексту КЗ), *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05 – испр., 107/05 – испр., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 и 35/19.

²Коришћени су подаци преузети са <https://www.stat.gov.rs/oblasti/pravosudje/>, приступ 01.08.2024. године.

До сличних података може се доћи и из невладиног сектора, односно из извештаја организације АСТРА, која је анализирао рад тзв. Европског броја за несталу децу (116000) у Србији. Тако је у периоду од 2012. до 2022. године пријављен нестанак 143 пута (83 девојчице и 60 дечака) и 274 пута, када су у питању нестале бебе. Како су пријављени случајеви у огромном проценту решени, у распону од 89% до 98% у зависности од године, било је могуће идентификовати и различите облике нестанка. Тако се на врху листе налазе бежање од куће или из дома (45%) и родитељска отмица (18%), а потом следе нестанак деце без пратње родитеља или старатеља (17%) и изгубљена, повређена или на други начин нестала деца (17%), док су отмице од стране треће особе најмање заступљене (3%).³

Иако нема алармантне размере, нестанак сваког малолетног лица, разумљиво, изазива посебно интересовање и забринутост, тако да се поставља питање какви правни механизми стоје на располагању за спречавање и сузбијање ове појаве. У овом контексту требало би, најпре, поменути Конвенцију о правима детета,⁴ којом се наша држава обавезала да предузме мере за спречавање и обезбеђење заштите детета од различитих облика насиља, злоупотреба, занемаривања и искоришћавања што, између осталог, подразумева и заштиту од насилног одвођења, продаје или трговине децом у било ком циљу и било ком облику (чл. 35). У извесном смислу, релевантна је и Међународна конвенција о заштити свих лица од присилних нестанака (у даљем тексту Конвенција),⁵ иако се односи на специфичне облике присилних нестанака – на хапшења, притварања, отмице или било који други облик лишавања слободе од стране државних органа или лица или групе лица која поступају по овлашћењу, уз подршку или сагласност државе, праћена одбијањем да се призна лишавање слободе или сакривањем судбине несталог лица или места на којем се оно налази, чиме се такво лице ставља ван заштите закона (чл. 2). Конвенција садржи посебан сегмент посвећен деци, пошто се државе уговорнице обавезују да у оквирима свог националног кривичног законодавства предузму неопходне мере у циљу спречавања и кажњавања нелегалног уклањања деце подвргнуте присилном нестанку, деце чији су отац, мајка или законски старатељ подвргнути присилном нестанку, или деце рођене

³ Детаљнији подаци могу се видети у Извештају о раду Европског броја за несталу децу у Србији 116000 за 2022. годину, *Astra Antitrafficking Action: Beograd*

⁴ Закон о ратификацији Конвенције о правима детета, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 15/90 и *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/96 и 2/97.

⁵ Закон о потврђивању Међународне конвенције о заштити свих лица од присилних нестанака, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 1/11-27.

за време заточеништва мајке подвргнуте присилном нестанку, односно, са друге стране, фалсификовања, скривања или уништавања документа која доказују стварни идентитет овакве деце (чл. 25 ст. 1).⁶

Казнено законодавство садржи читав низ релевантних одредаба, почевши од КЗ-а и бројних инкриминација којима се може пружити заштита у случају нестанка малолетног лица, попут противправног лишења слободе (чл. 132), отмице (чл. 134), одузимања малолетног лица (чл. 191), трговине људима (чл. 388), трговине децом ради усвојења (чл. 389), као и многих других међународних кривичних дела. Законик о кривичном поступку (у даљем тексту ЗКП)⁷ садржи правни оквир за обавештавање јавности и ангажовање средстава јавног информисања у циљу проналажења несталих лица. Њиме је оквирно уређен поступак за издавање објаве (чл. 599-601), који се покреће уколико су потребни подаци о појединим предметима или лицима у вези са кривичним делом, или ако ове предмете или лица треба пронаћи, а нарочито ако је то потребно ради установљења идентитета пронађеног непознатог леша. Објаву расписује полиција надлежна по месту суда пред којим се води кривични поступак, а изричито је наглашено да ради обавештења јавности може користити и средства јавног информисања. Орган полиције може објављивати фотографије несталих лица, уколико постоје основи сумње да је до смрти, односно, нестанка тих лица дошло услед кривичног дела. Са друге стране, до повлачења објаве долази кад се пронађе тражено лице, или кад наступи застарелост кривичног гоњења или застарелост извршења кривичних санкција, односно, неки други разлози због којих објава није више потребна. Исту сврху има и овлашћење полиције да тражи обавештења од грађана у предистражном поступку, ако постоје основи сумње да је извршено кривично дело за које се гони по службеној дужности (чл. 286 ЗКП).

Закон о полицији,⁸ у оквиру правила о трагању за лицима (чл. 59), прописује да су полицијски службеници, уколико је пријављен нестанак лица и постоје основи сумње да је оно жртва кривичног дела, дужни да у сарадњи са другим надлежним органима, удружењима грађана и грађанима без одлагања предузму мере и радње предвиђене овим и другим законима, а у циљу његовог проналазка. Тиме је настављена тенденција успостављена 2015. године, када је новелирањем тадашњег

⁶ Више о томе видети у Kolaković-Vojović, 2019: 387-391.

⁷ *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19, 27/21 – Одлука УС и 62/21 – Одлука УС.

⁸ *Службени гласник РС*, бр. 6/16, 24/18 и 87/18.

Закона о полицији⁹ омогућено да се у случају пријаве нестанка лица које има елементе кривичног дела, посебно ако су у питању деца и малолетници, више не чека протек рока од 24 до 48 сати, већ се одмах покреће потрага за несталим, а предузимају се и друге мере и радње у сарадњи са другим надлежним органима, удружењима и грађанима (чл. 72). Наведене одредбе односе се на потражну делатност у оквиру криминалистичке обраде (тј. када постоје основи сумње да је до нестанка лица дошло услед извршења дела), мада полиција предузима потражну делатност и у другим ситуацијама (тј. ван криминалистичке обраде), рецимо, када почетна сазнања указују на то да је дете побегло од куће или да је напустило кућу без обавештавања родитеља.¹⁰ Управо други тип потраге може имати превентивни значај, пошто су деца без надзора и претње одраслих у повећаном ризику од виктимизације.

Одређено место у овом излагању има и Закључак Владе Републике Србије о усвајању Општег протокола за заштиту деце од насиља из 2022. године,¹¹ с обзиром на то да је њиме дефинисан појам несталог детета, што се не среће ни у једном од поменутих извора. У том смислу, несталим се сматра дете за које се не зна где се тренутно налази и чији нестанак је пријављен полицији.

Поред наведеног, требало би поменути и да је при Министарству правде још 2020. године формирана радна група за израду закона о тзв. Амбер аларму (*Amber alert*), посебном механизму за брже и ефикасније проналажење несталих малолетних лица,¹² којим би требало да буде употпуњен систем заштите. Међутим, иако је од тада прошло неколико година, закон се још увек није нашао у скупштинској процедури.¹³ Чини се да је после затишја поново дошло до актуелизације ове идеје, закључивањем Меморандума о разумевању између Министарства унутрашњих послова РС и Фондације *Amber Alert Europe* (у даљем тексту Меморандум).¹⁴ Тако је Србија постала члан Фондације,

⁹ Закон о изменама и допунама Закона о полицији, *Службени гласник РС*, бр. 65/15.

¹⁰ Детаљније о начелима на којима се заснива потражна делатност полиције видети у Белић, 2020: 286-288.

¹¹ <https://www.test-minbpd.gov.rs/wp-content/uploads/2023/06/Zakljucak-Vlade-0-usvajanju-Opsteg-protokola-1.pdf> и <https://www.minbpd.gov.rs/usvojen-opsti-protokol-za-zastitu-dece-od-nasilja/>, приступ 01.08.2024. године.

¹² <https://www.mpravde.gov.rs/sr/vest/29094/radna-grupa-ministarstva-pravde-za-uvodjenje-amber-alarma.php>, приступ 01.08.2024.

¹³ Видети на http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/akta_procedura/13_saziv/1828-22..pdf, приступ 01.08.2024.

¹⁴ Текст Меморандума доступан је на сајту Министарства унутрашњих

чиме је успостављена сарадња са истом, ради унапређивања активности проналажења несталих лица млађих од османаест година, која би требало да обухвати примену најбољих пракси у области технолошких иновација, прекограничну сарадњу и активно укључивање шире заједнице и грађана. Значајан корак извршен је доношењем Правилника о хитном обавештавању јавности о нестанку малолетног лица,¹⁵ којим су уређене обавезе пружалаца медијских услуга у овом домену. У том смислу, пружалац медијске услуге дужан је да, по пријему информације од министарства надлежног за послове информисања, без одлагања емитује обавештење о нестанку малолетног лица. Обавештење треба да траје најмање 20 секунди и мора бити објављено у неизмењеном облику и са идентичном садржином која му је достављена. Обавештење се објављује у наредних 48 сати, по одређеној динамици – у првих осам сати од тренутка достављања обавештења на сваких 30 минута, а после тога на сваких 60 минута. Након протеча рока од 48 сати од првог објављивања престаје обавеза даљег емитовања. Емитовање се без одлагања прекида и у случају када надлежно министарство извести пружаоца медијских услуга да је нестало малолетно лице пронађено. По прекиду објављивања обавештења, пружалац медијских услуга је у обавези да, у циљу заштите податка о личности малолетног лица, без одлагања обрише све податке из обавештења о несталим малолетним лицима. У међувремену, донет је нови Правилник о хитном обавештавању јавности о нестанку малолетног лица,¹⁶ али он није донео суштински ништа ново, пошто је преузео решења из претходног.

Поред медијског извештавања, систем раног обавештавања (под називом „Пронађи ме“) успостављен у Републици Србији новембра 2023. године омогућава и објаву података о несталим малолетним лицима путем СМС порука, приказом на порталима на ауто-путу, аеродромским, аутобуским и железничким станицама.¹⁷ Обавештење о нестанку се пушта у јавност ако се сумња да је малолетно лице жртва кривичног дела, на пример отмице. Систем ће бити покренут и ако је реч о нестанку деце млађе од седам година, без обзира на околности, као и ако се ради о млађима од осамнаест година са сметњама у развоју или инвалидитетом. На жалост, систем је убрзо прави пут и употребљен, и то већ 26. марта 2024. године.

послова <http://www.mup.gov.rs/wps/wcm/connect/4e7186f7-f219-4e3f-b02c-118dae016722/Memorandum+o+razumevanju-Amber+Alert+%28srp.%29.pdf?MOD=AJPERES&CVID=nZf8SOR>, приступ 01.08.2024. године.

¹⁵ Службени гласник РС, бр. 78/23.

¹⁶ Службени гласник РС, бр. 43/24.

¹⁷ <https://pronadjime.mup.gov.rs/>, приступ 01.08.2024. године.

С обзиром на то да је у питању један нови механизам, о којем се у домаћој научној јавности до сада готово да није писало, иако је било од користи да се пре увођења разложно и рационално размотри читав низ отворених питања, аутори су за предмет проучавања у оквирима овог рада изабрали само једно од њих, а то је питање њихове ефикасности, полазећи од регулативе и искуства других држава.

2. Системи раног узбуњивања из регулативе и искустава појединих страних држава

Први систем раног узбуњивања у случају отмице детета настао је у САД деведесетих година прошлог века, да би 2003. године, доношењем *Protect Act*-а, био уведен на савезном нивоу,¹⁸ тако да данас у различитим модалитетима постоји у педесет федералних држава (више о историјату видети у Zgoba, 2004: 73-74, Miller, Griffin, Clinkinbeard, Thomas, 2009: 112). Не улазећи у разлике које постоје на нивоу федералних држава, овај систем, познатији као *Amber Alert* (скраћено од *America's Missing: Broadcast Emergency Response*), по одредбама савезног закона бива активиран ако надлежне власти потврде да се ради о отмици, ако је отето лице млађе од осамнаест година и ако се налази у непосредној опасности од наношења тешких телесних повреда или смрти, ако постоји довољно информација о отетом лицу и / или учиниоцу које указују на то да би коришћење овог механизма било делотворно. Такође, потребно је да је информација о отмици унета у Национални центар за информације о криминалитету (*National Crime Information Center* скраћено *NCIC*), о чему се обавештавају и Федерални истражни биро (*Federal Bureau of Investigation*) и Национални центар за несталу децу и децу жртве експлоатације (*National Center for Missing and Exploited Children* скраћено *NCMEC*), да би се потом, ако су се стекли наведени услови, издало упозорење јавности са описом детета и његовом фотографијом, као и са описом отмичара и коришћеног возила, уз назнаку коме се грађани имају обратити уколико поседују значајне информације. Упозорење се пласира на више начина: путем радија, телевизије, електронске поште, СМС порука, електронских портала на путевима, као и на посебним пултовима компаније *SurferQuest* који се налазе у ресторанима и хотелима широм САД.

У Европи од 2013. године постоји фондација *AMBER Alert Europe*, чији је циљ спречавање и заштита деце од нестанка, укључујући и јаче повези-

¹⁸ Текст *Protect Act*-а (скраћено од *Prosecutorial Remedies and Other Tools to End the Exploitation of Children Today Act*) доступан је на <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-117/pdf/STATUTE-117-Pg650.pdf>, приступ 01.08.2024. године.

вање међу државама и бољу координацију у случајевима прекограничних отмица.¹⁹ Фондација данас обухвата тридесет европских држава,²⁰ уз напомену да начин на који су уређени системи раног узбуњивања није свуда исти. Државе-чланице се разликују по условима за покретање система, субјектима којима су повериле надлежност да доноси одлуку о томе, каналима за пласирање информације о нестанку, учесталости објављивања информација, те обиму и садржају информација о нестанку. Природа овог излагања не допушта да се детаљно говори о свим појединачним решењима, те је за пример, најпре, узета Република Хрватска, због сличности у феноменологији проблема несталих лица. Како Хрватска однедавно припада кругу земаља са оваквим системом раног узбуњивања (прецизније од 30. новембра 2022. године), она може послужити као илустрација за нормативна решења, али не и за анализу искустава у примени јер би, због кратког периода у којем функционише, закључци били превише лимитирани и непоуздани. *НЕНО аларм*, како се назива овај систем у Хрватској,²¹ омогућава полицији да потражи помоћ јавности у случају нестанка детета и то не само када су „класичне” отмице у питању, већ и у случају бекства од куће, односно, из установе којој је дете поверено, у случају родитељске отмице или у случају када се дете изгуби. Када прими пријаву нестанка од законског заступника детета, полиција се, у процени да ли има места алармирању јавности руководи постојањем доказа да је његов живот у опасности или да ће бити у опасности, односно, да је или ће бити жртва тешког кривичног дела. Уобичајно је и прибављање писане сагласности законског заступника малолетног лица или тужиоца, ако је кривични поступак у току, за објављивање *НЕНО аларма*, мада то није нужно уколико полиција процени да се малолетно лице налази у непосредној животној опасности. Поступак алармирања подразумева да надлежна организациона јединица полиције шаље компанији *Meta* на наменску адресу поруку са кратким описом случаја, уз опис детета и линк ка профилу детета у Националној евиденцији несталих лица.²² *Meta* одмах издаје

¹⁹ <https://www.amberalert.eu/>, приступ 01.08.2024. године.

²⁰ Аустрија, Белгија, Бугарска, Хрватска, Кипар, Чешка, Данска, Естонија, Финска, Француска, Немачка, Грчка, Мађарска, Ирска, Италија, Летонија, Литванија, Луксембург, Малта, Пољска, Португалија, Румунија, Србија, Словачка, Словенија, Шпанија, Шведска, Швајцарска, Холандија и Велика Британија.

²¹ Детаљни подаци о функционисању *НЕНО* (скраћеница од *Национална евиденција несталих особа*) аларма могу се видети на <https://policija.gov.hr/vijesti/video-ministarstvo-unutarnjih-poslova-je-u-suradnji-s-metom-pokrenulo-uslugu-amber-alert-u-hrvatskoj-podnazivom-neno-alarm/6711>, приступ 01.08.2024. године.

²² Регистар несталих лица је јавно доступан од 2011. године и може му се приступити

упозорење корисницима *Facebook* и *Instagram* платформе у Хрватској у кругу од 160 километара од места на којем је дете последњи пут виђено. Упозорење се приказује чак и ако поменуте апликације нису отворене и остаје активно у периоду од 24 сата, уколико се раније не откаже. Корисници имају могућност да се враћају на упозорење ради провере информација, као и могућност да га поделе са другима. У случају проналаска детета, надлежна организациона јединица полиције обавештава компанију *Meta* путем електронске поште са кратким описом исхода, како би подаци о томе били прослеђени корисницима *Facebook* и *Instagram* платформе.

Проблем нестанка деце у Хрватској има сличну феноменологију као и код нас, с обзиром на то да преовладавају бекства од куће или из установа којима су деца поверена. Њиме се у свом раду детаљно бави правобранитељ за права детета, из чијег се извештаја може видети да је полицијским евиденцијама у 2022. години забележено 337 случајева бекства од куће, углавном деце старије од четрнаест година и то већином девојчица, а утврђени су и разлози оваквог понашања: авантуризам и скитња, породични проблеми, проблеми у школи, љубавни проблеми и слично.²³ Бекства из установа којима су деца поверена су много учесталија (регистровано 1.198 случајева), дечаци су им склонии од девојчица, а узрокована су отежаном адаптацијом на боравак у установи, лошим условима, неадекватним третманом и вршњачким насиљем, мада су некада мотивисана и жељом за авантурама и жељом да се избегну васпитне мере. Истраживање је показало да су деца у бекству посебно ризична категорија, јер неретко постају жртве насиља и искоришћавања, што иде у прилог тези да узбуњивање јавности не треба везивати само за присилне нестанке, јер су и деца која су се својеволно удаљила од куће или установе подједнако у опасности да буду виктимизирана.

на <https://nestali.gov.hr/>. Сваки профил несталог лица садржи личне податке (име, презиме, пол, датум и место рођења, држављанство, адресу пребивалишта, лични опис, специфичне личне карактеристике по којима је могуће препознавање, фотографију), као и околности нестанка и назначење полицијске управе задужене за поступање у конкретном случају. Објављени профили несталих лица лако су претраживи по више параметара: по имену и презимену несталог, по времену нестанка, по старости, по надлежној полицијској управи и слично. Саставни део сваког профила је *QP* код који служи лакшем дељењу информација. Значајан део сваког профила јесте могућност дојаве корисних информација о несталом лицу, попуњавањем посебног електронског обрасца.

²³ *Izvjешće o radu pravobraniteljice za djecu 2022, 2023: 120-121.* Слични разлози су установљени и у једном старијем истраживању, видети у Butorac, Miškaj-Todorović, Žebec, 2016: 221. Детаљније о бекствима из установа видети у Ratakajec Gašević, Lampert, Maurović, 2020: 415-448.

Белгија је изабрана за други пример, где је одлука за покретање система раног узбуњивања у надлежности тужиоца или истражног судије, при чему су посебном директивом прописани услови за његову примену.²⁴ Тако се при процени ризика води рачуна о већем броју параметара, почевши од старости несталог детета, које мора бити млађе од тринаест година. Релеватно је и његово психо-физичко стање, тј. постојање физичког или менталног инвалидитета или неке друге околности због које оно није самостално, као и чињеница да због болести постоји зависност од медицинских третмана или узимања лекова (на пример, у случају дијабетеса). Посебно место међу критеријумима имају процена да постоји опасност по живот, процена да се дете налази са трећим лицима која могу угрозити његову добробит или га учинити жртвом кривичног дела. На крају, узимају се у обзир и навике детета, јер се алармантним сматра то што је нејављање и одсуствовање у потпуном нескладу са његовим ранијим уобичајним понашањем. Чак и када су испуњени сви услови систем се не покреће аутоматски, већ се у сарадњи са посебном јединицом полиције (Јединица федералне полиције за нестала лица) процењује да ли је то оправдано или не, тако да се систем узбуњивања јавности не користи ако би то могло да угрози дете или одвијање истраге. Упозорење садржи само неопходне информације, попут описа несталог детета, скорије фотографије и слично и оно остаје активно у периоду од шест сати. Упозорење се може обновити највише до три пута, што значи да може бити активно максимално двадесет четири часа. Комуникациони канали у белгијском систему су разноврсни, те се информација о несталом детету може дистрибуирати преко радио и телевизијских станица, оператера мобилне телефоније, интернет провајдера, електронских билборда, електронске саобраћајне сигнализације, а постоје чак и партнерска предузећа која користе своје интерне комуникационе механизме за поделу информације међу запосленима. Посебну подршку државним органима у функционисању *Child Alert* система пружа фондација *Child Focus*, основана 1998. године са циљем да ради на превенцији и проналажењу нестале, сексуално злостављане и експлоатисане деце, као и на пружању правне и психолошке помоћи.²⁵

Када се анализирају доступни подаци о несталој деци у Белгији, приметна је, исто као и у другим државама сагледаваним у оквирима овога рада, преваленција бекстава од куће и родитељских отмица. Тако се у периоду од 2020. до 2023. године, на годишњем нивоу бележи у про-

²⁴ *Ministerial Directive Concerning the Tracking of Missing Persons*, 2014, <https://www.childalert.be/en/Alert.aspx>, приступ 01.08.2024.

²⁵ Детаљније о томе на <https://childfocus.be/fr-be/>.

секу око хиљаду бекстава од куће, при чему се већина деце пронађе и врати кући у периоду од недељу дана, као и око стотинак родитељских отмица (Rapport Annuele, 2022: 7). Отмице од стране непознатих лица су веома ретке, статистика указује да постоје године када уште нису регистроване, мада су у 2022. години пријављена два случаја отмице у покушају (Rapport Annuele, 2022: 12). Оно што је донекле специфично јесу нестанци деце без родитељске пратње, који су трећи по учесталости. Кретања људи из различитих проблематичних подручја (Украјина, Авганистан, Сирија, Еритреја итд.) утицала су на то да се у Белгији налази значајна мигрантска популација, укључујући и децу без родитељске пратње. Специфичност ситуације у којој се налазе чини изузетно вулнерабилним, а број несталих је, на жалост, у порасту. Када се упореде подаци из 2021. и 2022. године приметно је повећање за чак 39% (Rapport Annuele, 2022: 13).

3. Критички осврт на системе раног узбуњивања

Иако шири јавност код нас, као и у другим земљама, вероватно беспоговорно, без икакве резерве подржава увођење система раног узбуњивања, у теорији се могу пронаћи и негативне критике, засноване на различитим аргументима. Поједини аутори истичу да су ови системи, као и неке друге мере, изникли на сензационалистичком медијском извештавању о отмицама, које изазива моралну панику и приморава законодавца да нешто хитно учини по овом питању. Оваква друштвена атмосфера често доводи до увођења недовољно промишљених мера, које више иду за тиме да умире гневну јавност и задобију њено поверење, него што реално решавају проблем (Jessup, Miller, 2015: 485).

Слична је и констатација да системи раног узбуњивања пре представљају својеврсно „позориште контроле криминалитета”, него објективно користан механизам заштите. Наведни став је образложен тиме да се њихова ефикасност „преувеличава” и „фингира”, јер се због моралне панике активирају и када малолетно лице реално није у непосредној опасности од тешког нарушавања телесног интегритета или наступања смрти, рецимо, када је отмицар члан породице и нема никакве назнаке да ће нашкодити детету, односно, у ситуацијама када би и без употребе система дете било успешно пронађено и враћено родитељима (Griffin, Miller, Hoppe, Rebideauk, Hammack, 2007: 378-394 и Griffin, Miller, 2008: 159-176).

Осим прекомерне и неселективне употребе, која може да доведе до „билдовања” успешности, и сама методологија којом се утврђује успеш-

ност може бити доведена у питање. Наиме, ако се само води рачуна о томе у колико процента је нестало лице безбедно враћено кући при коришћењу система брзог обавештавања јавности, без дубљег сагледавања како је и захваљујући чему пронађено, остаје нејасно да ли успех треба приписати самом систему или, да га тако назовемо, класичном потражном раду државних органа, који не седе „скрштених руку“, чекајући информацију добронамерног грађанина алармираног применом система (Griffin, Williams, Kadleck, 2022: 25-26). Другим речима, позитивни ефекти су можда узроковани употребом *child alert*-а, а можда и нису, пошто утврђивање ефикасности заостаје на „површинској статистици“ без даљег испитивања. Отуда је и закључак о делотворности недовољно утемељен и магловит, како удели различитих фактора у успешности никада нису ни приближно одмерени, а камоли прецизирани.

У ред врло озбиљних приговора спада и запажање да су овакви системи, нажалост, заказали управо тамо где су и најпотребнији. Наиме, поједина истраживања показују да већина отмичара која планира да жртву лиши живота то и реализује најчешће у периоду од три сата од отмице (више о томе видети у Brown, Keppel, Weis, Skeen, 2007: 137-145). Учени проблем лежи у томе што се систем раног узбуњивања обично активира након истека поменута три критична сата, тј. када је већ касно, тако да он значајно заостаје за отмичарем, иако би требало да представља промптну реакцију (Sicafuse, Miller, 2010: 1238). У том смислу, недовољно брзо активирање испоставило се као највећа мана, што се показало и код нас јер су, на пример, аутори овога чланка прву поруку са обавештењем о нестанку детета примили после више од шест сати од пријаве нестанка. То субјекте надлежне за покретање система ставља пред деликатан задатак, пре би се рекло притисак, да „у трци са временом“ ваљано просуде када је заиста нужна примена а када не, чиме се вероватно и генерише прекомерно коришћење (чији ће негативни ефекти касније бити обрађени), што би се рекло „за сваки случај“.

Надаље, системи раног узбуњивања, по појединим ауторима, уопште не оставрују генерално-превентивно дејство, не одвраћају и не застрашују потенцијалне учиниоце, посебно сексуалне преступнике, који у добром делу уопште и не доносе одлуке на основу рационалног промишљања (Beech, Mitchell, 2005: 153-182 наведено према Miller, Griffin, Klinkinbeard, Thomas, 2009: 117). Има чак и упозорења да коришћење аларма може да „успаничи“ неке отмичаре и наведе их повреде или убију дете, иако то није био део првобитног плана, односно, да брже повреде или убију дете, него што су то иницијално намеравали, као и да се ширењем информа-

ција о отмици дају идеје и провоцира вршење кривичних дела по опонашању, што је познато као *corpuscat crimes* (Miller, Griffin, Klinkinbeard, Thomas, 2009: 117).²⁶ Сличан је и приговор да, уместо да спречава ову негативну појаву, обавештавање јавности, посебно ако је праћено са превише детаља, може постати средство за едукацију потенцијалних извршилаца (Miller, Griffin, Klinkinbeard, Thomas, 2009: 115).

Постоје и психолошка истраживања која доводе у питање успешно функционисање система, ослањајући се на извесне законитости интелектуалних и мотивационих процеса. Нека од њих указују на непоузданост памћења, посебно тзв. памћења потенцијалног лица (*prospective person memory*). На пример, у експерименту који је спровео Lampinen са сарадницима полазницима су на часовима психологије показане фотографије две особе, при чему им је речено да, ако виде било коју од њих и о томе извисте свог професора, могу добити новчану награду. Само два дана касније једна од особа са фотографије појавила се пред полазницима, са изговором да предаје рад професору. Иако се она окренула лицем према разреду, гласно га поздравила и чак застала неколико секунди пре него што је отишла, само око 5% полазника је успело да је препозна и пријави њено појављивање (деталније у Lampinen, Arnald, Hicks, 2009: 167-184). Lampinen је у више наврата вршио слична истраживања, али су резултати и у неким новијим обесхрабрујући по питању способности памћења и препознавања лица, јер је проценат успешности био још мањи, негде око 3% (Lampinen, Moore, 2016: 5). Наравно, овде би се могло приговорити да се не ради о реалним случајевима потраге за отетим лицима, које би грађани вероватно схватили много озбиљније. Међутим, стоји и то да ни у описаном експерименту учесници нису били потпуно немотивисани, јер су нуђене новчане награде за пријављивање тражених лица, док се у реалности аларм оснива на емаптији, општељудској солидарности и осећају друштвене одговорности. Са друге стране, много су значајнија истраживања која се непосредно односе на систем раног узбуњивања, мада су и много ређа. Ни овде резултати не говоре у прилог поузданости памћења. Harder и Bloomfield су утврдили да је од сто двадесет возача само десеторо њих успело да запамти информације наведене у аларму објављеном на путној сигнализацији, попут регистарске таблице отмичаревог аутомобила (Harder, Bloomfield, 2003, наведено према Miller, Griffin, Klinkinbeard, Thomas, 2009: 114).

Када се већ говори о проблемима у вези са овим психичким процесом, требало би истаћи и то да су они израженији ако уз емитовање аларма

²⁶ Уопште о појави *corpuscat crimes* видети детаљније у Helfgott, 2015: 46-64.

постоји дистракција или нека друга активност која одвлачи пажњу. То заправо доводи у питање делотворност објављивања информација о отмици на саобраћајним порталима, због фокусираности учесника у саобраћају на саму вожњу и сугерише да је много боље емитовање, на пример, на бензинским пумпама, ресторанима и одмориштима поред пута, јер је тада степен дистракције мањи (Miller, Griffin, Klinkinbeard, Thomas, 2009: 123-124). Оно што би могло да побољша ефикасност система, а заснива се на карактеристикама процеса памћења јесте и закључак да људи боље уочавају и памте лица своје, него других раса, тако да се при објављивању не смеју заобићи медији који се обраћају посебно одређеној раси којој припада или жртва или учинилац (Miller, Griffin, Klinkinbeard, Thomas, 2009: 115). Такође, садржај који се објављује у медијима мора бити у довољној мери информативан, са акцентом на упечатљива, препознатљива обележја, без превише општих места који нису од помоћи (дете смеђе косе, мушкарац средњих година и слично), уз напомену да се информације боље памте уколико се емитује слика и паралелно чита опис, него ако се чита опис и на крају на кратко покаже слика (Miller, Griffin, Klinkinbeard, Thomas, 2009: 121).

У овом контексту треба поменути и општепознату чињеницу да се више пута поновљена информација боље памти. Овде, међутим, лежи и посебна опасност – опасност од навикавања на учестало коришћење система раног узбуњивања, што може проузроковати његову неефикасност. Навикавање, у психолошком смислу, подразумева смањивање реаговања на стимулус који се понавља, а занимљиво је да се оно уочава не само као одговор на потпуно идентичне стимулусе, већ и на стимулусе који су у довољној мери слични, тзв. генерализација и кумулација стимулуса (Lampinen, Moore, 2016: 6-7). То значи да са понављањем упозорења везаног за исту штету особу, али и упозорења о отмици различитих особа, опада вероватноћа реаговања јавности, која услед презасићености бива десензибилисана на ову појаву.

Чак и када су грађани као адресати аларма успешно упамтили све што је пласирано, отвара се ново питање, а то је мотивисаност грађана да пријаве значајне информације. Тек овде је било тешко пронаћи специјализоване студије, тако да се следеће излагање оснива на налазима везаним за пријављивање кривичних дела уопште. Сумирајући резултате различитих истраживања, може се рећи да су грађани мање мотивисани да пријављују ако сматрају да је и неко други у прилици да то учини, склонији су да пруже помоћ ако жртва припада њиховој раси или ако има друштвено пожељне карактеристике, вероватноћа пружања помоћи расте ако је штетно дете у озбиљној опасности и слично, што

значи да не би било оправдано предвидети примену система под неким другим условима (Miller, Griffin, Klinkinbeard, Thomas, 2009: 116-117).

Поједини аутори полазе од теорије аргументиване акције у објашњењу неефикасности, наводећи да се понављањем истог аларма шаље имплицитна порука да претходни аларми нису били делотворни и да је шанса да се сретне и очи отета особа веома мала. То на грађане делује дестимулативно, те престају да обраћају пажњу, чиме се и смањује вероватноћа добијања релевантних информација о случају (Lampinen, Moore, 2016 б: 7).

Пошто су претходно наведена истраживања сигнализирала да постоје опасности од учестале употребе, логично је поставити питање где се тачно налази та граница када понављање аларма постаје проблематично, али на то нисмо успели да пронађемо експлицитан одговор. Овај проблем је много израженији у земљама које имају сличне механизме за случај нестанка одраслих особа са смањеним менталним капацитетима, попут ментално заосталих, дементних особа и слично. Рационална употреба може да се постигне и тиме што се пласирање упозорења не врши за територију читаве државе, посебно ако су у питању велике површине, већ за ужа подручја, у зависности од процене надлежних органа у конкретном случају.

Са друге стране, када се у нашој теорији говори о овим системима, мада су научна разматрања на ову тему прилично ретка, обично се увођење оправдава чињеницом да они постоје у педесет федералних држава САД и у многобројним европским државама, из чега се извлачи закључак да, упркос могућим недостацима, њихова корисност мора да претеже (Белић, 2020: 291).

4. Закључне напомене

Учешће грађана у потрази за несталим малолетним лицима у оквиру система раног убуњивања јавности (тзв. *child alert*, *Amber alert* системи) представља новину у Републици Србији, мада су у другим деловима света, пре свега у САД и појединим европским државама, овакви механизми присутни већ више деценија. Упркос томе, чини се да њихова делотворност још увек није довољно проучена, а из постојећих истраживања следе и извесни забрињавајући закључци. У ред најозбиљнијих приговора спадају запажања да немају пројектовано генерално-превентивно дејство и да не утичу на поједине категорије сексуалних делинквената; да се дешава да „успаниче” отмичаре и наведу их повреде или убију малолетно лице, иако то првобитно уопште нису или нису

тако брзо намеравали; да могу да изазову вршење кривичних дела по опонашању (тзв. *copycat crimes*); да се не активирају довољно брзо, тј. пре истека три критична сата од отмице у којима се најчешће и извршава убиство отетог лица. Ограничени домети система, како су показале психолошке студије, потичу из „несавршености” човекових способности перцепције, памћења, призивања и интерпретације релевантних чињеница, као и из вољних процеса, али се они могу ублажити правилним устројством и употребом система, тј. уз уважавање начина на који се поменути когнитивни и мотивациони процеси одвијају. Сумирајући наведено, изгледа да их не треба сматрати никаквом „чаробном формулом” за проналажење несталих малолетних лица, посебно стога што су често увођени увођени исхитрено, без адекватне научне утемељености, на таласу тзв. моралне панике. Са друге стране, ако се промишљено уобличи и правилно примењују, они могу имати важну помоћну улогу у мозаику различитих активности које се спроводе у циљу успешног проналажења несталих малолетних лица.

Литература

Astra Antitrafficking Action. (2023). *Izveštaj o radu Evropskog broja za nestalu decu u Srbiji 116000 za 2022. godinu*. Beograd

Белић М. (2020). Амбер алерт као помоћ у потражној делатности полиције. *Култура полуса*. 41. 285-292.

Brown K. M., Keppel R. D. (2007). Child Abduction Murder: An Analysis of the Effect of Time and Distance Separation Between Murder Incident Cites on Solvability. *Journal of Forensic Sciences*. 52 (1). 137-145.

Butorac K., Mikšaj-Todorović Lj., Žebec M. S. (2016). *Missing Persons in Croatia: Incidence, Characteristics and Police Performance Effectiveness, In Handbook of Missing Persons (eds. S. J. Morewitz, c. Sturdy Calls)*. Springer. 207-231.

Griffin T., Miller M. K. (2008). Child Abduction, AMBER Alert and “Crime Control Theater”. *Criminal Justice Law Review*. 33. 159-186.

Griffin T., Miller M. K., Hoppe J., Ribideaux A., Hammack R. (2007). A Preliminary Examination of AMBER Alert’s Effects. *Criminal Justice Policy Review*. 18 (4). 378-394.

Griffin T., Williams J. H., Kadleck C. (2022). AMBER Alert Effectiveness Reexamined. *Criminal Justice Policy Review*. 33 (1). 23-44.

Закон о изменама и допунама Закона о полицији. *Службени гласник РС*. Бр. 65/15.

Законик о кривичном поступку. *Службени гласник РС*. Бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19, 27/21 – Одлука УС и 62/21 – Одлука УС.

Закон о полицији. *Службени гласник РС*. Бр. 6/16, 24/18 и 87/18.

Закон о потврђивању Међународне конвенције о заштити свих лица од присилних нестанака. *Службени гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 1/11-27.

Закон о ратификацији Конвенције о правима детета. *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*. Бр. 15/90. *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*. Бр. 4/96 и 2/97.

Zgoba K. (2004). The Amber Alert: The Appropriate Solution to Preventing Child Abduction?. *The Journal of Psychiatry & Law*. 32 (1). 71-88

Jessup C., Miller M. K. (2015). Fear, Hype and Stereotypes: Dangers of Overselling the Amber Alert Programme. *Albany Government Law Review*. 8. 469-507.

Kolaković-Bojović M. (2019). The Synergy between Criminal Law and Medicine under the International Convention for the Protection of All Perones from Enforced Dissappearance. У *Казнено право и медицина (ур. И. Стевановић и Н. Вујачић)*, стр. 387-398. Београд: Институт за криминолошка и социолошка истраживања

Кривични законик Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 85/05, 88/05 – испр., 107/05 – испр., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 и 35/19.

Lampinen, J. M., Arnal, J. D., Hicks, J. L. (2009). Prospective Person Memory. In *Applied Memory (ed. M. Kelley)*, pp. 167-184. Hauppauge NY: Nova

Lampinen J. M., Carry C. R., Ericson W. B. (2016). Prospective Person Memory: The Role of Self-Efficacy, Personal Interaction and Multiple Images in Recognition Wanted Persons. *Journal of Police and Criminal Psychology*. 31. 59-70.

Lampinen J. M., Moore K. N. (2016). Missing Person Alerts: Does Repeated Exposure Decrease Their Effectiveness? *Journal of Experimental Criminology*. 12. 587-598.

Меморандум о разумевању између Министарства унутрашњих послова Републике Србије и Фондације Amber Alert Europe. <http://www.mup.gov.rs/wps/wcm/connect/4e7186f7-f219-4e3f-b02c-118dae016722/Memorandum+o+razumevanju-Amber+Alert+%28srp.%29.pdf?MOD=AJPERES&CVID=nZf8SOR>, приступ 01.08.2024.

Ministerial Directive Concerning the Tracking of Missing Persons, 2014, <https://www.childalert.be/en/Alert.aspx>, приступ 01.08.2024.

Miller M. K., Griffin T., Clinkinbeard S. S., Thomas R. M. (2009). The Psychology of AMBER Alert: Unresolved Issues and Implications. *Social Science Journal*. 46 (1). 111-123.

Правилник о хитном обавештавању јавности о нестанку малолетног лица. *Службени гласник РС*. Бр. 78/23.

Правилник о хитном обавештавању јавности о нестанку малолетног лица. *Службени гласник РС*. Бр. 43/24.

Protect Act (Prosecutorial Remedies and Other Tools to End the Exploitation of Children Today Act). <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-117/pdf/STATUTE-117-Pg650.pdf>, приступ 01.08.2024.

Ratkajec Gašović G., Lampert S., Maurović I. (2020). Značaj odnosa stručnjaka te stručnih postupanja u prevenciji bjegova mladih iz odgojnih ustanova. *Ljetopis socijalnog rada*. 27 (3). 415-448.

Sicafuse L., Miller M. K. (2010). Social Psychological Influences on the Popularity of AMBER Alerts. *Criminal Justice and Behavior*. 37. 1237-1256.

Helfgott J. B. (2015). Criminal Behavior and Copycat Effect: Literature Review and Theoretical Framework for Empirical Investigation. *Aggression and Violent Behavior*. 22. 46-64.

<https://www.amberalert.eu/>, приступ 01.08.2024.

<https://www.mpravde.gov.rs/sr/vest/29094/radna-grupa-ministarstva-pravde-za-uvodjenje-amber-alarma.php>, приступ 01.08.2024.

<https://nestali.gov.hr/>, приступ 01.08.2024.

<https://policija.gov.hr/vijesti/video-ministarstvo-unutarnjih-poslova-je-usuradnji-s-metom-pokrenulo-uslugu-amber-alert-u-hrvatskoj-pod-nazivom-neno-alarm/6711>, приступ 01.08.2024.

<https://pronadjime.mup.gov.rs/>, приступ 01.08.2024.

http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/akta_procedura/13_saziv/1828-22..pdf

<https://www.stat.gov.rs/oblasti/pravosudje/>, приступ 01.08.2024.

<https://childfocus.be/fr-be/>, приступ 01.08.2024.

Child Focus. (2022). Rapport Annuel. Bruxelles

Dušica Miladinović-Stefanović, LL.D.,

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš,

Saša Knežević, LL.D.,

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš,

Republic of Serbia

CITIZENS' PARTICIPATION IN THE SEARCH FOR MISSING MINORS WITHIN THE FRAMEWORK OF EARLY WARNING SYSTEMS: ACHIEVEMENTS AND LIMITATIONS

Summary

Over a thousand cases of missing minors are reported in Serbia every year. A huge percentage of these cases are resolved by finding the missing person. Thus, we may discuss some characteristics of this undesirable phenomenon with considerable certainty. Prior studies show that these cases most commonly involve children running away from home or from facilities housing children without parental care; parental abductions come second, while abductions by third (unknown) persons are quite rare. Although prior studies shows that these cases largely do not result in serious consequences, any disappearance of a minor inevitably causes anxiety and special concerns, including questions about the available mechanisms for effective search.

The legal framework established by the Criminal Procedure Code and the Police Act of the Republic of Serbia prescribes urgent action in cases where a person is reported missing and there are grounds to suspect that the person is the victim of crime. The police are also obliged to inform the general public and engage the public information media in the process of locating the missing person(s). At the end of 2023, competent authorities took another step in this direction, by introducing the early public warning system "Find Me" (Pronađi me), which is modeled after the child alert systems that already exist in the USA and most European countries. The system has been activated only once thus far, so there are no significant domestic experiences in its application. On the other hand, it is still incomplete and it is expected to be upgraded by expanding the circle of entities participating in the chain of dissemination of information about the missing person. However, rich foreign experiences provide empirical material for a critical examination of the scope, achievements and limitations of such systems, which is the subject matter of research in this paper.

Keywords: *missing person, minor, abduction, early public warning system.*

Др Иван Илић,*
Ванредни професор,
Правни факултет, Универзитет у Нишу,

UDK: 343.137.2

DOI: 10.5281/zenodo.14514331

Мина Сремчев,**
Студент докторских студија,
Правни факултет, Универзитет у Новом Саду,
Република Србија

ОДРЖАВАЊЕ ГЛАВНОГ ПРЕТРЕСА У СКРАЋЕНОМ ПОСТУПКУ БЕЗ ПРИСУСТВА ОКРИВЉЕНОГ - ТЕОРИЈА И ПРАКСА***

Апстракт: Потпуна афирмација начела непосредности, усмености и контрадикторности, али и правичног суђења у кривичном поступку бива обезбеђена једино уз присуство окривљеног током главног претреса. Са друге стране, захтев за ефикасношћу кривичног поступка налаже да се у неким ситуацијама главни претрес може одржати и без присуства окривљеног овој централној фази суђења у ужем смислу те речи. Та тенденција је нарочито изражена у поједностављеним формама поступања, попут скраћеног поступка. Ради потпунијег сагледавања ове процесне могућности, рад прати емпиријско истраживање спроведено у Основном суду у Новом Саду. Циљ наведеног истраживања јесте да покаже колико често се судије одлучују да одрже главни претрес у скраћеном поступку без присуства окривљеног, да ли се таквим поступањем повредује право на одбрану окривљеног као и на који начин се најчешће окончавају ти поступци. Са друге стране, намера аутора је, да покушају, да кроз резултате наведеног истраживања утврде да ли се одржавањем главног претреса у скраћеном поступку без окривљеног могу у исто време остварити како циљеви који произлазе из начела економичности и ефикасности, тако и циљеви начела којима се штите права окривљеног.

* ivan@prafak.ni.ac.rs, [ORCID ID 0000-0002-7379-4644](https://orcid.org/0000-0002-7379-4644)

** minabmazinjanin@gmail.com

*** Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација, по Уговору евиденциони број 451-03-65/2024-03/200120 од 05.02.2024. године.

Кључне речи: кривични поступак, скраћени поступак, право на правично суђење, окривљени, главни претрес.

1. Увод

За формирање правилне и потпуне чињеничне и правне основице судске одлуке, предузимањем процесних радњи, потребно је обезбедити ваљане гаранције у кривичном поступку. Једна од важних гаранција ваљаног утврђивања чињеница у кривичном поступку је начело непосредности, чија је суштина упознавање судећег већа са правно релевантним чињеницама на оригиналан начин, без посредника (Кнежевић, Илић, 2016: 503-522). То директно утиче на правилно доношење логичких закључака, приликом оцене доказа. Напосредно извођење доказа такође представља важан сегмент правичног поступка.

2. Начело непосредности

Непосредност значи да суд све доказе сазнаје оригинарно, непосредним чулним опажањем из извора чињеница. Ово начело се управо односи на начин извођења доказа, а значајно утиче на оцену доказа. Основно правило, које произлази из овог начела је да се судска одлука заснива на чињеницама, утврђеним на главном претресу, од стране расправног суда. Другим речима, између расправног суда и извора сазнања не сме бити посредника (Бејатовић, 2014: 104). Из претходног деривира и правило да се докази изводе пред оним саставом већа, које доноси одлуку у кривичном поступку. С тим циљем се предвиђа одређивање допунских судија, који прате ток главног претреса и заузимају место члана већа, у случају потребе. Суд сазнаје чињенице из оригиналних доказа. То, у начелу, значи да је недопуштено да расправни суд сазнаје чињенице из записника о радњама изведеним од стране неког другог субјекта поступка (руководиоца истраге). У том случају реч је о формалној непосредности. Изворни докази се, по правилу не могу заменити деривативним доказима. Примера ради, није могуће да суд саслуша друго лице о чињеницама које је опазио очевидца (тзв. забрана *hearsay*-а, која постоји у англосаксонском праву). Овде је реч о материјалној непосредности. Непосредно сазнавање чињеница има неупоредиве бенефите по формирање правилне чињеничне основице судске одлуке. Када су у питању лични извори сазнања, суд током давања исказа окривљеног, сведока или вештака може пратити психичка збивања ових процесних субјеката, што има значајан утицај не само на логичку, већ и психолошку оцену доказа. Суд, такође, из исправа које се читају непосредно

сознаје садржину и чињенице, важне за доношење одлуке о кривичној ствари. За реализацију начела непосредности, као и за контрадикторност, неопходно је присуство странака, али и других учесника (сведока, вештака) на главном претресу. Осим тога, потребно је да се главни претрес, од почетка до окончања, одвија пред истим персоналним саставом судећег већа. Континуитет главног претреса и концентрација процесних радњи, такође су од битног значаја за реализацију овог начела (Кнежевић, 2015: 185).

Начело непосредности се појавило са изградњом савременог кривичног поступка, као реакција на инквизициони поступак, где није постојало. Адверзијални кривични поступак се, такође, одликује овим начелом. Иако није *explicite* прокламовано у члану 6. Европске конвенције, Европски суд за људска права у својој јудикатури истиче важност начела непосредности за правичност поступка.¹

Начело непосредности, најпре произлази из уставне прокламације да окривљени, који је доступак органима вођења кривичног поступка, има право да му се суди у присуству (члан 33. став 3. УС). Непосредности неспорно доприноси и право окривљеног да се у његовом присуству испитују сведоци оптужбе и одбране (члан 33. став 4. ЗКП). Законски израз начела непосредности налази се у члану 419. став 1. ЗКП. Суд пресуду може заснивати само на доказима, који су изведени на главном претресу. Из ове законске одредбе произлази да ће сведоци или вештаци, који су саслушани у претходним фазама поступка поново бити непосредно саслушавани на главном претресу. С обзиром да главни претрес може трајати извесно дуже време, председник већа може упутити захтев председнику суда да одреди једног или двојицу судија или поротника, који ће пратити ток суђења и заузети место члана већа, у случају потребе (члан 359. ЗКП). На трагу пуне реализације начела контрадикторности је и правило да се окривљеном може судити искључиво у присуству, осим у законом предвиђеним случајевима (члан 13. став 1. ЗКП).

Супротно начелу непосредности је сазнавање чињеница посредним путем. Од важења начела непосредности законом су допуштени изузеци. Најпре је предвиђено да се на главном претресу врши увид у записник о увиђају, који је обављен ван главног претреса, као и о претресању стана и других просторија и лица (члан 405. став 1. ЗКП). У том случају се, према томе, судеће веће са чињеницама, садржаним у записницима упознаје посредним путем. У потврду о привремено одузетим предме-

¹Case *Mellich and Beck v. Czech Republic*, (2008), Case *Ensslin, Baader and Raspe v. Germany*, (1978), Case *Graviano v. Italy*, (2005) ECHR.

тима, као и у исправе, које служе као доказ, такође се врши увид, али је најчешће реч о оригиналима, па је реч о непосредном сазнавању чињеница. У наредном, члану 406. ЗКП су предвиђена бројна одступања од начела непосредности, када је реч о извођењу доказа из личних извора доказа. Законом су предвиђене могућности читања записника о исказу сведока, саоптужених и осуђених саучесника и записника о налазу и мишљењу вештака. Таква могућност најпре постоји ако су испитана лица умрла, душевно оболела, или се не могу пронаћи, или ако је њихов долазак на главни претрес знатно отежан због болести, старости или из других разлога. Одступање од непосредности из ових разлога сматра се оправданим у пракси Европског суда за људска права (Ивичевић Карас, 2007: 696). Друга могућност упознавања са садржином исказа сведока или са налазом и мишљењем вештака постоји ако се странке сагласе, без обзира да ли је сведок или вештак био позван. Могућност читања записника о исказу сведока постоји ако је услед немогућности доласка био испитан ван главног претреса, или ако је испитан пред истим председником већа. Наредна могућност постоји ако сведок или вештак, који су уредно позвани и приступили главном претресу не желе да дају исказ, иако за ускраћивање исказа не постоји законски основ. Најзад, одступање од непосредности је могуће у случају исказа саоптуженог, према коме је поступак раздвојен, или је окончан правноснажном осуђујућом пресудом. С обзиром да је истрага поверена јавном тужиоцу, превелики број могућности одступања од непосредности у кривичном поступку, које су постојале и раније, када је истрагом руководио истражни судија, умногоме одступају од саме концепције Законика о кривичном поступку. У адверзијалном моделу поступка, одступања од непосредности су ретки изузетак од правила да се сви докази изводе на главном претресу, непосредним путем (Шкулић, 2013: 186). Утицај наведених изузетака од непосредног сазнавања чињеница добија на значају ако се узме у обзир могућност поверавања извођења доказних радњи у истрази, па чак и пре отпочињања истраге, полицији. У зевши у обзир наведене могућности одступања од начела контрадикторности у истрази (члан 300. ЗКП), оправдано се јавља дилема (Тинтор, 2015), да ли је предвиђањем значајних изузетака од непосредности доведено у питање право окривљеног да захтева да се под истим условима испитају сведоци одбране, као и да ли се може говорити о једнакости оружја.

3. Реализација начела непосредности

За реализацију начела непосредности, али и за правилно утврђивање чињеница у кривичном поступку, од великог је значаја обезбедити кон-

тинуитет у извођењу процесних радњи. Дисконтинуитет настаје услед краткотрајних застоја у току главног претреса моји може бити последица прекида или одлагања. Прекид главног претреса је краткотрајни застој у извођењу процесних радњи, до кога долази услед истека радног времена, или потребе да се обезбеди присуство учесника у поступку, у кратком року прибаве докази итд (Кнежевић, 2015: 196). Одлагање главног претреса је дужи застој у извођењу процесних радњи узрокован потребом прибављања нових доказа, недоласка позваних субјеката на главни претрес, немогућношћу ангажовања браниоца у случају обавезне одбране, као и неурачунљивошћу окривљеног након извршења кривичног дела. Уколико је дисконтинуитет у току главног претреса трајао дужи временски период, потребно је предвидети могућност поновног отпочињања, како би се обезбедило да утисак и закључци о кривичном догађају, који се формирају у свести чланова судећег већа буду свежи, у тренутку доношења одлуке. Исто тако, потребно је прописати да главни претрес почне изнова, ако је дошло до промене члана већа, осим у случају да је реч о допунском судији, који је пратио ток главног претреса.

Према слову важећег процесног закона, прекид главног претреса може трајати најдуже до 15 дана. Прекинути главни претрес се наставља, осим ако се дошло до измене члана судећег већа, или ако је прекид трајао дуже од 15 дана (члан 386. став 6. ЗКП). У том случају се поступа по правилима за одложени главни претрес. Законодавац уводи правило да главни претрес мора почети изнова, у случају измене персоналног састава већа. Од тог правила, међутим, допушта изузетак, у случају да се након изјашњења странка и одлуке већа може приступити читању записника раније датом исказу сведока и вештака. Странке, дакле, не могу спречити доношење одлуке, којом се одступа од непосредности. Законодавац, затим, уводи правило да главни претрес мора почети изнова, ако је дошло до промене председника већа, те да се сви докази имају поново извести (члан 388. став 3. ЗКП). Већ у следећем ставу је дата могућност одступања и од овог правила, такође након изјашњења странака, веће може донети одлуку да се сведоци и вештаци не испитују поново. Овај пут законодавац наводи разлоге, који би могли утицати на такву одлуку. Од непосредности се може одступити због заштите сведока, протека времена (!?) или других важних разлога. Поступањем по законског овлашћењу, с циљем обезбеђивања процесне економије, долази се у ситуацију да се о одлучним чињеницама за доношење одлуке о казненом захтеву тужиоца, председник већа упознаје на основу списка, што може одлучујуће утицати на евентуалну погрешну оцену доказа. Заштита сведока не може бити оправдање за одступање

од непосредности, имајући у виду за је процесним законом предвиђен адекватан механизам процесне заштите. Још је мање јасно допуштено одступање услед протеча времена. Да ли је законодавац имао у виду да ће исказ након протеча времена бити квалитативно слабији? Онда би то био *ratio* да се докази испитивањем сведока уопште ни не изводе на главном претресу, већ да се за доношење одлуке узму као релевантни искази из истраге, или предистражног поступка. Протек времена би требао управо бити кључни разлог да се испитивање сведока и вештака понови пред измењеним судећим већем, како би се са чињеницама упознали на непосредан начин.

4. Суђење без присуства окривљеног на главном претресу

Значајно одступање од начела непосредности представља могућност суђења у одсуству окривљеног. Присуство странака на главном претресу је предуслов за остваривање правичног суђења, а на страни окривљеног за реализацију права на одбрану. У случају одсуства окривљеног, остаје могућност реализације функције одбране преко браниоца, али суд остаје ускраћен за виђење критичног догађаја окривљеног, а такође је онемогућена криминолошка експертиза личности окривљеног, значајна код одмеравања врсте и мере кривичне санкције (Симовић, 2013: 271). Одбијање окривљеног да присуствује главном претресу доводи до примене мера за обезбеђење присуства, ако је реч о недошавшем окривљеном. У случају када окривљени није доступан органима вођења поступка (одбегли окривљени), постоји потреба да се кривични поступак одвија у његовом одсуству, услед опасности од наступања застарелости, као и у случају тешких кривичних дела, попут ратних злочина или организованог криминалитета.

У кривичном поступку адверзијалног типа могућност суђења у одсуству окривљеног готово и да не постоји (Кнежевић, 2014: 89-104). Из јуриспруденције Европског суда за људска права произлази да је суђење у одсуству окривљеног могуће у случају јасног и недвосмисленог одрицања од права да присуствује суђењу. У том случају је потребно обезбедити минимум заштитних механизма за реализацију права на одбрану. То подразумева присуство браниоца на главном претресу, преко кога се штите интереси окривљеног. Право на правично суђење биће обезбеђено ако су органи вођења поступка учинили све што је могуће да окривљени буде обавештен о вођењу поступка против њега.² Такође је неопходно обезбедити могућност понављања поступка, у случају доступности окривљеног, након доношења одлуке.³

² Case *Colozza v. Italy*, ECHR, (1985), 28.

³ Case *Krombach v. France*, ECHR, (2001), 85.

Процесни закон Србије допушта могућност суђења у одсуству окривљеног. Према члану 381. ЗКП, суђење у одсуству окривљеног је могуће ако постоје нарочито оправдани разлози, под условом да се налази у бекству, или да је недоступан органима вођења поступка. Предлог за суђење даје тужилац, а одлуку доноси судеће веће. У случају суђења у одсуству, окривљени мора имати браниоца. Могућност суђења у одсуству постоји како у редовном, тако и у скраћеном кривичном поступку. При томе је потребно правити разлику између суђења недошавшем окривљеном, од суђења одбеглом окривљеном. Законом је предвиђена могућност одржавања главног претреса, у случају изостанка уредно позваног окривљеног (члан 507. став 2. ЗКП). Потребно је да се суди за кривично дело, за које је предвиђена као главна казна новчана казна, или казна затвора до 3 године, затим да је окривљени уредно позван, а да присуство окривљеног није нужно и да је претходно саслушан. Са друге стране, за суђење у одсуству окривљеног примењује се одредба из члана 381. ЗКП, с обзиром да је у члану 495. предвиђена примена одредаба Законика о кривичном поступку, ако у делу, који се односи на сумарни поступак није нешто друго прописано. Према томе, реч је о две различите ситуације, које су изазивале дилеме у судској пракси, али које су отклоњене одлуком највише судске инстанце.⁴ Окривљеном се може судити у одсуству и у скраћеном поступку, ако постоје важни разлози за то, при чему претња наступања застарелости свакако представља оправдан разлог. Насупрот томе, у поступку према малолетницима није могуће суђење у одсуству (члан 48. став 1. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица⁵). На тај начин је, у овој форми поступка, потпуније афирмисано начело непосредности, у погледу присуства странака суђењу.

5. Осврт на судску праксу

Како би се стекла потпунија слика о примени члана 507. став 2. Законика о кривичном поступку у пракси, рад садржи и неколико примера из праксе, односно пресуда Основног суда у Новом Саду.

Наиме, да би се поступајући судија одлучио да кривични поступак оконча применом овог члана, неопходно је да прво утврди да ли су испуњени сви објективни услови за то, а то је: да се окривљеном суди за кривично дело за које је као главна казна прописана новчана казна или казна затвора до три године, да је окривљени уредно позван на

⁴ Пресуда Врховног касационог суда К33 12/10, од 14.04.2010. године.

⁵ *Сл. гласник РС, бр. 85/2005.*

главни претрес иако није дошао, као и да је пре тога већ био саслушан. Када поступајући судија утврди да су претходно набројани услови испуњени, и након узимања изјаве јавног тужиоца, доноси одлуку да ли ће у конкретном случају применити члан 507. став 2. ЗКП и поступак одржати и окончати у одсуству окривљеног, уколико несумњиво утврди да присуство окривљеног у том случају није неопходно. Наведеним поступањем суда занемарује се примена начела непосредности, односно предност се даје ефикасности и економичности, дакле у оваквим случајевима циљ је да се кривични поступак спроведе што брже и једноставније уз што мање трошкова. С циљем потпунијег сагледавања ове процесне могућности и увида под којим околностима се суд заиста и одлучује на то да главни претрес одржи у одсуству окривљеног, даљи део рада садржи конкретне делове из неколико пресуда Основног суда у Новом Саду.

У једној од одлука, суд је одлучио да примени члан 507. став 2. ЗКП, јер је у конкретном случају констатовано да је окривљени примио оптужни предлог и да је упознат са термином одржавања главног претреса, што је потврдио и његов бранилац који је приступио на главни претрес, као и да је окривљени претходно саслушан пред Основним јавним тужилаштвом. Такође, у овом предмету, окривљени је приликом саслушања пред Основним јавним тужилаштвом у целости признао извршење кривичног дела – неовлашћено држање опојних дрога из члана 246а. став 1. Кривичног законика, док су и остали изведени докази поткрепили дато признање окривљеног. Првостепени суд је окривљеног огласио кривим за наведено кривично дело и осудио га на новчану казну у одређеном износу и то у износу од 150.000,00 (сто педесет хиљада) динара, са образложењем да би прибављање података ради утврђивања висине дневног износа новчане казне знатно продужило трајање кривичног поступка, посебно што се у моменту одржавања главног претреса окривљени налазио у иностранству, где живи и ради, као и да је неизвестан његов поновни долазак у Републику Србију. Дакле, из ове одлуке закључујемо да се суд за ову процесну могућност определио у ситуацији, када су испуњени сви законом предвиђени услови, а поред тога у конкретном случају окривљеног је на главном претресу заступао бранилац и окривљени је претходно пред Основним јавним тужилаштвом у целости признао извршење кривичног дела, због чега је овакво поступање у значајној мери скратило трајање кривичног поступка, као и евентуалне трошкове кривичног поступка.⁶

У наредној одлуци, када се суд такође одлучио за примену члана 507. став 2. ЗКП, ситуација је слична претходном примеру. Наиме, окривље-

⁶ Пресуда Основног суда у Новом Саду, К 1267/2023 од 21.11.2023. године.

ном се судило за кривично дело крађе из члана 203. став 1. Кривичног законика, исти је претходно био саслушан пред Основним јавним тужиоцем, где је у целости признао извршење кривичног дела, које признање је било поткрепљено и другим изведеним доказима, а на главни претрес није дошао, иако је био уредно позван. Суд је, након одржаног главног претреса, у одсуству окривљеног, донео пресуду којом је истог огласио кривим и приликом одмеравања врсте и висине кривичне санкције, посебно ценио управо признање извршења кривичног дела, које је у значајној мери допринело да се чињенично стање брже расветли, те је окривљеном изрекао условну осуду, тако што му је утврдио казну затвора у трајању од 3 (три) месеца и истовремено одредио да се утврђена казна неће извршити уколико окривљени у року од 1 (једне) године, по правноснажности пресуде, не учини ново кривично дело. И у овом примеру уочавамо да је суду за овакву одлуку значајно допринело дато признање окривљеног, као и јасно утврђено чињенично стање, због чега је овако вођен кривични поступак значајно скратио његово трајање.⁷

Наредна одлука представља пример где је окривљени на главном претресу приликом изношења одбране у целости признао извршење кривичног дела – недавање издржавања из члана 195. став 1. КЗ, док се на следећи главни претрес окривљени није одазвао иако је био уредно позван, због чега се поступајући судија, а уз претходно дату изјаву јавног тужиоца, који се сагласио са предлогом да се главни претрес оконча по основу члана 507. став 2. ЗКП. Признање окривљеног је и у овом случају било поткрепљено и другим изведеним доказима, а јавни тужилац је на главном претресу изменио предлог кривичне санкције, те је окривљени за кривично дело у питању осуђен на новчану казну у износу од 50.000,00 (педесет хиљада) динара. Дати пример се у односу на претходно наведене разликује у том погледу што је у овом случају и поступајући судија имао прилику да саслуша окривљеног и да непосредно чује његову одбрану, односно стекне утисак о окривљеном, што је касније могло само да учврсти одлуку да се поступак спроведе у одсуству уредно позваног окривљеног, с обзиром да је чињенично стање било неспорно утврђено и није било потребе за даљим одуговлачењем истог.⁸

Наредна одлука суда донета је након одржаног главног претреса по основу члана 507. став 2. ЗКП, имајући у виду да је окривљени претходно дао одбрану приликом саслушања пред Основним јавним тужиоцем,

⁷ Пресуда Основног суда у Новом Саду, К 1759/2019 од 30.10.2019. године.

⁸ Пресуда Основног суда у Новом Саду, К 1344/2022 од 02.02.2023. године.

где је делимично признао извршење кривичног дела – крађа из члана 203. став 1. КЗ. Наведено признање поткрепљено је и другим изведеним доказима, из чега произилази да је поступајући суд био уверен у то да у конкретном случају присуство окривљеног на главном претресу није било нужно и неопходно, због чега је исти и одржан у одсуству уредно позваног окривљеног. Окривљени је оглашен кривим и истом је изречена условна осуда, тако што му је утврђена казна затвора у трајању од 4 (четири) месеца и истовремено одређено да се утврђена казна неће извршити уколико окривљени у року од 1 (једне) године, по правноснажности пресуде, не учини ново кривично дело.⁹

У наредном примеру, имамо такође ситуацију где је главном претресу присуствовао изабрани бранилац окривљеног, док је уредно позван окривљени био одсутан. Како је окривљени претходно пред јавним тужиоцем изнео своју одбрану, након узимања изјаве јавног тужиоца, поступајући судија се одлучио да се главни претрес одржи у одсуству окривљеног пошто је оценио да су испуњени сви услови које захтева члан 507. став 2. ЗКП. Суд је приликом оцене доказа, ценио одбрану окривљеног и исту прихватио као делимично признање извршења кривичног дела – крађа у покушају из члана 203. став 1. КЗ у вези члана 30. КЗ, те је окривљеног огласио кривим за извршено кривично дело и осудио на казну затвора у трајању од 5 (пет) месеци, која казна ће се извршити у просторијама у којима окривљени станује, без примене електронског надзора. Дакле, у погледу кривичне санкције, суд се одлучио за једну од алтернативних кривичних санкција, након што је узео у обзир све околности од којих зависи врста и висина кривичне санкције, сматрајући да ће се и тако изреченом казном затвора у потпуности остварити сврха кажњавања.¹⁰

Најзад, у последњем примеру, главни претрес се одржао у одсуству окривљеног. У овом случају окривљени није имао браниоца, а након узимања изјаве јавног тужиоца, поступајући судија се определио да се главни претрес одржи у складу са чланом 507. став 2. ЗКП, имајући у виду да је окривљени претходно био салсушан пре јавним тужиоцем. где је изнео своју одбрану и у целости признао извршење кривичног дела – крађа у покушају из члана 203. став 1. КЗ у вези члана 30. КЗ. Како су и остали изведени докази поткрепили и потврдили дато признање окривљеног, за суд нису постојале сметње да одржи главни претрес и у одсуству окривљеног и донесе одлуку. Овде се суд, иако је дело остало у покушају, ипак одлучио за казну ефективног затвора, те окривље-

⁹ Пресуда Основног суда у Новом Саду, К 1447/22 од 11.01.2023. године.

¹⁰ Пресуда Основног суда у Новом Саду, К 452/22 од 07.04.2023. године.

ног осудио на казну затвора у трајању од 6 (шест) месеци, а имајући у виду све околности, посебно ценећи чињеницу раније осуђиваности окривљеног, и то за кривично дело из исте групе кривичних дела као што је и кривично дело за које је оглашен кривим у овом кривичном поступку.¹¹

Након, увида у делове наведених одлука, јасно се намеће закључак да се могућност коју предвиђа наш законодавац, суђења у одсуству окривљеног, оправдава најпре малим друштвеним значајем дела, а таквим суђењем настоји се да се спречи било какво злонамерно развлачење поступка од стране окривљеног, као и да се смање трошкови кривичног поступка.

Наиме, основна претпоставка да би се одржало суђење у одсуству окривљеног јесте уредност позива, која се преиспитује како у погледу садржине, у смислу да је дата са одговарајућим упозорењима, пре свега упозорењем окривљеном да се главни претрес у случају његовог неоодазивања може одржати у одсуству окривљеног, као и у погледу начина достављања писмена окривљеном, како то захтева члан 246 ЗКП.

Надаље, јасно је да је присуство окривљеног на главном претресу увек нужно, уколико није саслушан, тако да ће суд процену да ли је присуство окривљеног нужно вршити само уколико је окривљени претходно саслушан и изнео своју одбрану. Под саслушањем окривљеног разуме се саслушање у истом кривичном поступку извршено од овлашћеног органа и на начин прописан у Законнику о кривичном поступку.

Важно је напоменути да суђење у одсуству окривљеног и примена члана 507. став 2. ЗКП, за суд представља само могућност, не и обавезу. С тим у вези, уколико суд процени да је присуство окривљеног нужно у конкретном поступку, то ће и захтевати и искористити процесне могућности како би обезбедио његово присуство.

У односу на наведене примере, односно одлуке Основног суда у Новом Саду, закључујемо да су у сваком случају задовољени услови које захтева члан 507. став 2. ЗКП, у погледу одржавања главног претреса у одсуству окривљеног. Дакле, у сваком случају кривични поступак се водио поводом кривичног дела за које је прописна новчана казна или казна затвора до три године, констатована је уредност позива за главни претрес окривљеном, као и чињеница да је већ претходно био саслушан. Само у једном примеру имамо случај да је и поступајући судија имао могућност да непосредно види и саслуша окривљеног.

¹¹ Пресуда Основног суда у Новом Саду, К 1379/23 од 14.12.2023. године.

Такође, оно што уочавамо у свим примерима јесте да је у сваком случају окривљени претходно приликом саслушања признао у целости или делимично извршење кривичног дела које му се ставља на терет, а како су и остали изведени докази у поступку поткрепљивали и потврђивали дато признање окривљеног, то је управо било пресудно за процену нужности присуства окривљеног на главном претресу.

Наиме, из наведеног произилази да је суд несумњиво утврдио све одлучне чињенице, због чега присуство окривљеног није било нужно, нити би утицало на доношење другачије одлуке суда. У неколико примера уочавамо и да је главном претресу био присутан бранилац окривљеног, чиме су права на одбрану окривљеног била додатно заштићена, оптужни акти нису били допуњавани нити мењани, а приликом доношења одлуке о врсти и висини кривичне санкције, суд је у обзир узимао све околности од значаја и своју одлуку у том делу аргументовано, подробно и јасно образложио.

Несумњиво је да одржавање главног претреса у одсуству окривљеног сходно члану 507. став 2. Законика о кривичном поступку значајно скраћује процес суђења, као и трошкове поступка, па и трошкове самог окривљеног, али из примера из праксе уочавамо да се судије за ову процесну могућност одлучују само онда када су одлучне чињенице несумњиво утврђене и углавном када дато признање окривљеног потврђују и други изведени докази.

Оваквим поступањем суда никако не можемо говорити о повреди права на одбрану окривљеног, имајући у виду да је бржи завршетак кривичног поступка у интересу и самог окривљеног, а поред тога, уколико би окривљени био незадовољан првостепеном одлуком, у сваком случају имао би право на изјављивање жалбе и преиспитивање исте од стране другостепеног суда.

6. Закључак

У кривичном поступку адверзијалног типа, какав је несумњиво кривични поступак у Србији, од доношења Законика о кривичном поступку из 2011. године, начело непосредности је иманентна одлика, од којег изузетке треба рестриктивно предвидети. Кривични поступак англо-америчког типа, као једну своју важну одлику носи са собом непосредно извођење доказа и упознавање судећег већа са чињеницама на главном претресу. Од овог начела изузеци су ретки и рестриктивно се тумаче. Насупрот томе, у нашем процесном закону срећемо превелики број изузетака од примене непосредности, који су преузети из раније важећег

процесног закона, који се имао једну важну тачку разграничења, судску истрагу. Отварањем широких могућности да се чињенична основица судске одлуке формира на основу доказних радњи из истраге, па чак и из предистражног поступка, доведено је у питање правилно доношење закључака чланова судећег већа о кривичној ствари. Давање преимућства процесној економији над континуираним током главног претреса такође се не доприноси првилности кривичне пресуде. Најзад, широко постављена могућност суђења у одсуству окривљеног, није иманентна кривичном поступку адверзијалног типа, какав је законодавац желео да изгради. Сви наведени аргументи могу довести до непожељног исхода, у случају тестирања националног кривичног поступка пред Европским судом, из визуре права на правично суђење.

На основу свега реченог, па и приложених примера из судске праксе, намеће се закључак да ова процесна могућност одржавања главног претреса без присуства окривљеног у скраћеном поступку свакако доприноси брзини решавања судских предмета, у појединим случајевима и бржем задовољењу правде, смањењу трошкова, ресурса. Ова се могућност међутим користи рестриктивно, јер се у пракси предност даје начелу непосредности и контрадикторности, а не начелу економичности и ефикасности поступка. То узвеши у обзир све особености законика о кривичном поступку и правног наслеђа на које се он ослања и не чуди. Можда се, временом, даљим утицајем англосаксонског правног система на домаћи то и промени. Добра прилика за то су и актуелне измене и допуне важећег процесног закона, те ћемо видети да ли ће и на који начин бити реформе у том погледу.

Литература

Бејатовић, С. (2014). *Кривично процесно право*. Београд: Службени гласник

Ивичевић Карас, Е. (2007). Начело једнакости оружја као конститутивни елемент права на правични казнени поступак из чланка 6. Еуропске конвенције за заштиту људских права и темељних слобода. *Зборник Правног факултета у Загребу*. 4-5. 761-788.

Ивичевић Карас, Е. (2013). Доказна снага резултата истраге према приједлогу новеле Закона о казненом поступку. *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*. 2. 691-714.

Кнежевић, С, Илић, И. (2016). Гаранције за правилно утврђивање чињеница у кривичном поступку. *Правна ријеч*. 48. 503-522.

Кнежевић, С. (2015). *Кривично процесно право, Општи део*. Ниш: Правни факултет

Кнежевић, С (2014). Суђење у одсуству окривљеног. *Зборник Правног факултета у Нишу*. 89-104.

Симовић, М. (2013). *Кривично процесно право – увод и општи део*. Бихаћ: Правни факултет

Тинтор, Ј. (2015). Нови ЗКП – основни проблеми одбране, текст доступан на: <https://blog.aks.org.rs/wp-content/uploads/2015/11/osnovni-problemi-odbrane.pdf>

Шкулић, М. (2013). Доминантне карактеристике основних великих кривичнопроцесних система и њихов утицај на реформу српског кривичног поступка. *Crimen*. 2. 176-234.

Судска пракса

ECtHR case: *Colozza v. Italy* (1985), European Court of Human Rights (ECtHR)

ECtHR case: *Ensslin, Baader and Raspe v. Germany* (1978), ECtHR

ECtHR case: *Graviano v. Italy* (2005), ECtHR

ECtHR case: *Krombach v. France* (2001), ECtHR

ECtHR case: *Mellich and Beck v. Czech Republic* (2008), ECtHR

Пресуда Врховног касационог суда К33 12/10, од 14.04.2010. године

Пресуда Основног суда у Новом Саду К 1267/2023 од 21.11.2023. године

Пресуда Основног суда у Новом Саду К 1759/2019 од 30.10.2019. године

Пресуда Основног суда у Новом Саду К 1344/2022 од 02.02.2023. године

Пресуда Основног суда у Новом Саду К 1447/22 од 11.01.2023. године

Пресуда Основног суда у Новом Саду К 452/22 од 07.04.2023. године

Пресуда Основног суда у Новом Саду К 1379/23 од 14.12.2023. године

Prof. Ivan Ilić, LL.D.,

Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš,

Mina Sremčev, LL.M.,

PhD Student,
Faculty of Law, University of Novi Sad,
Republic of Serbia

CONDUCTING THE TRIAL IN SUMMARY PROCEDURE WITHOUT THE PRESENCE OF THE DEFENDANT: THEORY AND PRACTICE

Summary

The full implementation of the principles of immediacy, orality and adversariality, as well as the principle of a fair trial in criminal proceedings, is provided only by ensuring the presence of the defendant during the main trial. On the other hand, the principle of efficiency of the criminal procedure dictates that in some situations the trial can be held without the presence of the accused at this central stage of the trial, in the narrower sense of the word. This tendency is particularly prominent in simplified forms of proceedings, such as summary procedure. In order to ensure a more comprehensive understanding of this procedural possibility, the paper presents the results of the empirical research conducted in the Basic (Municipal) Court in Novi Sad. The research aims to show how often judges decide to hold the main trial in the form of summary procedure without the presence of the defendant, whether such procedure constitute a violation of the defendant's right to defense, and how these proceedings most frequently end. Relying on the research results, the authors aim to determine whether the goals arising from the principles of economy and efficiency, as well as the goals pertaining to the principles of a fair trial and protection of the rights of the accused, can be achieved concurrently. Based on examples from the observed court practice, the conclusion is that this procedural option certainly contributes to the speed of resolving court cases, reducing costs and resources. However, this procedural possibility is used restrictively because, in practice, priority is given to the principle of immediacy and adversariality rather than the principle of procedural economy and efficiency. Over time, under the further influence of the Anglo-Saxon legal system on the domestic one, it is likely to change. A good opportunity for change is the current process of amending the applicable criminal procedure law, and we will see whether and in what way there will be reforms in this regard.

Keywords: *criminal procedure, summary procedure, the right to a fair trial, defendant, main trial.*

Др Гордана Николић,*
Научни сарадник,
Криминалистички инспектор,
Полицијска управа у Нишу, Министарство
унутрашњих послова,
Република Србија

UDK: 331.108.644.1
UDK: 343.352
DOI: 10.5281/zenodo.14514347

ПРАВНИ ПРИНЦИПИ У ПРИМЕНИ НОВЧАНЕ КАЗНЕ КОД КОРУПТИВНИХ КРИВИЧНИХ ДЕЛА

Апстракт: Новчана казна је у савременом праву неправедно за-
постављена кривична санкција, иако се сматра једном од најста-
ријих казни у систему кривичних санкција. Законодавац је прописао
могућност њене примене као споредне казне код кривичних дела
учињених из користољубља и у случају када није прописана законом
да ће се учинилац казнити казном затвора или новчаном казном,
а суд као главну казну изрекне казну затвора. Ипак, у практичној
примени, подаци не говоре о њеној значајној заступљености, посеб-
но када се ради о имовинским и коруптивним кривичним делима,
према којима се очекује њена већа и пунија примена изрицања, а не у
занемарљивом проценту. Аутор се у ради бави управо овом казном
указујући на недостатак правног принципа у њеној примени према
коруптивним кривичним делима. Имајући у виду чињеницу да се
разна кривична дела могу вршити ради корупције, те их можемо
и назвати делима у вези са корупцијом, кривично законодавство
познаје и типична коруптивна кривична дела, а то су злоупотре-
ба службена положаја, трговина утицајем, примање и давање
мита. С тим у вези, а због обима и садржине рада, пажњу ћемо
задржати управо на овим кривичним делима, односно на њиховом
кажњавању, анализирајући и статистичке податке о занемаре-
ној примени новчане казне према овим делима указујући на њену
важност и будућу кумулативну примену са казном затвора како
би се остварио адекватнији правни принцип кажњавања учиниоца
ових дела, будући да се садашњом њеном применом кривичноправне
могућности као споредне казне, она готово и не изриче.

* chupka84@gmail.com

Кључне речи: новчана казна, коруптивна дела, злоупотреба службеног положаја, трговина утицајем, примање мита, давање мита, правни принцип кажњавања, Кривични законик.

1. Уводне напомене

Људско друштво је од најстаријих времена покушавало да се заштити од различитих облика и видова криминалитета кроз разне моралне и људске осуде до читавог спекта и лепезе кривичних санкција које наше законодаштво прописује. Кривичне санкције су законом предвиђене мере друштва реакције које изриче суд у законом спроведеном кривичном поступку према учиниоцу кривичних дела у циљу њиховог сузбијања и спречавања (Јовашевић, 2010: 181).

Иако се вршењем кривичних дела наноси штета и друштву и појединцу, примена кривичних санкција не зависи од воље оштећених лица, већ се оне примењују у интересу друштва као целине и као правно одређене реакције у виду репресије које се изриче учиниоцима кривичних дела, у кривичном поступку и под условима одређеним законом.

Кривични законик Републике Србије¹ прописује четири врсте кривичних санкција и то: казне, мере упозорење, мере безбедности и васпитне мере. Постоје и мере кривичноправног карактера које немају карактер санкција као што су правна последица осуде и одузимање имовинске користи. У смислу казни, законодавац прописује четири врсте казне: казна лишења слободе, новчана казна, рад у јавном интересу и одузимање возачке дозволе.

Чини нам се да научна и стручна јавност своју пажњу највише усмерава на казну затвора (лишење слободе), што је са једне стране нужна репресивна и превентивна мера (Алексић, Шкулић, 2011: 73), посебно када се ради о њеном поштравању, док општа јавност, лицитира увођењем одавно напуштених казни. Са друге стране, у систему казни новчану казну смо неправедно запоставили, сматрајући је мање популарном, али и као казном којом се не оставрује потпуна сврха кажњавања.

Суштина рада се не огледа у поентирању примене новчане казне као самосталне, већ као кумулативно прописане са казном затвора за кривична дела која се врше из материјалних мотива, као што су коруптивна кривична дела злоупотреба службена положаја, трговина утицајем, примање и давање мита. Новчана казна не треба да представља замену

¹ Кривични законик Републике Србије „Сл. гласник РС“, 85/05, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 и 35/19.

за казну затвора јер се новцем, као самосталном казном, не може платити кривица учиниоца. Кумулативно одређење са казном затвора би имало другачији и потпуни утицај на учиниоце дела посебно на њихов превентивни значај, будући да би се применом и новчане казне погодила и њихова осетљива сфера, а то је новац.

С тим у вези, у раду је поступљено на следећи начин: најпре ће бити учињен осврт на опште одредбе о новчаној казни у законодавству Србије, а потом и на кривичноправна одређења претходно наведених коруптивних кривичних дела, да би се након тога анализирао примена новчане казне према учиниоцима ових кривичних дела.

2. Опште одредбе о новчаној казни

Новчана казна је једне од најстаријих кривичних санкција. Најпре је настала из разлога спречавања крвне освете, према коме је учинилац плаћао одређену суму новца оштећеном или његовој породици као надокнаду за учињено кривично дело, а потом као врста имовинске казне када је држава посредовала између оштећеног (његове породице) и учиниоца кривичног дела (његове породице) где је један део припадо њој, а други део оштећеном лицу (Јовашевић, 2001: 233). Временом су ова дела имовинске композиције добила самосталност, те се тако први део претворио у новчану казну која има јавноправни, а другим део у накнаду штете која има грађанскоправни карактер (Јовашевић, 2010: 220).

Своју велику и широку примену у кривичном праву, новчана казна је имала све до деветнаестог века, јер је држава почела сама да је примењује, односно да од учиниоца наплаћује извесну суму новца за учињено дело, те се у средњем веку врло често користила као глоба.

Кривични законик проте Матеје из 1804. године (Живановић, 1967: 8) у свом скромном обиму у свега сачуваних седам чланова свог текста, још увек недовољно познатог податка да ли се законик примењивао само на подручју нахије и целе ослобођене државе, прописао је новчану казну као главну и споредну казну. Главна је била предвиђена према учиниоцима имовинских кривичних дела и то плаћањем штете за украдену ствар у двострукој висини вредности те ствари, док је споредна новчана казна била прописана за кривично дело лажно сведочење под заклетвом плаћањем накнаде штете за коју је учинилац дела сведочио.

Ипак против новчане казне се у правној литератури могу наћи разни приговори, а између осталог и они који се односе на то да се овом казном не утиче на преваспитавање учиниоца кривичних дела, што и јесте

донекле тачно, ако би изрицала самостално. Њено изрицање као споредне казне, кумулативно прописане са казном затвора, треба се сматрати као погодно средство у борби против криминалитета, посебно када се ради о кривичним делима извршеним из користољуба или намере прибављања противправне имовинске користи (Јовашевић, 2001: 235).

Новчана казна се састоји у обавези осуђеног лица да у одређеном року уплати судском пресудом одређени новчани износ у корист државе. Може се изрећи као главна и као споредна казна. Као главна казна она се може изрећи када је у закону прописана алтернативно са казном затвора, док се као споредна казна може изрећи када је у закону кумулативно прописана са казном затвора.

Међутим, законодавац наводи могућност² да суд може изрећи новчану казну као споредну казну (кумулативно са затвором) за кривична дела учињена из користољуба и када није прописана законом или када је законом прописано алтернативно кажњавање са казном затвора, а суд као главну казну изрекне затвор. Појам користољубља овде треба схватити у најширем смислу, односно у смислу тежње да се постигне нека имовинска корист. Ирелевантно је да ли је користољубље као мотив извршења дела битно обележје бића дела, тако да то може да буде било које кривично дело (Стојановић, 2019: 253).

Новчана казна се може одмерити и изрећи у дневним износима или у одређеном износу. Кривични законик предвиђа оба система новчане казне, тако што нови систем, који се назива новчаном казном у дневним износима поставља као примаран, а стари систем (новчана казна у одређеном износу) поставља као супсидијаран. Првобитна интенција законодавства није била да се задрже оба система новчаног кажњавања, али разлог за задржавање и старог уз нови систем јесу избегавања евентуалних проблема који би могли настати у промени новог система новчане казне, па је тако задржан и стари систем као резервни. У будућности треба очекивати укидање старог система новчане казне ако нови систем заживи у пракси (Стојановић, 2019: 252).

Нови систем новчане казне подразумева да се претходно одмери казна у временском трајању, данима, да се после тога утврди новчана казна једног дана и да се простим множењем дође до новчане казне која се изриче. Предност ове казне је та што се вредност једног дана утврђује искључиво према имовинском стању учиниоца чиме се у знатној мери у односу систем фиксног износа кажњавања новчане казне постиже да

²Члан 48. став 2. Кривичног законика.

новчана казна једнако погађа и сиромашне и богате учиниоце кривичних дела. До вредности једног дана се долази тако што се утврде месечни или годишњи приходи учиниоца, те се одузму редовни трошкови које има и на основу тога утвђује дневни износ новчане казне.

Законодавац је прописао и извршење новчане³ и то на начин да се у пресуди одређује рок плаћања ове казне који не може бити краћи од петнаест дана ни дужи од три месеца. Уколико осуђени не плати новчану казну, суд ће је заменити казном затвора, тако што ће сваких започетих хиљаду динара новчане казне одредити један дан казне затвора, с тим да казна затвора не може бити дужа од шест месеци, док у случају да је изречена новчана казна у износу већем од седамсто хиљада динара, казна затвора не може бити дужа од једне године. У случају да осуђени плати само део новчане казне, суд ће остатак казне сразмерно заменити казном затвора. Такође, у случају да осуђени исплати остатак новчане казне, извршење казне затвора се обуставља.

Уместо казне затвора као замене за неплаћену новчану казну, она се може заменити радом у јавном интересу тако што ће за сваких започетих хиљаду динара новчане казне одредити осам часова рад у јавном интересу, с тим да рад у јавном интересу не може бити дужи од триста шездесет часова.

Новчана казна је погодна за лакша кривична дела, као и замена за краткотрајне казне затвора где у потпуности остварује своју самосталну и пуну примену. Међутим, у *de lege ferenda* смислу би требало размислити о њеном кумулативном одређењу са казном затвора за коруптивна кривична дела, будући да се ради о учиниоцима који нису егзистенцијално угрожени, већ о намери увећавања њихове материјалне добити (злоупотребом служебног положаја, трговином утицаја и примањем мита), поред редовних примања која остварују својим запослењем и друштвеним, државним (службеним) положајем. Овим видом кажњавања би се остварила већа репресивна, али и превентивна функција, будући да би се поштрена казнена политика састојала и у новчаном кажњавању поред затвора, што би на њих имало већи репересивни и превентивни утицај, него поштровање казне затвора, која све више поприма улогу дуготрајних затвора.

Значај новчане казне у саврменим казним системима у последње време је порастао, те је тако у неким земљама она постала најчешћа примењивана казна (нпр. у Јапану). У подручју лакшег и средњег криминалитета она је у тим земљама потпуно потиснула казну лишења

³Члан 51. Кривичног законика.

слободе, будући да се изриче у преко 90 посто случајева, али је и својом већом и доминантношћу применом утицала на смањење извршења кривичних дела према којима се примењивала као кривична санкција.

3. Коруптивна кривична дела

Појам корупције (Шкулић, 2015: 310) је најопштије одређен као незаконито коришћење друштвеног и државног положаја и моћи ради стицања сопствене користи. И сама реч корупција потекла је од латинске речи *corruptio* која у преводу значи подмитљивост, подкупљивост, поквареност. Ипак, појам корупције и није тако једноставно одредити, па овај појам служи као предмет многих научних, стручних, законских и друштвених расправа.

У кривичноправном систему Србије, кривично материјално право (Ђурђић, Јовашевић, 2010: 243) познаје разна коруптивна кривична дела у групи кривичних дела против привеле и групи дела против службене дужности. Ипак, због обима и структуре рада, осврт ћемо учинити на најтипичнија коруптивна кривична дела која су у Кривичном законнику предвиђена у групи кривичних дела против службене дужности и то: злоупотреба службеног положаја, трговина утицајем, примање мита и давање мита.

3.1. Злоупотреба службеног положаја

Злоупотребу службеног положаја⁴ чини службено лице које искоришћавањем свог службеног положаја или овлашћења, прекорачењем границе свог службеног овлашћења или невршењем своје службене дужности прибави себи или другом физичком или правном лицу какву корист, другом нанесе какву штету или теже повреди права другог. Законодавац је за основни облик овог дела прописао кажњавања казном затвора од шест месеци до пет година.

Квалификаторна околност овог дела односи се на висину прибављене имовинске користи. С тим у вези, први тежи облик постоји у случају уколико је основном радњом извршења прибављена имовинска корист у износу преко четрестопедест хиљада динара, за коју је законодавац прописао казну затвора од једне до осам година, док други тежи облик постоји ако вредност прибављене имовинске користи прелази износ милион и петсто хиљада динара. За овај квалификовани облик законодавац је прописао кажњавање казном затвора од две до дванаест година.

⁴Члан 359. Кривичног законика.

3.2. Трговина утицајем

Трговину утицајем⁵ чини лице које захтева или прими поклон или какву другу корист за себе или другог, непосредно или преко трећег лица, да коришћењем свог службеног или друштвеног положаја или стварног или претпостављеног утицаја, посредује да се изврши или не изврши нека службена радња. За основни облик дела прописано је кажњавање казном затвора од шест месеци до пет година.

Тежи облик овог дела за који је предвиђено кажњавање затвором од једне до осам година законодавац је прописао за лице које користећи свој службени или друштвени положај или стварни или претпостављени утицај посредује да се изврши службена радња која се не би смела извршити или да се не изврши службена радња која би се морала извршити. Квалификовани облик ове радње постоји у случају ако је за ову радњу посредовања захтеван или примљен поклон или каква друга корист, за шта ће се учинилац казнити затвором од две до десет година.

Нови облици основног кривичног дела постоје у два случаја. Први случај (неправо противзаконито посредовање) чини лице које другом непосредно или преко трећег лица обећа, понуди или да поклон или какву другу корист да коришћењем свог службеног или друштвеног положаја или стварног или претпостављеног утицаја посредује да се изврши или не изврши нека службена радња. Законодавац за овај облик прописује кажњавање затвором до три године (став 2). Други случај (право противзаконито посредовање) чини лице које другом непосредно или преко трећег лица обећа, понуди или да поклон или какву другу корист да користећи свој службени или друштвени положај или стварни или претпостављен утицај посредује да се изврши службена радња која се не би смела извршити или да се не изврши службена радња која би се морала извршити. За овај облик прописано је кажњавање од шест месеци до десет година.

У складу са Кривичноправном конвенцијом о корупцији инкриминирано је и вршење свих облика овог кривичног дела од стране лица које има статус страног службеног лица (Стојановић, 2019: 1088).

Кривични законик прописује и обавезно одузимање поклона и имовинске користи. У коментару Кривичног законика наводи се спорна чињеница која се односи на то да ли се овде ради о одузимању имовинске користи прибављене кривичних делом или обавезној примени мере безбедности одузимања предмета. У нашој теорији и пракси код свих коруптивних кривичних дела преовлађује схватање да се ради о мери безбедности одузимања предмета.

⁵Члан 366. Кривичног законика.

3.3. Примање мита

Примање мита⁶ или пасивно подмићивање чини службено лице које непосредно или посредно захтева или прими поклон или другу корист или које прими обећање поклона или друге користи за себе или другог да у оквиру свог службеног овлашћења или у вези са својим службеним овлашћењем изврши службену радњу коју не би смело извршити или да не изврши службену радњу коју би морало извршити. За основни облик дела прописано је кажњавање од две до дванаест година затвора.

Неопходно је да се ради о службеној радњи коју извршилац предузима у оквиру свог службеног овлашћења, односно да спада у делокруг овлашћења службеног лица. Радња извршења овог кривичног дела проширена је и постоји у случају када је мито примљено ради предузимања радње које не спада у овлашћење службеног лица, али је у вези са њим. Захтевање поклона или какве друге користи постоји када извршилац ставља до знања лицу од кога тражи поклон или другу корист да ће због тога извршити извршити службену радњу коју не би смео извршити или да неће извршити службену радњу коју би могао извршити (Јовашевић, 2014: 249).

Законодавац је прописао и лакши (привилеговани) облик пасивног подмићивања за које је прописано кажњавање од две до осам година. Овај облик чини службено лице које непосредно или посредно захтева или прими поклон или другу корист или које прими обећање поклона или друге користи за себе или другог да у оквиру свог службеног овлашћења или у вези са својим службеним овлашћењем изврши службену радњу коју би морало извршити или да не изврши службену радњу коју не би смело извршити.

Кривични законик прописује и тежи облик кривичног дела примања мита где квалификаторну околност чини то што се примање мита врши у вези са откривањем кривичног дела, покретањем или вођењем кривичног поступка, изрицањем или извршењем кривичне санкције. Извршилац овог облика може бити само службено, али не и одговорно лице. Законодавац је прописао кажњавање затвором од три до петнаест година.

Инкриминисано је накнадно подмићивање. Радњу чини службено лице које после извршења, односно неизвршења службене радње основног, привилегованог или квалификованог облика захтева или прими поклон или другу корист. Накнадно захтевање или примање поклона мора се вршити у вези са извршеном, односно неизвршеном службе-

⁶Члан 367. Кривичног законика.

ном радњом. И за ову радњу је прописано кажњавање затвором али у трајању од три месеца до три године.

3.4. Давање мита

Давање мита⁷ или активно подмићивање чини лице које службеном или другом лицу учини, понуди или обећа поклон или другу корист да службено лице у оквиру свог службеног овлашћења или у вези са својим службеним овлашћењем изврши службену радњу коју не би смело извршити или да не изврши службену радњу коју би морало извршити или ко посредује при оваквом подмићивању службеног лица. И овде је као и код кривичног дела примања мита проширена криминална зона и на случајеве да се мито даје ради предузимања радње које не спада у овлашћење службеног лица, али је у вези са њим. Прописано је кажњавање затвором од шест месеци до пет година.

Ко службеном или другом лицу учини, понуди или обећа поклон или другу корист да службено лице у оквиру свог службеног овлашћења или у вези са својим службеним овлашћењем изврши службену радњу коју би морало извршити или да не изврши службену радњу коју не би смело извршити или ко посредује при оваквом подмићивању службеног лица, казниће се затвором до три године.

Накнадно активно подмићивање за разлику од накнадног пасивног подмићивања није прописано. С тим у вези, ако је ако се поклон или друга корист дају после извршења (или неизвршења) службене радње, неће постојати кривично дело давање мита, осим ако давање поклона или друге користи није било унапред обећано (Стојановић, 2019: 1095).

Законодавац прописује и случај да уколико учинилац ових облика дела пријави дело пре него што је сазнао да је оно откривено може се ослободити од казне. Ово решење је врло похвално јер се њиме утиче на учиниоце да пријаве корупцију, односно давање мита али се његовим откривањем зауставља деловање корупције, посебно спречава и открива радња извршења кривичног дела примања мита (Стојановић, Делић, 2013: 388).

И код активног и код пасивног подмићивања, поклон који је дат или примљен, као и имовинска корист обавезно ће се одузети.

Као што је у претходном тескту рада наведено, за сва коруптивна кривична дела законодавац је прописао искључиво кажњавање (Игњатовић, 2014: 89) казном затвора као једином, самосталном и главном

⁷Члан 368. Кривичног законика.

казном. Ово није ништа спорно имајући у виду да се у складу општим одредбама кривичног права⁸ новчана казна може изрећи према делима учињена из користољубља и када није законом прописана (или је алтернативно прописана са казном затвора, а суд као главну казну изрекне казну затвора). Ипак, интересантно је запажање да законодавац оставља суду могућност примене поменутог члана општих кривичноправних норми када је у питању новчано кажњавање, а да ни за једно од анализираних коруптивних дела не прописује кумулативно кажњавање са затвором. У даљем тескту рада биће анализирана примена новчане казне према овим коруптивним кривичним делима.

4. Анализа примене новчане казне према учиниоцима коруптивних кривичних дела

Као што је у тексту рада наведено, законодавац је прописао могућност изрицања новчане казне као споредне према учиниоцима кривичних дела учињена из користољубља и то и када није прописана законом или када је законом прописано алтернативно кажњавања учиниоца са казном затвора, а суд као главну казну изрекне казну затвора. Иако овим решењем законодавац даје могућност новчаног кажњавања учиниоца кривичних дела који су за мотив извршења имали користољубље, односно прибављања имовинске користи у пракси се ови случајеви не дешавају толико често. С тим у вези наредни подаци који ће бити анализирани, а који су приказани су у Билтенима Републичког завода за статистику Републике Србије (Републички завод за статистику, 2016-2022) указују на запостављени феномен примене овог вида кажњавања, односно на недостатак правног принципа у примени новчане казне.

Табела 1. Изречена новчана казна осуђеним лицима за коруптивна кривична дела у Србији у периоду од 2015. до 2022. године

године	2015.	2016.	2017.	2018.	2019.	2020.	2021.	2022.
злоупотреба службеног положаја	-	-	-	-	-	-	-	-
трговина утицајем	-	-	-	-	-	-	-	-
примање мита	1	-	-	-	-	-	-	-
давање мита	3	1	-	2	-	1	2	-

⁸Члан 48. став 2. Кривичног законика.

Као што је у табели 1. приказано можемо да констатујемо да у периоду од 2015. до 2022. године ни у једном случају није изречена новчана казна, у складу са оптим кривичноматеријалним одредбама, учиниоцима кривичних дела злоупотребе службеног положаја и трговине утицајем, док је учиниоцима кривичног дела примања мита, изречена у само једном случају и то 2015. године. Занемарена примена новчане казне се огледа и код кривичног дела давања мита 2017, 2019 и 2022. године, док је у свега неколико случајева била изречена у осталим анализираном годинама и то највише 2015. године у 3 случајева, док је у осталим годинама изречена у само једном или два случајева.

Интересантан је податак да се код према осуђеним лицима за кривично дело примање мита није ни у једном случају изрекла новчана казна (осим у занемарљиво једном случају 2015. године) имајући у виду да се ова кривична дела и врше управо у циљу прибављања имовинске користи или поклона. Код кривичног дела давања мита осуђени даје, нуди или обећа поклон или другу корист службеном лицу, односно подмићује службено лице, те се суд одлучио да у неким случајевима изрекне и новчану казну управо овим осуђеним лицима.

Табела 2. Укупан број осуђени лица за коруптивна кривична дела у Србији у периоду од 2015. до 2022. године

године	2015.	2016.	2017.	2018.	2019.	2020.	2021.	2022.
злоупотреба службеног положаја	156	158	134	142	135	101	125	114
трговина утицајем	6	3	7	9	27	6	7	7
примање мита	40	54	28	35	49	47	41	18
давање мита	46	46	20	36	88	101	54	32

Када је реч о укупном броју осуђених лица за коруптивна кривична дела у анализираном периоду можемо да констатујемо да је у највећем броју случајева било осуђено за кривична дела злоупотребе службеног положаја која значајно и доминирају у односу на број осуђених за остала коруптивна кривична дела. Најмањи број осуђених лица је за кривична дела трговине утицајем. Када се ради о кривичним делима примања и давања мита она се врше у сличној динамици и интензитету, те су тако и осуђа лица за ова дела од 2015. до 2018. године у сличном броју осуђена, док се одступање јавља 2019. и 2020. године када је забележен скоро двостуко већи број осуђених за дела давања мита у односу на примање мита, као што је случај и 2022. године.

Табела 3. Однос изречене новчане казне у односу на укупан број осуђених лица за извршена коруптивна кривична дела у Србији у периоду од 2015. до 2022. године

године	2015.		2016.		2017.		2018.		2019.		2020.		2021.		2022.	
	О Н		О Н		О Н		О Н		О Н		О Н		О Н		О Н	
Злоупот. службеног положаја	156	-	158	-	134	-	142	-	135	-	101	-	125	-	114	-
	100%	-	100%	-	100%	-	100%	-	100%	-	100%	-	100%	-	100%	-
трговина утицајем	6	-	3	-	7	-	9	-	27	-	6	-	7	-	7	-
	100%	-	100%	-	100%	-	100%	-	100%	-	100%	-	100%	-	100%	-
примање мита	40	1	54	-	28	-	35	-	49	-	47	-	41	-	18	-
	100%	2,5%	100%	-	100%	-	100%	-	100%	-	100%	-	100%	-	100%	-
давање мита	46	3	46	1	20	-	36	2	88	-	101	1	54	2	32	-
	100%	6,5%	100%	2%	100%	-	100%	5%	100%	-	100%	1%	100%	4%	100%	-

* О – осуђена лица

** Н - новчано кажњавање

Уколико анализирамо проценат изречене новчане казне⁹ учиниоцима коруптивних кривичних дела што је приказано у табели 3 можемо да констатујемо скоро занемарљив проценат заступљености новчане казне у кажњавању учиниоца ових дела. Наиме, учиниоцима кривичних дела злоупотребе службеног положаја и трговине утицајем у анализираним годинама ни у једном случају није изречена новчана казна, док је у само једном случају и то 2015. године новчана казна изречена учиниоцу кривичног дела примања мита.

Код кривичног дела давања мита (иако се не ради о типичном кривичном делу против службене дужности јер учинилац може бити свако лице) се уочава скромно заступљено новчано кажњавање и то највише 2015. године у 6,5% случајева, док 2018. године у 5% случајева и 2021. године у 4% случајева. Током 2016. године новчана казна је изречена у свега 2% случајева, односно 2020. године у 1% случајева у односу на укупан број осуђених лица за ово кривично дело. Овде се ради само о процентној дискретној разлици док је у оба случајева новчана казна изречена према само једном учиниоцу дела. Током 2017. и 2021. године новчана казна није изречена ни у једном случају.

⁹Члан 48. став 2. Кривичног законика.

Интересантан податак је и тај да се скромна заступљеност новчаног кажњавања уочава код кривчног дела давања мита, док се код кривчног дела примања мита, осим 2015. године (у једном случају) не запажа никакво изрицање новчане казне. Ово дискретно одступање указује на чињеницу да новчаном казном чешће кажњавају учиниоци кривчног дела давања мита него учиниоци дела примања мита. Имајући у виду да су ова два дела нужно повезана, изненађујући податак је да се учиниоци дела примања мита скоро новчано и не кажњавају, већ само учиниоци дела давања мита и то у скромном проценту заступљености.

5. Закључак

Аргументи који су изнети, а којима се у правној теорији приговара новчаној казни не требају бити разлог недостатка правног принципа у примени новчане казне приликом кажњавања учиниоца коруптивних кривичних дела имајући у виду да учиниоци ова дела управо и врше из разлога прибављања имовинске користи, односно из мотива користољубља Новчана казна не треба да има само својство ретрибутивног карактера, већ првенствено репресивну и превентивну функцију.

Важно је нагласити да се аутор у раду не залаже за увођење новчане казне као самосталне у кажњавању учиниоца коруптивних кривичних дела, већ као кумулативно прописане са казном затвора која неминувано има улогу васпитавања и преваспитавања учиниоца ових дела. Новчаном казном би се остварали ефикаснија функција специјалне и генералне превенције, будући да се учинилац дела кажњава казном којом је најосетљивији за његову сферу личности, а то је новчано, а што је и био разлог његовог извршења дела.

У прилог овом решењу иде чињеница да је новчана казна у историји нашег кривичног законодавства имала велику и широку примену, посебно када се радило о кривичним делима која су извршена из користољубља или намере прибављања противправне имовинске користи, као и замена за краткотрајне казне затвора. Исто тако, новчана казна своју широку примену остварује и у разним европским и светским кривичним законодавствима која су њеном применом успела да смање извршење коруптивних кривичних дела и остварене ефикаснију репресију и превенцију

И коначно, разлог за увођење новчане казне као кумулативно прописане са казном затвора код коруптивних кривичних дела свакако произилази из актуелног недостатка правног принципа у њеној примени у смислу општих кривичноправних одредби којом законодавац даје

могућност да се за кривична дела учињена из користољубља кажњавају и новчаном казном и када није прописана законом или када је законом алтернативно прописана са казном затвора, а суд као главну казну изрекао казну затвора.

Анализирани подаци су указали да се у протеклих осам година за кривична дела злоупотребе службеног положаја и трговине утицајем новчана казна ни у једном случају није изрекла, док се код примања мита, као пасивног коруптивног дела, изрекла само у једном случају. Код кривичног дела давања мита новчана казна је изречена у спорадичним случајевима који представљају до 5% заступљености у кажњавању учиниоца ових коруптивних дела.

Ефикаснија примена новчане казне не би утицала само подизање стандарда правних принципа у њеној примени када се ради о анализираним коруптивним кривичним делима, већ би помогла кривичноправном, процесном и извршном систему у борби против ових кривичних дела. Свакако, највећи своју улогу би оставрила у принципима репресије и превенције, како специјалне, тако и генералне.

Литература

Алексић, Ж. Шкулић, М. (2011). *Криминалистика*. Београд: Правни факултет

Билтен Републичког завода за статистику. (2016). *Пунолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења и осуде – 2015*. Бр. 617.

Билтен Републичког завода за статистику. (2017). *Пунолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења и осуде – 2016*. Бр. 629.

Билтен Републичког завода за статистику. (2018). *Пунолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења и осуде – 2017*. Бр. 643.

Билтен Републичког завода за статистику. (2019). *Пунолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења и осуде – 2018*. Бр. 653.

Билтен Републичког завода за статистику. (2020). *Пунолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења и осуде – 2019*. Бр. 665.

Билтен Републичког завода за статистику. (2021). *Пунолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења и осуде – 2020*. Бр. 677.

Билтен Републичког завода за статистику. (2022). *Пунолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења и осуде – 2021*. Бр. 689.

Билтен Републичког завода за статистику. (2023). *Пунолетни учиниоци*

кривичних дела – пријаве, оптужења и осуде – 2021. Бр. 702.

Бошковић, А. Трајковић, Т. Николић, Г. (2019). Будућност Европског налога за хапшење у светлу одлуке Европског суда правде у предмету ARANYOSI AND CALDARARU. Теме. Часопис за друштвене науке. Бр. 2. Ниш: Универзитет у Нишу. 265-276.

Бошковић, М. (2005). *Криминалистика методика*. Београд: Полицијска академија

Ђурђић, В. Јовашевић, Д. (2010). *Кривично право – посебни део*. Београд: Номос

Живановић, Т. (1967). *Законски извори кривичног права Србије и историјски развој његов и њеног кривичног правосуђа од 1804. до 1865.* Београд: Научно дело

Игњатовић, Ђ. (2014). *Право извршења кривичних санкција*. Београд: Правни факултет

Јовашевић, Д. Стевановић, З. (2011). *Казна као облик друштвене реакције на криминал*. Београд: Институт за криминолошка и социолошка истраживања

Јовашевић, Д. (2001). Новчана казна у југословенском кривичном праву. *Правни зборник*. Бр. 1-2/2001. Подгорица. 230-243.

Јовашевић, Д. (2010). *Кривично право, Општи део*, Београд: Номос

Јовашевић, Д. (2014). *Кривично право, посебни део*. Београд: Досије

Кривични законик. *Службени гласник РС*. Бр. 85/05, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 и 35/19.

Стојановић, З. Делић, Н. (2013). *Кривично право, посебни део*. Београд: Правна књига

Стојановић, З. (2014). *Кривично право, општи део*, Београд: Правна књига

Стојановић, З. (2019). *Коментар Кривичног законика: према стању Кривичног законика од 1. децембра 2019. године и према стању законодавства од 21. маја 2019. године*. Београд: Службени гласник

Шкулић, М. (2015). *Организовани криминалитет: појам, појавни облици, кривична дела и кривични поступак*. Београд: Службени гласник

Gordana Nikolić LL.D.,

Research Associate,

Crime Inspector,

Police Department in Nis, Ministry of Interior,

Republic of Serbia

LEGAL PRINCIPLES RELATED TO A FINE IN CORRUPTION-RELATED OFFENCES

Summary

Although it is one of the oldest punishments in the system of criminal sanctions, a fine is an unjustifiably neglected criminal sanction in contemporary law. The legislator prescribed the possibility of imposing a fine as a secondary punishment for crimes committed for personal gain or self-interest, and in cases where the law does not prescribe that the perpetrator shall be punished with imprisonment or a fine but the court imposes a prison sentence as the main punishment. In practice, the available data do not reveal a significant application of this penalty, particularly when it comes to property and corruption-related crimes, where its application is expected to be much more substantial. In this paper, the author points to the lack of legal principles pertaining to the application of this penalty to corruption-related crimes. Given the fact that various criminal offences may involve corruptive activities, such criminal offences may be designated as corruption-related acts. Criminal legislation also recognizes the criminal acts of giving and receiving bribe as typical corruption offences. In this regard, the author examines the prescribed punishment for these criminal offences and the statistical data on the application of fines for the commission of these criminal offences. Considering its status as a secondary punishment in the current penal system, a fine is seldom imposed. Emphasizing the importance of imposing fines for corruption-related offences, the author points out to their future cumulative application with imprisonment. Their cumulative application will ensure a more adequate punishment for the perpetrators of corruption-related offences and thus contribute to promoting the legal principle of punishability.

Keywords: *fine, corruption-related offences, giving and receiving bribe, legal principle of punishability.*

КРИВИЧНО ДЕЛО ПРОТИВПРАВНО УСЕЉЕЊЕ СА ОСВРТОМ НА ЗНАЧАЈ КРИВИЧНОПРАВНЕ ЗАШТИТЕ СТВАРНИХ ПРАВА НА НЕПОКРЕТНОСТИ**

Апстракт: Српски законодавац је Кривичним закоником у групи кривичних дела против имовине прописао два дела са циљем заштите имовинских права на непокретностима. Аутор у раду анализира једно од њих, противправно усељење. Учинилац овог дела јесте лице које се неовлашћено усели у туђу зграду, стан, пословне или друге просторије. У првом делу рада аутор указује да и поред грађанскоправне и управне заштите, имовинским правима на непокретностима треба пружити кривичноправну заштиту. Како би се указало на оправданост инкриминације, аутор указује и на разлике између кривичног дела противправно усељење и нарушавања неповредивости стана. У другом делу рада, аутор анализира елементе бића кривичног дела противправно усељење. Аутор запажа да је за исправно разумевање елемената бића посматраног дела, од значаја разумевање појединих стварноправних института. У том смислу, превасходно се указује на значај познавања правила за стицање стварних права на непокретности. Поред тога, предочава се да код ситуација при којима постоји разлика између књижног и ванкњижног титуалара стварног права на непокретности, могу постојати дилеме при утврђивању овлашћеног лица за подношење предлога за кривично гоњење. У трећем делу рада анализира се значење одредбе којом се суд обавезује да уколико за ово дело изрекне условну осуду, наложи обавезу учиниоцу, да у одређеном року напусти и испразни просторије у које се неовлашћено

* dj.marjanovic@iup.rs, [ORCID ID 0000-0001-5238-7292](https://orcid.org/0000-0001-5238-7292)

** Рад је настао у оквиру научноистраживачког рада Института за упоредно право који финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије према Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2024. години (евиденциони број: 451-03-66/2024-03/200049 од 5. 2. 2024).

уселио. Аутор закључује, да је наведена норма, изазвала у пракси различита тумачења, и да је сходно томе потребно да законодавац наведену норму прецизира.

Кључне речи: *противправно усељење, неповредивост стана, стварна права на непокретности, заштита стварних права, принудно исељење, ultima ratio.*

1. Уводна разматрања

Решавање стамбеног питања представља један од најважнијих циљева који пред себе поставља модеран човек. Дом не представља само место физичког боравка једног лица у току свакодневице, он доприноси задовољавању егзистенцијалних, психилошких, друштвених потреба човека. Ипак, делује да дугорочно решавање стамбеног питања, представља нерешив изазов за многе људе. Према доступним статистичким подацима, Организације за економску сарадњу и развој (*Organisation for Economic Co-operation and Development*), у државама које чине ову организацију, око два милиона људи суочило је са бескућништвом.¹ У Републици Србији око 10% становништва чине бескућници или људи који су под сталним ризиком од бескућништва (Бобић, 2019: 1479). Узрок нерешеног стамбеног питања у Републици Србији, може бити друштвена криза са краја прошлог века, економска ситуација или непостојање повољног тржишта стамбених кредита (Ljumović, Marinković, 2014: 325). У потрази за домом, субјекти која немају решено стамбено питање трагају за просторијама у које се могу уселити. Велики број празних станова и других просторија ова лица могу видети као могућност привременог решавања стамбеног питања. Станови који се од власника не користе, друга лица могу препознати и као просторије које су подобне за организовање различитих видова забава. У неким ситуацијама такве просторије се могу преуредити ради обављања привредних делатности. Поред бескућника, у празне станове се могу уселити и лица која истичу одређено стварно право на непокретности, иако то није правно потврђено. Српски законодавац је прописујући кривично дело противправно усељење препознао потребу за инкриминисањем радњи лица која се неовлашћено усељавају у просторије у којима нико не борави, али се без обзира на то, повређују овлашћења које има титулар стварних права.² Како је реч о кривичном делу које за заштитни

¹ OECD Affordable Housing Database. *Homelessness and housing exclusion, people experiencing homelessness*. <https://www.oecd.org/content/oecd/en/data/datasets/oecd-affordable-housing-database.html>. Преузето 09.08.2024.

² Чл. 219. *Krivičnog zakonika Republike Srbije, Sl. glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 - ispr.,

објект има права која могу бити предмет заштите у парничном и управном поступку, из угла поштовања принципа *ultima ratio*, поставља се питање оправданости инкриминације овог дела.

У току 2022. године изречено је 24. осуђујуће пресуде за дело које је предмет нашег истраживања (Републички завод за статистику, 2023: 80). Иако се судска пракса суочава у свом раду са овим делом, кривичноправна доктрина се није у већој мери бавила делом које је предмет овог истраживања. У овом истраживању указујемо на уочене дилеме у примени норми које се односе на ово дело. Поред тога што се доктрина није детаљније бавила могућим проблемима са којима се судска пракса суочава, значај истраживања произилази и из потребе указивања на оправданост кривичноправне заштите стварних права на непокретностима. Приметно је да се у домаћој доктрини, недовољно пажње посвећује кривичним делима којима се штите стварна права према непокретностима. За разлику од тога, аутори се у далеко већој мери опредељују за истраживањем других кривичних дела против имовине. Наведено може произиласити из околности да се судска пракса, у већој мери суочава са кривичним делима која се односе на покретне ствари. Ипак, значај које имају непокретности оправдавају и она истраживања чији би предмет била кривична дела која за заштитни објект имају ова права. У овом истраживању определили смо се за једно од два таква дела, противправно усељење, док ћемо се у наредним бавити и другим, противправним заузимањем земљишта. Циљ овог рада јесте давање адекватног тумачења позитивноправних норми које се односе на ово дело, односно давање *de lege ferenda* предлога која би унапредила кривичноправну заштиту оних добара који се штите овом инкриминацијом. Како би истраживање спровели на успешан начин, у раду ћемо користити догматски, нормативни, упоредноправни као и метод анализирања правноснажних судских пресуда.

2. Кривично дело противправно усељење – да ли је оправдано постојање инкриминације

2.1. Разграничење са кривичним делом нарушавање неповредивости стана

Кривично дело противправно усељење први пут је инкриминисано Кривичним закоником Републике Србије из 2005. године. Иако можемо рећи да се ради о једном новијем делу у домаћем кривичном законо-

107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.

давству, поједини аутори су указивали на потребу инкриминисања овог дела пре него што је исто 2005. године учињено (Atanasković, 1985: 544). Према њиховом мишљењу, потреба за овом инкриминацијом прозилазила би из немогућности да се неовлашћено усељење у стан или друге просторије, у коме нико не станује, подведе под законски опис неког другог кривичног дела. Превасходно се мисли на кривично дело нарушавања неповредивости стана. Запажамо да је у Републици Хрватској, у којој дело противправног усељења није инкриминисано, доктрина указала на потребу разматрања инкриминисања ове радње. (Cvitanović, Derenčinović, Turković, Munivrana Vajda, Dragičević Prtenjača, Maršavelski, Roksandić Vidlička, 2018: 163). Овај став, праћен је судском праксом, која није мишљења да се неовлашћеним усељењем у ненасељен стан остварује радња било ког другог већ предвиђеног кривичног дела.

Наведено мишљење о немогућности да се радња противправног усељења у туђе просторије подведе под биће кривичног дела нарушавања неповредивости стана није било у потпуности прихваћено у доктрини и судској пракси. Према мишљењу појединих аутора услов да би постојало кривично дело нарушавања неповредивости стана јесте да на том стану, односно просторијама неко лице има право власништва или право становања (Јовановић, Ђурђић, Јовашевић, 2004: 149). Део судске праксе пре постојања ове инкриминације био је става да се неовлашћено усељење може подвести под кривично дело нарушавања неповредивости стана (Стојановић, 2022: 541). Како би инкриминација дела које је предмет нашег истраживања била оправдана, неопходно је да се радња противправног усељења у туђу просторију не може подвести под биће кривичног дела нарушавања неповредивости стана.

Кривично дело нарушавања поведивости стана сврстано је у групу кривичних дела против слобода и права човека и грађанина. Заштитни објект ове групе кривичних дела јесу основне слободе и права човека и грађанина (Делић, 2023: 75). Инкриминисањем дела нарушавања неповредивости стана настоји се пружити заштита праву на неповредивост стана које представља како Уставом зајемчено право,³ тако и право које је заштићено Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту Европска конвенција).⁴ Како би неко лице имало право на дом у смислу пружања заштите у односу на неповредивост стана, није потребно да лице има правни основ боравка у том стану, већ је довољно да постоји “довољна и трајна веза” са одређе-

³ Чл. 40. Ustava Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 98/2006 i 115/2021.

⁴ Чл. 9. European Convention on Human Rights, Rome, 4. 4. november 1950, доступно на https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf.

ним простором (Roagna, 2013: 31). Из наведеног произилази и да се неовлашћеним усељењем у објект у коме ниједно лице не остварује право на дом не може повредити ово право, па самим тим се не могу остварити елементи бића кривичног дела нарушавање неповредивости стана. Слично мишељење можемо пронаћи како у домаћој доктрини (Стојановић, 2022: 540), тако и у пракси Врховног суда Србије.⁵ Ипак, у тој ситуацији је могуће да дође до повреде имовинских права титулара стварног права на непокретности. У том смислу, може се радити о кривичном делу које је предмет наше анализе-противправном усељењу. Овим кривичним делом штите се имовинска права на непокретности, што произилази и из групе кривичних дела у коју је сврстано.

Иако се може уочити основна разлика између два дела кроз анализу заштитног објекта, услед специфичности права на неповредивост стана, могу произилазити дилеме приликом њиховог разграничења у пракси. Превасходно, то могу бити оне ситуације у којима се не може пре вођења судског поступка закључити да ли лице има право на дом у погледу неког објекта. Како би се утврдило постојање права на дом, према пракси Европског суда за људска права потребно је да постоји „довољна и трајна веза” са одређеним простором. Овај суд је везу утврђивао на основу дужине боравка у просторији или на основу других околности као што је опремање стана намештајем, или сношењем трошкова одржавања, примања поште или разгледница (Радомировић, 2022: 460). Како би се говорило о кривичном делу противправно усељење, а не о нарушавању неповредивости стана, потребно је да суд утврди да се ради о усељењу у објект у коме нико не остварује право на дом.

У домаћој судској пракси, у предметима који су вођени због сумње да је учињено кривично дело противправно усељење, судови првенствено настоје утврдити да у објекту у које се неко лице уселило, нико не борави. У образложењу једне од осуђујућих пресуда, суд указује на околност да су предметне просторије у које се окривљени уселио биле запуштене и да се нису користиле за становање.⁶ До закључка да у просторији у коју се неко лице неовлашћено усељава ниједно лице нико не борави, судови долазе и у предметима у којима се ради о просторијама које су у јавном власништву и које се додељују у посед лицима одлуком надлежног органа. Уколико таква одлука није донета, а неко лице се неовлашћено усели у такву просторију судови су доносили осуђујуће пресуде за ово дело.⁷

⁵ Пресуда Врховног суда Србије, Кзз 7/1977, од 10.2.1977. године.

⁶ Пресуда Основног суда у Зајечару, К. 242/2019, од 23.11.2021. године.

⁷ Пресуда Основног суда у Параћину, К. 168/2021, од 19.07.2021. године.

Као спорно се може поставити питање разграничења два дела у ситуацији када се окривљени неовлашћено уселио у стан у коме оштећено лице борави неколико пута месечно по неколико сати. У једном од предмета у коме се окривљени неовлашћено уселио у стан, у коме је оштећена боравила четири пута месечно по пар сати, суд је донео осуђујућу пресуду за кривично дело противправно усељење. Поједини аутори закључују да би у случају неовлашћеног усељења у стан у коме неко повремено борави, могло радити о кривичном делу нарушавања неповредивости стана (Radovanović, Đorđević, 1967: 113). Мишљења смо да судови при процени да ли се неки простор користи треба да у обзир узму околности као што су учесталост боравка лица у стану, да ли лице континуирано измирује трошкове одржавања стана, да ли се у стану налазе ствари титулара стварног права, као и околности због којих лице не борави у стану. У зависности од сваког конкретног случаја, радиће се о једном или о другом делу.

Као основни проблем разграничења између ова два дела, остаје чињеница да на почетку кривичног поступка може остати недовољно јасно да ли неко лице има право на дом према просторији у коју се неко лице противправно уселило. У погледу стварних права на таквој непокретности, разграничење је јасније, захваљујући постојању јавне евиденције стварних права на непокретностима. Несумњив закључак јесте да између два кривична дела постоји јасна теоријска разлика, коју је законодавац и препознао, што се може закључити с обзиром на групу кривичних дела у коју су ова два дела сврстана. Наведена разлика, у погледу заштитног објекта, за последицу има и нужност различитог тумачења појединих елемената бића ова два дела, на шта ћемо указати у делу рада који се односи на биће кривичног дела које анализирамо. Ипак, остаје сумња да у пракси, наведено разграничење некада неће бити довољно јасно.

2.2. Разлози за и против инкриминације и начин предузимања кривичног гоњења

Оправданост инкриминисања овог кривичног дела, може се довести у питање услед супсидијарног карактера кривичноправне заштите. Примена санкција које се изричу учиниоцима кривичних дела представља правни механизам којим се са највећим интезитетом задира у људска права од стране државе (Melander, 2013: 49). Уколико се заштита може остварити кроз друге поступке, остваривање заштитне функције кривичног права могло би бити угрожено (Stojanović, 2011: 18). У том смислу, потребно је сагледати, да ли се заштита добара која се штите

посматраном инкриминацијом, може на адекватан начин остварити другим средствима, односно да ли постоји потреба за применом кривичног права. Како би донели закључак о потреби да наведено дело буде инкриминисано, сагледаћемо аргументе који не би ишли односно који би ишли у прилог постојању овог дела.

Поједини аутори указују на различите категорије лица који извршавају овакава дела па се тако указује да ово дело извршавају бескућници као категорија субјеката који противправно заузимају просторије због нужне потребе, док постоје групације лица који то чине због контракултурних вредности или протесних разлога (Mahhony, Mahhony, 2014: 48). Још један разлог против инкриминисања овог дела у доктрини се наводи ширење казнене зоне понашања на односе који би требало бити регулисани приватним правом. У доктрини је истакнут и став да је утицај на инкриминисање овог дела у појединим државама имала и произведена морална паника од стране медија и јавних личности (Dadusc, Dee, 2015: 132). Поједини аутори истичу да инкриминација противправног усељења у празне станове, чији су извршиоци, бескућници, указује на недостатак емпатије и бриге за добробит грађана (Djordjević, 2023: 183).

Примећујемо и да у Републици Србији, лице које се омета у коришћењу права својине, има на располагању друга правна средства за заштиту свог права. Титулар права својине на просторији у коју се неко лице неовлашћено усељава може заштиту својих имовинских права остварити у парничном поступку (Ђорац, 2023: 545, Palačković, Ћогас, 2022: 303, Бодирога, 2023: 56). У парницама за исељење, тужилац треба да докаже да је титулар права својине на непокретности, да се тужени фактички налази у њој, док се као питање може поставити и постојање правног основа државине (Ђорац, 2023: 558). Овај поступак одвија се по општим правилима парничног поступка. Уколико се неко лице усели у стан или заједничке просторије стамбене односно у стамбено-пословне зграде, без правног основа, заштита се може остварити у управном поступку.⁸ Овај поступак могу покренути управник стамбене заједнице, власник посебног дела или друго лице које има правни интерес. Према доступним статистичким подацима, током 2010. и 2011. године, на територији 40 општина и градова у Србији, спроведено је 936. поступака за исељење у управном поступку (Davinić, 2013: 150). У току истог временског периода, на територији Републике Србије донето је свега 12. осуђујућих пресуда за кривично дело противправно усељење.

⁸Чл. 77. Закон о становању и одржавању зграда, *Sl. glasnik RS*, br. 104/2016 i 9/2020 - dr. zakon.

Уколико упоредимо наведене податке можемо закључити да се у случају бесправног усељења у стан или заједничке просторије стамбене односно стамбено-пословне зграде, у мањем броју спроводи кривични поступак. Разлог због којег би грађани имали интерес да се одреде да заштиту имовинских права остварују у управном поступку видимо у чињеници да се овај поступак одвија у складу са начелом хитности. Ипак, у овом поступку заштита ће бити остварена само уколико се ради о стамбеним просторијама и уколико је боравак тог лица у просторији неспорно неовлашћен. Не треба занемарити да се заштита добара који су предмет заштите кривичних дела против имовине може остварити и у другим поступцима.

У домаћој литератури као разлог инкриминисања, наводи се да други видови заштите нису показали довољан степен ефикасности (Lazarević, 2011: 725), односно потреба да се непокретној имовини пружи кривичноправна заштита на исти начин на који се пружа покретној имовини (Стојановић, 2022: 743). Историјски посматрано, заштита права својине на непокретности (превасходно на земљишту) представља један од кључних тренутака за развој свих других права човека (Gilbert, 2013: 117). Обавеза сваке модерне државе јесте заштита права својине на непокретности. Противправно усељење инкриминисано је и у другим европским државама и то у групи кривичних дела против имовине или у групи кривичних дела против јавног реда и мира (Dadusc, Dee, 2014: 109). Неконтролисано усељавање лица у празне просторије могло би проузроковати и погодну могућност за различите илегалне радње, које би се одвијале у просторијама које су изоловане од других људи који би исте могли пријавити. Из наведеног произилази да су поједине државе у неовлашћеном усељавању препознале могућност угрожавања и других добара осим оних који се примарно штите инкриминисањем овог дела у домаћем законодавству.

Поред заштите права својине као и других добара који могу овим делом бити угрожени, инкриминисањем противправног усељења пружа се заштита и тржишту непокретности. Тржиште непокретности значајно је како за националну економију тако и за остваривање индивидуалних права (Лабудовић Станковић, 2020: 420). Како би ово тржиште несметано функционисало, и како би се обезбедио његов напредак, неопходно је да се правним прописима заштити сигурност правног промета и права својине. У грађанскоправним прописима, у том смислу најзначајнији су они који регулишу јавну евиденцију стварних права на непокретностима као и форму за закључење уговора. Анализираном инкриминацијом, законодавац је показао спремност да путем кривич-

ног права заштити право својине од најтежих повреда, чиме је допринео како заштити права својине, тако и тржишту непокретности.

Судска пракса требало би да препозна оне ситуације када је до извршења радње овог кривичног дела дошло услед околности које су биле такве да не оправдавају изрицање кривичне санкције. То могу бити оне ситуације код којих је противправно усељавање праћено ниским степеном кривице учиниоца, а последице извршеног усељења су мале или незнатне. У тим ситуацијама судови би могли искључити противправност дела, применом института дела малог значаја. У једној од пресуда, суд је искључио противправност дела применом наведеног основа искључења противправности. Суд је утврдио низак степен кривице учиниоца, с обзиром на то да је окривљена била мотивисана чињеницом да се усељава у празан стан своје ћерке која поседује у власништву више станова, а она нема ниједан. Да су последице незнатне, произошло је из околности да је окривљена у стану боравила нешто више од месец дана, као и да је стан остао празан уз мање отпада које је окривљена оставила. Суд је утврдио да општа сврха кривичних санкција не захтева њено изрицање.⁹ Применом и других општих института, судска пракса може да избегне изрицање осуђујућих пресуда у предметима из којих произилазе околности које могу оправдати радњу противправног усељења. У једној од пресуда, суд је искључио постојање кривице лица које се противправно уселило у туђу зграду, констатујући да извршилац ове радње, није био свестан да се неовлашћено усељава у тај објекат.¹⁰ Примера ради, судови би могли применити институт крајње нужде уколико се ради о бескућнику коме услед спољашњих температура прети смрзавање, чиме би у овим ситуацијама дошло до искључења противправности дела.

Иако је законодавац, сматрамо оправданим, препознао потребу да ово дело инкриминише, кривично гоњење условљено је предлогом оштећеног. Кривична дела за која се гони по предлогу требало би да буду она дела код којих је интерес друштва претежнији у односу на интерес појединца, али у одсуству воље оштећеног, поступак се за та дела не може водити (Бејатовић, 1994: 30). Као што смо видели, грађани се опредељују да заштиту у случају противправног усељења првенствено остварују путем правних механизма у којима ће у најкраћем року остварити заштиту. Што се тиче начина покретања кривичних поступака за кривична дела против имовине, постоје она дела која се

⁹ Пресуда Вишег суда у Београду, Кж1. бр. 826/16, пресуда од 02.11.2016. године.

¹⁰ Пресуда Основног суда у Лесковцу, 11К бр. 387/2020, пресуда од 15.12.2021. године.

гоне по службеној дужности,¹¹ приватној тужби,¹² као и по предлогу оштећеног.¹³ У настојању да заштити приватну сферу оштећеног, за поједина кривична дела гони се по приватној тужби уколико је учинилац у блиском односу са оштећеним.¹⁴ Што се тиче дела које анализирамо, указали смо на неколицину разлога, због којих је ради заштите јавног интереса потребно да се по службеној дужности гоне учиниоци ових дела. У прилогу овом ставу иде и опредељење законодавца да се за поједина кривичних дела којима се штите имовинска права на покретним стварима гони по службеној дужности.

3. Биће кривичног дела противправно усељење и однос са другим сродним делима

Радњу извршења посматраног кривичног дела врши лице које се неовлашћено усели у туђу зграду, стан, пословне или друге просторије. Иако се у доктрини наводи да је реч о кривичном делу које штити имовинска права на непокретним стварима (Вуковић, 2023: 263, Стојановић, 2022: 743) као спорно се може поставити питање уласка у стан који представља покретну просторију. Станом се, у смислу кривичног дела нарушаваће неповредивости стана сматра и кабина на лађи или стан у колима (Таховић, 1961: 122). У погледу овог дела то могу бити и просторије попут: камп приколица или пословних просторија. Разлог видимо у томе што лице може остваривати право на дом у смислу ових просторија (Вукчевић, 2023:92-97, Ћорац, 2016: 45-48). Што се тиче кривичног дела противправно усељење, према нашем мишљењу потребно је да се ради о непокретности што произилази из заштитног објекта овог дела. Према правилима грађанског права, привремено постављене монтажне зграде, шатори, покретне и привремене бараче нису непокретне ствари (Стојановић, Антић, 2004: 379). Законом о промету непокретности, прописује се да су непокретности: земљиште, зграде (пословне, стамбене, стамбено-пословне, економске) као и посебни делови зграда (станови, пословне просторије, гараже и гаражно место) на којима може постојати посебно право својине.¹⁵

¹¹ Чл. 203. Кривичног законика Републике Србије, *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.

¹² Чл. 210. Кривичног законика Републике Србије.

¹³ Чл. 217. Кривичног законика Републике Србије.

¹⁴ Чл. 222. Кривичног законика Републике Србије.

¹⁵ Чл. 1. ст. 2. Закона о промету непокретности, *Sl. glasnik RS*, br. 93/2014, 121/2014 i 6/2015.

Интересантно је да је у појединим државама кривично дело могуће извршити само ако се лице усељава у просторије које су већ адаптиране за становање.¹⁶ Овакво решење проузроковало је да се лица усељавају у просторије које нису прилагођене потребама становања, али су их након усељавања у њих учиниоци прилагодили својим потребама. Тако се у Лондону једна група људи уселила у библиотеку, што сходно претходно наведеној законској одредби није могло бити кажњиво (Duckman, 2018: 334), док се као погодне просторије за настањивање које неће водити одговорности за ово дело наводе и угоститељски објекти односно пословне просторије. Сматрамо да је законодавац исправно поступио што није ограничио у које се све просторије лице може противправно уселити. Сваки вид објекта који се сматра непокретном имовином може се сматрати подесним у смислу извршења овог дела.

Радња извршења кривичног дела по правилу врши се чињењем. Спорно је да ли се ово кривично дело може извршити нечињењем. Право бесправо усељење постоји ако се лице усели у стамбену јединицу без правног основа, док неправо бесправно усељење постоји када је правни основ за боравак престао (Davinić, 2013: 151). При неправом бесправном усељењу лице које борави у стану, не би напустило стан по престанку правног основа. Поједини аутори сматрају да у случају неправог бесправног усељења, односно када се лице из простора не исели на захтев оштећеног, не би могло сматрати да постоји ово кривично дело (Вуковић, 2023: 264). Овакав став произилази из тога што законодавац није као код нарушавања неповредивости стана изричито предвидео радњу нечињења. За сада се у судској пракси могу пронаћи тумачења да ово кривично дело не може бити извршено нечињењем. Наиме, у једној од пресуда, суд је, утврђивао да ли је се лице иселило из стана, пре него што је се у њега неовлашћено уселило. Како је из околности као што су плаћање пореза, да стан није испражњен од ствари које су у власништву окривљене те између осталих замрзивач је остао укључен, произишло да до прекида државине није дошло, суд је утврдио да се окривљена из стана није ни иселила, односно да државина није прекинута. Како се лице налазило у стану, иако се није могло утврдити да је боравак у стану овлашћен, суд је донео ослобађајућу пресуду.¹⁷

Прихватањем тумачења према коме се кривично дело противправно усељење може извршити нечињењем, пред судском праксом био би изазов разликовања између кривичног дела противправно усељење и

¹⁶ Sec. 144. Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012, *UK Public General Acts*.

¹⁷ Пресуда Основног суда у Врању, К.42/2015, од 01.09.2015. године.

кривичног дела нарушавање неповредивости стана. Основно питање на који би суд морао одговорити приликом разграничења ова дела у овим ситуацијама јесте које заштитно добро је повређено. Могуће је замислити да титулар стварног права нема успостављен однос трајније везе са просторијом у коме се неко лице налазило. Делује нам да се неисељавањем лица у тим ситуацијама у већој мери угрожава имовинско право на непокретности него што се угрожава приватна сфера лица, који у тој просторији можда и дуги низ година не борави. Сматрамо да се кривично дело противправно усељење може остварити и нечињењем, без обзира на технику коју је законописац употребио код ове инкриминације. На основу општих одредаба, нечињењем може бити учињено и дело које је законом одређено као чињење, ако је учинилац пропуштањем дужног чињења остварио обележја тог дела.¹⁸ Ради отклањања дилема, законодавац би могао изричито, као и код кривичног дела нарушавање неповредивости стана да пропише алтернативни облик извршења који би се састојао у нечињењу.

Усељење подразумева трајније заузимање неке просторије са намером да се иста користи. Намера коришћења просторија не мора бити свакодневни живот у истој, али је неопходно да суд утврди да се такав простор користи. У једној од пресуда суд је утврдио да лице које се противправно уселило у просторију исту користи ради организације шаховских турнира и песничких вечери.¹⁹ Суд је намеру за усељењем могао да утврди на основу уношења личних ствари у просторију и због размештаја покућства,²⁰ усељења са дететом и прикључења на довод електричне енергије.²¹ Усељење као такво онемогућава титулара стварних права да мирно уживо своја стварноправна овлашћења, док му такође наноси материјалну штету. Уколико би се радило о уласку у просторије са намером која није усељење, а праћено је другим радњама евентуално би се могло радити о другим кривичним делима. Временски период боравка у просторији није од пресудног значаја како би се утврдило постојање овог кривичног дела.

Како би се радило о овом кривичном делу, потребно је да се ради о противправном усељењу. У доктрини кривичног права наводи се да неовлашћено усељење подразумева усељење у просторију без правног основа који би тај акт чинио дозвољеним, као што је решење о додели стана или уговора о коришћењу стана (Вуковић, 2023: 264). Уколико

¹⁸ Čl. 15. Krivičnog zakonika Republike Srbije.

¹⁹ Пресуда Основног суда у Зајечару, бр. К. 242/2019, од 23.11.2021. године.

²⁰ Пресуда Првог основног суда у Београду, бр. К. 4531/13, од 04.07.2016. године.

²¹ Пресуда Основног суда у Бору, бр. К. 186/22, од 22.11.2022. године.

би се радило о закљученом уговору о закупу, који је по својој правној природи неформалан, тада би он био довољан за законито усељење у непокретност. Ипак, право својине и друга стварна права на непокретностима, стичу се, преносе и ограничавају уписом у катастар.²² Само у случајевима одређеним законом, својина и друга стварна права на непокретностима могу се стећи и у другим ситуацијама одређеним законом (Цветић, 2016: 105). У том смислу, постојање правног основа, не подразумева увек искључење противправног карактера усељења у објекат. Исти став се проналази и у појединим судским пресудама у којима је донета осуђујућа пресуда за ово дело.²³

Грађанско право не пружа својинскоправну заштиту уколико је лице закључило пуноважан правни посао о преносу права својине, док не дође до уписа права у катастар. Могуће је, да купац изврши своју уговорну обавезу и да ступи у посед спорне непокретности, али све док не буде уписан као титулар стварног права у јавну евиденцију, правни поредак га не штити као власника у односу на треће савесно лице. (Цветић, 2015: 1022). Поред тога, могућа је и ситуација када је до стицања својине дошло, али лице није евидентирано у катастру непокретности као власник.²⁴ Наведено за последицу има да је једно лице евидентирано као титулар права својине, а да друго лице заиста јесте титулар овог права. У том смислу проблем може постојати у легитимисању лица које се сматра оштећеним, што је према важећим одредбама од значаја с обзиром да се гоњење предузима по предлогу. Такође, могуће су ситуације када се књижни власник усели у стан лица које има ванкњижну својину. При оваквим ситуацијама исход кривичног поступка зависио би од одлуке по претходном правном питању, док ће решење таквог питања имати дејство само у кривичном поступку у којем је то питање расправљено. На самом почетку кривичног поступка, може бити у потпуности нејасно, имовинска права ког лица су повређена.

Противправно усељавање у стан или друге просторије може бити праћено противправним заузимањем замљишта на коме се та просторија налази. У том смислу као питање се поставља однос са кривичним делом противправно заузимање земљишта. Радња основног облика овог кривичног дела јесте успостављање фактичке државине на туђем земљишту без постојања правног основа.²⁵ Уколико лице, које се про-

²² Чл. 203. *Krivičnog zakonika Republike Srbije.*

²³ *Пресуда Основног суда у Ваљеву, К.бр. 618/16, од 26.12.2016. године.*

²⁴ Више о ванкњижној својини вид: *Stevanović, D. (2022). Vanknjižna svojina. Harmonius Journal of Legal and Social Studies in South East Europe. 1/2022. 382-412.*

²⁵ *Пресуда Основног суда у Сремској Митровици, К-230/21, од 22.10.2021. године.*

тивправно усели у кућу, обрађује земљиште, сади башту или друго воће, на земљишту на коме се кућа у коју се лице неовлашћено уселило, радило би се о стицају два кривична дела.²⁶ Као могуће питање које се може поставити у пракси, јесте да ли у случају заузимања стана или другог посебног дела зграде, може доћи до извршења и кривичног дела противправно заузимање земљишта. Титулар стварног права на посебној просторији има право сувојине на земљишту на коме је зграда изграђена и на оном земљишту које служи за редовну употребу зграде (Планојевић, 2022: 449). Уколико би лице које се противправно уселило у посебан део зграде, према таквом земљишту предузимало радње као да је титулар права на земљишту, онда би се и у тој ситуацији радило о стицају два кривична дела. Поред стицаја са кривичним делом противправно заузимање земљишта, лице које извршава кривично дело противправно усељење, може током временског периода током којег је усељен у неку просторију извршити и друга кривична дела. У једном од предмета из домаће судске праксе, лице је током временског периода током којег је неовлашћено боравило у туђој кући, одузело и присвојило путничко возило, косачицу и пећ, и наведене ствари продало, чиме је у стицају извршило два дела, противправно усељење и крађу.²⁷

4. Условна осуда уз обавезу исељења из просторије

При инкриминацији кривичног дела противправно усељење, законодавац је предвидео да ће суд у случају да за ово дело изрекне условну осуду наложити обавезу учиниоцу да у одређеном року напусти и испразни просторије у које се неовлашћено уселио. На значај исправног тумачења наведене норме указује нам податак да је приликом доношења осуђујућих пресуда за ово дело, у 15 таквих пресуда, од 24 колико их је донето током 2022. године, изречена условна осуда (Републички завод за статистику, 2023: 91). Наведена одредба тумачи се на другачији начин како од стране доктрине тако и од стране судске праксе, док је у погледу саме норме и сам законодавац био колебљив. При првобитној инкриминацији дела, било је предвиђено да суд може наложити обавезу учиниоцу да у одређеном року напусти и испразни просторије у које се неовлашћено уселио. Могућност изрицања ове обавезе представљало је факултативну могућност, слично као што постоји код неких других кривичних дела, попут недавања издржавања (Стојановић, 2007: 530). Након измена Кривичног законика из 2009. године, налагање обавезе учиниоцу да у одређеном року напусти и испразни просторије у слу-

²⁶ Пресуда Основног суда у Ваљеву, К. бр. 618/16, од 26.12.2016. године.

²⁷ Пресуда Основног суда у Сомбору, К. 344/2019, од 09.09.2020. године.

чају изрицања условне осуде према терминологији коју је законодавац употребио, је обавезно.²⁸ У предлогу измена Кривичног законика 2009. године, законописац није образлагао разлоге измене тада постојећег решења.

Сагледавајући актуелну судску праксу, примећујемо да се судови при изрицању условне осуде за ово дело крећу у два правца. У појединим судским пресудама судови су приликом изрицања условне осуде за ово дело под претњом принудног извршења налагали обавезу учиниоцу да у одређеном року напусти и испразни просторије у које се неовлашћено уселио.²⁹ У другим судским пресудама, суд је налагао обавезу учиниоцу да у одређеном року напусти и испразни просторије, док уколико то не уради, условна осуда била би опозвана.³⁰

Тумачење дела судске праксе који налаже обавезу учиниоцу да у одређеном року напусти просторију у коју се уселио под претњом принудног извршења чини нам се неприхватљивим. Уколико би суд ову могућност имао само у случају изрицања условне осуде, учиниоцу би потенцијално више одговарало изрицање неке од казни, примера ради новчане казне, с обзиром на то да тада суд не би морао да под претњом принудног извршења наложи исељење. У пресудама, у којима је суд налагао обавезу учиниоцу да се исели из стана, судови су остављали рокове од 15 дана,³¹ од 30 дана да се то учини,³² 3 месеца,³³ или од 9 месеци.³⁴ Приликом утврђивања рока суд би морао да има у виду последице, које могу произићи у случају исељавања у кратком временском интервалу од тренутка када је донета одлука о исељењавању.

Уколико прихватимо друго тумачење, према коме је реч о основу за опозив условне осуде, поставља се питање усклађености са општим одредбама Кривичног законика. Превасходно, као спорно поставља се питање потребе да се изричито наведе о којој обавези се ради у слу-

²⁸ Čl. 219. st. 2 Krivičnog zakonika Republike Srbije.

²⁹ Пресуда Основног суда у Параћину, бр. 168/21, од 19.07.2021. године; Пресуда Првог основног суда у Београду, бр. К. 4531/13, од 04.07.2016. године.

³⁰ Пресуда Основног суда у Младеновцу, бр. 493/2015, од 20.05.2016. године; Пресуда Основног суда у Зајечару, бр. К. 386/16, од 15.12.2016. године; Пресуда Основног суда у Параћину, бр. 215/21, од 02.11.2021. године.

³¹ Пресуда Основног суда у Параћину, бр. 215/2021, од 02.11.2021. године; Пресуда Првог основног суда у Београду, бр. 4531/13, од 04.07.2016. године; Пресуда Основног суда у Параћину К. бр. 168/21, од 19.07.2021. године.

³² Пресуда Основног суда у Зајечару, бр. К. 242/2019, од 23.11.2021. године.

³³ Пресуда Основног суда у Бору, бр. К. 248/20, од 30.11.2020. године.

³⁴ Пресуда Основног суда у Ужицу, бр. К. 13/17, од 29.03.2017. године.

чају изрицања условне осуде. Друго питање јесте да ли је у складу са општим одредбама, обавезивање суда да наложи тачно одређену обавезу при изрицању условне осуде. Према општим одредбама, суд може у условној осуди одредити да ће се казна извршити, уколико осуђени у одређеном року не врати имовинску корист прибављену кривичним делом, не накнади штету коју је проузроковао кривичним делом или не испуни друге обавезе предвиђене у кривичноправним одредбама. У складу са наведеном одредбом, законодавац је посебну обавезу предвидео у кривичноправној одредби, и то у посебном делу Кривичног законика. Што се тиче обавезивања суда да наложи одређену обавезу, примећујемо, да у појединим пресудама у којима је изрицана условна осуда суд то није учинио, што може произилазити из тога што је се учинилац већ иселио.³⁵ Наведена норма је проузроковала дилеме како у доктрини тако и у пракси, те сматрамо да је на законодавцу да при будућим изменама Кривичног законика исте отклони.

5. Закључна разматрања

Инкриминисање кривичног дела противправно усељење, може се сматрати оправданим. Иако савремено кривично право карактерише експанзивност, сматрамо да је законодавац исправно препознао потребу да ово дело инкриминише. Превасходно, радњом противправног усељења титулар стварног права онемогућава се у вршењу својих субјективних права. Из угла кривичноправне заштите, сматрамо да подједнаку заштиту треба пружити како имовинским правима на покретним тако и на непокретним стварима. Ипак, чињеница да се заштита стварних права може остварити у управном и парничном поступку, може утицати на број кривичних поступака, који ће се водити због овог дела уколико је вођење кривичног поступка условљено вољом оштећеног. Оштећени ће заштиту свог права најпре настојати да оствари у оном поступку у коме ће он најефикасније остварити заштиту свог права. То би за ово лице најпре могао бити управни поступак. Како се кривични поступак за ово дело води по предлогу оштећеног, уколико оштећени заштиту свог права оствари у другом поступку, до кривичног гоњења неће доћи. У том смислу, наш предлог је да се гоњење за ово дело предузима по службеној дужности. У прилог овом предлогу иде и то што се за кривична дела као што је крађа или тешка крађа по правилу гони по службеној дужности.

У овом раду указали смо на неке дилеме које постоје у домаћој кривичноправној доктрини, као и на различите ставове судске праксе

³⁵ Пресуда, Основни суд у Старој Пазови, бр. К-146/20, пресуда од: 09.07.2020. године.

у погледу тумачења истих. Ове дилеме односе се на разграничење кривичног дела противправно усељење и нарушање неповредивости стана, могуће основе искључења противправности у случајевима када су остварени елементи бића кривичног дела противправно усељење, које објекте обухвата инкриминација, могућности стицаја са кривичним делом противправно заузимање земљишта односно са крађом, да ли се радња извршења дела може поред радњом чињења остварити и радњом нечињења, када ће постојати противправно усељење. Наши предлози су да приликом будућих измена законодавац изричито нормира могућност да се ово кривично дело може извршити алтернативно радњом чињења или нечињења, као и да могућност налагања обавезе исељавања из просторија при изрицању условне осуде буде факултативна. Законодавац би требало да изричито пропише да суд при изрицању обавезе исељавања под претњом опозива условне осуде, мора оставити примерен рок учиниоцу дела. Приликом квалификације дела односно при оцени противправности усељења судови би требало да воде рачуна о општим правилима стварног права, према којима се својина стиче уписом у јавну евиденцију регистра стварних права на непокретностима (катастар непокретности), што за последицу може имати да и поред постојања правног основа у виду уговора, усељење може бити противправно.

Литература

Atanacković, D. (1985). *Krivično pravo-posebni deo*. Beograd: Novinsko izdavačka ustanova Službeni list SFRJ

Bobić, M. V. (2019). Sociodemographic profile of homeless in Serbia. *Социолошки преглед*, 53(IV), 1468-1489.

Cvitanović, L. Derenčinović, D. Turković, K. Munivrana Vajda, M. Dragičević Prtenjača, M. Maršavelski, A. Roksandić Vidlička, S. (2018). *Kazneno pravo-posebni deo*. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

Ćorac, S. (2023). Postupak u parnicama za iseljenje: pojedina pitanja sa aspekta sudske prakse. *U Soković, S (Prir.). Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske unije, knjiga 11*. Kragujevac: Pravni fakultet. 545-560.

Dadusc, D. Dee, D. (2015). The criminalisation of squatting: Discourses, moral panics and resistances in the Netherlands and England and Wales. In: O'Mahony D, O'Mahony L and Hickey R (eds) *Moral Rhetoric and the Criminalisation of Squatting. Vulnerable Demons?* Oxon: Routledge. 109–132.

Dyckman, R. (2018). Criminalizing squatting: should the United States adopt

a law similar to the United Kingdom's Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act?. *Arizona Journal of International & Comparative Law*. 35 (II). 325-347.

Stojanović, D. Antić, O. (2014). *Uvod u građansko pravo*. Beograd: Pravni fakultet

Đorđević, S. (2023). Squatting as a model of housing for vulnerable and neglected population. *Slovak Journal of Public Policy and Public Administration*. 10 (2). 162-186.

Guilber, J. (2013). Land rights as human rights: the case for a specific right to land. *International journal of human rights*. 10 (XVIII). 114-134.

Lazarević, Lj. (2011). *Komentar Krivičnog zakonika*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union

Ljumović, M. Marinković, S. (2014). Ekonomija tržišta stambenih kredita. *Ekonomске teme*. 52 (3). 321-339.

O'Mahony, D. Fox O'Mahony, L. (2014). Crime as property: A restorative perspective on the criminalisation of squatting and the 'ownership' of unlawful occupation' In Lorna Fox O'Mahony, David O'Mahony and Robin Hickey (eds), *Moral Rhetoric and the Criminalisation of Squatting. Vulnerable Demons?* Oxon: Routledge. 37-62.

Palačković, D. Ćorac, S. (2022). Pravo na poštovanje doma i njegova zaštita : sa posebnim osvrtom na parnični postupak i praksu sudova u Republici Srbiji. *U Perović-Vujačić, J (Prir.). Sudski postupak – pravda i pravičnost : međunarodna naučna konferencija : zbornik radova 35. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava - Slobodan Perović, Kopaonik, 13.-17. decembar 2022. Tom 3*. Beograd: Kopaonička škola prirodnog prava - Slobodan Perović. 295-311.

Planojević, N. (2022). Sadržina etažne svojine u novim srpskim propisima i državama EU našeg regiona. *U Soković, S (Prir.). Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske unije, knjiga 10*. Kragujevac: Pravni fakultet. 447-464.

Melander, S. (2013). Ultima ratio in European criminal law. *European Criminal Law Review*. 3. 45-64.

Stojanović, Z. (2012). Preventivne funkcije krivičnog prava. *Crimen-časopis za krivične nauke*. 1. 3-25.

Stevanović, D. (2022). Vanknjižna svojina. *Harmonius Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*. 1. 382-412.

Radolović, A. (2015). Odnos građanskopravne osnove za korištenje stana

i ustavno-konvencijskog prava za zaštitu doma. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. 36 (1). 109-124.

Radovanović, M. Đorđević, M. (1967). *Krivično pravo-posebni deo*. Beograd: Savremena administracija

Roagna, I. (2012). *Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights*. Strausbourg: Council of Europe

Tahović, J. (1961). *Krivično pravo, Posebni deo*. Beograd: Savremena administracija

Vols, M. Kiehl, M. Sidoli del Ceno, J. (2015). Human Rights and Protection against Eviction in Anti-social Behaviour Cases in the Netherlands and Germany. *European Journal of Comparative Law and Governance*. 2 (II). 156-181.

Vuković, I. (2023). *Komentar krivičnih dela protiv imovine*. Beograd: Službeni glasnik

Бодирога, Н. (2023). *Нови извршни поступак*, Београд: Правни факултет

Бејатовић, С. (1994). Институт гоњења по предлогу оштећеног и предстојеће измене југословенског кривичног законодавства. *Анали Правног факултета Универзитета у Београду*. 1-2 (XLIX). 28-36.

Вукчевић, И. (2024). *Право на неповредивост дома у пракси Европског суда за људска права-докторска дисертација*. Београд: Правни факултет

Ђорац, С. (2016). *Право на поштовање породичног живота као људско право-докторска дисертација*. Крагујевац: Правни факултет

Давинић, М. (2013). Принудно иселјавање и раселјавање-Управно-правни аспекти. *Анали Правног факултета у Београду*. 61(II). 149-165.

Делић, Н. (2023). *Кривично право посебни део*, Београд: Правни факултет.

Јовановић, Љ. Ђурђић, В. Јовашевић, Д. (2004). *Кривично право-посебни део*. Београд: Службени гласник.

Лабудовић Станковић, Ј. (2020). Тржиште некретнина и извори финансирања. У Вујисић, Д. (Уредник). *XXI Век услуга и услужног права*. Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу. 419-433.

Лазић, М. (2023). Начело поуздања у Регистар непокретности и уговорно стицање својине од књижног власника-први део. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 100 (III). 37-56.

Николић, Д. Ж. Мидоровић, С. (2020). Ограничење права својине пра-

вом на дом (Појмовна одређења и правна политичка). *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 54(1). 39-70.

Републички завод за статистику. (2023). Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2022, пријаве, оптужења и осуде

Стојановић, З. (2022). *Коментар Кривичног законика, дванаесто допуњено издање, према стању Кривичног законика од 01. децембра 2019. године и према стању законодавства од 15. маја 2022. године*. Београд: Службени гласник

Цветић, Р. (2016). *Савремена евиденција непокретности*. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду

Цветић, Р. (2015). Домашај начела уписа и начела поуздања у катастар непокретности у нашој судској пракси. *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду*. 3 (XLIX). 1017-1036.

Радомировић, И. (2022). Однос права својине и права на дом из перспективе националних судова и Европског суда за људска права. У *Заштита људских права и слобода у светлу међународних и националних стандарда*. Косовска Митровица: Правни факултет у Приштини. 455-472.

OECD Affordable Housing Database. *Homelessness and housing exclusion, people experiencing homelessness*. Преузето 09.08.2024.: <https://www.oecd.org/content/oecd/en/data/datasets/oecd-affordable-housing-database.html>.

Прописи

Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, European Court of Human Rights Council of Europe, 4. новембар 1950.

Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act, 2012 United Kingdom. *UK Public General Acts*.

Krivični zakonik Republike Srbije, *Službeni 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.

Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 i 115/2021.

Zakon o stanovanju i održavanju zgrada, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2016 i 9/2020 - dr. zakon

Zakon o prometu nepokretnosti, *Sl. glasnik RS*, br. 93/2014, 121/2014 i 6/2015.

Судска пракса

Пресуда Европског суда за људска права, *Ćorić v Croatia* бр. представке

28261/06, од 15.01.2009. године

Одлука Уставног суда Републике Србије, Уж-4371/2011, од 22.12.2011. године.

Пресуда Врховног суда Србије, Кзз 7/1977, од 10.2.1977. године

Пресуда Вишег суда у Београду, Кж1. 826/16, од 02.11.2016. године

Пресуда Основног суда у Бору, бр. К. 186/22, од 22.11.2022. године

Пресуда Основног суда у Ваљеву, К. 618/16, од 26.12.2016. године

Пресуда Основног суда у Врању, К. 42/2015, од 01.09.2015. године

Пресуда Основног суда у Зајечару, К 386/16, од 15.12.2016. године

Пресуда Основног суда у Зајечару, К. 242/2019, од 23.11.2021. године

Пресуда Основног суда у Младеновцу, бр. 493/2015, од 20.05.2016. године

Пресуда Основног суда у Параћину, бр. 168/21, од 19.07.2021. године

Пресуда Основног суда у Параћину, бр. 215/21, од 02.11.2021. године

Пресуда Основног суда у Сомбору, К. 344/2019, од 09.09.2020. године

Пресуда Основног суда у Сремској Митровици, К-230/21, од 22.10.2021. године

Пресуда Првог основног суда у Београду, бр. К. 4531/13, од 04.07.2016. године

Пресуда Основног суда у Бору, бр. К.248/20, од 30.11.2020. године

Пресуда Основног суда у Ужицу, бр. К. 13/17, од 29.03.2017. године

Đorđe Marjanović, LL.M.,

Junior Research Assistant, Institute of Comparative

Law Belgrade,

Republic of Serbia

CRIMINAL OFFENCE OF UNLAWFUL OCCUPATION OF PREMISES, WITH REFERENCE TO THE IMPORTANCE OF CRIMINAL-LAW PROTECTION OF REAL PROPERTY

Summary

In the Criminal Code of the Republic of Serbia, the group of criminal offenses against property includes two criminal offences aimed at protecting property rights on real (immovable) property. In the paper, the author analyzes one of them: the criminal offence of unlawful occupation of premises. The perpetrator of this act is a person who unlawfully occupies another person's building, flat, business or other premises. The protection of property rights on immovable property is a significant asset which should be protected not only in civil and administrative procedure but also in criminal procedure. In the first part of the paper, the author discusses the justifiability of this criminal offence from the perspective of the ultima ratio principle. In order to indicate the justifiability of this criminal offence, the author points to the key differences between the criminal offence of unlawful occupation of premises (Art. 219 CC) and some similar acts, such as the criminal offence of infringement of inviolability of one's home (Art.139 CC). In the second part of the paper, the author analyzes the elements of the criminal offence of unlawful occupation of premises. In order to properly understand the elements of this criminal offence, it is important to understand certain real law institutes. In this sense, the importance of knowing the rules on the acquisition of real property rights is primarily indicated. In addition, in situations where there is a difference between the registered ownership and non-registered ownership of a real property right, there may be dilemmas when determining the person who is authorized to submit a proposal for criminal prosecution. The third part of the paper analyzes the meaning of the legal provision which obliges the court, which has imposed a suspended sentence for the commission of this criminal offence, to oblige the perpetrator to vacate and leave the unlawfully occupied premises within a set period of time. The author concludes that this legal provision has caused different interpretations in practice and thus it has to be more precisely regulated.

Keywords: *criminal law, unlawful occupation of premises, inviolability of one's home, real property rights, protection of real property rights, forced eviction, ultima ratio.*

**СЕСИЈА ЗА ЕКОНОМСКО-ФИНАНСИЈСКУ И ТРГОВИНСКО-
ПРАВНУ ОБЛАСТ**

ECONOMIC, FINANCIAL AND TRADE LAW SESSION

ТИПОЛОГИЈА ПРАВНИХ ПРИНЦИПА У ДИГИТАЛНОМ ОКРУЖЕЊУ: УВОДНА РАЗМАТРАЊА**

Апстракт: Дигитализација више није само фрагмент друштвене стварности: реч је о процесу који мења карактеристике општег друштвеног оквира, па самим тим и права. Утицај дигитализације је вишесмеран: у том смислу, питање улоге правних принципа је важно с обзиром да својом формом и суштином представљају гранички до кога је могуће да се право адекватно претвори у дигитални формат (код или алгоритам): на пример, принцип савесности и поштења је илустрација правила које не може (*de lege lata*) да буде дефинисано у програмском коду. Постоје три групе правних принципа који су од посебне важности у сагледавању интеракције правних принципа и дигитализације. Прву категорију чине принципи који су настали, делују и развијају се у „аналогном“ (не-дигиталном) формату. Њихова структура је ојачана, а садржина изоштрена тиме што постоји традиција њихове интерпретације и искуство *mutatis mutandis* примене. Наведени „променити да би остало исто“ приступ у темељу је принципа попут начела предострожности („*precautionary approach*“) и „одговорног“ алгоритамског одлучивања. Прво начело омогућава да се контролише потенцијална штета узрокована неизвесношћу ефеката коришћених технологија. Други принцип требало би да спречи да последице примене алгоритма у форми програмског кода (у циљу имплементације правне норме) нанесу штету правним субјектима који су актери конкретног правног односа или друштву у целини. Другу групу принципа представљају начела чији је циљ дефинисање смерница за претварање правне норме у формат читљив за програмере

* peri@prafak.ni.ac.rs, [ORCID ID 0000-0001-8505-446X](https://orcid.org/0000-0001-8505-446X)

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

(„алгоритмизација права“). Пример таквог принципа је начело „дигиталне спремности“: њиме се установљавају услови које легислатива треба да испуни да би била трансформисана у дигитални формат. Трећу групу принципа представљају нова начела везана искључиво за процес установљавања, примене и мониторинга примене правне норме у дигиталном окружењу. Пример оваквог приступа је начело „разумног програмера“ („Reasonable Coder Principle“).

Кључне речи: правни принципи, дигитална спремност, принцип предострожности.

1. Увод

Дигитализација је технологија опште примене (е. *General Purpose Technology*) од најширег друштвеног значаја; она није фрагмент друштвене стварности који има повремену интеракцију са правним нормама. Стога „дигитализован“ приступ мора да постане део институционалне меморије правног дискурса. Технологија напредује експоненцијално, док знање о технологији расте линеарно. Из овог разлога технолошки напредак често има реметилачки (е. *Disruptive*) ефекат на све области друштва, па и на право. У контексту правне норме, описани реметилачки потенцијал се контролише и усмерава формулисањем одговарајућег правног одговора. Тај правни одговор требало би да дефинише оквир и структуру начина на који се право носи са изазовима адаптације његове „аналогне“ верзије у дигитални формат. Корак у том правцу је идентификација правних принципа који су релевантни и функционални за одговорно, ефикасно и стварно уређивање правних односа у дигиталном окружењу. Три су групе тих принципа:

Прва група обухвата принципе који су настали, делују и развијају се у аналогном (не-дигиталном) формату (аналогни принципи или правни принципи 1.0).

Друга група укључује принципе начела чији је циљ дефинисање смерница за претварање правне норме у формат читљив за програмере, у процесу који се назива „алгоритмизација права“ (даље и: „принципи трансформације“).

Трећу групу принципа представљају начела везана искључиво за процес установљавања, примене и мониторинга примене правне норме у дигиталном окружењу (правни принципи 2.0).

У наставку следи излагање о наведеним групама с циљем дефинисања оквира за типологију правних принципа у дигиталном окружењу.

2. Правни принципи 1.0

„Аналогни” принципи су они који су настали, делују и развијају се у „аналогном” (не-дигиталном) формату. Њихова структура је ојачана, а садржина изоштрана тиме што постоји традиција њихове интерпретације и искуство *mutatis mutandis* примене. Наведени „променити да би остало исто” приступ идентификује се у принципима попут начела предострожности („*precautionary approach*”) и „ одговорног“ алгоритама одлучивања.

2.1. Принцип предострожности

Начело предострожности (е. *Precautionary principle*) правно је начело које омогућава да се контролише потенцијална штета узрокована неизвесношћу ефеката коришћених технологија. Темељи се на спознаји да да напредак науке и технологије не само да доноси корист, већ генерише нове, често непознате ризике (тзв. „непознате непознанице”).¹ Стога је потребно да се према могућности наступања таквих ризика поступа са опрезом. Наведени приступ коригује се уколико се појаве научна сазнања која пружају чврсте доказе да ризик неће наступити. Начело предострожности има улогу темељног начела значајног броја међународних споразума и декларација у областима одрживог развоја, заштите животне средине, здравља, трговине и безбедности хране. Као правно начело служи да се обезбеди правно оправдање за политичке резерве у примени иновација код којих нема довољно јасних и убедљивих доказа о нешкодљивости резултата иновативног процеса.

Начело предострожности елеменат је регулаторног приступа дигиталним технологијама: у случају правног правног регулисање блокчејн технологије у праву ЕУ² сматрало се да је потребно време (приступ

¹ Енглески израз „позната непознаница (е. „*known unknown*“) преузет је из епистемолошког тројства које је формулисао некадашњи министар одбране САД, Доналд Рамсфелд. По њему, постоје три нивоа знања: познате чињенице (оне за које се зна); познате непознанице (е. „*known unknowns*“), то јест то су чињенице за које се зна да постоје, али не зна се њихова садржина и значај); непознате непознанице (е. „*unknown unknowns*“), односно чињенице за које се и не зна да постоје.

² Принцип предострожности у праву ЕУ омогућава брз одговор у ситуацијама потенцијалне опасности за здравље људи, животиња, биљака или околину. Када научни подаци не допуштају потпуну евалуацију ризика, овај принцип се примјењује како би се зауставила дистрибуција производа који су вероватно штетни. *Mutatis mutandis*

„чекати и видети“) за стицање јасног и свеобухватног сазнања о ризицима примене блокчејн технологије.³ Временом је модификован како би се спречило „заостајање правних решења у односу на технологију“, односно смањила могућност да се на технолошке промене (укључујући блокчејн) примењују правна правила која нису адекватна за суочавање са друштвеним, културним или комерцијалним контекстом створеним брзим напретком информационих технологија.⁴

2.2. Принцип „одговорног“ алгоритамског одлучивања

Алгоритамско одлучивање (употреба рачунарских метода које омогућавају машинама да аутоматски извршавају задатке и доносе одлуке) има потенцијал да допринесе ефикасности примене права. Са друге стране, постоје бројни изазови и ризици који се јављају код алгоритамског одлучивања. Метод идентификовања и управљања тим ризицима дефинише се фразом „одговорно“ алгоритамско одлучивање.⁵ Принцип одговорног алгоритамског одлучивања требало би да спречи да се применом правне норме кроз формат алгоритма⁶ нанесе штета правним субјектима који су актери (алгоритмом уређеног) конкретног правног односа или друштву у целини.

„Одговорно“ алгоритамско одлучивање подразумева процесну структуру корака којим се управља ризицима алгоритамског одлучивања. Алгоритам је „низ корака предузетих да би се решио одређени проблем или постигао дефинисани исход“.⁷

примењује се и приликом процене ефекта технолошких иновација. Ова се процена врши приликом формулисања релевантне регулаторне политике. Видети: *Vera Fanti*, «*The precautionary principle in the work of the public administration: risk management in climate change.*» *AMBIENTEDIRITTO. IT* 21.2, 2021, стр. 1-32.

³ Видети: Резолуција Европског парламента од 3. октобра 2018. о децентрализованом вођењу евиденције трансакција и ланцима блокова: изградња поверења пословањем без посредника (*European Parliament resolution of 3 October 2018 on distributed ledger technologies and Blockchains: building trust with disintermediation*, P8_TA(2018)0373).

⁴ Видети: Предраг Н. Цветковић, Блокчејн као предмет регулисања права ЕУ: опште напомене, стр. 78-91. УДК: 349:004.738.5.056 CERIF: S 130, S 144, S 155 DOI: 10.55836/Zbornik_PiP_2405A, Право и Привреда 2024.

⁵ Видети: *Christoph F. Breidbach*, „*Responsible algorithmic decision-making*“. *Organizational Dynamics* (2024): 101031. Доступно на дан 01. 08. 2024. године на адреси <https://doi.org/10.1016/j.orgdyn.2024.101031>

⁶ Видети: Предраг Цветковић, „Уговор као алгоритам: уводна разматрања“, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 92 (2021): 15-34.

⁷ *Nicholas Diakopoulos*, „*Algorithmic accountability: Journalistic investigation of computational power structures*“. *Digital journalism*, 3.3 (2015), стр. 398-415.

Алгоритми се користе за анализу база података (е. „*Big Data*“)⁸ у циљу доношења одлуке које производе одређене правне последице. Како спречити да те одлуке буду недискриминаторне, да не постоји тзв. „алгоритамска пристрасност“? Одговор лежи у примени правног принципа одговорности. Овај принцип није изричито дефинисан и артикулисан. У одсуству јасне дефиниције алгоритамске одговорности, могуће је да се одговорност користи принципом транспарентности.⁹ Овај приступ неће донети жељени резултат нити супституисати одговорност у правном смислу за дискриминацију у контексту алгоритамског одлучивања. Алгоритамско одлучивање није подобно за примену принципа транспарентности као што је то случај са правним одлукама у класичном смислу. Разлог ове неподобности је пре свега неодређеност временског оквира транспарентности, то јест:

- да ли је потребно да чак и подаци који су довели до „тренирања“¹⁰ алгоритма кроз „машинско учење“¹¹ буду транспарентни;

⁸ *Big Data* је ознака за велике количине података које генерише процес дигитализације друштва. Ови подаци су подобни за аналитичку обраду. Они имају економску вредност, ниске трошкове чувања и прикупљају се у реалном времену (расположиви су одмах након генерисања, чиме се обезбеђује њихова актуелност). „*Big data*“ концепт има следеће карактеристике: велики обим информација (е. *Volume*), брзину креирања, складиштења и дељења података у реалном времену (е. *Velocity*); разноврсност извора и података (е. *Variety*). Стога се у литератури говори о три „В“ (е. *Volume, Velocity, Variety*).

⁹ *Mike Ananny, and Kate Crawford. "Seeing without knowing: Limitations of the transparency ideal and its application to algorithmic accountability". New media & society, 20.3, (2018): 973-989.*

¹⁰ Програм је „трениран“ тако што се снабдева подацима који су предмет алгоритамске обраде применом принципа машинског учења. Описани процес може се илустровати следећим примером: програм који би требало да аутоматски саставља уговоре коришћењем алгоритма мора да буде претходно „трениран“, односно снабдевен одговарајућим уговорима из којих може да развије систем анализе уговорних одредби. Тренирани модели се претходно примењују на великим базама уговорних одредби (хиљаде, десетине хиљада или чак стотине хиљада) из релативно једноставних уговора као што је рецимо уговор о продаји (користе се базе података из робних берзи, тржишта хартија од вредности, некада и пореских база). Предност унапред тренираних (е. „*pretrained*“) модела је што корисници могу да их примењују одмах. Недостатак је, међутим, то што унапред тренирани модели не могу да се користе за разумевање типова уговора и услова који нису садржани у уговорима који су били коришћен као материјал за тестирање. Стога ови модели нису применљиви за нове (и сложеније) типове уговора.

¹¹ „Машинско учење“ (е. „*Mashine Learning*“) је процес примене примени вештачке интелигенције која дели податке на секвенце, „учи“ из њих и на основу тог „учења“ доноси одређене одлуке. На пример, у контексту развоја система за аутоматизацију израде уговора, у систем се уносе уговорне одредбе, резултате примене уговора (исходи) и спољашњи факторе. Уговорне одредбе у комбинацији са спољашњим факторима дају

- да ли је потребно да транспарентност постоји искључиво у односу на изворни код,¹² или је потребно да траје и током његове примене.

Уз то, природа и сложеност алгорита чине увид у алгоритам комплексним за грађане који желе транспарентност његове садржине. Уколико није могуће сагледати и разумети образложење алгоритамске одлуке, доводи се у питање основа за утврђивање одговорности. Стога је потребан нови приступ питању одговорности у контексту примене алгорита као начина доношења одлука о правно дефинисаним правима и обавезама. Чињеница да је алгоритамско доношење одлука сложено (посебно због машинског учења) захтева да се одговорност обезбеди кроз утицај на шири систем дефинисања алгорита. Реч је о фокусирању на дизајн и имплементацију алгоритамских система на одговоран начин како би се ублажила штета или негативни утицај на потрошаче и друштво. Овај принцип назива се „*Regulation by design*” (даље и: *RbD*). Фраза „*regulation by design*” суштински значи „регулација унапред”. Овај израз се односи на приступ у којем се регулативни аспекти узимају у обзир током самог планирања, успостављања и израде система, производа или услуге који имају елементе алгоритамског одлучивања, како би се унапред (*ex ante*) осигурало да се поштују релевантни прописи и стандарди. Дакле, „регулација унапред” подразумева да се регулатива и норме не примењују накнадно (*ex post facto*), већ су интегрисане у саму структуру и функционалности програма или платформе. „Дизајнери” (пројект менаџери, програмери) програма платформи и дигиталних система који укључују алгоритамско одлучивање (базе података,

резултат (исход) примене уговора. Одредбе уговора се могу дефинисати појединачно или као део „кластера” норми (нпр. правила о надокнади штете; правила о обавезама/правима/одговорностима продавца или купца-свака од ових категорија може да формира посебан кластер). Видети више у: Предраг Н. Цветковић, Љубица Николић. „Уговор и код: пример предиктивног уговарања”, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 56.3. (2022).

¹² Изворни код (е. *Source code*) је скуп компјутерских инструкција написана на неком, за људе разумљивом програмском језику. Изворни код програма је специјално дизајниран за рад програмера који прецизира акције које ће обављати са компјутера писањем кодова. Изворни код може да буде слободно доступан корисницима: било ко може да преузме изворни код, да га модификује и да дистрибуира његову модификовану верзију у неограниченом броју копија. Тада се ради о отвореном изворном коду. Не постоје новчане надокнаде за лиценцу или било која друга ограничења. Детаљнија и технолошки разрађена дефиниција дата је на веб страници *Open Source Initiative-OSI*; <https://opensource.org/osd>, (14. 05. 2024). Према *OSI*, изворни код је део софтвера који програмери могу прегледати, мењати и унапређивати. То је код који омогућава корисницима да разумеју како софтвер функционише и да га прилагоде својим потребама.

системи вештачке интелигенције) обавезни су да обезбеде да њихов производ буде у складу са тачно наведеним правним захтевима. Правни захтеви се конвертују у техничке захтеве уграђене у програмски код. Тиме се обезбеђује обезбеђује аутоматско остваривање циљева које поставља регулатор.

3. Трансформативни правни принципи: пример начела „дигиталне спремности“

У контексту дигитализације јављају се начела чији је циљ дефинисање смерница за претварање правне норме у формат читљив за програмере, у процесу који се назива „алгоритмизација права“ (даље и: „принципи трансформације“). Пример начина на који делују ова начела је принцип „дигиталне спремности“ (е. „*Digital ready principle*“).

Суштина примене принципа дигиталне спремности је да обезбеди да текстуалне формулације прописа буду преведене у форму разумљиву програмерима. Кључни циљ је да норма у писаној форми и програмски код имају исто значење: верзија правне норме у форми кода се сматра аутентичном и са правном снагом једнаком оној коју има верзија у писаном тексту.

У овом контексту, јављају се нова поља преклапања права и програмирања попут:

- „легиматике“ која означава коришћење математичких метода у изради прописа у циљу „ослобођења легислативног процеса од папирних ланаца“¹³;
- *LegalTech-a* који означава област коришћења савремених информатичких технологија у области права (правној пракси, пре свега; у економском смислу, *LegalTech* је део привреде који повезује технолошко тржиште са тржиштем правних услуга).¹⁴

¹³ Wim J. M. Voermans, Wolmoed Fokkema, Remco van Wijk, “Free the Legislative Process of its Paper Chains: IT-inspired Redesign of The Legislative Procedure Cycle”, in *The Loophole*, January, 2012, pp. 54-73 (на страни 58).

¹⁴ *LegalTech* заснован је на коришћењу предности вештачке интелигенције, напретка у развоју правне теорије која уважава нову технолошку реалност; коришћење стандардизованих процедура; разумевање правне праксе као пословног подухвата; препознавање потребе да се шире правне импликације коришћења права у правној пракси препознају ех анте (сличан принцип присутан је и у „регулисању унапред“, видети *супра* тач. 2.1.2..). Видети: Monica Palmirani, Fabio Vitali, Willy Van Puymbroeck, Fernando Nubla Durango, *Legal drafting in the era of artificial intelligence and digitization*. Study commissioned by the EC, Directorate-General for Informatics Solutions for Legislation,

Принцип „дигиталне спремности“ препознат је у документима ЕУ којима се уређује област преклапања права и вештачке интелигенције.¹⁵ Према релевантним анализама, коришћење дигиталног формата у делиберацијама о садржини прописа све је више заступљено у законодавној пракси.¹⁶ Европска комисија је развила софтвер *LEOS (Legislation Editing Open Software)*, који генерише нацрте закона у XML формат¹⁷, чиме се олакшава уређивање или ревизија законодавних текстова, те одржава „интероперабилност између европских институција“¹⁸.

Постоје примери где су поједине државе искорачиле корак даље.

- Влада Фламаније (дела Краљевине Белгије) користи систем *SOLON* за превођење сопствених правила (смерница и водича) у формат алгоритма.
- У Холандији је установљен *LEDA sistem* (е. *Legislative Design and Advisory system – LEDA*) који скреће пажњу законописцима на потребу поштовања одређених захтева приликом дефинисања правила (нпр. да одређено питање буде регулисано у формату модела одређене одредбе, да је потребно претходно дефинисање одређеног појма и слично).¹⁹

„Дигитална спремност“ добиће додатни подстрек кроз напредак вештачке интелигенције и развој тзв. „језичких модела“. Језички модели (е. *Large Language Models-LLM*)²⁰ потенцијално могу да се користе како

Policy & HR, Brussels, 2022, p. 16; Доступно на дан 01. 08. 2024 <https://joinup.ec.europa.eu/sites/default/files/document/2022-06/Drafting%20legislation%20in%20the%20era%20of%20AI%20and%20digitisation%20%E2%80%93%20study.pdf>

¹⁵ У документу Комисије ЕУ *Better regulation: Joining forces to make better laws*, COM/2021/219 final, промовише се начело „дигитализације као стандарда“ (е. „*Digital by default*“). Видети члан 1. ст. 2 алинеја 4. овог документа. Документ је доступан на адреси <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/DOC/?uri=CELEX:52021DC0219> на дан 01. 09. 2024. године.

¹⁶ У 2021. години један од 3 парламента (49% од 116 парламената у 91 држави) је поступао на горе наведени начин. Видети: *Interparliamentary Union, World e-Parliament Report 2020*, стр. 5 и стр. 52. Документ доступан на адреси <https://www.ipu.org/file/12443/download> на дан 01. 09. 2024. године.

¹⁷ XML је скраћеница за *Extensible Markup Language*, односно мета језик за означавање (е. *markup*) текстуалних докумената.

¹⁸ LEOS тренутно спроводи пилот пројекат коришћења вештачке интелигенције за откривање образаца дефиниција у правним актима и уобичајених/честих грешака. Видети: <https://joinup.ec.europa.eu/interoperable-europe/leos>.

¹⁹ Видети: Wim Voermans, Wolmoed Fokkema, Remco Van Wijk, *op. cit.*, стр. 61

²⁰ Пример ових модела су Gemini Ultra и GTP-4.

би садржина правила била једноставнија, термилошки прецизнија и јаснија не само правницима, већ и грађанима.

Илустрација описаног утицаја је примена језичких модела у области јавних набавки. Јавне набавке су политички сензитивне и самим тим предмет појачаног надзора јавности. Вештачка интелигенција у форми језичког модела може да допринесе јасноћи (иначе колексних) формулација у тендерској документацији. Тиме се умањује ризик да понудиоци погрешно интерпретирају одређене одредбе које ова документација садржи чиме се смањују трошкови спровођења поступка.²¹

Дилеме које се јављају у контексту спровођења принципа дигиталне спремности видљиве су на примеру Данске. Дигитализација права је питање око кога је постигнут политички споразум између странака 2018. године.²² Сагласност је постигнута око потребе да прописи буду спремни за дигиталну употребу. Од почетка је било јасно да примена наведеног договора долази уз компромисе: примена принципа „дигиталне спремности“ обезбеђује предвидљивост алгоритамске одговорности, али је праћено нижим нивоом флексибилности тих одредби.

Споразумом је предвиђено да се већ у припреми прописа у обзир узима перспектива дигиталне примене одредби одређеног правног извора. Описани приступ конкретизује се кроз појам тзв. „дигиталне агилности“. Овај појам суштински значи да је потребно да се дискрециона регулатива (којој је инхерентан виши ниво флексибилности и стога и нижи ниво подобности за примену начела „дигиталне спремности“) користи и сагледава конзервативно: то јест, да се користи само онда када је то заиста неопходно.

Да би олакшала спровођење дигиталне агилности као инструмента обезбеђења „дигиталне спремности“ прописа, Данска је кроз смернице које је дефинисала Агенција за дигитализацију дефинисала седам услова чије кумулативно испуњење значи да је пропис „дигитално спреман“:²³

1. Једноставни и јасни прописи: законодавство треба да буде једноставно и јасно, тако да је лако разумљиво грађанима и привреди.

²¹ Видети: Deloitte, *Study on up-take of emerging technologies in public procurement*, DG GROW G.4, Final Report, February 2020, стр. 15. https://joinup.ec.europa.eu/sites/default/files/news/2020-06/D.01.06_Final_report_v3.00.pdf. Доступно на дан 20. 01. 2022.

²² Michael Gøtze, *Digitally Ready Legislation in Danish Law: the Strengths and Weaknesses of Digital Simplicity in New Legislation. Digitalisation of Administrative Law and the Pandemic-Reaction*. (2022): стр. 138 passim.

²³ Gøtze, *op. cit.*, стр. 134. Агенција за дигитализацију има обавезу да врши контролу нацрта прописа и и да помогне министарствима са смерницама како би подржала рад на прописима који би требало да буду „дигитално спремни“.

Једноставни и јасни прописи се лакше примењују и омогућавају доследност интерпретације.

2. Дигитална комуникација: законодавство мора да подржи комуникацију са грађанима и другим актерима. Они који не користе дигиталну комуникацију, међутим, не могу да буду искључени из примене прописа. За њих морају остати отворене опције „аналогне примене” норме.
3. Аутоматска обрада: пропис мора да обезбеди да се администирање (примена, контрола, санкција) његових норми у целини или делимично реализује дигитално. При томе је потребно обезбедити поштовање правне сигурности грађана и других актера. То сугерише да пропис користи објективне критеријуме који елиминишу потребу за дискреционом правном проценом онда када је то оправдано. *A contrario*, у случају да постоји потреба за дискреционим правних просуђивањем, нема места примени принципа дигиталне спремности.
4. Кохерентност: концепти би требало да буду јединствени и подобни за итерације. Подобност за вишеструко коришћење важи и за податке који су предмет дигиталног коришћења. Они би требало да се у идентичној форми користе и примењују и од стране других надлежних органа (нпр. дигитални документ има исту садржину без обзира у ком се програму, платформи или функцији користи).
5. Безбедно и сигурно управљање подацима: висок ниво дигитализације захтева једнако тако висок приоритет безбедности података. Стога је претпоставка примене начела дигиталне спремности прописа постојање услова за безбедно и сигурно руковање подацима грађана, предузећа и других актера.
6. Јавна инфраструктура: пропис мора да предвиди коришћење постојеће дигиталне инфраструктуре и платформи за плаћања, размену података и слично. Тиме се обезбеђује смањење трошкова спровођења начела дигиталне спремности прописа.
7. Приликом припреме прописа морају се предвидети механизми вештачке интелигенције за праћење примене, спречавање злоупотреба и могућих грешака у имплементацији.

Аналитички осврт на описане принципе открива да сваки од њих има дихотомни приступ који опредељује трансформацију стања пре спровођења дигиталне спремности и након његове примене. Наведене дихо-

томије (наведене од 1 до 7) коресподентно горе наведеним принципима:

1. од нејасне регулације до јасне регулативе;
2. од аналогне/ручне комуникације ка дигиталној комуникацији;
3. од дискреционе/отворене регулације ка објективној/затвореној регулацији;
4. од секторских концепата ка међусекторским/кохерентним концептима,
5. од мање безбедног/неизвесног до безбедног управљања подацима;
6. од децентрализоване инфраструктуре ка јавној инфраструктури, и
7. од мање ефикасне/неефикасне контроле до ефективне контроле.

4. Правни принципи 2.0: принцип „разумног програмера”

Трећу групу принципа представљају начела везана искључиво за процес установљавања, примене и мониторинга примене правне норме у дигиталном окружењу.

Пример наведених начела је принцип „разумног програмера“ („*Reasonable Coder Principle*”). Начело разумног програмера има основ у начелу „разумности“ које се јавља и у националним и у међународним правним изворима.²⁴

Појам разумног програмера уведен је као механизам тумачења садржине и значења правне норме претворене у програмски код.

Питање тумачења норме садржане у програмском коду сусреће се са тешкоћама. Наиме, постојећи принципи тумачења правне норме развијени су коришћењем правила природног језика. За разлику од правника, рачунари не „тумаче” већ само извршавају инструкције. Стога је интуитивно решење да се садржина извршења програма изједначи са значењем тумаченог правног правила трансформисаног у код. Суштински, то значи да је тумачење правне норме у овом контексту сувишно: извршење кода изједначено је са његовом интерпретацијом.

Описани приступ није прихватљив, тим пре што простора за тумачење кодираних правних правила (па самим тим и улоге теста разумног

²⁴ Видети нпр. члан 8. ст. 2-3. Конвенције УН о уговору о међународној продаји робе („Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори”, бр. 10-1/84).

програмера) има. Разлог за то је што потенцијално може да постоји несклад између:

- онога што је дефинисано у „аналогном”/текстуалном формату правила која су предмет кодирања (и значења тих правила за стране које та правила примењују), и
- извршења програмског кода које може да се разликује од онога што су стране очекивале од примене правног правила које је предмет кодирања.

Наведени проблем не може да се реши, као што је већ речено, изједначавањем резултата примене програмског кода са интерпретацијом правног правила: рачунар не тумачи, већ примењује правило. Интерпретација правила и извршење тог правила у форми програмског кода нису исте ствари.

Излаз је примена принципа тумачења правне норме у формату програмског кода применом стандарда разумног програмера. Разумни програмер се не ограничава само на тумачење одредби програма: у том случају била би довољна аналогија примене овог стандарда са процесом тумачења садржине уговорних одредби које су формулисане на различитим језицима. Такво вештачење не одређује значење или ефекат термина на страном језику: њиме се ти термини само преводе на језик који суд може да разуме. Када би програмер урадио сличну ствар са компјутерским кодом и просто га превео у речи људског језика, резултат би био много мање од помоћи органу који решава спор у поређењу са примером превода текста на страном језику: судија или арбитар кроз тај „превод” неће стећи знање о начину на који упутства у коду тумачи рачунар, или са начином на који програмер може организовати програмске наредбе како би извукао одређени резултат извођења кода. Другим речима, разумевање компјутерског кода захтева више од разумевања наредби програмских наредби.

Принцип „разумног програмера” значи више од обавезе простог превода програмског кода и његовог значења: програмер има знање које му омогућава да објасни ефекат одређених комбинација програмских наредби (у контексту логике кодирања). То му даје основ за образложени став о томе да ли шта је програмски код дао као задатак који рачунар извршава. Описани став и његова садржина се пореде са оним што су стране које примењују правно правило (програмирано у код) имале као очекивање од извршења програмског кода (при чему то очекивање може да буде у несасгласности са оним што је било извршење самог рачунара).

Начело разумног програмера претпоставља да правну норму у форми програмског кода интерпретира програмер који би требало да објасни:

- ефекат одређених комбинација речи,
- њиховог трансформисања у програмски код применом логике програмирања, и
- образложено мишљење о томе да ли је примена програмског кода који садржи правну норму могла да обезбеди резултат који одговара намери страна које су примену норме „препустиле“ компјутерском алгоритму.²⁵

Литература

Ananny, M., Crawford K. (2018). Seeing without knowing: Limitations of the transparency ideal and its application to algorithmic accountability. *New Media & Society*. 20 (3). 973-989.

Breidbach, Ch. F. (2024). Responsible algorithmic decision-making. *Organizational Dynamics*. 53 (2). 101031. Доступно на <https://doi.org/10.1016/j.orgdyn.2024.101031> на дан 01. 08. 2024.

Fanti, V. (2021). The precautionary principle in the work of the public administration: risk management in climate change. *AMBIENTEDIRITTO. IT*. 21 (2). 1-32.

Цветковић, П. Н. (2021). Уговор као алгоритам: уводна разматрања. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 92. 15-34.

Цветковић, П. Н. (2024). Блокчејн као предмет регулисања права ЕУ: опште напомене. *Zbornik_PiP_2405A. Право и привреда*. 24. 78-91.

Цветковић, П. Н., Николић Љ. (2022). Уговор и код: пример предиктивног уговарања. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 56 (3). 745-765.

Diakopoulos, N. (2015). Algorithmic accountability: Journalistic investigation of computational power structures. *Digital journalism*. 3 (3). 398-415.

Gøtze, M. (2022). *Digitally Ready Legislation in Danish Law: the Strengths and Weaknesses of Digital Simplicity in New Legislation*. Digitalisation of

²⁵ Видети: *Smart legal contracts Advice to Government Presented to Parliament by the Lord Chancellor and Secretary of State for Justice by Command of Her Majesty November 2021*, pp.80-85. Доступно на дан 30.08.2024. <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaecede923f/uploads/sites/30/2021/11/Smart-legal-contracts-accessible.pdf>

Administrative Law and the Pandemic-Reaction. 132-160.

Palmirani, M., Vitali F., Van Puymbroeck W., Nubla Durango F. (2022). *Legal drafting in the era of artificial intelligence and digitization. Study commissioned by the EC*. Directorate-General for Informatics Solutions for Legislation, Policy & HR, Brussels. Доступно на дан 01.08.2024. на адреси <https://joinup.ec.europa.eu/sites/default/files/document/2022-06/Drafting%20legislation%20in%20the%20era%20of%20AI%20and%20digitisation%20%E2%80%93%20study.pdf>

Voermans, Wim J. M., Fokkema W., van Wljk R. (2012). Free the Legislative Process of its Paper Chains: IT-inspired Redesign of the Legislative Procedure Cycle. *The Loophole*, Jan. 2012. 54-73.

Студије и примарни извори

EUR-Lex: *Better regulation: Joining forces to make better laws*, COM/2021/219 final <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=COM%3A2021%3A219%3AFIN>

Deloitte, *Study on up-take of emerging technologies in public procurement*, DG GROW G.4, Final Report, February 2020, стр. 15. https://joinup.ec.europa.eu/sites/default/files/news/2020-06/D.01.06_Final_report_v3.00.pdf. Доступно на дан 20. 01. 2022. \

Interparliamentary Union, *World e-Parliament Report 2020*, стр. 5 и стр. 52. Документ доступан на адреси <https://www.ipu.org/file/12443/download> на дан 01. 09. 2024. године.

Конвенција УН о уговору о међународној продаји робе („Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори”, бр. 10-1/84)

European Parliament resolution of 3 October 2018 on distributed ledger technologies and Blockchains: building trust with disintermediation, P8_TA(2018)0373)/Резолуција Европског парламента од 3. октобра 2018. о децентрализованом вођењу евиденције трансакција и ланцима блокова: изградња поверења пословањем без посредника

Smart legal contracts Advice to Government Presented to Parliament by the Lord Chancellor and Secretary of State for Justice by Command of Her Majesty November 2021, стр. 80-85. Доступно на дан 30. 08. 2024. на адреси <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaecede923f/uploads/sites/30/2021/11/Smart-legal-contracts-accessible.pdf>

Prof. Predrag N. Cvetkovic, LL.D,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš,
Republic of Serbia

TAXONOMY OF LEGAL PRINCIPLES IN THE DIGITAL ENVIRONMENT: INTRODUCTION

Summary

Digitalization is no longer just a fragment of social reality: it is a process that profoundly influences the characteristics of the overall social framework, including law. The impact of digitization is multifaceted: in this vein, the role of legal principles is important, given that their form and substance are the limit to which it is possible to adequately convert law into a digital format (code or algorithm); for example, the principle of good faith is an illustration of a rule that cannot be defined (de lege lata) in the program code. There are three groups of legal principles that are of particular importance for proper understanding and analyzing of interaction between legal principles and digitalization.

The first category consists of principles that originated, operate and develop in an “analog” (non-digital) format. Their structure is strengthened and their content sharpened by the fact that there is a tradition of their interpretation and the experience of mutatis mutandis application. The aforementioned “change to stay the same” approach is based on principles such as the precautionary approach and “responsible” algorithmic decision-making. The first principle makes it possible to control the potential damage caused by the uncertainty of the effects of the technologies used. The second principle should prevent the consequences of applying the algorithm in the form of program code (for the purpose of implementing a legal norm) from harming the parties of a specific legal relationship or society as a whole.

The second group of principles is represented by principles whose goal is to define guidelines for converting legal norms into a format readable by programmers (“algorithmization of law”). An example of such a principle is the principle of “digital readiness” which establishes the conditions that legislation should fulfill in order to be transformed into a digital format.

The third group of principles is represented by new principles related exclusively to the process of establishing, applying and monitoring the application of legal norms in the digital environment; the example of this approach is the “Reasonable Coder Principle”.

Keywords: *legal principles, digital readiness, precautionary principle.*

Др Јован Вујичић,*

Доцент,

Правни факултет, Универзитет у Крагујевцу,

Република Србија

UDK: 347.447.63:339.542

DOI: 10.5281/zenodo.14514384

ПРОМЕЊЕНЕ ОКОЛНОСТИ У СВЕТЛУ ОПШТИХ ПРАВНИХ НАЧЕЛА: ПОВЕРЕЊЕ У УГОВОР ИЛИ ПОВЕРЕЊЕ У СУД**

Апстракт: Циљ правних правила, на првом месту, је да установе и одрже ред. Пружајући извесност предвиђањима субјеката на које се примењују, утичу унапред на њихово поступање. У домену уговорног права, захтев правне сигурности изражен је основним, и чини се универзално прихваћеним, начелом *acta sunt servanda*, које делује својом очигледношћу и убедљивошћу. Међутим, стварност, која је више или мање непредвидљива, јер је променљива, не може се увек тако лако „ухватити“. Од закључења до испуњења уговора могу наступити околности чије последице нису обухваћене редовним пословним ризиком на који се, поступајући са потребном пажњом, мора рачунати и услед којих извршење обавезе може постати привремено или трајно немогуће или пак прекомерно теретно, било због повећања трошкова, било због смањења вредности противчинидбе. У том „додиру“ права и стварности треба да победи правда, правда као способност да се све вредности саберу у једну и чије антропоморфно схватање јесте (и мора бити) суд. Због појачане интернационализације привреде, промењене околности могу представљати један од највећих проблема, посебно у случају дугорочних и сложених уговора. У раду су анализирани релевантне одредбе Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе и UNIDROIT Начела за међународне трговинске уговоре. У ограниченој мери, приказана су и решења из појединих националних права, у којима су о питању које се разматра настале оригиналне теорије. Осим што у конкретном случају могу бити

* jvu@jicic@jura.kg.ac.rs, [ORCID ID 0000-0003-1419-884X](https://orcid.org/0000-0003-1419-884X)

** Рад је резултат научноистраживачког рада аутора у оквиру Програма истраживања Правног факултета Универзитета у Крагујевцу за 2024. годину, који се финансира из средстава Министарства науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије.

меродавно право, без откривања специфичних хоризоната одређених правних система тешко би се могла разумети униформна правила која су (често) резултат компромиса.

Кључне речи: промењене околности, *hardship*, међународни трговински уговори, правна сигурност, правичност.

1. Увод

Питање утицаја промењених околности на обавезујуће дејство уговора одувек је, у већој или мањој мери, привлачило пажњу правне теорије и праксе. Историјски посматрано, дебата је била најжешћа након догађаја који су значајно мењали претпоставке на којима су уговори били засновани. Тако је поново актуелизована 2020. године када је пандемија ковида 19 (COVID-19) зауставила свет (Janssen, Wahnschaffe, 2020: 467, 479. и даље, Nick, 2022: 390. и даље, Mak, 2022: 420. и даље, Pédamon, Vassileva, 2021: 4. и даље, Jentsch, 2021: 856, 872. и даље, Fondrieschi, 2022: 872. и даље).

Због појачане интернационализације привреде, промена околности од којих се полази приликом одређивања међусобних права и обавеза страна може представљати један од највећих проблема, посебно у случају дугорочних и сложених уговора. У складу са принципима аутономије воље и дужности испуњења обавеза, терет такве промене сноси дужник. Међутим, у савременом уговорном праву ова начела нису апсолутна. Може се уочити усмереност према упућивању судова да „у потрази за уговорном правдом“ ублаже строгост „слободе и светлости“ уговора (*Principles of European Contract Law*, 2000: 323, Goldštajn, 1967: 183, Horn, 1985: 17, Tallon, 2004: 503, Garro, 1995: 1161, 1162, Veytia, 1995: 1207, Momberg Uribe, 2011: 202). У том смислу, у појединим правним системима учињен је чак и „ригорозан раскид са прошлoшћу“ (Smits, Calomme, 2016: 1045).

У раду су анализирана правила међународног трговинског права којима се уређује институт промењених околности. Иако се истраживање односи првенствено на међународне изворе, и то Конвенцију Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (Бечка конвенција)¹ и UNIDROIT Начела за међународне трговинске уговоре

¹United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, United Nations, *Treaty Series*, Vol. 1489, 3. Република Србија, као правни следбеник С(Ф)РЈ, је држава уговорница Бечке конвенције (Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, 10-1/84).

(UNIDROIT начела),² приказана су, у ограниченој мери, и решења из појединих националних права, у којима су о питању које се разматра настале оригиналне теорије. Осим што у конкретном случају могу бити меродавно право, без откривања специфичних хоризоната одређених правних система тешко би се могла разумети униформна правила која су (често) резултат компромиса. Такође, увидом у различите ставове омогућава се сагледавање извесних тенденција у развоју уговорног права, као и еволуције схватања улоге и функције суда у решавању спорова.

2. Потрага за уговорном правдом

Савремено уговорно право не може се извести из једног јединог начела, већ из односа међу различитим начелима (Stojanović, 1994: 683, Berger, 1997: 974, Veysia, 1995: 1206).³ Ово схватање је проузроковало значајан помак од формалистичког и крутог „све или ништа” приступа класичног уговорног права ка флексибилнијој и релационој теорији уговора.⁴ Мисао водила савременог модела је да је уговор по природи непотпун. Као такав, не може се посматрати изоловано, у смислу да право не намеће странама никакве додатне дужности и одговорности, осим оних које су предвиђене пуноважно закљученим уговором. Уговор се извршава у правном окружењу у коме важе правичност, савесност и поштење, разумност и друге руководеће вредности.

Знатно повећање брзине и обима промета и растућа сложеност правних односа траже гибак и истовремено довољно одређен правни оквир,⁵

² International Institute for the Unification of Private Law – UNIDROIT. (2016). *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. Rome.

³ Законодавац да би објаснио суштину и дух прописа, понекад, на почетку текста, поставља одређена основна начела. Она треба да олакшају посао, пре свега, суду, како би појединачне норме биле правилно примењене. Међутим, било би погрешно ако би се појам општег правног начела свео на позитивистичко значење, тако да ван онога што је *expressis verbis* означено као начело, не би постојали други принципи који би обавезивали суд у примени права. Задатак је теорије, а пре свега судске праксе „да на светло дана извлачи“ правне принципе из закона, као и „принципе који стоје ван писаног права и који представљају његов фундаментално-етички основ“ (Stojanović, 1988: 1337. и даље).

⁴ Овај правац развоја се означава и као кретање од класичног и статичног разумевања уговорног права ка органском схватању (Berger, 2000: 153. и даље; такође Fondrieschi, 2022: 884, 885).

⁵ Уз практичност, флексибилност и правна сигурност управо чине „грозтруку потребу“ друштва трговаца (лат. *societas mercatorum*) (Berger, 2000: 154). Са друге стране упорно се сматра да је пословној пракси најпотребнија извесност: важније је да се

који ће подсећати на мото Наутилуса: покретно у покретном (лат. *mobilis in mobili*)⁶ (Doudko, 2000: 487, 488). „Нови дух“ уговорног права⁷ подразумева правила која су у складу са „одговорним пословним праксама и схватањима“, уз посвећивање посебне пажње легитимним циљевима страна, њиховој намери да избегну ризик већих губитака и потреби да се уобличи правно средство за очување суштине уговорене размене.⁸ Промена опште парадигме уговорног права одговара основној идеји правног реализма „од правила до стандарда“. То је утицало на битну корекцију ограничавајућих норми, прихватањем еластичних правних појмова у грађанским и трговинским законцима „нове генерације“, као што су Једнообразни трговински законик САД (1952), грађански законици Холандије (1992), Русије (1994), Квебека (1994), али и у бројним изворима тзв. меког права (енгл. *soft law*), попут UNIDROIT Начела за међународне трговинске уговоре и Начела европског уговорног права (Doudko, 2000: 487. и даље).

Институт промењених околности долази управо из оног слоја права у коме се општа начела сучељавају, сукобљавају „до усијања“ и (привидно) сузбијају (Nyland, 1992: 545). У складу са склоношћу према присивању свих правних последица уговора вољи страна, први корак ка ослобађању од примитивног формализма и крутости коју је он оличавао учињен је теоријом имплицитног услова и, са њом повезаном, теоријом нестанка основе уговора. Циљ је био да се створи правна конструкција којом ће се обезбедити поштовање „споразума“. Суд није имао „ослобађајућу моћ“, али је тумачењем могао утврдити да је услов продуженог постојања одређене ствари или одређеног стања ствари, који није изражен, био основа на којој су стране закључиле уговор.⁹ Према овом

тачно зна „шта је право“ него да решење сваког конкретногог случаја буде правично. Због тога правила морају бити „чврста и брза“ (енгл. *hard and fast rules*) (Hesslink, 2001: 20).

⁶ Могао би се превести и као мењање са променом.

⁷ Насупрот „суровом“ принципу апсолутног уговора. Када се неко обавезе уговором, дужан је да изврши обећану чинидбу, упркос било ком накнадном неизбежном догађају. Против њега се могао обезбедити заштитном клаузулом. Ако је испуњење постало немогуће, без обзира да ли дужник за то одговара, обавезан је да накнади штету. Право га неће штитити више од сопственог уговора. Вид. *Paradine v Jane* [1647].

⁸ У супротном, повећали би се ризици у вези са (пре свега) дугорочним уговорима. Последице би могле бити избегавање овог значајног трговинског инструмента или улагање додатних напора, времена и средстава у покушају да се уговарањем што детаљнијих клаузула приближи ономе што се може обезбедити одговарајућим општим правилом (*Aluminium Co. of America v. Essex Group Inc.* (W. D. Pa. 1980): 89. и даље).

⁹ *Taylor & Anor v Caldwell & Anor* [1863]; *Earl Loreburn, F. A. Tamplin Steamship Co., Ltd, and Anglo-Mexican Petroleum Products Co., Ltd (Re Arbitration)* [1916]: 433. Више о пракси

схватању, гашење уговора резултат је првобитне сагласности воља, а улога суда је само да то констатује. Такав услов се подразумевао искључиво када је његово неостварење доводило до (стварне или економске) немогућности испуњења или потпуно реметило сврху уговора.

Не може се подразумевати услов који је у супротности са изричитом уговорном одредбом. Међутим, постоји схватање да чак и када је уговор у језичком смислу апсолутан, ако није апсолутан у намери, неће се сматрати апсолутним ни у правном дејству. Тада ће суд квалификовати значење употребљених речи како би их ускладио са очекиваном облашћу примене уговора.¹⁰ Ово гледиште се тешко може прихватити с обзиром на општи, веома строги принцип да се јасне и недвосмислене одредбе уговора примењују онако како гласе. У том смислу, држањем дословног значења употребљених израза може се довести до очигледне неправде у одређеном случају, али другачијим правилом сви уговори би се учинили несигурним и произвела би се много тежа неправда.¹¹ Осим тога, позивањем на тумачење не може се стварати правило кога заправо нема. Стриктно посматрано, задатак тумача није да мења норму у циљу њеног поправљања или прилагођавања потребама.

Након што је субјективна теорија испунила своју „историјску мисију”, почела је потрага за „мање техничким, а више рационалним оправ-

судова у Немачкој који су, „пошто их је законодавац оставио на цедилу“ морали да пронађу решење за катастрофалне, пре свега економске, промене настале током и након Првог светског рата, вид. Zweigert, Kötz, 1998: 520. и даље. Пре тога, у средњем веку, правно дејство уговора условљавано је одржањем и непроменљивошћу околности под којима је закључен. Учење о клаузули *rebus sic stantibus* касније је уобличено у првим кодификацијама грађанског права у Европи Баварском грађанском законнику (*Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*) из 1756. год. и Пруском земаљском законнику (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*) из 1794. год. (Вид. Ђурђевић, 1994: 32. и даље, Дудаш, 2015: 205. и даље). У XIX веку бива одбачено као неспојиво са принципима стабилности уговорних односа и сигурности правног промета. Слободна воља страна била је осовина око које је формулисано уговорно право, под великим утицајем филозофског и економског либерализма.

¹⁰ Denning, L. J., *British Movietonews, Ltd. v. London and District Cinemas, Ltd.* [1950] 2 All E. R. 390 (C. A.). Нав. према МСК., 1951: 107. Дом лордова је, међутим, недвосмислено изразио неслагање са овим мишљењем у погледу природе и обима надлежности суда да одлучује о правима и обавезама уговорних страна када наступи неподвижна промена околности. Сам обрт догађаја који стране нису имале у виду није довољан основ за суд да својим појмом правичног и разумног замени оно што је уговорено. Да би уговор био осујећен потребно је да се тумачењем може утврдити имплицитни услов да он неће важити у битно различитој ситуацији која је после закључења уговора неочекивано наступила (МСК., 1952: 84-86).

¹¹ Earl of Halsbury L. C., *National Telephone Company v Hastings (Lord)* [1900]: 264.

дањем” (Krulj, 1967: 60). Као разлог за уважавање промењених околности навођена је суштинска разлика у односу на првобитни уговор. Критеријум се називао и променом значења обавезе. Околности у којима се тражи испуњење морају је чинити радикално другачијом од уговорене.¹² Дужник је тада овлашћен да изјави: то није оно што сам обећао (лат. *Non haec in foedera veni*).¹³ У том случају, мора се признати активна улога суда и надлежност да одлучи о правној судбини уговора без стављања у дејство воље страна. Према концепцији о инхерентној јурисдикцији, суд решава спор по правичности и разуму (Pichonnaz, 2011: 141, 142).¹⁴ Гаранција да се овакво одлучивање неће извитоперити у произвољност састоји се у дужности да се увек пође од садржине уговора.¹⁵ Међутим, његове одредбе често нису од велике помоћи, па се мора применити спољно мерило. У ситуацији у којој стране *ex hypothesi* нису изразиле намеру, средишњи циљ уговорног права треба да буде испуњавање разумних очекивања поштених лица (Steyn, 1997: 433, 434, 439. и даље). А гласноговорник таквог лица, који представља антропоморфну концепцију правде, јесте и мора бити суд.¹⁶ Задатак је сличан уређивању споредних тачака уговора које су стране, после постигнуте сагласности о битним састојцима, оставиле за доцније, а о којима се саме нису усагласиле. Овим се тумачење заједничке намере објективизује, уз чување неопходног минимума субјективног.

3. Промењене околности у изворима међународног трговинског права

Правна релевантност промењених околности призната је, као изузетак, у многим правним системима у оквиру различитих концепата,¹⁷

¹² Lord Radcliffe, *Davis Contractors v Fareham Urban DC* [1956]: 13. У немачкој судској пракси, са приличним повећањем инфлације, захтев истовестности чинидбе је замењен тестом еквивалентности, у смислу постојања колико-толико одговарајућег односа узајамних давања (Cohn, 1946: 17. и 19).

¹³ Lord Finlay L. C., *Bank Line Ltd v Arthur Capel & Co* [1918]. Сматра се да ова латинска изрека, која је постала „лозинка“ модерне доктрине осујећења уговора, потиче из Вергилијеве Енејиде (Virgil Maron, 1896: IV певање, ст. 316. и даље).

¹⁴ Вид. такође Lord Wilberforce, *National Carriers Ltd v Panalpina (Northern) Ltd* [1980]: 11.

¹⁵ У том смислу, лорд Рид (*Reid*) је закључио: „Чини ми се да осујећење зависи, барем у већини случајева, не од додавања имплицитног услова, већ од правог тумачења постојећих одредаба, схваћених у смислу природе уговора и релевантних околности под којима је уговор закључен... Питање је да ли се уговор може сматрати довољно широким да би се применио у промењеним околностима“ (*Davis Contractors v Fareham Urban DC* [1956]: 7. и 8).

¹⁶ Lord Radcliffe, *Davis Contractors v Fareham Urban DC* [1956]: 13.

¹⁷ У раду се користи израз промењене околности јер, за разлику од осталих којима

као што су осујећење (циља) уговора или, скраћено, осујећење (енгл. *frustration (of the purpose) of the contract* или *frustration*) (Treitel, 2003: 867, 885, 886),¹⁸ практична неизводљивост или трговинска неразумност испуњења (енгл. *commercial impracticability*) (Declercq, 1995: 217 и даље),¹⁹ отпадање или нарушавање основе посла (нем. *Wegfall/Störung der Geschäftsgrundlage*) (Schlechtriem, 2002, Cohn, 1946: 20. и даље, Zweigert, Kötz, 1998: 521 и даље),²⁰ непредвидљивост (фр. *imprévision*)²¹ и прекомерно оптерећење (итал. *eccessiva onerosità*) (Zaccaria, 2005: 147-149).²² Осим различитих израза и услова за примену, предвиђене су и различите правне последице промењених околности, чиме се питање додатно компликује. Од ослобађања страна уговорне везе од када се десио догађај (лат. *ex nunc*), односно ретроактивно (лат. *ex tunc*), од времена закључења уговора, које наступа аутоматски, по сили права (лат. *ipso jure*; енгл. *by operation of law*), преко раскидања, односно измене уговора *ope iudicis*, до обавезивања страна да, пре покретања судског поступка, преговарају у циљу споразумног решавања спора.

се наглашавају поједине карактеристике изванредних догађаја, у језичком смислу довољно је широк да би се њиме могли обухватити различити појавни облици. Изабран је не заборављајући захтев да униформна правила буду тумачена уз вођење рачуна о њиховом међународном карактеру и потреби да се унапреди једнообразност њихове примене, као и уз свест о ризику тумачења у духу националног права. Опасност придодвања другог значења институту страног права постоји увек када се за његово означавање користи појам материјалног права *lex fori*.

¹⁸ Вид. *Krell v. Henry* [1903] 2 К. В. 740 и друге случајеве настале поводом отказивања крунисања Едварда VII услед његове изненадне болести (енгл. *coronation cases*).

¹⁹ Одељак 2 – 615 Једнообразног трговинског законика САД (*Uniform Commercial Code*, УСС) из 1952; одељак 281 Ристејтмента (друго издање) о праву уговора (*American Law Institute, Restatement (Second) of the Law of Contracts*) из 1981; одељак 454 Ристејтмента (прво издање) о праву уговора (*American Law Institute, Restatement (First) of the Law of Contracts*) из 1932; *Mineral Park Land Co. v. Howard* (Cal. 1916).

²⁰ Закон о осавремењавању облигационог права из 2001. (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom. 26. November 2001, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2001 Teil I Nr. 61 vom 29. November 2001*) – одељак 313 Немачког грађанског законика (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB).

²¹ Настао је почетком XX века у пракси француских судова поводом испуњења управних уговора и није се примењивао на грађанскоправне и уговоре у привреди (Ћобелјић, 1972: 16-19. и 67-70, David, 1946: 12. и 13). Према новој одредби чл. 1195. Грађанског законика (*Code civil*) из 2016, суд сада може, на захтев (било које) стране, да измени или раскине уговор ако промена околности која је била непредвидљива у време закључења уговора учини извршење претерано тешким за страну која није прихватила ризик такве промене и ако се стране претходно не усагласе у разумном року.

²² Чл. 1467-1469. Италијанског грађанског законика (*Codice civile*) из 1942.

За разлику од наведених националних извора, Бечком конвенцијом је изричито предвиђено само ослобођење од одговорности за накнаду штете због неиспуњења ако дужник докаже да није извршио своју обавезу због сметње (енгл. *impediment*) која је била ван његове контроле и да од њега није било разумно очекивати да у време закључења уговора сметњу узме у обзир, да избегне и савлада такву сметњу и њене последице.²³ Без значаја је да ли је сметња настала пре или после закључења уговора (Тирић, 2018: 220, Schwenzler, 2016: 1134, Schlechtriem, 1986: 101. Упор. Vilus, 1981: 175).²⁴ Стога, правне последице почетне немогућности испуњења треба утврђивати у складу са Бечком конвенцијом, чак и када би се таква обавеза сматрала неважећом према праву које би се иначе применило на основу правила међународног приватног права (Schwenzler, 2016: 1134).

Поставља се питање да ли се као сметња у испуњењу уговора може квалификовати и ситуација у којој је уговорна равнотежа битно нарушена, мада је извршење обавезе још увек могуће. Разноврсност решења прихваћених у националним правима заједно са опсегом израза сметња представља плодно тло за судове и арбитраже да на различите начине приступе решавању овог проблема. У Једнообразном закону о међународној продаји телесних покретних ствари из 1964. године било је предвиђено да ако околности због којих је дошло до неизвршења представљају само привремену сметњу, страна која није извршила своје обавезе биће ипак коначно ослобођена ако би се извршење услед одлагања тако темељно изменило да би било извршење неке сасвим друге обавезе, а не оне која се уговором имала у виду.²⁵ Коренита измена

²³ Чл. 79. ст. 1. Бечке конвенције. Одредбе садржане у чл. 79. развиле су се из чл. 65. нацрта који је 1978. године одобрила Комисија Уједињених нација за међународно трговинско право (енгл. *United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL*), а који је пак одговарао чл. 76, односно 50, нацрта који је усвојила Радна група за међународну продају робе. Више о томе вид. у наставку текста.

²⁴ На пример, ако је роба, која је представљала индивидуално одређену ствар, већ била пропала када је уговор закључен, продавац, да би био ослобођен одговорности, не сме за то знати и мора бити разуман у својим очекивањима (UNCITRAL, 1979: Коментар уз чл. 65, пар. 4).

²⁵ Чл. 74. ст. 2. Једнообразног закона о међународној продаји телесних покретних ствари (*The 1964 Hague Convention Relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods and annexed Uniform Law (ULIS)*, United Nations, *Treaty Series*, Vol. 834, No. 11929, 107). Током другог заседања UNCITRAL-а (3-31. март 1969), на 44. пленарној седници одржаној 26. марта 1969, основана је Радна група за међународну продају робе. Од ње је затражено да утврди које измене Једнообразног закона о међународној продаји (исто и у погледу Једнообразног закона о закључењу уговора о међународној продаји телесних покретних ствари) га могу учинити подобним за шире прихватање од стране земаља

предлагана је и у току рада на изради нацрта Бечке конвенције и то, не само за случај одлагања извршења, већ и као иницијална последица ослобађајућих околности.²⁶ Мишљења су била подељена. Док су једни подржавали овај предлог, други су сматрали да се њиме пружа превише олакшања и да је такво решење сувише компликовано. Узимајући у обзир све наведено, Радна група UNCITRAL-а је током свог шестог заседања одлучила да, осим ослобођења од одговорности за штету, „неће покушавати да регулише остале правне последице неиспуњења” (UNCITRAL, 1975: 61, 68).²⁷

На дипломатској конференцији у Бечу, предложено је да се у ст. 3. чл. 65. Нацрта дода одредба према којој ће страна која не изврши неку од својих обавеза ипак бити трајно ослобођена ако су се, након што је сметња уклоњена, околности тако темељно промениле да би било очигледно неразумно сматрати је одговорном (United Nations, 1991: 134; UNCITRAL, 1977: 110). Током дискусије, сугерисано је да би било боље проширити предлог у смислу да погођена страна треба да има и право на раскид уговора и то, не само након што је сметња престала, већ и пре тога, ако би постало јасно да су се околности тако темељно промениле да је испуњење постало немогуће (United Nations, 1991: 381). Према супротном мишљењу амандман није требало прихватити јер је њиме узет у обзир само део проблема,²⁸ док су по страни остављене

са различитим правним, друштвеним и економским системима, да ли је у том циљу неопходно израдити нови текст и који други кораци могу бити предузети како би се унапредила хармонизација и унификација права међународне продаје робе. Сасвим је разумљиво да није било ни лако, нити једноставно ускладити све интересе, због чега је можда и дошло до неких недостатака у тексту Бечке конвенције (UNCITRAL, 1969: 10 и даље, 51. и 52, UNCITRAL, 1977: 135).

²⁶ Вид. Ревидирани текст чл. 74. ст. 1. и 3. Једнообразног закона о међународној продаји који је привремено усвојило Тело за израду нацрта (енгл. *Drafting Party V*), основано од стране Радне групе за међународну продају робе, и ст. 2. алтернативног предлога који је поднео посматрач у том телу (представник Норвешке) (UNCITRAL, 1974: 39, 40, 58, UNCITRAL, 1975: 60, 61, UNCITRAL, 1977: 124, 130, 135. Упор. UNCITRAL, 1977: 142).

²⁷ У Коментару Секретаријата UNCITRAL-а уз чл. 65. Нацрта Конвенције о уговорима о међународној продаји робе наведено је да се овим чланом „регулише обим у коме је страна ослобођена од одговорности за неизвршење неке од својих обавеза због сметње која је била ван њене контроле” и да „ни чл. 65. нити било која друга одредба ове Конвенције не ослобађа продавца обавезе да испоручи робу на основу тога што је дошло до тако велике промене околности да уговор више не одговара ономе што је првобитно договорено” (UNCITRAL, 1979: чл. 65, пар. 1 и 14 пример 65 Г фн. 5).

²⁸ Предлагач (Норвешка), али и неке друге делегације, сматрале су да је погрешно одустати од сваког покушаја да се нацрт побољша само зато што се читав проблем не може решити (United Nations, 1991: 382).

друге озбиљније компликације, као што је правни положај стране која је извршила своју обавезу. Било би очигледно неправично ако јој се не би надокнадили тако настали трошкови. Подсећања ради, указано је и на чињеницу да је Радна група UNCITRAL-а, имајући у виду немогућност да се одредбом обухвате сви случајеви, одлучила да остави питање отвореним, да буде уређено уговором или решено према меродавном праву (United Nations, 1991: 381). Истакнуто је да би усвајање предлога могло имати неправичне последице и зато што темељна промена околности упућује на ситуацију у којој је основа уговора битно измењена, па правни исход не треба да буде ослобођење од одговорности, већ ревизија уговора (United Nations, 1991: 381, 382). Најзад, поједине делегације су подржале основну идеју, али су се, с обзиром на све изнете проблеме, питале колико је мудро прихватити је (United Nations, 1991: 382). Ни снажно залагање истакнутих правника да амандман буде усвојен, додуше у својству представника својих држава,²⁹ није помогло. Предлог није добио потребну већину.³⁰ Међутим, усвојен је алтернативни амандман према коме се у формулацији „ослобођење предвиђено овим чланом дејствује само за време док сметња траје” реч „само” брише. Поднет као „друго најбоље решење”, заснива се на схватању да ни ст. 3. чл. 65, нити чл. 65. као целина, не садрже одредбу којом се регулише могуће трајно ослобођење, већ то питање остављају националном праву (United Nations, 1991: 134, 135, 381, 382).³¹ Циљ измене био је да се избегне утисак да је предвиђено круто правило којим се захтева наставак уговорног односа на оригиналној основи, без обзира колико дуго прекид трајао или колико озбиљна промена околности била (Honold, 1982: 442). Међутим, чак и када би страна која није извршила своју обавезу успела да убеди суд да је Бечком конвенцијом остављена могућност да ослобођење траје и након што је сметња престала,³² она би, уопштено говорећи, иако је ослобођена одговорности за штету, могла и даље бити правно принуђена на испуњење.

²⁹ Реч је о проф. Бонелу (*Bonell*), као представнику Италије, и проф. Хонолду (*Honold*), као представнику Сједињених Америчких Држава (United Nations, 1991: 382).

³⁰ Са 12 гласова за и 25 против (United Nations, 1991: 135, 382). Чл. 65. Нацрта Конвенције, у целини, усвојен је на 11. пленарној седници са 42 гласа за, ниједним против, док је је пет делегација било уздржано (United Nations, 1991: 227).

³¹ Примећено је да је одредба таква да се из ње чак ни то не може јасно закључити (UN, 1991: 381).

³² Тешко је замислити да би било који суд дошао до оваквог закључка без помоћи легислативне историје. У том смислу се може рећи да је ово било „најплодније брисање једне речи икада” (Nicholas, 1984: 5 – 18).

Данас,³³ према преовлађујућем мишљењу у теорији (Schwenzer, 2016:1142; CISG Advisory Council, 2020: Мишљење, тач. 2. и 4-6. и Коментари, тач. 0.6, 2. и 4-6; CISG Advisory Council, 2007: Мишљење, тач. 3.1 и Коментари, тач. 26-39; Lookofsky, 2005:438; Schlechtriem, 1986: 102, Draškić, 1987: 298)³⁴ и судској и арбитражној пракси,³⁵ тзв. економска немогућност, тј. промена економских околности која је таквог значаја да би набавка или производња робе продавцу проузроковала крајње неразумне трошкове у односу на уговорену цену, може се изузетно сматрати сметњом у испуњењу уговора. Исто треба применити када је валута у којој је изражена цена изложена екстремном обезвређивању. Да ли су ове границе прекорачене, утврђује се од случаја до случаја, у зависности од околности. Полазна тачка мора бити уговор. У том смислу, могуће је изричито или прећутно преузимање ризика битне промене околности или, пак, искључење одређених ризика (Schwenzer, 2009: 715).³⁶

Што се тиче правних последица промењених околности, постоји мишљење да би се из обавезе да се приликом тумачења Бечке конвенције води рачуна о потреби да се унапреди поштовање савесности у међународној трговини³⁷ и одредбе о попуњавању тзв. унутрашњих или

³³ Имајући у виду историјат израде и усвајања чл. 79. Бечке конвенције, који, узгред речено, није сасвим јасан, разумљиво је зашто су поједини аутори, нарочито у првим годинама по потписивању Бечке конвенције, тврдили да нема простора за разматрање промењених околности.

³⁴ Такође Коментар А уз чл. 8:108 Начела европског уговорног права наводи да, *за разлику од еквивалентног члана Бечке конвенције* [чл. 79], чл. 8:108 се примењује *само у случајевима када сметња спречава испуњење*. (Упор. Slater, 1998: 257. и даље, Howard Jenkins, 1998: 2025, 2028, 2029, Bund, 1998: 387, 394, 404).

³⁵ У пракси је, међутим, често утврђивано да уговорна равнотежа није битно нарушена, па, према томе, ни наводна сметња у испуњењу није постојала. Вид., на пример, Appellate Court of Colmar (*Cour d'appel Colmar*). Case No. 1 A 199800359 *Société Romay AG v. SARL Behr France*. Decision of 12 June 2001; Arbitration Tribunal of Bulgarian Chamber of Commerce & Industry (BTTP – *Bulgarska turgosko-promishlena palata*). Case No. 11/96 *Steel ropes case*. Decision of 12 February 1998; Court of Appeals (*Oberlandesgericht*) Hamburg. Case No. 1 U 167/95 *Iron molybdenum case*. Decision of 28 February 1997. Али вид. Court of Cassation [Supreme Court] of Belgium (*Hof van Cassatie*). Case No. C.07.0289.N *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.* Decision of 19 June 2009. Упор. Rechtbank van Koophandel, Hasselt (Belgium). Case No. AR 1849/94 *Vital Berry Marketing NV v. Dira-Frost NV*. Decision of 2 May 1995.

³⁶ Вид. такође Court of Appeals (*Oberlandesgericht*) Hamburg. Case No. 1 U 167/95 *Iron molybdenum case*. Decision of 28 February 1997.

³⁷ Иако није посебно предвиђено у чл. 79, сматра се општим начелом које се примењује на све одредбе Бечке конвенције (Kessedjian, 2005: 419; Ferrari, 1997: 461).

praeter legem правних празнина³⁸ могла извести дужност страна да преговарају у циљу поновног успостављања равнотеже узајамних давања (Schlechtriem, 1999: 236, CISG Advisory Council, 2007: Мишљење, тач. 3.2. и Коментари, тач. 40, Kessedjian, 2005: 418, Janssen, Wahnschaffe, 2020: 491, 495, Упор. CISG Advisory Council, 2020: Мишљење, тач. 11. и Коментари, тач. 0.10 и 11.4-11.9).³⁹ Међутим, ако преговори не би успели, поставља се питање да ли би суд, према Бечкој конвенцији, могао да измени или раскине уговор због промењених околности.⁴⁰ Изгледа да би се тиме Бечка конвенција веома „развукла“, мада можда не и превише.⁴¹ Ипак, чини се реалнијим да у Бечкој конвенцији не постоји „одскачна даска“ за подстицање униформности по овом питању међународне продаје робе. Због непостојања приступа који превазилази границе појединачних правних система, не би се могло сматрати да су ставови „неколико правника“ довољна основа за стварање једнообразног правила које ће субјекти широм света⁴² бити обавезни да следе (Honnold, 1999: 236, 237; CISG Advisory Council, 2020: Мишљење, тач. 12. и 13. и Коментари, тач. 0.10, 12, и 13).

UNIDROIT начела проблему промењених околности приступају на флексибилан и уравнотежен начин (Perillo, 1997: 21). Суочени са нарочито

³⁸ Више о томе вид. Вујић, 2020: 670. и даље.

³⁹ Постоји и гледиште према коме је тешко замислити ситуацију у којој би таква дужност била неопходна. Указује се и на практичне тешкоће. Како, у одсуству правног санкционисања њене повреде, присилити невољну страну на сарадњу и корисне преговоре. Према овом схватању, када погођена страна понуди испуњење под измењеним условима, друга страна то не може одбити ако је, у околностима датог случаја, правично и разумно да прихвати такав предлог. У супротном, нарушила би начело савесности и поштења. Томе у прилог говори и дужност умањења штете, као опште правно начело, предвиђена у чл. 77. Бечке конвенције (Schwenzer, 2009: 723-725, Schwenzer, Nagem, 2009: 475).

⁴⁰ О изузетној сложености овог питања говори и анегдота са радионице посвећене Бечкој конвенцији. Након изјаве проф. Шлехтрима (*Schlechtriem*) да би ту тему најпре морао дати неке од студената докторских студија, уз наду да ће након одбране докторске дисертације одговор бити јаснији, уследио је смех. Вид. Schlechtriem, 1999: 235.

⁴¹ Као аргумент у прилог ове тврдње наводи се чл. 50, у коме се уређује право купца да снизи цену. Из општег начела на коме се заснива ово правно средство, као правичан инструмент помоћу кога се поново успоставља равнотежа узајамних давања која је нарушена испоруком несаобразне робе, могло би се извести правило о измени уговора у случају промењених околности (Schlechtriem, 1999: 235, 237).

⁴² Тренутно има 97 држава уговорница (UNCITRAL. *Status: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG)*. Преузето 15.8.2024. https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status).

комплексним питањима у којима се одражавају непомирљиве разлике између националних правних система, уместо да прихвате компромисе које одају пропусти и двосмислени изрази (као они у Бечкој конвенцији), редактори су усвојили концепт „бољих правила” (Zaccaria, 2005: 168, Garro, 1995: 1160). То подразумева и иновативна решења која, иако још увек нису општеприхваћена, према њиховом мишљењу, више одговарају потребама међународне трговине.⁴³ Ово је било могуће због недостатка дипломатске формалности. Ставови чланова радне групе нису имали тежину званичног представљања било које државе, због чега нису били ограничени упутствима влада „са својим углавном конзервативним ставом према новим правним изумима”.⁴⁴ Како би се обезбедила упоредна предност, *inter alia*, избегавана је, колико год је то било могуће, терминологија повезана са одређеним правним системом. Бирани су, пре свега, изрази који су уобичајени у међународној уговорној пракси (Bonell, 1995: 1128). Један од таквих је *hardship*, који потиче из енглеског језика и који би се могао превести као тешкоћа или отежавајућа околност.⁴⁵

Приликом дефинисања *hardship* ситуације, прихваћен је објективан приступ, што може допринети доследнијој примени начела обавезности уговора и смањењу правне несигурности (Doudko, 2000: 495. и 501). Релевантна правила ће бити примењена ако су испуњени прописани критеријуми, при чему није неопходно да и стране (у субјективном смислу) сматрају одржавање одређених услова основом уговорног односа (Maskow, 1992: 662). Могућност позивања на промењене околности постоји само изузетно,⁴⁶ када је уговорна равнотежа битно

⁴³ Вид. Увод првог издања UNIDROIT начела из 1994.

⁴⁴ Владе имају „урођену склоност“ да чувају своје право, па чак и настојање да прошире утицај сопствених правних поставки, не увек критички преиспитујући оправдање (Maskow, 1992: 659).

⁴⁵ Користи се у енглеској, француској и италијанској верзији, док се у шпанској и немачкој наводи у загради, уз термин прекомерна оптерећеност (шп. *excesiva onerosidad*), односно промењене околности (нем. *Veränderte Umstände*) – званични језици издања из 2016.

⁴⁶ У спору између продавца из Холандије и купца из Турске, овакав закључак је заснован на одредбама Грађанског законика Холандије (чл. 6.258), који је у конкретном случају представљао меродавно право, али и упућивањем на UNIDROIT начела. То је оправдано аргументом да, приликом примене холандског права у спору са елементом иностраности, треба обратити пажњу на „преовлађујуће мишљење у области међународних трговинских уговора“ (International Court of Arbitration of ICC Award No. 8486, 1996; ICC arbitration Case no. 7365/FMS 05.05.1997. *Islamic Republic of Iran v Cubic Defense Systems, Inc.* (final award)).

нарушена (енгл. *fundamental alteration of the equilibrium of the contract*),⁴⁷ било због тога што су се повећали трошкови испуњења за једну страну, било зато што се смањила вредност противпрестације.⁴⁸

Осим природе терета, да би таква ситуација утицала на обавезујуће дејство уговора, неопходно је да се испуне и посебни (додатни) услови. За разлику од традиционалног схватања клаузуле *rebus sic stantibus*, прихваћен је шири концепт, према коме се може радити не само о догађајима који су наступили накнадно, већ и о онима који су страни која се на њих позива⁴⁹ постали познати тек после закључења уговора.⁵⁰ Даље се захтева да догађаји буду такви да их погођена страна није могла разумно узети у обзир у време закључења уговора.⁵¹ Догађаји које је страна била дужна да узме у обзир одразили су се или су се могли одразити на садржину уговора. Радило би се, дакле, о пропусту који спада у област личне одговорности и ризика, на који се, према општем начелу, нико не може позивати у сопствену корист. „(Не)предвидљивошћу“ није обухваћен само одређени догађај, већ и његов значај, односно, прецизније, обим његовог негативног утицаја на испуњење уговора. У том смислу, неопходно је разликовати „благу“ од „акутне“ промене околности (McKendrick, 2015a: 818). Догађаји морају бити и ван контроле стране која се на њих позива.⁵² И на крају, не сме се сматрати да је ризик догађаја, изричито или прећутно, преузела погођена страна.⁵³ То може бити предвиђено уговором, а може произилазити и из природе правног посла или других околности случаја.⁵⁴

⁴⁷ Синтагма уговорна равнотежа, односно њено битно нарушавање правилно је изабрана будући да се њоме могу обухватити како случајеви отежаног испуњења, тако и случајеви осујећења сврхе уговора. (UNIDROIT, 1987: 28. Упор. Kessedjian, 2005: 421, 423).

⁴⁸ Чл. 6.2.2 UNIDROIT начела.

⁴⁹ Знање друге стране није правно значајно. Она не може успешно приговорити да је знала за релевантне околности у време закључења уговора (UNIDROIT, 1990: 5).

⁵⁰ Чл. 6.2.2 тач. а) UNIDROIT начела.

⁵¹ Чл. 6.2.2 тач. б) UNIDROIT начела. Приликом оцене да ли је овај услов испуњен, примењује се стандард разумног лица у истим околностима, лица које није неоправдано (претерано) ни оптимистично, ни песимистично, нити немарно за сопствене интересе (UNIDROIT, 1990: 5).

⁵² Чл. 6.2.2 тач. ц) UNIDROIT начела.

⁵³ Чл. 6.2.2 тач. д) UNIDROIT начела.

⁵⁴ Тако се тужени, узгајивач поврћа из Мексика, обавезао уговором да у току годину дана произведе одређену количину бундеве и краставаца и испоручи их тужиоцу, дистрибутеру из САД, који ће их продавати у Калифорнији. Када је тужилац захтевао раскид уговора и накнаду штете због неиспуњења, тужени се позвао на метеоролошки

Не захтева се изричито да од погођене стране није било разумно очекивати да избегне или савлада промењене околности или њихове последице. Међутим, може се сматрати да је овај захтев обухваћен условом да догађаји морају бити ван контроле стране која се позива на промењене околности (Pichonnaz, 2015: 871-873). Границе предузимања заштитних,⁵⁵ односно заменских⁵⁶ радњи одређене су критеријумом разумности.

Тешкоће које су се појавиле у испуњењу уговора стране треба, пре свега, да решавају споразумно, промовишући на тај начин слободу уговарања.⁵⁷ У складу са тим, правна последица промењених околности је овлашћење погођене стране да од саговорника захтева преговоре.⁵⁸ Преговори се не могу захтевати када је уговором већ предвиђено његово прилагођавање промењеним околностима (на пример, помоћу индексне клаузуле или клизне скале), осим ако заштитном одредбом није обухваћен догађај који је у конкретном случају довео до битног нарушавања уговорне равнотеже.⁵⁹ Захтев мора бити учињен без неоправданог одлагања и у њему се морају навести разлози на којима се заснива.⁶⁰ Ради очувања основног начела обавезности уговора и

феномен познат као Ел Нињо (шп. *El Niño*), тврдећи да изванредно олујно невреме и поплаве које су наступиле представљају *hardship* ситуацију. Арбитражни центар Мексика одбио је приговор туженог, сматрајући да, нарочито у контексту уговора који се односи на снабдевање пољопривредним производима, повртар типично преузима ризик уништења усева због кише и поплаве (Centro de Arbitraje de México (CAM). *Arbitral Award*. 30.11.2006).

⁵⁵ На пример, поступци којима се спречавају штетне последице поплаве или другог природног догађаја.

⁵⁶ На пример, у случају блокаде одређене деонице пута, коришћење друге одговарајуће руте у циљу предупређивања застоја.

⁵⁷ Будући да су најбоље упознате са уговором, стране, у принципу, то могу учинити брже и делотворније у односу на релативно скуп и неизванредно судски или арбитражни поступак. Ово је и пацификација, која означава продирање морала у правне односе. Исто је и са правичношћу из које се шире и умножавају све остале идеје о утицају промењених околности на обавезујуће дејство уговора. А и правичност и мир имају свој основ у солидарности, тј. узајамној зависности. Вид. Роровић, 1996: 6.

⁵⁸ Иако се у чл. 6.2.3 ст. 1. UNIDROIT начела друга страна не обавезује изричито да учествује у преговорима, то проистиче из начела савесности и поштења (чл. 1.7) и дужности сарадње између уговорника (чл. 5.1.3) (McKendrick, 2015b: 819). Више о поновним преговорима вид. Вујичић, 2017: 335-346.

⁵⁹ Вид. Коментар 1 уз чл. 6.2.3 UNIDROIT начела.

⁶⁰ Чл. 6.2.3 ст. 1, друга реченица UNIDROIT начела. Пропуштањем да се преговори благовремено иницирају не губи се право да се они захтевају. Међутим, то може утицати на утврђивање да ли су и када промењене околности наступиле и, ако јесу,

спречавања злоупотребе права на поновне преговоре, чиме би се створила несигурност и неповерење међу уговорницима, захтев ће имати суспензивно дејство само у изванредним околностима.⁶¹ Приликом његовог упућивања, одговора, као и током преговарања, стране су дужне да се придржавају начела савесности и поштења и да поштују обавезу сарадње.⁶² Из одговорности за вођење или прекид преговора у лошој вери (енгл. *bad faith*),⁶³ могло би се извести право на накнаду штете која је проузрокована таквим поступањем (Veneziano, 2010: 147). С друге стране, ако није другачије уговорено, одбијање да се ступи у преговоре не треба да буде праћено истом правном санкцијом, јер би то било противно начелу аутономије воље. Међутим, тада се може одмах обратити суду, без чекања да истекне разуман рок (Перовић, 2012: 635, 636, Brunner, 2009: 489).⁶⁴

Ако се не усагласе, било која страна може поднети суду⁶⁵ захтев за измену или раскид⁶⁶ уговора (лат. *ultimum remedium*).⁶⁷ Суд има широка

какав је њихов утицај на извршење уговора (Коментар 2 уз чл. 6.2.3 UNIDROIT начела).

⁶¹ Чл. 6.2.3 ст. 2. UNIDROIT начела. Међутим, стиче се утисак да израз „изванредно“ има шире значење. (Шулејић, 1995: 11. Вид. такође Коментар 4 илустрација 4 уз чл. 6.2.3 UNIDROIT начела).

⁶² Вид. Коментар 5 уз чл. 6.2.3 UNIDROIT начела. Ови правни стандарди сматрају се саставним делом корпуса савременог *lex mercatoria*, као извора међународног трговинског права (Goldštajn, 1988: 472).

⁶³ Вид. чл. 2.1.15 ст. 2. UNIDROIT начела.

⁶⁴ За разлику од обавезног поновног преговарања, које је критиковано као „непожељно компликовано и тешко“, у Нацрту заједничког оквира за упућивање предвиђено је много блаже правило. Страна погођена променом околности, пре обраћања суду, мора покушати, разумно и у доброј вери, да преговарањем постигне разумно и правично прилагођавање одредаба уговора којима је регулисана њена обавеза. Дакле, безуспешан покушај дужника да проблем реши преговорима само је један од услова за интервенцију суда. Из тога логично следи и да неприступање преговорима или прекид преговора противно начелу савесности и поштења нема за правну последицу одговорност за штету која је тиме проузрокована другој страни. Модел правило III – 1:110 ст. 3(д) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2009. Вид. такође Bolanča Kekez, 2015: 311.

⁶⁵ Изразом суд обухваћен је и арбитражни трибунал (Чл. 1.11 и пратећи коментар 1 UNIDROIT начела).

⁶⁶ Страна која се позива на промењене околности не може једнострано, изјавом воље, раскинути уговор. Уговор се раскида одлуком суда, што значи да она има конститутивно дејство, за разлику од раскида уговора због неиспуњења или престанка уговора због немогућности испуњења. Вид. ICC International Court of Arbitration. *Arbitral Award 10021. 2000*: тач. 32. и 33.

⁶⁷ Чл. 6.2.3 ст. 3. UNIDROIT начела. О промењеним околностима суд, дакле, не води

овлашћења. Када утврди *hardship* ситуацију, може, ако је разумно,⁶⁸ или раскинути уговор, од дана и под условима које буде одредио,⁶⁹ или прилагодити уговор са циљем да се успостави његова, субјективна (Pichonnaz, 2011: 141),⁷⁰ равнотежа.⁷¹ Иако се на првом месту наводи да суд може раскинути уговор, у складу са сврхом овог правног института, првенствени циљ треба да буде његово очување кад год је то могуће (лат. *favor contractus*) (UNIDROIT, 1992: 130, McKendrick, 2015b: 820, 821. Упор. Dawwas, 2010: 19). Начело *pacta sunt servanda* се модификује у циљу да се уговорни однос сачува, макар и по цену неке измене. Међутим, са тим се не може ићи до краја због начела равноправности. Уважавање промењених околности и настојање да се уговор одржи на снази може бити противно оправданим интересима друге стране. У сваком случају, како дефинитивно постоје практичне границе способности суда да прилагоди уговор промењеним околностима,⁷² било би погрешно постављати додатне правне баријере, *a priori* ограничавањем надлежности суда да изабере правну санкцију која највише одговара околностима случаја (Doudko, 2000: 504).

UNIDROIT начела пружају странама широку аутономију да свој однос уреде по својој вољи.⁷³ У том смислу, основ за позивање и правне после-

рачуна *ex officio*, већ само по захтеву заинтересоване стране.

⁶⁸ Околности могу бити и такве да се ни измена, нити раскид уговора не могу сматрати разумним. Међутим, одржање уговора на снази таквог какав је вероватно ће бити ретко, с обзиром да је више у складу са одсуством *hardship* ситуације (McKendrick, 2015b: 821).

⁶⁹ Проистиче да суд располаже извесним степеном дискреције приликом уређивања правних последица раскида. Због тога он „није исти“ као раскид уговора због неиспуњења. Примена општих правила о правном дејству раскида на посебан случај промењених околности чини се да није прикладна, јер суду у значајној мери сужава простор у потрази за правичним решењем.

⁷⁰ Једнаку вредност узајамних давања не треба схватати у идеалном смислу, већ као имовинску равнотежу која произилази из закона и тржишта. Њено језгро чини објективна сразмера између обавеза уговорних страна, која може бити прилагођена њиховим потребама и интересима.

⁷¹ Чл. 6.2.3 ст. 4. UNIDROIT начела. Не може се очекивати у потпуности „враћање у пређашње стање“, с обзиром да се мора узети у обзир и ризик који је преузет закључењем уговора.

⁷² Кључно је да ли, када стране нису споразумно измениле уговор, судска одлука може представљати правни основ будуће сарадње. У том смислу, разумност измене уговора у конкретном случају зависи од природе правног односа и спремности страна да наставе са његовим испуњењем.

⁷³ И одредбе чл. 79. Бечке конвенције подлежу диспозицији уговорних страна у складу са чл. 6. Више о томе вид. Вукадиновић, 2021: 345-347.

дице промењених околности могу бити проширени или сужени и на тај начин прилагођени специфичностима конкретног правног посла. Тиме се могу избећи питања која (чини се) још увек нису коначно решена.

4. Закључак

Захтев да се помире и доведу у склад основна начела уговорног права представља суштину института промењених околности. Унификација права на међународном нивоу само појачава ове тешкоће. Приликом доношења националног прописа, законодавац има пред собом један правни поредак и прилично поуздано може предвидети како ће његове одредбе бити схваћене у пракси, посебно ако су употребљени изрази који су већ стекли патину правног значења. Међународном извору, с друге стране, недостаје такво окружење, због чега постоји опасност да ће еластични појмови, иначе својствени овом правном институту, бити тумачени на различите начине. У одсуству једноставне и механичке вербалне формуле, суд мора одлучити у којој тачки ће захтев правне сигурности попустити пред чињеницом да би испуњење одређеног уговора било неправично. Колико ће то у пракси бити остварено, остаје питање смисла за меру, како у двојности пронаћи право место и једној и другој друштвеној потреби. То несумњиво захтева додатни напор праксе која као „неуморна вага” мора уравнотежити све околности и интересе у игри (Vukadinović, 1996: 14), јер упоредо са општошћу правних правила треба да расте и активна улога суда. Пред тим задатком не сме се никада повући, јер управо он представља цену којом се обезбеђује остваривање идеја којима се право инспирише и које представљају дубљи разлог његовог поштовања и примене на уговорне односе. У супротном, неоправданим поједностављивањем ствари, рушило би се поверење у суд, а оно мора бити јаче и прече од поверења у обавезност уговора (Урошевић, 1937: 93).

Литература

Berger, K. P. (1997). The *Lex Mercatoria* Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. *Law and Policy in International Business*. 4 (28). 943-990.

Berger, K. P. (2000). The Relationship between the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the New *Lex Mercatoria*. *Uniform Law Review*. 1 (5). 153-170.

Bolanča Kekez, Đ. (2015). Pravni značaj klauzule *rebus sic stantibus* u privatnom pravu. *Правна ријеч*. 43 (XII). 297-315.

Bonell, M. J. (1995). The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How? *Tulane Law Review*. 5 (69). 1121-1147.

Brunner, C. (2009). *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non- Performance in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International

Bund, J. M. (1998). Force Majeure Clauses: Drafting Advice for the CISG Practitioner. *Journal of Law and Commerce*. 2 (17). 381-413.

Veneziano, A. (2010). UNIDROIT Principles and CISG: Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgian Supreme Court. *Uniform Law Review*. 1(XV). 137-149.

Veytia, H. (1995). The Requirement of Justice and Equity in Contrats. *Tulane Law Review*. 5 (69). 1191-1207.

Vilus, J. (1981). *Komentar Konvencije Ujedinjenih nacija o međunarodnoj prodaji robe, 1980*. Zagreb: Informator

Virgil Maron, P. (1896). *Eneida*. (preveo T. Maretić, uvod i beleške K. Rac). Zagreb: Matica hrvatska

von Bar, C, Clive, E. Schulte-Nölke, H. et al. (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. The Study Group on a European Civil Code and the Research Group on the Existing EC Private Law (*Acquis Group*), Vujičić, J. (2020). Upotreba UNIDROIT načela pri popunjavanju pravnih praznina u Bečkoj konvenciji o međunarodnoj prodaji robe. У Tatham, A. F. Popović, V. G. Vukadinović Marković, J. (Eds.). *Izazovi u međunarodnom poslovnom pravu i pravu Evropske unije /Challenges in International Business Law and the Law of the European Union: Liber Amicorum in Honour of Radovan D. Vukadinović*. Banja Luka: Akademija nauka i umjetnosti Republike Srpske; Kragujevac: Udruženje za evropsko pravo. 669-679.

Вујичић, Ј. (2017). Обавеза преговарања у случају промењених околности. У *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније*, књ. 5, (ур. С. Ђорђевић). Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Институт за правне и друштвене науке. 335-346.

Vukadinović, G. (1996). Temelji teorije zloupotrebe prava. У *Zloupotreba prava: zbornik radova (ur. R. Kovačević Kuštrimović)*. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Institut za pravna i društvena istraživanja. 11-16.

Вукадиновић, Р. Д. (2021). *Међународно пословно право: Општи и посебни део*. Београд: Службени гласник

Garro, A. M. (1995). The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay Between the Principles and the CISG. *Tulane Law Review*. 5 (69). 1149-1190.

Goldštajn, A. (1988). Precedenti međunarodnih trgovačkih arbitražnih sudova kao izvor prava (prilog općoj teoriji prava). *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*. 4 (38). 469-488.

Goldštajn, A. (1967). *Privredno ugovorno pravo*. Zagreb: Informator

David, R. (1946). Frustration of Contract in French Law. *Journal of Comparative Legislation and International Law*. 3-4 (28). 11-14.

Dawwas, A. (2010). Alteration of the Contractual Equilibrium Under the UNIDROIT Principles. *Pace International Law Review Online Companion*. 5 (2). 1-28.

Declercq, P. J. M. (1995). Modern Analysis of the Legal Effect of Force Majeure Clauses in Situations of Commercial Impracticability. *Journal of Law and Commerce*. 1 (15). 213-255.

Doudko, A. G. (2000). Hardship in Contract: The Approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia. *Uniform Law Review*. 3 (5). 483-509.

Draškić, M. (1987). *Međunarodna prodaja prema uniformnim pravilima i uporednom pravu*. Beograd: Ekspres – Institut društvenih nauka, Centar za pravna i politička istraživanja

Дудаш, А. И. (2015). Настанак и развој идеје о раскидању или измени уговора због промењених околности. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 1 (XLIX). 197-214.

Ђурђевић, М. (1994). *Raskidanje ili izmena ugovora zbog promenjenih okolnosti*. Magistarski rad. Beograd: Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet

Zaccaria, E. C. (2005). The Effects of Changed Circumstances in International Commercial Trade. *International Trade and Business Law Review*. (9). 135-182.

Zweigert, K. Kötz, H. (1998). *Introduction to Comparative Law*. 3. revised ed. (translated from the German by Tony Weir). Oxford: Clarendon Press

Janssen, A. Wahnschaffe, C. J. (2020). COVID-19 and international sale contracts: unprecedented grounds for exemption or business as usual?. *Uniform Law Review*. 4 (25). 466-495.

Jentsch, V. (2021). Contractual Performance, Breach of Contract and Contractual Obligations in Times of Crisis: On the Need for Unification and

Codification in European Contract Law. *European Review of Private Law*. 6 (29). 853-884.

Kessedjian, C. (2005). Competing Approaches to Force Majeure and Hardship. *International Review of Law and Economics*. 3 (25). 415-433.

Krulj, V. (1967). *Promenjene okolnosti i ugovorna odgovornost (nemogućnost ispunjenja, viša sila, klauzula rebus sic stantibus)*. Beograd: Institut za uporedno pravo

Lookofsky, J. (2005). Impediments and Hardship in International Sales: A Commentary on Catherine Kessedjian's „Competing Approaches to Force Majeure and Hardship“. *International Review of Law and Economics*. 3 (25). 434-445.

Mak, V. (2022). Covid-19 and Long-Term Contracts. *European Review of Private Law*. 3 (30). 419-441.

Maskow, D. (1992). Hardship and Force Majeure. *The American Journal of Comparative Law*. 3 (40). 657-669.

Momberg Uribe, R. A. (2011). *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts: Comparative perspectives*. PhD thesis. Utrecht: Utrecht University

McKendrick, E. (2015a). Article 6.2.2. In *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2. ed. (ed. S. Vogenauer). Oxford: Oxford University Press. 814-818.

McKendrick, E. (2015b). Article 6.2.3. In *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2. ed. (ed. S. Vogenauer). Oxford: Oxford University Press. 819-822.

McK., R. G. (1952). Notes and Comments: Interpretation of Contracts. *The South African Law Journal*. 1 (LXIX). 84-86.

McK., R. G. (1951). Notes and Comments: Interpretation of Contracts. *The South African Law Journal*. 1 (LXVIII). 107-108.

Nicholas, B. (1984). Impracticability and Impossibility in the U. N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods. In *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Conference held by the Parker School of Foreign and Comparative Law, Columbia University, October 1983*, (eds. N. M. Galston, H. Smit). New York: Matthew Bender. Ch. 5. 1-23.

Pédamon, C. Vassileva, R. (2021). Contractual Performance in COVID-19 Times: Does Anglo-French Legal History Repeat Itself?. *European Review of Private Law*. 1(29). 3-37.

Perillo, J. M. (1997). Force Majeure and Hardship Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. *Tulane Journal of International and Comparative Law*. (5). 5-28.

Перовић, Ј. (2012). Раскид и измена уговора као правне последице промењених околности. *Право и привреда*. 4-6 (XLIX). 628-644.

Pichonnaz, P. (2015). Article 7.1.7. *In Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2. ed. (ed. S. Vogenauer). Oxford: Oxford University Press. 864-880.

Pichonnaz, P. (2011). From *Clausula Rebus Sic Stantibus* to Hardship: Aspects of the Evolution of the Judge's Role. *Fundamina*. 1 (17). 125-143.

Popović, M. (1996). Borba za pravo, zloupotreba prava i odgovornost kao moralni pojmovi (Osvrt na Tasićevo gledište). *У Злупотреба прava: зbornik radova* (ur. R. Kovačević Kuštrimović). Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Institut za pravna i društvena istraživanja. 3-10.

Lando, O., Beale H. (eds.). (2000). *Principles of European Contract Law, Parts I and II – Combined and Revised*. (2000). The Commission on European Contract Law. The Hague: Kluwer Law International

Slater, S. D. (1998). Overcome by Hardship: The Inapplicability of the UNIDROIT Principles' Hardship Provisions to CISG. *Florida Journal of International Law*. 2 (12). 231-262.

Smits, J. Calomme, C. (2016). The Reform of the French Law of Obligations: *Les Jeux Sont Faits*. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 6 (23). 1040-1050.

Steyn, J. (1997). Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men. *LQR*. 3 (113). 433-442.

Stojanović, D. (1994). Pravda i pravna sigurnost. *Pravni život*. 9-10 (XLIII). 645-683.

Stojanović, D. (1988). Značaj i funkcija opštih načela Zakona o obligacionim odnosima i njihov uticaj na sudsku praksu. *Pravni život*. 10-12 (XXXVIII). 1337-1348.

Schlechtriem, P. (2002). *The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe* (Oxford U Comparative L Forum 2); <https://ouclf.law.ox.ac.uk/the-german-act-to-modernize-the-law-of-obligations-in-the-context-of-common-principles-and-structures-of-the-law-of-obligations-in-europe/>. (преузето 15.8.2024).

Schlechtriem, P. (1999). Transcript of a Workshop on the Sales Convention: Leading CISG Scholars Discuss Contract Formation, Validity, Excuse for Hardship, Avoidance, *Nachfrist*, Contract Interpretation, Parol Evidence, Analogical Application, and much more. *Journal of Law and Commerce*. 2 (18). 191-258.

Schlechtriem, P. (1986). *Uniform Sales Law: The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Vienna: Manz

Schwenzer, I. (2016). Article 79. In *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4. ed. (ed. I. Schwenzer). Oxford: Oxford University Press. 1128-1154.

Schwenzer, I. (2009). Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts, *Victoria University of Wellington Law Review*. 4 (39). 709-725.

Schwenzer, I. Hachem, P. (2009). The CISG – Successes and Pitfalls. *The American Journal of Comparative Law*. 2 (57). 457-478.

Tallon, D. (2004). Hardship. У Hartkamp, A. Hesselink, M. Hondius, E. Joustra, C. Du Perron, E. Veldman M. (Eds.). *Towards a European Civil Code*. 3. fully revised and expanded. New York: Kluwer Law International. 499-504.

Treitel, G. (2003). *The Law of Contract*. 11. ed. London: Sweet & Maxwell

Ђирић, А. Љ. (2018). *Међународно трговинско право: Посебни део*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу, Центар за публикације

UNIDROIT (1992). *P. C. – Misc. 18*, Rome, May 1992; <https://www.unidroit.org/english/documents/1992/study50/s-50-misc-18-e.pdf> (преузето 15.8.2024).

UNIDROIT (1990). *Study L – Doc. 46*, Rome, Sept. 1990; <https://www.unidroit.org/english/documents/1990/study50/s-50-46-e.pdf> (преузето 15.8.2024).

UNIDROIT (1987). *Study L, P. C. – Misc. 11*, Rome, May 1987; <https://www.unidroit.org/english/documents/1987/study50/s-50-misc-11-e.pdf> (преузето 15.8.2024).

United Nations (1991). United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March–11 April 1980: Official Records, Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees. New York.

UNCITRAL (n.d). *Status: UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods/CSIG (Vienna, 1980)*, https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status

UNCITRAL (1979). *Commentary on the Draft Convention on Contracts for*

the International Sale of Goods, prepared by the Secretariat. (Document A/CONF.97/5).

UNCITRAL (1977). *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law.* Vol. VIII.

UNCITRAL (1975). *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law.* Vol. VI.

UNCITRAL (1974). *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law.* Vol. V.

UNCITRAL (1969). Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its second session.

Урошевић, Л. (1937). Клаузула „Rebus sic stantibus“. *Правосуђе.* 2(VI). 85-93.

Ferrari, F. (1997). General Principles and International Uniform Commercial Law Conventions: A Study of the 1980 Vienna Sales Convention and the 1988 UNIDROIT Conventions. *Uniform Law Review.* 3 (2). 451-473.

Fondrieschi, A. F. (2022). Dealing With the Unpredictable: The Impact of the Covid-19 Crisis on Lease Agreements in the Italian and Japanese Legal Systems. *European Review of Private Law.* 5 (30), 871-897.

Hesselink, M. W. (2001). *The Principles of European Contract Law: Some Choices Made by the Lando Commission.* [Electronic version]. Преузето 10.08.2024. <https://ssrn.com/abstract=1098869>.

Hick, T. (2022). The Coronacrisis and Its Impact on Creditors: Frustration of Purpose. *European Review of Private Law.* 3(30). 389-417.

Honnold, J. O. (1982). *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention,* Deventer: Kluwer

Honnold, J. O. (1999). У: Flechtner, H. M. (Ed.). Transcript of a Workshop on the Sales Convention: Leading CISG Scholars Discuss Contract Formation, Validity, Excuse for Hardship, Avoidance, *Nachfrist*, Contract Interpretation, Parol Evidence, Analogical Application, and much more. *Journal of Law and Commerce.* 2 (18). 191-258.

Horn, N. (1985). *Changes in Circumstances and the Revision of Contracts in Some European Laws and in International Law.* [Electronic version]. Преузето 10.8.2024. <https://www.trans-lex.org/113700>.

Howard Jenkins, S. (1998). Exemption for Nonperformance: UCC, CISG, UNIDROIT Principles – A Comparative Assessment. *Tulane Law Review.* 6 (72). 2015-2030.

Hyland, R. (1992). On Setting Forth the Law of Contract: A Foreword, *The American Journal of Comparative Law*. 3(XL). 541-550.

CISG Advisory Council. (2020). *Opinion No. 20: Hardship under the CISG*. Rapporteur: Prof. Dr. Edgardo Muñoz, Universidad Panamericana, Guadalajara, Mexico. Adopted by the CISG-AC following its 27th meeting, in Puerto Vallarta, Mexico on 2 – 5 February 2020.

CISG Advisory Council. (2007). *Opinion No. 7: Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG*. Rapporteur: Professor Alejandro M. Garro, Columbia University School of Law, New York, N. Y., USA. Adopted by the CISG-AC at its 11th meeting in Wuhan, People's Republic of China, on 12 October 2007.

Cohn, E. J. (1946). Frustration of Contract in German Law. *Journal of Comparative Legislation and International Law*. 3/4 (28). 15-25.

Čobeljić, Đ. (1972). *Promenjene okolnosti u privrednom i građanskom pravu (clausula rebus sic stantibus)*. Beograd: Savremena administracija

Шулејић, П. (1995). Институт промењених околности у новим изворима међународног привредног права. *Право и привреда*. 7-8 (XXXIII). 1-13.

Правни акти

Code civil (Француски грађански законик) са изменама и допунама из 2016.

Codice civile (Италијански грађански законик) из 1942.

Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom. 26. November 2001 (Закон о осавремењавању облигационог права из 2001), *Bundesgesetzblatt Jahrgang 2001 Teil I Nr. 61 vom 29. November 2001* – Немачки грађански законик (*Bürgerliches Gesetzbuch*).

International Institute for the Unification of Private Law – UNIDROIT. (2016). *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. Rome.

The 1964 Hague Convention Relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods and annexed Uniform Law (ULIS). United Nations. *Treaty Series*. Vol. 834. No. 11929. 107 (Једнообразни закон о међународној продаји телесних покретних ствари из 1964)

Uniform Commercial Code (Једнообразни трговински законик САД) из 1952.

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. United Nations. *Treaty Series*. Vol. 1489. 3.

Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе. *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*. Бр. 10-1. 1984.

American Law Institute: *Restatement (First) of the Law of Contracts*/Ристејтмент (прво издање) о праву уговора из 1932.

American Law Institute: *Restatement (Second) of the Law of Contracts*/Ристејтмент (друго издање) о праву уговора из 1981.

Судска пракса

Aluminium Co. of America v. Essex Group Inc., 499 F. Suppl. 53 (W. D. Pa. 1980)

Appellate Court of Colmar (*Cour d'appel Colmar*). Case No. 1 A 199800359 *Société Romay AG v. SARL Behr France*. Decision of 12 June 2001.

Arbitration Tribunal of Bulgarian Chamber of Commerce & Industry (BTTP – *Bulgarska turgosko-promishlena palata*). Case No. 11/96 *Steel ropes case*. Decision of 12 February 1998.

Bank Line Ltd v Arthur Capel & Co [1918] UKHL 1 (12 December 1918).

Centro de Arbitraje de México (CAM). Arbitral Award. 30.11.2006.

Court of Appeals (*Oberlandesgericht*) Hamburg. Case No. 1 U 167/95 *Iron molybdenum case*. Decision of 28 February 1997.

Court of Cassation [Supreme Court] of Belgium (*Hof van Cassatie*). Case No. C.07.0289.N *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.* Decision of 19 June 2009.

Davis Contractors v Fareham Urban DC [1956] UKHL 3 (19 April 1956)

F. A. Tamplin Steamship Co., Ltd, and Anglo-Mexican Petroleum Products Co., Ltd (Re Arbitration) [1916] UKHL 433 (24 July 1916)

ICC arbitration. Case no. 7365/FMS 5.5.1997. *Islamic Republic of Iran v Cubic Defense Systems, Inc.* (final award)

ICC International Court of Arbitration. Arbitral Award 10021. 2000.

International Court of Arbitration of ICC. Award No. 8486. 1996.

Krell v. Henry [1903] 2 K. B. 740.

Mineral Park Land Co. v. Howard, 156 P. 458 (Cal. 1916)

National Carriers Ltd v Panalpina (Northern) Ltd [1980] UKHL 8 (11 December 1980)

National Telephone Company v Hastings (Lord) [1900] UKLawRpAC 22; [1900] AC 260 (5 April 1900)

Paradine v Jane [1647] EWHC KB J5 (26 March 1647)

Rechtbank van Koophandel, Hasselt (Belgium). Case No. AR 1849/94 *Vital Berry Marketing NV v. Dira-Frost NV*. Decision of 2 May 1995.

Taylor & Anor v Caldwell & Anor [1863] EWHC QB J1 (6 May 1863)

Doc. Jovan Vujičić, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Kragujevac,
Republic of Serbia

**CHANGED CIRCUMSTANCES IN LIGHT OF GENERAL LEGAL PRINCIPLES:
TRUST IN CONTRACT OR TRUST IN COURT**

Summary

*The purpose of legal rules is, above all, to establish and maintain law and order. By providing legal certainty to the subjects of the legal order, these rules influence their actions in advance. In the domain of contract law, the requirement of legal certainty is expressed in the fundamental and universally accepted principle *pacta sunt servanda*, whose impact is obvious and persuasive. Yet, the changing reality cannot be easily “captured” as it may be more or less unpredictable. In reality, from the conclusion of a contract to its actual performance, many unexpected and unpredictable circumstances may occur, whose consequences are not part of the regular business risk (which has to be taken into account by acting with due care) and which may significantly affect the performance of contractual obligations (which may become temporarily or permanently impossible or excessively burdensome, either due to increased costs or due to a decreased value of counter-performance). In that “contact” of law and reality, the principle of justice should prevail; it implies justice perceived as equity whose anthropomorphic embodiment is (and must be) the court. Due to the growing internationalization of economy, the change of circumstances may be one of the major issues, especially in case of long-term and complex contracts which are particularly susceptible to changed circumstances.*

This paper analyzes the relevant international trade law provisions on the institute of changed circumstances (hardship) envisaged in the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. The paper also presents solutions from the national laws, where original theories were created on the issue of changed circumstances. Without examining the horizons of particular legal systems, it would be difficult to understand the uniform rules which are often the result of compromises and which may be the applicable law in specific cases. The paper aims to discuss controversial issues related to the application of these legal rules and critically review their shortcomings.

Keywords: *changed circumstances, hardship, international commercial contracts, legal certainty, justice (equity).*

Anna Kanarek-Równicka, Ph.D.,*
Assistant Professor,
Faculty of Law and Social Sciences,
„Jan Kochanowski” University in Kielce,
Republic of Poland

UDK: 347.724:347.51(438)

DOI: 10.5281/zenodo.14514392

PRINCIPLES OF LIABILITY FOR THE OBLIGATIONS OF A COMMERCIAL-LAW COMPANY: THE EXAMPLE OF A POLISH LIMITED LIABILITY COMPANY**

Abstract: *The article addresses the issue of liability for the obligations of a limited liability company according to the rules applicable in the Polish Commercial Companies Code. The article first present the structure of a commercial company, whose pillar is the independence of the company's assets from the assets of its partners. The entity conducting the business activity is the company which is liable for its obligations. The company's shareholders are not liable for the company's obligations. It does not mean that there is no possibility of repaying the creditor if the company does not have assets that would enable it to settle the claim. The Commercial Companies Code provisions envisage the subsidiary liability of members of the company's management board in the event that enforcement against the company's assets turns out to be ineffective. Yet, the liability of the company's management board members is not absolute. They may be released from liability in the cases specified in the Commercial Companies Code, which will be analyzed in this paper. The article will also discuss the principles of liability for the company's obligations in case of absence of the company's management board. The conducted analysis yields a conclusion that, despite the lack of personal liability of the partners of a limited liability company, there are situations that give rise to liability of the members of the body responsible for managing the company's affairs and representing it, who will be liable with their personal assets. The structure of liability for the obligations of a limited liability company adopted by the Polish legislator, based on the principle of subsidiarity, is intended to guarantee honest conduct of business activities.*

*anna.kanarek@gmail.com, [ORCID ID 0000-0003-0787-781X](https://orcid.org/0000-0003-0787-781X)

**The main theses of this article were outlined in a report under the same title presented at the International scientific Conference „Legal Principles in Contemporary Law”, held at the Faculty of Law, University of Niš, on 19-20 April 2024.

Keywords: *limited liability company, liability, subsidiarity principle, exoneration grounds.*

1. Introduction

The Act of 15 September 2000, the Commercial Companies Code,¹ introduced two groups of commercial companies into the Polish legal system. The first group includes partnerships (a registered partnership, a professional partnership, a limited partnership, and a limited joint-stock partnership), and the second group includes capital companies (a limited liability company, a simple joint-stock company, and a joint-stock company). One of the key features distinguishing individual groups of commercial companies is the scope of liability for the company's obligations. In a partnership, emphasis is placed on the personal liability of the company's partners, whose scope is determined by the structure of a specific partnership. In a capital company, as a rule, partners are not liable for the company's obligations.

A commercial law company is established upon entry into the register of entrepreneurs kept by the National Court Register. At that moment, it also obtains separate property and begins a legal existence independent from its partners. It becomes an entity conducting business activity and bearing responsibility for its obligations. Despite many elements common to all commercial companies, a limited liability company is one of the most frequently chosen forms of conducting business activity in Poland. Therefore, this article will be based on the model of responsibility for the obligations of this entity.

This article aims to analyze the legal solutions in Poland, providing the creditor with an effective way to prevent the ineffectiveness of satisfying their claims against a limited liability company. For the purposes of this article, the provisions of the Polish Commercial Companies Code will be examined, providing the basis for holding the members of the management board of a limited liability company personally liable, as well as the principles of liability for the company obligations in the absence of the management board. Next, it will be determined whether, despite the lack of personal liability of the company's partners, the structure of liability in a limited liability company adopted by the Polish legislator, based on the principle of subsidiarity, can constitute a guarantee of fair conduct of business activity by this entity.

2. The structure of liability in a limited liability company

One of the basic principles of a limited liability company's construction is the exclusion of partners' liability for the company's obligations, which is envis-

¹The Commercial Companies Code, *Journal of Laws* of 2024, item 18.

aged in Article 151 §4 of the Commercial Companies Code (hereinafter: the CCC). The exclusion of partners' liability is dictated by the fact that a limited liability company has a separate legal existence from its partners. At the moment the registry court makes an entry in the register of entrepreneurs, a limited liability company is established as a legal entity and acquires legal personality (Article 12 of the CCC). Entry in the register is the last stage in the process of creating a commercial law entity. The first stage of the company's establishment will be the conclusion of the company agreement (Article 163 of the CCC). It is at this moment that a limited liability company in organization is established (Article 161 §1 of the CCC). While waiting for the entry in the register, the capital company in organization may acquire rights, incur obligations, sue and be sued in its own name (Article 11 §1 of the CCC). Liability for obligations incurred in this period is borne jointly and severally by the company and the persons who acted on behalf of the company (Article 13 §1 of the CCC). A shareholder of a limited liability company in organization will be jointly and severally liable with these entities only if he does not contribute to cover the acquired shares in full, and the scope of liability will be determined by the value of the uncontributed endowment (Article 13 §2 of the CCC). Exemption from liability is possible by actually making a contribution in the agreed amount. Making a contribution means transferring ownership of the subject of the contribution to the company's assets, from which enforcement can then be carried out (Kupryjańczyk, 2024, Article 13, Note 9). Upon approval of the actions performed by persons who acted on behalf of the company in the shareholders' meeting, their liability towards the company ceases (Article 161 §3 of the CCC), but not towards third parties. The entry of a limited liability company into the entrepreneurs' register results in the creation of a proper company, which takes over the rights and obligations of its predecessor (Article 12 of the CCC). The liability towards third parties of the company in organization is transferred to the proper company (Frąckowiak, 2017, Article 13).

The consequence of separating the company from its partners is the separation of the company's assets and its full liability for its own obligations. This entity, being a legal person, is liable without limitation with all of its assets. By establishing a limited liability company, the partners assumed the economic risk associated with making contributions to the share capital or other benefits provided for in the company agreement.

The partners will not be liable for the company's obligations also due to the fact that they do not represent the company or manage its affairs. These tasks have been entrusted to the management board (Article 201 §1 of the CCC). Persons who are not management board members may perform specific

activities only on the basis of a power of attorney granted by the company (Article 161 §2 and Article 253 §1 of the CCC). The company representation includes performing activities on behalf of the company related to the subject matter of its activity in external relations, which includes making declarations of intent and appearing before public administration bodies and courts. Managing the company's affairs includes activities performed within the framework of internal relations in the company (Kidyba, 2018, Article 201). It means separating, at least formally, management from capital. In exercising their powers, the management board members benefit from independence from the company's shareholders. However, this independence is not absolute. It is confirmed by the statutory requirement to obtain the consent of the shareholders or the supervisory board to perform specific activities (Article 17 §1-3 of the CCC). The autonomy of the company's management board will also be limited by the right of the shareholders' meeting to command instructions and guidelines to the management board (Article 207 of the CCC). Regardless of the limits on the management board autonomy, the management board members should perform the entrusted duties, taking care of the interests of the company on whose behalf they act.

The right to appoint and dismiss members of the management board has been granted to partners (Article 201 §4 of the CCC), but it will not result in them assuming personal liability for the members' actions. The legislator has also introduced conditions for performing the function of a member of the management board. Only a natural person with full legal capacity can be a member of the management board (Article 18 §1 of the CCC), which excludes the possibility of a legal person performing this function. This person cannot be convicted by a final judgment for the offences specified in Article 18 §2 of the CCC. Partners may also specify additional requirements that candidates for the position of a member of the management board should meet (Article 201 §5 of the CCC). These requirements may be positive (including, among others, education, experience, age, no criminal record) or negative (by introducing a restriction that, for example, a member of the management board cannot be a partner) (Kupryjańczyk, 2024; Article 201, Note 15). The Commercial Companies Code also does not introduce any restrictions as to the possibility of dismissing a member of the management board from the function he/she performs. If there are no provisions in the company agreement limiting the right to dismiss a member of the management board for important reasons (Article 203 §2 of the CCC), he/she may be dismissed at any time by a decision of the shareholders (Article 203 §1 of the CCC).

The provisions of the Commercial Companies Code do not limit a partner in his/her participation in the company. It is possible to combine functions and

a partner may simultaneously be a member of the company's management board, provided that he/she does not perform a competitive activity (Article 211 §1 of the CCC). Any restrictions in this respect may result from the provisions of the company agreement. A member of the company's management board may be a person from among the partners or from outside their group. Combining these competences usually occurs in smaller entities, which usually include two partners, or so-called family companies, connected by members of the closest family. In such cases, the entry of partners into the company's management board allows for saving costs related to the involvement of a third party in the company's structure or building a personal bond with the company. The consequence of appointing the management board members from among the partners will be that the partner will be subject to the regime of the provisions concerning the management board and those relating to partners. In view of this, the status of a member of the management board should be clearly distinguished from the status of a partner. A partner who is a member of the company's management board may be liable for the obligations of a limited liability company on the basis of Article 299 §1 of the CCC. The rule set out in Article 151 §4 of the CCC does not apply to exclusive liability towards the management board members who are also partners of a limited liability company.²

The company's management board acts on behalf of a limited liability company. All liabilities incurred are made in the name and on behalf of the company, which results in the liability of this entity. This means that the company's liabilities should be paid from its assets. Members included in the management board should have the competence to perform the functions entrusted to them in managing the company and be reliable and honest in performing their duties. They are also obliged to properly manage the company's affairs. Incurring liabilities on behalf of the company entails the obligation to perform a prior analysis of the company's capabilities in terms of performing each of them. Lack of proper assessment the company's financial capacity may entail consequences in the form of late payment of receivables, the creation of additional charges in this respect, such as interest for late payment, compensation for the costs of recovering receivables, etc. These consequences may result from mismanagement in decision-making by the management board. The multitude of liabilities incurred in this way may deprive the company of the possibility of performing them. In such a situation, the creditor will be forced to file a lawsuit, which in principle generates additional costs, including the costs of the trial, and then to file an enforce-

²See also: Judgment of the Supreme Court of 14 February 2003, IV CKN 1779/00, *Legalis* No. 58252

ment proceeding. If the company does not have assets that would allow for the satisfaction of the due receivable, enforcement will be impossible, which will result in the ineffectiveness of enforcement against the company.

3. Subsidiary liability

The inability to satisfy a creditor from the company's assets may be an example of mismanagement of this entity. A limited liability company as a legal person may operate only through its representatives, i.e. the management board, which is obliged to look after the company's interests. This approach is based on the provisions of the Commercial Companies Code. They provide a basis for holding a person who is a member of the management board of a limited liability company (members of the management board) personally liable in case the enforcement of the company's assets proves ineffective and there is no action on their part to protect the company from the inability to fulfil its obligations (Article 299 §1 of the CCC). They take vicarious liability for the obligations of the company they represent.

The structure of subsidiary liability referred to in Article 299 §1 of the CCC is intended to motivate the management board members to take due care of the company's interests (Jagodziński, 2018: 44; Szczurowski, 2024, Article 299, Note 1). In case of improper management of the company's affairs (that did not lead to settling the creditor's claim from the company's assets due to the impossibility of effective enforcement), the company's creditor may demand payment of due obligation from the personal assets of the management board members.

The subject of subsidiary liability of management board members will be the obligation incurred by the limited liability company in the course of its operation. This obligation should be of a monetary nature (Kappes, 2009: 60; Szczurowski, 2024, Article 299, Note 2), and the source of its creation may be, among others, an agreement, an act, a tort, or unjust enrichment. The creditor may demand substitute performance of any obligation of the company. The provision of Article 299 §1 of the CCC does not introduce any exclusions in this respect.³ The subject of the obligation of a management board member may also be the costs of the proceedings against the company, the costs of enforcement proceedings,⁴ and interest for late performance of the obligation by the company.⁵ This liability is not limited in amount. There-

³ Judgment of the Supreme Court of 19 October 2005, V CK 258/05, *Legalis* No. 97241

⁴ Judgment of the Supreme Court of 16 March 2007, III CSK 404/06, *Legalis* No. 97708; Judgment of the Supreme Court of 8 March 2007, III CSK 352/06, *Legalis* No. 97711

⁵ Decision of the Supreme Court of 7 December 2006, III CZP 118/06, *Legalis* No. 79166

fore, any default on payment of due obligations by the company generates further costs, which deepens the actual debt.

The liability of the members of the management board, referred to in Article 299 §1 of the CCC, is a subsidiary liability towards the company. This means that they will be liable when enforcement from the company's assets is ineffective. It should be emphasized that the ineffectiveness of enforcement must concern the entire company's assets.⁶ However, there is no need to direct enforcement to assets from which it is unrealistic to satisfy the claim.⁷ In other words, enforcement does not have to be conducted from each asset of the company if the circumstances of a specific case indicate that the company does not have any assets that would allow it to satisfy the debt being collected⁸ (Pabis, 2004: 528).

The demonstration of condition of the ineffectiveness of enforcement against the company rests with the creditor. When initiating proceedings against members of the management board, the creditor should submit evidence of the fact proving this premise. Typical evidence in such circumstances will be a decision to discontinue enforcement proceedings against a limited liability company due to the ineffectiveness of enforcement. However, submitting this decision will not always be sufficient to prove the premise of ineffective enforcement. Having a claim against the company, the creditor is obliged to take actions aimed at effective enforcement of the obligation. The creditor's tardiness in conducting enforcement actions and initiating enforcement proceedings with a delay may not mean that this important premise has been proven, which will result in dismissing the claim against members of the management board.⁹ The Supreme Court took the stance that the company creditor is obliged to take effective actions in order to satisfy its claim from the company's assets. Taking enforcement actions in due time may contribute to a positive conclusion of enforcement proceedings against the company for the creditor.¹⁰

The ineffectiveness of enforcement is variable. After determining the ineffectiveness of enforcement against the company, the creditor may obtain satisfaction from the company's assets. In such a case, there is no basis for assuming that the creditor may exercise the right to demand satisfaction

⁶ Judgment of the Supreme Court of 20 December 2005, II CK 152/05 *Legalis* No. 71727

⁷ Judgment of the Court of Appeal in Łódź of 29 January 2014, IACa 1370/13, *Legalis* No. 1023986

⁸ Judgment of the Supreme Court of 7 July 2007, V CK 19/05, *Legalis* No. 94580

⁹ Judgment of the Supreme Court of 24 April 2004, III CK 107/03, *Legalis* No. 65956

¹⁰ Judgment of the Supreme Court of 16 November 2011, V CSK 515/10, *Legalis* No. 453517

from the assets of the management board members. He would then act to the detriment of the management board members of the debtor company. It is worth emphasizing, however, that for the justification of the claim under Article 299 of the CCC, the decisive factor is the financial status of the debtor company existing at the time of closing the trial against the management board members. The management board members may be liable with their own assets only for such obligations of the limited liability company that cannot be satisfied from the assets of this entity.¹¹ Pursuing a claim against a management board member will have the nature of a compensatory financial benefit (Kappes, 2009: 60).

Subsidiary liability will also be borne by the liquidators of a limited liability company, except for those established by the court (Article 299 §1 of the CCC). Liquidators perform the same tasks in a limited liability company as members of the management board but during the period of the company's liquidation. In addition, previous members of the management board may become liquidators, and the fact of initiating the company's liquidation proceedings does not exempt them from liability under Article 299 §1 of the CCC.

4. Circumstances excluding the liability of a member of the management board of a limited liability company

Liability under Article 299 §1 of the CCC is the personal and joint liability of members of the management board of a limited liability company. They are liable with their personal assets for the obligations of the company on whose behalf they act. Each member of the management board may be released from liability referred to in Article 299 §1 of the CCC if he/she proves that the declaration of bankruptcy was filed in due time or a decision was issued at the same time to open restructuring proceedings or to approve an arrangement in the proceedings on approval of an arrangement, or that the failure to file the declaration of bankruptcy was not due to his/her fault, or that the creditor did not suffer any damage despite the failure to file the declaration of bankruptcy and the failure to issue a decision to open restructuring proceedings or to approve an arrangement in the proceedings on approval of an arrangement (Article 299 §2 of the CCC).

Fulfillment of at least one of the aforementioned conditions provides a member of the management board with grounds for exemption from liability. The construction of the provision of Article 299 §2 of the CCC allows for the assumption that a member of the management board of a debt limited liability company may be exempted from subsidiary liability only if he/she takes action to protect the financial interests of the creditor.

¹¹Judgment of the Supreme Court of 22 February 2008, V CSK 421/07, *Legalis* No. 108783

The first circumstance releasing a member of the management board from subsidiary liability is the filing of the declaration of bankruptcy. It should be emphasized, however, that the act of filing a declaration itself does not release the company's management board from liability because the condition for exoneration is to perform this act in due time. The very moment of filing the declaration will depend on the specific situation. The period should be counted differently in the case of a member of the management board who has only just taken up a function on the management board as compared to the one who has held the function for some time. Nevertheless, it will be the specific member of the management board who will be responsible for demonstrating the grounds for his/her lack of liability.¹² The concept of due time is a subject matter of doctrine and case law alike. Yet, it seems reasonable to support the view prevailing in the doctrine, which requires referring to the norms of bankruptcy law when defining this concept. Pursuant to Article 21 §1 of the Bankruptcy Act (2003),¹³ an application for bankruptcy should be filed by the debtor (limited liability company) within 30 days from the occurrence of the grounds for declaring bankruptcy. In case of taking up the function of a member of the management board at a later date, the 30-day period should be counted from the date of taking up the function¹⁴ (Kappes, 2004: 514).

Considerations regarding the definition of the concept of the proper time will also be relevant in the case of the second exoneration circumstance, which is the issuance in due time of a decision on the opening of restructuring proceedings or on the approval of an arrangement in the proceedings on the approval of an arrangement. The opening of restructuring proceedings will constitute a basis for releasing a member of the management board from liability under Article 299 §2 of the CCC only if it is made within 30 days from the date on which the basis for its opening occurred. It should be emphasized that the decision in this respect is issued by the bankruptcy court, and a member of the management board of a limited liability company has no influence on the date of issuing such a ruling. Therefore, it seems that burdening the management board with the requirement to obtain a decision on the opening of restructuring proceedings or on the conclusion of an arrangement in the proceedings on the approval of an arrangement within a specified time is an obligation that is almost impossible to fulfill. The management board of the company does not have any legal instrument to force the court to issue a judgement. It, therefore, seems reasonable to rephrase the content of this

¹² Decision of the Supreme Court of 30 January 2019, III CZP 78/18, *Legalis* No 1870558

¹³ The Act of 28 February 2003 - Bankruptcy Act, *Journal of Laws* of 2004, item 794

¹⁴ Judgment of the Supreme Court of 30 September 2004, IV CK 49/04, *Legalis* No 80190

exoneration premise and replace it with the obligation to submit a restructuring application in due time (Szczurowski, 2022: 182).

The third exoneration premise is the lack of fault of the member of the management board in failing to file the declaration of bankruptcy of the company. Only a member of the management board who is not at fault may be exempted from liability, and it will be irrelevant whether the declaration of bankruptcy was filed at all (Pabis, 2004: 532). However, it seems that proving the lack of fault in failing to file a declaration remains difficult in practice. Under Article 209(1) §1 of the CCC, each member of the management board is obliged to exercise due diligence resulting from the professional nature of their activity and remain loyal to the company when performing their duties. Therefore, the lack of fault of a member of the management board may only occur in exceptional cases, which include, among others, a long-term illness preventing them from performing their duties, or failure to disclose information concerning the company (Rachwał, 2007: 1037). The division of duties between individual members of the management board and not dealing with financial matters cannot constitute grounds for excluding guilt, which would exempt them from substitutive liability (Kappes, 2009: 295; Szczurowski, 2024, Article 299, Note 51).

The last exoneration premise is the lack of damage to the creditor despite the failure to file the declaration of bankruptcy and the failure to issue a decision on opening restructuring proceedings or the failure to approve the arrangement in the proceedings on approval of the arrangement. Damage is specifically defined under Article 299 §2 of the CCC. This provision assumes a presumption of the existence of damage. The lack of damage on the part of the creditor will mean that the failure to file a bankruptcy petition or to initiate arrangement proceedings did not affect the creditor's ability to satisfy his/her claim from the assets of the limited liability company (Szczurowski, 2024, Article 299, Note 52).

All grounds for the exoneration of liability listed in Article 299 §2 of the CCC are related to the conduct of a management board member, and aimed at protecting the interests of the creditors of a limited liability company, which could prevent the harm to creditors or at least reduce the amount of debt.

5. Lack of a body authorized to represent and manage the company's affairs

The scope of the subsidiary liability for the obligations of a limited liability company is specified in Article 299 §1 of the CCC. This provision precisely indicates that this liability is borne by members of the management board.

Yet, it does not limit the possibility of filing a claim for damages only to members of the management board on the day the creditor makes this claim, covering members of the company's management body in a broad sense.

A member of the company's management board is a person appointed to perform this function in line with the provisions of the Commercial Companies Code and the provisions of the company's agreement. Thus, the provision of Article 299 §1 of the CCC will apply to persons who were formally appointed to the company's management board, even if in fact they never performed this function.¹⁵ It has been emphasized in case law that courts cannot accept the practice of fictitious appointment of so-called figureheads to the management board, which would lead to avoiding the consequences of the lack of satisfaction of the company's creditors. Given that such a person consciously and voluntarily agreed to such a state of affairs, there is no basis for excluding their liability for the company's incorrect economic decisions that led to the company's indebtedness, even if they did not make these decisions themselves. The person appointed to the company's management board is obliged to monitor the company's debt (at least), thus enabling the board members to make the right decisions in due time, i.e. to file a bankruptcy petition or take steps to open restructuring proceedings or to approve an arrangement.¹⁶ The provision of Article 299 §1 of the CCC will not apply to persons who actually perform tasks falling within the competence of the company's management board but were not formally appointed to this function,¹⁷ nor to a member of the company's management board performing this function for less than 30 days (Article 21 of the Bankruptcy Act).

When starting cooperation with a company, a prospective creditor should be vigilant and subject the commercial law entity which it intends to cooperate with to verification. The protective function of a potential creditor may be performed by the register of entrepreneurs kept by the National Court Register¹⁸ (hereinafter: the NCR), which lists all commercial law companies and, among others, persons who are members of the individual company bodies. Based on the data disclosed in the register of entrepreneurs of the NCR, the creditor may assess whether the person who is to sign the agreement is a member of the company's management board or its proxy. Although the pro-

¹⁵ Judgment of the Court of Appeal in Warsaw of 26 March 2021, VII AGa 1482/18, *Legalis* No 2584117

¹⁶ Judgment of the Court of Appeal in Kraków of 24 November 2021, I AGa 139/20, *Legalis* No 2680817

¹⁷ Judgment of Court of Appeal in Katowice of 20 December 2001, I ACa 886/01, *Legalis* No 54612

¹⁸ Act of 20 August 1997 on the National Court Register, *Journal of Laws* of 2024, item 979

visions of the Commercial Companies Code require the conclusion of specific types of agreements by the company's proxy (Article 210 §1 of the CCC), as a rule, the management board should conclude the agreement on behalf of the company. The prospective creditor should verify the reasons for concluding the agreement by the proxy, in the absence of a statutory order. This will allow to determine whether the company's management board consists of persons actually representing the company or a so-called figurehead. Thus, a creditor may make a well-informed decision on entering into cooperation with such an entity.

Members of the management board are liable from the moment of their appointment until the expiry of their term of office. The fact of entering or deleting a member of the management board from the register of entrepreneurs is irrelevant to liability under Article 299 §1 of the CCC due to the declarative nature of this entry (Siemiątkowski, 2007: 222, Szczurowski, 2024, Article 299, Note 57). Importantly, this liability is borne by all persons who held the position of a member of the company management board from the date of the occurrence of the obligation¹⁹ if an application for declaring bankruptcy of the company was filed at that time (Szczurowski, 2024, Article 299, Note 58) until the date of declaring bankruptcy or dismissing the application in this respect.²⁰ However, those members of the management board who did not file a declaration of bankruptcy at the time of the enforcement proceedings conducted by foreclosure or by sale of the company will not be held liable if the obligation to file such a motion arose during the enforcement proceedings (Article 299 §4 of the CCC).

It should be emphasized that a member of the management board may be held liable only if he/she held the position after the obligation arose, even if it was not yet due (Karolak, 2006: 98), until the enforcement was found to be ineffective (Dyczkowski, 1994: 22). Thus, persons who became the company management board members after the enforcement was found to be ineffective are not liable for the company's obligations because they did not hold this position at the time when these obligations were incurred.²¹ Resignation from the position of a management board member or a member's dismissal by the partners does not exclude their fault or their liability. The fact that a given person was a member of the management board during the aforesaid period is significant for the validity of the claim, even if their term of office has already expired, if they have been dismissed or if they have resigned from the position. The fact that, on the date of filing such a claim,

¹⁹ Decision of the Supreme Court of 28 February 2008, III CZP 143/07, *Legalis* No 94054

²⁰ Judgment of the Supreme Court of 31 January 2007, II CSK 381/06, *Lex* No 327921

²¹ Judgment of the Supreme Court of 14 April 2016, IV CSK 485/15, *Legalis* No 1460760

the company does not have a body authorised to represent it and manage its affairs is also irrelevant to the subsidiary liability for damages of a member of the company's management board.

The compensatory nature of the claim against the members of the management board of a limited liability company determines that the creditor has the right to file a claim against the members of the management board of the debtor company until the expiry of the limitation period for the claim, which is 20 years in this case (Article 442(1) §2 of the Civil Code).²² The period should be counted from the day on which the creditor learned of the ineffectiveness of enforcement against the company or, with due diligence, could have learned about it, provided that the creditor himself took active and immediate action in the process of recovering the debt from the company (Szczyrkowski, 2024, Article 299, Note 68).

6. Conclusions

A limited liability company is one of most frequently chosen business structures for conducting business activity in Poland. It is a capital company where partners are not liable for its obligations. The structure of a limited liability company does not provide grounds for satisfying the creditor from the personal assets of the company's partners in case of inability to enforce payment from the company's assets. However, it does not mean that persons acting on behalf of the company may incur obligations without prior verification of the company's ability to fulfill such an obligation. The legal structure of a limited liability company adopted in Poland does not allow for incurring obligations with impunity. The provisions of the Commercial Companies Code allow for holding members of the management board of a limited liability company liable when enforcement against the company's assets proves ineffective. Members of the company's management body bear subsidiary liability for the obligations of a limited liability company when enforcement against the company proves ineffective, and there are no grounds for releasing a member of the company's management board from liability for its obligations, referred to in Article 299 §2 of the CCC.

The structure of solutions adopted by the Polish legislator aims to ensure protection of the creditor against dishonest conduct of business activity. However, the liability of the management board members for the obligations of a limited liability company is not automatic. It is necessary to file a separate claim for payment against members of the management board of the company, the legal basis of which is the provision of Article 299 §1 of the

²²The Act of 23 April 1964, Civil Code, *Journal of Laws* of 2024, item 1061

CCC. A creditor may file a claim for damages against the management board members of the debtor company only after an ineffective enforcement has been carried out against the debtor company's assets. The possibility of holding the the company management board members liable for its obligations is also determined by the conduct on the part of the creditor. Delay in taking legal actions to enforce the payment due to the company may constitute a negative premise for the subsidiary liability of the company management board members.

References

Dyczkowski, G. (1994). Odpowiedzialność członków zarządu spółki z o.o. za jej zobowiązania. *Przeгляд Podatkowy*. 10/1994. Warszawa: Wolters Kluwer Polska

Frąckowiak, J. (2017). Komentarz do Art. 13, in: *Kodeks spółek handlowych*. Tom I. Komentarz do art 1-150, A. Kidyba (ed.), Warszawa: Wolters Kluwer Polska; Lex/el.

Jagodziński, M. (2018). Odpowiedzialność członków zarządu spółki z o.o. na podstawie art. 299 k.s.h. – rozważania de lege ferenda. *Przeгляд Prawa Handlowego*. 5. 44-56.

Kappes, A. (2004). Przesłanki zwalniające z odpowiedzialności z art. 299 ksh, in: *Odpowiedzialność cywilna*. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara, ed. M. Pyziak-Szafnickiej, Kraków: Wolters Kluwer Polska

Kappes, A. (2009). *Odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki z o.o.*, Warszawa: Wolters Kluwer Polska

Kidyba A. (2018). Komentarz do Art. 201, in: Frąckowiak, J., Kopaczyńska-Pieczniak K., Michalski M., Witosz A. J., Kidyba, A. (ed.), *Kodeks spółek handlowych*. Tom II. Komentarz do art. 151-300, Warszawa: Wolters Kluwer Polska; Lex/el.

Kupryjańczyk, D. (2024). Komentarz do art. 13; art. 201; in: *Kodeks spółek handlowych*. Komentarz (Wydanie 5), ed. Z. Jara, Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck; *Legalis/el*.

Mariański, A., Karolak A. (2006). *Odpowiedzialność członków zarządu spółki z o.o.*, Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck

Pabis, R. (2004). *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością: komentarz* (wyd.2), Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck

Rachwał A. (2007). *Prawo spółek handlowych*, in: S. Włodyka (ed.) *System*

Prawa Handlowego, Tom 2A, Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck

Siemiątkowski T. (2007). *Odpowiedzialność cywilnoprawna w spółkach kapitałowych*, Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck

Szczurowski T. (2022). *Skutki otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego*, Warszawa: Wolters Kluwer Polska

Szczurowski, T. (2022). Komentarz do art. 299, in: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz* (wyd. 5), ed. Z. Jara, Warszawa: C.H. Beck; *Legalis/el. Article 299* (Notes 1, 2, 51, 52, 57, 58, 68)

Legal acts

Act of 23 April 1964 , the Civil Code, *Journal of Laws* of 2024, item 1061

Act of 20 August 1997 on the National Court Register, *Journal of Laws* of 2024, item 979

Act of 15 September 2000, the Commercial Companies Code, *Journal of Laws* of 2024, item 18

Act of 28 February 2003, Bankruptcy Act, *Journal of Laws* of 2024, item 794

Case law (accessed via legal database: <https://legalis.pl/> or <https://www.lex.pl>)

Decision of the Supreme Court of 7 December 2006, III CZP 118/06, *Legalis* No. 79166

Decision of the Supreme Court of 28 February 2008, III CZP 143/07, *Legalis* No. 94054

Decision of the Supreme Court of 30 January 2019, III CZP 78/18, *Legalis* No. 1870558

Judgment of the Court of Appeal in Katowice of 20 December 2001, I ACa 886/01, *Legalis* No. 54612

Judgment of the Court of Appeal in Kraków of 24 Nov. 2021, I AGa 139/20, *Legalis* No. 2680817

Judgment of the Court of Appeal in Łódź of 29 January 2014, I ACa 1370/13, *Legalis* No. 1023986

Judgment of the Court of Appeal in Warsaw, 26 March 2021, VII AGa 1482/18, *Legalis* No. 2584117

Judgment of the Supreme Court of 14 February 2003, IV CKN 1779/00, *Legalis* No. 58252

Judgment of the Supreme Court of 24 June 2004, III CK 107/03, *Legalis* No. 65956

Judgment of the Supreme Court of 30 September 2004, IV CK 49/04, *Legalis* No. 80190

Judgment of the Supreme Court of 19 October 2005, V CK 258/05, *Legalis* No. 97241

Judgment of the Supreme Court of 20 October 2005, II CK 152/05, *Legalis* No. 71727

Judgment of the Supreme Court of 31 January 2007, III CSK 381/06, *Lex* No. 327921

Judgment of the Supreme Court of 8 March 2007, III CSK 352/06, *Legalis* No. 97711

Judgment of the Supreme Court of 16 March 2007, III CSK 404/06, *Legalis* No. 97708

Judgment of the Supreme Court of 7 July 2007, V CK 19/05, *Legalis* No. 94580

Judgment of the Supreme Court of 22 February 2008, V CSK 421/07, *Legalis* No. 108783

Judgment of the Supreme Court of 16 November 2011, V CSK 515/10, *Legalis* No. 453517

Judgment of the Supreme Court of 14 April 2016, IV CSK 485/15, *Legalis* No. 1460760

Dr Anna Kanarek-Równicka,

Доцент,

Факултет права и друштвених наука,

Универзитет „Јан Кочановски“ у Кјелцу,

Република Пољска

**НАЧЕЛА ОДГОВОРНОСТИ ЗА ОБАВЕЗЕ ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА:
ПРИМЕР ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА СА ОГРАНИЧЕНОМ
ОДГОВОРНОШЋУ У ПОЉСКОЈ**

Резиме

У раду се разматра питање одговорности за обавезе друштва са ограниченом одговорношћу у складу са одредбама пољског Законика о привредним друштвима. Представиће се власничка структура привредног друштва, чији је стуб независност имовине привредног друштва од имовине њених партнера. Привредно друштво је субјекат који обавља делатност и преузима одговорност за своје обавезе. Акционари друштва нису одговорни за обавезе друштва, што не значи да не постоји могућност исплате повериоца уколико привредно друштво нема имовину из које може намирити потраживања. Одредбе Законика о привредним друштвима предвиђају супсидијарну одговорност чланова управног одбора друштва у случају неефикасног извршења (намарења) из имовине привредног друштва. То не значи да је одговорност чланова управе друштва апсолутна. Они могу бити ослобођени ове одговорности у случајевима који су експлицитно наведени у Законнику о привредним друштвима, који ће бити предмет анализе. Аутор такође разматра принципе одговорности за обавезе привредног друштва у случају одсуства управног одбора друштва. На основу извршене анализе може се извести закључак да, иако нема личне одговорности партнера друштва са ограниченом одговорношћу, постоје ситуације које доводе до одговорности чланова органа надлежног за вођење послова друштва и његово заступање, који одговарају својом личном имовином. Структура одговорности за обавезе друштва са ограниченом одговорношћу у пољском законодавству, заснована на принципу супсидијарности, има за циљ да гарантује часно руковођење пословним активностима.

Кључне речи: друштво са ограниченом одговорношћу, одговорност за обавезе привредног друштва, начело супсидијарности, основ за ослобађање од одговорности.

Ружица Петровић,*

Асистент,

Економски факултет, Универзитет у Нишу,

Република Србија

UDK: 339.5

UDK: 339.54:061.1(100)

DOI: 10.5281/zenodo.14514410

УНИВЕРЗАЛНО, РЕГИОНАЛНО И БИЛАТЕРАЛНО ПОДРУЧЈЕ ЛИБЕРАЛИЗАЦИЈЕ МЕЂУНАРОДНЕ ТРГОВИНЕ: ОДНОСИ ТЕНЗИЈЕ ИЛИ ХАРМОНИЈЕ?* ****

Апстракт: Од оснивања Светске трговинске организације, па све до данас, преовладава став да она представља незаменљив и јединствен оквир функционисања међународне трговине. Дајући подршку међународној размени у виду јасних и концизних правила, ова организација позитивно утиче и усмерава токове робе, услуга, капитала и технологије. Истовремено са Светском трговинском организацијом, као универзалном организацијом, савремену трговину карактерише и све већи број регионалних трговинских интеграција. Настале као природна тежња географски блиских држава да заштите своје трговинске интересе, ови споразуми проналазе своје место у ери мултилатерализма. Њихов међусобни однос у великој мери зависи од тренутног политичког, економског и друштвеног контекста. Једино се разумевањем њихових суштинских карактеристика и њихове међузависности може доћи до оптималног амбијента међународне трговине, који ће онда резултирати позитивним економским и правним ефектима за све учеснике на светском тржишту.

Кључне речи: Светска трговинска организација, регионалне трговинске интеграције, регионализам, СЕФТА Споразум, мултилатерализам.

* ruzica.petrovic@eknfak.ni.ac.rs, [ORCID ID 0000-0002-7427-6486](https://orcid.org/0000-0002-7427-6486)

** Рад је резултат истраживања по основу обавеза по Уговору о преносу средстава за финансирање НИР у 2024. години (евиденциони број 451-03-65/2024-03), закљученог између Министарства науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије и Економског факултета Универзитета у Нишу.

*** Рад је изложен на међународној научној конференцији „Правни принципи у савременом праву“, одржаној 19. и 20. априла 2024. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

1. Увод

Трговина, као процес размене роба и услуга, је веома стара привредна делатност. Постоје мишљења по којима је међународна трговина стара преко 10.000 година (Тодоровић, Марковић, 2023: 17). Верује се да се одвијала кроз читаву историју човечанства, у различитим облицима. Развој трговине доносио је нове појаве и концепте. Развијајући себе, трговина је уједно развијала и своје окружење. Најпре, трансформацију су доживљавале поједине државе као националне економије и њихове трговинске политике. Затим је и читав светски поредак бивао модификован. У почетној етапи развоја, трговина је била фокусирана на подмиривање потреба у оквиру граница једне државе. Врло брзо, са стварањем вишка производа, трговина постаје глобални феномен. Идеја о слободној трговини преправила је свет.

Узимајући у обзир чињеницу да светска трговина данас не подразумева само размену производа и услуга, већ и трансфер технологије, токове новца и капитала у различитим варијететима, сасвим је јасан разлог и мотив ступања држава у трговинске интеграције различитог нивоа. Такав вид удруживања држава има шире друштвене импликације. Нису ефекти једино правне и економске природе – стварање подручја на коме роба може слободно да се креће, већ много више од тога. Трговинске интеграције су готово увек одраз историјске, геополитичке и политичке повезаности субјеката (држава, царинских унија и посебних царинских територија). Овакво стање у контексту либерализације међународне трговине отвара бројне дилеме за њене учеснике. Да ли је ефикаснији билатерални или универзални оквир међународне трговине? Какве ризике, а какве шансе они носе са собом? И на крају, да ли би актери на међународном плану требало да врше избор између њих или је стратегија кооперације ипак добитна?

2. Универзални оквир међународне трговине као правни и економски феномен

Идеја уређивања међународне трговине на универзалном нивоу је током времена заузимала централну и историјску улогу у међународном праву. Тај концепт попримао је различите карактеристике као одраз доктрине и владајуће идеологије. У исто време, универзализам је у међународном праву служио као извор доминантне идеологије: он је подупирао колонијалну репресију, али је такође и важио као успешан отпор колонијализму, тако да се поново појавио у постколонијалним правним односима. Универзализам се може доктринарно описати

као основни принцип, или апстрактно начело, класично повезано у међународном праву са циљевима хармоније, једнакости или аутономије. Међутим, схваћен у смислу доминантних идеологија, универсализам истовремено замагљује и легитимизује посебне интересе који покрећу деловање међународног права (Gordon, 2019: 865). На овом месту ваљало би указати на порекло и правну и економску утемељеност универзалног оквира либерализације међународне трговине.

Међународна трговина кретала се од либерализма до протекционизма, у зависности од целокупне атмосфере која је у конкретном тренутку владала у свету. У условима криза и великих економских нестабилности државе јесу прибегавале царинама као главном инструменту трговинске политике, не би ли заштитиле сопствено тржиште. Крај Другог светског рата означио је и прелазак на нов начин функционисања међународне трговине. Настале су нове независне државе које су захтевале да имају већу контролу над својом привредом и ресурсима, а да у исто време воде такву трговинску политику која би им омогућила лакши приступ недостајућим добрима. Истовремено, сва лоша искуства из тридесетих година XX века са растом цена сировина, протекционизмом и великим нестабилностима на светском тржишту су јасно указивала на неминовност стварања новог оквира међународне размене (Тодоровић et al. 2023: 422). Та идеја је била садржана и у предлогу Џона Мајнарда Кејнса, угледног економисте по коме је читава једна школа економске мисли добила назив кејнсијанство. Наиме, он је на конференцији у Бретон Вудсу 1944. године истакао да би поред регулисања монетарних и финансијских односа требало посветити пажњу и регулисању међународне трговине на универзалном плану (Тодоровић et al. 2023: 423).

У жељи да се што пре дође до глобалног оквира који ће уређивати трговинске односе, У Женеви су представници 23 државе почели преговоре о либерализацији трговине робом, што је довело до потписивања Општег споразума о царинама и трговини (*General Agreement on Tariffs and Trade – GATT*) (Тодоровић et al. 2023: 423). *GATT* је био први мултилатерални и универзални трговински споразум, који је допринео значајној либерализацији трговине (Цветковић, Здравковић, 2020: 32). Осим значајне либерализације трговине, његов значај огледа се и у томе што је *GATT*, на неки начин, прерастао и превазишао сâм себе. Када је настао, замишљен је да траје привремено и да фигурира само као споразум, а не као међународна организација. Он је то и остао, мултилатерални трговински споразум, с том напоменом да је дуго година био једини инструмент регулисања трговинске размене универзалног карактера. Широка применљивост његових решења и велики број држава који му

је приступио указују на то да је *GATT* временом добијао обресе и вршио функције праве међународне организације. Али се никада није трансформисао у њу, макар не формално. *GATT* је наставио да функционише све до 1994. године, када је основана Светска трговинска организација (*World Trade Organisation – WTO*; у даљем тексту *WTO*). Отварање глобалног тржишта и његово ослобађање од превисоких царинских стопа и нецаринских баријера, одвијало се по етапама и градацијски. У оквиру *GATT* – а, и касније *WTO*, организовани су мултилатерални трговински преговори у рундама, које су биле различитог трајања.

Стварањем *WTO* створен је читав један правни систем који је, снагом својих решења, даљој либерализацији међународне трговине представљао стабилан и чврст ослонац. Међународна трговина је, захваљујући правном систему *WTO*, одолевала великим нестабилностима и лошим економским кретањима у кризним временима. Уколико се осврнемо само на најновија догађања у свету, сасвим је јасна улога и значај универзалног оквира као равнотежног чиниоца. Ратна дејства у Украјини озбиљно су уздрмала светско тржиште. Раст светске трговине робом је успорен, јер је рат у Украјини довео до наглог пораста цена. Такође, високе каматне стопе и даље оптерећују економску активност. Обим светске робне размене растао је снажније него што се очекивало у прва три квартала 2022., пре него што је нагло пао у четвртном кварталу. Трговина је наставила да се смањује у првом кварталу 2023. али споријим темпом. Остаје чињеница да су се економије поделиле у конкурентске трговинске блокове. Такву трговинску фрагментацију је за сада успешно балансирао *WTO*, али остаје забринутост због пораста геополитичких тензија.¹ Међутим, упркос потешкоћама у глобалној трговинској политици, глобални трговински токови су на неки начин отпорни и настављају да се развијају у правцу који је одрживији и инклузивнији.²

Мултилатерално и универзално подручје либерализације међународне трговине тежи да прошири своје домете. У новије време, покушава да обухвати и актуелне проблеме које доводи у везу са трговином. Тако *WTO* интересује повезаност трговине и еколошке одрживости. Она оцењује потенцијалне ризике повезане са фрагментираним приступом климатским променама и другим еколошким изазовима. У том контексту истражује и предности реглобализације, односно веће међународне

¹ World Trade Statistical Review, 2023, 30, доступно на: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtsr_2023_e.htm, преузето: 3.1.2024.

² World Trade Report (2023). 24, доступно на: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr23_e.htm, преузето: 3.1.2024.

сарадње, за одрживост у контексту разних врста еколошких политика и њихових прекограничних ефеката. Нарочит значај има мултилатерална сарадња у омогућавању ефикасне заштите животне средине уз постизање правичног глобалног раста.³

3. Либерализација трговине кроз регионалне и билатералне трговинске интеграције

Реч интеграција потиче од латинске речи *integratio* што значи допуњавање, обнављање. Одувек је међу државама била присутна потреба да се заједничким снагама решавају како економски, тако и еколошки, политички и демографски проблеми. Правни основ интеграција јесу међународни трговински споразуми. Као споразуми, они укључују бројне економске и политичке обавезе. Државе чине својеврсну „жртву“ ступајући у интеграције зарад формирања јединствене целине и јачања међузависности. Зато трговинску интеграцију треба схватити као процес, а не као чин (Тодоровић et al. 2023: 369).

Регионалне и билатералне трговинске споразуме најчешће закључују државе (и остали субјекти Међународног економског права) које су повезане у географском, политичком или економском смислу. У регионалне и билатералне трговинске споразуме се улази из политичких, стратешких и других, не само економских разлога (Цветковић, 2018: 96). Како аутори Тодоровић и Марковић наводе, највећи део земаља је обухваћен овим процесом интеграција, тако да се двадесети век назива још и „веком светских интеграција“ (Тодоровић et al. 2023: 370). Посматрајући период од 30 година уназад, број регионалних трговинских споразума је у порасту, са мање од 50 у 1990. нарастао је на више од 350, колико их има данас.⁴ Главни играчи на светској сцени као што су Јапан, САД, Европска унија и Кина укључују се у регионалне интеграције и изграђују мрежу регионалних трговинских споразума као израз тежње да трговинске интеграције буду флексибилније и напредније (Ruta, 2023: 31).

Регионални трговински споразуми помогли су да се правила трговине преобликују и примене на нетрговинске токове. Данас се они баве низом других питања, поред трговине, и инструмент су смањења трошкова за све учеснике у међународној трговини, били они чланови регионалне трговинске интеграције или не. То је помогло ширењу и

³ *Ibidem*, 89.

⁴ О броју регионалних трговинских споразума видети на: Regional Trade Agreements Database <https://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx>

популаризацији уиверзалног оквира међународне трговине. Осим трговине, талас регионализма утицао је на стране инвестиције, технолошке иновације, миграције, рад и еколошке проблеме. У неким случајевима утицај ових споразума био је несумњиво позитиван, у другима није (Ruta, 2023: 31). Ипак, значај регионалних трговинских споразума за либерализацију међународне трговине је несумњив.

3.1. Споразуми о слободној трговини и зоне слободне трговине

Споразуми о слободној трговини (енг. *free trade agreements*) представљају међународне трговинске споразуме којима се успостављају зоне слободне трговине. Зона слободне трговине (енг. *free-trade area*) се у одредбама *GATT*-а (чл. XXIV тач. 8 (б)) дефинише као скуп две или већег броја царинских територија, између којих су царинска и друга трговинска ограничења укинута, у односу на највећи део трговинског промета производима који су пореклом са територија чланица зоне (Здравковић, 2020: 705).

Зона слободне трговине се може формирати између субјеката Међународног економског права. Дакле, споразум о слободној трговини могу закључивати државе, царинске уније и посебне територије које спроводе самосталну трговинску и царинску политику. Државе које су чланице царинске уније, по правилу, не могу закључивати споразуме о слободној трговини (као ни остале трговинске споразуме), будући да су своју надлежност за таква питања пренеле на царинску унију. Са друге стране, зоне слободне трговине немају статус међународних организација, као што је то случај са царинским унијама. За разлику од царинских унија, које су по правилу субјекти међународног права и као такве могу закључивати трговинске уговоре са другим субјектима, зоне слободне трговине немају то својство. Чланице зоне слободне трговине задржавају самосталност у погледу вођења националне трговинске политике изван зоне, и одређивања царинских стопа према осталим територијама, које нису њене чланице. То је основна разлика између зона слободне трговине и царинских унија (Ђирић, 2012: 92).

Најчешћа класификација ових споразума је према броју уговорница. Према том критеријуму, ови споразуми се могу поделити на билатералне (двостране) и мултилатералне (вишестране). Двострани споразуми о слободној трговини се закључују између два субјекта. Билатералне споразуме о слободној трговини могу закључити географски блиске или суседне државе или територије, мада није редак случај да их примењују и географски удаљене државе. Вишестрани споразуми се закључују између већег броја држава или царинских територија. Они

такође могу бити регионални (када су уговорнице географски блиске), а могу се закључити и између географски удаљених субјеката (Здравковић, 2020: 707).

4. Регионални трговински споразуми у WTO ери – осврт на СЕФТА Споразум

Чини се да две чињенице одражавају поенту дилеме постављене у наслову рада. Прва је свакако та да је регионализам ту да остане. Светска трговина је регулисана низом унилатералних, билатералних и мултилатералних трговинских споразума. Фраза Јагдиша Бхагватија која се врло радо користи да опише такво стање је „*spaghetti bowl*“ трговинских споразума. Мало је вероватно да ће се ова чињеница променити. Ако ништа друго, у будућности је вероватно да ће асортиман постати разноврснији. Друга чињеница је та да нико не тврди да је овај „микс“ трговинских споразума најбољи начин да се организује светска трговина. Из овога произилази да одвођење света у глобалну бесцаринску трговину захтева мултилатерализацију постојећег регионализма и оног који је тек у настајању (Baldwin, 2017: 470).

Иако су најопасније дискриминаторне трговинске праксе биле елиминисане у Завршном акту Уругвајске рунде, *WTO* је и даље била застрашена дихотомијом регионализма наспрам мултилатерализма. Секретаријат *WTO* води базу података регионалних трговинских споразума који су показали алармантан пораст броја током 1990-их и почетком 2000-их. Како се у једном радном документу *WTO* наводи, регионални трговински споразуми су главна и можда неповратна карактеристика мултилатералног трговинског система (Pomfret, 2021: 2504). Наравно, није једино број закључених регионалних трговинских споразума мерило распрострањености и популаризације регионализма. Ово из разлога, што нису сви закључени регионални споразуми истог значаја и не подразумевају сви исти ниво либерализације трговине међу чланицама, па тако нису упоредиви. Том мерилу обима регионализма, ваљало би додати и удео у светској трговини која се одвија у оквиру регионалних трговинских интеграција. Онда би се добила потпунија слика о значају и међусобном односу регионализма и мултилатерализма.⁵

Какав је положај, утицај и значај регионалних трговинских споразума у *WTO* ери, можемо анализирати на примеру *CEFTA* Споразума.

⁵О врстама регионалних трговинских споразума и њиховој структури видети: *WTO Database* <https://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTA>

4.1. Историјска перспектива *СЕФТА* Споразума

Прва верзија Централноевропског споразума о слободној трговини (*Central European Free Trade Agreement – CEFTA*) је потписана од стране тзв. земаља Вишеградске групе – Пољске, Мађарске и Чехословачке, децембра 1992. године у Кракову. Земље потписнице су имале у виду приближавање и интеграцију у западноевропски политички, економски, безбедносни и правни систем, као и постизање стандарда слободног тржишног привређивања (Ћирић, 2012: 219). Споразуму су накнадно приступиле Словенија, Румунија, Бугарска, Хрватска, и Македонија. Након источног проширења Европске уније, 2004. године, Споразум су морале да откажу потписнице које су тада приступиле Унији. Током 2006. године, престанак Споразума *CEFTA* је био готово изванредно познато, будући да су се Румунија и Бугарска припремале за чланство у Унији, од 01. јануара 2007. године. Званичници Европске уније су у томе видели прилику да се све државе Југоисточне Европе повежу једним регионалним споразумом о слободној трговини, који би заменио компликовану мрежу тада постојећих билатералних споразума. Поред тога, бивше југословенске републике су трговински биле упућене једна на другу, што је и оправдавало захтев Европске уније да ове земље најпре успоставе интезивну међусобну сарадњу пре него постану чланице Европске уније (Здравковић, 2020: 707).

Нови Споразум је потписан децембра 2006. године у Букурешту. Споразуму су приступиле Србија, Црна Гора, Албанија, Босна и Херцеговина, Привремена административна мисија ОУН у име Косова и Молдавија. Нови *CEFTA* Споразум је усвојен Споразумом о измени и приступању Споразуму о слободној трговини у Централној Европи и добио је измењен назив – *CEFTA* 2006. Споразум је ступио на снагу у свим потписницама после његове ратификације у националним парламентима, током 2007. године. Република Србија је ратификовала *CEFTA* септембра 2007. године.⁶ Уласком у Европску унију, јула 2013. године, Хрватска је иступила из Споразума, па данас Споразум *CEFTA* примењује седам потписница – Србија, Босна и Херцеговина, Црна Гора, Македонија, Албанија, Молдавија и Привремена административна мисија ОУН у име Косова (Здравковић, 2014: 1171).

⁶ Закон о потврђивању Споразума о измени и приступању Споразуму о слободној трговини у Централној Европи - *CEFTA* 2006 („Сл. гласник РС - Међународни уговори“, бр. 88/2007).

4.2. Различити аспекти либерализације трговине у оквиру *CEFTA* Споразума

Када су у питању индустријски производи, потписнице су се обавезале да елиминишу све царине на увоз индустријских производа, све мере истог дејства и све увозне дажбине фискалне природе.⁷ Значајно већи степен заштите стране су задржале у погледу трговине пољопривредним производима. Пољопривредни производи су били предмет билатералних концесија, а трговина без царина, или по преференцијалним царинским стопама, у великој мери је ограничавана ниским обимом увозних квота, након чијег исцрпљења би се примењивале опште царинске стопе.⁸

Поред питања која уређују трговину робом и представљају традиционални предмет свих споразума о слободној трговини, Споразум *CEFTA* уређује и друге области, у Споразуму означене као „Нова трговинска питања“ (Поглавље VI). Ту спадају: услуге, електронска трговина, улагања, јавне набавке и заштита интелектуалне својине.⁹

Када је у питању трговина услугама, стране су се Споразумом обавезале да ће постепено развијати и проширивати сарадњу са циљем постепене либерализације и узајамног отварања својих тржишта за услуге, у контексту европских интеграција, а узимајући у обзир релевантне одредбе Општег споразума о трговини услугама *WTO (GATS)* и обавезе које су преузеле стране као чланице *WTO* према *GATS*. У погледу улагања, стране су потврдиле своје обавезе преузете међусобним билатералним споразумима о заштити и третману инвестиција и обавезале су се да ће створити и одржавати стабилне, повољне и транспарентне услове за улагаче других страна, као и да им обезбеде недискриминаторни третман, национални третман и третман најповлашћеније нације. У складу са *CEFTA* Споразумом, стране су међусобно отвориле своја тржишта јавних набавки. Сходно томе, роба, услуге и понуђачи услуга других страна имају обезбеђен третман који није мање повољан од третмана који имају домаћи производи, услуге и понуђачи.¹⁰ Отварање тржишта јавних набавки се сматра значајним квалитетом *CEFTA*

⁷ Чл. 8 Закона о потврђивању Споразума о измени и приступању Споразуму о слободној трговини у Централној Европи - *CEFTA* 2006 („Сл. гласник РС - Међународни уговори“, бр. 88/2007).

⁸ Видети Анекс III *CEFTA*, у вези са чл. 10 Споразума.

⁹ Анекс III *CEFTA*.

¹⁰ Чл. 35. Закона о потврђивању Споразума о измени и приступању Споразуму о слободној трговини у Централној Европи - *CEFTA* 2006 („Сл. гласник РС - Међународни уговори“, бр. 88/2007)

Споразума и великим напретком у погледу економског повезивања земаља Западног Балкана.

У оквиру Споразума *CEFTA* 2006, трговина робом је данас у потпуности ослобођена царина. Поред укидања царина, Споразум предвиђа укидање постојећих и забрану увођења нових количинских (квантитативних) ограничења увоза и извоза робе и мера истог дејства (чл. 3). Потписнице *CEFTA* су се обавезале да ће поједноставити и олакшати царинске процедуре, те смањити, што је могуће више, формалности наметнуте у вези са трговином.¹¹ С тим у вези, 2017. године је усвојен Додатни протокол 5 о олакшању трговине. Циљ потписница *CEFTA* је да путем Додатног протокола 5 олакшају транзит и трговину кроз смањење трајања транзита и трошкова трговине, што треба да доведе до јачања конкурентности националних економија у оквиру *CEFTA* (Здравковић, 2018: 130).

3.2. Транзициони карактер *CEFTA* Споразума – могућности и сврха даље интеграције

Споразум *CEFTA* карактерише транзициона намена. Један од основних циљева Споразума је припрема потписница за пријем у пуноправно чланство у Европској унији. Многе одредбе *CEFTA* директно упућују на одредбе правног система Уније, а у Преамбули се наглашава приврженост потписница будућем чланству у Унији. Примена Споразума о слободној трговини је одлична прилика за државе региона Западног Балкана да покажу како могу да сарађују између себе, у границама мањег географског и економског простора, пре него што приступе многобројној и великој заједници у оквиру Уније (Здравковић, 2020: 708). Заједничко тржиште економски сличних земаља може да послужи као полигон за тестирање спремности да се уђе у отворену тржишну утакмицу која влада на тржишту ЕУ (Simic, Vassileva, Anicic, 2021: 84).

CEFTA 2006 је креирана у складу са посебним правним оквиром *WTO*, чланом XXIV *GATT* - а и Споразумом о тумачењу члана XXIV *GATT*- а 1994. Ова правна ситуација дозвољава стварање трговинских зона (зона слободне трговине и царинских унија), које носе са собом повлашћени трговински третман међу уговорним странама, у поређењу са осталим чланицама *WTO*. Успешна имплементација *CEFTA* 2006 Споразума у будућности зависи од даљег усаглашавања трговинских правила, процедура и стандарда у региону. Тако да је евидентна потреба за

¹¹Чл. 14. ст. 4 Закона о потврђивању Споразума о измени и приступању Споразуму о слободној трговини у Централној Европи - *CEFTA* 2006 („Сл. гласник РС - Међународни уговори“, бр. 88/2007)

институционалним усаглашавањем и прилагођавањем трговинских политика међу *CEFTA* странама. С друге стране, Споразум би требало да врши прилагођавања и у складу са климатским променама. Савремени изазови су огромни и захтевају изградњу отпорног регионалног тржишта, оног који ће успети да одговори и неутралише негативне ефекте климатских промена и бројних других проблема у настајању. Хармонично функционисање *CEFTA* тржишта уско је повезано са значајем унутар-регионалне трговине међу земљама – што више земаља тргује међу собом више ће бити интересовања за даљим упрошћавањем и унификацијом правила и процедура.

Како су царинске тарифе смањене, веће улога у трговинским токовима даје се нецаринским баријерама. Под нецаринским баријерама подразумевамо техничке баријере, санитарне и фитосанитарне и административне баријере. Укидање тих мера међу чланицама *CEFTA* води јачању њиховог регионалног тржишта, оно постаје конкурентније, а самим тим поспешује њихову бржу интеграцију у ЕУ. Различити аутори и истраживања идентификовали су захтеве за квалитетом/карактеристикама производа, за обележавањем и/или паковањем, захтеве за тестирање, инспекцију и контролу као главне техничке баријере. Што се тиче административних баријера, индикатори који се овде користе су време и трошак прекограничне трговине. Они се огледају у усклађености докумената, временском утршку на граничним прелазима и ефикасности домаћег транспорта, у оквиру целокупног процеса извоза или увоза робе. Скоро све чланице *CEFTA* (осим Косова) добро су позициониране с обзиром на све компоненте овог индикатора. Србија и Молдавија су лидери у овој групи (Efremov, Velevski, Dimitrova, 2020: 208).

Као што је раније већ напоменуто, мере за управљање климатским променама би требало да у потпуности буду компатибилне са међународном заједницом и да шире амбиције за економски раст и напредак човечанства. То је изазов који превазилази границе и захтева решења не само на националним нивоима, већ и на међународном плану. *WTO* је само један део те архитектуре мултилатералне сарадње. Она пружа оквир глобалне трговине и служи као форум за преговоре о даљој трговинској либерализацији. Слободна трговина није сама себи циљ, већ се везује за пресудно важне људске вредности и циљеве благостања. Међу овим циљевима су подизање животног стандарда, оптимално коришћење светских ресурса, одрживи развој и заштита и очување животне средине. Такође, концепт одрживог развоја и климатских промена у трговинској политици ЕУ ће имати утицаја и на *CEFTA* трговинску праксу и политику. Релаксација еколошких добара и услуга од

нецаринских баријера и подршка широј сарадњи климатске политике ЕУ (*Green Deal, Just Transition*), требало би да постане стандард у будућности. Подршка климатским споразумима о слободној трговини би била кључни корак у усклађивању глобалне трговинске архитектуре са климатским реалностима. То би позиционирало трговину као фактор решења климатских изазова, а не њиховог узрочника (Efremov et al. 2020: 211).

Контрадикторни су аргументи у литератури о ефектима *CEFTA* Споразума на њене чланице тицали су се оних који су тврдили да је утицај овог Споразума на извоз и економски раст и развој њених чланица позитиван, и оних који су тврдили да је овај утицај или веома ограничен или уопште не постоји. Да би се тако нешто тврдило, морало би да се узме у обзир шире економско и политичко окружење (Pistikou, 2020: 26). Чини се да је трговина унутар региона занемарена, јер све чланице *CEFTA* Споразума преферирају трговину са ЕУ. То не значи да би привреде *CEFTA* могле бити конкурентније од ЕУ, међутим, нема повећања обима унутар-регионалне трговине, а када постоји, то се тиче само неколико партнера. У случају *CEFTA* Споразума, поред либерализације трговине, индекси показују да економско окружење и даље остаје доста заштићено и да је усредсређено на државу. Политичка нестабилност, корупција и владавина права на ниском нивоу у земљама чланицама, могу негативно да утичу на даљу либерализацију економија. Многи важни кораци су постигнути током последње деценије у вези са пуном имплементацијом *CEFTA* Споразума из 2006. године, али су многа ограничења и оптерећења и даље присутна. У будућности би требало ослободити их се и допринети повећању обима трговине у овом региону (Поповић-Петровић, Бјелић, 2017: 504).

4. „Мултилатерализација регионализма” у контексту савремених токова међународне трговине: ефекти члана XXIV ГАТТ-а

4.1. Међузависност регионалног и универзалног оквира међународне трговине

Међузависност регионалног и универзалног оквира међународне трговине огледа се у подршци коју право *WTO* пружа регионалним и билатералним трговинским споразумима. Правно посматрано, однос према регионалним интеграцијама је био, и још увек јесте, признат и подстакнут чланом XXIV *GATT*-а, који дозвољава груписање географски блиских земаља (Fabbricotti, Pauwelyn, Marceau, 2009: 119). У ст. 4. чл.

XXIV GATT-а се наводи да „уговорнице признају да је пожељно повећати слободну трговину на тај начин што ће се, добровољно закљученим споразумима, развијати ужа интеграција привреда између чланица које учествују у тим споразумима. Оснивање царинске уније или зоне слободне трговине, треба да има за циљ олакшање трговине између учесника, а тиме и између њих и осталих страна уговорница GATT – а.“¹² Из овога је очигледно: WTO не само да оставља могућност, већ и подстиче регионалну и билатералну сарадњу.

Основни принцип овог члана огледа се у продубљивању процеса економске интеграције, кроз елиминисање баријера у трговини, унутар конкретне царинске уније или зоне слободне трговине. Ово ће важити, и либерализација ће напредовати једино под условом да не дође до повећања трговинских баријера према трећим земљама. Члан XXIV GATT-а захтева да се царине елиминишу на „углавном сву трговину” између страна у царинској унији или зони слободне трговине, или барем у односу на суштински део трговине производима пореклом са тих територија (Leal-Arcas, 2010: 10).

Постоји низ питања која су препрека интензивнијој либерализацији трговине и која се нису могла решити на универзалном плану, у оквиру WTO. WTO јесте институција са универзалним чланством, која представља основу међународног трговинског права. Више од четврт века након свог оснивања, WTO се суочава са изазовима недостајућег правног решења за поједина питања. На пример, за решавање спорова који су били угрожени током Трампове администрације, дуга и опсежна реформа је пожељна. WTO није успела да одговори на бројне изазове, јер се одлуке доносе консензусом, а противљење нормативном регулационој области је некада довољно снажно да спречи консензус. Алтернативни институционални аранжмани су коришћени да би се окупиле земље истомишљеника како би се договориле о правилима која ће важити. Већина ових аранжмана има корене у регионалним трговинским споразумима. И управо они могу дати одговор на питање: како проширити и прилагодити обухват права WTO (Pomfret, 2021: 2501)?

Историјски посматрано, регионализам је такође стварао изазове. Регионални трговински споразуми су увек били део широке лепезе инстру-

¹²Текст става 4 члана XXIV GATT-а у оригиналу гласи: *The contracting parties recognize the desirability of increasing freedom of trade by the development, through voluntary agreements, of closer integration between the economies of the countries parties to such agreements. They also recognize that the purpose of a customs union or of a free-trade area should be to facilitate trade between the constituent territories and not to raise barriers to the trade of other contracting parties with such territories.* Цео члан видети на: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_02_e.htm#art24

мената регулисања међународне трговине. Међутим, око 1990. имали су сасвим другачију улогу, пошто је број споразума нагло растао. Све ово је укључивало значајно снижавање царина, које би иначе морало бити усмерено кроз систем *WTO*. Пораст регионализма у то време је вероватно отежао завршетак Уругвајске рунде преговора. Закључивање рунде би вероватно било лакше да је *WTO* била “*only game in town*”, када је у питању либерализација међународне трговине (Baldwin, 2016: 107).

Кључна карактеристика новијих регионалних трговинских интеграција је концепт “*deep integration*”. Овај концепт у суштини укључује акције влада земаља чланица неке регионалне трговинске интеграције, које се предузимају да би се смањио ефекат сегментације тржишта, као последица разлика у националним регулаторним режимима. То се чини кроз координацију, хармонизацију и узајамно препознавање националних политика држава чланица. Сходно томе, он првенствено има за циљ уклањање „иза-граничних” баријера трговини у областима као што су услуге, интелектуална својина, јавне набавке, стране директне инвестиције, опорезивање и конкуренција (Woolcock, Barfield, Mac Laren, Koopmann, 2007: 258).

Иако је Секретаријат *WTO* дуго времена посматрао регионалне трговинске споразуме као сталну претњу мултилатерализму, главни регионални споразуми у ХХИ веку се доста разликују од географски дискриминаторних царина и нецаринских баријера, који су егзистирали у прошлости и које је *GATT* забранио 1994. године. Било да су у питању билатерални споразуми, дубља интеграција или отворени регионализам, већина споразума из ХХИ века класификованих као регионални трговински споразуми имају за циљ да олакшају трговину и поједноставе царинске процедуре. И суштински нису дискриминаторни. Споразуми се проширују на области у којима *WTO* није могла да делује због потребе за консензусом, иако иновације као што су повећана фрагментација производње дуж међународних ланаца вредности стварају потребу за новим трговинским прописима (Pomfret, 2021: 2503).

Међузависност између два подручја либерализације међународне трговине можемо посматрати и анализирајући однос једног регионалног трговинског споразума (какав је *CEFTA* Споразум) према праву *WTO*. *CEFTA* Споразум на више места директно доводи у везу регионализам са универсализмом. Наиме, на неколико места директно упућује на примену права *WTO*. У члану 1. *CEFTA* Споразума се наводи да је његов циљ да стране успоставе зону слободне трговине у складу са одредбама овог Споразума и сагласно одговарајућим правилима и процедурама *WTO*. Члан 12. Споразума односи се на санитарне и фитосанитарне мере,

које ће бити регулисане применом Споразума *WTO* о примени санитарних и фитосанитарних мера. Права и обавезе страна који се односе на примену техничких препрека у трговини, биће одређени *WTO* Споразумом о техничким препрекама у трговини (чл. 13. *CEFTA* Споразума). Такође, правила која се односе на конкуренцију у складу су са правом *WTO* (чл. 19. Споразума). Стране ће прилагодити своје државне монополе комерцијалног карактера, или државна трговинска предузећа, у циљу обезбеђивања недискриминације међу предузећима страна, у погледу услова под којима се роба набавља и пласира на тржишту у складу са правилима *WTO*. Већ је наведено да делови Споразума који се односе на антидампиншке мере, државну помоћ и трговину услугама, такође, упућују на примену универзалних правила из система *WTO*.

4.2. Избор или кооперација између универзалних и регионалних трговинских споразума?

Уобичајено је и сасвим рационално да се међународно право најпре развија у регионалном контексту, јер релативна хомогеност интереса актера ће тада обезбедити ефикаснију или правичнију примену релевантних норми. Дакле, у пракси, напори уложени на глобалном нивоу да се достигне дубља економска интеграција („*deeper integration*“) подстичу чланице *WTO* да се упусте у регионалну иницијативу или да интензивирају оне регионалне трговинске односе који су већ успостављени (Fabbricotti, Pauwelyn, Marceau, 2009: 120).

Трајност, престиж и функционалност *WTO* тестира се уствари кроз процес закључивања регионалних трговинских споразума (Цветковић, 2018: 90). Питање избора између коришћења предности и опција које обезбеђује *WTO* са једне, и придруживања регионалном трговинском блоку, са друге стране, стратешког је карактера. Због чега се државе чланице *WTO* упуштају у регионалне интеграције, упркос могућности да ту либерализацију реализују на мултилатералном нивоу? Постоји више разлога зашто *WTO* државе чланице бирају да уђу у регионалне трговинске споразуме, без обзира на веровање да је либерализација уоквиру *WTO* целисходнија с обзиром на њен мултилатерални карактер (Цветковић, 2018: 96). О разлозима закључивања регионалних трговинских споразума било је речи у претходним деловима рада.

Многи регионализам и мултилатерализам посматрају као две супротна пола. Неки верују да ће глобалне тензије које слабе мултилатерални трговински систем (укључујући протекционизам и успон национализма), неизбежно усмерити владе ка све јачим регионалним пактовима. Је ли то заиста тако? Регионализам је стекао популарност управо

током период када су *WTO* и њен систем правила и процедура били широко прихваћени.

Како аутор *Michele Ruta* наводи, постоји стара италијанска изрека: „Атина плаче, али ни Спарта не може да се смеје.” У старој Грчкој, ривалство између Атине и Спарте било је огромно. Веровало се да ће пропаст једног полиса довести до великог тријумфа овог другог. Није се тако догодило. После периода сталне тензије и борбе, оба полиса су пропала и отишла у историју. Данас бисмо могли рећи: „Мултилатерализам плаче, али ни регионализам не може да се осмехује (*Ruta, 2023: 31*)”. Мало је вероватно да ће регионализам у време сукоба тријумфовати, већ ће се вероватно променити у правцу боље координације и сарадње са универзалним оквиром међународне трговине.

5. Закључак

Прецизни ефекти регионалних трговинских споразума на мултилатерални трговински оквир остају нејасни. Док, с једне стране, могу допринети јачању регионалне интеграције, неки од њих су генерисали негативне ефекте на трговинске перформансе читавог региона. И поред тога, ефекти регионализма на мултилатерални трговински систем су вишеструки. Свакако је један од позитивних ефеката повећање ефикасности, захваљујући елиминацији препрека за трговину, што је кључно за постизање економије обима. Поред тога, регионални трговински споразуми подстичу конкуренцију и привлаче директне стране инвестиције. Оно што представља негативан ефекат на мултилатерализам је феномен „*spaghetti bowl*”: није јасно ко са ким шта уговара, с обзиром да сви закључују регионалне трговинске споразуме са свима (*Leal-Arcas, 2010: 33*). Овај нижи ниво транспарентности у мултилатералним трговинским правилима може довести до тога да трговци подлежу вишеструким, понекад супротстављеним захтевима.

Регионална трговинска сарадња се више не односи само на промовисање унутар-регионалне трговине. Много је више реч о регионалној сарадњи у циљу побољшања конкурентности на светским тржиштима, што укључује ниске трговинске баријере како би произвођачи могли да приступе најбољим светским ресурсима. Значај царина као трговинске баријере је значајно опао, пошто су водеће земље биле спремне да пристану на трговину без царина са све већим бројем одабраних партнера, или чак да једнострано укину царине. Институционални аранжмани за земље које желе да закључују споразуме у новим областима варирају од дубљих регионалних или билатералних споразума до мега-регионал-

них споразума, који су у различитом степену „отворени”. Потешкоћа са овим приступом је у томе што може довести до конфликтних регулаторних стандарда у различитим преговарачким блоковима, што би било некомпатибилно са визијом мултилатерализма.

Претња универзализму није од регионализма, већ од неспособности да се одговори на промене у глобалном трговинском систему током више од четврт века од стварања *WTO*. Отворени регионални споразуми могу бити флексибилнији приликом обухватања низа нових тема и проблема. Иако *WTO* можда делује као да „храмље“ за новонасталим променама, због спорије реакције на њих и начина доношења одлука, ширење регионалних трговинских савеза неће поткопати чињеницу да је *WTO* универзална институција, чије све чланице признају заједнички пакет обавеза и права. То додатно улива сигурност и поверење учесницима на променљивом глобалном тржишту. Правној и економској теорији и пракси остаје да прати какав ће поредак изнедрити различити нивои либерализације у изазовним временима која су пред нама.

Литература

- Baldwin, R. (2016). The World Trade Organization and the future of multilateralism. *Journal of Economic Perspectives*. 30 (1). 95-116.
- Baldwin, R. E. (2017). Multilateralising regionalism: spaghetti bowls as building blocs on the path to global free trade. In *Global Trade* (pp. 469-536). Routledge
- Efremov, K., Veleviski, L., & Dimitrova, M. (2020). *History of CEFTA 2006-New challenges and dilemmas*
- Fabbricotti, A., Pauwelyn, J., & Marceau, G. (2009). Multilateralizing Regionalism and the Future Architecture of International Trade Law as a System of Law. In *American Society of International Law. Proceedings of the Annual Meeting* (pp. 119-28). Cambridge University Press
- Gordon, G. (2019). Universalism. In *Concepts for International Law* (pp. 865-878). Edward Elgar Publishing
- Leal-Arcas, R. (2010). Proliferation of regional trade agreements: Complementing or supplanting multilateralism. *Chi. J. Int'l L.*, 11. 597.
- Pomfret, R. (2021). 'Regionalism'and the global trade system. *The World Economy*, 44(9), 2496-2514.
- Pistikou, V. (2020). The impact of CEFTA on exports, economic growth and development. *International Journal of Business and Economic Sciences Applied*

Research (IJBESAR), 13(3), 15-31.

Popović-Petrović, I., & Bjelić, P. (2017). The role of trade facilitation for trade enterprises in the CEFTA 2006 region: Great expectations after the Bali ministerial conference or just a great chance?. *Ekonomika preduzeća*. 65 (7-8), 494-505.

Ruta, M. (2023). The Rise of Discriminatory Regionalism. *Timely. Topical. Free.*, 31.

Simic, M., Vassileva, A., & Anicic, A. (2021). Economic aspects of the integration processes of the Republic of Serbia. *Oditor*, 83.

Woolcock, S., Barfield, C., MacLaren, D., & Koopmann, G. (2007). Competing Regionalism-Patterns, Economic Impact and Implications for the Multilateral Trading System. *Intereconomics*. 42 (5). 236.

Закон о потврђивању Споразума о измени и приступању Споразуму о слободној трговини у Централној Европи – ЦЕФТА 2006. *Сл. гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 88/2007.

Здравковић, У. (2014). Унапређење трговинске интеграције између чланица ЦЕФТА споразума – могућности и ограничења. 1169–1187.

Здравковић, У. (2018). Додатни ЦЕФТА протокол 5 о олакшању трговине, Пројекат „Усклађивање права Србије са правом ЕУ“: зборник радова. Књ. 5. Правни факултет у Нишу. 127-147.

Здравковић, У. (2020). Споразуми о слободној трговини као инструменти либерализације међународне трговине: пример споразума који је закључила Република Србија. 703–717.

Тодоровић, М. & Марковић, И. (2023). *Међународна економија*. Економски факултет Универзитета у Нишу

Ђирић, А. (2012). *Међународно трговинско право: општи део* (2. изд.). Правни факултет, Центар за публикације

Цветковић, П. (2018). Право и теорија игара: пример права Светске трговинске организације. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 81.

Цветковић, П. & Здравковић, У. (2020). *Међународно економско право*. Правни факултет Универзитета у Нишу, Центар за публикације

Интернет извори

Општи споразум о царинама и трговини (ГАТТ 1947) https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47.pdf, приступљено: 02.01.2024.

https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min98_e/slide_e/slide_list.htm, приступљено: 03.01.2024.

World Trade Statistical Review 2023, доступно на: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtsr_2023_e.htm, приступљено: 03.01.2024.

Ворлд Траде Репорт 2023, доступно на: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr23_e.htm, приступљено: 03.01.2024.

Ružica Petrović,
Teaching Assistant,
Faculty of Economics, University of Niš,
Republic of Serbia

**UNIVERSAL, REGIONAL AND BILATERAL DOMAINS OF INTERNATIONAL
TRADE LIBERALIZATION: RELATIONS OF TENSION OR HARMONY?**

Summary

Bearing in mind the economic, political and broader social effects of trade integration, countries are intrinsically motivated to be part of such integrations. They come together at different levels, hoping that each area of international trade liberalization will function optimally. In spite of different shortcomings in their operation, the levels of liberalization have not been eliminated from the international scene. Encouraged by Article XXIV of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), universal, regional and bilateral frameworks for international exchange exist simultaneously, making international trade more resilient to current challenges. Although there is a grain of conflict between them, which will not change, it does not prevent the actors from understanding and analyzing their interdependence and the benefits they can derive from them. It should be also kept in mind that further liberalization of trade in certain trade integrations is not only desirable and expedient but also necessary. An example of this is the CEFTA Agreement. Although its transitional character may lead to the conclusion that there is no reason to deepen integration, the current challenges tell us that the CEFTA market has unused potential and that it should be adapted to the EU's climate policy (Green Deal, Just Transition).

Keywords: World Trade Organization, regional trade integration, regionalism, CEFTA Agreement, multilateralism.

СЕСИЈА ЗА РАДНО И СОЦИЈАЛНО ПРАВО

LABOUR AND SOCIAL WELFARE LAW SESSION

Prof. Todor Kalamatiev, LL.D.,*

Full Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus",
"Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje,

UDK: 342.738:331.108.2

UDK: 349.2

DOI: 10.5281/zenodo.14514440

Nikola Murdžev, LL.M.,**

PhD Candidate, Faculty of Law "Iustinianus Primus",
"Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje,
Republic of North Macedonia

LEGAL ASPECTS OF WORKPLACE VIDEO SURVEILLANCE

Abstract: *The optimization of video surveillance in the workplace is a complex and multifaceted issue which is regulated by a variety of legislative acts and by-laws. This article explores the legal framework governing video surveillance in the workplace and the implications it manifests on the employment relationship in North Macedonia. The use of video surveillance in the workplace is subject to numerous legal requirements, including the need for Technical and Organizational Measures (TOMs) to ensure the security of the collected employees' personal data. The article also discusses the role of Data Protection Impact Assessments (DPIAs) in determining whether video surveillance in the workplace is necessary and justified. Overall, this article provides an in-depth analysis of the legal and regulatory landscape surrounding video surveillance in the workplace, and highlights the importance of considering the implications for both employers and employees in the context of employment relationships.*

Keywords: *employment relationship, workplace video surveillance, employee monitoring, data protection.*

1. Introduction

The issue of privacy has been the subject matter of ongoing debates from antiquity to the present day. Daniel Solove (2010) underlines that "people in nearly all societies have debated issues of privacy, ranging from gossip to eavesdropping to surveillance" (Solove, 2010: 4). Privacy preservation in

* t.kalamatiev@pf.ukim.edu.mk, [ORCID ID 0009-0006-9982-1969](https://orcid.org/0009-0006-9982-1969)

** nikola.murdzev@gmail.com, [ORCID ID 0009-0006-2227-1209](https://orcid.org/0009-0006-2227-1209)

multiple shapes and forms has been an important issue both for the public and for individuals. The rise of technology in the second half of the 20th century and the first quarter of the 21st century, mainly in the USA as one of the leading countries in advanced technology in this period, has generated the initial challenge of properly addressing the ethical considerations on the limitations on employee surveillance, in the context of employment (Ajunwa, Crawford, Schultz, 2017: 740-745). From today's perspective, considering the notion of surveillance, Kirstie Ball (2021) specifies:

“An act of surveillance always involves the purposeful gathering of information about something or someone. That information is then rationally and systemically analysed and the outcome of that analysis is then used to influence the behaviour of the original surveillance target. For a phenomenon to qualify as surveillant, two elements need to be present: data must be gathered and analysed, and then applied in a process of influence over the original data target. Surveillance always involves an exercise of power.” (Ball, 2021: 10).

Based on the instruments applied in the course of surveillance, some authors classify surveillance systems into electronic and non-electronic ones. Electronic surveillance systems generally include computer surveillance, telephone tapping, video surveillance, workplace surveillance, and mobile phone surveillance (Rajpoot, Jensen, 2015: 69-92).

Nowadays, video surveillance is commonly used both in public place and at the workplace (Senior, 2009: 35-36). In the context of employment, some authors underline that surveillance provides employers with absolute and relative data about the employees' conduct in the workplace, for the purposes of determining: whether employees are fulfilling their contractual obligations; how much reward they should receive based on their net contribution to the organization; and how their work can be coordinated in time and space (Sewell, 2012: 303).

The proliferation of video surveillance has sparked debates about the trade-off between security and privacy, underscoring the need for comprehensive data protection frameworks to balance these competing interests. In the context of employment, the employer is obliged to respect the privacy of all employees, which includes the operations and activities of video surveillance on the work premises and work equipment, regardless of whether the employee works from the provided and determined work premises by the employer or whether the work is conducted remotely or from home (Bailey, 2022: 527-551).

In that context, the EU General Data Protection Regulation 2016/679 (GDPR) is currently the toughest privacy and security law in the world that addresses

data processing, data storing, and data collecting practices by Data Controllers and Data Processors. Under the EU GDPR, the employers mainly act as Controllers, while the employees as Data Subjects. Some argue that the GDPR has also an “extraterritorial” application (Ryngaert, Taylor, 2020: 5-9). In line with the GDPR principles of accountability and transparency, the employers should enable the exercise of respective employees’ rights in a transparent and responsible manner; thus, employers should appropriately communicate their monitoring or data collecting practices to the employees and provide opportunities to the employees to exercise their related rights, either when working in a given workplace secured by the employer or when working remotely from home. As for workplace video surveillance, the employers should aspire to promptly address and mitigate the circumstances where that employees may feel a sense of distrust and discomfort when subjected to constant video surveillance in the workplace, which raises the issue of proportionality and purpose limitation on workplace video surveillance (Chory, Vela, Avtgis, 2015: 23-43). If workplace video surveillance increases the job stress, this factor can also have a negative impact on productivity (Rehman, 2023: 60-62). If the use of video surveillance in the workplace leads to increased stress and decreased productivity among employees, the employers have misused or miscalculated and miscommunicated the optimal environment of workplace video surveillance. As pointed out by Ball (2021), having in mind that video surveillance includes the effectiveness of policy and management communication, the following factors are important:

Transparency: the placement of cameras; what data are captured and why; technological capabilities and data storage; and policies on data sharing and purpose of use;

Access: who has access to technology and data; who can control the data collection process; the security of data storage and who can use the footage;

Equality: whether camera placement targets and collects data only about certain groups or individuals; whether data on all groups is processed and stored in the same manner; whether there are different outcomes for different groups (Ball, 2021: 27).

2. The Macedonian local context of workplace video surveillance

When it comes to the European data protection culture, James Whitman observes that “continental privacy protections are, at their core, a form of protection of a right to respect and personal dignity.” (Whitman, 2004: 1161). There are also views that, as technology advances, it is crucial for policymakers to implement robust data protection mechanisms to ensure that

individuals' privacy rights are upheld in the era of AI and video surveillance (Van Rijmenam, 2023).¹ Below we will outline the applicable laws and by-laws that regulate the workplace video surveillance in the Republic of North Macedonia.

2.1. Legislative acts that directly or implicitly regulate video surveillance in the context of the employment relationship

In the Republic of North Macedonia, the two main legislative acts that cover the protection of employees' personal data and regulate video surveillance in the context of employment are: the Labour Relations Act, and the Personal Data Protection Act.

Within the framework of Labour Relations Act² (hereinafter: the LRA), which includes the basic labour-related definitions, "employment relationship" is defined as a contractual relationship between the employee and the employer in which the employee voluntarily participates in the organized process of work for the employer, for salary and other income, personally performs the work continuously according to the instructions and under the supervision of the employer (Article 5 § 1 of the LRA). Under an extensive interpretation of the said legal provision, the notion of employer's supervision, which is regulated under many principled circumstances by the Personal Data Protection Act³ (hereinafter: the PDPA), can be interpreted as supervising the work of the employees, including the use of video surveillance in limited circumstances.

On the other hand, the Labour Relations Act imposes an obligation on the employer to protect the personality and the privacy of the employee. As the law states, the employer is obliged to protect and respect the personality and dignity of the employee, as well as to take care and protect the employee's privacy (Article 43 § 1 of the LRA). Notably, when it comes to video surveillance, whenever a video or image of an individual is captured by video surveillance

¹ Van Rijmenam, M. (2023). *Privacy in the Age of AI: Risks, Challenges and Solutions*, Retrieved 26 February 2024, from <https://www.thedigitalspeaker.com/privacy-age-ai-risks-challenges-solutions>.

² The Labour Relations Act, *Official Gazette of the Republic of Macedonia* No. 62/05, 106/08, 161/08, 114/09, 130/09, 50/10, 52/10, 124/10, 47/11, 11/12, 39/12, 13/13, 25/13, 170/13, 187/13, 113/14, 20/15, 33/15, 72/15, 129/15, 27/16, 120/18, and *Official Gazette of the Republic of North Macedonia* No. 110/19, 267/20 and 151/21.

³ The Personal Data Protection Act, *Official Gazette of the Republic of North Macedonia* no. 42/20 and 294/21. It should be noted that the Personal Data Protection Act has been almost entirely transposed as an expedient normative framework from the EU General Data Protection Regulation 2016/679 (GDPR).

and used to identify that person either directly or indirectly, it is considered personal data. In view of the above, the legislator introduced a separate article regulating the protection of employees' personal data within the framework of the labour relations law. Thus, personal data of employees can be collected, processed, used and delivered to third parties only if it is envisaged by this or another law, or if it is necessary for the exercise of rights and obligations from the employment relationship or in connection with the employment relationship (Article 44 § 1 of the LRA). Personal data of employees can be collected, processed, used and delivered to third parties only by the employer or the employee who has been specifically authorized by the employer for this purpose (Article 44 § 2 of the LRA). Accordingly, in case there is no longer a legal ground for the collection of employees' personal data, the collected personal data must be immediately deleted and cease to be used (Article 44 § 3 of the LRA).

Regarding the issues related to video surveillance, the Personal Data Protection Act specifies the following aspects that must be adhered to by the Data Controller, i.e. the employer:

- Inapplicability of personal data processing through video surveillance by physical persons exclusively for the purpose of monitoring activities in one's home;
- Obligation to issue a Notice on video surveillance, which contains:
 - information that video surveillance is being carried out;
 - the name/title of the Data Controller who performs the video surveillance; and
 - information about the way in which information can be obtained about where and how long the recordings from the video surveillance system are kept.
- Video surveillance can only be carried out in the area that is sufficient to fulfill the goals for which it was set;
- Obligation to notify the employees about performing video surveillance in official or business premises;
- Obligation to retain and preserve the recordings made during video surveillance, which are kept until the objectives for which it is performed are fulfilled, but not longer than 30 days, except in other types of specific cases (Article 89 of the PDPA).

When it comes to personal data processing through a video surveillance monitoring system, the legislator also provided a possibility of performing

video surveillance of the employer's (official or business) work premises. Thus, the Personal Data Protection Act specifies:

- The employer as a Controller can carry out video surveillance in official or business premises if it is necessary for the following purposes:
 - Protection of human life or health;
 - Protection of property;
- Protecting the life and health of employees due to the nature of the work;
- Providing control over entry and exit from official premises or business premises for security purposes only;
- The employer as a Controller should arrange the way of performing video surveillance by enacting a special (internal) act prescribed by the Personal Data Protection Agency;
- The employer acting as a Controller is prohibited from performing video surveillance in wardrobes, changing rooms, sanitary units and other similar rooms (Art. 89 of the PDPA).

The general rule regarding video surveillance is that recordings taken during video surveillance are kept until the objectives for which it is carried out are fulfilled, but not longer than 30 days, unless a longer period is provided by another law (Article 89 of the PDPA).

The legislator further obliges the employer acting in the capacity of a Controller to periodically evaluate the results achieved by the video surveillance system, in a manner and form prescribed by the Personal Data Protection Agency. The stated periodic assessment of the achieved results is planned to be carried out every two years, and especially in view of:

- the further need to use the video surveillance system;
- the purpose or purposes for performing video surveillance; and
- possible technical solutions for replacing the video surveillance system (Article 92 § 3 of the PDPA).

Finally, the legislator also provided misdemeanor fines when the video surveillance is inappropriately performed by the employer acting in the capacity of a Controller, as follows:

- A fine in the amount of 1,000 to 10,000 EUR (in Macedonian denars equivalent) will be imposed against a legal entity-Controller, in this case an employer, if:

- it performs video surveillance contrary to the provisions of Article 89 of the Personal Data Protection Act, which refers to video surveillance;
- it processes personal data through a video surveillance system contrary to the provisions of Article 90 of the Personal Data Protection Act, which refers to the processing of personal data through a video surveillance system; and if
- it does not perform analysis and periodic evaluation according to the provisions of Article 92 of the Personal Data Protection Act, which refers to the analysis and periodic assessment of the results achieved by the video surveillance system (Article 112 § 1, items 1,2 and 4 of the PDPA).

In view of the aforesaid article, the law also indicates that a fine in the amount of 100 to 500 EUR (in Macedonian denar equivalent) will be imposed on the responsible person in the legal entity-Controller for an offense related to the video surveillance (Article 112 § 3 of the PDPA), while a fine in the amount of 100 to 250 EUR (in Macedonian denar equivalent) will be imposed on a natural person-Controller or processor for an offense related to video surveillance (Article 112 § 4 of the PDPA).

2.2. By-laws that regulate video surveillance in the Republic of North Macedonia and have an implicative impact in the context of employment relations

Bearing in mind that some employers acting in the capacity of Controllers decide to resort to installing a video monitoring system and equipment on work premises, the by-laws that regulate video surveillance and have an implicative impact in employment contexts are:

- Rulebook on the content and form of the act for performance of video surveillance, *Official Gazette of the Republic of North Macedonia*, No. 122/2020;
- Rulebook on amending the Rulebook on the content and form of the act for performance of video surveillance, *Official Gazette of North Macedonia*, No. 280/2021;
- Rulebook on the content of the analysis of video surveillance purpose/ purposes and the report from the periodic review of the results achieved by the video surveillance system, *Official Gazette of North Macedonia*, No. 122/2020.

For the purpose of restating and summarizing the obligations that the employers need to abide by, there is the compliance cycle which needs to be respected by the employer in case of integrating workplace video surveillance; the set of steps includes:

- Analysis of the purpose for which video surveillance is installed in the workplace;
- Defining the purpose for which video surveillance is installed in the workplace, e.g.:
 - Protection of life and health of people;
 - Property protection (employer's belongings);
 - Protection of life and health of employees due to the nature of the job;
 - Control entry to and exit from official/business premises only for security purposes;
- Conducting video surveillance at the workplace within the principle of proportionality and prohibiting video surveillance in wardrobes, changing rooms, sanitary facilities, toilets and similar rooms;
- Notification on video surveillance in the workplace, which has to be: clearly written, placed in a visible location, and posted in a place that will enable employees to be notified that video surveillance is being carried out;
- Periodic assessment of the results obtained by the video surveillance system, which has to be revised and re-evaluated at least once every two years;
- Recording storage period which applies until the moment of fulfillment of the objectives for which the video surveillance is carried out, but not longer than 30 days;
 - Data Protection Impact Assessment (DPIA) for workplace video surveillance but only when applicable; it is mainly applied if the employer processes personal data by using systematic observation and monitoring of publicly accessible space on a large scale.

3. Requirements of Technical and Organizational Measures (TOMs) for secure video surveillance in the workplace

Plenty of debates and roundtables have been organized within the data protection community on various platforms. It has been stated on many

occasions that video surveillance systems have the potential to capture vast amounts of personal data, making it imperative for organizations to prioritize data protection measures to prevent unauthorized access and misuse of such data.⁴ In the context of employment, some voices echo the argument that the proliferation of workplace surveillance technologies poses significant threats to employees' privacy and autonomy, whereupon employees must act as gatekeepers against data misuse (Hu, 2021: 115-151) and employers must balance their legitimate interests in monitoring productivity with the employees' rights to privacy and data protection (ICO, 2023a: 7).⁵

Generally, the implementation and operationalization of the Technical and Organizational Measures (TOMs) falls on the Processor of the personal data, i.e. the responsible party that processes the workplace video surveillance data on behalf of the Controller. Most commonly, as underlined by the Information Commissioner's Office (ICO), the UK's Data Protection Authority, one party (i.e. one employer) cannot be both a Controller and a Processor for the same processing activity, except in particular cases where the personal data is being processed for different purposes (ICO, 2023b).⁶ Notably, some Data Protection Authorities, such as the Swiss Federal Data Protection and Information Commissioner (FDPIC), outline the importance of developing and implementing Technical and Organizational Measures as a combination that can also be used in the context of workplace video surveillance, for preventing the destruction and loss of data, as well as errors, falsification, unauthorized access, etc. (FDPIC, 2024).⁷ Additionally, the implementation of effective Technical and Organizational Measures is critical for preventing misuse and abuse of video surveillance systems in the workplace; moreover, adequate

⁴Some authors have provided a Data Misuse Classification, a classification that comprises eleven categories of personal data misuse. For a detailed overview, see: Kröger, J.L., Miceli, M., Müller, F. (2021). How Data Can Be Used Against People: A Classification of Personal Data Misuses. *SSRN Electronic Journal*, 3–4.

⁵The Information Commissioner's Office (ICO), which is the UK's Data Protection Authority, prepared and published a guideline on lawful monitoring in the workplace. See: ICO (2023a). *Employment Practices and Data protection: Monitoring Workers*, 4 Oct. 2023, Retrieved 23 Feb. 2024 from <https://ico.org.uk/media/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/employment-information/employment-practices-and-data-protection-monitoring-workers-1-0.pdf>.

⁶ICO (2023b). *How do you determine whether you are a controller or processor?*. Retrieved 23 Feb. 2024 from <https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/controllers-and-processors/controllers-and-processors/how-do-you-determine-whether-you-are-a-controller-or-processor>.

⁷Federal Data Protection and Information Commissioner (2024). *Guide to Technical and Organisational Data Protection Measures (TOM)*, 15 January 2024; Retrieved 28 Feb. 2024 from https://www.edoeb.admin.ch/dam/edoeb/en/Dokumente/datenschutz/leitfaden_tom.pdf

organizational measures in combination with Privacy Impact Assessments (PIAs) are essential for ensuring that video surveillance in the workplace is properly conducted to preserve individual rights and freedoms.

In that context the European Data Protection Board (EDPB) has published the Guidelines on processing personal data through video devices (2020).⁸ Within the Guidelines, the EDPB underlines that the Controller must adequately protect all components of a video surveillance system and data under all stages, i.e. during storage (data at rest), transmission (data in transit), and processing (data at use) (EDPB, 2020: 30-31). Regarding organizational measures, apart from potentially conducting a Data Protection Impact Assessment (DPIA), the European Data Protection Board suggests considering the following issues in the process of creating video surveillance policies and procedures:

- Who is responsible for management and operation of the video surveillance system;
- Purpose and scope of the video surveillance project;
- Appropriate and prohibited use (where and when video surveillance is allowed and not allowed (e.g. use of hidden cameras and audio in addition to video recording));
- Transparency measures referred as Transparency and information obligations;⁹
- How video is recorded and for what duration, including archival storage of video recordings related to security incidents;
- Who must undergo relevant training and when;
- Who has access to video recordings and for what purposes;
- Operational procedures (e.g. by whom and from where video surveillance is monitored, what to do in case of a data breach incident);

⁸European Data Protection Board (2020). *Guidelines 3/2019 on processing of personal data through video devices, v2.0.*, 29 January 2020, Retrieved 26 February 2024 from https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_201903_video_devices_en.pdf

⁹As underlined by the European Data Protection Board, transparency and information obligations divide the required information that should be provided by the employer that acts as a Controller. The first layer of information is setting up the warning sign that the given premises (including in the workplace) is under surveillance. The second layer of information relates to the obligation to make the monitoring information available at a place easily accessible to the data subject (e.g. a complete information sheet available at a central location or displayed on an easy accessible poster).

- What procedures external parties need to follow in order to request video recordings, and procedures for denying or granting such requests;
- Procedures for VSS procurement, installation and maintenance;
- Incident management and recovery procedures (EDPB, 2020: 31).

When it comes to technical measures, the EDPB Guidelines outline the measures that should be undertaken to protect the video surveillance (VSS) system:

- Physical security: to protect the VSS equipment from theft, vandalism, natural disasters, man-made catastrophes and accidental damage (electrical surges, extreme temperatures, spilled coffee);
- System and data security protection against intentional and unintentional interference with the system, including:
 - Protection of the entire VSS infrastructure (including remote cameras, cabling and power supply) against physical tampering and theft;
 - Protection of footage transmission with communication channels secure against interception;
 - Data encryption;
 - Use of hardware and software based solutions such as firewalls, antivirus or intrusion detection systems against cyber-attacks;
 - Detection of failures of components, software and interconnections;
 - Means to restore availability and access to the system in the event of a physical or technical incident;
- Access control: to ensure that only authorized people can access the system and data, while at the same time others are prevented from doing it, by:
 - Ensuring that all premises where monitoring by video surveillance is done and where video footage is stored are secured against unsupervised access by third parties;
 - Positioning monitors (especially in open areas, like a reception) in such a way that only authorized operators can view them;
 - Defining and enforcing procedures for granting, changing and revoking physical and logical access;
 - Implementing methods and means of user authentication and

authorization, including e.g. passwords length and change frequency;

- Recording and regularly reviewing user-taken actions (to the system and data);
- Continuously monitoring and detecting access failures, and addressing the identified weaknesses as soon as possible (EDPB, 2020: 32).

Both from the perspectives of the European Data Protection Board and the data protection community in Europe, the relevant Technical and Organizational Measures (TOMs) that should be taken into consideration when introducing workplace video surveillance lead to a conclusion that the following checklist should be observed and to some degree required for workplace surveillance by employers, where the employees' privacy may be affected. In a nutshell, the checklist includes:

- Information security related matters:
 - Implementing physical and logical access control measures on preventing unauthorized personnel accessing the video footage
 - Maintaining password-protected and locked room where the surveillance cameras and the recording are stored (user control)
 - Designing encrypted data storage environment for ensuring the data is safely stored from an information security perspective (storage control)
 - Utilizing high-quality and tamper-proof cameras for ensuring optimal video data accuracy (data integrity)
- Data protection related matters:
 - Conducting periodic audit assessments as prescribed by the supervising Data Protection Authority
 - Creating and publishing Workplace Video Surveillance Policies or Employee Privacy Policies where processing of personal data from a video surveillance system is being transparently acknowledged
 - Setting the video surveillance process in the workplace in accordance to the purpose limitation principle and ensuring that it is not overextended by infringing the the privacy of the employees
- Combined matters:
 - Assigning a specific internal employee or an external person as

a process owner, or even a responsible team for managing and monitoring the video surveillance system

- Conducting information security and data protection staff training sessions for the internal or external video surveillance operators.

4. Conducting Data Protection Impact Assessment on the workplace video surveillance systems: Should it be a required activity to be undertaken by default?

The UK Data Protection Authority, the Information Commissioner's Office (ICO), notes that, if the use of CCTV is likely to result in a high risk to people, the Controller will also need to carry out a Data Protection Impact Assessment (DPIA) for the purpose of identifying the impact that the use of CCTV may have on people and reducing any risks (ICO, 2023c).¹⁰ The Data Protection Impact Assessment is also addressed in the General Data Protection Regulation,¹¹ which states: "Where a type of processing in particular using new technologies, and taking into account the nature, scope, context and purposes of the processing, is likely to result in a high risk to the rights and freedoms of natural persons, the Controller shall, prior to the processing, carry out an assessment of the impact of the envisaged processing operations on the protection of personal data" (Article 35 § 1 of the GDPR). In addition, as noted in Article 35 § 3 of the GDPR, a Data Protection Impact Assessment can be required in the event of:

1. conducting a systematic and extensive evaluation of personal aspects relating to natural persons, which is based on automated processing (including profiling), and on which decisions are based that produce legal effects concerning the natural person or significantly affect the natural person in a similar manner;
2. processing special categories of data on a large scale;
3. a systematic monitoring of a publicly accessible area on a large scale.

By comparison, there are views which streamline that the California Consumer Privacy Act (CCPA), which is considered to be the landmark law

¹⁰ ICO (2023 c). *Installing CCTV? Things you need to do first* (updated 23 June 2023); <https://ico.org.uk/for-organisations/advice-for-small-organisations/whats-new/blogs/installing-cctv-things-you-need-to-do-first>.

¹¹ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation); <https://gdpr-info.eu/>

in the USA that secures new privacy rights for California consumers, may require Data Protection Impact Assessments (DPIAs) from companies whose processing of employees' personal data (including profiling employees) poses a substantial risk to privacy, namely, as noted by some authors, the "DPIAs are tools to prompt organizations to engage in sufficient planning and self-reflection to foresee potential risks and to integrate mitigations into their design and planning processes by considering both the data types and the processing activities that pose high risks to individuals" (King, Meinhardt, 2024: 27).

Some scholars also observe that employers must prioritize the implementation of DPIAs, such as in the context of deployment of workplace video surveillance systems, to safeguard against privacy infringements by (highly) risky processing operations (Demetzou, 2019: 4-6). Ultimately, as noted by other authors, how a DPIA is conducted in practice and what it represents depends on the contextual basis of conducting a DPIA on a workplace video surveillance system within a given organization; the end goal should serve as "a good instrument to support decision-makers and developers, if it is not merely regarded as a compulsory exercise but as a useful tool" (Friedewald, Schiering, Martin, Hallinan, 2022: 439).

5. Conclusion

Some authors believe that the employees generally tend to desire more freedom and less monitoring (Yerby, 2013: 47). Other authors underline that "employers monitoring and attempting to control their employees' work, as well as their private lives is nothing new" (Chory, Vela, Avtgis, 2015: 24-25). With that in mind, setting up the aim, scope and context of video surveillance in the workplace, and assessing whether such monitoring is required at the workplace, depends on the legal justification and the rationale of using video surveillance for these purposes. Several decades ago, some authors pointed out that video surveillance may be used for specific purposes, enabling employers to prevent theft, fraudulent activities, and other workplace-related violations (Vaught, Taylor, Vaught, 2000: 107-114). D'Urso pointed out that "the issues surrounding employee monitoring have garnered renewed attention because of concerns over employee privacy rights" (D'Urso, 2006: 285). In this regard, Moussa observes that "new technologies have not only offered organizations reasons to monitor employees' behavior, but these technologies have also provided new methods and techniques to perform employee monitoring. Thus, technology must be treated with caution and discretion" (Moussa, 2015: 10). Even though video surveillance at work is becoming increasingly common in many workplaces, Martin and Freeman (2003) observe that "it

raises concerns in all areas of society – business organizations, employee interest groups, privacy advocates, civil libertarians, lawyers, professional ethicists, and every combination possible. Each advocate has its own rationale for or against employee monitoring whether it be economic, legal, or ethical.” (Martin, Freeman, 2003: 353).

As employers seek to enhance security, monitor the employee efficiency, and prevent theft or other illegal activities, there several factors that employers should take into account when they consider engaging in workplace video surveillance practices or decide to periodically reassess the existing workplace video surveillance practice. Here are the key takeaways:

- Video surveillance in the workplace is not always necessary;
- In case it is necessary, workplace video surveillance needs to be justified and conducted lawfully, in line with Article 6 of the EU GDPR and the corresponding articles of the transposed Personal Data Protection Acts of North Macedonia;
- Employees’ privacy should not be violated while they are at work; workplace video surveillance should not target the employees, analyze their conduct, monitor their private correspondence on private mobile devices, or serve as a profiling tool;
- Video surveillance in the workplace should not be intrusive and should not cause the employees’ stress, negative emotions or reduced productivity;
- Respecting the employees’ data protection rights is important for properly navigating and streamlining how the established set of data protection rights envisaged in the EU GDPR and local data protection laws can be exercised in the context of workplace video surveillance;
- Even in cases when it is not mandatory by a legal requirement, an employer may go a step further by adding an extra layer to the data protection compliance, by appointing an independent Data Protection Officer who can properly take care of lawful and proportionate video surveillance in the workplace. This extra step is an added value for the employer that acts as a Data Controller towards the employees.

References

Ajunwa, I., Crawford, K., Schultz, J. (2017). Limitless Worker Surveillance. *California Law Review*. 105(3). 740-745.

Bailey, D. E. (2022). Emerging Technologies at Work: Policy Ideas to Address

Negative Consequences for Work, Workers, and Society. *ILR Review*. 75(3). 527-551.

Ball, K. (2021) *Electronic Monitoring and Surveillance in the Workplace: Literature Review and Policy Recommendations*. Publications Office of the European Union, 10.

Chory, R. M., Vela, L. E., Avtgis, T. A. (2015). Organizational Surveillance of Computer-Mediated Workplace Communication: Employee Privacy Concerns and Responses. *Employee Responsibilities and Rights Journal*. 28(1). 23-43.

D'Urso, S.C. (2006). Who's Watching Us at Work? Toward a Structural Perceptual Model of Electronic Monitoring and Surveillance in Organizations. *Communication Theory*. 16(3). 285.

Demetzou, K. (2019). Data Protection Impact Assessment: a Tool for Accountability and the Unclarified Concept of 'High Risk' in the General Data Protection Regulation. *Computer Law & Security Review*. 35(6). 4-6.

European Data Protection Board (2020). *Guidelines 3/2019 on processing of personal data through video devices v2.0.*, 29 January 2020; Retrieved 26 February 2024, from https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_201903_video_devices_en.pdf

Federal Data Protection and Information Commissioner (2024). *Guide to Technical and Organisational Data Protection Measures (TOM)*, 15 January 2024; Retrieved 28 February 2024, from https://www.edoeb.admin.ch/dam/edoeb/en/Dokumente/datenschutz/leitfaden_tom.pdf

Friedewald, M., Schiering, I., Martin, N., Hallinan, D. (2022) "Data Protection Impact Assessments in Practice: Experiences from Case Studies," in *Computer Security. ESORICS 2021 International Workshops*. Cham: Springer International Publishing

Hu, Y. (2021). Individuals as Gatekeepers Against Data Misuse. *Michigan Technology Law Review*. 28(1). 115-151.

ICO. (2023a). *Employment Practices and Data protection: Monitoring Workers*, (4 October 2023); Retrieved 28 February 2024 from <https://ico.org.uk/media/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/employment-information/employment-practices-and-data-protection-monitoring-workers-1-0.pdf>

ICO (2023b). *How do you determine whether you are a controller or processor?*. Retrieved 23 February 2024 from <https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/controllers-and-processors/controllers-and-processors/how-do-you-determine-whether-you-are-a-controller-or-processor>

ICO (2023c). *Installing CCTV? Things you need to do first*. (23 June 2023); Retrieved 23 February 2024 from <https://ico.org.uk/for-organisations/advice-for-small-organisations/whats-new/blogs/installing-cctv-things-you-need-to-do-first>.

King, J., Meinhardt, C. (2024). *Rethinking Privacy in the AI Era: Policy Provocations for a Data-Centric World*. Stanford Institute for Human-Centered Artificial Intelligence, 27; Retrieved 26 Feb. 2024, from <https://hai.stanford.edu/sites/default/files/2024-02/White-Paper-Rethinking-Privacy-AI-Era.pdf>.

Kröger, J. L., Miceli, M., Müller, F. (2021). How Data Can Be Used Against People: A Classification of Personal Data Misuses. *SSRN Electronic Journal*. 3–4.

Martin, K., Freeman, R.E. (2003). Some Problems with Employee Monitoring. *Journal of Business Ethics*. 43(4). 353.

Moussa, M. (2015). Monitoring Employee Behavior Through the Use of Technology and Issues of Employee Privacy in America. *SAGE Open*. 5(2). 10.

Rajpoot, Q. M., Jensen, C. D. (2015). Video Surveillance: Privacy Issues and Legal Compliance. In Kumar, V., Svensson, J. (eds.), *Promoting Social Change and Democracy through Information Technology*. IGI Global. 69-92.

Rehman, M. H. (2023). Correlation of Workplace Surveillance with Psychological Health, Productivity, and Privacy of Employees. *International Journal of Scientific & Engineering Research*. 14(1). 60–62.

Ryngaert, C., Taylor, M. (2020) The GDPR as Global Data Protection Regulation?, *AJIL Unbound*. 114. 5–9.

Senior, A. (2009). Privacy Protection in a Video Surveillance System. In: A. Senior (ed.), *Protecting Privacy in Video Surveillance*. Springer London. 35–36.

Sewell, G. (2012). Organizations, Employees and Surveillance. In: Ball, K., Haggerty, K., Lyon, D. (eds.) *Routledge Handbook of Surveillance Studies (1st ed.)*. Routledge, 303.

Solove, D.J. (2010). *Understanding Privacy*. Harvard University Press. 4.

Van Rijmenam, M. (2023). *Privacy in the Age of AI: Risks, Challenges and Solutions*, Retrieved 26 February 2024, from <https://www.thedigitalspeaker.com/privacy-age-ai-risks-challenges-solutions>

Vaught, B. C., Taylor, R. E., Vaught, S. F. (2000). The Attitudes of Managers Regarding the Electronic Monitoring of Employee Behavior: Procedural and Ethical Considerations. *American Business Review*. 18(1). 107–114.

Whitman, J. Q. (2004). The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty. *The Yale Law Journal*. 113(6). 1161.

Yerby, J. (2013). Legal and Ethical Issues of Employee Monitoring. *Online Journal of Applied Knowledge Management*, 1(2), 47. Retrieved 26 February 2024, from https://www.iiakm.org/ojakm/articles/2013/volume1_2/OJAKM_Volume1_2pp44-55.pdf

Legal acts

Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

Labour Relations Act, *Official Gazette of the Republic of Macedonia* No. 62/05, 106/08, 161/08, 114/09, 130/09, 50/10, 52/10, 124/10, 47/11, 11/12, 39/12, 13/13, 25/13, 170/13, 187/13, 113/14, 20/15, 33/15, 72/15, 129/15, 27/16, 120/18, and *Official Gazette of the Republic of North Macedonia* No. 110/19, 267/20, and 151/21; <https://www.refworld.org/legal/legislation/natlegbod/2005/en/124109>

Personal Data Protection Act, *Official Gazette of the Republic of North Macedonia* no. 42/20 and 294/21; <https://www.refworld.org/legal/legislation/natlegbod/2020/en/124108>

Rulebook on the content and form of the act for performance of video surveillance, *Official Gazette of the Republic of North Macedonia*, No. 122/2020; https://azlp.mk/wp-content/uploads/2022/12/en_rulebook_on_act_for_video_surveillance_method.pdf

Rulebook on amending the Rulebook on the content and form of the act for performance of video surveillance, *Official Gazette of the Republic of North Macedonia*, No. 280/2021; https://azlp.mk/wp-content/uploads/2022/12/en-rulebook-on-amending-the-rulebook-on-the-content-and-form-for-the-act-on-the-method-for-video-surveillance-performance_27.10.2021.pdf

Правилник за содржината на анализата на целта, односно целите за која се поставува видеонадзорот и извештајот од извршена периодична оценка на постигнатите резултати од системот за вршење видеонадзор (Rulebook on the content of the analysis of video surveillance purpose/purposes and the report from the periodic review of the results achieved by the video surveillance system), *Службен весник на Република Северна Македонија* бр. 122/2020, <https://www.slvesnik.com.mk/Issues/d7f82d49d880401290d92beaf6dff1a.pdf>

Др Тодор Каламатиев,

Редовни професор,

Правни факултет „Јустинијан Први”,

Универзитет „Св. Кирил и Методиј” у Скопљу,

Никола Мурџев,

Докторанд,

Правни факултет „Јустинијан Први”,

Универзитет „Св. Кирил и Методиј” у Скопљу,

Република Северна Македонија

ПРАВНИ АСПЕКТИ ВИДЕО НАДЗОРА НА РАДНОМ МЕСТУ

Резиме

Оптимизација видео надзора на радном месту је сложено и вишеструко питање које је у националном контексту регулисано разним законским и подзаконским актима. Овај чланак истражује правни оквир видео надзора на радном месту и импликације које он има на радни однос у Северној Македонији. Коришћење видео надзора на радном месту подлеже бројним законским условима, укључујући и техничке и организационе мере којима би се осигурала безбедност прикупљених личних података радника. Поред тога, у чланку се говори о улози процене утицаја на заштиту података у одређивању да ли је видео надзор на радном месту неопходан и оправдан. Све у свему, овај чланак пружа детаљну анализу правног и регулаторног окружења које се односи на видео надзор на радном месту и наглашава важност разматрања импликација како за послодавце тако и за запослене у контексту радног односа.

Кључне речи: *радни однос, видео надзор радног места, надзор запослених, заштита података.*

Др Милица Ковач-Орландић,*
Доцент,
Факултет правних наука,
Универзитет „Доња Горица“ у Подгорици,
Република Црна Гора

UDK: 343.62-057.16(497.16)

UDK: 005.962:364.634(497.16)

DOI: 10.5281/zenodo.14514449

ЗЛОСТАВЉАЊЕ НА РАДУ: ЛЕКЦИЈЕ НАУЧЕНЕ ИЗ СЛУЧАЈА ШПАДИЈЕР ПРОТИВ ЦРНЕ ГОРЕ

Апстракт: *Забрана злостављања на раду (мобинга) један је од најважнијих облика заштите психофизичког здравља, достојанства и благостања запослених. Премда се посљедњих пар деценија доста писало о узроцима, појавним облицима, фазама и посљедицама мобинга, судска пракса још увијек није дала одговоре на сва питања која се тичу његовог разликовања од неких других недозвољених облика понашања на радном мјесту, нити на питања која се тичу квалитативне и квантитативне компоненте мобинга. Још мање се, међутим, злостављање на раду посматра у контексту повреде права на приватни живот запосленог, иако посљедице мобинга у виду нарушавања здравља и породичног живота нужно задиру и у његов приватни живот и нарушавају достојанство жртве мобинга. Отуда, овај рад нема за циљ да се бави феноменолошким аспектом мобинга, већ да укаже на нека од спорних питања судске праксе када је у питању заштита запослених од мобинга, при чему ће нам као извјестан путоказ послужити пресуда Европског суда за људска права у случају Шпадијер против Црне Горе, будући да је указала на крупне системске недостатке када је у питању пресуђивање мобинга у пракси. У наведеном предмету, подносиатељка представке је пред ЕСЉП доказала повреду члана 8 Конвенције, иако национални судови нијесу сматрали да у конкретном случају постоји довољно елемената за утврђивање мобинга, доминантно зато што су предност дали квантитативним, у односу на његове квалитативне детерминанте. Имајући у виду наведено, у раду се разматрају *differentia specifica* мобинга у односу на дискриминацију*

*milica.kovac@udg.edu.me, [ORCID ID 0009-0009-2133-7669](https://orcid.org/0009-0009-2133-7669)

и нужне компоненте мобинга, те указује на то да се злостављање на раду мора посматрати и у контексту повреде права на поштовање приватног и породичног живота запосленог.

Кључне ријечи: *злостављање на раду, дискриминација, право на поштовање приватног живота, квалитативне и квантитативне детерминанте мобинга, достојанство на раду.*

1. Уводне напомене

Забрана злостављања на раду (мобинга) једно је од значајнијих достигнућа савременог радног права, а темељи се на идеји заштите цјелокупне човјекове личности, укључујући његово физичко и психичко здравље и достојанство. Психичко злостављање није нова појава на радном мјесту, али се тек у посљедњих тридесетак година радноправни системи активније укључују у борбу против овог облика понашања. Овакве тенденције резултат су постепеног сазријевања идеје о потреби поштовања људских права и достојанства на радном мјесту, због чега послодавац, у вршењу својих овлашћења, не само да не може предузимати радње које имају карактер злостављања, већ је дужан да обезбиједи сигурну и здраву радну средину у којој такво поступање неће постојати ни међу запосленима.

Злостављање на раду различито се терминолошки означава у упоредном праву, при чему се његово правно регулисање у европским оквирима кретало од контекста заштите здравља и безбједности на раду, до утврђивања повреде достојанства личности (Глигорић, Стојковић-Златановић, 2020: 39). У једном броју европских држава (нпр. Црна Гора, Србија, Шведска, Француска и Белгија) мобинг се забрањује посебним законима, док је још увијек већи број држава у којима се мобинг индиректно забрањује законима о раду или антидискриминаторним законима. Ипак, показало се да постоје бројне предности посебног законског регулисања мобинга, имајући у виду чињеницу да се ови закони баве и превенцијом мобинга, те да су јасније одређена права, обавезе и одговорности на радном мјесту у вези са мобингом. Осим тога, у овим системима је лакше разликовати мобинг од неких других недозвољених облика понашања на радном мјесту, па би самим тим и његово доказивање у пракси требало да буде засновано на јаснијим критеријумима.

Данас је, додатно, захваљујући интерпретативној техници коју је развио Европски суд за људска права, а уз примјену члана 8 Европске конвенције о људским правима – *право на поштовање приватног и породичног живота, дома и преписке*, могуће обезбиједити заштиту

запослених од мобинга и поред тога што забрана узнемиравања и злостављања није изричито зајемчена Конвенцијом (Ковачевић, 2013: 1586-1587). У питању је метод који овај суд примјењује у својим одлукама, а захваљујући коме је могуће обезбиједити заштиту економско-социјалних права онда када је то неопходно за остваривање у Конвенцији гарантованих грађанских права (Mantouvalou, 2005: 573). Европска социјална повеља, такође, предвиђа право на достојанство на раду, спречавање сексуалног злостављања и понашања које је изразито негативно и увредљиво, а усмјерено на појединачне раднике на радном мјесту.¹ На другој страни, Европско комунитарно право не познаје непосредну заштиту од злостављања на раду, али је свакако оваква заштита могућа индиректно, у оквиру заштите људских права, заштите достојанства запослених, заштите здравља и безбједности на раду, и у оквиру антидискриминаторног права. Но, међу правно необавезујућим документима Европске уније налазе се Резолуција Европског парламента о злостављању на раду из 2001. године и Европски оквирни колективни уговор о узнемиравању и насиљу на раду из 2007. године. На међународном плану, Међународна организација рада, премда од оснивања посвећена заштити здравља и безбједности радника, тек 2019. године усваја Конвенцију број 190 о елиминацији насиља и узнемиравања, те истоимену Препоруку број 206 којима непосредно регулише питање злостављања на раду.² Конвенција се односи на широку лепезу неприхватљивих понашања у пракси, или пријетњу таквим понашањима, без обзира на то да ли су она једнократна или се понављају, а која имају за циљ, резултирају или ће вјероватно резултирати физичком, психолошком, сексуалном или економском повредом, односно штетом (Глигорић, 2022: 103).

О мобингу се посљедњих пар деценија много писало, али и поред тога судску праксу још увијек муче бројна питања која се тичу квалификације овог понашања, односно повлачења јасних контура појма злостављања на раду (Ковачевић, 2016: 217). У домаћој судској пракси, али и пракси држава региона, злостављање на раду се не посматра у контексту повреде права на приватни живот запосленог, премда посљедице мобинга у виду нарушавања здравља и породичног живота нужно задиру и у његов приватни живот и нарушавају достојанство жртве мобинга. Отуда, овај рад има за циљ да, кроз анализу пресуде

¹Члан 26, став 1 и 2 Закона о потврђивању Измијењене Европске социјалне повеље, *Сл. лист ЦГ – Међународни уговори*, бр. 6/2009. Црна Гора није прихватила као обавезан члан 26 став 2.

²Црна Гора није ратификовала Конвенцију Међународне организације рада број 190 о елиминацији насиља и узнемиравања на раду из 2019. године.

Европског суда за људска права у случају *Шпадијер против Црне Горе*,³ укаже на нека спорна питања судске праксе, те да постави неколико важних теза: 1) за квалификацију одређеног понашања као мобинга значајнија је квалитативна од квантитативне компоненте, због чега је важно посебно анализирати посљедице мобинга, те узрочну везу између посљедица и одређеног понашања; 2) у поступку пред судом, злостављање на раду се не смије посматрати као облик (врста) дискриминације, већ као сасвим другачији облик понашања на радном мјесту који се од дискриминације суштински разликује; и 3) злостављање на раду по правилу представља и повреду права на поштовање приватног и породичног живота запосленог.

У предмету *Шпадијер против Црне Горе* Суд је утврдио повреду члана 8 Конвенције, након што је подносиатељка представке изгубила све спорове пред националним судовима. У овом случају, подносиатељка представке је пријавила пет колега због недоличног понашања на послу током новогодишње вечери. Од тог тренутка, подносиатељка представке је доживјела низ непријатности, пријетњи, увреда, ускраћивања права, игнорисања, али и озбиљнијих инцидената попут физичког напада и ломљења шофершајбне на колима. Према налазу вјештака, конфликти на радном мјесту изазвали су психичке проблеме подносиатељке представке, а њена животна активност је умањена за 20% због посттравматског поремећаја и поремећаја прилагођавања са епизодама реактивне психозе. Међутим, упркос наведеном, подносиатељка представке пред националним судовима није успјела да докаже мобинг, доминантно зато што су судови сматрали да се радње злостављања морају понављати минимум једном недељно, у трајању од најмање шест мјесеци да би представљале мобинг, као и то да, осим учесталости, спорно понашање мора да доведе лице у неједнак положај по једном од основа дискриминације.

2. Мобинг *in essentia*

Понашања која би се евентуално могла окарактерисати као злостављање на раду врло су разнолика, слојевита, флуидна, а често и суптилна, па је и правно дефинисање мобинга, те његово правилно распознавање у пракси изузетно деликатан задатак. Ово је уједно разлог због кога су правне дефиниције мобинга, по правилу, флексибилне и комбинују његове квантитативне и квалитативне детерминанте, а што води ка томе да у судској пракси и даље постоје бројне недоумице везане за утврђивање понашања које представља мобинг.

³ *Špadijer v. Montenegro*, Judgment of November 9, 2021, no. 31549/18.

Једна од најзначајнијих односи се на питање како одређено понашање са сигурношћу квалификовати као мобинг, односно колико одређено понашање треба да буде *озбиљно* или *учестало* да би се могло сматрати злостављањем на раду. У давању одговора на ово питање препознају се доминантно два приступа, онај који предност даје *квантитативним обиљежјима* мобинга и онај који полази од његове *квалитативне компоненте*. Први инсистира на томе да понашање послодавца треба да буде систематско и да се понавља одређени број пута у одговарајућим интервалима, док други већу пажњу поклања посљедицама које је изазвало или може изазвати одређено понашање.

Закон о забрани злостављања на раду Црне Горе дефинише мобинг као *свако активно или пасивно понашање на раду или у вези са радом према запосленом или групи запослених, које се понавља, а које има за циљ или представља повреду достојанства, угледа, личног и професионалног интегритета запосленог и које изазива страх или ствара непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење, погоршава услове рада или доводи до тога да се запослени изолује или наведе да на сопствену иницијативу откаже уговор о раду или други уговор*.⁴ Законска дефиниција, дакле, инсистира на *понављању* као квантитативном обиљежју мобинга, али не занемарује ни различиту лепезу *посљедица* до којих може довести радња злостављања на радном мјесту. Због бројности начина на које се злостављање може извршити у пракси, законска дефиниција мобинга не даје временски оквир *понављања*, нити садржи ближу одредницу на основу које би било могуће закључити када ће се неко понашање сматрати поновљеним (Рељановић, 2015: 62). На другој страни, жељела се избјећи опасност да се свако једнократно узнемиравање окарактерише као мобинг, па је предвиђено *понављање* радњи, захваљујући чему се *мобинг* разликује од *конфликта*, јер је за мобинг потребан умишљај, а конфликт настаје у афекту (Кићановић, 2011:16). Неопходно је и да међу овим компонентама постоји узрочно-посљедична веза, будући да *понављајућа природа* није *per se* довољна за квалификацију одређеног понашања као мобинга, већ је потребно да оно изазове или може изазвати посљедице код запосленог на кога се односи. У складу са тим, законска дефиниција не инсистира на одређеном *броју* понављања, нити на томе да оно буде *систематско* и да се одвија у *дужем* временском периоду, већ се фокусира на посљедице као што су повреда достојанства, угледа, личног и професионалног интегритета запосленог, страх, непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење и погоршани услови рада.

⁴Чл. 2 Закона о забрани злостављања на раду, *Сл. лист ЦГ*, бр. 30/12, 54/15.

Преовлађујуће је мишљење да до понављања мора доћи бар једном, али да понављајућа природа не мора нужно да се испољи у односу на свако понашање понаособ, већ у односу на различита понашања узета заједно, што значи да узнемиравање може успоставити више истих или сличних радњи, међу којима постоји одређена веза (Ковачевић, 2016: 478). Они аутори који полазе од тога да понављање треба на неки начин учинити одредивим, мишљења су да се понављањем може сматрати *прво понављање* неке од активности узнемиравања од стране истог извршиоца према истом оштећеном (Кићановић, 2011:17). Ово, између осталог, и због тога што посљедице психичког узнемиравања и (неподношљиви) услови у којима запослени ради могу бити значајнији од тога колико пута је неко понашање поновљено. Посљедице, дакле, резултирају из дјела, а не из трајања (Кићановић, 2011:9), па у том смислу број понављања и временски оквир у коме се дешавају могу у датој ситуацији бити потпуно ирелевантни. Отуда, у научној и стручној јавности постоје мишљења да се радња злостављања може успоставити и само једном радњом, која оставља дуготрајне посљедице *pro futuro*, па је тако и француски Касациони суд афирмисао став да чињенице које успостављају злостављање на раду могу да се догађају и у једном врло кратком периоду од мјесец дана (Глигорић, 2022: 111). Не треба изгубити из вида ни то да најновија Конвенција МОР-а о елиминацији насиља и узнемиравања на раду предвиђа да се злостављањем/узнемиравањем потенцијално могу сматрати и *једнократна понашања*, те да понашања која се могу окарактерисати као мобинг не морају нужно резултирати посљедицом у виду физичке, психолошке, сексуалне или економске повреде, већ је довољно да је извјесно да ће *вјероватно резултирати*.

Чињеница је да дефиниције, попут ове у црногорском законодавству, остављају одређено поље слободе судијама да у грађанским парницама, у сваком конкретном случају, у зависности од датих *околности*, процијене, узимајући у обзир не само *учесталост*, већ и *посљедице* понашања, да ли се одређено понашање може окарактерисати као мобинг. Неке се радње, због своје хетерогене природе, не могу *a priori* законом сврстати ни у групу радњи које јесу, нити у групу радњи које нијесу злостављање, па је на судовима задатак да по *каузистичком* принципу утврђују да ли у конкретном случају постоји мобинг или не (Квастек, 2021: 115). Из овог разлога, у случају мобинга у највећој могућој мјери долази до изражаја идеја о слободном судијском увјерењу. Без обзира на бројне критике које се упућују слободном судијском увјерењу о томе да води злоупотребама, свјесним или несвјесним грешкама, неизвјесностима, па и нужном приклањању једној од страна у спору (Аврамовић, 2012: 313), чињеница је да је оно у деликатним споровима, попут оних

који се односе на заштиту достојанства личности (запосленог), посебно важно. У овим споровима долази до изражаја немогућност законодавца да предвиди све животне ситуације, због чега се судије (и у континенталном праву), у извјесној мјери, претварају у ствараоце права како би дошли до правичног рјешења односно установили правду појединачног случаја (Аврамовић, 2012: 312). На тај начин *правда би требало да превлада над извјесношћу* (Kanegem, 2024: 163). Отуда, не треба заборавити да суд по свом слободном увјерењу одлучује које ће чињенице узети као доказне и то на основу савјесне и брижљиве оцјене сваког доказа појединачно и свих доказа заједно.⁵

У судској пракси, међутим, често се инсистира на крајњем *квантификавању*, због чега се квалификација одређеног понашања као мобинга и даље условљава одговарајућим понављањем (нпр. једном недјељно током периода од шест мјесеци). У случају *Шпадијер против Црне Горе*, Европски суд за људска права је, у вези са инсистирањем националних судова да се одређено понашање мора понављати најмање једном недјељно у трајању од најмање шест мјесеци да би представљало мобинг, истакао *да је тешко прихватити адекватност овог приступа*, те да могу постојати такве околности под којима су се такви догађаји понављали рјеђе од једном седмично у временском периоду од шест мјесеци, а и даље представљају мобинг, и *vice versa* околности под којима су се исти догађаји понављали чешће од једном седмично у временском периоду од шест мјесеци, али и даље не представљају мобинг. Анализа насталих посљедица је, дакле, од изузетне важности за квалификацију одређеног понашања као мобинга, управо зато што се не може свако негативно понашање усмјерено на запосленог, попут повремених коментара и шала квалификовати као мобинг, јер нијесу довољни да сами по себи конституишу мобинг.

Како је истакао ЕСЉП у предметном случају, да би се одређено понашање сматрало мобингом, мора да достигне одређени *праг озбиљности*, а у овом случају је очигледно да постоји веза између описаних догађаја и психичких проблема подносиоце представке, будући да национални судови нијесу оспорили узрочну везу између спорних догађаја и болести (и психичке патње) подносиоце представке. Случај *Шпадијер против Црне Горе*, такође, потврђује да се мобинг може успоставити сасвим различитим понашањима уколико се међу њима постоји веза и уколико су усмјерена на остварење истог циља (Ковач-Орландић,

⁵ Чл. 9 Закона о парничном поступку Црне Горе, *Сл. лист, ЦГ*, бр. 22/2004, 28/225, 76/2006, 47/2015, 48/2015, 51/2017, 75/2017, 62/2018, 19/2019, 34/2019, 42/2019, 76/2020, 108/2021.

2018: 245), те да број понављања и временски оквир одређених радњи могу бити безначајни у односу на њихове посљедице. Ово из разлога што је у овом случају, како је већ наведено, подносиатеља представке доживјела низ веома *различитих* непријатности, пријетњи, увреда, ускраћивања права, игнорисања, али и озбиљнијих инцидентата попут физичког напада и ломљења шофершајбне на колима, при чему се они нијесу одвијали у правилним временским интервалима.

Без обзира, дакле, на то што за судије може бити угодније позивање на чврсте квантитативне елементе, важно је нагласити да свако занемаривање квалитативног аспекта ове појаве може бити и сувише опасно. Чуди, отуда, чињеница да у Црној Гори судови,⁶ посебно у вишим инстанцама, не сматрају необичним инсистирање на одговарајућој *учесталости* понашања и на томе да понашање које представља мобинг мора бити *систематично*. Ово тим прије што се мишљење изводи на основу ставова појединих теоретичара, при чему нијесу узети у обзир новији ставови теорије и праксе. Штавише, инсистирање је на додатном услову, па се за утврђивање мобинга захтијева постојање несиметричног односа између мобера и жртве, односно прихолошке надмоћи над жртвом која је приморана на повлачење и губитак идентитета.⁷ Очигледно је, дакле, изостало разматрање *ширег контекста* у коме су се дешавала наведена понашања, због чега је дошло до погрешног закључка о томе да у конкретном случају није дошло до повреде достојанства, угледа, личног и професионалног интегритета запосленог, страха, непријатељског, понижавајућег или увредљивог окружење и погоршаних услова рада.

2.1. Ускраћивање радних права као индикатор мобинга

Још једна недоумица судске праксе тиче се питања да ли појединачни акти послодавца којима се рјешава о правима, обавезама и одговорностима из радног односа и уопште ускраћивање радних права запосленим, могу, под одређеним условима, представљати мобинг. Уопштено узевши, појединачни акти послодавца против којих запослени има право на заштиту у другом поступку као и ускраћивање права чија се заштита остварује у поступку пред судом, не сматрају се злостављањем на раду.⁸ Међутим, пракса је показала да и ове радње некада могу

⁶Пресуда Основног суда у Погорици бр. П 4822/2013 од 19.2.2015. године, Пресуда Вишег суда у Подгорици бр. Гж 1698/2015 од 13.11.2015. године и Пресуда Врховног суда ЦГ бр. Рев 104/2006 од 15.6.2016. године.

⁷Пресуда Основног суда у Погорици бр. П 4822/2013 од 19.2.2015. године.

⁸Правилник о правилима понашања послодавца и запослених у вези са превенцијом и заштитом од злостављања на раду Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 62/2010.

бити *средство* којим се врши мобинг, или бар *доказ* односно *индиција* да мобинг постоји у конкретном случају (Квастек, 2021: 113). Ово питање је у тијесној вези са начином на који послодавац врши своја овлашћења на радном мјесту, односно питањем да ли у вршењу својих овлашћења поступа прекомјерно или неоправдано. Другим ријечима, редовно вршење овлашћења које припадају послодавцу не може се сматрати злостављањем на раду, с тим да се исто може изобличити у злостављање на раду уколико се у томе прекораче границе и уколико у конкретном случају постоје други елементи мобинга (Ковачевић, 2016: 232). У оваквим ситуацијама појединачни акт послодавца није предмет тужбеног захтјева, већ је *доказно средство* да је до злостављања дошло (Рељановић, 2015: 63-64).

Чињеница је, међутим, да је у пракси тешко доказати да ускраћивање права по основу рада може бити *показатељ* злостављања на раду, па су у складу са тим у случају *Шпадијер* национални судови заузели став да чињенице да није донијета одлука о распоређивању на радно мјесто подносиоце представке и да је њена плата обрачуната на основу другачијег коефицијента, не представљају мобинг, јер је подносиоца представке, уколико је сматрала да је оштећена, могла да поднесе тужбу за накнаду штете. Без обзира на то што се ЕСЉП није упуштао у оцјену тога да ли се ускраћивање права по основу рада може сматрати мобингом, па чак ни у то да ли описана понашања представљају мобинг, истакао је да су национални судови пропустили да испитају све наводе подносиоце представке, те да је притужбе везане за злостављање на раду потребно темељно испитати у свјетлу околности сваког појединачног случаја и узимајући у обзир цјелокупни контекст. Према се, дакле, неодговарајуће вршење управљачке власти само по себи не сматра злостављањем уколико нијесу испуњени додатни услови, треба узети у обзир *абузивну* природу понашања којима се успоставља узнемиравање (Ковачевић, 2016: 233), а на тај начин и укупан контекст у коме долази до ускраћивања права по основу рада и његово евентуално разматрање као *индикатора* злостављања на раду. Национални судови, међутим, нијесу узели у обзир чињеницу да се мобинг може извршити на небројено *много начина*, сваким *активним* или *пасивним* понашањем и да га може чинити више *различитих понашања узетих заједно*. У том смислу, у случају *Шпадијер* занемарен је читав низ понашања на радном мјесту која би се могла окарактерисати као мобинг или указивати на постојање мобинга (омаловажавање, увреде, пријетње, ускраћивање права, одбијање послушности итд.), а налазу вјештака, о томе да су догађаји на радном мјесту изазвали психичке проблеме подносиоце представке, није дата никаква доказна вриједност.

2.2. Остале поуке случаја Шпадијер против Црне Горе

Важно је напоменути и то да је у споровима у вези са мобингом *терет доказивања* на туженом, што значи да је заправо довољно да запослени као тужилац изнесе одређену тврдњу и да је учини вјероватном, да би терет доказивања да та тврдња није тачна аутоматски прешао на послодавца. Тзв. обрнути терет доказивања настао је као вид добре праксе у борби против дискриминације и злостављања на раду, како би се олакшао положај жртве која често не може пружити поуздане доказе да је до ових облика понашања на раду заиста дошло. У том смислу, поступци у вези са мобингом требало би да се воде у двије фазе, односно као претходни и редовни поступак. У првом дијелу поступка тужилац предочава чињенице које воде успостављању пребацавања терета, а у другом дијелу поступка тужилац искључиво покушава да оповргне наводе тужиоца, изношењем противдоказа (Бешлагић, 2021: 92). Изузетно је, међутим, важно од које претпоставке судови полазе у споровима у вези са мобингом, због чега је потребно мијењати стартну позицију суда у овим споровима, односно са *позитивне*: како доказати постојање мобинга, прећи на *негативну*: како доказати да у конкретном случају није ријеч о мобингу (Sanders, 2014: 329).

Ово подразумијева другачији поступак доказивања, а основна разлика се састоји у томе да се од послодавца очекује више чврстих доказа да радње и понашања у конкретном случају нијесу довеле до повреде достојанства, угледа, личног и професионалног интегритета запосленог, страха, непријатељског, понижавајућег или увредљивог окружења и погоршаних услова рада. Међутим, у предмету *Шпадијер* тужени није понудио ниједан доказ да у конкретном случају није ријеч о мобингу, нити је суд водио поступак у складу са принципом обрнутог (пренешеног) терета доказивања. Штавише, суд у првостепеном поступку констатује да исказ тужиље није доведен у питање ниједним доказом од стране тужене, нити је ичим доведен у питање налаз вјештака о томе да је код тужиље дошло до умањења животне активности за 20%.⁹

Осим наведеног, из случаја *Шпадијер против Црне Горе* могуће је извући и друге лекције, будући да је ЕСЉП констатовао да *доступни правни љекови у пракси нијесу функционални, да поступак посредовања код послодавца није вођен у складу са законом, да су судови пропустили да укључе могући контекст звиждања, да су кривичне пријаве подносиоце представке одбачене, те да је у том смислу недостатак процјене свих спорних догађаја био мањкав у мјери да представља повреду члана 8 Конвенције*. Наиме, Суд је примијетио да је подносиоца представке у оквиру

⁹Пресуда Основног суда у Погорици бр. П 4822/2013 од 19.2.2015. године.

позитивног права имала на располагању више механизма за заштиту од узнемиравања на радном мјесту, али да се они нијесу показали као дјелотворни. Притом треба имати на уму и то да члан 8 ЕКЉП имплицира обавезу државе чланице да својим позитивним дјеловањем обезбиједи услове за поштовање права гарантованих овим чланом, при чему је небитно на који начин ће то да постигне, будући да у том домену ужива дискреционо овлашћење (Јакшић, 2006: 248).

3. Мобинг *versus* дискриминација

Злостављање на раду често се посматра као облик дискриминације, како у теорији, тако и у пракси и законодавству. Према америчком концепту, злостављање на раду је облик дискриминације (родне, расне), док се на другој страни европски концепт, премда инспирисан америчким, развијао у правцу опште забране злостављања на раду, тако да је *америчка антидискриминациона парадигма замијењена континенталном парадигмом достојанства радника* (Friedman, Whitman, 2003: 241, 243). Ситуација, међутим, још увијек веома варира када је у питању законско регулисање злостављања и узнемиравања на раду. Тако, примјера ради, у Босни и Херцеговини се мобинг дефинише као облик дискриминације (Бешлагић, 2021: 220), док се у Хрватској, због недостатка посебних прописа, мобинг умногоме поистовјећује са дискриминацијом, па је у поступцима заштите од узнемиравања, уз друге услове потребно испунити и то да је узнемиравање узроковано неким од основа дискриминације (Perkušić, 2021: 857). Но, будући да послодавац има обавезу да радника заштити од свих лоших облика понашања, па и оних која нијесу дискриминаторска, уколико су пријетња здрављу, достојанству и сигурности радника, то је Уставни суд Хрватске заузео став по коме је послодавац дужан да заштити раднике и од узнемиравања на раду и у вези са радом која нијесу проузрокована нити једним од основа дискриминације (Perkušić, 2021: 859). Дискриминаторско, сексуално и психичко узнемиравање на раду, дакле, су различите појаве, при чему једино ово посљедње није дискриминација и може бити узроковано различитим факторима који нијесу у вези са личним својствима запосленог (Ковачевић, 2016: 21).

У земљама у којима се злостављање и узнемиравање забрањују посебним законима, а у које спадају Црна Гора и Србија, мобинг и дискриминација су *два одвојена института*, са различитом правном природом. Отуда, чуди констатација Врховног суда Црне Горе да *мобинг као облик дискриминације* постоји само ако је поступање засновано на *личним*

карактеристикама запосленог или групе запослених,¹⁰ занемарујући притом да, са својим особеностима, дискриминација и злостављање у црногорском праву јесу два различита правна института, те да се и заштита постиже одвојеним тужбама. Штавише, истраживања показују да овакво поступање на радном мјесту често није мотивисано личним својствима запосленог, те да су разлози некада искључиво везани за самог мобера или још чешће за лошу организацију рада, одсуство комуникације, указивање на незаконито пословање или личне конфликте узроковане конкуренцијом међу запосленима (Лубарда, 2012: 391-393). Неки аутори (Laumann) чак сматрају да је личност жртве потпуно ирелевантна као узрок психичког узнемиравања, те да су сва запажања о личности жртве заправо посљедица узнемиравања (Einarsen, 1999: 21).

Премда злостављање на раду не мора бити мотивисано личним својствима запосленог, погрешан би био и закључак да је основни критеријум разграничења ове двије појаве *мотив* послодавца, односно закључак да *лична својства* чине искључиво основ дискриминације, те да у том смислу представљају основни критеријум разликовања дискриминације у односу на узнемиравање (Ковач-Орландић, 2018: 247). Није ријетка ситуација да је и злостављање на раду узроковано личним својствима односно личношћу жртве (Ковач-Орландић, 2018: 247). Амерички и британски истраживачи су први покушали да успоставе везу између психичког узнемиравања на раду и личних особина жртве узнемиравања и дошли до закључка да личност жртве може бити одлучујући фактор у изазивању овог вида узнемиравања (Seigne, Coyne, Randal, Parker, 2006: 172-173). Ово је посебно везано за оне категорије лица које се на радном мјесту доживљавају као слабе или које на одређени начин изазивају реакцију околине, а у традиционалним срединама, до узнемиравања долази и због тога што жртва провоцира мобера својим неконвенционалним начином живота и одијевања (Ковач-Орландић, 2018: 248). Није ријетка ни ситуација да је запослени истовремено жртва дискриминације и психичког узнемиравања на раду. Тако, примјера ради, нека истраживања показују да је дискриминација припадника ЛГБТ популације на радном мјесту често праћена психичким узнемиравањем ових лица (Lau, Stotzer, 2011: 20).

Differentia specifica дискриминације у односу на психичко злостављање, по правилу је *квалификација понављања* која разликује радњу злостављања од дискриминације, јер се код злостављања захтијева понављање непријатељских понашања, док се дискриминација може извршити једном радњом или једним чином (Глигорић ет. ал., 2020:

¹⁰ Пресуда Врховног суда ЦГ бр. Рев 104/2006 од 15.6.2016. године.

39). Осим тога, за разлику од дискриминације (чија се радња састоји од прављења разлике, давања предности, ускраћивања и сл.), радња узнемиравања може бити веома *разноврсна* (забиљежено је око 70 видова понашања везаних за мобинг). Ово зато што се узнемиравање може извршити сваким (активним или пасивним) понашањем које има за циљ или представља повреду достојанства, угледа, личног и професионалног интегритета запосленог и које изазива страх или ствара непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење, погоршава услове рада или доводи до тога да се запослени изолује или наведе да на сопствену иницијативу откаже уговор о раду. Само неки од начина на које се психичко узнемиравање може извршити су шале, подсмјеси, клевете, изолација, појачана контрола, видео надзор, стална критика, често распоређивање на друге послове и слично (Лубарда, 2012: 394-395).

Оно што, међутим, повезује ова два института јесте *заједнички циљ – заштита достојанства на раду*, па је отуда *genus proximitatis* злостављања и дискриминације на раду повреда достојанства запосленог/повреда права личности (Јашаревић, 2019: 72).

4. Мобинг као повреда права на приватни живот

Премда се првобитно злостављање на раду посматрало у контексту заштите психофизичког здравља, оно је врло брзо постало питање заштите цјелокупне личности и достојанства запосленог (Friedman et. al., 2003: 252). Психичким узнемиравањем (злостављањем), као обликом понашања на радном мјесту, жртва узнемиравања се доводи у стање продуженог стреса и на тај начин вријеђа њен психички и морални интегритет и достојанство. Психичко узнемиравање за резултат има деградацију, понижење, дискредитовање, губитак професионалног угледа и обично уклањање жртве из организације са свим пратећим финансијским, професионалним, здравственим и психосоцијалним импликацијама које чине једно трауматично искуство (Duffy, Sperry, 2007: 398).

Обавеза послодавца да поштује достојанство и личност запослених концептуално се различито објашњава у упоредном праву. Тако, примјера ради, у Њемачкој правна доктрина настоји да објасни заштиту од мобинга полазећи од *правне природе уговора о раду*, али и од *права личности* (Friedman et. al., 2003: 254). Из послодавчеве опште обавезе да води бригу о запосленима изводи се и обавеза да осигура да запослени не пате од злостављања на раду, док се, на другој страни, из права на слободан развој личности, које у овој земљи има дугу традицију,

изводи право запосленог да не буде изложен увредама или непоштеном третману (Friedman et. al., 2003: 256). У Француској *bona fide* извршавање обавеза из уговора о раду подразумејева и обавезу послодавца да настоји да до повреде достојанства и приватности запосленог не дође. Ово из разлога што је *causa* уговора о раду достојанствен рад на страни запосленог, односно *bona fide* компетентно извршавање рада на страни послодавца (Лубарда, 2012: 32-33).

Премда је право личности шири појам, често се поистовјећује са *правом на приватност односно правом на поштовање приватног живота* које спада у групу основних, фундаменталних (грађанских) права човјека, која имају за циљ заштиту моралног и душевног интегритета (Пауновић, Кривокапић, Крстић, 2013: 179), а које је захваљујући еластичности члана 8 ЕКЉП и интерпретативном тумачењу ЕСЉП постало веома значајно за контекст заштите достојанства радника и достојанства уопште. Оно што, дакле, повезује забрану злостављања на раду и право на приватни живот запосленог јесте *достојанство* као њихов заједнички именитељ. Међутим, *непосредна* веза између мобинга и права на приватни живот произилази из *посљедица* мобинга, будући да, по правилу, мобинг, осим радноправних посљедица (погоршање услова рада, изолација запосленог и навођење на самоиницијативно отказивање уговора о раду), директно погађа *психофизичко здравље* запосленог и његов *породични живот*, као два важна чиниоца приватног живота.

Здравствене сметње и симптоми мобинга се углавном јављају на три нивоа функционисања жртве: промјене на емоционалном нивоу; промјене на физичко-здравственом нивоу и промјене/поремећаји у понашању (Pražetina, 2012: 827-826). Здравствене посљедице резултат су продужене изложености стресу усљед узнемиравања на раду, а могу се јавити у виду психичких, психосоматских и других поремећаја. Углавном су у питању са стресом повезани поремећаји као што су поремећаји спавања, стомачни проблеми, дуготрајна депресија, суицидне мисли и напади анксиозности (Friedman et. al., 2003: 250). Изложеност стресу, уз одређене здравствене проблеме, у већој или мањој мјери утиче и на породични живот запосленог. Негативне посљедице се испољавају у односу према партнеру и дјечи (енг. *ripple effect*), односно на односе у породици уопште (Лубарда, 2012: 396). Промјена у начину комуникације, песимизам и раздражљивост неминовно утичу и на најбоље односе, па је велика вјероватноћа да ће брачна заједница, у којој је један брачни друг жртва узнемиравања на раду, бити погођена у свим њеним аспектима као што су интимност, родитељство и кућни послови (Duffy et. al., 2007: 401).

Закључује се да радње мобинга истовремено могу представљати и повреду права на приватни живот запосленог. У вези са овим ЕСЉП је случају *Шпадијер против Црне Горе* наново истакао да је право на приватност широк појам који се опире потпуном дефинисању, али да свакако обухвата психички и физички интегритет лица, и проширује се на друге вриједности као што су добробит и достојанство, развој личности и односе са другим људима. Ово зато што се појам приватности/приватног живота широко тумачи и што се не може унапријед одредити његова садржина. Међутим, да би се у конкретном случају могло говорити о примјени члана 8 Конвенције, понашање односно напад на особу мора да достигне одређени ниво *озбиљности* и мора бити почињен на начин да нанесе штету личном уживању права на поштовање приватног живота.¹¹ Отуда, Суд закључује да неће свако поступање које негативно утиче на морални интегритет бити мијешање у право на приватни живот запосленог, али да у наведеном случају, мишљење вјештака дато током домаћих грађански поступака, а које није оспорено ни у домаћим поступцима, ни од стране Владе, потврђује да су предметни инциденти имали негативан утицај на морални интегритет подносиоце представке.

Случај *Шпадијер* је, међутим, наново отворио питање прешироког тумачења и превелике еластичности члана 8 Конвенције, будући да га не би требало тумачити као *неисцрпан извор привилегија* или у њему видјети обавезу државе да *гарантује ниво комфора који појединац захтијева*. У вези са овим приговорима, а које често сматра оправданим, у свом сагласном мишљењу суткиња *Yudkivska* је истакла да је заправо стално повећање стандарда људског достојанства оно због чега ЕСЉП више не може да примјењује исте принципе које је примјењивао након Другог свјетског рата на актуелна питања о људским правима.¹² У међувремену је, како објашњава, праг људске осјетљивости на тугу постао изузетно низак, а друштвени напредак ове врсте, баш као и технолошки, захтијева еволутивно тумачење. Евидентан је константан напредак у погледу заштите свих људских права. Европске државе показују све мању толеранцију на психичку патњу и више није прихватљиво да људи пате у њиховим свакодневним животима (Friedman et. al., 2003:269). ЕСЉП зато користи и тзв. интегрисани приступ људским правима, како заштита грађанских и политичких права не би била сасвим обесмишљена уколико се занемаре социјална права. На овај начин се и практично потврђује идеја о људским правима као међусобно

¹¹ *Špadijer v. Montenegro*, Judgment of November 9, 2021, no. 31549/18.

¹² *Špadijer v. Montenegro*, Concurring Opinion of Judge Yudkivska.

условљеним дјеловима јединственог система. Све ово, међутим, остаје велики изазов за даљу еволутивну интерпретацију Конвенције, будући да, у сваком конкретном случају, треба одредити оно што се зове *појам минимално достојанственог људског живота*.¹³

5. Закључак

Након Другог свјетског рата заштита људских права константно је напредовала, између осталог и због тога што је порасла осјетљивост на људску патњу и на потребу заштите људског достојанства. Упоредо са овим позитивним трендом, расла је и свијест о значају заштите људских права на радном мјесту, па је послодавац сада у обавези да учини све да не дође до повреде достојанства запосленог, а захваљујући чему запослени ужива и заштиту од злостављања/узнемиравања (мобинга) на радном мјесту.

Због разноликости радњи и понашања која могу у конкретном случају представљати мобинг, утврђивање мобинга у пракси за судове још увијек представља изузетно деликатан задатак, чак и у оним државама у којима се злостављање на раду забрањује посебним законима. Тако се у Црној Гори судови радије држе квантитативних него квалитативних детерминанти мобинга, па се за постојање мобинга често захтијева понављање одређеног понашања, одговарајући број пута, у одговарајућем временском интервалу. Но, без обзира на то што понављање радњи злостављања јесте суштинско обиљежје мобинга, захваљујући коме се разликује од конфликта, далеко је значајније анализирати контекст у коме су радње предузете и посљедице до којих су довеле или могле довести. Ово је и становиште ЕСЉП, који је истакао да је квантификовање радњи мобинга тешко прихватљива чињеница, те да могу постојати такве околности под којима су се такви догађаји понављали рјеђе од једном седмично у временском периоду од шест мјесеци, а и даље представљају мобинг, и *vice versa* околности под којима су се исти догађаји понављали чешће од једном седмично у временском периоду од шест мјесеци, али и даље не представљају мобинг.

Случај *Ѕпадијер против Црне Горе* потврђује и да се мобинг може успоставити сасвим различитим понашањима, уколико међу њима постоји веза и уколико су усмјерена на остварење истог циља. Све ово наводи на закључак да би судови у споровима у вези са мобингом требало да на бази свог слободног судијског увјерења, по каузистичком принципу и узимајући у обзир абузивну природу понашања које представља

¹³ *Ѕпадијер v. Montenegro*, Concurring Opinion of Judge Yudkivska.

мобинг, одлуче да ли је у конкретном случају ријеч о мобингу или не. Додатно, не смије се занемарити чињеница да је у овим споровима терет доказивања на туженом, те да то захтијева другачију стартну позицију суда, будући да се са питања како доказати постојање мобинга прелази на питање како доказати да у конкретном случају није ријеч о мобингу.

Исто тако, свако поистовјеђивање мобинга са дискриминацијом и инсти-стирање на личним својствима запосленог као мотиву за злостављање је – погрешно. Ово зато што мобинг може, али не мора имати узроке у личности запосленог, као и што може, али не мора бити праћен дискриминацијом, те због тога што представља засебан институт радног права који се од дискриминације разликује по томе што га, по правилу, карактерише понављајућа природа и што се не своди на ускраћивање неког права (стављање у неповољнији положај), већ се може извршити на небројено много начина. Међутим, ускраћивање или кршење права по основу рада може се у неким ситуацијама третирати као индикатор или доказ мобинга.

У прилог оваквом приступу утврђивања мобинга у пракси иде и чињеница да мобинг нужно доводи до повреде права на поштовање приватног живота запосленог – жртве мобинга и то непосредно кроз нарушавање његовог здравственог стања и породичног живота. Међутим, неће свако поступање које негативно утиче на морални интегритет представљати мијешање у право на приватни живот запосленог, већ само оно које достигне одређени ниво озбиљности. У том смислу, када је ријеч о мобингу, ниво озбиљности оцјењује се прије свега кроз посљедице које је одређено понашање изазвало, те узрочну везу која постоји између одређеног понашања и посљедица. Ово обавезује националне судове да промијене приступ утврђивању мобинга у пракси, односно да у већој мјери уважавају његове квалитативне компоненте, да посматрају шири контекст у коме су се радње мобинга дешавале, те да у сваком конкретном случају процјењују дате околности и посљедице до којих су одређене радње довеле или могле довести. Уз то, потребно је да имају на уму и то да мобинг нарушава здравствено стање и породични живот жртве као важне елементе приватног живота, те да је, у том смислу, држава дужна учинити све да до повреде права на поштовање приватног живота не дође.

Литература

Аврамовић, Д. (2012). Одлука или норма – слободно судијско увјерење као пријетња владавине права. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 2. 311-325.

Бешлагић, Ј. (2021). *Мобинг у теорији и законодавству Босне и Херцеговине*. Бихаћ: Универзитет у Бихаћу

Глигорић, С. М. (2022). Правна заштита од злостављања на раду у домаћем и међународном праву. *Право и привреда*. Број 1. 99-21.

Глигорић, С. М., Стојковић-Златановић, С. Н. (2020). Савремени облици повреде достојанства личности на раду – основне сличности и разлике. *Страни правни живот*. 3/2020. 31-42.

Duffy, M., Sperry, L. (2007). Workplace mobbing: individual and family health consequences. *The Family Journal*. 15 (4). 398-404.

Einarsen, S. (1999). The nature and causes of bullying at work. *International Journal of Manpower*. 20 (1/2). 16-27.

Kanegem, V. (prev. Lilić, S.). (2024). *Stvaranje prava – sudije, zakonodavci i profesori*. Podgorica: Pravni fakultet Univerziteta Donja Gorica

Јакшић, А. (2006). *Европска конвенција о људским правима – коментар*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Јашаревић, С. (2012). Заштита од дискриминације на раду. *Радно и социјално право*. 1 (2012). 59-82.

Квастек, А. (2021). Доказивање мобинга: између кривичног и радног права, теорије и судске праксе. *Годишњак Факултета безбједности*. 103-120.

Кићановић, О. (2011). *Коментар Закона о спречавању злостављања на раду*. Београд: Социјално-економски савјет Републике Србије

Ковачевић, Љ. (2013). Радноправна заштита грађанских слобода и права запослених на радном мјесту – продор демократских вриједности у свијет рада или компензација за већу несигурност запослења. *Теме*. Број 4. 1583-1599.

Ковачевић, Љ. (2016). Појам злостављања на раду у законодавству и судској пракси Републике Србије. *Crimen*. Јануар 2016. 214-242.

Ковачевић, Љ. (2016). *Правна субординација у радном односу и њене границе*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Ковач-Орландић, М. (2018). *Право запосленог на приватност и његова заштита*. Докторска дисертација (необјављена). Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Lau, H., Stotzer, R. L. (2011). Employment discrimination based on sexual orientation: a Hong Kong study. *Employee Responsibilities & Rights Journal*. 23 (1). 17-35.

Лубарда, Б. (2012). *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Mantouvalou, V. (2005). Work and private life: Sidabras and Dziautas v. Lithuania. *European Law Review*. 30. 573-585.

Пауновић, М., Кривокапић, Б., Крстић, И. (2013). *Међународна људска права*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Perkušić, T. (2021). Zaštita i odgovornost za štetu od mobinga na radu i vezi sa radom. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. 42. 853-872.

Петрушић, Н. (2012). *Приручник за борбу против дискриминације на раду*. Београд: Повереник за заштиту равноправности

Pražetina Kaleb, R. (2012). Oblici mobinga i sudska zaštita žrtava mobinga. *Policija i sigurnost*. Zagreb. 4. 823-836.

Рељановић, М. (2015). Недостаци Закона о спречавању злостављања на раду. *Часопис Удружења судијских и тужилачких помоћника Србије*. 2.

Sanders, A. (2014). The law of unfair dismissal and behaviour outside work. *Legal Studies*. 34 (2). 328-352.

Seigne, E., Coyne, I., Randall, P., Parker, J. (2006). Personality as a factor in bullying at work, *The Fifth International Conference on Bullying and Harassment in the Workplace – The Way Forward*

Friedman, G. S., Whitman, J. Q. (2003). The European Transformation of Harassment Law: Discrimination versus Dignity. *Columbia Journal of European Law*. 9. 1-55.

Правни извори

Закон о забрани злостављања на раду. *Службени лист ЦГ*. Бр. 30 (2012), 54 (2015).

Закон о парничном поступку Црне Горе. *Службени лист ЦГ*. Бр. 22 (2004), 28 (2005), 76 (2006), 47 (2015), 48 (2015), 51 (2017), 75 (2017), 62 (2018), 19 (2019), 34 (2019), 42 (2019), 76 (2020), 108 (2021).

Правилник о правилима понашања послодавца и запослених у вези са превенцијом и заштитом од злостављања на раду Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 62 (2010).

Измијењена Европска социјална повеља. *Сл. лист ЦГ – Међународни уговори*. Бр. 6 (2009).

Конвенција Међународне организације рада бр. 190 о елиминацији насиља и узнемиравања на раду из 2019. године.

Судска пракса

Пресуда ЕСЛЈП у предмету *Шпадијер в. Монтенегро*, Новембар 9, 2021, но. 31549/18.

Пресуда Основног суда у Погорици бр. П4822/2013 од 19.2.2015. године.

Пресуда Вишег суда у Подгорици бр. Гж1698/2015 од 13.11.2015. године.

Пресуда Врховног суда ЦГ бр. Рев104/2006 од 15.6.2016. године.

Milica Kovač-Orlandić, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University "Donja Gorica" in Podgorica,
Republic of Montenegro

WORKPLACE HARASSMENT: LESSONS LEARNED FROM THE CASE ŠPADIJER V. MONTENEGRO

Summary

After World War II, the protection of human rights has continuously progressed, partly due to increased sensitivity to human suffering and the need to safeguard human dignity. Alongside this positive trend, awareness of the importance of protecting human rights in the workplace has also grown. As a result, employers are now obliged to do everything possible to prevent the violation of an employee's dignity, thereby protecting employees from harassment (mobbing) at work.

Due to the variety of actions and behaviors that can constitute mobbing in a specific case, determining mobbing in practice remains an extremely delicate task for courts, even in those countries where workplace harassment is prohibited by special legislative acts. For instance, in Montenegro, courts prefer quantitative over qualitative determinants of mobbing, often requiring the repetition of certain behaviors a specific number of times within a specific time frame to establish mobbing. However, despite the fact that the repetition of harassment acts is a fundamental characteristic of mobbing (distinguishing it from conflict), it is far more significant to analyze the context in which these actions were taken and the consequences they caused or could have caused. This is also the view of the European Court of Human Rights (ECtHR), which has noted that quantifying mobbing actions is hardly acceptable and that there may be circumstances where such actions are repeated less frequently than once a week over a six-month period and still constitute mobbing, and vice versa, circumstances where actions are repeated more frequently than once a week over a six-month period but still do not constitute mobbing.

Further, equating mobbing with discrimination and insisting on the personal characteristics of the employee as a motive for harassment is wrong. This is because mobbing can, but does not have to, have its causes in the personality of the employee, and it can, but does not have to, be accompanied by discrimination. Hence, it represents a separate labor law institute which differs from discrimination by its generally repetitive nature and is not limited to the deprivation of a labor right but can be executed in countless ways. However, deprivation or violation of work-related rights can, in some situations, be treated as an indicator or evidence of mobbing.

Supporting this approach to determining mobbing in practice is the fact that mobbing necessarily leads to the violation of the right to respect for the private life of the employee (the victim of mobbing) directly through the deterioration of their health and family life. However, not every action that negatively affects moral integrity constitutes interference with the right to private life, but only those that reach a certain level of severity. In this regard, concerning mobbing, the level of severity is primarily assessed through the consequences caused by certain behavior and the causal link between the behavior and its consequences. This obliges national courts to change their approach to determining mobbing in practice, to consider its qualitative components more, to observe the broader context in which mobbing actions occurred, and to assess the given circumstances and the consequences that certain actions have caused or could have caused in each specific case.

Keywords: *workplace harassment, discrimination, right to respect for private life, qualitative and quantitative determinants of mobbing, dignity at work.*

Doc. dr. sc. Dragana Bjelić Gaćeša,*

Docent,

Pravni fakultet Osijek, Sveučilište

„J. J. Strossmayera“ u Osijeku,

Republika Hrvatska

UDK: 349.2:331.322(497.5)

DOI: 10.5281/zenodo.14514656

IZAZOVI U OSTVARIVANJU PRAVA NA GODIŠNJI ODMOR RADNIKA NA DUGOTRAJNOM BOLOVANJU U REPUBLICI HRVATSKOJ**

Apstrakt: *Pravo na plaćeni godišnji odmor jedno je od temeljnih prava iz radnog odnosa i kao takvo inkorporirano u niz pravnih akata, kako na međunarodnoj i regionalnoj, tako i na nacionalnoj razini. Svrha ovoga prava je omogućiti radniku odmor od fizičkog i/ili psihičkog rada, omogućiti mu uživanje u opuštanju i rasonodi, kako bi se njegove radne sposobnosti obnovile. Pravo na plaćeni godišnji odmor, sukladno praksi Suda pravde EU, smatra se posebno važnim načelom socijalnog prava Zajednice, zbog čega se mora priznati svakom radniku, neovisno o njegovom zdravstvenom stanju. Ipak, u Republici Hrvatskoj, za radnike koji su bili na dugotrajnom bolovanju, ostvarivanje prava na plaćeni godišnji odmor nakon povratka na rad praćeno je značajnim poteškoćama. Aktualni hrvatski Zakon o radu, u kontekstu instituta prenošenja godišnjeg odmora u sljedeću kalendarsku godinu, odredbama čl. 84. navodi da radnik koji, zbog bolesti, godišnji odmor ne iskoristi u cijelosti ili djelomično u onoj kalendarskoj godini u kojoj ga je stekao ima pravo iskoristiti ga po povratku na rad, a najkasnije do 30. lipnja sljedeće kalendarske godine. Postavlja se pitanje, kako će se u navedenu odredbu uklopiti radnik koji je na dugotrajnom bolovanju proveo dvije, tri ili više godina? Hoće li ga ovakvo zakonsko rješenje lišiti prava na plaćeni godišnji odmor? Cilj rada je analizirati relevantne odredbe hrvatskog*

* dbjelicga@pravos.hr, [ORCID ID 0000-0002-7007-3980](https://orcid.org/0000-0002-7007-3980)

** Objavljivanje ovoga rada djelomično je poduprto internim znanstveno-istraživačkim projektom pod nazivom Radno pravo pred izazovima 21. stoljeća: transformacija, humanizacija, diskriminacija i jednakost (IP-PRAVOS-3), Pravnog fakulteta Osijek, Sveučilište J. J. Strossmayera u Osijeku. Rad je pod istim naslovom prezentiran na međunarodnoj naučnoj konferenciji „Pravni principi u savremenom pravu“, održanoj na Pravnom fakultetu Univerziteta u Niš, 19.04.2024.

pozitivnog prava koje se tiču prava na plaćeni godišnji odmor i mogućnosti njegovog prenošenja, staviti ih u korelaciju s relevantnim europskim direktivama i odlukama Suda pravde EU te zaključiti o njihovoj usklađenosti i utjecaju na položaj radnika i poslodavaca u Republici Hrvatskoj.

Ključne riječi: *pravo na godišnji odmor, dugotrajno bolovanje, hrvatski Zakon o radu, Sud pravde EU.*

1. Uvodna razmatranja

Pravo na plaćeni godišnji odmor jedno je od temeljnih prava iz radnog odnosa, a njegovo korištenje korisno je, kako za radnika, tako i za poslodavca. Istraživanja pokazuju da korištenje godišnjeg odmora povećava produktivnost radnika do 40%, a u isto vrijeme smanjuje rizik od bolovanja za 28%.¹ Korištenje godišnjeg odmora omogućuje radniku odmor od stresa i zahtjeva radnog mjesta. Studije pokazuju da maksimalni napor koji radnik ulaže na radnom mjestu kroz dulje vrijeme, radnika izlaže većem riziku od ozbiljnih zdravstvenih problema poput srčanog i moždanog udara, zbog čega se korištenje godišnjeg odmora čini nužnim za očuvanje zdravlja radnika.² Nadalje, korištenje godišnjeg odmora može imati pozitivni učinak na ravnotežu između poslovnog i privatnog života radnika. Provedena istraživanja pokazala su i da se tijekom godišnjeg odmora radnika poboljšava njegovo zdravstveno stanje i raspoloženje, smanjuje se razina napetosti, a u isto vrijeme povećava razina energije i zadovoljstva (De Bloom, Geurts, Taris, Sonnentag, De Weerth, Kompier, 2010: 196). Godišnji odmor pozitivno djeluje i na stvaranje psihološke otpornosti u odnosu na budući stres (De Bloom, Geurts, Kompier, 2012: 630). Gump i Matthews ističu da nekorištenje godišnjeg odmora može biti povezano i s preranom smrću (Gump, Matthews, 2000: 608-612).

Pravo na plaćeni godišnji odmor utvrđeno je člankom 31. stavkom 2. Povelje EU o temeljnim pravima³ prema kojemu „svaki radnik ima pravo na ograničene najduljeg radnog vremena, na dnevni i tjedni odmor te na plaćeni godišnji odmor“. Prema stajalištu koje je Sud pravde EU izrazio u svojoj odluci u

¹ EURES (EUropean Employment Services): *Why you should always use your annual leave*, Retrieved 15, July 2024, from https://eures.europa.eu/why-you-should-always-use-your-annual-leave-2022-09-16_en.

² EURES (EUropean Employment Services): *Why you should always use your annual leave*, Retrieved 15, July 2024, from https://eures.europa.eu/why-you-should-always-use-your-annual-leave-2022-09-16_en

³ Charter of Fundamental Rights of the EU, *Official Journal of the European Communities*, C 364/01, 2000..

predmetu C-684/16⁴ navedena odredba Povelje sama je po sebi dovoljna da radnicima dodijeli pravo na koje se oni mogu pozivati u sporovima protiv poslodavca. Nadalje, prema odredbama članka 7. Direktive 2003/88/ EZ,⁵ države članice moraju radnicima jamčiti najmanje četiri tjedna plaćenog godišnjeg odmora. Navedena odredba implementirana je i u hrvatski Zakon o radu,⁶ a propust poslodavca da radniku osigura korištenje plaćenog godišnjeg odmora rezultira njegovom prekršajnom odgovornošću. Unatoč tome, poseban problem u radnopravnom zakonodavstvu Republike Hrvatske predstavljaju odredbe o razdobljima prijenosa neiskorištenog plaćenog godišnjeg odmora. Navedene odredbe izazivaju značajne poteškoće onim radnicima u Republici Hrvatskoj koji su na bolovanju neprekidno proveli više godina i koji nakon povratka na posao žele iskoristiti, zbog bolovanja, neiskorišteni godišnji odmor.

2. Pravni izvori prava na plaćeni godišnji odmor

Pravo na plaćeni godišnji odmor inkorporirano je u niz pravnih akata kako na međunarodnoj, tako i na regionalnoj i nacionalnoj razini. Za potrebe ovoga rada i na ovom mjestu, pažnja će se posvetiti samo pojedinim izvorima i to: jednom međunarodnom specijaliziranom izvoru, jednom europskom sekundarnom izvoru te dvama nacionalnim (hrvatskim) izvorima prava. U kontekstu međunarodnih specijaliziranih izvora prava analizirati će se odredbe Konvencije 132 - Konvencije o plaćenom godišnjem odmoru (revidirana).⁷ Za institut prijenosa godišnjeg odmora iznimno značenje imaju odredbe članka 9. Konvencije. Sukladno odredbama spomenutog članka „dio plaćenog godišnjeg odmora u neprekidnom trajanju od dva radna tjedna⁸ odobrava se i koristi najkasnije u roku od godine dana, a ostatak plaćenog godišnjeg odmora najkasnije u roku od osamnaest mjeseci, od kraja godine u kojoj je ostvareno pravo na odmor (Čl. 8. i 9. Konvencije 132). Dakle, u pravilu, neiskorišteni dio

⁴ Case C-684/16 *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften* [2018], paragraf 74

⁵ Direktiva 2003/88/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 4. studenoga 2003. o određenim vidovima organizacije radnog vremena, *Službeni list*, 299/2003.

⁶ Zakon o radu, *Narodne novine*. Br. 93/2014, 127/2017, 98/2019, 151/2022, 46/2023, 64/2023.

⁷ Konvencija 132 - Konvencija o plaćenom godišnjem odmoru (revidirana), *Narodne novine*, 3/2002.

⁸ „Nadležna vlast ili odgovarajuće tijelo u svakoj državi mogu odobriti raspoređivanje plaćenog godišnjeg odmora u dijelove. Jedan od dijelova mora biti u trajanju od najmanje dva radna tjedna neprekidno, osim ako nije drukčije predviđeno nekim sporazumom koji se primjenjuje na poslodavca i dotičnu zaposlenu osobu i pod uvjetom da je ta osoba na temelju dužine svog radnog odnosa stekla pravo na to razdoblje.” (Čl. 8 Konvencije).

godišnjeg odmora moguće je prenijeti i iskoristiti najkasnije u roku od osamnaest mjeseci od isteka godine u kojoj je pravo na godišnji odmor stečeno. Navedeno vrijedi samo ukoliko ne postoji pristanak radnika da se korištenje neiskorištenog dijela godišnjeg odmora prolongira i nakon proteka roka od 18 mjeseci od kraja godine u kojoj je pravo na godišnji odmor ostvareno.⁹

U kontekstu europskih sekundarnih izvora prava analizirati će se odredbe Direktive 2003/88/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 4. studenoga 2003. o određenim vidovima organizacije radnog vremena.¹⁰ U kontekstu godišnjeg odmora Direktiva naglašava pravo svakog radnika na plaćeni godišnji odmor u trajanju od najmanje četiri tjedna, pri čemu se uvjeti za stjecanje prava i za odobravanje godišnjeg odmora utvrđuju nacionalnim propisima i/ili praksom (Čl. 7. st. 1. Direktive). Istom Direktivom je otklonjena mogućnost zamjene najkraćeg godišnjeg odmora novčanom naknadom. Mogućnost isplate odgovarajuće novčane naknade umjesto godišnjeg odmora predviđena je jedino u slučaju prestanka radnog odnosa (Čl. 7. st. 1. Direktive). Analizirajući odredbe spomenute Direktive, evidentno je da ista ne sadrži ikakve posebne odredbe o institutu prenošenja godišnjeg odmora u sljedeću godinu. Dakle, iz teksta Direktive ne proizlazi da je "zakonodavac Unije imao namjeru urediti razdoblja prijenosa".¹¹ Međutim, važno je istaknuti da Direktiva naglašava da „u pogledu organizacije radnog vremena treba uzeti u obzir načela Međunarodne organizacije rada, uključujući i načela koja se odnose na noćni rad“ (Čl. 6. Direktive).

U kontekstu nacionalnih izvora radnog prava, u nastavku rada, analizirati će se odredbe Ustava Republike Hrvatske kao i odredbe aktualnog Zakona o radu Republike Hrvatske.

Ustav Republike Hrvatske¹², kao najviši pravni akt Republike Hrvatske, propisuje pravo svakog zaposlenika na tjedni i plaćeni godišnji odmor ističući ga kao pravo kojeg se nije moguće odreći (Čl. 56. st.3. Ustava RH). Treba naglasiti da je prethodno navedena odredba Ustava, ujedno i jedina odredba koja se tiče problematike godišnjeg odmora. Detaljnije odredbe o godišnjem

⁹ U tom smislu, "Korištenje svakog dijela godišnjeg odmora koji je duži od navedenog minimuma može se odgoditi, uz pristanak dotične zaposlene osobe, do nekog daljnjeg utvrđenog roka nakon proteka razdoblja navedenog u stavku 1" (članak 9. st. 2. Konvencije).

¹⁰ Direktiva 2003/88/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 4. studenoga 2003. o određenim vidovima organizacije radnog vremena, *Službeni list*, 299/2003.

¹¹ Mišljenje nezavisne odvjetnice Tamare Čapeta u spojenim predmetima C-271/22 do C-275/22 *XT (C-271/22), KH (C-272/22), BX (C-273/22), FH (C-274/22), NW (275/22) v Keolis Agen SARL* [2023] paragraf 39.

¹² Ustav Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14.

odmoru, kao i mogućnosti njegovog prenošenja, očekivano, sadrži hrvatski Zakon o radu Republike Hrvatske.¹³ Uzimajući u obzir činjenicu da ovaj rad u fokusu pažnje ima izazove, točnije poteškoće s kojima se u želji da realiziraju pravo na plaćeni godišnji odmor susreću radnici na dugotrajnom bolovanju, u nastavku rada pažnja će se posvetiti analizi onih odredbi Zakona o radu koje se tiču mogućnosti prenošenju godišnjeg odmora u sljedeću godinu zbog bolesti. U tom smislu, iznimnu važnost ima odredba članka 84. stavka 4. Zakona o radu prema kojoj: „Godišnji odmor, odnosno dio godišnjeg odmora koji je prekinut ili nije korišten u kalendarskoj godini u kojoj je stečen, zbog bolesti te korištenja prava na rodiljni, roditeljski i posvojiteljski dopust te dopust radi skrbi i njege djeteta s težim smetnjama u razvoju, radnik ima pravo iskoristiti po povratku na rad, a najkasnije do 30. lipnja sljedeće kalendarske godine.” Slijedom citirane odredbe, korištenje godišnjeg odmora za radnika na dugotrajnom bolovanju moguće je samo do 30. lipnja sljedeće kalendarske godine. Da je tomu tako jasno potvrđuje i Mišljenje o primjeni Zakona o radu, točnije o primjeni odredbe članka 84. st. 4. koje je dalo Ministarstvo rada, mirovinskoga sustava, obitelji i socijalne politike, stručni nositelj pripreme općeg propisa o radu. Spomenuto Ministarstvo na svojoj službenoj internet stranici navodi: „Odredbom članka 84. stavka 4. Zakona o radu (Narodne novine, br. 93/14, 127/17, 98/19 i 151/22), o prenošenju godišnjeg odmora koji je prekinut ili nije korišten u kalendarskoj godini u kojoj je stečen zbog bolesti, omogućeno je radniku da isti iskoristi po povratku na rad, a najkasnije do 30. lipnja sljedeće kalendarske godine. Ovom odredbom kogentne naravi, štiti se radnika od mogućih odgoda i zakidanja u pravovremenom ostvarivanju njegova prava na plaćeni godišnji odmor, na način da se Zakonom utvrđuje mogućnost prenošenja godišnjeg odmora te određuje krajnji rok do kojega poslodavac mora osigurati radniku korištenje pripadajućeg godišnjeg odmora. Sukladno citiranoj zakonskoj odredbi, radnik koji bi se nakon bolovanja (privremene nesposobnosti za rad zbog bolesti) vratio na rad sredinom lipnja tekuće godine i koji zbog bolesti nije iskoristio godišnji odmor za prethodnu kalendarsku godinu, imao bi pravo stečeni godišnji odmor iz prethodne godine prenijeti i iskoristiti do 30. lipnja tekuće godine. Nakon toga datuma, godišnji odmor iz prethodne kalendarske godine više se ne bi mogao iskoristiti. Drugim riječima, u slučaju okončanja radnikove privremene nesposobnosti za rad zbog bolesti tijekom mjeseca lipnja tekuće godine, uslijed čega nakon povratka na rad radnik ne bi „stigao” u cijelosti iskoristiti godišnji odmor iz prethodne kalendarske godine koji je započeo, poslodavac ne bi bio dužan tome radniku nakon 30. lipnja osigurati korištenje godišnjeg odmora za prethodnu kalendarsku godinu, niti bi radi toga mogao trpjeti štetne posljedice. Poslodavac koji bi,

¹³ Zakon o radu, *Narodne novine*, br. 93/14, 127/17, 98/19, 151/22, 46/23, 64/23.

u takvome pretpostavljenom slučaju, s radnikom dogovorio da se započeto korištenje godišnjeg odmora stečenog u prethodnoj godini, nastavi bez prekida i nakon 30. lipnja, sve do njegova isteka u cijelosti, mogao bi radi toga, nakon inspekcijskog nadzora, ipak prekršajno odgovarati, unatoč tome što sama priroda takva dogovora postignutog na zahtjev radnika, ne bi upućivala na namjeru zlouporabe prava radnika zaštićenog kogentnom normom. Takvo stajalište izražava novija sudska praksa Visokog prekršajnog suda (Ministarstvo rada, mirovinskoga sustava, obitelji i socijalne politike, 2023). Nakon 30. lipnja sljedeće kalendarske godine, poslodavac nema obvezu omogućiti radniku korištenje (zbog bolesti) neiskorištenog godišnjeg odmora, niti zbog toga poslodavac može biti na bilo koji način sankcioniran. Upravo suprotno, sankcijama bi mogao biti izložen onaj poslodavac koji bi radniku omogućio korištenje neiskorištenog godišnjeg odmora nakon 30. lipnja sljedeće godine, što potvrđuju i recentne odluke Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske?! Ovdje se osnovano postavljaju sljedeća pitanja, na koja će se nastojat odgovoriti u nastavku:

1. Kako će se u prethodno naznačene odredbe Zakona o radu i njihova tumačenja uklopiti radnici koji su na bolovanju proveli neprekidno dvije ili više godina?
2. U kojoj mjeri prethodno naznačeno Mišljenje Ministarstvo rada, mirovinskoga sustava, obitelji i socijalne politike, snagom svog autoriteta može utjecati na hrvatske (općinske) sudove pred koje se postavljaju zahtjevi za priznavanjem prava na plaćeni godišnji odmor (ili isplatu odgovarajuće novčane naknade) radnika na dugotrajnom bolovanju?
3. Je li odredba članka 84. stavka 4. Zakona o radu u skladu s relevantnim europskim direktivama i praksom suda pravde Europske Unije?

3. Prijenos plaćenog godišnjeg odmora radnika na dugotrajnom bolovanju u odlukama Suda pravde Europske Unije

Treba podsjetiti da Sud pravde EU, između ostalog, daje mišljenja o tumačenju i primjeni prava Europske Unije, a nacionalni sudovi mu se obraćaju kako bi otklonili pogreške učinjene prilikom implementacije europske pravne stečevine u nacionalni pravni korpus, kao i prilikom neusklađenosti nacionalnog i europskog prava (Europski parlament, 2024). U ovom poglavlju, analizirati će se neke od odluka Suda pravde EU u predmetima koji su se ticali mogućnosti prenošenja godišnjeg odmora radnika na dugotrajnom bolovanju, a koje su obvezujuće za sve, pa i za hrvatske sudove. Za svaki od analiziranih

predmeta prikazati će se činjenično stanje, pitanja upućena Sudu od strane nacionalnih sudova, te odluka Suda pravde EU.

3.1. Spojeni predmeti C-350/06¹⁴ i C- 520/06¹⁵ (Schultz-Hoff and Others)

3.1.1. Činjenično stanje C-350/06

Gospodin Schultz -Hoff proveo je na bolovanju godinu dana, a nakon toga mu 30. rujna 2005. godine prestaje radni odnos (*Schultz-Hoff and Others*, para. 11). Međutim, Schultz-Hoff je 13. svibnja 2005. godine zatražio od poslodavca da mu omogući da od 1. lipnja počne koristiti godišnji odmor za 2004. godinu, ali ovakav zahtjev poslodavac je odbio uz obrazloženje da nadležna liječnička služba treba utvrditi je li Schultz-Hoff sposoban za rad. U rujnu 2005. godine utvrđeno je da je Schultz-Hoff nesposoban za rad pa je ostvario pravo na mirovinu i to retroaktivno od 1. ožujka 2005. godine (*Schultz-Hoff and Others*, para.12). Nakon toga, Schultz-Hoff podnosi tužbu tražeći isplatu novčane naknade za neiskorištene dane godišnjeg odmora za 2004. i 2005. godinu. Međutim, na ovakav tužbeni zahtjev poslodavac odgovara da Schultz- Hoff nije godišnji odmor iskoristio iz razloga koji su s njim povezani, uslijed čega je pravo na godišnji odmor ugašeno, a što se reflektira i na pravo na naknadu za neiskorišteni godišnji odmor koje je također ugašeno. Radni sud odbacuje tužbu Schultz-Hoffa, nakon čega on izjavljuje žalbu Višem radnom sudu. Viši radni sud prekida postupak i Sudu pravde EU upućuje pitanja na prethodno odlučivanje (*Schultz-Hoff and Others*, para. 13,14, 15 i 17).

3.1.2. Prethodna pitanja

Viši radni sud je Sudu pravde EU uputio na prethodno odlučivanje pitanja koja su se ticala tumačenja čl.7. Direktive 2003/88/EZ i to između ostalih, sljedeća pitanja:

Treba li članak 7. st. 1. Direktive tumačiti tako da isključuje nacionalno zakonodavstvo ili praksu prema kojoj plaćeni godišnji odmor prestaje na kraju godine dopusta i/ili razdoblja prijenosa utvrđenih nacionalnim pravom, ako je radnik bio na bolovanju cijelu ili dio godine i ako je njegova nesposobnost za rad trajala do prestanka radnog odnosa (*Schultz-Hoff and Others*, para. 33)?

Treba li se članak 7. st. 2. Direktive tumačiti tako da isključuje nacionalno zakonodavstvo ili praksu prema kojoj pravo na novčanu naknadu za neiskorišteni plaćeni godišnji odmor nema radnik koji je na bolovanju proveo dio ili cijelu godinu dopusta i/ili razdoblja prijenosa? (*Schultz-Hoff and Others*, para. 53)?

¹⁴ Case C-350/06 *Gerhard Schultz-Hoff v Deutsche Rentenversicherung Bund* [2009]

¹⁵ Case C-520/06 *Stringer and Others v Her Majesty's Revenue and Customs* [2009]

3.1.3. Odluka Suda pravde EU

U odnosu na prvo naznačeno pitanje Sud je odlučio da se članak 7. st. 1. Direktive 2003/88 mora tumačiti na način da isključuje nacionalno zakonodavstvo ili praksu koja predviđa da pravo na plaćeni godišnji odmor prestaje na kraju godine dopusta i /ili razdoblja prijenosa utvrđenih nacionalnim pravom, čak i ako je radnik bio na bolovanju tijekom cijele ili dijela godine dopusta i ako je njegova nesposobnost za rad trajala do prestanka radnog odnosa, zbog čega nije imao mogućnost odnosno priliku korištenja plaćenog godišnjeg odmora (*Schultz-Hoff and Others*, para. 63, t. 2). Dakle, slijedom navedenog, moglo bi se zaključiti da članak 7. stavak 1. Direktive, u pravilu, ne isključuje nacionalno zakonodavstvo ili praksu kojim se uređuju uvjeti za ostvarivanje prava na plaćeni godišnji odmor, uključujući i gubitak prava na plaćeni godišnji odmor na kraju godine dopusta i /ili razdoblja prijenosa, ali samo pod uvjetom da je radnik imao mogućnost korištenja plaćenog godišnjeg odmora, a tu mogućnost nije iskoristio.

U kontekstu drugog pitanja Sud je odlučio da se članak 7. st. 2. Direktive 2003/88 mora tumačiti na način da isključuje nacionalno zakonodavstvo ili praksu prema kojoj, nakon prestanka radnog odnosa, pravo na naknadu umjesto neiskorištenog godišnjeg odmora nema radnik koji je bio na bolovanju tijekom cijele ili dijela godine dopusta i/ili razdoblja prijenosa, a zbog čega nije niti imao mogućnost korištenja plaćenog godišnjeg odmora (*Schultz-Hoff and Others*, para.63, t. 3). Dakle, može se zaključiti da Direktiva pravo na plaćeni godišnji odmor i pravo na naknadu umjesto neiskorištenog godišnjeg odmora u odnosu na radnika koji nije mogao koristiti plaćeni godišnji odmor iz razloga koji su bili izvan njegove kontrole tretira kao dva aspekta jednog prava. Odluka Suda u spojenim predmetima *Schultz-Hoff and Others* ima iznimno značenje budući da je u njoj Sud istaknuo da se pravo na plaćeni godišnji odmor mora smatrati posebno važnim načelom prava Zajednice zbog čega ga treba priznati svakom radniku, bez obzira na njegovo zdravstveno stanje (*Schultz-Hoff and Others*, para.54). Ovakav stav Suda biti će naglašavan i u njegovim kasnijim presudama. Stav je Suda da Direktiva u pogledu prava na plaćeni godišnji odmor ne pravi razliku između radnika koji su bili na bolovanju (kratkotrajnom ili dugotrajnom) i onih radnika koji su radili tijekom godine dopusta (*Schultz-Hoff and Others*, para.40). Ovakav stav Sud će isticati i u svojoj kasnijoj odluci donesenoj 2020. godine u spojenim predmetima C-762/18¹⁶ i C-37/19.¹⁷

Predmeti koji će se obraditi u nastavku rada imaju iznimno značenje u kontekstu trajanja razdoblja prijenosa prava na plaćeni godišnji odmor.

¹⁶ Case C-762/18 *QH protiv Vrhoven kasacionen sad na Republika Bulgaria* [2020]

¹⁷ Case C-37/19 *CV protiv Iccrea Banca SpA Istituto Centrale del Credito Cooperativo* [2020]

3.2. Predmet C-337/10¹⁸ (Neidel)

3.2.1. Činjenično stanje

Gospodin Neidel je 1970. godine počeo raditi kao vatrogasac u javnim službama grada Frankfurta na Majni i imao je status javnog službenika (*Neidel*, para. 13). Međutim, od 12. lipnja 2007. godine Neidel nije bio sposoban za službu iz zdravstvenih razloga, zbog čega je 2009. godine, s navršenih 60 godina života, umirovljen (*Neidel*, para. 14). Gospodin Neidel je za 2007. godinu ostvario pravo na 31 dan plaćenog godišnjeg odmora, 35 dana za 2008. godinu, a 34 dana za 2009. godinu. Budući da je u 2007. godini iskoristio 14 dana godišnjeg odmora, ostalo mu je neiskorišteno ukupno 86 dana plaćenog godišnjeg odmora što je ekvivalentno 16.821,60 eura bruto (*Neidel*, para. 16). S obzirom na navedeno gospodin Neidel je podnio zahtjev u kojemu je tražio da mu se umjesto neiskorištenih dana plaćenog godišnjeg odmora isplati naknada u prethodno navedenom iznosu. Međutim, poslodavac je takav njegov zahtjev odbio ističući da članak 7. stavak 2. Direktive 2003/88 nije primjenjiv na državne i javne službenike kao i da odlazak u mirovinu ne predstavlja situaciju u kojoj radni odnos prestaje u smislu članka 7. stavka 2. Direktive (*Neidel*, para. 17). Nakon toga, Neidel podnosi tužbu Upravnom sudu Frankfurt na Majni koji prekida postupak i Sudu pravde EU upućuje pitanja na prethodnu odluku (*Neidel*, para. 18).

3.2.2. Prethodna pitanja

Upravni sud je Sudu pravde EU uputio na prethodno odlučivanje pitanja koja su se ticala tumačenja članka 7. Direktive 2003/88 i to, između ostalih, sljedeća pitanja:

Može li javni službenik koji je otišao u mirovinu, pravo na isplatu naknade za godišnji odmor temeljiti izravno na članku 7. st. 2. Direktive 2003/88 ako je bio spriječen raditi zbog bolesti i stoga nije mogao uzeti dopust u vidu izostanka s posla? (*Neidel*, para. 18. t. 4.)

Može li pravo na isplatu naknade umjesto neiskorištenog plaćenog godišnjeg odmora biti barem djelomično onemogućeno preuranjenim gubitkom prava na godišnji odmor propisanog nacionalnim pravom? (*Neidel*, para. 18, t. 5).

3.2.3. Odluka Suda pravde EU

U odnosu na prvo pitanje upućeno Sudu, isti je ponovio svoje tumačenje izraženo u prethodno analiziranom predmetu *Schultz-Hoff and Others*. Naime, Sud opetovano naglašava da prestankom radnog odnosa radnik više ne može

¹⁸ Case C-337/10 *Georg Neidel v Stadt Frankfurt am Main* [2012]

koristiti pravo na plaćeni godišnji odmor, a kako bi se spriječilo da uslijed toga radnik izgubi navedeno pravo, članak 7. st. 2. Direktive propisuje da u tom slučaju radnik ima pravo na naknadu (*Neidel*, para. 29). Nadalje, Sud ponavlja da se članak 7. st. 2. Direktive mora tumačiti na način da isključuje nacionalno zakonodavstvo ili praksu koja propisuje da se nakon prestanka radnog odnosa ne smije isplatiti naknada, umjesto neiskorištenog plaćenog godišnjeg odmora, onom radniku koji je na bolovanju proveo dio ili cijelu godinu dopusta i /ili prijenosnog razdoblja i zbog čega nije niti bio u mogućnosti iskoristiti pravo na plaćeni godišnji odmor (*Neidel*, para. 30).

U odnosu na drugo pitanje upućeno Sudu, treba pojasniti da spomenutim pitanjem nacionalni sud zanima isključuje li članak 7. st. 2. Direktive odredbu nacionalnog prava koja ograničava pravo javnog službenika, koji odlazi u mirovinu, na kumuliranje naknada umjesto plaćenog godišnjeg odmora koji nije iskorišten zbog bolesti i to na način da propisuje prijenosno razdoblje od 9 mjeseci čijim istekom prestaje pravo na plaćeni godišnji odmor? U tom smislu, pozivajući se na stajalište izraženo u predmetu C- 214/10¹⁹, Sud pravde EU ističe da je u pogledu razdoblja prijenosa, nakon kojeg pravo na plaćeni godišnji odmor može prestati ako se prava na godišnji odmor kumuliraju, nužno procijeniti je li riječ o razdoblju nakon kojeg plaćeni godišnji odmor prestaje imati pozitivni učinak na radnika u smislu razdoblja odmora (*Neidel*, para. 39). Svako razdoblje prijenosa mora uzeti u obzir specifične okolnosti radnika koji je bio na bolovanju tijekom nekoliko uzastopnih referentnih razdoblja. Razdoblje prijenosa mora osigurati da radnik ima, ako je potrebno, razdoblja odmora koja mogu biti dostupna na duži rok i moraju biti znatno dulja od referentnog razdoblja (*Neidel*, para. 41). U konkretnom slučaju, prijenosno razdoblje je 9 mjeseci i kraće je od referentnog razdoblja, a zbog čega je Sud odlučio da se članak 7. st. 2. Direktive mora tumačiti na način da isključuje odredbu nacionalnog prava koja ograničava pravo, javnog službenika koji odlazi u mirovinu, na zbrajanje naknada umjesto plaćenog godišnjeg odmora koji nije korišten zbog bolovanja, propisujući razdoblje prijenosa od 9 mjeseci čijim istekom prestaje pravo na plaćeni godišnji odmor (*Neidel*, para. 43). Odluka Suda u analiziranom predmetu ima iznimno značenje u kontekstu utvrđivanja granične točke za prijenos godišnjeg odmora budući da je Sud odlučio da se prijenos ograničen na 9 mjeseci ima smatrati prekratkim.

I dok je u predmetu *Neidel* Sud pravde EU prijenos ograničen na 9 mjeseci proglasio prekratkim, predmet *KHS* (2010) koji će se obraditi u nastavku rada pokazati će koju graničnu točku za prijenos prava na plaćeni godišnji odmor Sud pravde EU smatra prihvatljivom.

¹⁹ Case C- 214/10 *KHS AG v Winifried Schulte* [2011]

3.3. Predmet C-214/10²⁰ (KHS)

3.3.1. Činjenično stanje

Gospodin Schulte je od 1964. godine bio zaposlen u tvrtci KHS AG i tvrtci koju je naslijedila. Prema odredbama relevantnog kolektivnog ugovora, gospodin Schulte je imao pravo na plaćeni godišnji odmor u trajanju od 30 dana godišnje (KHS, para. 14). Međutim, u siječnju 2002. godine, gospodin Schulte je doživio srčani udar uslijed kojeg je proglašen nesposobnim za rad. Od listopada 2003. godine, gospodin Schulte je bio korisnik mirovine zbog potpunog gubitka radne sposobnosti, a 31. kolovoza 2008. godine prestaje mu radni odnos. U ožujku 2009. godine gospodin Schulte podnosi tužbu Radnom sudu u Dortmundu tražeći isplatu naknade umjesto plaćenog godišnjeg odmora koji nije koristio tijekom referentnih razdoblja koja odgovaraju kalendarskim godinama 2006., 2007. i 2008. (KHS, para. 16). Sud u Dortmundu ovakav tužbeni zahtjev djelomično prihvaća, točnije prihvaća tužbeni zahtjev u odnosu na spomenute tri godine pri čemu priznaje pravo na zamjensku isplatu, ali samo u odnosu na minimalno trajanje plaćenog godišnjeg odmora prema pravu Unije, dakle u trajanju od 20 radnih dana uvećanih za 5 dana za svaku godinu, koje uvećanje za osobe s teškim invaliditetom proizlazi iz njemačkih propisa (KHS, para. 17). Protiv ovakve odluke žalbu podnosi poslodavac ističući da je pravo na plaćeni godišnji odmor za 2006. i 2007. godinu isteklo jer je prošlo razdoblje prijenosa predviđeno kolektivnim ugovorom. Viši radni sud, kojemu je žalba upućena, smatra da je prema nacionalnom zakonodavstvu i odredbama kolektivnog ugovora, pravo na plaćeni godišnji odmor za 2007. i 2008. godinu još uvijek postojalo u vrijeme prestanka ugovora o radu, dok je pravo na plaćeni godišnji odmor za 2006. godinu izgubljeno jer je proteklo razdoblje prijenosa od 15 mjeseci (KHS, para. 19). Međutim, ovaj sud ne isključuje mogućnost da je gubitak prava na plaćeni godišnji odmor za 2006. godinu, a koji proizlazi iz nacionalnih propisa, u suprotnosti s člankom 7. st. 1. Direktive 2003/88. Iz navedenih razloga, Viši radni sud zastaje s postupkom i Sudu pravde EU upućuje pitanja radi prethodnog odlučivanja (KHS, para. 21).

3.3.2. Prethodna pitanja

Viši radni sud uputio je Sudu pravde EU na prethodno odlučivanje sljedeća pitanja:

Treba li se članak 7. st. 1. Direktive 2003/88 tumačiti na način da isključuje nacionalno zakonodavstvo i /ili praksu (kao što je kolektivni ugovor) prema kojoj pravo na plaćeni godišnji odmor prestaje na kraju referentnog razdoblja

²⁰ Case C- 214/10 *KHS AG v Winifried Schulte* [2011]

i/ili razdoblja prijenosa, čak i u slučaju da je radnik duže vrijeme bio nesposoban za rad (a to produženo razdoblje nesposobnosti za rad dovelo bi do kumuliranja prava na godišnji odmor za nekoliko godina i to u minimalnom trajanju, ali samo ako mogućnost prijenosa tih prava nije vremenski ograničena) (*KHS*, para. 21)?

U slučaju da je odgovor na prvo pitanje negativan, mora li postojati mogućnost prijenosa prava na plaćeni godišnji odmor u trajanju od najmanje 18 mjeseci (*KHS*, para. 21)?

3.3.3. Odluka Suda pravde EU

Treba istaknuti da svojim prvim pitanjem nacionalni sud želi saznati treba li članak 7. st. 1. Direktive tumačiti na način da isključuje nacionalne odredbe ili praksu kao što je kolektivni ugovor koji ograničavaju pravo radnika, koji je na bolovanju proveo više uzastopnih referentnih razdoblja, da kumulira pravo na plaćeni godišnji odmor propisujući razdoblja prijenosa od 15 mjeseci čijim istekom prestaje pravo na godišnji odmor. I ovdje Sud, kao i u nizu prethodnih slučajeva, naglašava da se pravo svakog radnika na plaćeni godišnji odmor mora smatrati posebno važnim načelom socijalnog prava EU. Nadalje, Sud naglašava da sudska praksa govori u prilog tome da nacionalno pravilo koje propisuje razdoblje prijenosa, ne može predvidjeti da pravo radnika na plaćeni godišnji odmor prestane, a bez da je on stvarno imao priliku realizirati to pravo. Međutim, takav zaključak mora uzeti u obzir posebne okolnosti svakog slučaja. Kada tomu ne bi bilo tako, onaj radnik koji je na bolovanju proveo nekoliko uzastopnih referentnih razdoblja imao bi pravo kumulirati, bez ikakvih ograničenja, prava na plaćeni godišnji odmor koja je stekao tijekom svog bolovanja (*KHS*, para. 28 i 29). Ovdje se posebno važnim nameće pitanje stvarne svrhe prava na plaćeni godišnji odmor odnosno pitanje koliko je u skladu s navedenom svrhom, pravo na neograničeno kumuliranje prava na godišnji odmor? Naime, Sud opet naglašava, ponavljajući svoje stajalište iz presude *Schultz-Hoff and Others* da pravo na plaćeni godišnji odmor, sukladno članku 31. st. 2. Povelje EU o temeljnim pravima i članka 7. Direktive 2003/88, ima dvojaku svrhu: omogućiti radniku odmor od posla koji je dužan obavljati prema ugovoru o radu, s jedne strane te uživanje u vremenu opuštanja i razonode, s druge strane (*KHS*, para. 31). Nadalje, pravo na plaćeni godišnji odmor koje stekne radnik koji je na bolovanju proveo više uzastopnih referentnih razdoblja može ispuniti obje svrhe godišnjeg odmora, ali samo ako prijenos ne prelazi određenu vremensku granicu. Slijedom toga, izvan te granice, godišnji odmor prestaje imati pozitivan učinak na radnika u smislu razdoblja odmora i predstavlja samo razdoblje opuštanja i razonode (*KHS*, para. 33) što implicira da se pravo na plaćeni godišnji odmor ne bi moglo

kumulirati bez ograničenja. U konkretnom predmetu, Sud pravde EU trebao je ocijeniti može li se razdoblje prijenosa od 15 mjeseci razumno smatrati razdobljem nakon kojeg godišnji odmor prestaje imati pozitivan učinak za radnika u smislu razdoblja odmora. Treba istaknuti da bi s jedne strane, razdoblje prijenosa trebalo biti znatno dulje od referentnog razdoblja, a s druge bi strane, ono trebalo biti takvo da zaštiti poslodavca od rizika da će radnik kumulirati predugačka razdoblja odsutnosti što može loše utjecati na organizaciju rada kod poslodavca. Sud ističe da prijenosno razdoblje, sukladno odredbama kolektivnog ugovora, iznosi 15 mjeseci, što je dulje od referentnog razdoblja na koje se odnosi, a upravo navedeno prijenosno razdoblje od 15 mjeseci je ono što čini razliku u odnosu na predmet *Schultz-Hoff and Others* u kojemu je razdoblje prijenosa bilo samo 6 mjeseci (*KHS*, para. 40).

Na ovom mjestu treba podsjetiti na ono što je u ovom radu već istaknuto, a to je određenje da Direktiva 2003/88 uzima u obzir načela Međunarodne organizacije rada u pogledu organizacije radnog vremena. Dakle, u kontekstu razdoblja prijenosa valja uzeti u obzir odredbe članka 9. st. 1. Konvencije br. 132 o plaćenom godišnjem odmoru (revidirana) koja predviđa razdoblje prijenosa od 18 mjeseci od kraja godine za koju je nastalo pravo na plaćeni godišnji odmor. S obzirom na navedeno, Sud pravde EU drži da razdoblje od 15 mjeseci za prijenos prava na plaćeni godišnji odmor nije u suprotnosti sa svrhom prava na plaćeni godišnji odmor jer omogućava da plaćeni godišnji odmor zadrži pozitivan učinak na radnika kao razdoblje odmora (*KHS*, para. 43). Dakle, u odnosu na postavljeno pitanje, Sud drži da se članak 7. stavak 1. Direktive mora tumačiti na način da ne isključuje nacionalne odredbe ili prakse kao što je kolektivni ugovor koje ograničavaju kumuliranje prava na plaćeni godišnji odmor onom radniku koji je na bolovanju proveo više uzastopnih referentnih razdoblja, propisujući prijenosno razdoblje od 15 mjeseci čijim protekom pravo na plaćeni godišnji odmor prestaje (*KHS*, para. 44). U analiziranom predmetu Sud je graničnu točku od 15 mjeseci ocijenio prihvatljivom u smislu članka 7. st. 1. Direktive 2003/88.

Nužno je podsjetiti i na stavove Suda izražene u njegovoj recentnoj odluci donesenoj u spojenim predmetima C-271/22 do C-275/22²¹, a kojima se, u kontekstu razdoblja prijenosa prava na plaćeni godišnji odmor, ističe da Sud pravde nije nadležan odrediti koliko će razdoblje prijenosa trajati jer je riječ o pitanju koje je u nadležnosti svake pojedine države članice. Nadležnost Suda u takvim predmetima bi se ograničila samo na njegovu obvezu da u kontekstu članka 7. Direktive 2003/88 ispita može li se razdobljem prijenosa koje je odredila država članica povrijediti pravo na plaćeni godišnji odmor

²¹ Case C- 271/22 do C-275/22 *XT (C-271/22), KH (C-272/22), BX (C-273/22), FH (C-274/22), NW (275/22) v Keolis Agen SARL* [2023]

(*Keolis Agen and Others*, para. 32). Dakle, odluka o tome hoće li se propisati razdoblje prijenosa prava na plaćeni godišnji odmor ili ne, u nadležnosti je država članica, ali ukoliko se države odluče propisati navedeno razdoblje, ono mora biti takvo da ne ugrožava pravo na plaćeni godišnji odmor. Zaključno, odluka države članice da ne propiše vremensko ograničenje razdoblja prijenosa neiskorištenog plaćenog godišnjeg odmora ne bi bila protivna Direktivi 2003/88 budući da ona niti ne zahtijeva od država članica ograničenja razdoblja prijenosa (Mišljenje nezavisne odvjetnice Tamare Čapeta u spojenim predmetima *Keolis Agen and Others*, para. 45).

4. Prijenos plaćenog godišnjeg odmora radnika na dugotrajnom bolovanju u odlukama hrvatskih sudova

U ovom poglavlju analizirati će se odluka koju je jedan općinski sud u Republici Hrvatskoj donio povodom zahtjeva tužitelja za naknadom štete koju je pretrpio uslijed toga što mu poslodavac, točnije Republika Hrvatska, nije omogućio korištenje preostalog dijela plaćenog godišnjeg odmora za 2018. i 2019. godinu, a koji nije korišten zbog njegovog dugotrajnog bolovanja koje je trajalo od kolovoza 2018. do svibnja 2020. godine (Odluka u predmetu 7: Pr- 598/21). Nadalje, analizirati će se i odluka koju je povodom žalbe protiv navedene odluke kao žalbeni sud donio jedan županijski sud u Republici Hrvatskoj. Analizi navedenih odluka pristupiti će se iz dva razloga:

- 1) kako bi se odgovorilo na pitanje u kojoj mjeri Mišljenje Ministarstva rada, mirovinskoga sustava, obitelji i socijalne politike, o kojemu je bilo riječi na prethodnim stranicama rada, utječe na sudove u Republici Hrvatskoj, i
- 2) kako bi se prikazalo u kojoj mjeri sudovi Republike Hrvatske primjenjuju odluke koje je Sud pravde EU donio u predmetima koji su se ticali mogućnosti prenošenja godišnjeg odmora radnika na dugotrajnom bolovanju, a koje odluke su obvezujuće za sve, pa i za sudove Republike Hrvatske.

4.1. Odluka prvostupanjskog (općinskog) suda

Odluka općinskog suda, kako je već naznačeno, ticala se zahtjeva za naknadu štete zbog neiskorištenog dijela plaćenog godišnjeg odmora koji tužitelj nije iskoristio zbog dugotrajnog bolovanja. U svojoj tužbi tužitelj se pozivao na relevantne odredbe Konvencije broj 132 Međunarodne organizacije rada (Odluka u predmetu 7: Pr- 598/21, para. 2. i 3). U svom je odgovoru na tužbu tuženik (Republika Hrvatska) osporio tužbu i tužbeni zahtjev tužitelja u cijelosti. Tuženik je, nadalje isticao da su radni odnosi u Republici Hrvatskoj uređeni Zakonom o radu te odredbama relevantnog kolektivnog ugovora te je predložio Sudu da tužbeni zahtjev odbije (Odluka u predmetu 7: Pr- 598/21,

para. 4 i 5). Nakon analize svih izvedenih dokaza i rezultata cjelokupnog raspravljanja prvostupanjski sud je tužbeni zahtjev tužitelja ocijenio u cijelosti neosnovanim (Odluka u predmetu 7: Pr- 598/21, para. 13).

U obrazloženju svoje presude, prvostupanjski se sud pozvao na članak 84. stavak 4. Zakona o radu Republike Hrvatske. Naveo je da se na konkretni slučaj primjenjuje upravo članak 84. stavak 4. Zakona o radu jer je „tužitelj bio na dugotrajnom bolovanju zbog čega nije iskoristio preostale dane neiskorištenog godišnjeg odmora niti za 2018.godinu niti za 2019.godinu. Dakle, kada je u pitanju bolovanje onda radnik može iskoristiti neiskorišteni dio godišnjeg odmora iz prethodne godine samo do 30. lipnja sljedeće godine“ (Odluka u predmetu 7:Pr- 598/21, para. 39). Prvostupanjski sud u svojoj se odluci pozvao i citirao Mišljenje Ministarstva rada, mirovinskoga sustava, obitelji i socijalne politike, a prema kojemu poslodavac nije dužan radniku omogućiti korištenje godišnjeg odmora za prethodnu kalendarsku godinu nakon 30. lipnja sljedeće godine, a niti bi zbog toga mogao trpjeti štetne posljedice (Odluka u predmetu 7: Pr- 598/21, para. 41). Nadalje, iz presude prvostupanjskog suda evidentno je i citiranje presude Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske prema kojoj: „nije moguć nikakav dogovor radnika i poslodavca o korištenju drugog dijela godišnjeg odmora nakon 30.lipnja iduće godine, neovisno ako je to bilo i na izričit zahtjev radnika“ (Odluka u predmetu 7: Pr- 598/21, para. 42) te odredbe relevantnog kolektivnog ugovora (Odluka u predmetu 7: Pr- 598/21, para. 46). U odnosu na relevantne odredbe Konvencije broj 132 Međunarodne organizacije rada, Sud je smatrao da su iste „zaštitne i upućujuće naravi“ te da članak 84. Zakona o radu nije u suprotnosti s člankom 9. Konvencije (Odluka u predmetu 7: Pr- 598/21, para. 54). Prvostupanjski sud je stava da je tužitelj neiskorišteni dio godišnjeg odmora iz prethodne godine morao iskoristiti najkasnije do 30. lipnja sljedeće godine. U konkretnom slučaju, Sud je smatrao da je „tužitelj izgubio pravo korištenja na stari godišnji odmor iz 2018. godine jer se nakon bolovanja na posao vratio tek 1. lipnja 2020.god. dakle ne sljedeće kalendarske godine nakon što je ostvario pravo na godišnji odmor za 2018.godinu“. U odnosu na godišnji odmor iz 2019. godine prvostupanjski sud naglašava da je tuženik tužitelju omogućio korištenje navedenog godišnjeg odmora i to zaključno do 30. lipnja 2020. godine, a nakon kojega je korištenje godišnjeg odmora „ispravno prekinuo“ (Odluka u predmetu 7: Pr- 598/21, para. 58 i 59). Dakle, za neiskorišteni godišnji odmor, stav je Suda, nije kriv poslodavac tj. tuženik, tako da nakon 30. lipnja 2020. godine tužitelj od tuženika ne može potraživati niti naknadu štete, budući da ničim nije umanjio prava tužitelja kao radnika (Odluka u predmetu 7: Pr - 598/21, para. 58).

Nemoguće je ne primijetiti da se u prikazanoj odluci prvostupanjski sud nije niti na jednom mjestu pozvao, odnosno uzeo u obzir relevantne europske direktive, kao niti odluke Suda pravde EU koje su, za sudove u Republici Hrvatskoj, obvezujuće. U tom smislu, treba podsjetiti da sudovi Republike Hrvatske imaju obvezu odredbe Zakona o radu tumačiti upravo u skladu s praksom Suda pravde EU, a ako to ne bi bilo moguće obvezni su izuzeti iz primjene odredbu Zakona o radu koja nije u skladu s pravom EU i primijeniti odredbe relevantne Direktive (Turkalj, Turkalj, 2022: 98).

Na prethodno analiziranu presudu prvostupanjskog suda tužitelj je, očekivano, izjavio žalbu i to zbog pogrešne primjene materijalnog prava.

4.2. Odluka drugostupanjskog (županijskog) suda

Odlučujući o žalbi jedan županijski sud u Republici Hrvatskoj, ocijenio je žalbu osnovanom s obzirom na, u žalbi istaknuti, razlog pogrešne primjene materijalnog prava te je prvostupanjsku presudu ukinuo i predmet vratio istom sudu na ponovno odlučivanje (Odluka u predmetu 37. Gž R - 2131/2021). U svojoj odluci županijski sud, između ostaloga, ističe da su „direktive jedan od izvora unutarnjeg prava EU koje su za Republiku Hrvatsku obvezujuće” te naglašava „nakon što je direktiva unesena u nacionalno pravo, sudovi su obvezni interpretirati nacionalno pravo u skladu sa svrhom određene direktive” (Odluka u predmetu 37. Gž R- 2131/2021, para. 17). Nadalje, žalbeni sud ističe „daljnji izvor prava EU je praksa Europskog suda tj, presude kojima, uz ostalo, interpretira norme pravnog sustava EU i koje su obvezujuće za sve” (Odluka u predmetu 37. Gž R- 2131/2021, para. 18). Važno je istaknuti da u kontekstu spornog pitanja kumuliranja prava na plaćeni godišnji odmor radnika koji je na dugotrajnom bolovanju, županijski sud upućuje na presude Suda pravde EU u predmetima C-214/16,²² C-214/10²³ i C-337/10²⁴ (Odluka u predmetu 37. GžR- 131/2021, para. 22, 23, 24). Županijski sud je stava da prvostupanjski sud „zbog pogrešnog pravnog shvaćanja nije uzeo u obzir obvezujući stav Europskog suda o izravnom pravnom učinku Direktive na spor pojedinca protiv države”, a zbog čega „nisu utvrđene odlučne činjenice o kojima ovisi duljina razdoblja prijenosa prava na korištenje godišnjeg odmora i akumuliranje prava na takav odmor u situaciji kada ga nije mogao koristiti zbog bolesti” (Odluka u predmetu 37. GžR- 2131/2021, para. 27). Zbog svega navedenoga, žalbeni sud je ukinuo prvostupanjsku odluku i vratio predmet na ponovno odlučivanje. Međutim, ono što je ovdje posebno važno naglasiti je činjenica da je žalbeni sud uputio prvostupanjski sud da se prilikom dono-

²² Case C-214/16 *Conley King v The Sash Window Workshop Ltd and Richard Dollar* [2017]

²³ Case C- 214/10 *KHS AG v Winifried Schulte* [2011]

²⁴ Case C-337/10 *Georg Neidel v Stadt Frankfurt am Main* [2012]

šenja nove odluke moraju uzeti u obzir „obvezujući interpretativni stavovi Suda EU” (Odluka u predmetu 37. GŽR- 2131/2021, para. 28), a što govori u prilog spremnosti ovog suda da pazi na poštivanje svih izvora prava koji su za Republiku Hrvatsku obvezujući.

5. (Ne) usklađenost hrvatskog Zakona o radu

U fokusu pažnje ovoga rada, kako se moglo vidjeti, pitanje je prijenosa prava na plaćeni godišnji odmor radnika na dugotrajnom bolovanju. Stoga će se u ovom poglavlju relevantne odredbe Zakona o radu Republike Hrvatske staviti u korelaciju s odredbama Konvencije 132 - Konvencije o plaćenom godišnjem odmoru (revidirana), odredbama Direktive 2003/88/EZ kao i odlukama Suda pravde EU koje se tiču navedenog pitanja, a sve kako bi se mogao izvesti zaključak o njihovoj usklađenosti.

Kada je riječ o razdoblju prijenosa prava na plaćeni godišnji odmor naznačenom u spomenutoj Konvenciji treba istaknuti da ono iznosi 18 mjeseci od isteka godine u kojoj je pravo na godišnji odmor stečeno (Čl. 9. Konvencije 132). Uzimajući u obzir da je Republika Hrvatska ratificirala Konvenciju, ista je inkorporirana u nacionalni pravni korpus i po pravnoj je snazi iznad zakona (Čl. 134. Ustava RH). Ipak, u odnosu na pitanje usklađenosti odredba Zakona o radu i Konvencije postoje određene dvojbe. Pojedini autori smatraju da odredba članka 84. st. 4. Zakona o radu nije u skladu s člankom 9. Konvencije „jer ne respektira bolest kao objektivni razlog zbog kojeg radnik nije mogao iskoristiti godišnji odmor do 30. lipnja sljedeće godine” (Frntić, Gović Penić, Hanzalek, Milković, Novaković, Rožman, Zovko, 2023: 531). S druge strane, postoje autori koji smatraju da takve neusklađenosti nema, točnije da odredba članka 84. st. 4. Zakona o radu nije protivna odredbama članka 9. Konvencije. Tako Subotić smatra da je „norma Konvencije usmjerena na postavljanje maksimalnog razdoblja za prijenos dok minimum nije određen. U nacionalnom zakonodavstvu, rok za korištenje preostalog godišnjeg odmora mogao bi biti određen u rasponu od 0 do 18 mjeseci od isteka godine u kojoj je pravo stečeno” (Subotić, 2021: 5).

U kontekstu usklađenosti odredbe članka 84. st. 4. Zakona o radu i Direktive 2003/88/EZ, treba podsjetiti da spomenuta Direktiva ne sadrži posebne odredbe o institutu prijenosa godišnjeg odmora u sljedeću godinu. Međutim, izostanak takvog normiranja u Direktivi, nadomjestila je bogata sudska praksa Suda pravde EU. Pojedini autori smatraju da „odredba članka 84. st. 4. Zakona o radu nije sukladna Direktivi 2003/88/EZ odnosno onome kako tu Direktivu tumači Sud pravde EU” (Frntić *et al.*, 2023: 532). Na tom tragu i Gović Penić ističe: „odredbe Zakona o radu koje ograničavaju prijenos godiš-

njeg odmora iz jedne godine (samo) do 30. lipnja sljedeće godine, posebno u slučaju kad je radnik bio na dugotrajnom bolovanju i nije imao priliku koristiti preneseni godišnji odmor, nisu sukladne pravnoj stečevini EU“ (Gović Penić, 2024: 8-9). I za druge je autore duljina razdoblja prijenosa godišnjeg odmora na način kako je uređena hrvatskim Zakonom o radu, „sporna s pozicije prava EU“ (Potočnjak, Grgić, Čatipović, 2014: 186). Ističu da, sukladno tumačenjima Suda pravde EU, u slučaju bolovanja, razdoblje prijenosa mora biti znatno dulje od referentnog razdoblja (koje u hrvatskom pravu iznosi jednu kalendarsku godinu) pa se zbog toga razdoblje prijenosa od 6 mjeseci kao niti ono od 12 mjeseci ne može smatrati dovoljno dugim (Potočnjak *et al.*, 2014: 186). Navedeno potvrđuju i odluke Suda pravde EU donesene u predmetima koji su analizirani u ovom radu i koje predstavljaju obvezan izvor prava za sve države članice EU. Na ovom mjestu istaknuti će se samo najvažniji stavovi Suda pravde EU u analiziranim predmetima. Sud pravde EU u svojoj odluci u spojenim predmetima *Schultz-Hoff and Others* ističe da se pravo na plaćeni godišnji odmor mora smatrati posebno važnim načelom prava Zajednice zbog čega ga treba priznati svakom radniku, bez obzira na njegovo zdravstveno stanje (*Schultz-Hoff and Others*, para. 54). U predmetu *KHS*, Sud je izrazio stav da razdoblje prijenosa od 15 mjeseci nije protivno Direktivi 2003/88/EZ, dok je u predmetu *Neidel* razdoblje prijenosa od 9 mjeseci ocijenio protivnim odredbama Direktive. S obzirom na prethodno navedeno moguće je zaključiti da odredba članka 84. stavka 4. Zakona o radu Republike Hrvatske, kojom se razdoblje prijenosa, zbog bolesti neiskorištenog godišnjeg odmora ograničava na tek 6 mjeseci, nije u skladu s Direktivom 2003/88/EZ odnosno s odlukama Suda pravde EU kojima se navedena Direktiva tumači.

Važno je osvrnuti se i na stavove Suda pravde EU izražene u recentnoj odluci donesenoj u spojenim predmetima *Keolis Agen and Others*, a prema kojima, u kontekstu razdoblja prijenosa prava na plaćeni godišnji odmor, Sud nije nadležan odrediti koliko će razdoblje prijenosa trajati već se njegova nadležnost ograničava na obvezu da ispita može li se razdobljem prijenosa koje je odredila država članica povrijediti pravo na plaćeni godišnji odmor (*Keolis Agen and Others*, para. 32). S obzirom na navedeno, razdoblje prijenosa prava na godišnji odmor u Republici Hrvatskoj moralo bi biti dulje od 9 mjeseci, a odluka o tome koliko će razdoblje prijenosa doista biti dulje, u nadležnosti je države članice. I dok pojedini autori smatraju da razdoblje prijenosa u Republici Hrvatskoj ne mora biti dulje od 15 mjeseci od isteka godine za koju je pravo na plaćeni godišnji odmor ostvareno (Potočnjak *et al.*, 2014:186), drugi rješenje vide u „analogiji iz Konvencije“ i tumačenju da bi to razdoblje trebalo biti 18 mjeseci“ (Frntić *et al.*, 2023: 532).

Dakle, evidentno je da su prethodno citirane odredbe pozitivnog prava Republike Hrvatske neusklađene s relevantnim odredbama Konvencije 132 – Konvencije o plaćenom godišnjem odmoru (revidirana), odredbama Direktive 2003/88/EZ kao i s odlukama Suda pravde EU. Takva pravna neusklađenost negativno se reflektira kako na položaj radnika, tako i na položaj poslodavaca u Republici Hrvatskoj.

6. Zaključna razmatranja

Pravo na plaćeni godišnji odmor jedno je od temeljnih prava iz radnog odnosa koje ima dvojaku svrhu: omogućiti radniku odmor od posla koji je dužan obavljati prema ugovoru o radu, s jedne strane te uživanje u vremenu opuštanja i razonode, s druge strane. Prema praksi Suda pravde EU, obvezujućem izvoru prava za sve države članice EU, pravo na plaćeni godišnji odmor mora se smatrati posebno važnim načelom prava Zajednice zbog čega ga treba priznati svakom radniku, bez obzira na njegovo zdravstveno stanje. Ipak, u Republici Hrvatskoj, ostvarivanje prava na plaćeni godišnji odmor radnika koji su bili na dugotrajnom bolovanju povezano je sa značajnim poteškoćama. Glavni problem predstavljaju odredbe članka 84. st. 4. hrvatskog Zakona o radu koje se tiču trajanja razdoblja prijenosa plaćenog godišnjeg odmora koji nije korišten zbog bolesti. Naime, prema odredbama Zakona o radu, razdoblje prijenosa iznosi 6 mjeseci od isteka kalendarske godine za koju je pravo na plaćeni godišnji odmor stečeno pa u tom smislu, kako su i pokazale prethodne usporedbe, postoji neusklađenost spomenute odredbe Zakona o radu s relevantnim odredbama Konvencije, odredbama Direktive 2003/88/EZ odnosno s odlukama Suda pravde EU kojima se navedena Direktiva tumači. Ovakva neusklađenost odredaba Zakona o radu rezultira negativnim posljedicama kako na položaj radnika, tako i na položaj poslodavaca u Republici Hrvatskoj.

U Republici Hrvatskoj poslodavci, sukladno odredbama članka 84. st. 4. Zakona o radu te pod utjecajem Mišljenja nadležnog ministarstva o tumačenju navedene odredbe, kao i u strahu od prekršajnih sankcija, radnicima koji su bili na dugotrajnom bolovanju neće omogućiti korištenje godišnjeg odmora nakon 30. lipnja sljedeće kalendarske godine. Ako bi se radnik, u takvim okolnostima odlučio obratiti sudu, njegov uspjeh pred prvostupanjskim sudom mogao bi biti upitan, što pokazuje i u radu analizirana odluka jednog općinskog suda u Republici Hrvatskoj koji se u svojoj odluci poziva na Mišljenje nadležnog ministarstva, a u isto vrijeme niti na jednom mjestu ne uzima u obzir bogatu praksu Suda pravde EU o navedenom pitanju. Ukoliko korekcija pogrešnog pravnog shvaćanja prvostupanjskog suda uslijedi od strane drugostupanjskog, žalbenog suda (a što se i dogodilo u analiziranoj odluci jednog županijskog suda u Republici Hrvatskoj) i to kroz institut ukidanja

takve odluke i vraćanja predmeta na ponovno odlučivanje prvostupanjskom sudu, od podnošenja tužbe sudu do donošenja pravomoćne sudske odluke može proteći i nekoliko godina. Dugotrajnost sudskih postupaka, povezana je i s visokim troškovima postupka, a njih na kraju snosi ona strana koja nije uspjela u sporu. Nadalje, u Republici Hrvatskoj, dugotrajnost sudskih postupaka i posljedično visoki troškovi postupka rezultiraju nesklonošću radnika koji su bili na dugotrajnom bolovanju da se za zaštitu povrijeđenog prava obrate sudu pa često ostaju uskraćeni na pravo na plaćeni godišnji odmor nakon 30. lipnja sljedeće godine. Dakle, usklađivanje odredaba članka 84. stavka 4. Zakona o radu je nužno, a na hrvatskom zakonodavcu je da procijeni koliko će razdoblje prijenosa trajati, akceptirajući činjenicu da to razdoblje mora biti takvo da ne ugrožava pravo na plaćeni godišnji odmor te da ne smije biti kraće od 9 mjeseci. Nadalje, trebalo bi uzeti u obzir i činjenicu da zbog preduogog trajanja razdoblja prijenosa godišnji odmor može izgubiti pozitivan učinak na radnika u smislu razdoblja odmora, ali i stvoriti poteškoće poslodavcu u kontekstu organizacije rada. Hrvatskom zakonodavcu, na tom bi putu, kao smjernica moglo poslužiti razdoblje prijenosa od 15 mjeseci koje se smatra sukladnim Direktivi kao i razdoblje prijenosa od 18 mjeseci koje propisuje Konvencija br. 132 Međunarodne organizacije rada.

Literatura

De Bloom, J., Geurts, S.A.E., Taris, T.W., Sonnentag, S., De Weerth, C., Kompier, M.A.J. (2010). Effects of vacation from work on health and well-being: Lots of fun, quickly gone. *Work & Stress*. 24, 2. 196-216.

De Bloom, J., Geurts, S.A.E., Kompier, M.A.J. (2012). Vacation (after-) effects on employee health and well-being, and the role of vacation activities, experiences and sleep. *Journal of Happiness Studies*. 14, 2. 613-633.

EURES (EUROpean Employment Services: *Why you should always use your annual leave*, Retrieved 15, July 2024, from https://eures.europa.eu/why-you-should-always-use-your-annual-leave-2022-09-16_en

Europski parlament, *Kratki vodič o Europskoj uniji – 2024*, Pristupljeno 30. siječnja 2024, https://www.europarl.europa.eu/erpl-app-public/factsheets/pdf/hr/FTU_1.3.10.pdf

Frntić, D.F., Gović Penić, I., Hanzalek, D., Milković, D., Novaković, N., Rožman, K., Zovko, V. (2023). *Detaljni komentar Zakona o radu*. Zagreb, Rosip, d.o.o.

Gović Penić, I. (2024). Vremensko ograničavanje korištenja prenesenog godišnjeg odmora u domaćoj sudskoj praksi i praksi Suda EU. *Informator*. 6830.11-15.

Gump, B. B., & Matthews, K. A. (2000). Are vacations good for your health? The 9-year mortality experience after the multiple risk factor intervention trial. *Psychosomatic Medicine*. 62. 608–612.

Ministarstvo rada, mirovinskoga sustava, obitelji i socijalne politike, *Prenošenje godišnjeg odmora u slijedeću kalendarsku godinu - bolest*, Pristupljeno 15. lipnja 2024, <https://uznr.mrms.hr/prenosenje-godisnjeg-odmora-u-slijedecu-kalendarsku-godinu-bolest/>

Potočnjak, Ž., Grgić, A., Čatipović, I. (2014). The right to paid annual leave: the implication of accession. *Croatian Yearbook of European Law & Policy*. 10 (1). 159-187.

Subotić, V. (2021). Pravo na godišnji odmor prema međunarodnim izvorima. *Radno pravo*. 6. 3-11.

Turkalj, K., Turkalj, A. (2022). Kriteriji za razgraničenje radnog vremena od vremena odmora u praksi Suda EU-A. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. 43 (1). 83-102.

Pravni akti

Charter of Fundamental Rights of the European Union. *Official Journal of the European Communities*. C 364/01 (2000)

Direktiva 2003/88/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 4. studenoga 2003. o određenim vidovima organizacije radnog vremena. *Službeni list*. Br. 299 (2003)

Konvencija 132 - Konvencija o plaćenom godišnjem odmoru (revidirana). *Narodne novine*. Br. 3 (2002)

Ustav Republike Hrvatske. *Narodne novine*. Br. 56(1990), 135(1997), 08(1998), 113(2000), 124 (2000), 28 (2001), 41(2001), 55(2001), 76(2010), 85(2010), 05(2014)

Zakon o radu. *Narodne novine*. Br. 93(2014), 127(2017), 98(2019), 151(2022), 46(2023), 64(2023)

Sudska praksa

Case C-350/06 *Gerhard Schultz-Hoff v Deutsche Rentenversicherung Bund* [2009] ECLI:EU:C:2009:18

Case C-520/06 *Stringer and Others v Her Majesty's Revenue and Customs* [2009] ECLI:EU:C:2009:18

Case C- 214/10 *KHS AG v Winifried Schulte* [2011] ECLI:EU:C:2011:761

Case C-337/10 *Georg Neidel v Stadt Frankfurt am Main* [2012] ECLI:EU:C:2012:263

Case C-214/16 *Conley King v The Sash Window Workshop Ltd and Richard Dollar* [2017] ECLI:EU:C:2017:914

Case C-684/16 *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften* [2018] ECLI:EU:C:2018:874

Case C-762/18 *QH protiv Vrhoven kasacionen sad na Republika Bulgaria* [2020] ECLI:EU:C:2020:504

Case C-37/19 *CV protiv Iccrea Banca SpA Istituto Centrale del Credito Cooperativo* [2020] ECLI:EU:C:2020:504

Case C- 271/22 do C-275/22: *XT (C-271/22), KH (C-272/22), BX (C-273/22), FH (C-274/22), NW (275/22) v Keolis Agen SARL* [2023] ECLI:EU:C:2023:834

Case C- 271/22 do C-275/22: *XT (C-271/22), KH (C-272/22), BX (C-273/22), FH (C-274/22), NW (275/22) v Keolis Agen SARL* [2023], Mišljenje nezavisne odvjetnice Tamare Čapeta, ECLI:EU:C:2023:243

Općinski sud u Čakovcu, Odluka br. 7:Pr- 598/21 od 09. srpnja 2021.

Županijski sud u Zagrebu, Odluka br. 37. Gž R- 2131/2021 od 06. prosinca 2022.

Dragana Bjelić Gaćeša, LL.D,

Assistant Professor,

Faculty of Law, University „J. J. Strossmayer” in Osijek,

Republic of Croatia

CHALLENGES IN EXERCISING THE RIGHT TO ANNUAL LEAVE FOR WORKERS ON LONG-TERM SICK LEAVE IN THE REPUBLIC OF CROATIA

Summary

The right to paid annual leave is one of the fundamental rights in the employment relationship. As such, it is incorporated in a number of legal acts, at the international, regional as well as the national level. The purpose of this right is to enable the worker to rest from physical and/or mental work, enjoy his/her relaxation and leisure time, and restore his/her working abilities. In accordance with the practice of the Court of Justice of the European Union (CJEU), the right to paid annual leave is a particularly important principle of Community social law, for which reason it must be recognized for each worker, regardless of his/her health status. However, in the Republic of Croatia, the exercise of the right to paid annual leave for workers who were on long-term sick leave was followed by significant difficulties after the workers' return to work. In the context of the institute of transferring annual leave to the next calendar year, Article 84 of the current Croatian Labor Law states that a worker who, due to illness, does not use annual leave in full or in part in the calendar year in which it was earned, has the right to use it upon return to work, but no later than June 30 of the next calendar year. The question arises how a worker who has spent two, three or more years on long-term sick leave will fit into this provision. Will this legal solution deprive him/her of the right to paid annual leave? The aim of the paper is to analyze the relevant provisions of Croatian positive law on the right to paid annual leave and the possibility of transferring it to the next calendar year, to correlate them with the relevant European directives and the CJEU decisions, to draw conclusions on their compliance with EU law, and to discuss their impact on the position of workers and employers in the Republic of Croatia.

Keywords: *right to annual leave, long-term sick leave, Croatian Labor Law, Court of Justice of the European Union.*

СЕСИЈА ЗА МЕЂУНАРОДНО ПРАВО

INTERNATIONAL LAW SESSION

Др Сања Грбовић,*
Сарадница у настави,
Правни факултет,
Универзитет Црне Горе у Подгорици,
Република Црна Гора

UDK: 342.7-055/1/.3(4-672EU)

UDK: 341.645(4-672EU)

DOI: 10.5281/zenodo.14515925

ЕВРОПСКИ ПУТ КА РОДНОЈ РАВНОПРАВНОСТИ - ПРАВНИ И ИНСТИТУЦИОНАЛНИ ОКВИР ЗА ИЗГРАДЊУ ЕГАЛИТАРНЕ УНИЈЕ**

Апстракт: Родна равноправност представља једну од темељних вриједности Европске уније и демократског друштва. Унапрјеђење равноправности полова један је од основних задатака Уније у свим њеним активностима, имајући у виду чињеницу да је овај принцип један од главних начела европског стуба социјалних права. Захваљујући својим директивама о равноправности жена и мушкараца на радном мјесту, samozapoшљавању, социјалној сигурности, флексибилним радним условима за родитеље и старатеље, Унија је утицала на креирање правних стандарда унутар држава чланица, истовремено указујући на области које ће захтијевати додатно ангажовање, у смислу унапрјеђења националних законодавстава и усклађивања са европским стандардима, како би у коначном обезбиједили заштиту од дискриминације по основу пола.

Кључне ријечи: право ЕУ, родна равноправност, женска људска права, Суд ЕУ.

1. Уводна разматрања

Принцип родне равноправности је, на међународном нивоу, присутан још од педесетих година прошлог вијека, тачније од конвенција Међународне организације рада, попут Конвенције о једнакости награђивања

* sanjag@ucg.ac.me, [ORCID ID 0000-0003-3172-8136](https://orcid.org/0000-0003-3172-8136)

** Рад је изложен на Међународној научној конференцији „Правни принципи у савременом праву“ која је одржана 19. и 20. априла 2024. године у организацији Правног факултета Универзитета у Нишу.

мушке и женске радне снаге за рад једнаке вриједности из 1951. године (бр. 100)¹ и Конвенције о дискриминацији (запошљавање и занимање) из 1958. године (бр. 111)² које су биле увертира за члан 119 УЕЗ (члан 141 ЕЗ, данас члан 157 Уговора ФЕУ) уврштавајући у европско законодавство начело родне равноправности. Треба имати у виду да се у самим зачецима Европске економске заједнице, првенствено инсистирало на равномјерној дистрибуцији радне снаге у државама чланицама, да би, креирање социјалног тржишта, које ће захтијевати ништа мање пажње од економске и финансијске интеграције, било одгођено за деценију касније (Мартин, 2008: 301).

Кроз примарно законодавство Уније, принцип родне равноправности се развијао од Римских оснивачких уговора (1957), затим кроз више пута мијењани и допуњавани Јединствени европски акт (1987), Уговор о ЕУ (1992), ревидирани Уговор из Амстердама (1999), Уговор из Нице (2000) и на крају Уговор из Лисабона (2009) са Повељом ЕУ о основним правима.³ С друге стране, са развојем секундарног законодавства, као и радом Комисије, Парламента и Савјета, омогућено је константно унапријеђење политика родне равноправности унутар Уније. Још од 1957. године, највише се постигло доношењем директива, које су се у пракси показале као најфлексибилније правно средство којим државе чланице прилагођавају национална законодавства са законодавством Уније у области родне равноправности.

У наставку рада, акценат ће бити стављен на процес унапријеђења политика родне равноправности унутар Уније који несумњиво изискује константно ангажовање, не само европских, већ и националних институција, како би у коначноме могао бити и остварен толико прижељкивани циљ, односно реализација пуне родне равноправности.

2. Прве директиве из области родне равноправности

Прва директива из области родне равноправности је Директива 75/117/ЕЕЗ⁴ која првенствено има за циљ спровођење процеса хармонизације

¹ Конвенција бр. 100, о једнакости награђивања мушке и женске радне снаге за рад једнаке вриједности, усвојена 29. јуна 1951. године.

² Конвенција бр. 111 о дискриминацији (запошљавање и занимање), усвојена 25. јуна 1958. године.

³ Уговор ЕУ из Лисабона ступио на снагу 1. децембра 2009. године и дефинише равноправност полова у члановима 2, 6, 10 и 19 УЕУ, а Повеља ЕУ о основним правима у члану 21 (принцип недискриминације) и члану 23 (принцип родне равноправности).

⁴ Директива 75/117/ЕЕЗ, 1975, О.Ј. (Л.45) 19.

националних законодавства држава чланица са принципом једнаких зарада за рад једнаке вриједности. Питања социјалне сигурности остају ван домаћаја ове Директиве. Осим обавезе укључивања принципа једнаке зараде, државе чланице дужне су отклонити било који вид дискриминације по основу пола који би се могао наћи у колективним уговорима, платним разредима или индивидуалним уговорима.

За разлику од Директиве 75/117/ЕЕЗ, Директива 76/207/ЕЕЗ⁵ бави се увођењем равноправног третмана мушкараца и жена приликом запошљавања, каријерног напредовања, стручног усавршавања и услова рада. Ова Директива осим што забрањује посредну и непосредну дискриминацију по основу пола, посебно истиче забрану дискриминације на основу породичног или брачног статуса, уз напомену да се дискриминацијом не сматрају посебне мјере које се односе на заштиту трудница, као и материнства.⁶ У самој преамбули Директиве признаје се да је једнакост „*радника мушког пола и радница женског пола*” један од циљева Заједнице који скупа са питањима социјалне сигурности и услова рада представља и сврху саме Директиве. Европски законодавац, у наставку, утврђује да принцип једнаког поступања подразумева одсуство било ког вида дискриминације, директне и/или индиректне, по основу пола.⁷ Важно је напоменути да је Директива 76/207/ЕЕЗ касније допуњена Директивом 2002/73/ЕЗ,⁸ а која данас чини саставни дио Директиве 2006/54.

У истом периоду усвојена је и Директива 79/7/ЕЕЗ,⁹ о прогресивној имплементацији принципа једнаког третмана оба пола по питању социјалног осигурања, која већ у члану 1 дефинише интенцију постепене имплементације принципа једнаког поступања. Члан 1 на овај начин забрањује директну и индиректну дискриминацију по основу пола, као и ону везану за брачни или породични статус. Ова Директива се претежно односи на радно становништво, као и на пензионере, односно инвалидне раднике и samozапослене особе. Члан 3 став 2 дефинише да одредбе које се односе на наследно право, на надокнаде и оне које се односе на породичне надокнаде остају ван домаћаја Директиве, док остаје право држава чланица да искључе из пред-

⁵ Директива 76/207/ЕЕЗ, о имплементацији принципа једнаког третмана мушкараца и жена приликом запошљавања, унапрјеђења и услова рада.

⁶ Директива 76/207/ЕЕЗ, члан 2 став 3.

⁷ Директива 76/207/ЕЕЗ, члан 2.

⁸ Директива 2002/73/ЕУ, ОЈ Л 269, 5.10.2002, стр. 15–20.

⁹ Директива 79/7/ЕЕЗ о прогресивној имплементацији принципа једнаког третмана за мушкарце и жене по питањима социјалног осигурања.

мета Директиве: одређивање старосне доби за одлазак у пензију, као и евентуалне последице које произилазе по остале надокнаде; одређивање предности за старосне пензије особама које су подигле дјецу, као и право на надокнаду након периода прекида рада ради подизања дјеце; одобравање пензије (старосне или инвалидске) преко пренесених права супруге; увећање надокнаде за дугорочни инвалидитет, старост, повреду на раду, професионалног обољења супруге као издржавано лице; коришћење права избора да се не стекну права и обавезе сходно законској шеми (за период прије усвајања Директиве).¹⁰ Битно је напоменути да ће, у овом случају државе чланице периодично провјеравати да ли и даље постоји оправданост за задржавање поменутих искључења, имајући у виду степен друштвеног развоја у тој области.¹¹

Поред претходно анализираних директива, имамо и Препоруку Савјета 84/635/ЕЕЗ¹² из 1984. године, која наводи као неопходну, сарадњу са свим државама чланицама и њиховим институцијама, у циљу боље заштите права жена у области запошљавања. У препоруци се даље образлаже и потреба усвајања механизма, како на европском, тако и на националном нивоу који би обезбиједили једнаки третман мушкараца и жена у радноправним односима, додатно охрабрујући жене да се кандидују за каријерна унапријеђења, да започну/наставе професионална усавршавања и слично.

Директива 86/378/ЕЕЗ¹³ о имплементацији принципа једнаког третмана мушкараца и жена у програмима професионалног социјалног осигурања, усвојена је пар година касније, и већ у члану 2 показује свој резидуални карактер у односу на Директиву 79/7. Исти члан 2 у ставу 2 дефинише област дјеловања Директиве, која се не примјењује на: индивидуалне уговоре; програме које имају само једног члана; на уговоре о осигурању у којима као једна страна уговора није послодавац; на факултативне програме социјалног рада који се нуде индивидуално. Даље, у члану 3 дефинисано је да се Директива односи и на samozапослена лица чији је рад био прекинут ради болести, материнства, незгоде или недобровољне незапослености, као и на особе које су у потрази за послом. Ова Директива је касније измијењена Директивом 96/97/ЕЗ¹⁴

¹⁰ Члан 7.

¹¹ Члан 7, став 2.

¹² Препорука Савјета од 13. децембра 1984. године о промовисању позитивне акције за жене, 84/635/ЕЕЗ, СЛ. Л 331, стр. 34.

¹³ Директива 86/378/ЕЕЗ, о имплементацији принципа једнаког третмана мушкараца и жена у програмима социјалног осигурања на основу рада.

¹⁴ Директива 96/97/ЕЗ, СЛ. Л. 46.

која у члану 2 наводи своју област дјеловања, попут програма професионалног социјалног осигурања за које није мјеродавна директива 79/7/ЕЕЗ. Члан 3 додаје нову категорију запослених, и то раднике инвалиде и оне који у њихово име траже запослење „у складу са националним законом и/ли праксом”, док члан 6 предвиђа десет случајева који су супротни принципу равноправности полова.

Посебан вид заштите у радноправним односима уживају труднице захваљујући, не само Директиви 76/207, већ и Директиви 92/85/ЕЕЗ која уводи мјере за подстицање побољшања сигурности и здравља на раду трудних радница и радница које су недавно родиле или доје.¹⁵ Члан 2 ове Директиве даје дефиниције ових појмова, док члан 5 додатно штити права радница уколико би дошло до промјена околности, и то таквих да би исте могле бити током посла изложене опасности по сигурност и здравље. Што се тиче родитељског допушта, члан 8 наводи минимум 14 седмица распоређених прије или после порођаја у складу са националним законодавством.

Секундарно законодавство ЕУ, а нарочито директиве усвојене након Амстердамског уговора предвиђају потпуно поштовање принципа једнакости, као и принципа заштите од дискриминације. У том смислу, 2004. године усвојена је Директива о спровођењу начела једнаког поступања према мушкарцима и женама у приступу и набавци робе, односно пружања услуга 2004/113/ЕЗ¹⁶ која забрањује полну дискриминацију у области роба и услуга, док је 2006. године усвојена Директива о равноправности полова 2006/54/ЕЗ¹⁷ која гарантује једнак третман у приступу запослења и рада.

2.1. Новости уведене Уговором из Амстердама

Тек са Уговором из Амстердама, Унија је из економске, прерасла у политичку заједницу увођењем социјалних права у европско законодавство, гдје се у члану 2 међу набројаним задацима Заједнице наводе социјална заштита и једнакост између мушкараца и жена. У члану 141 (бивши члан 119 Римског уговора) став 1 дефинисано је да ће свака држава чланица обезбиједити примјену принципа једнаких зарада за рад једнаке вриједности, док се у ставу 3 истог члана омогућује Савјету да, у складу са дефинисаном процедуром, усвоји мјере како би обезбиједио примјену принципа једнаких могућности и једнаког третмана мушкараца и жена у радноправним односима.

¹⁵ Директива 92/85/ЕЕЗ, ОЈ Л 348.

¹⁶ Директива 2004/13/ЕЗ, ОЈ Л 373, стр. 37-43.

¹⁷ Директива 2006/54/ЕЗ, ОЈ Л 204, стр. 23-36.

Члан 141 став 2 дефинише да је зарада „...редовна основна или минимална зарада или плата и свака друга накнада, у новцу или натури, коју радник непосредно или посредно прима од свог послодавца по основу запослења”. Суд ЕУ оваквом појму зарада даје широко тумачење обухватајући: путне трошкове¹⁸, одређене пензионе накнаде дефинисане пензионим шемама послодавца,¹⁹ привремену спријеченост за рад због болести,²⁰ отпемнину,²¹ породилшко одсуство²² као и накнаду због незаконитог отказа.²³ Међутим, иако социјално осигурање није искључено из термина „рау”, односно зараде, одређени фактори га искључују из члана 141 и то: уколико је износ будуће пензије био већ предодређен законом, без договора са послодавцем и уколико је био предвиђен обавезан одлазак у пензију за све запослене.²⁴ Накнадне пресуде Суда ЕУ²⁵ су утицале да једини облик социјалног осигурања који остаје ван домашаја члана 141 Уговора ЕЗ буде онај предвиђен генерално за све раднике који су своја средства обезбеђења добили из државних ресурса.

Како би били у стању да процијенимо да ли је дошло до повреде принципа једнаких зарада дефинисаних чланом 141, и како би одредили појам рада, потребно је узети у обзир више ствари и то: природу посла, потребне реквизите за обављање тог истог посла, као и радне услове у којима се исти одвија (Бернард, 2007). У том смислу је Директива 75/117²⁶ била од помоћи, јер је већ у члану 1 навела да класификација посла може бити метода одређивања да ли мушкарац и жена раде посао исте или сличне вриједности. Тадашњи члан 1, а садашњи члан 4 став 2 Консолидоване Директиве додаје „...ако се за одређивање плате користи систем класификације радних мјеста, он се мора темељити на истим критеријумима за мушкарце и жене и бити састављен тако да искључује сваку дискриминацију на темељу пола”.

Са Уговором из Амстердама принцип родне равноправности добија ширу димензију и домашај, не базирајући се само на аспекте радног

¹⁸ Случај C-12/81 *Garland v. British Rail Engineering*.

¹⁹ Случај C-170/84 *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz*.

²⁰ Случај C-171/88, *Rinner-Kuhn v. FWW Spezial-Gebaundereinigung GmbH&Co.KG*.

²¹ Случај C-262/88, *Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group*.

²² Случај C-342/93, *Gillespie v. Northern health and Social services Bord*.

²³ Случај C-167/97, *R. v. Secretary of State for Employment ex parte Seymour-Smith and Perez*.

²⁴ Craig P., de Burca G., „*EU Law: Text, Cases and Materials*”, Oxford University Press, 3rd. ed, 2003, стр. 866.

²⁵ Случај C-23/83, *Liefding v. Academisch Ziekenhuis bij Universiteit van Amsterdam* и C-171/88 *Rinner-Kuhn v. FWW Spezial Gebaundereinigung GmbH&Co KG*

²⁶ Директива 75/117/ЕЕЗ, OJ L 45, стр. 19–20.

права. Заједница више није промотер и координатор међу државама чланицама социјалне и образовне политике, већ подршка тим истим државама чланицама да оне саме, својим механизмима, промовишу наведене вриједности, не искључујући могућност Заједнице да директно дјелује (Giubboni, 2003: 185).

Још једна од новости уведених Уговором из Амстердама јесу и мјере позитивног дејства које су се раније везивале за директиве, а које сада постају дио уговора, сматрајући да оваква одлука европског законодавца има упориште у случајевима Суда ЕУ, попут случајева Каланке и Маршал.

Уколико би конфронтирали члан 141 УЕЗ и члан 2 став 4 Директиве 76/207²⁷ лакше би сагледали важност донијетих измјена члана 119 Уговора ЕЗ. Лингвистичке промјене европског законодавца потврђују његову намјеру да принцип родне равноправности треба бити поштован, не само у иницијалном моменту, већ и у достигнутом резултату, гарантујући на тај начин маскимално поштовање једнакости између мушкараца и жена. Овакав тип промјене уочавамо и у члану 141 став 4 који инкорпорира принцип позитивне дискриминације и који више не користи термин „жена” већ говори о недовољно заступљеном полу (врло неутрална терминологија мора се признати) гдје опет видимо утицај горе наведених случајева Суда ЕУ који су навели европског законодавца на овакав избор.

2.2. Повеља ЕУ о основним правима

Повеља ЕУ о основним правима је првобитно представљала једну врсту тзв. *soft law*-а Европске уније све до Уговора из Лисабона, када Повеља постаје сасатвани дио примарног законодавства Уније и самим тим правно обавезујућа. Са својих седам поглавља, Повеља не само што је постала правно обавезујући акт, већ је представљала и једну врсту Билтена права Уније. Чланови Повеље од 20 до 26 баве се важношћу принципа једнакости, с тим да члан 20 одговара принципу једнакости садржаном у националним уставима, док члан 21 забрањује дискриминацију на основу отворене листе и уграђује принцип недискриминације. Што се тиче осталих чланова, члан 22 се бави културном, вјерском и језичком разноликошћу, док је у члану 23 интегрисана клаузула о родној равноправности.²⁸

²⁷ Директива 76/207/ЕЕЗ, ОЈ Л 39, стр. 40–42.

²⁸ У том смислу, у циљу остваривања јединственог тржишта, Европска унија је морала обезбиједити комплетну интегрисаност принципа једнакости и недискриминације

3. Судска пракса

Један од познатијих случајева Суда ЕЗ који се тицао тумачења Директиве 75/117/ЕЕЗ био је случај *Defrenne*.²⁹ Госпођа Дефрен била је стјуардеса на авио компанији Себена и сматрала је себе жртвом дискриминације по основу пола. Имајући у виду своје квалификације, примала је мању зараду од својих мушких колега за исти рад, а све то је сматрала противно члану 119 Уговора ЕЗ. Суд ЕЗ је тада био у једном незавидном положају, нарочито ако узмемо у обзир тадашњи историјски контекст у којем, приликом закључења првог транзиторног периода, није још увијек дошло до испуњавања обавеза из члана 119 УЕЗ јер се исти одложио, одлуком Савјета, за 31. децембар 1964. године. Са друге стране Комисија није покренула нити један поступак због неиспуњавања обавеза из Уговора на основу члана 226 ЕЗ, тако да се Суд ЕЗ тада једино могао позвати на Директиву 75/117/ЕЕЗ о једнаким зарадама за мушкарце и жене.³⁰ Суд ЕЗ је у овом случају имао кључну улогу у дефинисању појма „зараде“, која не укључује само основну плату, већ и додатке на основу прековременог рада, бонусе, дневнице, отпремнине у случају отпуштања или одласка у пензију и остале. У том смислу, Суд ЕЗ је у случају *Defrenne* признао директно хоризонтално дејство члана 119 УЕЗ узимајући у обзир природу и сврху самог члана. Како се може видјети и из пресуде „...овај је циљ наглашен уношењем члана 119 у поглавље посвећено социјалној политици, чија уводна одредба, тј. члан 117, истиче „потребу промовисања побољшавања животних и радних услова радника, омогућавајући тиме њихово уједначавање у напретку“.³¹ Суд ЕЗ је признао да, начело једнаких зарада за мушкарце и жене, нема само економску конотацију, већ и људску димензију. Захваљујући признавању директног дејства члана 119, па самим тим и његовог фундаменталног карактера, уочавајући инерцију институција држава чланица у том периоду, Суд ЕУ је отворио врата за додатно правно и нормативно продубљивање метарије из угла дискриминације, не само по питању зарада, већ и шире (Мори, 1996:571).

Случај *Kalanke*³² узроковао је бројне дебате како правника и институција, тако и невладиног сектора у оквиру европског законодавства о дозвољености мјера афирмативне акције, односно да ли увођење тих мјера предстваља одступање од принципа једнаког третмана. Реги-

унутар *acquis communautaire*-а.

²⁹ Случај C-43/75, *Defrenne*.

³⁰ Директива 75/117/ЕЕЗ.

³¹ Случај C-43/75, *Defrenne*, параграф 10.

³² Случај C-459/93 *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen*.

онални закон у Њемачкој је предвиђао мјере афирмативне акције за мање заступљени пол у областима професионалног напредовања и у ситуацијама кад су кандидати мушког и женског пола били подједнако квалификовани. У конкретном случају радило се о јавном конкурсима за радно мјесто вође сектора баштованских услуга у општини Бремен на који су се јавили Каланке и Глисман. Оба кандидата су посједовала исте квалификације, али дирекција комуналних услуга је одлучила предложити да посао добије кандидат мушког пола, односно господин Каланке. Предлог дирекције није био прихваћен од стране управе за кадрове, па се господин Каланке обратио националним судовима сматрајући да би он требао да има предност у односу на колегиницу Глисман, поготово ако се узме у обзир чињеница да издржава жену и двоје дјеце школског узраста. Суд ЕУ, који је у овом случају био позван да одлучи, сматрао је да мјере афирмативне акције представљају одступање од једнаког третмана, не узимајући у обзир да се ради о квотама које отклањају недостатак жена на руководећим мјестима. Коментаришући пресуду Суда ЕУ Комисија³³ је сматрала да нису све квоте противне праву и једнаком третману наводећи читав низ афирмативних мјера које су биле у складу са чланом 2 став 4 Директиве 76/207/ЕЕЗ. Послије одређеног броја случајева, тачније након пресуде *Marshall*,³⁴ Суд је ипак дошао до закључка да су мјере афирмативних акција дозвољене уколико уклањају постојеће неравноправности, тј. ако имају за циљ надомјестити немогућности у професионалном остваривању и изградњи каријере за особе женског пола.

Случај *Kalanke* је више пута био предмет критика држава чланица и европских институција, јер је остао недоречен у погледу дефинисања мјера афирмативних акција које су се сматрале дозволјене, да би тек 1997. године, у случају *Marshall* појаснио низ нејасноћа из прошлости. Суд ЕУ је и у овом случају био позван да тумачи члан 2 и члан 4 Директиве 76/207. У конкретном случају ради се о господину Маршалу, њемачком држављанину, по занимању учитељу, који је поднио захтјев за прелазак на радно мјесто вишег ранга, али му захтјев бива одбијен, јер је то радно мјесто требало бити додјељено кандидату женског пола. У суштини, оба кандидата су имали исте квалификације, али имајући у виду чињеницу да је већина руководећих мјеста у области образовања била заузета радницима мушког пола, кандидати женског пола су имали предност у односу на оне мушког пола, на основу интерног статута. Суд ЕУ је према мишљену неких аутора покушао на више начина

³³ СОР (96) 88.

³⁴ Случај C-409/95 *Hellmut Marschall v Land Nordrhein-Westfalen*.

да раздвоји овај случај са претходним *Kalanke*, покушавајући да учини логичним промјену и преокрет у одлуци у односу на претходни, сматрајући да је овакав преференцијални третман у складу са принципом забране дискриминације (Нани, 1998:390). Тумачење мјера афирмативне акције у овом случају треба бити у смислу да побољша конкуритивне могућности жена на послу у свим оним случајевима у којима постоји неједнакости међу половима (Pollicino, 2005:120). Суд закључује да „...национална норма која, у случају кад на одређеном нивоу који дотично радно мјесто заузима у сектору јавне службе има мање жена него мушкараца, а женски и мушки кандидати једнако су квалификовани за то мјесто у погледу подобности, стручности и професионалних резултата, обавезује да се предност при унапријеђењу да женским кандидатима, осим када разлози специфични за мушкога кандидата превагну у његову корист, није у супротности с чланом 2 ставовима 1 и 4 Директиве Савјета 76/207/ЕЕЗ”.³⁵

Ако се осврнемо на судску праксу у области родитељског одсуства, видећемо да је у случају 312/86 *Commission v. France*³⁶, Француска у оквиру колективних уговора прописивала посебне услове за жене, попут скраћеног радног времена за старије раднице, одсуства у случају болести дјетета и сл. Суд ЕЗ је сматрао да Француска није у довољној мјери образложила регулативу и да усвојене мјере нису могле имати правни основ у члану 2 Директиве 76/207, нарочито ако имамо у виду чињеницу да је исти имао за циљ да допусти све оне мјере које су, иако на први мах дјеловале дискриминаторне, у суштини имале намјеру да елиминишу, или значајно умање, неједнакости које могу постојати у реалности социјалног живота. Став Комисије у овом случају је био да друштвени односи и родне улоге у Француској су такве, да би усвојене мјере дискриминисале многе очеве који дијеле све обавезе у оквиру породичног живота. Самим тим не треба ни занемарити чињеницу да закони не смију да игноришу немогућности које једна социјална група има у односу на другу. На крају, битно је напоменути да је након овог случаја, Суд закључио да се породилско боловање односи само на период одмах након рођења дјетета, и ни у ком случају не обухвата период када је дијете већ стасало да иде у школу.

Када говоримо о родитељском одсуству, треба се осврнути и на аспект очинског одсуства који је био предмет бројних случајева Суда ЕУ. Тако у случају *Hofman v. Barmer*³⁷ поставило се питање интерпретације члана

³⁵ Случај C- 409/95 *Marschall*.

³⁶ Случај C-312/86 *Commission v. France*.

³⁷ Случај C-184/83 *Hofman vs. Barmer Erstattkasse*.

2 став 3 Директиве 76/207. Господин Хофман је тражио родитељско одсуство, тј. очинско одсуство након рођења дјетета, јер се његова дјевојка жељела вратити на посао, не користећи период породилског боловања на који је имала право. Према Њемачком законодавству, жене су имале право на обавезно одсуство од осам недјеља након рођења дјетета и на изборно одсуство од још три мјесеца, односно све док дијете не напуни шест мјесеци живота. Пошто је Њемачка заузела став да се тај вид одсуства не односи на очеве, Суд ЕЗ је након тумачења члана 2 став 3 Директиве закључио да је његова основна сврха да се „...осигура заштита женског физичког стања у трудноћи и након, све до тренутка када јој се физиолошке и менталне функције врате у нормалу након порођаја; друго, легитимно је да се заштити посебан однос између жене и њеног дијетета у периоду који слиједи након трудноће и порођаја, спречавајући да однос буде узнемирен због вишеструких оптерећења која би резултирала из истовремене потраге за запослењем”.³⁸

Случај *Bilka*³⁹ тицао се неједнаког третмана радника запослених на одређено и неодређено вријеме и њиховог остваривања права на пензију. Билка, који је био један од познатијих ланаца продавница широм Њемачке, запошљавао је више хиљада људи, и према њиховој пензионој политици, радници на одређено вријеме су стицали право на пензију само ако су претходних 15 година радили пуно радно вријеме, за укупан период од 20 година. У овом случају, госпођа Вебер је 11 година радила пуно радно вријеме након којих је прешла да ради на одређено радно вријеме, тако да није стекла услове за одлазак у пензију. Госпођа Вебер сматрала је да су јој тиме угрожена права на основу члана 119 Уговора ЕЗ, односно принципа једнаких зарада, узимајући у обзир и чињеницу да је више жена било ангажовано на одређено радно вријеме како би исте били у стању да се старају о породици и дјечи. У овом случају Суд ЕЗ је одлучио да се ради о посредном виду дискриминације, супротно члану 119 Уговора ЕЗ.

У случају *Jenkins*⁴⁰ дошло је до неравноправног обрачуна радних сати запослених, у смислу да се сат рада запослених на пуно радно вријеме вредновао 10% више од сата рада запослених на одређено радно вријеме. Пошто су на скраћено радно вријеме углавном биле запослене жене, у конкретном случају госпођа Јенкинс, која је скоро $\frac{3}{4}$ радног времена радила на истим пословима као и њене колеге са пуним радним временом, Суд је сматрао да се ради о дискриминацији по основу пола,

³⁸ Ибид, параграф 25.

³⁹ Случај C-1170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz*.

⁴⁰ Случај C-96/80 *Jenkins v. Kingsgate Ltd*.

јер је послодавац имао намјеру да жене стави у неповољнији положај у односу на мушкарце.

Када говоримо о радницима и одласцима на боловања, Њемачки закон је предвиђао обавезу за послодавце да плаћају боловања својим радницима, не дуже од шест седмица, остављајући ван домашаја закона хонорарце који су радили мање од 10 сати недјељно. У овом случају, ова одредба је углавном погађала жене, па је госпођа Ринер-Кухн која је радила 10 сати седмично тражила да јој буде исплаћено вријеме од осам сати које није могла радити услед болести. Суд је и у овом случају констатовао повреду члана 119 Уговора ЕЗ, са образложењем да, одредба наноси штету већем броју радника припадницима само једног пола, чиме држава чланица, у овом случају Њемачка, мора доказати да се ради о објективним факторима који се не могу повезати са ниједним видом дискриминације.⁴¹

Проширење права *part-time* радника можемо видјети и у наредна два случаја. У првом, *Kowalska*,⁴² на основу колективног споразума о платама било је предвиђено плаћање четворомјесечне отпремнине само радницима запосленим на неодређено вријеме, искључујући тако запослене на одређено вријеме. Суд ЕЗ је закључио да се и у овом случају ради о повреди члана 119 Уговора о ЕЗ, будући да је већи број жена био тиме погођен без објективног оправдања, додајући да „...дискриминисана особа мора бити третирана исто онолико повољно као и особа која потпада под поменути план, и да отпремнина мора бити плаћена сразмјерно сатима накупљеним радом на одређено вријеме”.⁴³

У случају *Nimz*⁴⁴ Суд је разматрао, да ли одредбе колективног уговора којима се искључују исплате отпремнина хонорарним радницима, отежавају прелазак у виши платни разред, као и да ли се те одредбе, у односу на раднике који раде пуно радно вријеме могу сматрати дискриминаторним. Имајући у виду чињеницу да је био много већи број жена које су радиле на одређено вријеме, став Суда је у овом случају био афирмативан. Овом приликом битно је поменути да је Суд ЕУ, још 1994. године одлучио да хонорарно ангажовани запослени имају право да буду уврштени у пензиони систем, у супротном њихово искључење мора бити објективно оправдано.⁴⁵

⁴¹ Случај C-171/88, *Rinner- Kuhn v. Spezial-Gebaudereinigung GmbH. And Co.*

⁴² Случај C-33/89, *Kowalska-hack v. Sidal.*

⁴³ Ибид., параграф 20.

⁴⁴ Случај C-184/89 *Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg.*

⁴⁵ Случај C-57/93 *Vroege v. NCIV.*

Суд ЕУ је више пута био позван да да тумачење Директиве 92/85/ЕЕЗ⁴⁶. У случају *Dekker*,⁴⁷ жена која је била у трећем мјесецу трудноће и уједно најбољи кандидат за предложено радно мјесто није добила посао уз образложење послодавца на основу којег исти не би био у стању да себи приушти додатно ангажовање радника који би је мијењао за период трудничког/породиљског боловања. У овом случају радило се о директној дискриминацији по основу пола која се није могла сматрати оправданим.

С друге стране, у случају *Hertz*⁴⁸ радница је због проблематичне трудноће била приморана узети боловање које је продужила и након порођаја, услјед чега добија отказ који послодавац оправдава позивајући се на учесталу праксу према којој због честих боловања долази до раскида радног односа са запосленима. У овом случају Директива није обухватала друга боловања осим трудничких и породилских, тако да се овдје није радило о никаквом виду дискриминације по основу пола. Суд ЕУ је, у својим пресудама⁴⁹ појаснио да се забрана давања отказа радници због њене трудноће примјењује независно од тога да ли је уговор о раду склопљен на одређено или неодређено вријеме, додајући да је непродужавање уговора на одређено вријеме вид дискриминације уколико је мотивисано трудноћом раднице.⁵⁰ У случају *Brown*⁵¹ Суд ЕУ додаје да, давање октаза жени током трудноће, због изостанка са посла узрокованих болешћу која је повезана са трудноћом, представља забрану дискриминације по основу пола.

4. Закључна разматрања

Предметни рад је имао за циљ да анализира европско законодавство, као и праксу Суда ЕУ из области родне равноправности како би приказао степен напредовања Уније у поменутој области, истовремено указујући на питања које ће захтијевати додатно ангажовање држава чланица у смислу унапрјеђења националних законодавстава и усклађивања са европским стандардима.

Родна равноправност је била предмет примарног и секунарног законо-

⁴⁶ Директива 92/85/ЕЕЗ ОЈ L 348, стр. 1-7.

⁴⁷ Случај C-177/88 *Dekker v. Stichting Vormingscentrum Voor Jong Volwassen*.

⁴⁸ Случај C-179/88, *Handels-og Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening (Hertz)*.

⁴⁹ Случај C-438/99 *Jimenez Melgar v. Ayuntamiento de los Barrios*.

⁵⁰ Случај C-109/00 *Tele Denmark A/s v. HK*.

⁵¹ Случај C-394/96 *Brown v. Rentokil*.

давства Уније и њеног „*hard law*”-а, да би, са друге стране, захваљујући и усвајањем бројних мјера „*soft law*”-а Унија успјела у коначноме и дати значајан допринос у процесу афирмације родне равноправности.

У том смислу, у Стратегији за родну равноправност за период 2010-2015⁵² били су наведени следећи циљеви које је било потребно остварити у петогодишњем интервалу: економска независност, једнака зарада за рад једнаке вриједности, равноправност у доношењу одлука, достојанство, интегритет и окончање радно заснованог насиља.⁵³ С друге стране, у Стратегији за равноправност полова за период 2016/2019⁵⁴ акценат је био на пет кључних подручја и то: повећање броја жена које учествују на тржишту рада; смањење платног јаза и борба против женског сиромаштва; унапређење равноправности жена и мушкараца у доношењу одлука; сузбијање родно заснованог насиља као и заштита и подршка жртвама насиља; унапређење родне равноправности и права жена широм свијета.

Стратегија 2020-2025⁵⁵ донијета је на 25-годишњици од усвајања Пекиншке декларације и Платформе за акцију. Циљеви ове Стратегије надовезују се на оне раније постављене у погледу заустављања родно заснованог насиља, укидања дискриминације на основу пола приликом приступања тржишту рада, интеграција родне перспективе у политикама ЕУ, као и финансирање мјера за унапређење родне равноправности унутар ЕУ. Путем ове Стратегије желио се реализовати родни егалитет на нивоу Уније, који би у коначноме био кадар стати на крај насиљу и дискриминацији на основу пола.

Инкорпорација родних политика у агенде јавних политика, тежња за једнаком политичком репрезентацијом и дистрибуцијом моћи, јесу неки од циљева који су постављени на нивоу Уније ради даљег унапријеђивања права жена и оснаживања механизма родне равноправности у државама чланицама. Чињеница је да су дигиталне промјене, економска криза, као и пандемија Covid-19 представљале нови изазов за остваривање родне равноправности, али су у исто вријеме допринјеле родном освјешћивању, у смислу потребе за већим и активнијим учешћем жена, не само на тржишту рада, већ и у системима одлучивања. Равноправност полова јесте универзални принцип људских права, и као таква нема граница, а креирање егалитарне Уније биће процес који ће

⁵² Доступно на www.gov.me, приступљено 10.04.2024.

⁵³ Стратегија о родној равноправности (2010-2015), СОМ(2010), 491 финал.

⁵⁴ Стратегија о родној равноправности (2016-2019), СОМ (2016), 610 финал.

⁵⁵ Стратегија о родној равноправности (2020-2025), СОМ (2020), 152 финал.

доживјети свој епилог само онда када се све државе чланице активно ангажују у отклањању постојећих препрека за даљу афирмацију женских људских права.

Литература

Bernard C. (2006). „*EC Employment Law*“, 3rd Edition, Oxford University Press

Charpentier L. (1996). “La sentenza Kalake e il discorso dualista della disparità”, u Giorn. Dir. Lav. Rel. I d., 69.

Craig P., de Burca G. (2003). „*EU Law: Text, Cases and Materials*“, Oxford University Press, 3rd.ed.

Giubboni S. (2003). “*Diritti sociali e mercato, la dimensione sociale dell'integrazione europea*“, Mulino, Bologna

Martin D. (2008). “Discriminations, entraves et raions imperieuses dans le Traité CE: trois concepts et quête d'identité”, u Cahiers de droit européen

Mori P. (1996). “La parità tra uomo e donna nel Trattato di Amsterdam”, Dir. Un. Eur.

Мршевић З. (2011). “*Ка демократском друштву*”. Београд

Nanì L. (1998). “*Uguaglianza tra lavoratori e lavoratrici nel rapporto di lavoro*”, in Div. dir. Rel. Ind., 78.

Non-Discrimination in International Law, A handbook for practitioners, Interights, Januar 2005.

Pollicino O. (2005). “*Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario :Un profilo giurisprudenziale alla ricerca del nucleo duro del new legal order*”, Giuffrè

Правни извори

Директива 75/117/ЕЕЗ, ОЈ Л 45, 19.2.1975.

Директива 76/207/ЕЕЗ ОЈ Л 39, 14.2.1976.

Директива 79/7/ЕЕЗ, ОЈ Л 6, 10.1.1979.

Директива 86/378/ЕЕЗ, ОЈ Л 225, 12.8.1986.

Директива 92/85/ЕЕЗ, ОЈ Л 348, 28.11.1992.

Директива 96/97/ЕЗ од 20.12.1996, СЛ. Л. 46.

Директива 97/81/ЕЗ, ОЈ Л 14, 20.1.1998.

Дирецкива 2002/73/ЕЗ ОЈ Л 269, 5.10.2002.

Директива 2004/13/ЕЗ, ОЈ Л 373, 21.12.2004.

Директива 2006/54/ЕЗ ОЈ Л 204, 26.7.2006.

Директива 2010/41/ЕУ, ОЈ Л 180, 15.7.2010.

Директива 2010/18/ЕУ, ОЈ Л 68, 18.3.2010.

Стратегија о родној равноправности (2010-2015), COM(2010), 491 финал.

Стратегија о родној равноправности (2016-2019), COM (2016), 610 финал.

Стратегија о родној равноправности (2020-2025), COM (2020), 152 финал.

Судска пракса Суда ЕУ:

Случај C- 43/75, *Defrenne v. Societe anonyme Belge de navigation Aerienne Sabena*

Случај C-12/81 *Garland v. British Rail Engineering*

Случај C-23/83, *Liefting v. Academisch Ziekenhuis bij Universiteit van Amsterdam*

Случај C-171/88 *Rinner-Kuhn v. FWW Spezial Gebaundereinigung GmbH&Co KG*

Случај C-33/89, *Kowalska-hack v. Sidal*

Случај C-57/93 *Vroege v. NCIV*

Случај C-96/80 *Jenkins v. Kinsgate Ltd.*

Случај C-167/97, *R. v. Secretary of State for Employment ex parte Seymour-Smith and Perez*

Случај C-171/88, *Rinner-Kuhn v.FWW Spezial-Gebaundereinigung GmbH&Co. KG.*

Случај C-171/88, *Rinner- Kuhn v. Spezial-Gebaundereinigung GmbH. And Co.*

Случај C-177/88 *Dekker v. Sticing Vormingscentrum Voor Jong Volwassen*

Случај C-170/84 *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz*

Случај C-179/88, *Handels-og Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening (Hertz)*

Случај C-184/89 *Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg*

Случај C-184/83 *Hofman vs. Barmer Erstattkasse*

Случај C-222/84, *Johnston v. Chief Constable of the RUC*

Случај C-273/97 *Sirdar*

Случај C-285/98, *Kreil v. Germany*

Случај C-262/88, *Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group*

Случај C-312/86 *Commission v. France*

Случај C-312/86 *Commission v. France*

Случај C-342/93, *Gillespie v. Northern health and Social services Bord*

Случај C-394/96 *Brown v. Rentokil*

Случај C-409/95 *Hellmut Marschall v Land Nordrhein-Westfalen*

Случај C- 409/95 *Marschall*

Случај C-438/99 *Jimenez Melgar v. Ayuntamiento de los Barrios*

Случај C-459/93 *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen*

Случај C-1170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz*

Случај C-186/01, *Alexander Dory v. Federal Republic of Germany*

Случај C-256/01, *Allonby v. Accrington and Rossendale College*

Случај C-109/00 *Tele Denmark A/s v. HK.*

Sanja Grbović, LL.D.,

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Montenegro in Podgorica,

Republic of Montenegro

EUROPEAN PATH TOWARDS GENDER EQUALITY: LEGAL AND INSTITUTIONAL FRAMEWORK FOR BUILDING AN EGALITARIAN UNION

Summary

Gender equality is one of the fundamental values of the European Union and democratic society. Improving gender equality is one of the basic tasks of the Union in all its activities, bearing in mind that this principle is one of the main principles of the European pillar of social rights. Thanks to its directives on gender equality of women and men in the workplace, self-employment, social security, and flexible working conditions for parents and guardians, the European Union has influenced the creation of legal standards within the member states, indicating areas that will require additional engagement in terms of improving national legislation and harmonization with European standards, ultimately aimed at ensuring protection against gender-based discrimination. The paper analyzes European legislation in the field of gender equality and the case law of the Court of Justice of the European Union (CJEU) to illustrate the progress made by the Union in this area and highlight the areas that will require additional engagement of EU member states to improve national legislation and align it with European standards. The incorporation of gender policies into public policy agendas, the pursuit of equal political representation and power distribution are some of the goals set at the Union level for advancing women's rights and empowering the gender equality mechanisms in EU member states

Keywords: *EU Law, gender equality, women's human rights, CJEU.*

Никола Станковић,*

Асистент,

Правни факултет, Универзитет у Београду,

Република Србија

UDK: 341.33:[005.92:004.63

DOI: 10.5281/zenodo.14515979

ЗАШТИТА ПОДАТАКА У ОРУЖАНИМ СУКОБИМА**

Апстракт: Рад анализира питање заштите података у савременим оружаним сукобима. Предмет анализе је усмерен на дигиталне податке чије је, не само присуство, већ и изложеност нападима у савременим сукобима нарочито релевантна. Притом, у опсег анализе улазе не само информативни подаци у дигиталном простору држава и других субјеката међународног јавног права, већ и оперативни подаци неопходни за функционисање оперативних система и других оперативних платформи за стварање, чување и пренос података. Рад примарно изучава природу наведених података и њихове изложености у оружаним сукобима, те их доводи у везу са основним принципима и правилима међународног хуманитарног права. Рад тражи одговор на питање да ли се ови подаци могу сматрати војним циљем, али и који су инструменти међународног хуманитарног права најприкладније средство њихове заштите током оружаног сукоба. Извршен је и осврт на принципе пропорционалности, али и дистинкције, који имају специфично дејство у контексту заштите података, те се анализирају репрезентативне одредбе Додатног протокола I уз Женевске конвенције. Увршћен је и Коментар Међународног комитета Црвеног крста из 1987. године са нарочитим освртом на поимање војног циља у смислу међународног хуманитарног права. Нормативна анализа се заокружује анализом релевантних сегмената Талиновог приручника о међународном праву примењивом на сајбер ратовање. Релевантни сегменти тичу се, пре свега, првог Талиновог приручника из 2013.

* nstankovic@ius.bg.ac.rs, [ORCID ID 0009-0003-4214-7748](https://orcid.org/0009-0003-4214-7748)

** Рад усмено изложен на Међународној научној конференцији Правни принципи у савременом праву, одржаној на Правном факултету у Нишу, 19-20 априла 2024.

године посвећеног сајбер операцијама које повређују принцип забране претње силом и употребе силе у међународном праву, али и које се реализују током оружаних сукоба. Такође, текст се осврће и на други приручник донет 2017. године. Коначно, рад износи неколико релевантних примера у пракси савремене међународне заједнице, али и истиче неке од изазова приписивости напада државама у смислу међународног јавног права, чије испуњење као јединог субјективног услова, бива додатно отежано специфичном природом операција које су усмерене на повреду података у дигиталном простору.

Кључне речи: подаци, сајбер операције, Додатни протокол I уз Женевске конвенције, Међународни комитет Црвеног крста, оружани сукоб, принцип дистинкције, принцип пропорционалности, Талинови приручници.

1. Подаци у савременом свету и њихова изложеност

Број корисника друштвених платформи близу је пет милијарди (University of Maine, 2024).¹ Велики број не само личних, већ и државних, службених података егзистира у овој средини. Како би се упустили у анализу њихове изложености и заштите, морамо поћи од дефинисања података. Полазна дефиниција податка јесте да он представља основни елемент који може бити процесуиран или произведен од стране рачунара зарад преноса информација (Gül, 2021:1299).

Дигитализовано друштво (какво је оно у којем живимо – подвукао Н.С.) функционише на основу података и идеја о њима је уткана у сам концепт дигитализације, те ниједан процес, нити услуга који почивају на рачунарским могућностима се не могу замислити без ње (Geiß, Lahmann, 2021:556-557). Аутор овде врши диверсификацију између „службених“ података које државе користе зарад сопственог функционисања и „личних“ података који се везују за појединце и групе људи који долазе у контакт са модерним дигитализованим окружењем. Границе између њих се изузетно тешко повлаче. Рецимо, подаци о здравственом осигурању и јединственим матичним бројевима, као два из реда различитих примера неспорно су подаци који поседују како јавни, али и приватни интерес. Стога, иако рад природно тежи заштити јавних података, неспорно је да лични подаци, нарочито у околностима сукоба, могу имати изузетан значај за стране које у њему учествују.

¹University of Maine (2024). Social Media Statistics Details; Преузето 26.07.2024. <https://umaine.edu/undiscoveredmaine/small-business/resources/marketing-for-small-business/social-media-tools/social-media-statistics-details/#:~:text=There%20are%204.8%20billion%20social,increase%20year%2Dover%2Dyear>

Тренд дигитализације је све присутнији у јавном сектору, а пример не морамо тражити далеко. Рецимо, „е-Конзулат“, као страница која садржи услуге које пружају дипломатско-конзуларна представништва Републике Србије.² Било каква интеракција која подразумева унос података на дигиталној платформи подразумева и чување тих података у некаквом дигиталном простору (локалном серверу, „cloud“-у итд.) у којем они бивају изложени потенцијалним сајбер операцијама. Како би разумели инструменте и процесе којима се подаци излажу другим учесницима у сукобу, морамо разазнати шта су сајбер операције и како се оне уклапају у дефиницију напада. Додатни протокол I (1977) уз Женевске конвенције у члану 49 дефинише напад и обим примене. Тако, под нападом се подразумевају акти насиља против непријатеља, било офанзивни или дефанзивни.³

Иако популарна култура потенцира термин сајбер напада и реч је о термину који је, према општем утиску, најприсутнији – он није најпрецизнији. Мек-Кормака који пак цитира Лубела истиче да је, у контексту *jus in bello*, тј. шире – међународног хуманитарног права (подвукао Н.С.), захвалније користити правно неутралнији термин сајбер-операција уместо сајбер напада (McCormack, 2018:224). Дефиниција сајбер-операција Националног института за стандарде и технологије Сједињених Америчких Држава (САД) гласи: „Коришћење могућности сајбер простора где је примарна сврха постизање циљева у или преко сајбер простора“ (NIST, 2024).⁴ О томе да је сајбер напад ужи појам од сајбер операције сведочи и правило 30 Талинског приручника о међународном праву примењивом на сајбер операције (2013)⁵ који сајбер напад дефинише као сајбер операцију, било офанзивну или дефанзивну од које је разумно очекивати да проузрокује повреду или смрт особа или оштећење и уништење објеката. Кључни критеријум за праг који сајбер операција мора превазићи да би се сматрала нападом мора почивати на степену проузроковане штете, не на њеној физичкој природи (Lubell, 2013:275). Тиме се, како Лубел исправно закључује, отварају врата и

² За више о „Е-конзулату“ погледати: Портал Е-управе Републике Србије: <https://euprava.gov.rs/ekonzulat>

³ IHL Databases (2024). Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I); <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/api-1977/article-49?activeTab=undefined>, чл. 49, 1977.

⁴ NIST (2024). “Cyberspace operations”, in Glossary, NIST Computer Security Resource Center, Преузето 24.07.2024; https://csrc.nist.gov/glossary/term/cyberspace_operations

⁵ Schmitt, M.N. (ed.) et al. (2013). *The Tallin Manual on International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge University Press, Cambridge, UK; <https://csef.ru/media/articles/3990/3990.pdf>; Преузето 24.07.2024.

нематеријалној штети као једном врло важном сегменту категорисања и заштите података у савременом добу генерално, а нарочито током оружаног сукоба (Lubell, 2013:275).

На основу двоструког критеријума средства употребе и оперативног циља, постоји неколико различитих сценарија изложености података. Први који се тиче цивилних података о здравственој заштити једне државе који могу бити предмет сајбер операције друге државе (Geiß, Lahmann, 2021: 557). Реч је о подацима који могу бити енкриптовани (закључани или шифровани – подвукао Н.С.) све док страна о чијим подацима је реч не донесе одлуку да повуче своје снаге (Geiß, Lahmann, 2021: 557). Затим, сајбер-операција усмерена против телекомуникационе компаније друге стране у оружаном сукобу којом се екстрахују подаци о локацији и евиденцији позива корисника (Geiß, Lahmann, 2021: 557).

На пример, у периоду од 2015-2017. године руско-украјински сукоб добија дигиталну компоненту. Хакери познати под називом „Пешчани црв“, подржани од стране Кремља, усмерили су своје напоре ка украјинској влади и привредним друштвима (Grabowitz, Morford, Truax, 2020: page). „Нот-Петја“ (NotPetya) је назив за злонамерног „црва“, малверски програм који се аутоматски, вртоглаво и неселективно ширио хиљадама рачунара и, путем закључавања података, нанео штету процењену на чак 10 милијарди америчких долара (Grabowitz, Morford, Truax, 2020).

У мају ове године, кинески хакери су напали министарство одбране Велике Британије, циљајући припаднике одбрамбених снага тј. имена и банковне податке треће стране уговорнице, а због чега је министар одбране све осим изричито именовано Кину као кривца (CSIS, 2024).⁶ Руски хакери су 2023. године лансирани шпијунску кампању против амбасада Грузије, Пољске, Украјине и Ирана а како би прикупили податке о њиховим политичким и војним активностима (CSIS, 2024). Не треба изгубити из вида да у ову категорију не спадају само подаци информативне природе, већ и оперативни, функционални подаци од којих зависи функционисање целокупног једног система. Ове сајбер операције резултирају губитком функционалности система (Geiß, Lahmann, 2021:562). Иако исти аутор сугерише да је реч о сајбер нападу који је усмерен на систем у тоталитету, те аутоматски и податке (наведен метафоричан пример о нападу на један објекат, а не молекуле и атоме од којих је он саздан), аутор не дели овај став, те и овај случај подводи

⁶ CSIS/Center for Strategic and International Studies (2024). *Significant Cyber Incidents*. Преузето 28.07.2024. <https://www.csis.org/programs/strategic-technologies-program/significant-cyber-incidents>

под исту категорију (Geiß, Lahmann, 2021:562). Оваква фрагментација категорија није добра ни пожељна.

2. Положај у систему међународног хуманитарног права

Злоупотребом података у оружаном сукобу, отварају се тзв. дигитални, сајбер фронтови, те је реч о области међународног хуманитарног права која се везује за појам сајбер ратовања. Оно представља врсту непријатељске активности предузете против рачунарских мрежа, рачунарских система и база података са циљем деградирања или уништавања циљаних система (Милисављевић, 2024:194-195). Није исправно тврдити да су правила међународног хуманитарног права непримењива на сајбер сукобе, нарочито када је реч о његовим основним начелима (Милисављевић, 2024:193). Овај став дели и организација са великим ауторитетом у материји међународног хуманитарног права – Међународни комитет Црвеног крста (Комитет). За Комитет је неспорно да међународно хуманитарно право ограничава сајбер операције током оружаног сукоба⁷, самим тим и оне операције које су усмерене против података једне од страна учесника оружаном сукобу (подвукао Н.С.). Важно је имати на уму да је право сајбер ратовања данашњице регулисано правилима, доминантно ослоњеним на примену аналогије, која су написана пре појаве модерне рачунарске технологије (Boylan, 2017:220).

На самом почетку, морамо поћи од односа са основним принципима међународног хуманитарног права. Иако теорија познаје више различитих принципа који носе обележје фундаменталних принципа, аутор ће се примарно осврнути на принципе пропорционалности и дистинкције. Први принцип подразумева да су забрањени они напади који могу довести до инцидентног, случајног губитка живота цивила, повреде ове категорије лица, оштећења цивилних објеката или комбинације свега наведеног, а који могу бити сувишни у односу на конкретну и директну очекивану војну предност која би се тако остварила (ICRC, 2023a: 1).⁸ Легалитет напада зависи од односа између зла које нападач очекује да инцидентно буде нането цивилима и цивилним објектима и војне користи коју антиципира као исход напада (Boylan, 2017: 228).

⁷ ICRC/International Committee of the Red Cross (2020). International humanitarian law and cyber operations during armed conflicts. in: *International Review of the Red Cross* (2020), 102 (913), 481–492; <https://international-review.icrc.org/sites/default/files/reviews-pdf/2021-03/ihl-and-cyber-operations-during-armed-conflicts-913.pdf> Преузето 28.07.2024.

⁸ ICRC (2023). *The Principle of Proportionality*. International Committee of the Red Cross, Geneva, March 2023; https://www.icrc.org/sites/default/files/wysiwyg/war-and-law/04_proportionality-0.pdf; Преузето 22.06.2024

Корен овог правила, између осталог (подвукао Н.С.) можемо пронаћи у члану 51(5)(б) Додатног протокола I уз Женевске конвенције (Boylan, 2017: 227). Он наводи да ће се неселективним сматрати напад од ког се може очекивати да проузрокује случајни губитак цивилног живота, повреде цивила, оштећење цивилних објеката или комбинација наведеног која може бити сувишна у односу на конкретну и директну очекивану војну предност.⁹ У контексту употребе информационих и комуникационих технологија, овај принцип забрањује странама учесницама у сукобу да лансирају такав сајбер напад против војног циља који би могао случајно нанети штету цивилима која би била сувишна у односу на конкретну и директну очекивану војну корист (ICRC, 2023a: 1), о којем ћемо тек говорити, утврђује да сајбер напад од ког се може очекивати да проузрокује инцидентни губитак цивилног живота, повреде цивила, оштећење цивилних објеката или комбинацију наведеног која би била сувишна у односу на директну и очекивану војну корист је забрањена (Schmitt et al., 2013: p). Овде се види јасна веза са Додатним протоколом. Уосталом, сам Приручник на то реферише. Он се позива и на члан 57 (2) (iii) Додатног протокола I (Schmitt et al., 2013). Они који планирају или одлуче да нападну се морају уздржати од одлучивања о иницирању било каквог напада од којег се могу очекивати последице које смо већ навели и које би биле сувишне наспрам конкретне и директне очекиване војне користи (члан 57 Додатног протокола I).¹⁰ Талински приручник пружа пример оперативности овог правила кроз таргетирање Глобалног навигационог система који представља систем двоструке употребе (Schmitt et al., 2013). Системи двоструке употребе су системи које користе како цивилни, тако и војни фактори (Boylan, 2017: 228, 230). Како би били легитимни војни циљеви они морају чинити стваран допринос непријатељској војној акцији и њихово уништење мора пружати дефинитивну војну предност нападачу (Boylan, 2017: 228, 231-232). Уколико би очекивано зло у овом случају било сувишно у односу на очекивану војну корист такве операције, она би била забрањена (Schmitt, 2013).

Принцип дистинкције се примењује стриктно у контексту оружаних сукоба и забрањује нападе нападе против цивила и цивилних објеката

⁹ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I); <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/api-1977/article-51?activeTab=undefined>, чл. 51, 1977.

¹⁰ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I). <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/api-1977/article-57?activeTab=undefined>; чл. 57, 1977.

(ICRC, 2023b: 1).¹¹ Чланом 48 Додатног протокола I уз Женевске Конвенције конституисано је базично правило да ће стране у сукобу, зарад обезбеђивања поштовања и заштите цивилне популације и цивилних објеката, у сваком тренутку разликовати цивилну популацију и борце, цивилне објекте и војне циљеве и да ће складно усмеравати своје операције само против војних циљева.¹² Забрана неселективних напада и концепти пропорционалности без јасног разликовања цивилног и војног губе свој смисао (Lubell, 2013:253). Детерминисање ове две категорије јесте кључно за разумевање њихове (не)заштићености. Када је реч о информационим и комуникационим технологијама, у коју категорију управо спадају и подаци (подвукао Н.С.), он захтева да сајбер напади буду усмерени искључиво против учесника у сукобу и војних циљева – сви неселективни сајбер напади су забрањени (ICRC, 2023b: 1). Према начину на који је конципиран у савременом међународном хуманитарном праву са ослоном на члан 52 (2) Додатног протокола I уз Женевске Конвенције, принцип дистинкције штити само опипљиве објекте током оружаног сукоба (CIRSD, 2021).¹³ Оно што принцип дистинкције не види као опипљив објект током непријатељске сајбер операције њиме није ни заштићено, те су подаци током оружаног сукоба рањиви. Функција принципа дистинкције лежи у унапређивању заштите цивила, рестриктивним и буквалним интерпретацијом података података настала би својеврсна празнина у међународном хуманитарном праву и многе мете чији физички еквиваленти јесу заштићени би могли бити нападнути, све док су дејства напада исцрпљена у сајбер-простору (CIRSD, 2021).

Настављајући анализу, незаобилазно је утврдити да ли подаци могу представљати војни циљ сходно важећим принципима и нормама међународног хуманитарног права. Наиме, концепт „циљева“ у међународном хуманитарном праву јесте круцијалан концепт, нарочито у односу са правилима која регулишу ток непријатељстава, када се заштита најчешће простире само на цивиле и цивилне објекте, односно циљеве (Pomson, 2023: 350). Стога, неопходну дефиницију, затим и дистинкцију циљева тражимо у оквиру Додатног протокола I уз Женевске конвен-

¹¹ ICRC (2023b). *The Principle of Distinction*. International Committee of the Red Cross, Geneva, March 2023; https://www.icrc.org/sites/default/files/wysiwyg/war-and-law/03_distinction-0.pdf; Преузето 22.06.2024.

¹² Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I); <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/api-1977/article-48?activeTab=undefined>; чл. 48. 1977.

¹³ CIRSD/Center for International Relations and Sustainable Development (2021). *Protecting Data in The Age of Cyber Warfare*, by U.L.B Nipuni; <https://www.cirsd.org/en/expert-analysis/protecting-data-in-the-age-of-cyber-warfare>; Преузето. 27.06.2024.

ције (Протокол). Примаран и неспоран члан од којег треба поћи јесте члан 52. Наведеним чланом се војни циљеви ограничавају на оне објекте који по својој природи, локацији, сврси или употреби чине ефективни допринос војној акцији и чије потпуно или делимично уништење, запоседање или неутралисање према важећим околностима нуди дефинитивну војну предност. Протокол ограничава војне нападе искључиво на дефинисане циљеве.¹⁴

За оне који не сматрају физичко оштећење као елемент напада *sine qua non*, одговор на питање да ли подаци представљају циљ у смислу међународног хуманитарног права носи са собом озбиљне реперкусије у погледу детерминисања да ли измена података конституише напад у смислу међународног хуманитарног права (Pomson, 2023:353). Проблем лежи у томе што Протокол посматра војни циљ као нешто материјално, видљиво и опипљиво (Pomson, 2023:365). Имплицитни је консензус да појам објекта у прошлости није укључивао податке, те да би му требало приступити еволутивно, а како би се омогућило укључивање података у појам (Pomson, 2023:368).

Међутим, узимајући у обзир податке одређених категорија објеката који уживају појединачну заштиту међународног хуманитарног права, заштитна правила се сматрају свеобухватним (на пример, заштита медицинских постројења се проширује и на заштиту њихових података) (McCormack, 2018:237). У погледу података који су ван граница већ појединачне заштите, потребно је прецизирати меру у којој они уживају општу заштиту од стране општих правила о спровођењу непријатељстава. Закључак по којем би брисање или манипулисање таквим подацима било ван домена међународног хуманитарног права из разлога што те радње нису препознате као напад или објект у смислу међународног хуманитарног права – тешко је помирљив са предметом и сврхом ове групе норми (McCormack, 2018: 237).

Коментар Протокола од стране Црвеног крста из 1987. год.¹⁵ уважава, пре свега, значај детерминисања цивилних објеката и војних циљева са једне стране, али и чињеницу да покушаји дефинисања ових категорија трају већ значајан период времена. Консензус за таргетирање

¹⁴ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I). <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/api-1977/article-52>; чл. 52. 1977.

¹⁵ ICRC (1987). Commentary on the Additional Protocols of June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1987; https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/mlp/Commentary_GC_Protocols/Commentary_GC_Protocols.pdf; Презето 21.07.2024

искључиво војних циљева је нешто о чему је међународна заједница релативно брзо постигла консензус, али су дефиниције изостале (ICRC, 1987:p). Конвенције из 1949. године експлицитно реферишу на војне циљеве и заштиту пре свега медицинских постројења и болница (ICRC, 1987:p). У односу са подацима као објектом заштите од напада, врло је занимљиво истаћи да коментар признаје да се дефиниција војних циљева неће увек лако интерпретирати, поготово када се мора донети одлука о самом нападу, али и коришћеним средствима и методама који ће се користити (ICRC, 1987: p).

Коментар у тумачењу члана даје осврт на преамбулу Сан Петербуршке декларације која истиче да је једини легитимни војни циљ слабљење војне моћи непријатеља (ICRC, 1987: p). Наслањајући се на овај параграф коментара, можемо истаћи да онда подаци, стриктно војне природе, без обзира да ли је реч о системским или информативним подацима – могу конституисати војни циљ. Коментар истиче да наведена дефиниција војног циља има два кумулативна елемента: 1) природа, локација, сврха и употреба која чини ефективни допринос, и 2) потпуно, делимично уништење, запоседање или неутрализација који у тренутним околностима пружају дефинитивну војну предност (ICRC, 1987: p). Из те дефиниције аутор као кључне издваја појмове сврхе, употребе из првог елемента, а из другог неутрализацију, а који се могу тумачити у прилог категоризацији одређених података као војних циљева. Један од очевидних проблема код категоризације података не лежи само у томе да ли су војни циљеви или цивилни објекти, већ и у амбивалентној природи коју подаци могу имати. Мешање цивилних и војних података може резултовати томе да цео сервер изгуби свој заштићени статус (Check, 2023: 17).

Аутор сматра да се екстензивним тумачењем параграфа 2023 Коментара, може исти ослонац пронаћи и за податке. Овај параграф говори о зградама и постројењима која се користе за производњу хране, а која могу бити од користи не само цивилима, већ и војсци (ICRC, 1987: p). У оваквим ситуацијама у обзир се узимају време, место напада, очекивана војна предност, антиципирани губитак цивилног становништва и штета која би била нанета цивилним објектима (ICRC, 1987:p). У том смислу, сматрамо да подаци могу бити војни циљ у смислу међународног хуманитарног права, али следећи (исправан) рестриктивни приступ у дефинисању, ових пет критеријума би требало осавременити и нормирати управо у односу према заштити података током оружаних сукоба.

Меклаухлин наводи да подаци могу бити војни циљ, али да је реч о питању којем се може приступити из неколико углова посматрања

(McLaughlin, 2018). Ми ћемо се осврнути на онај који сматрамо најисправнијим. Наиме, он заступа угао да су подаци објект који може бити и војни циљ (McLaughlin, 2018). Посреди је својеврсна инструментализација цивилних података који по својој локацији, сврси и употреби постају војни циљ (McLaughlin, 2018). Наводи пример комерцијалне базе података која се користи од стране непријатеља за динамично таргетирање припадника војске и њихових породица (McLaughlin, 2018). Ускраћивање употребљивости те базе неутрализацијом њених података смањује капацитет за спровођење непријатељстава, стичући тако предност (McLaughlin, 2018). У литератури постоје ставови да се овај приступ може изнедрити већ из самог значења члана 52 Протокола (Маџак, 2015: 5). Овај приступ подразумева ослањање на утврђене методе тумачења предвиђених Бечком конвенцијом о уговорном праву (Маџак, 2015:65). Централно место заузима члан 31, став 1 Бечке конвенције а централно питање је да ли се тумачење појма објекта може проширити тако да обухвати и податке (Маџак, 2015:66). Не улазећи у различите и бројне методе тумачења, аутор ће се осврнути на тумачење појма у контексту Протокола. Генерално, ради се о нечему што може постати мета напада, нечему што је подложно уништењу, запоседању или неутрализацији – опис у који се подаци дефинитивно могу уклопити (Маџак, 2015:73). Истиче се да овај приступ служи суштинској сврси хуманитарног права оличеној у митиговању ефеката конфликта по цивилну популацију кроз заштиту од напада на све објекте, укључујући и податке који нису војни циљеви јесте исправна (McLaughlin, 2018). Изазов је у постављању изнијансиранијих правних и доктринарних питања о томе како и када се разликују подаци који могу бити војни циљ од оних који не могу (McLaughlin, 2018).

Пређимо на Талинске приручнике. Северно атланска алијанса (НАТО) и њен Кооперативни центар изврсности за сајбер одбрану (Центар)¹⁶ помогли су успостављању оба Талинска приручника (Talbot Jensen, 2017: 737). Први Талински приручник је објављен 2013. године и посвећен је најдрастичнијим облицима сајбер операција које повређују суштинску забрану у међународном праву, а то је забрана претње (подвукао Н.С.) и употребе силе и које отварају врата државама да се осврну свом урођеном праву на самоодбрану, или се десе током оружаног сукоба. Други Талински приручник је објављен 2017. године и посвећен је правилима међународног права која уређују сајбер инциденте са којима се државе сусрећу свакодневно, али које се свакако могу подвести под оквире употребе силе или оружаног сукоба (CCDCOE, 2024).

¹⁶The NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence (CCDCOE) is a multinational and interdisciplinary cyber defence hub. CCDCOE (2024). *The Tallinn Manual*. <https://ccdcocoe.org/research/tallinn-manual/>; преузето 28.07.2024.

Први Талински приручник (Приручник 2013) поставља апсолутну забрану сајбер операција против цивилног становништва и цивила понаособ, почивајући тако на принципу дистинкције, а под условом да испуњавају критеријуме напада установљене у правилу 30, о којем смо већ говорили (Schmitt et al., 2013). Што се случајне, инцидентне штете по цивиле тиче када је мета сајбер напада војни циљ, уништење, повреда или смрт цивила у тој ситуацији не потпада под категорију предмета напада, већ се њихова заштита тада изводи из принципа пропорционалности и захтева за предузимањем одговарајућих мера приликом напада (Schmitt et al., 2013).

Војни циљеви су дефинисани правилом 38 приручника. Приручник врши особен тип правне трансплантације из Протокола, с тим што додаје да војни циљеви могу бити рачунари, рачунарске мреже и сајбер инфраструктура (Schmitt et al., 2013). Правило наводи даље да не сме доћи до погрешног поистовећивања са циљем војне операције (Schmitt et al., 2013). Дефиниција је тесно везана за идеју „објекта“ и ослања се на идеју Коментара о видљивим, опипљивим објектима (Maćák, 2015: 58). Занимљиво је да се хардвер у истом примеру сматра војним циљем и у правном смислу (Schmitt et al., 2013).

Подаци се доживљавају као нематеријални, те не потпадају под уобичајено поимање објекта тј. циља, нити су у складу са његовим објашњењем које пружа Коментар (Schmitt et al., 2013). Већина експерата сматра да се таргетирање података може сматрати нападом онда када операција утиче на функционалност рачунара или других сајбер система (Schmitt et al., 2013). Иако је овде неспорна веза са материјалним елементом, оштећење сајбер система које не погађа хардвер такође може донети значајну предност непријатељу. Масовно брисање података из институционалних архива (образовне институције, владине канцеларије...) такође је пример акта који може нанети значајну штету, а да не води притом физичком оштећењу или уништењу (Lubell, 2013: 271). За овакве случајеве би се у најмању руку морало сматрати да су прешли неопходан праг примене правила о нападима и подложности принципу дистинкције с обзиром на избор мета (Lubell, 2013: 271). Мањи део експерата сматра да се таргетирање података самих по себи мора сматрати објектом тј. циљем са ослонцем на претходно наведен пример брисања цивилних података од изузетног значаја чији би чин у супротном остао ван домаћаја права оружаних сукоба (Schmitt et al., 2013). Тиме би наступила контрадикција са обичајном премисом опште заштите цивила од последица непријатељстава (Schmitt et al., 2013). Овај став већина посматра, како се наводи, као *lex ferenda* (Schmitt et al., 2013).

Други Талински приручник из 2017. године (Приручник 2.0) има благо измењену садржину у односу на Приручник из 2013. године акцентујући неке тачке ради бољег разјашњења (Talbot Jensen, 2017:737). Притом, његов циљ није генерисање права, нити прогресивни развој, већ експресија мишљења две међународне експертске групе о стању права у тренутку настанка овог текста (Talbot Jensen, 2017:738). Он дели став из Приручника и истиче, да према садашњем стању права, подаци нису укључени у појам објекта, те самим тим не могу ни бити војни циљ (McLaughlin, 2018).

Приручник 2.0 утврђује да сајбер активности и појединци који се у њих упуштају подлежу истим прерогативима и ограничењима као и у случају било које активности (Talbot Jensen, 2017:746). Подела надлежности над сајбер активностима раздваја се од надлежности над подацима и између њих не може бити знак једнакости, али је надлежност над подацима у рукама државе где се ти подаци налазе (Talbot Jensen, 2017:739). Изложеност података у виду сајбер шпијунаже није нашла међ питањима о којима је постигнут консензус када је реч о повреди међународног права (Talbot Jensen, 2017:756). Ради се о случајевима ексфилтрације података друге стране у сукобу. Ексфилтрација се укратко дефинише као неовлашћени пренос података са рачунара или другог уређаја (FORTRA, 2023).¹⁷ Већина експерата је делила уверење да ексфилтрација не представља повреду међународног права, осим можда у најдрастичнијим случајевима (Talbot Jensen, 2017: 756). Ово је опасно с обзиром на то да ексфилтрација података јесте уобичајена (McCormack, 2018:234). Један занимљив пример из литературе датира из 2015. године када је дошло до неовлашћеног продирања и базу података Канцеларије Сједињених Америчких држава за персонални менаџмент, чиме су подаци готово 22 милиона службеника претрпели ексфилтрацију (McCormack, 2018:234).

Потом, Приручник 2.0 не сматра „ћупове-меда“ (делови вредних података или сегменти мреже дизајнирани тако да привуку и идентификују хакере и њихове методе), такође нису означени као противни међународном праву (Talbot Jensen, 2017: 756). Чак и „наоружани ћупови меда“ који садрже малвер који се активира и напада систем хакера по приступу, означен је као потпуно дозвољен (Talbot Jensen, 2017:756). Лични подаци или метаподаци везани за индивидуалну личност и њен приватан живот остају заштићени путем права на приватност (Talbot Jensen, 2017:759).

¹⁷ FORTRA Digital Guardian Data Protection (2023). *What is Data Exfiltration? (Definition & Prevention)*, blog by N Lord, 6 May 2023, <https://www.digitalguardian.com/blog/what-data-exfiltration>, преузето 05.08.2024

Талински приручник води двоструком карактерисању података (McLaughlin, 2018). Први је да подаци представљају непознату ван система права оружаних сукоба и да самим тим остају отворено поље странама у сукобу јер не испуњавају критеријум напада који увек мора бит усмерен ка каквом предмету (McLaughlin, 2018). Ово је непожељно поимање из простог разлога што се оставља велики простор за злоупотребама које могу прерасти у ратне перфидије, или са друге стране нанети значајну штету цивилној популацији. Други приступ који се чини адекватнијим, заступа да иако подаци нису предмет у смислу међународног хуманитарног права, генерална пројекција истог сугерише да се они морају третирати као цивилни објект (McLaughlin, 2018). Свакако, Талински приручници захтевају предмет као обележје војног циља (Mačák, 2015: 63).

Једно врло интересантно решење јесте да подаци нису предмет, али да могу бити војни циљ (Mačák, 2015:63). Наиме, формулација члана 52, став 2 Протокола дозвољава постојање војних циљева који јесу предмети, али и оних који то нису (Mačák, 2015: 63). Сам почетак реченице се узима као кључан: „Што се објеката тиче, војни циљеви су ограничени на оне објекте....“ Тај почетак отвара врата постојању војних циљева који нису објекти (Mačák, 2015: 63). Аутор сматра ово решење помало „натегнутим“ јер сам члан очигледно почива на тесној вези војног циља и материјалног, предметног обележја истог. Тако би заиста подаци могли бити окарактерисани као нематеријални „не-објекти“ са потенцијалном да буду војни циљеви (Mačák, 2015: 64). Исти аутор истиче два проблема у вези са овим приступом: значајна неконзистентност са традиционалним разумевањем војних циљева и отварање низа потешкоћа приликом тумачења у конкретним ситуацијама (Mačák, 2015: 64). Уколико подаци нису прихваћени као објект, готово сви цивилни подаци постају рањиви на сајбер операције (Gül, 2021: 1299).

Већина експерата који стоје иза Приручника уважава да циљање података може резултирати исцрпљујућим последицама (попут смрти или значајне штете) које могу конституисати напад на какав се правила о циљању примењују (McCorrasm, 2018: 238). Исти аутор износи запажање да суштинско питање лежи у томе да ли подвргнути истим правилима операције које су усмерене на цивилне податке, а које притом немају штетне физичке последице (McCorrasm, 2018: 238). Рецимо, широко је прихваћено да сајбер шпијунажа, без обзира да ли се одвијала током оружаног сукоба, није нелегална сама по себи (McCorrasm, 2018: 239). Са друге стране, постоји консензус да сајбер операције које резултирају смрћу или физичким оштећењем могу бити категорисани као

напади (Lubell, 2013: 264). Аутор ово доживљава као „клизав“ терен и сматра да би требало даље радити на томе да се и експулзација ипак правно заштити – нарочито из угла заштите података. Нема сумње да се постојеће право може применити на сајбер сферу, али је обавезно стално имати простор за нове приступе и интерпретације које би се разликовале од начина на који је исто право тумачено у прошлости (Lubell, 2013: 271).

3. (Не)заштићеност података у пракси

Већина међу-државних сајбер операција дешава се на стратешком плану и намерно је дизајнирана тако да остане испод неопходног прага за један оружан напад, а како би се избегла ескалација у конвенционални конфликт (Schulze, 2020). Кључан критеријум итегрисања су не само отворени сајбер напади, већ и они који се могу довести у везу са каквим оружаним сукобом унутар међународне заједнице. О озбиљности ове претње сведочи и сама НАТО алијанса, истичући да је сајбер претња сложена, разорна, принудна и све учесталија, те да алијанса бити спремна за одбрану њених мрежа и операција од све сложенијих претњи ове природе (NATO, 2024).¹⁸

Узимајући од 23. маја 2023. године, забележено је близу две хиљаде сајбер напада и операција од стране готово стотину актера које су циљале 23 различита кључна инфраструктурална сектора (EP, 2023: 6).¹⁹ У јавности, како медијској, тако и стручној, доста се говори о примеру сајбер напада током руско-украјинског сукоба. Институт за сајбер-мир износи податак да су сајбер напади пратили овај сукоб још од његовог почетка 2022. године (EP, 2023). Кренућемо од случаја везаног за Виасат (ViaSat) сателитску комуникацију. Реч је о сајбер нападу који је Русија спровела против Виасатовог КА-САТ ГЕО сателитске мреже коју је користила украјинска војска (ESPI, 2022).²⁰ Посреди је комплемен-

¹⁸ NATO/ North Atlantic Treaty Organization (2024). *Cyber Defence*, North Atlantic Treaty Organization, https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_78170.htm?selectedLocale=en; преузето 11.08.2024.

¹⁹ EP/ European Parliament (2023). *The role of cyber in the Russian war against Ukraine: Its impact and the consequences for the future of armed conflict* (Workshop: S. Duguin, P. Pavlova), Directorate-General for External Policies, European Parliament, Sept. 2023, Brussels, EU; Преузето 11.08.2024. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/702594/EXPO_BRI\(2023\)702594_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/702594/EXPO_BRI(2023)702594_EN.pdf),

²⁰ ESPI/European Space Policy Institute (2022). *The War in Ukraine from a Space Cybersecurity Perspective* (ESPI report), Vienna, Austria; <https://www.espi.or.at/wp-content/uploads/2022/10/ESPI-Short-1-Final-Report.pdf>; Преузето 11.08.2024.

тарна употребе сајбер и класичних војних операција на копну, мору и у ваздуху (ESPI, 2022). Овај напад је резултирао одсецањем од интернет мреже на више од две недеље (EP, 2023). Највећа приватна енергетска компанија у Украјини ДТЕК (DTEK) је хакована са претпостављеним циљем онеспособљавања њеног технолошког процеса док је у исто време електрана бомбардована (EP, 2023). НотПетја (NotPetya), о којој смо већ говорили, иницирана је 2017. године од стране Кремлина са циљем да застраши оне државе које послују са Русијом. Она је најразорнији малвер икада (HYPR, 2024).²¹

Пример који се наводи као врло близу координиране војне кампање која се може означити као оружани напад јесте операција Нитро Зевс (Nitro Zeus) (Schulze, 2020). Реч је о операцији која је служила као „план б“ у случају да операција „Олимпијске игре“, познатија као Стакнет (Stuxnet) и сви дипломатски напори да се ирански нуклеарни програм онеспособи закажу (Schulze, 2020). Стакнет је прво дигитално оружје, револуционарни сајбер напад који је најмање годину дана нападао ирански нуклеарни програм без њиховог знања (Hamdouni, 2017: page). Циљ овог сајбер црва је био уништавање обогаћивања уранијума, а ради ограничавања нуклеарних капацитета Ирана и потенцијалног нуклеарног оружја (Hamdouni, 2017). Његова употреба се сматра почетком сајбер ратовања (Fortinet, 2024).²²

Операција Нитро Зевс је укључивала напад иранске ваздушне одбране, транспорта, комуникационих система, делова енергетске мреже и такав превентиван напад готово сигурно утицао на цивилну кључну инфраструктуру током мира (Schulze, 2020). Овај план никада није реализован и највероватније би се посматрао као употреба силе према међународном праву, а што би довело до ескалације у конвенционални сукоб у региону (Schulze, 2020). Ни деценијски сукоби између Израела и Палестине нису заобишли сајбер простор и податке који у њему почивају. Још 2006. године се бележе хакерске активности обе стране које су биле усмерене ка, између осталог, пресецању података (Rabayah, Mansour, 2015). Затим, 2013. године је група хакера пробила и уништила осетљиве израелске странице и веб сајтове, чак и сајтове Министарства одбране и специјалне информативне службе познате под именом

²¹ HYPR (2024). *Five Facts to Know About History's Most Destructive Cyberattack*. [https://www.hypr.com/security-encyclopedia/notpetya#:~:text=NotPetya%20takes%20its%20name%20from,but%20the%20resemblance%20ends%20there](https://www.hypr.com/security-encyclopedia/notpetya#:~:text=NotPetya%20takes%20its%20name%20from,but%20the%20resemblance%20ends%20there;); Преузето 12.08.2024.

²² Fortinet (2024). *History of Cyber Warfare and the Top 5 Most Notorious Attacks*. Преузето 12.08.2024. <https://www.fortinet.com/resources/cyberglossary/most-notorious-attacks-in-the-history-of-cyber-warfare>

„Мосад“, као и бројне друге државне веб странице (Abu Saada, Turan, 2021:196). Поверљива документа, као и различити подаци (о регрутима Мосада, подаци о кредитним картицама, подаци Министарства трговине и индустрије и др.) су објављени на интернету (Abu Saada, Turan, 2021:196). У погледу података, можемо издвојити и пример из 2017. године када је Хамас хаковао десетине телефона који су припадали израелским војницима са намером да их прислушкује и хакује им податке (Abu Saada, Turan, 2021: 197). О томе да ови напади не јењавају сведоче подаци да, само током другог квартала 2024. године, просечан број недељних сајбер напада на Израел износи чак 2,278 (Globes, 2024).²³ Одговор Израела на ове нападе лежи у ограничавању и намећању рестрикција интернета и комуникације у Гази.²⁴

4. Закључак

Подаци представљају основни елемент, производ рачунарског деловања, нарочито у оперативном смислу. Дигитализација доприноси заступљености података најразличитије природе и порекла, од свакодневних информација које ми уносимо у контакту са глобалном мрежом, па све до најосетљивијих државних тајни. Имају фундаментално место у савременим оружаним сукобима и међународно хуманитарно право се на њих може и мора примењивати. Доказ томе почива већ на фундаменталним принципима које смо анализирали. Истина, потребан је јак ослонац на технике тумачења, пре свега у еволутивном и системском контексту. Иако су Протокол и Талински приручници сведоци важне и значајне нормативне активности на овом пољу са значајним доктринарним утицајем, аутор сматра да су они кораци на путу до онога што било најбоље решење у систему међународног јавног права – кодификација, а не коначна станица. У том смислу, аутор дели ставове у литератури који сматрају да су подаци објект који може постати војна мета, али да треба бити врло рестриктиван приликом дефинисања и тумачења.

Централни закључак јесте да је императивно отргнути се од традиционалног приступа оружаном сукобу. Везивање циља за предмет,

²³ Globes (2024). *Cyberattacks on Israel proliferating during war*. (by N. Trabelsy). 8 Aug. 2024; <https://en.globes.co.il/en/article-cyberattacks-on-israel-proliferating-1001486292>; преузето 12.08.2024.

²⁴ За више видети: OpinioJuris (2024). *Communication Blackouts: Israeli Cyberattacks Against Civilians in Gaza*. by M. Qandeel, 20 March 2024; <https://opiniojuris.org/2024/03/20/communication-blackouts-israeli-cyberattacks-against-civilians-in-gaza/> ; Преузето 12.08.2024.

напада за физичко оштећење, држање података ван сфере заштите у неким случајевима ексфилтрације, само су неки од примера традиционалних упоришта у систему међународног хуманитарног права који држе податке ван неопходне заштите. Наравно, аутор се ограђује и истиче да је сасвим јасно зашто је то урађено. Једноставно, реч је о облук ратовања који је нов, а подаци су још увек технички, а камоли правно, категорија којој је потребан степен прецизирања. Време, место напада, очекивана војна предност, антиципирани губитак цивилног становништва и штета која би била нанета цивилним објектима представљају околности које би требало узети у обзир, а које би помогле приликом детерминисања који подаци у којим случајевима завређују заштиту међународног хуманитарног права.

Нематеријално обележје података не треба остати кључан аргумент против њихове заштите. Неколико изнетих примера, као и сам процес ексфилтрације удружен са потенцијално катастрофалним последицама његове успешне реализације, само су неки од изнетих аргумената о потреби адекватне заштите података. Да ли ће се та правна заштита обезбедити кроз шире тумачење постојећег права, новим кодификацијама или генерисањем нових заштићених категорија, време ће показати. Неспорно је да исход мора бити њихова заштита, вођена управо предметом и циљем ове гране међународноправне науке. То би све требало бити врло важна инструментална питања која ће водити једном циљу, а то је подвођење заштите података у оружаном сукобу под кишобран ове гране права. Тренутно стање нормативне заштите је далеко од задовољавајућег, те аутор сматра да даљи рад у овој области мора бити питање од високог приоритета за међународну заједницу. У прилог томе говоре бројни примери из праксе које смо навели.

Раскршћа права и технологије нису једноставна и носе са собом бројне изазове, али су у контексту оружаног сукоба који ће се све више, како из разлога хуманости, али и прагматичних политичких интереса актера који таргетирају податке, селити у сајбер простор – незаобилазна станица будућег развоја међународног права.

Литература

Abu Saada, M., Yıldırım, T. (2021). Israeli-Palestinian Cyber Conflict. *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*. 16(1). 186-204.

Boylan, E. (2017). Applying the Law of Proportionality to Cyber Conflict: Suggestions for Practitioners. *Vanderbilt Journal of International Law*. 50(1). 218-242.

Check, T. (2023). The Tallinn Manual 2.0 on Nation-State Cyber Operations Affecting Critical Infrastructure. *American University American University National Security Law Brief*. 13(1). 1-28.

CCDCOE (2024). *The Tallinn Manual*, the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence , <https://ccdcoe.org/research/tallinn-manual/>; Преузето 28.07.2024.

CIRSD/Center for International Relations and Sustainable Development (2021). *Protecting Data in The Age of Cyber Warfare*, by U.L.B Nipuni; <https://www.cirsd.org/en/expert-analysis/protecting-data-in-the-age-of-cyber-warfare>; Преузето. 27.06.2024.

CSIS/Center for Strategic and International Studies (2024). *Significant Cyber Incidents*. Преузето 28.07.2024. <https://www.csis.org/programs/strategic-technologies-program/significant-cyber-incidents>

EP/European Parliament (2023). *The role of cyber in the Russian war against Ukraine: Its impact and the consequences for the future of armed conflict* (Workshop: S. Duguin, P. Pavlova), Directorate-General for External Policies, European Parliament, Sept. 2023, Brussels, EU; Преузето 11.08.2024. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/702594/EXPO_BRI\(2023\)702594_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/702594/EXPO_BRI(2023)702594_EN.pdf),

ESPI/European Space Policy Institute (2022). *The War in Ukraine from a Space Cybersecurity Perspective* (ESPI report), Vienna, Austria; <https://www.espi.or.at/wp-content/uploads/2022/10/ESPI-Short-1-Final-Report.pdf> ; Преузето 11.08.2024.

Fortinet (2024). *History of Cyber Warfare and the Top 5 Most Notorious Attacks*. Преузето 12.08.2024. <https://www.fortinet.com/resources/cyberglossary/most-notorious-attacks-in-the-history-of-cyber-warfare>

FORTRA Digital Guardian Data Protection (2023). *What is Data Exfiltration? (Definition & Prevention)*, by N Lord, 6 May 2023, <https://www.digitalguardian.com/blog/what-data-exfiltration>, 05.08.2024

Geiß, R., Lahmann, H. (2021). Protection of Data in Armed Conflict. *International Law Studies*. 97, 556-572

Globes (2024). *Cyberattacks on Israel proliferating during war*. (by N. Trabelsy). 8 Aug. 2024; преузето 12.08.2024, <https://en.globes.co.il/en/article-cyberattacks-on-israel-proliferating-1001486292>;

Grabowitz, B., Morford, J., Truax, K. (2020) Why the Law of Armed Conflict (LOAC) Must Be Expanded to Cover Vital Civilian Data. *Cyber Defence Review*, Fall 2020, 121-131; <https://cyberdefensereview.army.mil/Portals/6/>

Documents/2020_fall_cdr/CDR%20V5N3%2008_Graboritz%20Morford%20Truax.pdf; Преузето 26.07.2024.

Gül, Y. E. (2021) Changing Notion of Object and Targeting Data under the Law of Armed Conflict. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 27(2).1299-1313.

Hamdouni, H. (2017). *The digital destruction A case study of Stuxnet within the theory of new and old wars*. <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1141887/ATTACHMENT01.pdf>; Преузето 12.08.2024.

HYPR (2024). *Five Facts to Know About History's Most Destructive Cyberattack*. <https://www.hypr.com/security-encyclopedia/notpetya#:~;> Преузето 12.08.2024.

ICRC/International Committee of the Red Cross (1987). Commentary on the Additional Protocols of June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, eds. Y. Sandoz, Ch. Swinarski, B. Zimmerman, ICRC, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva, 1987; Преузето 21.07.2024; https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/llmlp/Commentary_GC_Protocols/Commentary_GC_Protocols.pdf;

ICRC/International Committee of the Red Cross (2020). International humanitarian law and cyber operations during armed conflicts. in: *International Review of the Red Cross* (2020), 102 (913), 481–492; <https://international-review.icrc.org/sites/default/files/reviews-pdf/2021-03/ihl-and-cyber-operations-during-armed-conflicts-913.pdf> ; Преузето 28.07.2024.

ICRC (2023a). *The Principle of Proportionality*. International Committee of the Red Cross, Geneva, March 2023; https://www.icrc.org/sites/default/files/wysiwyg/war-and-law/04_proportionality-0.pdf; Преузето 22.06.2024

ICRC (2023b). *The Principle of Distinction*. International Committee of the Red Cross, Geneva, March 2023; https://www.icrc.org/sites/default/files/wysiwyg/war-and-law/03_distinction-0.pdf; Преузето 22.06.2024.

IHL Databases (2024). Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I); <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/api-1977?activeTab=undefined>

Lubell, N. (2013). Lawful Targets in Cyber Operations: Does the Principle of Distinction Apply? *International Law Studies*, 89 (2013). 252-275.

Mačák, K. (2015). Military Objectives 2.0: The Case for Interpreting Computer Data as Objects under International Humanitarian Law. *Israel Law Review*. 48(1). 55 - 80.

McCormack, T. (2018). International Humanitarian Law and the Targeting of Data. *International Law Studies*. 94. 222-240.

McLaughlin, R. (2018). *Data as a Military Objective*. Australian Institute of International Affairs, <https://www.internationalaffairs.org.au/australianoutlook/data-as-a-military-objective/>, 22.07.2024.

NATO/ North Atlantic Treaty Organization (2024). *Cyber Defence*, North Atlantic Treaty Organization, https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_78170.htm?selectedLocale=en; преузето 11.08.2024.

NIST (2024). "Cyberspace operations", in: Glossary, NIST Computer Security Resource Center, https://csrc.nist.gov/glossary/term/cyberspace_operations, преузето 24.07.2024.

OpinioJuris (2024). *Communication Blackouts: Israeli Cyberattacks Against Civilians in Gaza*. by M. Qandeel, 20 March 2024; <https://opiniojuris.org/2024/03/20/communication-blackouts-israeli-cyberattacks-against-civilians-in-gaza/>; Преузето 12.08.2024.

Pomson, O. (2023). 'Objects'? The Legal Status of Computer Data under International Humanitarian Law. *Journal of Conflict and Security Law*. 28(2). 349-387.

Rabayah, K., Mansour, O. (2015). *The Palestinian and Arab-Israeli Conflict in the Cyberspace: Escalation vs. Conciliation*. European Conference on Computer Supported Cooperative Work, Oslo, Norway, Sept. 2015; https://www.researchgate.net/publication/281204780_The_Palestinian_and_Arab-Israeli_Conflict_in_the_Cyberspace_Escalation_vs_Conciliation; Преузето 12.08.2024

Schmitt, M.N. (ed.) et al. (2013). *The Tallin Manual on International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge University Press, Cambridge, UK; <https://csef.ru/media/articles/3990/3990.pdf>; Преузето 24.07.2024.

Schulze, M. (2020). *Cyber in War: Assessing the Strategic, Tactical, and Operational Utility of Military Cyber Operations*, 12th International Conference on Cyber Conflict 20/20 Vision: The Next Decade; T. Jančárková, L. Lindström, M. Signoretti, I. Tolga, G. Visky (Eds.) NATO CCDCOE, Tallinn 2020, https://ccdcoe.org/uploads/2020/05/CyCon_2020_10_Schulze.pdf; Преузето 11.08.2024.

Talbot Jensen, E. (2017). The Tallinn Manual 2.0: Highlights and Insights, *48 Georgetown Journal of International Law*. 735. 735-778.

University of Maine (2024). Social Media Statistics Details; Преузето 26.07.2024., <https://umaine.edu/undiscoveredmaine/small->

business/resources/marketing-for-small-business/social-media-tools/
social-media-statistics-details/#:~

Милисављевић, Б. (2024). Међународно хуманитарно право. Београд:
Правни факултет Универзитета у Београду.

Портал Е-управе Републике Србије (2024). Е-конзулат; <https://euprava.gov.rs/ekonzulat>; приступљено 11.08.2024.

Nikola Stanković, LL.M.,
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Belgrade,
Republic of Serbia

DATA PROTECTION IN ARMED CONFLICTS

Summary

The subject matter of analysis in this paper is the issue of data protection in armed conflicts, focusing on digital data. The scope of analysis includes both informational and operational data necessary for the functioning of operating systems and other platforms for creating, storing and transferring data. The paper also focuses on the differentiating factors between civilian and military data, and border-line subcategories. The paper examines the nature of these data and their exposure in armed conflicts, correlating them with the basic principles and rules of international humanitarian law, primarily the principles of proportionality and distinction which have a specific effect in the context of data protection. The paper seeks an answer to the question of whether these data can be considered a military objective or/and a civilian object, and which international humanitarian law instruments are the most appropriate for protection such data during armed conflicts. The analysis also includes the relevant provisions of the Additional Protocol I to the Geneva Conventions and the Commentary of the International Committee of the Red Cross (1987), with special reference to understanding the military objective in terms of international humanitarian law. The normative analysis also includes the the Tallinn Manual on International Law Applicable to Cyber Warfare, primarily the relevant segments from the first Tallinn Manual (2013) on cyber operations performed during armed conflicts that violate the principle of prohibition of the threat of force and the use of force in international law, as well as relevant parts of the second Tallinn Manual (2017). Author recognizes their important role and doctrinal influence but points to further steps and the necessary final goal – modern codification. Lastly, the paper presents several relevant examples from practice which serve as proof of very the present threat and danger in terms of the lack of necessary normative data protection by International Humanitarian Law. Although the process may be very challenging, the author concludes that an important evolutionary leap must be made in order for the data protection normative framework to catch up with the increasingly digitalized world and armed conflicts.

Keywords: *data protection, cyber operations, Additional Protocol I to the Geneva Conventions, International Committee of the Red Cross, armed conflict, principle of distinction, principle of proportionality, Tallinn Manuals, International Humanitarian Law.*

СЕЦИЈА ЗА ТЕОРИЈУ И ИСТОРИЈУ ПРАВА

LEGAL THEORY AND LEGAL HISTORY SESSION

ПРИНЦИП КОНСЕНЗУСА У КОНФЛИКТНИМ ДРУШТВИМА

Апстракт: Принцип консензуса у конфликтним друштвима треба да одговори на питање како се постиже базични и процедурални консензус у конфликтним и пост-ратним друштвима. Принцип консензуса је базични нормативни принцип управљања за различите врсте друштвеног конфликта. У сложеним друштвима у којима постоје различите линије друштвених расцепа, консензус је једини и основни начин интеграције и развоја. Основне појмовне релације у овом раду су: конфликт-преклапајући консензус-норме-институције. Успостављена релација између промена и стабилности представља низ догађаја у којем долази до промене у месту и значају конфликта и консензуса. Наиме, промена настаје као резултат конфликтног друштва – сам конфликтни карактер, након одређеног времена, нужно мора довести до неког минималног степена консензуса у друштву – успостављеног консензуса. Након одређених промена околности и актера, успостављени консензус постаје нестабилан, због деловања конфликта. Стабилност друштва се везује за степен консензуса, док друштвене промене (посебно наглашене и структуралне) изазивају одређене конфликте. Тако консензус и конфликт круже у различитим позицијама, у складу са динамиком друштва, између стабилности и промене. Нису друштва искључиво друштва консензуса или искључиво друштва конфликтна. Идеал-типски, могуће је друштва поделити као: (1) монолошка односно монократска друштва (друштва једногласности као идеални или идеолошки конструкт), (2) плуралистичка (друштва различитости и мноштва интереса) и (3) поларизована друштва непомирљивих супротности. Монократска друштва су статична друштва потиснутог и минималног конфликта. Плу-

* slavisa@prafak.ni.ac.rs, [ORCID ID 0000-0001-5673-5282](https://orcid.org/0000-0001-5673-5282)

ралистичка друштва развијених институција су уравнотежена друштва у којем су разлике премостиве а тиме и функција консензуса постаје конструктивна. Што су друштва више поларизована, то је истрајнији друштвени конфликт, могућност за постизање сагласности је мања а друштвена динамика је дезинтегративна.

Кључне речи: консензус, конфликт, интерес, норме, институције, управљање конфликтима.

1. Увод

Конфликт и консензус представљају опште и заједничко обележје у свим друштвима, без обзира на сложеност, врсте друштва или ниво развоја. Конфликти постоје између појединаца, група, класа или држава, унутар друштва или између друштава односно држава, док консензус изражава друштвене сагласности о потребама, интересима, вредностима и нормама. Конфликти и консензус нису статичне појаве, они се мењају и развијају у времену и простор и одражавају динамику друштвених односа, структуре моћи и процеса друштвених промена.

Сукоби су неизоставни део људске природе и непрекидно присутни у историји друштава. Историја људских заједница може се посматрати кроз призму сукоба који произилазе из различитих мотива, интереса, вредности и идеологија или борбе за материјалне или духовне ресурсе. Разумевање тих сукоба кључно је за боље схватање друштвеног и историјског процеса, како би се деловало на стварању мирнијег и праведнијег света. Ипак, поред сукоба, историја бележи и сарадњу међу људима. Као друштвена бића, људи су увек тежили повезивању и заједничком деловању, јер је заједница пресудна за опстанак и напредак. Кроз сарадњу су градили друштва, развијали културе и цивилизације, солидарност, емпатију и колективни напредак.

2. Психологија конфликта

Психоаналитичка теорија, коју је развио Сигмунд Фројд, посматра личност као комплексну структуру која се састоји од динамичног односа између три дела психе: ид, его и суперего (Frojd, 2019). Конфликти између ових делова ума могу обликовати понашање и емоционално искуство појединца. Конфликт произилази из динамичког односа у структури личности (Џишњић, 1997). Ид је део ума који садржи инстинктивне жеље и импулсе, попут жеље за задовољењем основних потреба попут хране, секса и задовољства. Ид функционише према

принципу задовољења, тражећи тренутну гратификацију без обзира на последице. Его је свесни део ума који посредује између захтева ида, реалности и моралних вредности суперега. Его функционише према принципу реалности, покушавајући да задовољи потребе ида на начин који је прихватљив у реалности и социјалном окружењу. Суперего представља унутрашњи глас савести, који садржи интернализоване норме, вредности и морална правила. Суперего може створити конфликте са „идом” јер поставља стандарде понашања који се често не подударају са жељама „ида”. Конфликти између „ида, ега и суперега” могу довести до различитих облика унутрашњих конфликта и емоционалних проблема. На пример, када его није у могућности да задовољи захтеве ида на начин који је прихватљив суперегу и реалности, може доћи до појаве анксиозности или других облика емоционалне нелагодности. Фројд је веровао да је разумевање ових унутрашњих конфликта кључно за психолошки развој и лечење.

Теорија социјалног идентитета, која се често повезује са Хенријем Тајфелом, истражује како људи идентификују себе у односу на друге људе и групе, и како та идентификација утиче на њихово понашање и перцепцију света око себе (Tajfel, Turner, 2001: 94-109). Конфликти могу настати када се идентитет једне групе супротстави идентитету друге групе. Људи имају потребу да се идентификују са одређеним групама, као што су национална, верска, етничка или социјална група. Ова групна идентификација постаје део њиховог самопојма и утиче на њихово понашање. Када се идентитет једне групе супротстави идентитету друге групе, то доводи до стереотипа, предрасуда и конфликта. Теорија социјалног идентитета истражује како интергрупни конфликти настају између група које се идентификују на различите начине. Ови конфликти могу бити мотивисани жељом за доминацијом, ресурсима, територијом или идеолошким разликама. Конфликти између група могу бити самопојачавајући јер групна идентификација може појачати перцепцију разлика између група и ојачати конфликтно понашање.

Теорија агресије истражује узроке агресивног понашања, који може бити један од облика конфликта. Агресија се дефинише као било које понашање које је намерно усмерено ка наносењу штете или неугодности другој особи. Један од кључних фактора који се повезује са агресијом је фрустрација. Када људи доживе блокаду или ометање у постизању циљева или задовољењу потреба, то може довести до осећаја фрустрације који може резултирати агресивним понашањем. Провокација или провоцаирање од стране других људи може такође изазвати агресивно понашање. Људи могу реаговати агресивно када се осећају угрожено или нападнуто.

Теорија агресије такође истражује како социјално учење може допринети агресивном понашању. Људи могу научити агресивне обрасце понашања посматрајући друге људе или путем медија. Биолошке теорије сугеришу да су биолошки фактори, попут генетике и хемијских процеса у мозгу, такође важни за разумевање агресије. На пример, неки људи могу имати већу предиспозицију ка агресивном понашању због генетских фактора или неурохемијских дисбаланса. Култура може играти важну улогу у одређивању шта се сматра прихватљивим или не прихватљивим обликом агресије. Неки облици агресије могу бити нормализовани или чак награђивани у одређеним културама, што може утицати на понашање појединаца.

Теорија интерперсоналних сукоба истражује како конфликти настају у интерперсоналним односима, односно односима између појединаца. Ова теорија се фокусира на факторе као што су различита очекивања, вредности и потребе које појединци доносе у своје односе са другима (Deutsch, 1973). Сваки појединац доноси своја очекивања у однос, која се могу разликовати од очекивања других. Ова разлика у очекивањима може довести до неспоразума и конфликта. Појединци имају различите вредности и приоритете у животу, што може довести до конфликта када се ове вредности супротставе у интерперсоналним односима.

Теорија интерперсоналних односа истражује како људи балансирају потребу за аутономијом, односно независношћу, и потребом за повезаношћу, односно везивањем за друге људе. Конфликти могу настати када се ове потребе сукобљавају. Начин на који појединци комуницирају може утицати на настанак конфликта. Проблеми у комуникацији, попут недостатка слушања или недостатка јасног изражавања својих потреба, могу довести до неспоразума и конфликта. Теорија интерперсоналних односа истражује и како људи решавају конфликте у својим односима. Различити људи могу имати различите стратегије за решавање конфликта, што може утицати на ток и исход конфликта и помаже да се разумеју комплексни фактори који доприносе конфликтима у интерперсоналним односима и може пружити смернице за побољшање комуникације и решавање конфликта у односима са другима.

Теорија еволуције и конфликта полази од тога да су конфликти резултат еволуцијске борбе за ресурсе и преживљавање.¹ Теорија еволуције

¹The Quarterly Review of Biology, Vol. 46, No. 1 (Mar., 1971). The University of Chicago Press, pp. 35-57. Еволутивни процеси могу довести до сарадње и алтруистичког понашања међу индивидуама, чак и када постоји сукоб интереса. Иако се бави сарадњом, овај рад је кључан за теорију еволутивног конфликта јер показује како природна селекција

пружа један одступајући, али занимљив поглед на конфликтну природу човека. Теорија еволуције сугерише да је борба за ресурсе један од кључних фактора који обликују понашање људи. Према овој теорији, еволуција је обликовала људе да буду конкурентни и да се боре за ресурсе потребне за преживљавање и репродукцију. Ова борба за ресурсе може довести до конфликта између јединки или група. Теорија еволуције, такође, истиче улогу биолошких инстинката у обликовању понашања људи. На пример, инстинкт за заштиту своје генетске линије може довести до агресивног понашања у одбрани територије или ресурса. Теорија еволуције такође сугерише да су људи еволуирали као друштвене животиње које су зависиле од сарадње са другим члановима своје групе за преживљавање. Међутим, ова сарадња може бити ограничена на чланове исте групе, док се може испољити као конкуренција или конфликт са припадницима других група. Ова грана психологије проучава како су еволуцијски процеси обликовали људску психологију, укључујући и тенденцију ка конфликту. Еволутивна психологија истражује како су адаптације које су развиле у људској прошлости могле обликовати понашање у савременом друштву, укључујући и тенденцију ка конфликту.

Социјално-психолошки приступ објашњава интерактивни однос између појединца, групе и друштва. Унутрашњи конфликти на индивидуалном плану имају значајан утицај на друштвене конфликте. Појединци који су под утицајем унутрашњих конфликта могу бити склонији емоционалној реактивности у друштвеним ситуацијама, што доводи до ескалације конфликта и отежава мирно решавање спорова. Особе које се суочавају са унутрашњим конфликтима, посебно онима који су везани за бес, фрустрацију или немоћ, могу показивати агресивно понашање у друштвеним односима. Оне осећају неповерење према другима, што одежава комуникацију и сарадњу, склоније су социјалној изолацији или повлачењу из друштвених интеракција. Али, унутрашњи конфликти могу подстаћи креативност и иновацију, имати дубље увиде у друштвене проблеме. Са друге стране, друштвени конфликти могу имати снажне емоционалне реакције на ментално стање појединца, попут страха, туге или фрустрације, несигурности. Дакле, друштвени конфликти могу подстаћи појединца на активно учешће у конфлиту или на повлачење и пасивност. Неки појединци су агресивнији или радикалнији као одговор на конфликт, док су други више сумљичави и дефанзивни.

обликује стратегије понашања које укључују како сарадњу тако и конфликте у различитим условима.

Интериоризација друштвеног конфликта односи се на интегрисање конфликта у унутрашњост свести појединца. Са друге стране, конфликтна природа човека одражава се на његове односе са другима, на друштвене односе.

3. Социолошке теорије конфликта

Конфликтна теорија, коју су развили социолози попут Карла Маркса и Макс Вебера, види друштво као арену сталног конфликта између различитих друштвених група које се боре за ресурсе. моћ или признање. Конфликтна теорија истражује како економске неједнакости, интересне, политичке и идеолошке диференцијације друштва утичу на сукобе. Ова теорија види друштво као динамичан систем који се непрестано мења кроз сукобе и борбу за контролу ресурса и моћи.

Конфлитолошка теорија наглашава да друштво није хомогено, већ је обликовано неједнакошћу у дистрибуцији ресурса попут богатства, моћи и престижа. Ова неједнакост ствара тензије и конфликте између оних који имају више ресурса (елита) и оних који имају мање (радничка класа, сиромашни). Конфликти произлазе из борбе за ресурсе као што су новац, моћ, приступ образовању, здравственим услугама или политичком представништву. Ове борбе су инхерентне у друштву које се заснива на неједнакости. Конфликтна теорија, такође, истражује динамику доминације и отпора. Елита покушава одржати своју власт кроз контролу ресурса и институција, док се мање привилеговане групе организују и боре за своја права и интересе. Конфликти су покретачи структуралних промена у друштву. Кроз конфликте, групе могу постићи промене у друштвеним нормама, институцијама и економским системима. Конфликтна теорија често користи класну анализу како би истражила конфликте између различитих друштвених класа. Кроз ову анализу, истражује се како економска неједнакост обликује друштвене односе и конфликте.

Суштина Марксове теорије друштвеног конфликта лежи у анализи друштвених односа као борбе између антагонистичких класа које произилазе из економске структуре друштва (Marks, 2020). Маркс је сматрао да су друштвени конфликти резултат економске неједнакости и експлоатације која произлази из капиталистичког система. Историја друштва историја класне борбе. Он је идентификовао две основне класе у капиталистичком друштву – капиталисте, који контролишу средства за производњу, и раднике, који продају своју радну снагу. Конфликт између ових класа је покретачка снага друштвеног развоја. Капитали-

сти експлоатишу раднике тако што присвајају вишак вредности коју радници стварају својим радом. Ова експлоатација доводи до антагонизма између класа. Маркс је предвидео да ће радничка класа, с временом, постати свесна своје економске ситуације и покренути револуцију како би срушила капиталистички систем и успоставила друштво у којем ће средства за производњу бити у власништву радничке класе. Маркс је веровао да промена економске структуре, тј. начина на који се производе и расподељују ресурси, може довести до фундаменталних промена у друштву. Ово укључује прелазак из капитализма у социјализам и, на крају, у комунизам.

Суштина Марксове теорије друштвеног конфликта је у анализи економске основе друштва и њене улоге у обликовању друштвених односа и конфликта. Ова теорија је имала велики утицај на развој социологије и политичке теорије и и даље је релевантна за разумевање друштвених конфликта у савременом свету.

Структурални функционализам коју је прво развио Емил Диркем а усавршио Талкот Парсонс (Parsons, 1951), фокусира се на стабилност и интеграцију друштва. Према овој теорији, друштвене институције функционишу заједно како би одржале стабилност и равнотежу. Конфликти се тумаче као резултат дисфункционалности у друштву, где су неки делови друштва престали да обављају своје функције. Структурални функционализам, социолошка теорија која се фокусира на стабилност и интегрисаност друштва, пружа другачију перспективу на друштвени конфликт у поређењу са конфликтном теоријом. Структурални функционалисти виде друштвени конфликт као дисфункцију или поремећај у друштву. Конфликти се јављају када друштвени системи не функционишу како треба или када постоји неравнотежа унутар система. Конфликти су стога третирани као аномалије које треба решити како би се повратила равнотежа и стабилност у друштву. Иако структурални функционалисти гледају на конфликте као на дисфункцију, они признају да конфликти могу имати улогу у промени друштва. Конфликти могу указивати на потребу за прилагођавањем друштвених институција и норми како би се боље одговорило на промене у окружењу. Међутим, ова промена се обично види као еволуција, а не револуција, како би се очувала основна стабилност друштва.

Структурални функционалисти сматрају да је превенција конфликта важан део одржавања стабилности друштва. То укључује осмишљавање институција и норми које смањују могућност конфликта, као и решавање конфликта који се појаве на миран начин како би се спречило ескалација. У суштини, структурални функционализам види

друштвени конфликт као дисфункцију која угрожава стабилност друштва, али такође признаје да конфликти могу бити средство за промену и прилагођавање у друштву. Дакле, ова теорија наглашава важност одржавања равнотеже и стабилности у друштву кроз превенцију и решавање конфликта.

Теорија структуралног функционализма и конфликта повезује структурални функционализам и конфликтну теорију, сугеришући да друштво функционише кроз равнотежу између стабилности и конфликта. Конфликти се тумаче као нормалан део друштвене динамике, који може довести до промена и еволуције друштва.

Конфликти нису нужно негативни или деструктивни. Они су конструктивни када подстичу промене, инвације и раст, доприносе увиђању стварних проблема и отварање дијалога, идентификацији потреба и проналажењу решења. Кључно је управљати конфликтима на начин који их претвара у конструктивну снагу. За разлику од класичног функционализма Талкота Парсонса и његових следбеника који није признавао позитивну снагу конфликта већ само деструктивну, дефијантну појаву, Козер и Дарендорф су претпостављали и доказали добре стране друштвеног конфликта који може имати функционалан ефекат. Козер је посебно истраживао конфликт унутар групе који може бити важан чинилац кохезије групе, који одржава равнотежу унутар групе и спречавање доминације. Разлике у моћи између различитих група изражавају се тако што моћна група користи своју моћ да би заштитила своје интересе и доминирала над мање моћним групама. Козер је сматрао да конфликти могу бити покретачи друштвене промене на тај начин што доводе до превазилажења постојећих структура и успостављање нових (Lewis, 1964).

Ралф Дарендорф се може сматрати представником конфликтне теорије друштва (Dahrendorf, 1959). Његова теорија полази од тога да је конфликт нормалан и неизбежни део друштва, да су конфликти резултат борбе за контролу над ресурсима и институцијама друштва, при чему моћна група одржава свој положај док слабија тежи променама како би побољшала свој статус. За разлику од Маркса, Дарендорф је дошао до сазнања да класна припадност није једини извор конфликта, већ да постоје и други фактори, попут статуса и моћи, који играју важну улогу. Тај динамичан процес моћи довести до промена у друштву.

Конфликт и консензус као појмови који нису искључиви нити одвојени, већ повезани. Крајности консензуса и конфликта имају дезинтегративне последице. „Конфликти без темељног консензуса делују разо-

рно, док консензус без конфликта кочи, сужава, деполитизује” (Meyer, 2013: 107). Потребна упућеност конфликта и консензуса подразумева продуктивну релацију. Консензус је начин пацификације конфликтне природе друштва, поступак за мирно и цивилизовано, културно и институционално каналисање или решавање сукоба. Пошто су конфликти фундаментални елеменат друштва, истраживачки фокус треба да буде – управљање конфликтима кроз консесуалне процедуре.

Симболички интеракционизам Георгеа Херберта Мида фокусира се на микро ниво интеракције међу индивидуама. Симболички интеракционизам истражује како људи конструишу значење у свом друштвеном окружењу путем симбола и језика. Конфликти се тумаче као резултат неслагања у интерпретацији симбола и интеракцији. Симболички интеракционизам.

Симболички интеракционисти виде друштвени конфликт као резултат неслагања у интерпретацији симбола, значења и интеракције међу људима. Конфликти могу настати када индивидуе имају различите перцепције, очекивања и вредности које произилазе из њихових социјалних интеракција. Индивидуе конструишу свој идентитет кроз социјалне интеракције и симболичке процесе. Конфликти могу настати када се идентитети различитих група или индивидуа сударају, што може довести до ривалства и конфликта. Иако наглашава да су конфликти инхерентни у друштву, овај правац такође види конфликте као средство за друштвену промену и еволуцију. Конфликти могу довести до преговора, компромиса и промене у друштвеним нормама и вредностима. Симболички интеракционизам често критикује конфликтну теорију због њеног фокуса на друштвене структуре и неједнакости, уместо на интеракције и значења које индивидуе дају тим структурама. Ова перспектива наглашава важност индивидуалне интерпретације и субјективног искуства у разумевању друштвених конфликта. У суштини, симболички интеракционизам пружа перспективу на друштвени конфликт као резултат неслагања у интерпретацији симбола и идентитета међу индивидуама, истичући важност социјалних интеракција и субјективног искуства у разумевању конфликта.

Георг Зимел схватао је друштвене конфликте на оригиналан начин, који се разликовао од других социолошких теорија тог времена. За разлику од других социолога који су сматрали да су друштвени конфликти патолошки или непожељни, Зимел је тврдио да су они нормални и неизбежни део друштвеног живота. Према његовом схватању, конфликти могу имати позитивне ефекте, попут подстицања промене и иновација (Simel, 1964: 1908). Зимел је истраживао како близина или

удаљеност међу људима може утицати на друштвене конфликте. На пример, блиске везе могу довести до интензивнијих сукоба због емоционалне укључености, док удаљеност може довести до индиференције или антагонизма. Зимел је наглашавао да су друштвени односи често прожети трагиком, јер се људи суочавају са конфликтима између својих индивидуалних потреба и захтева друштва. Ова трагика може бити извор креативности и иновација, али и конфликта. Зимел је истраживао како култура, уметност и филозофија могу утицати на друштвене конфликте, нудећи начине за превазилажење конфликта и разумевање друштвених односа.

Зимел је заиста сматрао да сукоб има комплексну улогу у друштву и да може имати позитивне ефекте. Сукоб доводи до интензивне интеракције међу људима, јер захтева јасну комуникацију, преговоре и размену гледишта. Ова интеракција може помоћи у разјашњавању ставова и решавању проблема. Сукоб може служити као извор или механизам за решавање несугласица и регулацију социјалних односа. Кроз сукоб, друштво може идентификовати проблеме и радити на њиховом решавању, што доприноси стабилности и хармонији. Сукоб може бити покретачка снага за промене у друштву, односи између различитих група или интереса могу довести до иновација, развоја нових идеја и институција, што може унапредити друштво. Парадоксално, Зимел је тврдио да сукоб може допринети миру и јединству. Кроз процес сукоба, људи могу постати свесни својих разлика и конфликтних интереса, што може довести до разумевања, компромиса и постизања заједничког циља. Укупно гледано, Зимел је видео сукоб као сложен феномен који може имати различите ефекте у друштву. Иако је сукоб често доживљен као негативан, Зимел је наглашавао да може имати и позитивне ефекте и да може бити основа за удруживање, социјалну регулацију и унапређење друштва.

Макс Вебер је конфликт дефинисао као борбу или сукоб између актера који свесно покушавају да остваре своју вољу упркос отпору других. Он је наглашавао да је конфликт инхерентан друштвеним односима и да може произилазити из различитих извора, као што су економска, политичка, религиозна или културна питања. Вебер је сматрао да конфликт може бити конструктиван или деструктиван, у зависности од тога како се решава и како утиче на друштвене односе. Макс Вебер је сматрао да је такмичење облик мирољубивог конфликта који се одвија према правилима, описујући такмичење као ситуацију у којој се актери такмиче за неки циљ, али то чине унутар јасно дефинисаних правила и норми. Ово значи да такмичење подразумева да се конфликти регу-

лишу и да постоје механизми за решавање спорова. Вебер је сматрао да такмичење може бити корисно за друштво јер подстиче продуктивност, иновације и развој, под условом да се одвија унутар правила и норми које су прихватљиве за све учеснике (Weber, 1976).

4. Политичка теорија и право

Политичка теорија се бави различитим аспектима друштвених и политичких конфликта, пружајући различите перспективе и теорије о њиховој природи, узроцима и последицама (Wright, 1978). Политичка теорија се бави политичким конфликтима, њиховим изворима, садржини, последицама по интеграцију или стабилност власти, начине и средства решавања конфликта односно управљање конфликтима, постконфликтним пољем друштва и политике, конфликтној инхеренцији политике која произилази из конфликтне инхеренције појединаца, група и друштва, утицајем социјалне стратификације на политички конфликт.

Политика се често посматра као арена у којој се одвијају различити облици конфликта, попут борбе за моћ, власт ресурсе, идеје и вредности. Политика често истражује конфликте који произлазе из економске, социјалне и политичке неједнакости. Неједнакост може бити извор конфликта између различитих класа, група или нација. Политика се такође бави питањем како спречити и решити конфликте у друштву. То укључује успостављање институција, процеса и механизма који могу олакшати дијалог, преговоре и мирно решавање спорова. Концепти политичког идентитета, као што су национализам, верски идентитет или етничка припадност, често су повезани са друштвеним и политичким конфликтима. Политика се бави питањем како ови идентитети утичу на конфликте и како их може смирити или ескалирати.

У основи, политичка теорија пружа различите перспективе и алате за разумевање друштвених и политичких конфликта, истражујући њихове узроке, облике и последице у циљу бољег разумевања политичких процеса и развоја друштава. Када политички процеси омогућавају широко учешће различитих интересних група и појединаца, то може створити основу за постизање консензуса. Ово може укључивати отворену размену идеја, дебату и преговоре између различитих политичких актера како би се постигао компромис који одражава различите перспективе и интересе. Институције које подржавају демократске принципе, попут парламента, слободних медија, независног правосуђа и цивилног друштва, могу допринети стварању консензуса тако што

осигуравају да се различита мишљења чују и узимају у обзир у процесу доношења одлука. Када политички лидери и институције делују транспарентно и одговорно, то може допринети поверењу грађана у политички систем и олакшати постизање консензуса. Када грађани имају приступ информацијама и могу пратити како се доносе одлуке, то може смањити сумњу и скептицизам.

Постојање ефикасних институционалних механизма за решавање сукоба, попут арбитраже, медијације и компромиса, може олакшати постизање консензуса међу супротстављеним странама. Ови механизми омогућавају мирно решавање спорова и избегавају ескалацију конфликта. Политике које су инклузивне и које узимају у обзир различите интересе и перспективе различитих група у друштву имају већу шансу да створе консензус. Ово може укључивати политике које промовишу социјалну правду, економску инклузију, заштиту мањина и очување људских права.

Концепт хегемоније, који је развио италијански теоретичар Антонио Грамши (Gramsci, 1953/1954), наглашава да политичка моћ може створити сагласности у друштву путем доминације и контроле над идејама, вредностима и културом. Владајућа класа или политичка елита може наметнути своје идеје и интересе као „опште” интересе целог друштва, чиме се ствара привид сагласности. Дакле, хегемона моћ се остварује кроз културне институције, медије, образовне системе и друге механизме који обликују јавно мњење и друштвене норме. Ово може укључивати пропаганду, контролу информација, стереотипе, као и друге облике манипулације како би се одржала владајућа структура моћи. Емпиријски, можемо видети примере када су политичке елите или доминантне групе успеле наметнути своје идеје и вредности као „нормалне” или „природне”, чиме су створиле привид сагласности у друштву, кроз пропаганду која подржава политичке циљеве владајуће елите, ограничава слободе медија уз репресију према политичким противницима.

Плуралистичка теорија се разликује од теорије хегемоније по питању стварања и обликовања базичне сагласности у друштву (Роберт, 1994). Плурализам наглашава да друштво није под доминацијом једне политичке или економске елите, већ је карактеризовано постојањем различитих интересних група које се натјечу за утицај. Базична сагласност у друштву настаје као резултат интеракција између различитих група и појединаца који имају различите интересе и вредности. Групе се такмиче за утицај путем легалних политичких процеса, лобирања, јавне расправе и других механизма. Плурализам такође наглашава

важност демократских институција и процедура које омогућавају различитим групама да изразе своје ставове и интересе. Ово укључује изборе, слободу медија, слободу удруживања и друге механизме који омогућавају партиципацију и репрезентацију различитих перспектива у политичком процесу.

Дакле, док хегемонијска теорија види стварање базичне сагласности као резултат доминације политичке моћи, плуралистичка теорија наглашава улогу интеракција између различитих група и институција у обликовању друштвених норми и вредности. Обе теорије нуде различите перспективе на процесе који обликују друштвену сагласност и политичке динамике. Стога, можемо говорити о два концепта сагласности: један је концепт хетерономије а други је концепт аутономије.

Хетерономни концепт одговара теорији хегемоније, док аутономни концепт говори у прилог теорији консоцијације.² Концепт хетерономије односи се на ситуацију у којој је сагласност у друштву наметнута споља, често путем доминације политичке моћи или хегемонијских пракси. У хетерономној сагласности, друштвене норме, вредности и идеје намећу се од стране владајуће елите или моћних група, док се други, мање моћни или маргинализовани, присиљавају да их прихвате или се суочавају с репресијом.

Концепт аутономије се односи на ситуацију у којој сагласност у друштву настаје изнутра, кроз слободне и равноправне интеракције између различитих група и појединаца. У аутономној сагласности, друштвене норме, вредности и идеје обликују се путем демократских процеса, слободне размене мишљења, преговарања и компромиса. Плуралистичка теорија често подупире идеју аутономне сагласности, која се гради на основи партиципације, слободе говора и једнаког приступа политичким процесима.

Правна теорија и право посматрају и истражују друштвене конфликте кроз призму правних норми, институција и процеса, резултат кршења правних норми. Конфликти могу настати када се појединци, групе или институције не придржавају закона или када постоје несугласице у тумачењу и примени правних правила. Право пружа различите механизме за решавање друштвених конфликта, укључујући судски систем, медијацију, арбитражу и преговоре. Ови механизми омогућавају странама у конфликту да мирно реше своје спорове у складу са законом.

Правна теорија такође истражује како правне норме могу допринети

² Консоцијативну демократију је развио Lijphart A. (1992), *Demokracija u pluralnim društvima*, Zagreb: Globus.

превенцији друштвених конфликта. Правила која регулишу власништво, уговоре, радне односе и друге друштвене односе могу смањити могућност конфликта пружајући јасне смернице за понашање. Правна теорија разматра како правна правда може утицати на друштвене конфликте. Праведно решавање спорова може допринети смањењу тензија и побољшању поверења између различитих друштвених група. Правна теорија такође истражује како право може бити коришћено као средство за друштвене промене. Активистички приступ праву може се користити како би се промениле неправедне или дискриминаторске правне норме и праксе.

5. Консесуална перспектива друштва

Консесуална култура, друштвена и институционална процедура – то је основно полазиште које истражује могућности постизања консензуса и заједничких интереса и вредности међу различитим групама у друштву које су у сукобу. У том контексту, принцип консензуса често се посматра као начин или поступак превазилажења или умањивања конфликта и постизање базичне стабилности унутар плуралистичког друштва.

Консензус у друштву се посматра на различитим нивоима, у зависности од тога на коју врсту питања се односи и колико је широк спектар људи обухваћен. Консензус се увек односи на: (а) основне и опште вредности које већина људи у друштву дели, као што су поштовање људских права, демократија или владавина права (Rosavallon, 2013); (б) основне политике или приступе решавању друштвених проблема, попут, на пример, здравствене заштите, социјалних права, заштити животне средине и сл. (Mansbridge, 1983: 1723); (в) културне норме, језик, традицију или идентитет; (г) начин организације економског живота и редистрибуцију вредности и добара у друштву; (д) основне вредности, потребе и интересе, од појединца, преко друштвених група па до државе као заједнице општости свих; (ђ) спољнополитичке приоритете и циљеве, као што су мир, безбедност, сарадња, државни интерес. Степен консензуса у друштву може варирати у зависности од различитих фактора, као што су историјски контекст, политичка култура, социјални идентитети или облик држаног устројства. У неким друштвима, постизање базичног консензуса може бити изазовно због дубоких друштвених подела или политичких сукова, док у другима може бити лакше због веће хомогености или традиције компромиса.

Супстанцијални консензус је концепт који се односи на дубље, фундаменталне нивое сагласности у друштву о вредностима, циљевима и

принципима и разликује се од формалног или процедуралног консензуса који се односи на сагласности око процеса доношења одлука или решавања конфликта. Основна обележје супстантивног консензуса су: висок степен сагласности међу различитим групама или појединцима у друштву око основних, базичних потреба, интереса, циљева; стабилност и отпорност на промене, што значи да није подложен на брзим или лако изменљивим трендовима или политичким променама; вредности или принципи који чине основу супстантивног консензуса су дубоко укорењени у друштву и често се преносе генерацијама; обухвата широк спектар питања и приоритета које се сматрају важним за друштво у целини, укључујући политичке, економске, културне, социјалне аспекте; одржавање супстантивног консензуса захтева сталне напоре да се очува и негује заједничко разумевање вредности и циљева друштва.

Супстантивни консензус моће бити кључан за стабилно функционирање друштва, јер пружа основу за заједничко деловање и решавање конфликта. Међутим, постизање супстантивног консензуса може бити изазовно и тешко у друштвима која су дубоко подељена или у којима постоје антагонистички интересе и вредности међу појединцима и групама, што је карактеристично за плуралистички поларизована друштва.

Процедурални консензус се односи на сагласност или прихватање одређених процедура или процеса доношења одлука у друштву којима се конфликти пацификују. Овај принцип наглашава важност поштовања процедура као начина да се осигура фер и транспарентно доношење одлука, без обзира на то да ли постоји сагласност око самих одлука. Ова врста консензуса подразумева поштовање поштовање процедура или правила која су установљена за доношење одлука, што укључује поштовање правила гласања, права појединца и мањина. Процедурални консензус подразумева укључивање различитих група или мишљења у процесу доношења одлука. То укључује права свих да изразе своје ставове или учествују у јавном пољу аргументације.

6. Конфликтни и консесуални потенцијал друштва

Од конфликтног потенцијала друштва, врсте, величине и дубине базичних конфликта зависи и судбина консензуса (Galtung, 1996). Плуралистички функционална друштва су погоднија за постизање консензуса, док је сасвим другачије у плуралистички поларизованим друштвима у којима је конфликт увек велики изазов за друштво, политику, државу.

Различити типови конфликта, политички, економски, војни, културни или идентитетски, могу стварати препреке ка постизању и одржавању консензуса.

Политички конфликти између различитих група или идеологија доводе до поларизације друштва и отежавају постизање договора око кључних питања. Економски конфликти, као што су сукоби око распоредле ресурса или социјалне политике, обеснажују консензус, посебно ако доводе до економске неједнакости, социјалне напетости или социјалне неправде. Културни и идентитетски конфликти могу такође бити препрека за постозање консензуса, посебно у мултикултурнио поларизованим друштвима где је велика разноликост идентитетских захтева.

Сваки тип друштва или заједнице има свој специфични консензус који одражава његове посебне карактеристике, вредности и циљеве. Он варира у зависности од историјског, културног, политичког, економског, социјалног контекста одређеног друштва. Традиционална друштва често имају консензус који је дубоко укорењен у традицији, обичајима и веровањима заједнице, као што су породичне вредности, религија или традиционалне праксе. Модерна друштва су сложена и комплексна, променљива, динамична а консензус заснивају на људским правима, владавини права, економским интересима, стабилности власти. Мултикултурна модерна друштва захтевају комплекснији консензус који укључује признавање и поштовање различитих култура и идентитета унутар друштва.

Управљање конфликтима у модерним и мултикултуралним друштвима захтева постојање *консесуалне културе*, успостављање дијалога супростављених страна, признавање различитости. Основна поставка консесуалне културе је да постоји много више ствари које повезују, упућују људе да сарађују него да се деструктивно супростављају. Указаћемо на неколико врста конфликта обзиром на начине на који се конфликт манифестује. У овој класификацији користе се критеријуми феноменологије и степена отворености конфликта.

Отворено манифестован конфликт је испољен и видљив у понашањима, акцијама и реторици актера, где су разлике и несугласице очигледно изражене као отворена конфронтација. Ови конфликти се манифестују као вербални сукоби, демонстрације, штрајкови, политички протести, физичко насиље, оружани сукоби, ратови. Отворени конфликт је израз неслагања често праћен интензивним емоцијама и напетостима. *Затворени конфликт*, насупротив, карактерише да су стране свесне да постоји интересна разлика али због страха од последица, друштвених прити-

сака, политичке доминације моћних структура. Он може бити прикривен, потиснут или игнорисан али тиња док не добије повод или могућност да ескалира. Такође, није без значаја и латентна врста сукоба који постоји испод површине али стране у сукобу још нису довољно свесне његовог постојања или га још не препознају а изражава се као несвесно незадовољство или напетост. Кад одређени догађај, фактор активира те скривене тензије, латентни суког прераста у фазу отвореног.

Замрзнути конфликт постоји када су конфликтне стране привремено или делимично зауставиле отворене сукобе или конфронтације, али су основни узроци конфликта и даље присутни. Овај израз се користи у контексту међународних односа или политичких сукоба, где се конфликт може смирити или привремено зауставити, али суштинска питања остају нерешена. Ова врста конфликта може бити користан начин као привремено решење за спречавање ескалације, али дугорочно може отежати трајно решавање проблема и постозање коначног мира. *Потиснути конфликт* подразумева стање у којем постојећи конфликти или несугласице нису отворено признати, или освешћени, већ су потиснути. Ово може бити недостатак воље или способности да се конфликт разреши, страха од могућих последица или незнања о постојању конфликта. Потиснути конфликти често доводе до нагомилавања тензија и негативних емоција међу учесницима, што може довести до експлозивне агресије насиља. Није без значаја издвојити *пост-ратно конфликтно друштво* које се суочава са многим изазовима након завршетка оружаног сукоба и рата. Ова друштва пролазе кроз период транзиције, превазилажења последица рата и изградње мира. Постратна друштва суочавају са последицама рата, као што су губитак живота, разарања инфраструктуре, успостављање институција и правног поретка. Слабе и нестабилне институције отежавају процес изградње мира и поретка.

Значајно је увођење једне нове категорије конфликта који именујем као ***преклапајући конфликт*** који је карактеристичан за сложена и комплексна друштва. Преклапајући конфликт је сложена појава у којој се више различитих врста конфликта преплиће или допуњује, стварајући комплексну конфликтну динамику или главну струју конфликта. Идеја преклапања конфликта, идеологија, идеја, идентитета постоји у свим сложеним друштвима, посебно у условима постојања етничких, религијских, економских, политичких или других групација са различитим интересима, вредностима и циљевима а преклапање ових својстава је кључно за изградњу грађанског, заједничког, друштвеног идентитета, одржавања стабилности и кохезије.

Пре клапајући консензус је концепт у којој конфликтне различитости постоје али са мањим или већим консесуалним потенцијалом. Пре клапајући консензус изводим из *теорије прехензије*³ која подразумева процес у којем актери и идентитети имају способност да прехвате или „осете” друге актере и идентитете света око себе, што доприноси њиховом међусобном утицају и повезивању.

Друштвени и политички консензус је предуслов и основа **нормативног консензуса**, мада нормативни консензус такође може обликовати друштвени консензус. Али, друштвено-интересни, друштвено-вредносни и политички консензус сматрају се основном за нормативни консензус у друштву. Консесуална култура друштва и друштвено структурирани консензус су претпоставка са минималну или базичну сагласност око идеја, ставова, принципа, вредности, норми, циљева који се сматрају легитимним и пожељним у друштву. Нормативни консензус иде даље у односу на реалне консесуалне могућности јер успоставља норме и правила која регулишу понашање конфликтних страна у друштву. Недостатак, непостојање базичног друштвеног и политичког консензуса отежава постизање нормативног консензуса. Без широке базичне сагласности око основних вредности, норми или циљева, теже је успоставити заједнички именитељ нормативног и регулативног оквира. Правне норме и законодавство се често развијају и усвајају у складу са базичним консензусом.

7. Консензус и конфликт у плуралистичком друштву

Тешко се може говорити, сем хипотетички, о монархским друштвима односно безконфликтним друштвима! Идеја о потпуно монархским или безконфликтним друштвима може бити више теоријска конструкција него стварност.⁴ У пракси, друштва су обично сложена и динамична, с различитим интересима, вредностима и перспективама које могу довести до конфликта. Монархска друштва, у којима постоји

³ Whitehead, A. N. (1929). *Process and Reality. An Essay in Cosmology*. Gifford Lectures Delivered in the University of Edinburgh During the Session 1927–1928. Macmillan, New York, Cambridge University Press, Cambridge UK. У овом раду излаже своју процесну филозофију. Прехензија је кључни концепт који користи да би описао начин на који стварност функционише на основном нивоу, где сваки ентитет у универзуму преузима (прехендс) елементе других ентитета у свој процес постајања.

⁴ У овом раду хипотеза о безконфликтности је посебно наглашена због тога што је политички доведена до идеологије комунистичког друштва али и других органских идеологија заједнице (национализам, фундаментализам) – идеолошки конструкт који је потпуно супротан природи друштва и политике и који је емпиријски довео до стагнације и регрегације појединаца, група и друштва.

једна централизована власт или политичка елита која има потпуну контролу, елиминише, негира, потискује отворене политичке конфликте. Међутим, чак и у овим друштвима, могу постојати дубљи слојеви конфликта, као што су незадовољство средњег слоја или економске неједнакости, које се можда не манифестују на политичком нивоу, али су и даље присутне.

У старности не постоје безконфликтна друштва. Конфликти су инхерентни људском друштву због разлика у интересима, вредностима, потребама и перцепцијама. Иако је могуће да се одређени конфликти умање или преокрену у конструктивне расправе и преговоре, потпуно елиминисање конфликта може бити илузорно. Стога, иако теоретски можемо разматрати идеју монархских или безконфликтних друштава, у пракси се чини да су конфликти неизбежан део људске интеракције и политичке динамике. Важно је радити на конструктивном решавању конфликта и изградњи инклузивних политичких система који омогућавају мирно сучељавање различитих интереса и перспектива.

Чак и привидно безконфликтна друштва једногласности садрже потенцијал конфликта. Конфликт може бити потиснут или одложен због јаке пресије колективне свести или тоталитарне контроле власти. Ови конфликти могу бити потиснути или прикривени због различитих фактора, као што су јака друштвена контрола, колективна свест или ауторитарна власт. Јака колективна свест, која се може формирати кроз пропаганду, манипулацију информацијама или културну хомогенизацију, може допринети потискивању конфликта јер људи могу осећати притисак да се ускладе с доминантним друштвеним нормама и вредностима. Ово може резултирати „јавном тишином” или недостатком изражавања незадовољства, чак и ако постоје дубљи неспоразуми или конфликти.

Тоталитарна власт снажно сузбија конфликте путем репресије, цензуре, застрашивања или политичког прогона. Оваква власт може наметнути привид хармоније или јединства кроз силу, али то не значи да су конфликти у потпуности решени или да су нестали. У таквим околностима, конфликти обично остају латентни или се могу акумулирати током времена. На крају, овакав потиснути конфликт може избити на површину када се створе услови који омогућавају слободу изражавања и организовања. Стога, иако нека друштва могу изгледати као да су безконфликтна и јединствена на површини, важно је схватити да конфликти могу бити присутни испод површине, чекајући прилику да се појаве.

У плуралистичком приступу, конфликти се посматрају као нормални и неизбежни део друштвеног живота. Овај концепт препознаје различите интересе, вредности и перспективе различитих група у друштву, и претпоставља да ће се конфликти појављивати када се ови интереси сукобљавају. Плурализам подразумева постојање демократских механизма за решавање конфликта путем преговора, компромиса и политичке конкуренције. Када си и питању конфликти у поларизованим друштвима, разлике и сукоби између различитих група постају израженији и дубљи. Овај ниво конфликта карактеришу јаке поларизације, идеолошке поделе и дубока неповерења између различитих сегмената друштва. То је резултат ескалације политичке реторике, економских неједнакости, културних сукоба или других фактора који повећавају тензије и антагонизам међу групама. У поларизованом плуралистичком конфликту, постоји опасност од заоштравања подела и ескалације насиља, што може довести до озбиљних друштвених криза. Стога је важно радити на промоцији инклузивности, дијалога и решавања конфликта како би се избегла ескалација конфликта и изградило одрживо и хармонично друштво.

У зависности од тога можемо и говорити о могућностима консензуса које нису исте у плуралистичким друштвима и друштвима поларизованог конфликта. У плуралистичким друштвима и друштвима поларизованог конфликта, могућности постизања консензуса су обично различите због различитих динамика и нивоа поларизације. У плуралистичким друштвима постоји већа могућност постизања консензуса јер постоји више група и појединаца који могу учествовати у политичком процесу и преговорима. Плуралистичка друштва обично имају мање изражене идеолошке поделе, што олакшава постизање компромиса и договора на темељу практичних решења. Постоје институционални механизми, попут демократских институција, слободних медија и независног правосуђа, који подржавају дијалог и решавање конфликта на миран начин. У друштвима поларизованог конфликта, постоје дубоке идеолошке, политичке или културне поделе које отежавају постизање консензуса јер су интереси и вредности различитих група често у супротности. Недостатак поверења између различитих група или сегмената друштва отежава сарадњу и компромис, а вероватноћа ескалације конфликта и насиља је већа, што може отежати постизање мирног консензуса.

Стога, док у плуралистичким друштвима постизање консензуса може бити изводљиво путем инклузивних политичких процеса и институционалних механизма, у друштвима поларизованог конфликта то може

бити изазовније због дубљих и израженијих подела. У тим случајевима, потребно је посебно ангажовање у дијалогу, помирењу и изградњи повећања како би се превазишли конфликти и постигао консензус.

8. Закључак

Исходишта и последице конфликта одређени су: природом друштва и конфликтним потенцијалом односно консесуалним потенцијалом друштва; типом друштвеног и политичког система (ауторитарна и демократска), степеном плуралистичке или поларизоване структуре друштва, међународним околностима. Нижу се исходишта конфликтне структуре друштва: интегративно решење, дипломатско решење, политичко (мирно) решење, повлачење, победа, обавезујуће пристајање, погодба, склапање споразума, арбитража, удаљавање или раздвајање, субмисија или подчињавање, доминација или хегемонија, консензус... Насупрот циклично учесталој конфликтној природи друштва стоји консесуална култура друштва. Конфликтна природа човека и друштва се ограничава, каналише, ољуђује, култивише, хуманизује постојањем супстанцијалне и процедуралне консесуалне културе.

Процедура је култура или саставни део друштвене, политичке и правне консесуалне културе. Када кажемо да је процедура култура, обично желимо да истакнемо да постоји одређена пракса или начин поступања који је установљен и који се поштује као норма или стандард. Процедура означава кораке или поступке које треба следити у одређеној ситуацији, док култура у овом контексту означава систем вредности, веровања и обичаја који су карактеристични за одређену групу људи или заједницу. Дакле, израз *процедура је култура* значењски сугерише да поступање према одређеним стандардима или правилима није само формалност, већ је **дубље укорено у начину размишљања и деловања** људи у интересним, друштвеним, политичким и правним оквирима.

Литература

Coser, Lewis (1964). *The functions of social conflict*. Free Press

Dahrendorf, Ralf (1959). *Class and Class Conflict in Industrial Society*. Stanford University Press

Deutsch, Morton (1973). *Processes The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive*

Frojd, Sigmund (2019). *Kompletan uvod u psihoanalizu*. Kosmos

Galtung, Johan (1996). *Peace by peaceful means: Peace and conflict, development and civilization*. International Peace Research Institute, Oslo: Sage Publications, Inc.

Gramsci, Antonio (1953/1954). *Quaderni dal carcere Copertina rigida*. San Vito Romano. Italia Einaudi

Mansbridge, Jane (1983). *Beyond Adversary Democracy*. Paperback Bunko – January 1, 1723.

Marks, Karl (2020). *Manifest komunističke partije*. Revolucionarni savez rada Srbije

Mead, G. H. (1934). *Mind, Self, and Society from the Standpoint of a Social Behaviorist*. University of Chicago Press: Chicago

Meyer, Thomas (2013). *Uvod u politiku*. CID Podgorica. Politička kultura Zagreb

Parsons, Talcott (1951). *The Social System*. Bryan S.Turner (Preface to the New Edition)

Rosanvallon, Pierre (2013). *The Society of Equals*. Harvard University Press

Simmel, Georg (1964). *Conflict and the Web of Group Affiliations*. Free Press

Šušnjić, Đuro (1997). *Trojica protiv jednoga*. Čigoja

Tajfel, H., Turner, J. (2001). An integrative theory of intergroup conflict. In M. A. Hogg & D. Abrams (Eds.), *Intergroup relations: Essential readings* (pp. 94–109). Psychology Press

Trivers, Robert (1971). *The Quarterly Review of Biology*. 46 (1). University of Chicago Press

Veber, Maks (1976). *Privreda i društvo*. Beograd: Prosveta

Whitehead, Alfred, N. (1929). *Process and Reality. An Essay in Cosmology. Gifford Lectures Delivered at the University of Edinburgh during the session 1927–1928*. Macmillan, New York, Cambridge University Press, Cambridge UK

Wright, Erik, Olin. (1978). *Class, Crisis and the State Class*. New York: Schocken

Prof. Slaviša Kovačević, Ph.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš,
Republic of Serbia

THE PRINCIPLE OF CONSENSUS IN CONFLICT SOCIETIES

Summary

The principle of consensus is the basic normative principle of managing different types of social conflict. In complex societies featuring different lines of social division, consensus is the only means of integration and development. This paper examines the basic conceptual relations between conflict, consensus, norms and institutions. While social changes cause certain conflicts, the stability of a society is linked to the degree of consensus. Thus, in accordance with the dynamics of society, consensus and conflict circulate, taking different positions between stability and change. Societies are not exclusively consensus societies or exclusively conflict societies. According to the ideal model, societies may be classified as: 1) monocratic societies (entailing unanimity as an ideal or ideological construct); 2) pluralistic societies (entailing diversity and multitude of interests); and 3) polarized societies of irreconcilable differences. Monocratic societies are static societies characterized by suppressed and minimal conflict. Pluralistic societies with developed institutions are balanced societies where consensus has a constructive role in reconciling the differences. Polarized societies generate persistent social conflicts; the social dynamics is disintegrative and the social agreement is less likely to attain.

The origins, outcomes and consequences of conflicts are determined by: the nature of society and the conflict potential, as well as the consensual potential of society; the type of social and political system (authoritarian and democratic); the degree of pluralistic or polarized structure of society; international circumstances, etc. The solutions for the conflict structure of society are: integrative solution, diplomatic solution, political (peaceful) solution, withdrawal, victory, negotiation, binding agreement, arbitration, distancing or separation, submission or subjugation, dominance or hegemony, consensus. The consensual culture of society is countered by the conflict nature of society. The conflict nature of man and society is limited, channeled, cultivated and humanized by the substantive and procedural consensual culture.

Procedure is culture, i.e. an integral part of social, political and legal consensual culture. It means that there is common practice or established modus operandi which is respected as a norm or standard. Procedure entails steps or proceedings

which are to be observed in certain situations; in this context, culture entails a system of values, beliefs and customs that are characteristic of a certain group of people or community. Thus, the term "procedure is culture" means that acting in line with certain standards or rules is not only a formality but that it is deeply rooted in the way of thinking and acting of people within the interest-driven, social, political and legal framework.

Keywords: *consensus, conflict, interest, norms, institutions, conflict management.*

Др Марко Новаковић,*

Виши научни сарадник,

Институт за међународну политику и привреду,

Београд,

Република Србија

UDK: 347.962:174

UDK: 17:340.15

DOI: 10.5281/zenodo.14516081

МИШЉЕЊЕ БРОЈ 3 КВЕС И ЕТИЧКИ КОДЕКСИ: КАКО ИЗГЛЕДА ИДЕАЛНИ СУДИЈА?

Апстракт: У овом чланку, аутор анализира етичке стандарде и улогу етичких кодекса у судијској професији, са посебним освртом на Мишљење број 3 Консултативног већа европских судија (КВЕС). Етички кодекси служе као основа за регулисање понашања судија, али не представљају свеобухватна правила већ смернице за етичко поступање. Рад наглашава важност саморегулисања судија и разликовање између етичких и дисциплинских правила. Анализирају се кључни етички принципи као што су независност, непристрасност, интегритет и компетентност, који су од суштинског значаја за очување поверења јавности у правосудни систем. Посебан акценат је стављен на улогу судија у друштву и значај сталне едукације како би се осигурала примена највиших етичких стандарда. Рад истражује препоруке Мишљења број 3 КВЕС, које су усмерене на јачање судијске етике кроз увођење кодекса и механизма за надзор и спровођење етичких принципа на европском нивоу, али се и осврће на неке елементе који нису елементи судијске етике у ужем смислу, попут отворености ума. Идеал „идеалног судије“ као вечита тежња у настојању обављања судијске функције на најбољи начин је такође анализиран.

Кључне речи: Идеални судија, судијска етика, етички кодекс, Мишљење број 3 КВЕС, саморегулисање, писање одлука, отвореност ума.

* marko@diplomacy.bg.ac.rs, [ORCID ID 0000-0002-7753-7506](https://orcid.org/0000-0002-7753-7506)

1. Увод

Етички стандарди у савременим правним системима представљају оквир у коме судије морају деловати да би задржале поверење јавности и обезбедиле правилно функционисање правосуђа. Судијска етика, као кључни аспект њихове професионалне одговорности, често се формулише кроз етичке кодексе или принципе понашања, који служе као идеал којем сваки судија треба да тежи. Са друге стране, иако етичка начела могу донекле зависти од временског или социјалног контекста, временом су се искристалисали стандарди етичког понашања који су кодификовани кроз различите смернице (Novaković, 2021:32), мишљења и извештаје (Novaković, 2022:210). Управко је Мишљење број 3 Консултативног већа европских судија¹ једно од најзначајнијих на простору ЕУ и у складу са тим, у овом раду ће се дати детаљнији осврт на то мишљење али и на појам идеалног судије.

2. Етички кодекси

Етички кодекси, као што им име говори, представљају кодификацију правила понашања у одређеној области друштвеног, јавног и професионалног живота. Они свакако нису карактеристични само за судијску струку, већ их налазимо и у другим професијама из јавног и приватног сектора – па тако своје етичке кодексе имају удружења лекара, адвоката, полиције, да набројимо само неколико. У Европи, судијски етички кодекси су релативно нов феномен, који је настао по угледу на етичке кодексе на северноамеричком континенту. Наиме, у многим савезним државама САД-а, такви кодекси су усвојени пре много деценија, а први етички кодекс у области правосуђа донела је Адвокатска комора савезне државе Алабаме још 1887. године (Filler, Andrews, Durham, Pruitt, 2005: 111). Најстарији кодекс судијске етике на европском континенту је италијански „Етички кодекс” који је усвојило Италијанско удружење судија 7. маја 1994. године (Cavallini, 2012: 330).

Узевши у обзир специфичности судијске професије, кроз глобалне и европске стандарде, искристалисала су се нека правила и начела на којима би ови етички кодекси требало да почивају. Пре свега треба истаћи велику одговорност судија у друштву и самим тим важност етичког поступања у предметима, јер поред основне улоге у предметима, судије морају да одржавају константно веру не само у законе већ и идеале и идеје прокламоване у правним актима и друштву генерално (Cohen, 1951:13). Основно разумевање које треба да се има у погледу судијских етичких кодекса јесте да упркос свом имену које

имплицира у континенталним правним системима на кодификацију одређене области, они не представљају свеобухватан документ у коме је таксативно и детаљно побројано све оно што се од судије очекује. Стога не треба очекивати да етички кодекси садрже комплетну листу свих активности које су судијама забрањене или још мање, указати на сва пожељна понашања и поступања у датим ситуацијама. Уместо тога, ова начела би требало да буду довољно широка како би обухватила различите конкретне ситуације, али истовремено довољно прецизна да пружи јасне смернице за етичко поступање односно да наведена правила служе као општа правила за саморегулисање судија.

2.1. Саморегулисање

Прихваћена етичка начела треба да послуже као инструменти саморегулисања за судије – дакле, судије себи самима треба да наметну, кроз етички кодекс, највише етичке стандарде као смернице за своје понашање. Оваква саморегулација доприноси истовремено и јачању интегритета судске власти и одржавању и очувању високих етичких стандарда па самим тим и поверења у судијску функцију у целини. Судије треба активно и непосредно да учествују у дефинисању тих принципа како би осигурали да она буду у складу са потребама судијске професије и да одражавају специфичности и изазове које она носи. Ово је и једна од основних тачки разликовања између етичких начела и дисциплинских правила, на коју је указивано и од стране најзначајнијих међународних аката и тела, попут Мишљења број 3 Консултативног већа европских судија (CCJE Opinion No. 3, 2002). Етичка начела кроз кодексе судије саме намећу себи док дисциплинска правила државни апарат, пре свих законодаваца, прописује судијама. Консеквентно, кршење етичких начела не би аутоматски требало сматрати дисциплинским прекршајем (иако је свако кршење дисциплинског правила у основи носи кршење етике) нити кршење етичких кодекса носи са собом правну, већ пре свега моралну санкцију (иако постоје изузеци у законодавствима, укључујући и наше). Ова „одвојеност” помаже у очувању независности судства, пружајући судијама слободу у тумачењу и примени начела, а не суочавање са аутоматским дисциплинским санкцијама због евентуалног погрешног тумачења принципа. И коначно, иако је неспорно да принципе судијске етике треба усклађивати са општеприхваћеним, неспорним и потврђеним етичким стандардима, неопходно је истовремено увек бити свестан специфичности нашег система, подручја и друштвено-политичких околности, како би етички стандарди били адекватни и дали најбоље резултате управо у тим околностима.

3. Мишљење број 3 КВЕС

Консултативно веће европских судија (у даљем тексту: КВЕС) је тело основано ради унапређења квалитета и ефикасности правосуђа у Европи и има водећу улогу у формулисању смерница и препорука које имају за циљ да обезбеде висок ниво професионализма и интегритета међу судијама на европском нивоу. На глобалном нивоу од посебног значаја су Бангалорски принципи (the Bangalore Principles of Judicial Conduct, 2002)² и могло би се рећи да су ова два документа главне водиле креације етичких начела и, где постоје, етичких кодекса. Један од најзначајнијих докумената које је КВЕС усвојило јесте Мишљење број 3 (у даљем тексту и: Мишљење), које је донето 2002. године. Ово мишљење се бави етичким принципима и одговорношћу судија, истичући важност усвајања и придржавања јасних етичких стандарда како би се осигурала непристрасност и интегритет у раду судија. Мишљење број 3 је донето у периоду када су европске државе убрзано радиле на реформи правосудних система како би их ускладиле са међународним стандардима и захтевима Европске уније. Овај процес је укључивао унапређење законодавства, јачање независности правосуђа и побољшање професионалних стандарда међу судијама. У том контексту, Мишљење број 3 је дошло као важан корак ка дефинисању универзалних етичких принципа који треба да воде рад судија у Европи. Мишљење се састоји од неколико кључних делова који обухватају различите аспекте судијске етике.

У првом делу Мишљења број 3, Консултативно веће европских судија дефинише основне етичке принципе који треба да воде рад судија. Ови принципи укључују независност, непристрасност, интегритет, једнакост и компетентност и она је неопходна како би судије могле да доносе одлуке на основу снаге доказа без страха од политичких последица и недозвољених утицаја. Судови морају бити слободни од било каквог притиска или утицаја од стране извршне и законодавне власти, као и других спољашњих фактора. Непристрасност, са друге стране, подразумева да судија мора бити објективан и неутралан приликом доношења одлука. Судија не сме дозволити да лични интереси, предрасуде или утицаји трећих лица утичу на његово расуђивање. Ово је од кључне важности за очување поверења јавности у правосудни систем

²The Bangalore Principles of Judicial Conduct 2002 (The Bangalore Draft Code of Judicial Conduct 2001 adopted by the Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity, as revised at the Round Table Meeting of Chief Justices held at the Peace Palace, The Hague, November 25-26, 2002); https://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial_group/Bangalore_principles.pdf

и ова два начела су уско повезана. Коначно, интегритет судије огледа се у његовој моралној беспрекорности и доследности у примени закона. Судија мора бити пример етичког понашања како у професионалном тако и у приватном животу. Интегритет подразумева поштење, част и доследност у свим аспектима судијског рада. У том маниру, судија мора поступати једнако према свим странкама у поступку, без обзира на њихову расу, пол, вероисповест, социјални статус или било који други лични атрибут. Ово осигурава да свака странка има једнаке шансе да изнесе свој случај и да добије праведну пресуду (CCЈЕ Opinion No. 3).

На крају, како би судија био да испуни све задатке које пред њега ставља судијска функција судија мора поседовати одговарајуће знање и вештине како би ефикасно примењивао закон и доносио правичне одлуке. Ово укључује стално усавршавање и праћење промена у законодавству и правној пракси. И Мишљење број 3 истиче важност сталне едукације и усавршавања судија. Судска етика и професионални стандарди треба да буду саставни део програма обуке за судије, како на почетку каријере, тако и током њиховог рада. Едукација треба да обухвати теоријске и практичне аспекте етике, укључујући студије случајева и симулације, како би судије биле спремне да се суоче са етичким дилемама у свом раду. Поред тога, едукација треба да обухвати и развој социјалних вештина, које су од суштинског значаја за комуникацију са странкама у поступку и јавности (CCЈЕ Opinion No. 3).

Мишљење број 3 наглашава важност улоге судија у друштву и њихову одговорност према јавности. Судови не само да решавају правне спорове, већ такође играју кључну улогу у одржавању владавине права и заштити људских права. Судије морају бити свесне да њихове одлуке имају широк утицај на друштво и да могу обликовати правне и друштвене норме. Због тога је од изузетне важности да судије поступају у складу са највишим етичким стандардима и да својим примером промовишу правду и правичност. Један од кључних аспеката Мишљења број 3 је препорука да свака земља усвоји и примени етичке кодексе за судије. Ови кодекси треба да садрже јасна правила понашања која ће судијама помоћи да доносе исправне одлуке у складу са етичким принципима. Етички кодекси треба да буду јавни документи, доступни свим грађанима, како би се осигурала транспарентност и поверење у правосудни систем. Поред тога, кодекси треба да садрже механизме за спровођење и надзор, како би се обезбедила њихова доследна примена (CCЈЕ Opinion No. 3).

Један од кључних изазова у примени етичких стандарда јесте обезбеђење њиховог спровођења. Мишљење број 3 препоручује успостављање

независних тела која ће бити одговорна за надзор и спровођење етичких кодекса. Ова тела треба да имају овлашћења да спроводе истраге, доносе одлуке и изричу санкције у случајевима кршења етичких стандарда. Поред тога, важно је да процес спровођења етичких стандарда буде транспарентан и праведан, како би се обезбедило поверење јавности у овај процес. Судије које се придржавају етичких стандарда треба да буду награђене и охрабрене, док судије које крше ове стандарде треба да се суоче са одговарајућим санкцијама. Мишљење број 3 такође укључује примере и студије случајева који илуструју примену етичких стандарда у пракси. Ови примери су од велике вредности за судије, јер им помажу да боље разумеју како применити етичке принципе у различитим ситуацијама. (ССЈЕ Opinion No. 3).

4. Идеални судија

Етички кодекси постоје у многим облицима и нису карактеристика само правосудне професије. Напротив, стремљење ка идеалном судији може представљати сизифовски подухват, али свакако без ове тежње тешко је говорити о обављању судијске функције са довољним степеном одговорности. Шта подразумева идеалног судију у сваком друштву може донекле одступати, поготово ако се узме у обзир временски оквир. Наиме, стандарди понашања у свим професијама еволуирају, а ни судска функција није изузетак. Управо зато, неко понашање може бити прихватљиво у једном временском периоду али не у другом.

Достојанство и част судијске професије су дубоко укорениени у вредносним стандардима друштва од самог настанка држава а поверење у судство је кључно за одржавање легитимитета и ефикасности правосудних институција је само се кроз то поверење јача сарадња грађана са властима, чиме се јача владавина права и друштвена стабилност. Поверење у судове утиче на осећај сигурности и припадности грађана, што унапређује њихову оријентацију у сложеним друштвеним околностима и подстиче личну контролу и друштвену укљученост (Bradford, Jackson, Hough, 2016:7). Судијска професија, самим тим, захтева константно преиспитивање сопственог понашања и професионалне етике од стране судија. С обзиром на то да судије имају значајну улогу у друштву, њихово понашање и одлуке морају бити такви да одражавају највише стандарде интегритета и моралности. Један од начина на који судија може да провери исправност свог понашања јесте да се запита како би разумни, правични и информисани чланови заједнице оценили његове поступке. У том контексту, кључно је питање да ли би одређено понашање могло умањити поштовање јавности према

судији као појединцу или према правосуђу у целини. Судска служба није само професија, већ и позив који подразумева непрекидну свест о томе да је судија увек под лупом јавности. Судија је фигура која у јавности представља модел понашања, и због тога људи често посматрају и анализирају његово или њено понашање са посебном пажњом па би судије требало да имају на уму да јавност често суди о моралним и етичким стандардима друштва на основу поступака оних који их представљају. Ако јавност перципира да је понашање судије у складу са његовим професионалним и моралним обавезама, то може имати позитиван утицај на поверење у правосудни систем у целини. Насупрот томе, ако судија у јавности осуди понашање које приватно практикује, ризикује да буде етикетиран као лицемер. На пример, уколико се судија јавно залаже за поштовање закона, а истовремено приватно крши те исте законе, било прекорачењем брзине у саобраћају или избегавањем плаћања пореза, то ће неизбежно довести до губитка поверења јавности у тог судију, а могуће и у правосуђе уопште. Међутим, због културолошке разноликости и сталне еволуције моралних вредности у друштву, етички стандарди који се примењују на приватни живот судија не могу бити прецизно одређени и формализовани. Они морају бити разматрани у контексту времена и локалне заједнице у којој судија обавља своју дужност. У овом смислу, улога Етичког одбора је од суштинске важности. Етички одбор служи као орган коме судије могу да се обрате како би разјаснили дилеме у вези са својим понашањем и усклађеношћу са етичким стандардима професије. Етички одбор не само да пружа смернице у вези са тим шта је прихватљиво понашање, већ и помаже у успостављању и одржавању високих стандарда понашања који се очекују од судија, како у професионалном, тако и у приватном животу. На тај начин, судије могу бити сигурне да њихово понашање неће нарушити поверење које јавност има у правосудни систем, већ ће, напротив, допринети изградњи и одржавању тог поверења. Укратко, судија мора бити свестан да је његов/њен лични живот неодвојив од професионалне улоге, и да сваки аспект његовог/њеног понашања утиче на перцепцију правосуђа у очима јавности.

Постоје још нека питања која се у пракси постављају а у блиској су вези са етичким понашањем судија а то је питање у којој мери је етично да судије само прегледају пресуде које пишу судијски сарадници и да се њихова улога своди на то. Оваква ситуација је карактеристична како за англосаксонске тако и за континенталне судске системе.

4.1. Отвореност ума

Веома важно питање које вероватно не пада прво на памет када је у питању судијска етика јесте отвореност ума судије и потребе да судије

треба да развију менталну отвореност као основну врлину у обављању своје функције. У контексту нашег „идеалног судије” судије, отвореност ума је од суштинске важности за разумевање сложености правних питања и правде. У том смислу, Свишер (Swisher, 2007: 639) се бави не само моралним принципима који би требало да воде судије, већ и практичним аспектима отворености ума у судској пракси. Отвореност ума, како је описана у тексту, подразумева спремност судије да прихвати различите перспективе и етичке вредности које се могу јавити у различитим правним ситуацијама. Ово је посебно важно у случајевима у којима примена строге правне норме може довести до неправедног резултата. Свишер наводи да судије не би требало да се ослањају искључиво на правила, већ да увек разматрају контекст у којем се налазе странке у поступку. Правила која унапред одређују исходе не могу бити универзално правична у свим случајевима, па је неопходно да судије покажу флексибилност и примене правду у складу са специфичностима сваког случаја. Једно од кључних питања које се поставља у тексту јесте однос између моралних принципа и правних вредности. Свишер наглашава да су ове две категорије неодвојиве, јер добре одлуке не могу бити донете без моралног разматрања, али и обрнуто – моралне одлуке морају бити усклађене са правним нормама. На тај начин, судија који је отвореног ума схвата да морални плуралитет није слабост већ снага судског система, омогућавајући да се различите вредности примене у складу са специфичним околностима сваког предмета. У складу са реченим, важно је осврнути се на то како судије могу одржати отвореност ума кроз процес доношења одлука. То је могуће само кроз стално преиспитивање сопствених ставова судија и отворено разматрање аргумената обе стране у спору (Swisher, 2007: 641). Ово захтева менталну дисциплину, али и сталну посвећеност етичким принципима и вредностима као што су правда, једнакост и непристрасност.

4.2. Писање одлука

Када говоримо о идеалном судији, треба имати на уму и оне елементе који нису у првом плану у етичким разматрањима рада судства и судија. Из праксе се може видети да је реалност у савременом судству да мали број судија саставља сопствена мишљења од нуле (Kozinski, 2004: 1099). Пракса углавном подразумева да судија даје инструкције о томе како треба донети одлуку и који аспекти мишљења треба да буду истакнути али писање *ab ovo* готово увек препушта судијском сараднику. Судија приступа тексту одлуке, прегледајући га и мењајући ако је потребно. У том процесу, судија може уочити неке очигледне грешке у размишљању

и сигурно ће направити неке језичке измене. Али овај површан преглед је далеко од времена и труда који су потребни да би се мишљење пажљиво проучило, расклопили његови аргументи, прегледали кључни делови записника и детаљно анализирали преседани – све оно што судија мора да уради пре него што мишљење може назвати својим. Ипак, ако судија одлучи да само мало „поправи” мишљење које је написао његов сарадник и затим га проследи, нико неће приметити разлику. Повремено добијамо мишљења која изгледају као да их је написао неко ко је изашао са правног факултета пре годину дана, без надзора одраслих. Једина гаранција да судије не „потписују” радове својих сарадника без критичке анализе јесте осећај личне одговорности сваког судије. Јасно је да је писање мишљења је тежак, дуготрајан и захтеван процес и да су судије преоптерећене бројем предмета, али неки баланс би требало да се искристалише у пракси.

5. Закључак

Судијска етика и понашање судије у складу са утврђеним етичким стандардима има круцијалан утицај на функционисање правосуђа, а кључни елементи као што су независност, непристрасност, интегритет, једнакост и компетентност чине основу етичких кодекса у правосуђу. Ови принципи, као и идеја „идеалног судије”, нису само теоријске категорије, већ неопходне смернице које омогућавају судијама да се придржавају највиших професионалних стандарда. Мишљење број 3 КВЕС-а, донето 2002. године, представља важан документ у оквиру европске правне праксе, који уз Бангалорске принципе представља основни оквир формулисања етичких начела. Мишљење настоји да осигура да судије делују у складу са највишим етичким стандардима како би се обезбедило поверење јавности у правосудни систем. Ово мишљење подстиче судије да преиспитују своје поступке у контексту јавне перцепције, свесни да свако одступање од ових стандарда може имати озбиљне последице по углед правосуђа. Кроз сталну едукацију и усавршавање (Соговић *et al*, 2020:29), судије су у обавези да непрестано унапређују своје знање и компетенције како би ефикасно обављале своје дужности. Осим тога, етички кодекси и независна тела која надзиру њихову примену осигуравају да се етички принципи не само усвоје, већ и спроведу у пракси. На тај начин, идеал судије делује много реалније, такоређи на дохват руке, иако захтева стално преиспитивање и прилагођавање у складу са развојем друштвених и правних норми.

Литература

Bradford, B, Jackson J., Hough M. (2016). Trust in Justice./In:*The Oxford Handbook of Social and Political Trust*, Oxford Legal Studies Research Paper 43, Oxford University Press

Cavallini, D. (2012). Independence and judicial discipline: the Italian Code of judicial conduct. In:*The Culture of Judicial Independence* (pp. 329-338). Brill Nijhoff

Cohen, F. S. (1951). Judicial Ethics. In: *Ohio State Law Journal*, Volume 12, pp. 3-13.

Ćorović, E., Ivanović A.R., Ivanović A.B., Ranđelović D., Šemović A., Novaković M., Dečković S., Bačićanin A., Fetahović A. (2020), *Priručnik za simulaciju suđenja iz oblasti zločina iz mržnje*, Monitor, USAID, ISBN 978-86-900825-1-3

Filler, D. M., Andrews C., Durham D., Pruitt P. (2005). Gilded Age Legal Ethics: Essays on Thomas Goode Jones' 1887 Code and the Regulation of the Profession, Occasional Publications of the Bounds Law Library No.4, University of Alabama School of Law

Kozinski, A. (2004) The Real Issues of Judicial Ethics, *Hofstra Law Review*: Vol.32, Iss. 4, Article 1.

Swisher, K. A. (2007). The Moral Judge. *Drake Law Review*, 56, 637.

Novaković, M. (2021) EUPAN i CAF kao smernice reforme javne uprave u Srbiji. *Evropsko zakonodavstvo*, XX (76). pp. 31-42. ISSN 1451-3188

Novaković, M. (2022) A Review of the Efficiency of Justice and other elements of the 2022-2025 CEPEJ Action Plan "Digitalisation for a better justice", In: Kostić J.; Matić Bošković, M. (eds.), *Digitalizacija u kaznenom pravu i pravosuđu/Digitalization in Penal Law and Judiciary*, Institut za uporedno pravo, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2022, str.201-212; ISBN:978-86-80186-92-4

Правни акти

The Bangalore Principles of Judicial Conduct 2002 (The Bangalore Draft Code of Judicial Conduct 2001 adopted by the Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity, as revised at the Round Table Meeting of Chief Justices held at the Peace Palace, The Hague, November 25-26, 2002); https://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial_group/Bangalore_principles.pdf

Opinion No. 3 of the Consultative Council of European Judges (CCJE Opinion No. 3 2002) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the principles and rules governing judges' professional conduct, in particular ethics, incompatible behaviour and impartiality, Council of Europe, Strasbourg, 19 November 2002; <https://rm.coe.int/1680747c71>

Marko Novaković, LL.D.,
Senior Research Fellow,
Centre for International Law and Economics,
Institute of International Politics and Economics, Belgrade,
Republic of Serbia

**OPINION NO. 3 OF THE CCJE AND CODES OF JUDICIAL ETHICS:
WHAT DOES AN IDEAL JUDGE LOOK LIKE?**

Summary

In this article, the author analyzes ethical standards and the role of ethical codes in the judicial profession, with special reference to Opinion No. 3 of the Consultative Council of European Judges (CCJE, 2002). Codes of ethics are the basis for regulating the behavior of judges; they do not represent comprehensive rules but rather ethical conduct guidelines. The paper emphasizes the importance of self-regulation of the judiciary and the distinction between ethical and disciplinary rules. The author analyzes the key ethical principles, such as independence, impartiality, integrity and competence, which are essential for maintaining public confidence in the judicial system. In particular, the author focuses on the role of judges in society and the importance of continuous education in order to ensure the application of the highest ethical standards. The paper explores the recommendations of CCJE Opinion No. 3, which are aimed at strengthening judicial ethics through the introduction of codes and mechanisms for monitoring and implementing ethical principles at the European level. The author also considers some factors that are not elements of judicial ethics in the narrow sense, such as open-mindedness. The conception of “the ideal judge”, as an eternal aspiration in an effort to perform the judicial function in the best way possible, is also the subject matter of consideration.

Keywords: *ideal judge, judicial ethics, ethical code, Opinion No. 3 CCJE 2002, self-regulation, writing judicial decisions, open-mindedness.*

Aleksandra Mitrović, LL.M.,*
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Priština,
Temporary Head Office in Kosovska Mitrovica,
Republic of Serbia

UDK: 340.12:303.442.4
UDK: 340.115
DOI: 10.5281/zenodo.14516164

HERMENEUTIC SIGNIFICANCE OF THE SOCIOLOGICAL METHOD IN MODERN LAW**

Abstract: *The goal of this scientific paper is to emphasize the theoretical and practical importance of the sociological method in the context of social challenges in legal practice and legal interpretation procedure. Given that law is an objective, spiritual and normatively shaped social phenomenon that has a temporal and spatial framework, it is not possible to ignore the social nature of law embodied in the constant influence of society on law and vice versa. In this paper, the starting point is the study of law, by observing the social reality and correlating the state and law to society as a whole or to individual social phenomena. In that context, the sociological method provides for a better, more concise, more efficient legal interpretation, taking into account the complete social situation that is regulated by law, and examines the dominant social interests that law is guided by. Therefore, law can only be explained if man is understood as a being who has social consciousness and who is subject to social discipline. If a human being has social awareness, he/she distinguishes law from force. Considering that order cannot be maintained only through consciousness and moral factors, force is a necessary element for the enforcement of law and the establishment of social peace. Finally, as the complex nature of law calls for an integral approach to study, it generates a complementary hermeneutic relationship of the normative and the sociological methods in order to explain the causes of partial or complete (non)implementation of legal principles*

*aleksandra.mitrovic@pr.ac.rs, [ORCID ID 0000-0003-1150-6907](https://orcid.org/0000-0003-1150-6907)

**The paper was presented at the International Scientific Conference Legal Principles in Contemporary Law, held at the Faculty of Law, University of Niš, on 19-20 April 2024.

in contemporary law and society alike. Bearing in mind the delicate, dynamic and unstable nature of law, the conclusion is that the hermeneutic approach to legal principles, both in legal theory and in legal practice, cannot exist without the application of the sociological method as the only one that manages to ensure sufficiently systematic and empirical investigation of laws applicable in social interactions.

Keywords: *sociological method, legal principles, law, society, legal practice.*

1. Hermeneutic Significance of Sociological Analysis of Law – Sociological Positivism

Sociological analysis of law considers two important elements of law: substance (social relations), and structure (legal norms). A more precise systematization of the social nature of law is not possible because the complex nature of the phenomenon of social relations bears the characteristic of *ars inventoriae*, which implies a constant creation of new and a constant change of existing *topos* (Visković, 1997: 83). Therefore, the sociological analysis of law examines the substance and the structure of law in an integral way, taking into account the variable social nature of law. If law were to be viewed as an exclusively social phenomenon, social relations become a materialized substrate of law, including those that create a negative effect, such as social conflicts; hence, social existence affects law by taking the form of a legal norm. On the other hand, if law were viewed as a normative system, we would not be able to approach a more detailed sociological analysis of law at all. Therefore, the social nature of law requires a sociological aspect of analysis, to investigate the impact of law on society but also the impact of society acts on law.

The sociological approach to law is based on observing the mutual relationship between law and society, as well as emphasizing the sources, goals and functions that law has in society. In this sense, three essential elements of law are defined: social relations, values, and norms as constituent elements and at the same time sources of law. Thus, social relations are also material sources of law, legal values are value-based (ethical) sources of law, while legal norms are formal sources of law (Visković, 1981: 83). Yet, the subject matter of lawyers' involvement may be only those social relations that entail public control and physical coercion and contain a conflict of interests that threatens the existing social systems (Visković, 1981: 94). Conflicts that arise in those relationships, aimed at satisfying the basic natural and social needs and (biological, economic, political) interests of man, are crucial for social systems.

As a specific social phenomenon, the study of law requires an integral approach, which entails the study of law as a social reality in two ways: internally i.e. substantively (studying the substance, the content of law), and externally i.e. structurally (studying the constitutive elements of the legal norm). As the value aspect of the law is reserved for the philosophy of law, the law as a normative order subjected to the state has a monopoly of coercion, thus creating an additional opportunity for the sociological method to analyze the normative nature of law; being a form of social control by the state, law will be analyzed as a spiritual, normatively framed phenomenon. The sociological analysis looks at law as the relationship between the state and law, where the law is partly related to the state and its mechanisms of coercion through legal norms. The analysis of law in this narrower sense observes legal norms as a means of forced settlement of conflicts in pre-normative legal relations to achieve the essential interests and goals of ruling groups. Values and goals highlighted in legal norms are protected by coercion; legal actions that are favorable to the ruling group are designated as obligations and powers, and those that are not favorable are designated as misdemeanors or sanctions in case of non-fulfillment of obligations (Visković, 1981: 162-163).

In this context, we may examine some of the foundations of the theoretical-methodological platform about legal phenomena emphasizing the importance of social factors in the creation and application of legal norms. To shed more light on the social aspect of the law, Prof. Đorđe Tasić looked critically at the sociological positivism of Léon Duguit, which paved the way for disclosing the truth in legal theory. In this sense, sociological positivism leads to a reaction that results in idealism; such reaction which could only deepen positivism, which was preceded by rationalism; and positivism was more elastic and moderate than rationalism, but without changing its foundations, object, and methods of analyzing society and law. It focused on man as a social being (a member of society). In this regard, state bodies are not there to operate as they wish but to achieve certain social goals, by abiding by the Constitution and social law (Tasić, 1928: 433).

If we carefully analyze Duguit's position, i.e. the view that any man, as a citizen, could refuse to obey the law passed by the state if he did not want to, referring to social law. However, according to Duguit, as every person is aware of the relationship between the values of the hierarchy in society, there is an imperative need for the work of public services in the society-state. Therefore, Duguit only theoretically approves of the citizens' to resist the state government. As social life does not tolerate anarchy, resistance is allowed only to the extent where social peace is undisturbed. Based the above, Prof. Đorđe Tasić concludes that Duguit's notion of social law, as well

as normative awareness, is imbued with the idea of order. However, as order cannot be maintained only via awareness and moral factors, it recognizes force as a necessary element for enforcing rights and establishing social peace (Tasić, 1928: 435).

“Law cannot be explained in any way if a man is not understood as a being who has social awareness and is thus subject to social discipline. Only a socially aware being can distinguish law from force, and from other social norms and regulations, such as moral ones (Tasić, 1928: 435). The state is, therefore, designated as the creator of law (positive law), while state bodies are there to perform social tasks. However, being determined as logical legality only by the current interests of the ruling group, state (positive) law is not the best law. Duguit points out that the state has only one goal: to establish the legal order of the state (state law). This kind of law ignores natural law, which must not be excluded in the process of creating laws; one can speak of human law only if natural law is present in positive law, i.e. the law that serves not only the state but all people. Therefore, the sociological analysis points out that the creation of positive law requires the participation of the norms of natural law because only such law will be based on a rational conception of the authority of the mind, and not the authority of force (sanctions). Combining all three elements of law calls for an integrated approach because we see the law as “a system of state and social norms by which the most important and conflicting interpersonal relations are forcibly directed to achieve peace, security, justice and other dominant values” (Visković, 2001: 117).

“As for sociologists, supporters of collective consciousness would like to give precedence to the idea of peace because to preserve the dominance of solidarity (which they regard above all) in the society governed by the idea of differentiation and growing social entanglements, it is necessary to give special importance to the will for peace, agreement, compromise, and mutual concessions” (Tasić, 2002: 80). Therefore, in the hermeneutics of law, it is not possible to leave out social factors as essential elements of interpretation; namely, “giving importance to social factors is necessary because the law is created to achieve appropriate effects through its application, to regulate and stabilize social relations appropriately” (Stanković, 1998: 3). If a clear distinction were made between law in the narrower and broader sense, the conclusion would be that state law is strictly formalized and precisely determined, while social law is based on the idea of social solidarity and integration but also social conflict, i.e. on a non-unified interpretation. In this context, when analyzing Durkheim’s idea, society is defined as a “hearthstone of ideals” that guarantees spiritual life, because society is not a body organized according

to the model of an organism and its vital functions, as he says: “In that body lives one soul; it is a set of collective ideals” (Tasić, 1927/1928: 144).

Finally Tasic concludes that ideals do not escape natural explanation, but are viewed like all social phenomena because ideals also originated in nature and from nature. Society in this sense, as Durkheim states, should be understood as a *sui generis* concept because it has the power to produce ideals for individuals, imposes its coercion, and puts itself in the role of a legislator who demands respect and obedience, and as a such society can also be understood as a lofty moral personality and collective will. Analyzing this point of view of Durkheim “postulates human society” as Kant postulates God (Tasić, 1927/1928: 145).

While Tasić believes that collective consciousness, a social reality that acquires the contours of a supreme moral personality and collective consciousness as such, does not exist, Duguit sees it more objectively and figures with public services, which is a far more positivist position than the one that advocates the notion of a sovereign collective personality of social reality.

Finally, Kant does not start from the nature of man, but from freedom itself. Kant believes that “freedom is not given, but determined” by law, while Kant sees law itself as a set of laws for which external legislation is possible. Kant distinguishes between external and internal legislation. With a hermeneutic approach, Kant separates *legality* – external legislation (members of a state are kept in the community), from *morality* – internal (ineligible characters of people).

2. The Role of the Sociological Method in Legal Interpretation

As there is dissonance between normative and actual, that is, ideal and real, to detect such differences that cause such dissonance, sociological method is required that detects the norm as a social reality, where the legal norm is an ideal scenario, thus, it is necessary for the legal method to participate in the procedure of research. By detecting differences between the actual social reality and the law determined by legal dogma, a task is given to the sociological method to determine where these differences are coming from.

As an empirical method, sociological method explores human legal consciousness when considering written as well as unwritten law. Differences between social reality and written law, as the task of a sociological method is not very difficult since it is easy to see the difference between written law and the law presented in social reality. It is much more difficult to spot the difference between unwritten law and the law existing in human mind, that

is, common law. In this case there is a common rule everybody knows and keeps in mind, but still people behave contrary to what they know and what they have in their mind as unwritten norm. Sociological method sees the difference existing as valid (written) and actually valid, that is, the one that is applied. Procedures followed by the sociological method in research of the law are not significantly different from general procedures of sociological research – they are simply the application of general procedures to the law (Šušnjić, 1973: 307-319). If the sociological method would be excluded from the procedure of law interpretation, the law would be observed as absolutely ideal concept existing outside of space and time, independent, without its beginning and the end, without the cause of occurrence, without the purpose of existence and in this sense, without significance. However, the sociological method cannot provide answers to all questions, such as the content of legal norm and the issue of normative elements comprising the norm, thus the normative method always precedes the sociological method hence the sociological method defines its domain of study in a more precise manner. After the norm becomes known, its link to the society is examined, that is, realistic factors of norm's content, which is the subject of sociological research. When the legal method learns the content of the legal norm, the sociological method explores why the content of a legal form is as it is, specifically, how is it reflected on the social cohesion. Legal norm has its role in the social function, in the accomplishment of a certain social goal, and this speaks of the social impact to the content of the norm, and the norm to the society. This relation is explored by the sociological method, and which social factors formed the content of the legal norm, and how the norm impacts the society considering full social situation regulated by the law, and then, investigating what are the dominant social interests applied by the law, in an effort to reach the actual meaning of the legal norm. In this sense, the law is a "system of state and social norms that forcefully direct the most important and the most conflicting human interactions to accomplish peace, security, justice and other socially dominant values" (Visković, 2001: 117). Therefore, the structure of a legal norm will not be defined by a logical design, but the necessity, relationship between the powers, goals of the society. Social relationship formed by norms becomes, therefore, a positive law including all aforementioned substrates of social cohesion.

The law that has an *a priori* character, to get the positive legal affirmation, must pass a *posterior* filter of justice thus getting its positive legal materialization. In this way, the law becomes matter and ceases being a theory since its concretization replaces abstract, imagination is replaced by realization through case law, enabling the law to prove and show it's a *posterior* nature using empirical statement of case law.

The process of detecting true meaning of legal norm is the procedure in which the interpreter cannot be free in adopting final decision because if we use the example of judicial regulation, the judge will not be essentially different from any individual, but, his action will be backed by the factual monopoly of enforcement, that is, the state. The judge, in this sense, as any other citizen, has its own view of things when it comes to the interest of the law to protect. However, the procedure of interpretation and application of the law by legal practitioners (judges) starts with the process of collecting and processing facts, followed by classification and determination of the same with the goal of reaching the final decision. After fact processing that is implemented through the process of court expertise, the process of connecting facts follows that is performed based on the estimate of significance of facts for the given case to be resolved. Connecting and assessment, as well as interpretation of facts can only be done using the method of sociological conclusion drawing used by judges in decision making. Each judge certainly knows or feels to what extent relevant experience is important to adopt a court decision (Rüthers, 1999: 377), in order to finalize court proceedings. Since the criteria of interpretation is within the mind of the interpreter, as Hasemer considered (Rüthers, 2009: 253-283), even in routine cases, the judge must be careful in adopting decisions and must be aware decisions made will impact human destiny. Decision of the court therefore cannot be free; it is necessary to establish method in this freedom to avoid arbitrariness. The judge, as an interpreter, is obligated to consider all circumstances of the given social atmosphere and stick to the opinion of the creator of legal norm during its creation, as pointed out by A. Boeckh, constant research of author's words is necessary (Boeckh, 1977: 11). True meaning of legal norm must, therefore, be limited with given language and logical interpretation, so the judge, before adopting the final decision, acts within certain limits. In case the judge considers that the law does not protect the interest it should protect, the judge is obligated never to cross the limits set through his arbitrary opinion. Only in case when the decision is adopted with just cause and with sufficient purpose, we may speak of justice that is aligned with current value dynamics of the system of a society that is adequately harmonized with the dynamics of legal interpretation.

The task of the sociological method is to find out how much normative law is more socially accurate, how much legal norms are present in society. It is a method that deals with the observation and research of real phenomena, which is, among other things, human behavior and its related actions among people, i.e. the relationship of human reactions to the presented model of behavior through the norm. When comparing what is stated as a model (rule) of behavior in the legal norm, and the legal awareness of the person about

that stated rule, one comes to a very common situation, which is the existence of inconsistencies between what should be (rights and obligations in legal norm) and what is (legal consciousness of a person, i.e. how a person reasons and accepts what is presented to him as a model or rule of conduct). Thus, there is a discrepancy between the normative and the real, that is, the ideal and the real. In order to reveal those differences that cause disharmony, the participation of the sociological method is necessary, which reveals the norm as a social reality, where the legal norm is at the same time an ideal phenomenon, and it is necessary that the legal method also participates in the research process.

3. Hermeneutics of the correspondence of the Sociological Method and the Normative Method in the process of interpreting the legal norm

The legal norm is recognized as a factual element of law, but so it is not the most important from a more moderate sociological point of view. The existence of a legal norm is affirmed by its materialization in the form of actions through practice, but not as assertions in the abstract sense through theory. Both in the interpretation within the framework of legal theory, i.e. hermeneutics, and in the interpretation within the framework of legal practice, the importance of the sociological method in the interpretation of the legal norm is exceptional because it enables a better, more precise, clearer and more thorough understanding of the law and the meaning of the legal norm, as well as a more effective influence on society, and more effective application in society (state). Even though it is present in different areas of legal interpretation, the application of social method differs in the area of discovering the law and in the area of legal method. The area of discovering the law demands a two-fold role of the sociological method, thus, for the detection of certain social side of the law it shall be applied individually, while in the legal method it can be used as auxiliary method with the normative one or any other method in the procedure of creating and applying law, when it is complementary jointed with other methods).

Process of creating and preparing the law are a matter of case law that “may be studied from different aspects, for example, when exploring the impact of different social factors to decision making of judges, when we question how a sociological expertise (knowledge sociology provides on the society) impacts application of the law, when we explore the place of judiciary within the system of division of power, when we explore social features within the judicial class and its impact to decision making, when, from a subjective, actually social – psychological position, we direct our attention to other par-

ticipants in the judicial procedure (parties in litigation, victims of a crime, perpetrators, jurors, plaintiffs, defendants) etc.” (Bovan, 2014: 117). It is necessary for the court proceedings, as well as sociology of law, to apply knowledge that has been gained by applying sociological method, since this enables detection of social, psychological, cultural and natural factors that impact the procedure of creation and application of law. In this sense, it can be said that “sociology of law is a special sociology that explores the interaction between the society and the law”. Sociology of law is pretty abstract and undefined, imprecise to say the least. In literature we can find it in different variations, thus, for example, it is said that the sociology of law studies social side of the law, the law as a social concept, social basis of the law, impact of the society to the law, etc.” (Bovan, 2004: 109-120). The procedure of creating a legal norm, that is, creating positive law implies application of tradition and natural law since the natural law is universal, timeless, ever-present, immanent, for all humans and knows no limitations in territorial, racial, religious sense. Natural law, therefore, knows no classes since it is super-national, super-positive, original and it serves justice and mankind, not injustice and autocracy.

Finally, it is important to point out that the positive law ideologically always relies on the natural law to be considered a law beneficial for a country, that is, a society. It can be said that the law is nothing else than justified reason for people to act, that is, the society to react to authoritarian rules branded as legal norms. Social interactions are therefore consequence of authoritarian character of rules presented in legal norms. With this, one should stipulate necessity of existence of reason (rules – legal norms) otherwise the social life would be in defect (Coleman, Himma, Shapiro, 2004: 15).

In this context, legal norms must be aligned with social changes regardless of whether they are a result of evolution or revolution. In addition to legal norms, moral norms are also subjected to certain level of transformation (Perović, 1975: 163), since moral norms essentially follow the variability of social cohesion set in time and space since the “time and space are most obvious concepts; thus, they are never disputed” (Lukić, 1992: 54). Space (place) and time are, as Kant points out, *a priori* concepts without which it is impossible to deliberate on the world, since the time is a measure of duration, existence of things, phenomena and the world. In this concept, the procedure of creating legal norms, that is, creating positive law implies the application of tradition and natural law since the natural law is universal.

Therefore, the natural law does not recognize classes since it is super-national, super-positive, original and it serves justice and mankind, not injustice and autocracy. Finally, it is important to point out that the positive law ideologi-

cally always relies on the natural law to be considered a law beneficial for a country, that is, a society. In this sense Tasić points out: "Regarding positive law, whatever type it is, it cannot be imagined without social discipline and will, where both are understood as complex and variable concepts. There is a special form of discipline or peaceful will, which means to know how to compromise your own interests and benefits or know how to be tolerant to the opinion of others, in general interest and in the interest of a new legal order. AAA of ideals... This is true idealism" (Tasić, 2002: 81). Also, Tasić states: "Compromise understood in such a way bears the characteristics of solidarity that, after mitigating the strict character of the demand, paves the way for a more solid solidarity" (Tasić, 2002: 81). The best example of the law as social phenomenon is the positive law as purely social creation since it is applied among people (society), it exists within the minds of men and regulates their behavior. Therefore, the law cannot be observed only as a normative, or ideal notion that exists on its own and only for its own benefit since the law exists among the people, in their minds, and for the people. The example of creating legal norm, when the creator of legal norm must consider the fact it is part of the society, part of certain social culture, part of current law, thus the law continues on the creator in positive or negative sense in the process of norm creation, it is clear to what extent and in what way the law is connected to the society. This is the reason why studying law demands the application of not only normative, but also the sociological method.

As such, sociological method in law has been created based on two completely different perspectives on the society, with, on one hand, we have consensual sociological theories – in which the society is based on and maintained on the basis of organic solidarity or interest – agreement on values (consensus) among people, while on the other side we have conflicting sociological theories in which it is proven that the society is based and maintained by forced regulation of interest and value conflicts among the members of unequal ruling and non-ruling social classes and layers (Jogan, 1978). Since the subject of research always determines the methods of research (Visković, 1980: 3), studying law entails all theoretical settings and technical procedures enabling cognition, as well as practical processing of specific and necessary subject of experience of legal scholars (Visković, *ibid.*).

Considering the social side of the law, sociological analysis of the law in theory and in practice applies the sociological method in get results as precise as possible. Sociological method may, therefore, in studying law, find its application in legal theory – science, and in legal practice – operation of judiciary. In both cases it explores the sociological context of the law, where in first case this is done in an abstract, and in the second case in a specific,

empirical manner. The term “sociological method” is just a common name for a larger number of different theories on the composition and dynamics of social phenomena that are serves a hypothesis for further learning and practical processing of social phenomena in general and separate legal concepts, where there is also a difference between sociological procedures and exploration methods (Gilli, 1974). Sociology, therefore, cannot study the law using only one method, here we are talking about the application of a large number of different methods to fully investigate the complex, dynamic and variable social essence of the law, based on cause and effect. This is why sociological method is included in the group of cause-and-effect methods that empirically study the law determining causal and also non-causal rules (functional, developmental, etc.) of the law as concepts that cause action (Lukić, 1965: 35). “Since the goal of science is acquiring knowledge, the scientific method is an element internal structure of science that shows us how is the knowledge reached, that is, how scientific activity is developed and performed” (Bovan, 2014: 18). Finally, the method includes elements that are of significant importance for acquiring new knowledge in science, as well as verification of acquired knowledge.

“The structure of the scientific method includes three elements: theoretical, technical and logical. A method is very often equalized with one of stated elements in literature. Most frequently, the method is aligned with its technical element when the method entails only different techniques of collecting and processing data (these techniques are mostly called scientific method in a narrow sense)” (Gilli, 1974). These are the tools that may be used to learn a subject, that is, specified procedures, as well as assets used to detect features of the subject that is the goal of scientific research (Lukić, 1975: 47-48). A good portion of modern legal theory opposes separation of any method that is applied in research of legal and other social phenomena. In this manner, sociological and normative method are connected and are mutually complementary and presupposed, even though essentially they are different since one of them is realistic and the other one idealistic, still, they are complementary and share the same function. This is quite justified and understandable since the law is an ideal and realistic notion that exists to achieve certain social goals. Since the normative method is unable to study law as isolated spiritual creation, outside of time and space, it must consider social elements of the law in addition to its normative structure. The normative method fails to scientifically explain the law and the interaction between the law and the society in full, so the role of the legal method is more of a descriptive nature with the ability to merely describe the law. The essence is reached only with complementary action of the sociological method, since it is necessary to detect social causes of occurrence of the law, and then determine the role

of the law in society and vice-versa. The only successful method for this is the sociological method that will be applied when the law is observed in a narrower sense (sum of legal norms). Sociological method shall, therefore, endeavor to determine the law as a norm that occurs under the impact of a number of social phenomena. The sociological method deals with issues related to social powers impacting creation of certain legal norms and their interpretation as normatively arranged interests represented by dominant social groups. As the normative method fails to provide answers to questions related to social causes leading to creation, interpretation and application of legal norms as formal social will, it is necessary to apply complementary joint action of sociological method in the procedure of legal interpretation). Among others, the interpretation of the law cannot be envisaged without the application of normative and sociological method that must be mutually complemented and presupposed.

References

- Boeckh, A. (1977). *Enzyklopaedie und Methodenlehre der Philologischen Wissenschaften. Erster Hauptteil: Formale Theorie der philologischen Wissenschaft*. Reprografischer Nachdruck der Ausg. von 1886. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft (WBG)
- Bovan, S. B. (2014). *Osnovi sociologije prava*. Beograd: Pravni fakultet
- Bovan, S. B. (2014). Sociologija prava kao sociologija pravne prakse. *Scientific Conference with International Participation „Pravo i društvena stvarnost 2“*. Kosovska Mitrovica: Faculty of Law in Pristina with temporary seat in Kosovska Mitrovica
- Bovan, S. B. (2004). *Paradigmatski koreni sociologije prava*. Beograd: Dosije
- Visković, N. (2001). *Teorija države i prava*. Zagreb: Birotehnika CDO
- Visković, N. (1997). *Argumentacija i pravo*. Split: Pravni fakultet u Splitu
- Visković, N. (1981). *Pojam prava. Prilog integralnoj teoriji prava*. Split: Pravni fakultet u Splitu
- Visković, N. (1980). *Osnovne metodologije prava*. Split: Logos
- Gilli, G. A. (1974). *Kako se istražuje*. Zagreb: Školska knjiga
- Jogan, M. (1978). Sociologija reda: Kritični oris funkcionalizma in konfliktne teorije. *Sociološka in politološka knjižnica*. 8. Maribor: Obzorja
- Coleman, J. Himma, K.E. Shapiro, S. (2004). *The Oxford Handbook of Jurispru-*

dence & Philosophy of Law. New York: Oxford University Press Inc. Online publication. (2012). King's Lynn: Biddles Ltd.

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

Lukić, R. D. (1975). *Osnovi sociologije*. Beograd: Naučna knjiga

Lukić, R. D. (1965). Metodi izučavanja prava. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 1/2 (XIII). 32-46.

Perović, S. K. (1975). *Zabranjeni ugovori u imovinskopравnim odnosima*. Beograd: Službeni list SFRJ

Rüthers, B. (2009). Methodenfragen als Verfassungsfragen?. *Rechtstheorie*. 3(40). Berlin: Duncker & Humblot

Rüthers, B. (1999). *Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*. München: C. H. Beck

Stanković, J. (1998). *Osnovi sociologije prava, II deo - Stvaranje prava*. Beograd: Savet projekta Konstituisanje Srbije kao pravne države i Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu

Tasić, Đ. (2002). Međunarodna pravna svest. *Naučno nasleđe Pravnog fakulteta u Beogradu*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Dosije

Tasić, Đ. (1928). Socijalna teorija prof. Leona Digija. *Volja*. 6(III). 433.

Tasić, Đ. (1927/1928). Deguit et les sociologies positivistes. *Revue internationale de la theorie du droit / Internationale Zeitschrift fur Theorie des rechts*. 3(II). Brno/ Brunn: Rudolf M. Rohrer

Šušnjić, Đ. (1973). *Kritika sociološke metode*. Niš: Gradina

Александра Митровић,

Асистент,

Правни факултет, Универзитет у Приштини

са привременим седиштем у Косовској Митровици,

Република Србија

ХЕРМЕНЕУТИЧКИ ЗНАЧАЈ СОЦИОЛОШКОГ МЕТОДА У САВРЕМЕНОМ ПРАВУ

Резиме

Циљ овог научног рада је да истакне теоријски и практичан значај социолошког метода пред друштвеним изазовима правне праксе и поступку правне интерпретације. Како је право објективна духовна и нормативно уобличена друштвена појава која поседује временски и просторни оквир, није могуће занемарити социјалну природу права присутну кроз константан утицај друштва на право и обрнуто. Полазиште овог рада је проучавање права уз уважавање друштвене стварности тако што се држава и право доводе у везу са друштвом у целини или појединим друштвеним појавама. Социолошки метод у том контексту, омогућава квалитетнију, концизнију, ефикаснију правну интерпретацију узимајући у обзир комплетну друштвену ситуацију коју право регулише и испитује доминантне друштвене интересе којима се право води. Дакле, право се једино може објаснити ако се човек схвати као биће које има социјалну свест и које је подвргнуто социјалној дисциплини. Стога, ако је човек биће које има социјалну свест, то уједно значи да разликује право од силе. Будући да се ред не може одржати само путем свести и моралних чинилаца, сила је нужан елемент за спровођење права и успостављање социјалног мира. Најзад, како сложена природа права захтева интегрални приступ проучавања, то резултира комплементаран херменеутички однос нормативног и социолошког метода како би се објаснили узроци делимичног или потпуног (не)остварења правних принципа како у савременом праву, тако и у друштву. Имајући у виду деликатну, динамичну и несталну природу права, закључак је да се херменеутички приступ правним принципима како у правној теорији, тако и у правној пракси, не може замислити без примене социолошког метода јер он једини успева да довољно систематично и емпиријски истражи функционалне законе права у друштвеним интеракцијама.

Кључне речи: социолошки метод, правни принципи, право, друштво, правна пракса.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34(082)

**МЕЂУНАРОДНА научна конференција Правни принципи
у савременом праву (2024 ; Ниш)**

Зборник радова / Међународна научна конференција Правни принципи у савременом праву, Ниш, 2024. = Collection of papers / Legal principles in contemporary law ; [организатор конференције, conference organizer Центар за правна и друштвена истраживања ; уредници конференције, editors-in chief Небојша Раичевић, Душица Миладиновић-Стефановић]. - Ниш : Правни факултет Универзитета = Niš : University, Faculty of Law, 2024 (Ниш : Медивест). - 572 стр. ; 24 cm

Тираж 100. - Библиографија уз сваки рад. - Резимеи, Summaries.

ISBN 978-86-7148-327-8

а) Право -- Зборници

COBISS.SR-ID 159770889