
UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

БРОЈ 91 | ГОДИНА LX | 2021

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

Nº 91 | YEAR LX | 2021

НИШ, 2021.

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Ниш, 2021.

Издавач

Правни факултет у Нишу

За издавача

Проф. др Горан Обрадовић, декан

Главни и одговорни уредник

Др Ирена Пејић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

Уредништво

Др Ирена Пејић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Невена Петрушић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Драган Николић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу
у пензији

Др Мирослав Лазић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Марина Димитријевић, редовни
професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

Др Небојша Раичевић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

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

Др Михајло Цветковић, ванредни
професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

Сања Ђорђевић Алексовски, асистент
Правног факултета Универзитета у Нишу

Научни савет

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

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

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

Др Хајрија Мујовић, научник саветник
Института друштвених наука у Београду

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

Др Владан Петров, редовни професор
Правног факултета Универзитета у
Београду

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

Др Драгољуб Тодић, редовни професор
Института за међународну политику и
привреду у Београду

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

Међународни редакциони одбор

Др Жељко Бартуловић, редовни професор Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, Хрватска

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

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

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

Dr Michael Geistlinger, професор Универзитета, Салцбург, Аустрија

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

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

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

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

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

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

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

Уредник рубрике: др Михајло Цветковић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

Секретар Редакционог одбора: Сања Ђорђевић Алексовски, асистент Правног факултета Универзитета у Нишу

Лектура радова и превод резимеа: Гордана Игњатовић (енглески)

Лектура: Александра Гојковић (српски)

Технички уредник: Ненад Милошевић

Технички уредник онлајн издања: Владимир Благојевић

Штампа: Медивест Ниш

Тираж: 100

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

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

COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIS

Niš, 2021

Publisher:

Faculty of Law, University of Niš

For the Publisher:

Prof. dr Goran Obradović, Dean

Editor-in-Chief:

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

Editorial Board of the Law Faculty Journal

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

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

Dr Dragan Nikolić, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš, Retired

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

Dr Marina Dimitrijević, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

Dr Nebojša Raičević, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

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

Dr Mihajlo Cvetković, Associate Professor, Faculty of Law, University of Niš

Sanja Đorđević Aleksovski, Teaching Assistant, Faculty of Law, University of Niš

Scientific Council

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

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

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

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

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

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

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

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

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

International Editorial Board

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

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

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

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

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

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

Dr Mustafa Yasan, Assistant Professor, Faculty of Law, Sakarya University, Turkey

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

Dr Zlatan Meškić, Associate Professor, Faculty of Law, University of Zenica, Bosnia and Herzegovina

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

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

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

Column Editor: Dr Mihajlo Cvetković

Secretary of the Editorial Board: Sanja Đorđević Aleksovski

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

Proofreading: Aleksandra Gojković (Serbian)

Layout editor: Nenad Milošević

Online Journal editor: Vladimir Blagojević

Print: Medivest Niš

Circulation: 100

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

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

САДРЖАЈ / CONTENTS

| | |
|----------------------------------|-----|
| Уводна реч | XI |
| Editor's Introductory Note | XII |

І ЧЛАНЦИ / ARTICLES

| | |
|--|----|
| Марина Димитријевић, Рефлексије правичности у сфери савременог опорезивања | 15 |
| <i>Reflections of Fairness in the field of Contemporary Taxation</i> | |
| Сандра Фишер-Шобот, Правила међународне трговинске коморе за коришћење термина у унутрашњој и међународној трговини – INCOTERMS 2020 | 31 |
| <i>ICC Rules for the Use of Domestic and International Trade Terms– INCOTERMS 2020</i> | |
| Dragoljub Todić, Conditions and Effects of Environmental Legislation Changes: Twenty years from the beginning of the Europeanization Process in the Republic of Serbia | 51 |
| <i>Uslovi i rezultati promena propisa u oblasti životne sredine (Dvadeset godina od početka procesa evropeizacije u Republici Srbiji)</i> | |
| Дејан Вучетић, Делотворност процесних решења у првостепеном управном поступку | 75 |
| <i>Effectiveness of Procedural Decisions in First- Instance Administrative Proceedings</i> | |
| Милош Прица, Супсидијарна и сходна примена Закона о општем управном поступку | 97 |
| <i>Subsidiary and Analogous Application of Law in General Administrative Procedure</i> | |

Борис Тучић,

Суд правде Европске уније и аутономне рестриктивне мере против правних и физичких лица и недржавних ентитета у оквиру Заједничке спољне и безбедносне политике117

The Court of Justice of the European Union and the autonomous restrictive measures against natural and legal persons and non-state entities within the EU Common Foreign and Security Policy

Ахмедин Лекпек,

Економски ефекти заштите права кредитора141

Economic Effects of Creditors' - Rights Protection

**II РАДОВИ ПРЕЗЕНТОВАНИ НА КОНФЕРЕНЦИЈИ
„ПРАВО И ДИГИТАЛИЗАЦИЈА“ / PAPERS PRESENTED ON
SCIENTIFIC CONFERENCE “LAW AND DIGITALISATION”**

Зоран Јовановић,

Стефан Андоновић,

Објављивање закона и других општих аката – скривене могућности електронске управе163

Publication of Laws and other General Acts:

Hidden Potentials of E-Government

Бојан Урдаревић,

Александар Антић

Могућност електронског достављања аката везаних за остваривање права и преузимање обавеза запослених.. 177

The Possibility of Electronic Delivery of Acts related to Exercising Employees' Rights and Undertaking Work-related Obligations.....

Aleksandar Mojašević,

Stefan Stefanović,

Consequences of Brexit on the Competition Law and Policy of The United Kingdom and the European Union191

Последице Брегзита по право и политику конкуренције Уједињеног Краљевства и Европске уније

| | |
|---|--|
| Davorin Pichler, Dražen Tomić Civil Liability for Damage caused by a Robot when performing a Medical Procedure211 <i>Građanskopravna odgovornost za štetu koju počinj robot pri vršenju medicinskog zahvata</i> | |
| Дарко Димовски, Превенција криминалитета путем дигитализације 227 <i>Crime Prevention through Digitalization</i> | |
| Брано Хаџи Стевић, Норма као искључујући разлог за делање 243 <i>Norm as an Exclusionary Reason for Action</i> | |

III РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА / PHD STUDENTS' PAPERS

| | |
|--|------------|
| Јована Блешић, Светска здравствена организација – (не)достижни идеал? 271 <i>The World Health Organization – the (Un)Attainable Ideal?</i> | |
| Упутство за ауторе..... | 287 |

Уводна реч

Поштовани читаоци,

Научни радови садржани у Зборнику радова Правног факултета покривају широку научну област права, укључујући део радова са Међународне научне конференције „Право и дигитализација“. Уређивачка политика часописа се није променила у погледу подстицаја младих истраживача, па ћемо у овом и у следећим бројевима наставити са објављивањем радова студената докторских академских студија.

У Нишу, октобар, 2021.

*Главни и одговорни уредник
Проф. др Ирена Пејић*

Editor's Introductory Note

Dear Readers,

The current issue of the Collection of Papers of the Law Faculty comprises scientific papers addressing a wide range of issues in the legal areas, including papers presented on scientific conference "Law and Digitalisation". In line with the editorial policy of encouraging young researchers and providing incentives for further scientific research, this issue includes articles submitted by PhD students.

Niš, October, 2021.

*Prof. Irena Pejić, LL.D.
Editor-in-Chief*

І ЧЛАНЦИ

Др Марина Димитријевић,*
Редовни професор,
Правни факултет, Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-33880

UDK: 336.2
Рад примљен: 09.09.2021.
Рад прихваћен: 06.10.2021.

РЕФЛЕКСИЈЕ ПРАВИЧНОСТИ У СФЕРИ САВРЕМЕНОГ ОПОРЕЗИВАЊА**

Апстракт: Правичност опорезивања је један од кључних постулата националних пореских структура, врло погодан за вредновање и оцењивање њиховог квалитета. Уважавањем овог постулата приликом дизајнирања пореза пореска регулатива добија моралну подлогу у виду тзв. пореске правичности (пореске правде), чиме њен потенцијал остваривања повољнијих учинака опорезивања знатно јача. У раду се проблематика рефлексивања правичности у сфери савременог опорезивања обрађује у контексту националне пореске правичности, која у фокус поставља позицију пореског обвезника у националном пореском систему. Како порези задиру у „мрежу“ врло разгранатих економских и социјалних односа и интереса обвезника, циљ рада је да утврди да ли процеси преображаја савремених пореских структура доприносе очувању или слабљењу важности принципа плаћања пореза према економској снази, по својој природи, фундаменталног за реализацију правичног опорезивања.

Кључне речи: опорезивање, правично опорезивање, опшност пореске обавезе (универзалност пореза), равномерна расподела пореског терета, преображаји савремених пореских структура.

* marina@prafak.ni.ac.rs

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

1. Увод

Порези су институција стара колико и само друштво политички организовано. Њихово место, улога и значај мењали су се током времена, носећи увек посебне одлике одређене друштвене епохе. Развој опорезивања блиско је повезан са развојем државе и њених функција. Подстицаји неких битних цивилизацијских догађаја, у државама различитих периода и са другачијом друштвеном структуром, који имају привилегију да се помињу и памте столећима, проналазе се у домену опорезивања. С једне стране, пореско незадовољство обвезника је, пуно пута, било „весник“ великих промена и новог тока дешавања, насталих као реакција на нарасте друштвене противуречности и проблеме. С друге стране, у неким временским раздобљима, умерено и правично опорезивање је омогућило знатан свеукупни просперитет друштва.

Порески односи су комплексне релације субјеката са различитом правном моћи. Регулација ове односе, јавна (пореска) власт врши „уплив“ у врло осетљиву област економских интереса обвезника. Како су порези терет, чији се крајњи ефекат испољава у смањењу економске снаге обвезника, рационални и усклађени односи опорезивања су кључна компонента изградње и успешне реализације пореског система. Обим јавне потрошње сведен у реалне економске оквире, примерене пореској способности обвезника, равномерна расподела пореског терета у друштву, одсуство неоправданих изузетака од опорезивања – доприносе стварању афирмативног става обвезника према извршавању пореских обавеза. Обавеза поштовања пореских прописа има своје корене у принципу друштвене солидарности и свести о дужности плаћања пореза као доприносу општем добру, док правичност опорезивања (пореска правда) овим прописима даје моралну основу (Vukadinović, Mitrović, 2020: 227). У друштвено-политичком смислу, порези чине пореске обвезнике одговорним за финансирање јавног сектора, као неопходне претпоставке функционисања државе и друштвеног живота.

Достизање правичног опорезивања у данашњим околностима суочено је са доста потешкоћа и изазова. Посебна „клима“, успостављена разноликошћу, сложеностима и динамиком друштвене (животне) и економско-политичке стварности, као и брзим информационо-технолошким развојем осветљава на нови начин модерне националне пореске структуре и актуелизује проблематику њихове правичности. У том контексту се правично опорезивање и његове рефлексије у сфери савременог опорезивања разматрају у овом раду. Најпре се, у делу након увода, обрађује теоријски аспект проблематике савременог схватања правичног опорезивања.

У фокусу анализе су, потом, кључни захтеви правичног опорезивања испољени у виду општости пореске обавезе и равномерности расподеле пореског терета. Посебна пажња је истовремено задржана на појашњењу димензија хоризонталне и вертикалне правичности опорезивања. У намери да се сагледа стварни значај постулата правичности и идентификују његове рефлексије у сфери савременог опорезивања, у завршном делу рада подробније се сагледавају главне одреднице процеса преображаја националних пореских система током последњих неколико деценија, и расветљава утицај одређених реформских активности и мера на правичност опорезивања и ниво поштовања принципа плаћања пореза према економској снази.

2. Савремено схватање правичног опорезивања

Пореска регулатива одувек носи дубоке отиске времена у коме настаје и простора на коме се имплементира. Следствено томе, она неизоставно одражава успостављене економске и политичке односе у конкретној друштвеној заједници и прожета је, уједно, у њој владајућим идејама, схватањима и вредностима. Прави смисао опорезивања се, заправо, у бити не мења. Применом разноврсних пореских облика потребно је постићи реално могући фискални радман у постојећим условима.

Правичност уопште, па тиме и правичност у опорезивању, фундаментални је постулат чијем остварењу треба да тежи свака државна власт. Оправдање за овај захтев проналази се у околности да опорезивање перманентно одликује изванредан ниво напетости између интереса државе да прикупи пореске приходе, неопходне за финансирање јавног сектора, и интереса пореских обвезника да имају правну сигурност и извесност од неправичног и претераног опорезивања. Одређенији одговор на питање шта је правично опорезивање од велике је важности. Нимало није безначајно како се у финансијској (пореској) теорији интерпретира појам правичности, односно како се у друштву схвата правичност у расподели и сношењу пореског терета. Сазнања о односима између економских снага пореских обвезника, пре и након опорезивања, битно утичу на прихватање пореских обавеза. Такође је кључно и константно отворено питање на који начин пореска власт може у пореској стварности, применом каквог спектра пореских облика и њихових елемената (параметризација пореза), достићи оно значење правичности опорезивања и расподеле пореског терета међу њиховим носиоцима које се афирмисало и прихватило у датом друштву и популацији пореских обвезника. С обзиром да је неизводиво формулисати и објаснити појам правичности опорезивања, тако да се као догма може

прихватити и применити у сваком друштву и за сва времена, друштвено прихватљиво схватање правичног опорезивања је, по природи ствари, преовлађујуће мишљење већине најближе њеним потребама и жељама.

Правична пореска регулатива повећава степен сигурности (извесности) у домену успешне имплементације законом установљене пореске структуре. Реална је, ипак, могућност да позитивна пореска регулатива није увек и правична регулатива, јер је правичност у опорезивању трајно зависна од променљивих друштвених чинилаца. По правилу, неправична пореска регулатива је несигурна регулатива у погледу остваривања фискалног интереса државе, будући да уноси одређени неред у сферу опорезивања и у релације пореских обвезника различитих по економској снази. Из тог разлога треба тежити правичности у опорезивању као једној цивилизацијској тековини и практичној неопходности у области реализације опорезивања. Наиме, битно је створити амбијент у коме је пореска регулатива у чврстој „вези“ са стварним друштвеним животом и перцепцијом пореских обвезника. Тако се јача њен потенцијал за што потпунију примену а кроз пореску регулативу (пореско право) могуће је достићи, у датим околностима, највећи могући степен правичног права.

Финансијска наука је формулисала одређене захтеве чијим се уважавањем манифестује настојање ка задовољавању правичности у опорезивању. Исто тако о тим захтевима подучавају и бројне лекције из дуге историје опорезивања. Снажан подстрек развоју и уздицању сваке државе, као и правичности опорезивања, пружају општост пореске обавезе и равномерност расподеле пореског терета. Било какво присуство пореских привилегија, огољена пореска дискриминација, неосетљивост на проблеме пореских обвезника и пореско угњетавање, како историја потврђује, отварају „пут“ остваривању неких краткорочних циљева и интереса пореске власти али, неизоставно, воде и најбржем самоуништењу и највећих, најјачих и најбогатијих држава (Drakulić, 2014: 12). Уосталом, овлашћење установљавања пореза, реализовано од стране парламента, је суштинско и за постојање саме извршне власти, али када је неограничено, оно нужно подразумева могућност уништења које је у њему садржано, јер постоји граница изнад које ниједан порески обвезник неће толерисати терет одређеног пореза (Tarsitano, 2005: 411).

2.1. Општост пореске обавезе

Одредбе које свим грађанима (пореским обвезницима), независно од њихових посебних одлика, гарантују једнакост пред законом (пореским законом) садржане су у уставима савремених држава. Општост пореске

обавезе (универзалност пореза) значи да сва лица морају да плаћају порезе (Роровић, 2017: 38). Другим речима, општост пореске обавезе, као услов формалне правичности, подразумева да ће сви обвезници учествовати у сношењу пореског терета (оптерећења) и бити подвргнути плаћању пореза под једнаким условима. Тиме се рефлектује једна од неизоставних претпоставки демократије, а то је једнакост, одсуство привилегија у било којој области, па и у области опорезивања. Једнакост пред пореском легислативом обухвата и процедурални захтев да порески органи одлуке које се тичу опорезивања доносе на основу општег вредновања порескоправне ситуације обвезника и општих обзира, а не на бази арбитрарности и самовоље. Оправдање ауторитативности државних захвата у економску снагу пореских обвезника проналази се, дакле, у легитимности, исказаној преко правичног поступања пореских органа у поступку опорезивања (Wenzel, 2006: 347–348).

Универзалност пореза представља друштвено-политичку и социјалну тековину Француске буржоаске револуције (1789–1799), насталу као реакција на бројне пореске привилегије племства и свештенства (привилегованих друштвених слојева) тог и ранијих временских периода. Њоме се потврђује победа нових схватања о једнакости људи (Роровић, 2017: 38). Општост искључује привилегије по било ком основу, и то како могуће индивидуалне (биолошке, духовне и материјалне) неједнакости међу људима, тако и друштвену стратификацију (по статусу, занимању, образовању, угледу и моћи) (Поповић, Илић-Попов, 2011: 144).

У садашњим условима, општост пореске обавезе има релативно ограничено дејство, због одређених изузетака у виду пореских ослобођења и олакшица (пореских подстицаја), мотивисаних разлозима *социјалне* (нпр. ослобођење од опорезивања тзв. неопорезивог дела економске снаге обвезника [егзистенцијалног минимума обвезника и неопорезивог дела економске снаге обвезника за издржаване чланове породице], ослобођење од опорезивања установа које врше социјалну делатност), *економске* (нпр. стимулисање делатности, гране и области привреде) или *неке друге политике* (нпр. ослобођења од опорезивања дата дипломатским представништвима, представништвима међународних институција и организација, најчешће у случају реципроцитета) (Роровић, 2017: 239–243). Сви наведени порески подстицаји нужно су засновани на објективним критеријумима и никада не смеју бити повезани уз саму особу тачно одређеног пореског обвезника. Пореске обавезе, правилно утврђене од стране пореске власти, дакле, у сваком појединачном случају треба да представљају својеврсни одраз особених карактеристика конкретног обвезника пореза и његове економске снаге. Оне ће тако стварно

исказивати и потврђивати солидарност обвезника у финансирању јавне потрошње као друштвену вредност.

Пореска ослобођења и олакшице нису у конфликту са захтевом да пореска обавеза буде општа већ постоје да би се, у неким случајевима, управо обезбедила правичност у опорезивању (Ловчевић, 1997: 93). Треба, стога, посебно разликовати *опшност пореске обавезе* (универзалност пореза, неискључивост) од *сношења пореског терета*. Наиме, некога изоставити из круга пореских обвезника (искључивост) је једна ситуација, а сасвим је друга ситуација некога привремено или трајно, у целисти или делимично, ослободити обавезе сношења пореског терета. Наведено (друга ситуација) важи када су се стекли и док трају неки услови, догађаји, чињенице, стања и сл., унапред генерално прописани као објективне претпоставке које неком пореском обвезнику код кога су такве околности наступиле, за време њиховог трајања, омогућавају да не мора да плаћа порез (у целисти или делимично), односно сноси порески терет. Пореска обавеза за тог обвезника, дакле, у дословном смислу те речи није престала, већ мирује (потпуно или делом) његова обавеза сношења пореског терета док законом прописане околности трају. По њиховом престанку као услову за коришћење пореског ослобођења или олакшице, порески обвезник мора плаћати дужне порезе, тј. економски сносити порески терет. У целини посматрано, овакав се приступ може оценити саобразним са савременим схватањем правичности у опорезивању, које проистиче из врхунског начела једнакости грађана (пореских обвезника) у демократским државама (Јелчић, 2003: 7).

2.2. Равномерност расподеле пореског терета

Равномерност расподеле пореског терета је услов материјалне правичности који од свих обвезника пореза тражи да сразмерно својој економској снази (engl. *economic faculty*) плаћају пореске обавезе (engl. *ability to pay principle*). Пракса опорезивања у складу са економском снагом (капацитетом) је прихваћена у данашњим државама и утемељена је на солидарности људи који живећи у једном друштву у облику пореза подносе „финансијску жртву“ за финансирање јавних добара (Shön, 2009: 71; Bardini, 2010: 2).

Оправданом и савременим пореским системима иманентном принципу плаћања пореза према економској снази претходио је принцип корисности (engl. *benefit principle*), који се данас не примењује (осим само за оправдање такси, а праћен је понекад и начелом покривања трошкова). Принципом корисности се заговарала идеја да обвезници порезе треба да плаћају сразмерно користи коју уживају од јавних добара (јавних услуга), чиме оцена правичности опорезивања постаје зависна од расходне стране

буџета, а не само од пореске политике (Heđe, 1999: 135). Оцена правичности пореског система ће бити тачнија ако се узму у обзир како порези које обвезници плаћају, тако и користи које уживају од јавних добара, финансираних порезима. Овакав приступ се, међутим, суочава са озбиљним ограничењима. Првенствено је дискутабилно питање мерења користи коју поједини обвезници пореза уживају од јавних добара. Уз то значајан део јавних расхода се усмерава за финансирање трансферних јавних расхода (пензије, социјалне помоћи и сл.) ради остваривања редистрибутивних циљева. Утврдити везу између плаћања јавних (пореских) прихода намењених финансирању поменутих трансферних јавних расхода и користи за обвезнике је немогуће, јер се управо очекује да обвезници веће економске снаге плате више по основу пореза него што треба да добију кроз овакве трансфере, како би се остварила одговарајућа прерасподела (редистрибуција) економске снаге (дохотка) у друштву. Зато се, како је већ и поменуто, пореска политика савремених држава формулише независно од расходне стране буџета а правичност опорезивања утврђује у складу са принципом плаћања пореза према економској снази (Popović, 2017: 46).

Две су, у смислу примене критеријума плаћања пореза према економској снази, могуће димензије правичности: хоризонтална правичност и вертикална правичност (Zee, 2005: 4–5; Burgers, Mosquera Valdegrama: 2017: 769). Одређивање правичног учешћа у финансирању јавних добара помоћу овог критеријума нужно тражи упоређивање пореског третмана два пореска обвезника (engl. *inter-taxpayer equity*). Наведени приступ пореској правичности обухвата разматрање обавезе пореског обвезника према држави и односа између обавезе једног пореског обвезника према држави и обавезе другог пореског обвезника (Kaufman, 1998: 163).

Хоризонтална правичност (engl. *horizontal equity*) подразумева равномерно опорезивање између обвезника једнаке економске снаге – порески обвезници са истом економском снагом (приходом, дохотком, имовином) треба да плаћају исте или приближно једнаке износе пореза држави што имплицира примену пропорционалног опорезивања (Поповић, Илић-Попов, 2011: 149). У основи хоризонталне правичности налази се избегавање дискриминације једнаких пореских обвезника у пореском систему, тј. примењује се правило „*да једнаке треба опорезовати једнако*“ (Heđe, 1999: 128; Spiegel, Kloss, 2017: 55). Ова димензија правичности значи одржавање фер дистрибуције (расподеле) благостања између једнаких пореских обвезника пре и после опорезивања (Arsić, Randelović, 2017: 23).

Вертикална правичност (engl. *vertical equity*) се остварује тако што се порески обвезници опорезују у складу са њиховом економском снагом

– порески обвезници веће економске снаге треба да плате веће порезе држави у односу на пореске обвезнике мање економске снаге (примена правила да „*неједнаке треба опорезовати неједнако*“) (Hedje, 1999: 129). Осмишљавање одговарајуће неједнакости у пореском систему, између неједнаких пореских обвезника у погледу економске снаге коју треба опорезовати, представља базу вертикалне правичности (Musgrave, 2005: 136). Достижање ове димензије правичности захтева примену прогресивних пореских стопа (пореске прогресије) (Поповић, Илић-Попов, 2011: 149; Arsić, Randelović, 2017: 28; Spiegel, Kloss, 2017: 54) и омогућује реализацију редистрибутивне (социјалне) функције опорезивања. Њоме се врши прерасподела благостања између неједнаких пореских обвезника што је сагласно постојању социјалне државе (Vanistendael, 2010: 527–528). Порезима се, наиме, захвата економска снага богатијег слоја друштва у циљу редистрибуције према сиромашнијим слојевима путем различитих буџетских инструмената (трансфера, субвенција, социјалних програма и сл.).

Остваривање вертикалне правичности опорезивања увек води хоризонталној правичности. Супротна релација не важи, с обзиром на то да постојање хоризонталне правичности не јемчи истовремено и постојање вертикалне правичности. Хоризонтална и вертикална правичност су „лице“ и „наличје“ постулата правичности а у пракси опорезивања је неопходно успоставити, у датом тренутку, најпогоднији компромис између дистрибуције и редистрибуције благостања, као захтева који суштински опредељују ове две димензије правичности (Musgrave, 1990: 117–121). Минимум правичности опорезивања представља достизање хоризонталне правичности (Lindsay, 2016: 80) у највећој могућој мери (због постојања непропорционалних пореза и потребе постизања нефискалних циљева, апсолутна хоризонтална правичност не постоји), док се остваривање вертикалне правичности испољава као изнова актуелни циљ коме треба тежити. У коликој мери ће се реализовати вертикална правичност опорезивања првенствено је детерминисано нивоом осетљивости носиоца пореске политике за социјалне ефекте опорезивања и социјалну правду (тј. бољи социјални положај појединца као индикатор правичности друштва), као и спремношћу да се креира атмосфера за што правичнији третман пореских обвезника у поступку опорезивања. Правичан третман пореског обвезника применом критеријума плаћања пореза према економској снази манифестује се уколико одређивање врсте и величине пореске обавезе, односно укупан порески терет обвезника представља резултат уважавања и *објективних елемената* (извори дохотка, њихова појединачна величина, укупна економска снага) и *субјективних елемената* (породични статус

обвезника, број чланова породице, старосна и образовна структура, здравствено стање, одвојени живот – нпр. рад или школовање деце ван места становања), релевантних за опорезивање (Jelčić, 1977: 97). Притом је битно умешно балансирати потребу за пуном транспарентношћу података о обвезнику, како би се правично утврдиле пореске обавезе, са потребом потпуне заштите оних података који представљају обвезникову личну и професионалну тајну. Свеобухватно посматрано, а имајући у виду специфичне прилике (обележја) сваког пореског обвезника (прилике субјективне и објективне природе), може се констатовати да опорезивање неће бити правично уколико се на све обвезнике примени исти поступак опорезивања. Правично опорезивање ће наступити тек уколико је поступак опорезивања такав да су сви порески обвезници једнако третирани, дакле стављени у једнак положај. Сходно томе, на поједине категорије пореских обвезника треба применити различит порески третман јер се они по битним (релевантним) обележјима разликују, а управо су та обележја пресудна за сврставање обвезника у одређене групе према економској снази коју поседују, и прецизирање обвезникових пореских дуговања. Различит порески третман пореских обвезника, опредељен њиховим обележјима, јесте израз једнакости обвезника пред пореским законом, што је савременом правном легислативом установљено право пореских обвезника.

3. Правичност опорезивања и њене рефлексије у контексту преображаја савремених пореских система

Реформе пореских система последњих неколико декада у великом броју земаља заснивале су се на промени филозофије опорезивања под знатним утицајем неолибералне теорије, настале као реакција на кризу 70-их година прошлог века коју су карактерисале појаве попут знатне незапослености и повећане несигурности, нафтног шока, потребе смањења буџетских дефицита, као и снижавања социјалних трошкова услед проблема нарочито богатијих земаља да финансирају њихове државе благостања. Ова теорија је однела превагу над кејнзијанском теоријом, доминантном и заслужном у периоду после Другог светског рата за изградњу социјалне функције државе (државе благостања), финансиране великим порезима као њеном економском потпором. Неолиберална теорија је постепено мењала тековине и редистрибутивну политику државе благостања, у смислу да економска вредност (моћ) већим делом одлази богатим члановима друштва (Volerstin, 2003: 99). У том „духу“ оријентисане пореске политике резултирале су поступно социјалним раслојавањем у савременим друштвима, јер су богати појединци постали још богатији не

доприносећи у одговарајућој мери општем добру (Анђелковић, 2017: 598). Промене у националним пореским системима, на које ће бити начелно указано у наставку текста, недвосмислено потврђују да је ослабљена важност плаћања пореза према економској снази као базичног принципа у обликовању савремених пореских структура (Анђелковић, 2017: 607).

Пореска реформа у Сједињеним Америчким Државама, средином 1980-их година, била је главни иницијатор фундаменталних промена у пореској сфери, подстичући уједно и читав низ пореских реформи у другим државама (готово свим земљама ОЕЦД-а, у земљама у транзицији почетком 1990-их година, земљама (пост)транзиције). Ова пореска реформа, обележена драстичним смањењем највиших маргиналних стопа пореза на доходак и пореза на добит, као и броја пореских разреда, проширењем пореске основице, укидањем (редуковањем) бројних пореских олакшица и њиховим постављањем на строго критеријумским основама, резултирала је очекиваним поједностављењем пореског система и пореске процедуре (Blažić, Šimović, Štambuk, 2014: 333), али и побољшањем ефикасности опорезивања, промовисаном као битан реформски циљ – имплементација тзв. алокативно неутралне пореске политике (Dom, Miller, 2018: 15–17). Спроведене пореске реформе у европским земљама су пак довеле до даљег умањивања значаја пореза на имовину (билансни значај пореза на имовину иначе није велики), смањивања диференцијације стопа и јачања финансијске улоге пореза на потрошњу (због очувања пореских прихода), и то нарочито пореза на додатну вредност, који је по добро познатом ставу теорије економског раста ефикаснији начин опорезивања, занемарујући притом његово основно неповољно обележје у виду неправично расподељеног пореског терета на широке слојеве становништва. Овакав „скуп“ потеза у пореским реформама учинио је да се од правичности све више потенцира њена хоризонтална димензија (хоризонтална правичност), управо због укидања различитих олакшица (социјалног карактера) у оквиру пореза на доходак. У погледу остваривања вертикалне димензије правичности (вертикалне правичности) заговарала се примена социјалних трансферних јавних расхода (социјалних трансфера), као инструмената ван пореског система. Како су социјални трансфери, пре свега, ограничени на слојеве пореских обвезника са ниским дохотком, остало је нереализовано, што се може приметити и у актуелним условима, последније спровођење вертикалне правичности опорезивања за пореске обвезнике који остварују остале (више) нивое дохотка. По свему судећи, вертикалној правичности у савременом опорезивању додељен је секундарни значај (Blažić, Šimović, Štambuk, 2014: 334; Димитријевић, 2015: 288).

Наведене измене у системима опорезивања многих земаља резултирајући су одговор креатора пореских политика на мноштво тешкоћа и неизвесности у економском и друштвеном животу, манифестованих унутар националних оквира. Оне су, такође, проткане и одређеним глобалним утицајима. Наиме, на међународном плану покренут је широк „талас“ промена чија су фундаментална усмерења испољена преко ограничавања економске улоге државе и, уз то, смањење пореских дисторзија постојећих пореских структура. Одступање од примене пореске политике као активног инструмента економског управљања, смањивање износа пореза који треба да плате обвезници са највећом економском снагом и умањивање пореског оптерећења капитала, врло мобилног ван националних граница (Steinbo, 2003: 226), омогућили су либерализацију трговинско-финансијских односа великих размера и повезивање тржишта захваљујући отварању националних економија (глобализација економије). Тиме је била омогућена перманентна потрага мултинационалних компанија за повољним тржишним приликама и пореским режимима, као и њихово огромно јачање у економском смислу услед остваривања неопорезивих профита ван домаћаја националних јурисдикција (феномен тзв. глобалне правичности, по својој природи, врло сложен за нормативно регулисање). Док су суверене националне државе вишегодишњим снижавањем стопа пореза на доходак и добит у циљу подстицања економског раста и производње биле, на изванредан начин, спутане да граде јаке државне институције и снаже своју фискалну (економску) моћ (Bek, 2003: 140), растућа детериторијализација економских активности довела је до тога да економија (производња) и финансије све више стичу глобалну и транснационалну димензију. Показује се, наиме, у савременом комплексном и променљивом окружењу, нужним адаптирање држава датим околностима тако да власт (влада) траже кохерентне стратегије за што бољу позицију у глобализованом свету (Held, 2003: 58), што се односи и на порезе и опорезивање. Националне пореске власти, свака понаособ, треба да штите фискални интерес и константно изнова откривају и снаже свој идентитет у сфери опорезивања (Gidens, 2003: 153). Иако глобализациони процеси и интереси теже да ограниче моћ националних држава, мишљења смо да снажна залагања и догађаји у правцу очувања и заштите националног суверенитета, идентитета и јавног интереса, често испољени у многим земљама широм света у досадашњем току историје, имају потенцијал да ову моћ увек изнова афирмишу.

Важно је указати да су финансијска и економска криза, касније прерасле у фискалну кризу због повећања јавног дуга и буџетског дефицита у великом броју савремених држава, као и потреба спровођења фискалне консолидације, при крају прве декаде овог века (2008–2009. година), уз

програме радикалне штедње, само краткотрајно, на почетку кризе, донеле видљивији поврат принципу вертикалне правичности. То се испољило преко пореског растерећења нижих доходака и тражења адекватне компензације, па и повећања пореских прихода, све знатније на терет виших доходака (веће економске снаге) (Blažić, Šimović, Štambuk, 2014: 334; Šimurina, Barbić, 2017: 129, 131). Уз то, државе су се снажније ослониле на порез на додату вредност, имајући у виду његову издашност, еластичност и, у извесној мери, економску ефикасност, али и потребу да се повећају порески приходи. Из тог разлога, дошло је углавном до пораста стандардне (опште) стопе пореза на додату вредност и врло ретко до снижавања посебне стопе овог пореза, што је у већини случајева условљено потребом смањења пореског оптерећења основних прехранбених производа (Šimurina, Barbić, 2017: 129, 132). Повећање стопе пореза на додату вредност послужило је као један од важних инструмената фискалне консолидације како би се, упоредо са повећањем пореских прихода, створио простор за ниже опорезивање прихода од капитала и од рада, а све у намери да се подстакну инвестиције и запосленост у времену кризе (Анђелковић, 2013: 2; Димитријевић, 2015: 286; Анђелковић, 2017: 598). Након изласка из фискалне кризе, државе су почеле поново да снижавају стопу пореза на доходак и број пореских разреда уз ширење пореске основице. Делимо мишљење да су се новија кретања (краткотрајни поврат) у смеру вертикалне правичности показала више као резултат саме фискалне кризе, и с њом повезане фискалне консолидације, као и да су представљала, у датом тренутку, резултат немогућности остваривања додатних прихода од, по економској снази, нижих, али и средњих друштвених слојева (Blažić, Šimović, Štambuk, 2014: 335). Свакако, дуготрајно смањивање стопа пореза на доходак и пореза на добит (Jeremić, Kamenković, Grubišić, 2019: 9–10), преусмеравање опорезивања од опорезивања капитала и богатих појединаца ка опорезивању мање покретљивих (мобилних) обвезника и извора опорезивања (потрошња, рад и имовина), преображава савремене пореске структуре у многим земљама тако да постају потрошно оријентисане, регресивне а тиме и мање правичне (Leviner, 2014: 218; Димитријевић, 2015: 282; Oxfam International, 2017: 9, 34).

4. Закључак

У свету који се континуирано мења под утицајем глобализације економских токова, међународних интеграција и информационо-технолошког развоја, теме попут правичности опорезивања поново доспевају у „жижу“ интересовања пореске теорије, креатора пореске политике и популације пореских обвезника, потврђујући, као и пуно пута у досадашњој историји

опорезивања, да је „пут“ ка правичном опорезивању бременит бројним препрекама. Настојања ка достизању пореске правичности кроз векове и изазови са којима су се она сусретала потврђују да опорезивање увек представља специфичан одраз констелација свих прилика и услова одређеног доба и простора, као и да у опорезивању апсолутне правде и идеалних решења нема.

Исто као у ранијим временима, тако и данас, опорезивање јесте феномен који пореске обвезнике „повезује“ са обавезом плаћања пореза, установљеном ради омогућавања несметаног одвијања финансијске делатности државе. Спремност пореских обвезника да искажу поштовање пореске легислативе и плате свој „удео“ у обезбеђивању јавних добара опредељена је, добрим делом, и достигнутим нивоом правичности пореских решења, осмишљених од стране креатора пореске политике. У сврху очувања ауторитета регулативе о порезима, што несметаније наплате пореских прихода, као и остваривања пореске правичности у мери у којој је то могуће у постојећим околностима, неколико деценија уназад, преко низа пореских реформи уобличаване су важније пореске промене и реконструисани порески системи. Извршена анализа у раду показује да је неолиберална теоријска подлога дизајнирања спроведених реформисања пореза допринела да се у пореској стварности првенствено испољава хоризонтална правичност у опорезивању, док је манифестовање вертикалне правичности, ипак, постављено у „други“ план. Тиме је ограничен значај принципа плаћања пореза према економској моћи пореских обвезника, као главног гаранта правичног опорезивања. У амбијенту који не карактерише велика заступљеност владавине права и правне сигурности, треба нагласити, простор за постојање правичног опорезивања се, такође, додатно сужава.

Литература и извори

Анђелковић, М. (2017). Изазови савремених пореских реформи. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 76(LVI). 595–610

Анђелковић, М. (2013). Привлачност ПДВ-а у контексту економске кризе. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 64. 1–14.

Arsić, M., Randelović, S. (2017). *Ekonomija oporezivanja – Teorija i politika*. Beograd: Centar za izdavačku delatnost Ekonomskog fakulteta u Beogradu.

Bardini, C. (2010). The Ability to Pay in the European Market: An Impossible Sudoku for the ECJ. *Intertax*. 1(38). 2–20.

Bek, U. (2003). Virtuelni poreski obveznici. U Vuletić, V. (Prir.). *Globalizacija – Mit ili stvarnost*. Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva. 129–142

- Blažić, H., Šimović, H., Štambuk, A. (2014). Mjesto socijalne politike u poreznoj politici RH: anketa poreznih stručnjaka. *Revija socijalne politike*. 3 (21). 327–360.
- Burgers, I. J. J., Mosquera Valderrama, I. J. (2017). Fairness: A Dire International Tax Standard with No Meaning? *Intertax*. 12(45). 767–783.
- Vanistendael, F. (2010). Is Fiscal Justice Progressing? *Bulletin for International Taxation*. 10 (64). 526–540.
- Volerstin, I. (2003). Globalizacija ili period tranzicije? – Pogled na dugoročno kretanje svetskog sistema. U Vuletić, V. (Prir.). *Globalizacija – Mit ili stvarnost*. Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva. 92–111.
- Vukadinović, G., Mitrović, D. (2020). Pravne iskrice. *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava*. 2. 217–228.
- Wenzel, M. (2006). A Letter from the Tax Office: Compliance Effects of Informational and Interpersonal Justice. *Social Justice Research*. 3 (19). 345–364.
- Gidens, E. (2003). Svet koji nam izmiče. U Vuletić, V. (Prir.). *Globalizacija – Mit ili stvarnost*. Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva. 143–154.
- Димитријевић, М. (2015). Правичност и актуелно моделирање пореских система у свету. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 70(LIV). 277–292.
- Dom, R., Miller, M. (2018). *Reforming tax systems in the developing world—What can we learn from the past?* ODI Report. London: Overseas Development (ODI). 1–41.
- Drakulić, G. (2014). *Porezi: Istorijske lekcije*. Sarajevo: Revicon.
- Zee, H. H. (2005). Personal Income Tax Reform: Concepts, Issues, and Comparative Country Developments. *IMF Working Paper*. WP/05/87. 1–58.
- Jelčić, B. (2003). Neki principi oporezivanja jučer i danas. *Pravo i porezi*. 6. 2003. 5–14.
- Jelčić, B. (1977). *Porezni obveznik i porezna politika*. Zagreb: Sveučilišna naklada LIBER.
- Jeremić, N., Kamenković, S., Grubišić, Z. (2019). Usporedna analiza poreskih sistema skandinavskih i mediteranskih zemalja. *Poslovna ekonomija*. 2 (XIII). 1–27.
- Kaufman, N. (1998). Fairness and the Taxation of International Income. *Law and Policy in International Business*. 2 (29). 145–203.
- Leviner, S. (2014). The Intricacies of Tax and Globalization. *Columbia Journal of Tax Law*. 207(5). 207–227.
- Lindsay, I. K. (2016). Tax fairness by Convention: A Defense of Horizontal Equity. *Florida Tax Review*. 19(2). 79–119.

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

Musgrave, R. A. (2005). Fairness in taxation. In Cordes, J. J., Ebel R. D. & Gravelle J. G. (Eds.). *The Encyclopedia of Taxation & Tax Policy*. 2nd Edition. Washington, D.C.: The Urban Institute Press. 135–138.

Musgrave, R. A. (1990). Horizontal equity, once more. *National Tax Journal*. (2)43. 113–122.

Oxfam. (2017). *Is IMF Tax Practice Progressive?* Oxfam discussion paper. 1–44.

Popović, D. (2017). *Poresko pravo*. Београд: Centar za izdavaštvo i informisanje Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

Поповић, Д., Илић-Попов, Г. (2011). Једнакост грађана у пореском праву. *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци*. 33. 139–158.

Spiegel, S. E., Kloss, A. (2017). Determinants of Tax Fairness Perception and the Role of Self-interest – Results from two German Surveys. *Eurasian Journal of Economics and Finance*. 5(4). 50–75.

Steinmo, S. (2003). The Evolution of Policy Ideas: Tax Policy in the 20th Century. *The British Journal of Politics and International Relations*. 2 (5). 206–236.

Schön, W. (2009). International Tax Coordination for a Second-Best World (Part I). *World Tax Journal*. 1(1). 67–114.

Tarsitano, A. (2005). The Defence of Taxpayers' Rights in the Courts of Argetina. *Bulletin for International Fiscal Documentation*. 8/9(59). IBFD. 407–413.

Heđe, M. (1999). Principi oporezivanja. U Nemec, J. i Wright, G. (Edit.). *Javne finansije – Teorija i praksa u centralno-evropskim zemljama u tranziciji*. Београд: Magna Agenda. 126–148.

Held, D. (2003) Debate o globalizaciji. U Vuletić, V. (Prir.). *Globalizacija – Mit ili stvarnost*. Београд: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva. 48–60.

Šimurina, N., Barbić, D. (2017). Porezne promjene i dohodovne nejednakosti u Europskoj uniji tijekom financijske krize. *Revija socijalne politike*. 2 (24). 123–142.

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

REFLECTIONS OF FAIRNESS IN THE FIELD OF CONTEMPORARY TAXATION

Summary

Fairness of taxation is one of the inevitable topics in the domain of evaluating the effects of taxation within the national framework. The path towards instituting fair taxation is burdened by many obstacles, which are particularly prominent in times of complex and changing socio-political and economic trends. Given that each period has its own traps, the full content, true meaning and factual acceptance of fair taxation postulates have to be constantly reexamined. In that context, this paper examines fairness of taxation and its reflections in the sphere of contemporary taxation. Considering that fair taxation is a reliable support for building correct tax-law relations, the author provides a detailed analysis of fundamental requirements for its implementation, expressed in the form of general tax obligation (tax universality) and equal distribution of tax load. In particular, the author clarifies the occurrence of a relatively limited effect of the general tax obligation in contemporary conditions, caused by the existence of tax exemption and tax reliefs, and elaborates on the dimensions of horizontal and vertical equity in taxation. The paper also provides an in-depth examination of tax system transformations, achieved as a result of conducted tax reforms in the past few decades, with the aim of confirming the hypothesis about the dwindling significance of the ability-to-pay principle (paying taxes according to economic capacity) as a fundamental rule for modelling contemporary tax structures.

Keywords: *taxation, fair taxation, general tax obligation (tax universality), equal distribution of tax load, transformations of contemporary tax structures.*

Др Сандра Фишер-Шобот,*
Ванредни професор,
Правни факултет, Универзитет у Новом Саду

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-33249

UDK: 339.5
Раd примљен: 26.07.2021.
Раd прихваћен: 31.08.2021.

ПРАВИЛА МЕЂУНАРОДНЕ ТРГОВИНСКЕ КОМОРЕ ЗА КОРИШЋЕЊЕ ТЕРМИНА У УНУТРАШЊОЈ И МЕЂУНАРОДНОЈ ТРГОВИНИ – INCOTERMS 2020

Апстракт: Употреба трговинских термина у уговорима о продаји робе, а нарочито уговорима о међународној продаји робе, доприноси убрзању пословања, али се истовремено повећава сигурност и предвидљивост. Правила Међународне трговинске коморе за коришћење термина у унутрашњој и међународној трговини – INCOTERMS 2020 се примењују од 1. јануара 2020, а имају за циљ да омогуће лакше, ефикасније и сигурније одвијање глобалне трговине.

Предмет анализе у овом раду јесте развој, значај и правна природа INCOTERMS, са посебним освртом на актуелну ревизију из 2020. године и на то како су у њој регулисане обавеза испоруке робе и прелазак ризика.

Кључне речи: уговор о међународној продаји робе, трговински термини, INCOTERMS, испорука робе, прелазак ризика.

* sfiser@pf.uns.ac.rs

1. Уводне напомене

Раст и развој глобалне привреде довели су до значајних промена у начину на који функционише међународна трговина. Наиме, услед развоја технологије и комуникација и промена у начину на који се тргује робом данас је великом броју привредних субјеката омогућен приступ тржиштима у целом свету. Роба лако стиже и до најудаљенијих тржишта, а све трансакције се реализују значајно брже него раније. Управо због наведеног ствара се и већи простор за спорове у случају када нека од питања у уговору о продаји нису регулисана на одговарајући начин.

У савременом пословању већина уговора о међународној продаји робе се закључује уз коришћење трговинских термина (Coetzee, 2013: 2 и фус. 3). Трговински термини представљају скраћенице од три слова којима се, пре свега, регулишу обавезе страна у вези са испоруком робе, преласком ризика и трошкова (упор. Herber, Czerwenka, 1991: 61). Њиховим уговарањем стране уређују неке важне аспекте уговора о међународној продаји робе, али свакако не све аспекте. Трговци их радо користе у својим уговорима будући да одражавају трговинску праксу која је настајала и развијала се у дужем временском периоду. Међутим, потенцијални проблем у њиховој примени представља различито схватање и разумевање ових термина на различитим местима.

Правила МТК за коришћење термина у унутрашњој и међународној трговини – INCOTERMS 2020 (даље: *INCOTERMS 2020*) имају за циљ да омогуће лакше, ефикасније и сигурније одвијање трговине у националним и међународним оквирима. У питању су правила која одражавају праксу у трговини и која се не односе на уговоре о продаји конкретне робе него се могу применити за сваку робу. Свако правило у *INCOTERMS 2020* јасно дефинише одговарајуће обавезе продавца и купца у вези са испоруком робе, преласком ризика, трошковима, обавезом превоза и царинења робе.

Предмет анализе у овом раду јесте развој, значај и правна природа *INCOTERMS* правила, са посебним освртом на актуелну ревизију из 2020. године и на то како су у њој регулисане обавеза испоруке робе и прелазак ризика. Из назива *INCOTERMS 2020* јасно је да могу да се користе у међународном и у унутрашњем промету. С обзиром на то да је њихов значај неупоредиво већи код уговора о међународној продаји робе, анализа која следи биће усмерена на употребу *INCOTERMS* правила у међународној трговини.

2. Настанак и развој *INCOTERMS* правила

Развој *INCOTERMS*¹ правила може да се подели у две фазе. Прва обухвата раздобље од 1920. до 1976. године и њу карактерише кодификација постојећих трговинских термина, док друга фаза почиње 1977. године и траје и данас, а одликује је стварање модерних термина (више код Oberman, 1997).

Код уговора о међународној продаји робе међународни трговински термини користе се, пре свега, да се њима дефинише метод испоруке продате робе. У међународној трговини у 19. веку најчешће су коришћена два термина – франко брод (енгл. *free on board – FOB*) и трошкови, осигурање и возарина (енгл. *cost insurance and freight – CIF*) (вид. више Oberman, 1997; Coetzee, 2010: 12).² Међутим, наведени трговински термини, иако истог назива, нису имали исто значење у различитим националним правима. Наиме тумачени су на различите начине у различитим државама, регионима или чак различитим лукама, што је доводило до неспоразума и проблема приликом извршења уговора о међународној продаји робе, као и до скупих и дуготрајних спорова (Valiotti, 2006: 6). У бројним случајевима трговци нису знали да одређени термини имају различито значење, што је негативно утицало на развој међународне трговине.

Потреба за унапређењем услова у међународној трговини и правном сигурношћу условила је предузимање корака у циљу кодификације, стандардизације и хармонизације међународних трговинских термина.

Активну улогу у стандардизацији међународних трговинских термина имала је, и има и данас, Међународна трговинска комора (даље: МТК) са седиштем у Паризу.³ Прва верзија *INCOTERMS*, као сета међународних правила за коришћење трговинских термина, објављена је 1936. године (вид. више Coetzee, 2010: 180), под називом *Међународна правила за*

1 *INCOTERMS* представља скраћеницу од „*international commercial terms*“.

2 Прве одлуке у којима се спомиње *FOB* у енглеском и немачком праву су са почетка 19. века, али се верује да је овај трговински термин коришћен у уговорима о међународној продаји робе и много раније.

3 На првом конгресу МТК одржаном у Лондону 1921. године донета је одлука да се оформи радна група за израду упоредне студије о значењу трговинских термина у различитим државама. Прво издање Трговинских термина је представљено 1928. године и састојало се од објашњења шест термина и њиховог тумачења у 13 земаља. Друго издање из 1929. године обухватило је тумачење ових термина у 35 земаља, док је треће и последње издање Трговинских термина објављено 1935. године. Основни циљ Трговинских термина био је идентификација постојећих разлика у тумачењу термина који се користе у међународној трговини. Наведене упоредне студије су представљале основ за израду *INCOTERMS 1936*.

тумачење трговинских термина (енгл. *International Rules for the Interpretation of Trade Terms*). *INCOTERMS 1936* су одобрени на конгресу МТК одржаном у Берлину 1935. године, а њихово усвајање је обележио одређени степен несагласности између земаља у погледу њихове садржине. Па су тако делегати из Велике Британије одбили да прихвате *INCOTERMS*, делегати из Аустралије су били уздржани, док су их представници Италије прихватили, али уз одређене резерве (вид. Coetzee, 2010: 180).

Потпуна ревизија је извршена 1953. године, а текст *INCOTERMS 1953* је прихватила већина делегата који су учествовали на конгресу МТК у Бечу. На тај начин су *INCOTERMS* правила добила међународни легитимитет и постала међународно прихваћена.

Ради праћења промена које се догађају у међународној трговини и прилагођавања термина условима трговине, као и стандардизације пословне праксе, МТК периодично врши измене *INCOTERMS*, тако да је до данас било укупно девет ревизија.⁴ И поред настојања МТК да се одржи континуитет, приликом ревидирања *INCOTERMS* мењан је број термина, као и њихова садржина и редослед (вид. више код DiMatteo, Jansen, Magnus, Schulze, 2016: 269). Разлог је тај што ова правила прате промене у пословној пракси, нарочито оне које се односе на развој различитих начина превоза робе и на развој информационах технологија (вид. Coetzee, 2010: 211).

Данас је актуелна верзија *Правила МТК за коришћење термина у унутрашњој и међународној трговини – INCOTERMS 2020*,⁵ која се примењује од 1. 1. 2020. године, а карактерише је увођење нових термина, као и измене постојећих. Бројни су разлози због којих се приступило измени правила из 2010. године, а кључни је свакако већа дигитализација међународног пословања. Употреба електронских докумената и комуникације изложена је одређеним опасностима (нпр. крађа података, брисање података итд.) на које је ова последња ревизија *INCOTERMS* правила покушала да пружи адекватан одговор (Дивљак, Марјански, Фишер Шобот, 2019: 125).

3. Значај *INCOTERMS* правила

Значај *INCOTERMS* правила у савременој међународној трговини је изузетно велики. Према подацима МТК, *INCOTERMS* се користе у 90% свих уговора о међународној продаји робе, док се дневно закључи више од 200.000

4 Од 1936. године *INCOTERMS* су периодично ревидирани и то: 1953, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000, 2010 и 2020. године.

5 Национални одбор Међународне трговинске коморе Србије (ICC Serbia) је 2019. године издао двојезично издање *INCOTERMS 2020* на српском и енглеском језику.

уговора чији саставни део чини неко од ових правила (вид. Piltz, 2019: 177). Разлоге њиховог учесталог коришћења треба тражити у чињеници да се њиховим уговарањем значајно убрзава међународно пословање, али не на штету правне сигурности. Наиме, њиховом инкорпорацијом у уговор о међународној продаји робе стране избегавају потребу да преговарају и прецизно формулишу сва питања која су регулисана конкретним термином.

Уговарањем неког *INCOTERMS* правила уговорне стране мењају или конкретизују одредбе уговора о продаји робе и тако регулишу следећа питања. Прво, које обавезе имају продавац и купац код уговора о продаји, односно која страна има обавезу да организује превоз или осигурање робе, која страна треба да прибави увозне и извозне дозволе, као и другу документацију. Друго, *INCOTERMS* правила регулишу питање преласка ризика с продавца на купца за случајну пропаст или оштећење робе. У погледу преласка ризика прихваћено је опште правило да ризик за оштећење или губитак робе с продавца на купца прелази у тренутку испоруке робе (Национални одбор Међународне трговинске коморе Србије, 2019: 4). Треће, свако *INCOTERMS* правило уређује и питање трошкова, односно која уговорна страна је одговорна за које трошкове (нпр. трошкови превоза робе, паковања, утовара и истовара робе, трошкови контроле робе и сл.).

4. Правна природа *INCOTERMS* правила

С обзиром на то да су *INCOTERMS* донети у оквиру међународног удружења трговаца, односно МТК као глобалне невладине организације, можемо их према доносиоцу и начину доношења сврстати у аутономно међународно трговинско право. У садржинском смислу *INCOTERMS* представљају конкретна правила која су преузета из постојеће праксе, а не апстрактна правна начела (упор. Поповић, Вукадиновић, 2010: 240; Ћирић, 2018: 177).

INCOTERMS су диспозитивна правила. Треба имати на уму да *INCOTERMS* представљају одраз широко, али не и универзално, прихваћене праксе. Уколико таква пракса не одговара потребама уговорних страна код уговора о продаји робе, оне могу да измене свако *INCOTERMS* правило и прилагоде га околностима конкретног случаја (нпр. време, место и начин преласка ризика или трошкове). Међутим, најчешће се стране опредељују да користе правила онако како су формулисана јер им то пружа већу сигурност и предвидљивост у пословању.

У доктрини у вези са питањем правне природе *INCOTERMS* не постоји јединствен став. Једна група аутора сматра да је у питању аутономни

систем правних правила и обичаја, који би требало да се примени чак и када стране у уговору нису изричито упутиле на њих (тако Coetzee, 2010: 283; вид. више код Bamberger, Roth, 2003: 2784; Krüger, Westermann, 2004: 2208, Herber et al. 1991: 61; Valiotti, 2004: 7). Другим речима, судови би могли да одлуче о њиховој примени чак и када нису уговорени. Наведено би могло да произлази из чл. 9 Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године⁶ (даље: Бечка конвенција, БК). У теорији се наводи да, иако БК изричито не упућује на коришћење трговинских термина, управо чл. 9 БК указује на то да Бечка конвенција прихвата широку употребу трговинских термина и прихвата њихов значај тако што им даје примат у односу на БК (Valiotti, 2004: 6).

Према чл. 9(1) БК стране су везане обичајима са којима су се сложиле, као и праксом успостављеном међу њима. Сматрамо да је неспорно да су продавац и купац који имају дугогодишњу сарадњу и који су успоставили праксу коришћења одређеног *INCOTERMS* правила везани таквом праксом, чак и ако то нису изричито уговорили. Осим успостављене праксе, стране су везане и обичајима са којима су се сложиле. Према томе, уколико се уговори примена неког *INCOTERMS* правила, јасно је да ће доћи до његове примене.

Коначно, ако се прихвати став да су *INCOTERMS* правила обичаји, у складу са објективном теоријом примене обичаја, они би се примењивали и када нису уговорени, односно имали би предност у односу на диспозитивне нормe. Сходно томе, до њихове примене би могло да дође и прећутно у складу са чл. 9(2) БК уколико се кумулативно испуне три услова – да је у питању обичај који је странама био познат или морао бити познат, да је широко познат у међународној трговини и да га редовно поштују уговорне стране у уговорима исте врсте у односној струци. Присталице овог става истичу да би наведено могло да важи нарочито у вези са терминима *FOB* и *CIF*, којима се као традиционалним правилима може признати статус трговинских обичаја, јер представљају праксу која се примењује у дугом временском периоду (Ћирић, 2018: 179; упор. DiMatteo et al. 2016: 269).

Друго већинско, и по нашем мишљењу исправно, схватање полази од тога да иако је примена *INCOTERMS* уобичајена, они по својој правној природи нису обичаји (Schwenzer, 2016: 195; исто тако Bridge, 2004: 256; DiMatteo et al. 2016: 269). У прилог наведеног става говори и чињеница да *INCOTERMS* не садрже правна правила, него правила за коришћење одређених

6 Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација у уговорима о међународној продаји робе. *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*. Бр. 10-1/84 од 31. 12. 1984. (даље у фуснотама: БК).

трговинских термина (упор. Brunner, 2004: 164; Herber et al. 1991: 61). Следствено томе, да би се применили *INCOTERMS* треба да буду изричито и прецизно уговорени (тако Brunner, 2004: 91 и 164; DiMatteo et al. 2016, 269; упор. Valioti, 2004: 7; Поповић et al. 2010: 240; Honsell, 2010: 69; Buydaert, 2014).

Из формулације у Уводу у *INCOTERMS 2020* „ако странке желе да се правила *INCOTERMS 2020* примењују на њихов уговор, најбезбеднији начин да се ово обезбеди јесте да се таква намера искаже јасно у њиховом уговору...“ закључујемо да је став и МТК да ова правила треба да буду уговорена (вид. Национални одбор Међународне трговинске коморе Србије, 2019: 3). Уговарање може да се изврши уношењем целог текста конкретног правила или, што је у пракси чешћи случај, упућивањем на конкретни трговински термин (уговарањем скраћенице од 3 слова). Уз назив термина потребно је навести и годину ревизије. Уколико, међутим, није наведена година ревизије примениће се ревизија која је била на снази у време закључења уговора о продаји (Brunner, 2004: 164; Поповић et al. 2010: 240). Коначно, у случају када стране нису уговориле примену *INCOTERMS*, судови могу да их користе као критеријуме за тумачење уговора и утврђивање воље уговорних страна (тако Brunner, 2004: 91; Schmidt, 2004: 387; Enderlein, Maskow, Stargardt, 1985: 55; Ћирић, 2018: 178). Дакле, уколико примена неког *INCOTERMS* правила није уговорена, судови могу да их користе само ради тумачења и утврђивања воље страна. У прилог овом другом ставу говори и то што *INCOTERMS* правила не замењују уговор о продаји, а за њихову потпуну функционалност је неопходна примена меродавног права за уговор о продаји (вид. више код Ћирић, 2018: 178; упор. Coetzee, 2010: 21).

Питање правне природе *INCOTERMS* има велики, не само теоријски него и практични значај, јер непосредно утиче на природу и домаћај њихове примене (Valioti, 2004: 7). У пракси се релативно често поставља питање да ли је уговарање термина *FOB* или *CIF* без изричитог позивања на *INCOTERMS* довољно да се примене правила МТК и на који начин би у том случају требало одредити вољу уговорних страна. Другим речима, да ли уговарање ових термина значи и да су стране желеле примену *INCOTERMS* правила с обзиром на то да осим *INCOTERMS* правила постоје и трговински термини истог назива а различитог значења који се користе у различитим земљама или регионима. Одговор на наведено питање зависи од тога како се одреди правна природа *INCOTERMS* правила. С обзиром на то да су ставови у вези са правном природом ових правила подељени, ни одговор на наведено питање у теорији права међународне продаје није јединствен.

Према нашем мишљењу исправан је став групе аутора да се у случају изостанка изричитог позивања на *INCOTERMS* њихова примена не подразумева. Према томе, ради се о фактичком питању о ком ће суд одлучити на основу околности конкретног случаја. У прилог наведеном говори и чињеница да трговински термини који се користе у различитим земљама, локално или регионално немају увек значење као *INCOTERMS* правила па због тога не би могло да се тврди да њихова примена одговара прећутној вољи уговорних страна (вид. Schmidt, 2004: 387; Brunner, 2004: 164; упор. Krüger et al. 2004: 2208; Herber et al. 1991, 61; Ferrari, 2004: 203; Magnus, Lüsing, 2007: 6). Такође, могуће је да су стране успоставиле праксу у којој су одређени термин тумачиле на начин који се разликује од *INCOTERMS* (Schwenzer, 2016: 196).

Насупрот наведеном, у литератури постоје и афирмативни ставови који указују да када се код уговора о међународној продаји робе уговори термин који је дефинисан у *INCOTERMS* (нпр. *FOB* или *CIF*) треба сматрати да су стране желеле примену *INCOTERMS* чак и у одсуству изричитог позивања на њих (вид. Herber et al. 1991, 61; Magnus et al. 2007: 6). И у судској пракси, пре свега, амерички судови прихватају овакво резонување. Наиме, у барем два предмета судови су применили *INCOTERMS* позивајући се управо на чл. 9(2) БК.

У предмету *BP Oil International*,⁷ продавац из Сједињених Америчких Држава (даље: САД) и купац из Еквадора су уговорили клаузулу “*CFR La Libertad-Ecuador*”. Суд је у одлуци истакао да су *INCOTERMS* правила обичаји, те навео да су *INCOTERMS* правила „инкорпорисана“ у Бечку конвенцију према чл. 9(2) јер су широко познати у међународној трговини, чак и ако њихова употреба није глобална (вид. United Nations Commission on International Trade Law, 2006: 4, 5). Следствено томе, суд је применио *CFR* правило из тада важеће ревизије *INCOTERMS*.

У предмету *St. Paul Insurance Co. v. Neuromed Medical Systems*,⁸ суд је решавао спор који је настао између продавца из Немачке и купца из САД. Стране су уговориле клаузулу „*CIF New York Seaport*“. Уговорне стране су се сагласиле да је роба била у добром стању када је напустила луку отпреме, али да је била оштећена када је стигла у место опредељења. Суд је заузео став да је ризик прешао на купца по извршењу испоруке у луци отпреме у складу са

7 *BP Oil International Ltd. and BP Exploration & Oil, Inc. v. Empresa Estatal Petroleos de Ecuador et al*, United States: [U.S.] Court of Appeals, Fifth Circuit; No. 02 20166 11 June 2003, Clout case 575.

8 *St. Paul Guardian Insurance Co. & Travelers Insurance Co. v. Neuromed Medical Systems & Support, GmbH*, United States: U.S. [Federal] District Court for the Southern District of New York, No. 00 CIV. 9344(SHS), 26 March 2002, Clout case 447.

CIF правилом. У одлуци се наводи да „према чл. 9(2) БК *INCOTERMS* правила треба да буду примењена на уговор упркос томе што у уговору не постоји изричито позивање на *INCOTERMS*“ (нав. према Schmidt, 2004: 387 и фус. 79).

Као што видимо, постоје ставови у судској пракси да уговарање трговинског термина код уговора о међународној продаји робе, за који меродавно материјално право представља Бечка конвенција, одговара прећутној вољи страна да се на њихов уговор примени *INCOTERMS* правило. Сматрамо да се став изнет у наведеним одлукама не може успешно бранити из следећих разлога. Прво, наведене одлуке не узимају довољно у обзир чињеницу да скраћенице *FOB* и *CIF* немају увек значење као и *INCOTERMS* правило истог назива (Ferrari, 2004: 203). Наиме, *INCOTERMS* представља сет правила за који постоји међународни консензус да представљају широко прихваћену праксу у различитим земљама и областима трговине у одређеном тренутку (вид. Coetzee, 2010: 211). Међутим, и поред њихове широке распрострањености, не значи да се примењују свуда и увек на исти начин. Друго, за прећутну примену обичаја према чл. 9(2) БК потребно је, као што смо навели, да се кумулативно испуне три услова. Спорно би могло да буде да ли је испуњен трећи кумулативни услов из чл. 9(2) БК. Наиме, *INCOTERMS* не представљају обичаје које редовно поштују уговорне стране у уговорима исте врсте у односној струци због њихових релативно честих измена (вид. Schwenzler, 2016: 196; DiMatteo et al. 2016: 269; Coetzee, 2010: 301, 302). Треба имати на уму да се у ревизијама, по правилу, мењају постојећи трговински термини са циљем њиховог прилагођавања променама у пословању, а неретко се уводе и нови термини. Треће, не може се занемарити чињеница да у БК не постоји дефиниција трговинских термина, нити било какво позивање на њих (вид. више Coetzee, 2013: 3).

5. Правила МТК за коришћење термина у међународној и унутрашњој трговини – *INCOTERMS 2020*

Као што је напред наведено, актуелна је ревизија *INCOTERMS* из 2020. године, која садржи 11 правила за коришћење термина у међународној, али и у унутрашњој трговини.⁹ У територијалном смислу *INCOTERMS* правила су првенствено намењена за уговоре о међународној продаји робе, односно уговоре код којих роба прелази државну границу. Међутим, из наслова је јасно да могу да се користе и у унутрашњем промету. Уколико се користе код уговора у унутрашњем промету неће се применити обавезе

⁹ Коришћење *INCOTERMS* правила и у међународној и у унутрашњој трговини је изричито предвиђено у ревизији из 2010, као и у актуелној ревизији.

које су својствене пословима са елементом иностраности (нпр. правила о извозном/увозном царинуењу робе).

Правилно уговарање термина који је регулисан у *INCOTERMS 2020* подразумева да конкретни термин увек има два дела: име термина (нпр. *EXW*, *FCA* или *CPT*) и именовано (означено) место или луку. У зависности од изабраног термина, означавањем географског места идентификује се место или лука у којој се сматра да је продавац испоручио робу купцу (место испоруке) или место или лука до ког продавац треба да организује превоз (место одређења). Тако, на пример, уколико је уговорен термин *франко фабрика Нови Сад INCOTERMS 2020 (EXW Novi Sad INCOTERMS 2020)* „Нови Сад“ представља место испоруке, па продавац извршава обавезу испоруке када робу купцу стави на располагање у именованом месту. Ако је, међутим, уговорено правило *испоручено са плаћеним дажбинама Нови Сад INCOTERMS 2020 (DDP Novi Sad INCOTERMS 2020)*, „Нови Сад“ представља место одређишта, односно одређења.

У тексту који следи укратко ће бити приказан и анализиран садржај и карактеристике *INCOTERMS 2020*, са нарочитим освртом на то како су регулисани обавеза испоруке робе и прелазак ризика са продавца на купца за случајну пропаст или оштећење робе.

5.1. Садржај и карактеристике *INCOTERMS 2020*

У издању *INCOTERMS 2020* садржан је проширен увод и напомене са објашњењима да би се корисницима ових правила омогућило што једноставније и лакше коришћење (вид. више Piltz, 2020: 178; Национални одбор Међународне трговинске коморе Србије, 2019: 1–17).¹⁰

Иако *INCOTERMS* не регулишу односе из уговора о превозу робе, уговарањем појединих клаузула одређује се врста превоза (Поповић et al. 2010: 240; упор. Национални одбор Међународне трговинске коморе Србије, 2019: 9). *INCOTERMS 2020* садрже 11 термина, који су груписани управо према томе да ли је њихово уговарање могуће код свих врста транспорта или се примењују код поморског и транспорта унутрашњим воденим путевима.¹¹

Сходно наведеном, свих 11 термина могу да се поделе у две групе. Прву чини 7 термина за сваки вид или видове превоза и то: франко фабрика

¹⁰ У издању *INCOTERMS 2020* постоји посебан део под називом „Увод у *INCOTERMS 2020*“ у којем су разјашњени најзначајнији појмови који се користе у публикацији и представљени су кључни принципи на којима се ова ревизија заснива.

¹¹ Подела *INCOTERMS* правила према врсти транспорта први пут је коришћена у ревизији из 2010. године.

(енгл. *ex works – EXW*), франко превозник (енгл. *free carrier – FCA*), возарина плаћена до (енгл. *carriage paid to – CPT*), возарина и осигурање плаћени до (енгл. *carriage and insurance paid to – CIP*), испоручено у месту (енгл. *delivered at place – DAP*), испоручено у месту истоварено (енгл. *delivered at place unloaded – DPU*) и испоручено са плаћеним дажбинама (енгл. *delivered duty paid – DDP*). Термини који припадају овој групи користе се када место у којем продавац предаје робу превозиоцу или му је ставља на располагање, односно када место у којем продавац предаје робу купцу или му је ставља на располагање нису на броду или не представљају место уз бок брода (упор. Национални одбор Међународне трговинске коморе Србије, 2019: 10). Ови термини се примењују код оних врста превоза које не представљају поморски превоз или превоз унутрашњим воденим путевима и код мултимодалног превоза.

Другу групу чине термини који су намењени за поморски транспорт и транспорт унутрашњим пловним путевима, односно примењују се када су и место испоруке и место до кога се роба превози купцу луке. Термини за поморски транспорт и транспорт унутрашњим пловним путевима (тзв. „поморска“ *INCOTERMS* правила) обухватају 4 термина и то: франко уз бок брода (енгл. *free alongside ship – FAS*), франко брод, трошкови и возарина, трошкови осигурање и возарина (енгл. *free on board – FOB*), трошкови и возарина (енгл. *cost and freight – CFR*) и трошкови, осигурање и возарина (енгл. *cost, insurance and freight – CIF*). „Поморска“ *INCOTERMS* правила се користе када продавац предаје робу превозиоцу на броду или уз бок брода у поморској или речној луци.

INCOTERMS 2020, као и претходна ревизија из 2010. године, прво представљају термине који могу да се користе код свих видова транспорта, а потом наводе 4 „поморска“ термина. На овај начин МТК настоји да промовише употребу општих термина пошто се показало да трговци у пракси уговарају „поморске“ трговинске термине у и случајевима када се роба не превози воденим путевима (вид. више Buydaert, 2014).

Као и до сада, *INCOTERMS 2020* не познају симболичку предају него само физичку предају ствари. Такође, њима није регулисано питање преноса својине, нити последица које настају због повреде уговора.

Актуелна ревизија признаје веродостојност електронске фактуре и веродостојност електронског преноса података (енгл. *electronic data interchange – EDI*).¹² *INCOTERMS 2020* уважавају коришћење информационих технологија у савременом пословању и изричито предвиђају да сваки документ који треба да обезбеди продавац или купац може бити на папиру

12 Први пут су електронски документи признати у ревизији *INCOTERMS 1990*.

или у електронском облику.¹³ У верзији *INCOTERMS 2010* постојало је нешто другачије правило које је предвиђало да за сваки документ који се наводи у А1-А10, односно Б1-Б10 може да буде еквивалентан електронски запис или процедура уколико је усаглашено између страна или ако је уобичајено.¹⁴ Променом формулације изричито су изједначени документи на папиру и у електронском облику. Осим тога, ново правило се односи на сваки документ који треба да обезбеди продавац и купац, а не само на документе који се наводе у чл. А1-А10, односно Б1-Б10. Из наведеног је јасно да правило у актуелној ревизији представља основ за додатну афирмацију коришћења докумената у електронском облику у међународној и унутрашњој трговини.

Продавац према свим терминима има обавезу да обезбеди амбалажу робе, што је регулисано у члану А8. Код свих термина предвиђено је да продавац мора да пакује робу о свом трошку, осим ако није уобичајено за конкретну продају да се одређена врста робе транспортује непакована. Притом, продавац мора да пакује и обележи робу на начин који је примерен за њен транспорт, уколико се стране не договоре о неким конкретним захтевима за паковање или обележавање.¹⁵

5.2. Питања која *INCOTERMS 2020* не регулишу

Привредни субјекти који намеравају да користе *INCOTERMS* правила треба да имају на уму да уговарање неког од трговинских термина из *INCOTERMS 2020*, као и из ранијих ревизија, није замена за уговор о продаји. Наиме, функционалност ових правила је тесно повезана са одредбама уговора и одредбама меродавног права којима су регулисане обавезе продавца и купца код уговора о продаји (вид. више Ћирић, 2018: 178).

У Уводу у *INCOTERMS 2020* изричито се наводи да се ова правила не баве следећим питањима: да ли постоји уговор о продаји; спецификацијама продате робе, временом, местом, начином или валутом плаћања цене; правним лековима који се могу тражити због повреде уговора о продаји; већином последица кашњења и другим одступањима од извршења уговорних обавеза; дејством санкција; увођењем царина; извозним или увозним забранама; вишом силом или непогодама; правима интелектуалне својине; или методом, месном надлежношћу или законом за решавање спорова у случају таквих кршења (Национални одбор Међународне трговинске коморе Србије, 2019: 2).

13 Вид. чл. А1/Б1 *INCOTERMS 2020*.

14 Вид. чл. А1/Б1 *INCOTERMS 2010*.

15 Вид. чл. А8 код свих правила.

5.3. Структура *INCOTERMS 2020*

Свако *INCOTERMS* правило се састоји од 10 чланова, при чему „А“ представља обавезе продавца, а „Б“ обавезе купца. Обавезе продавца и купца су приказане као „слика у огледалу“. Наведених 10 чланова је означено бројевима. Обавезе продавца су груписане на следећи начин: А1 Опште обавезе, А2 Испорука, А3 Прелаз ризика, А4 Превоз, А5 Осигурање, А6 Документ о испоруци/транспорту, А7 Извозно/увозно царинење робе, А8 Контрола/паковање/обележавање, А9 Расподела трошкова и А10 Обавештења. Обавезе купца су распоређене тако да одговарају обавезама продавца и то: Б1 Опште обавезе, Б2 Преузимање испоруке, Б3 Прелаз ризика, Б4 Превоз, Б5 Осигурање, Б6 Доказ о испоруци, Б7 Извозно/увозно царинење робе, Б8 Контрола/паковање/обележавање, Б9 Расподела трошкова и Б10 Обавештења.

У односу на претходну ревизију из 2010. године чланови су другачије распоређени. Као што смо видели, чл. А1/Б1 регулише опште обавезе уговорних страна, док чл. А2 регулише испоруку, а Б2 преузимање испоруке, А3/Б3 прелазак ризика.¹⁶ На тај начин су регулисање испоруке и прелазак ризика померени на видљивије место (Национални одбор Међународне трговинске коморе Србије, 2019: 11). Ово је учињено из практичних разлога, али и да се нагласи значај обавезе испоруке и са њом повезаног преласка ризика код уговора о међународној продаји робе. Треба имати у виду да се у суштини клаузуле разликују према томе како су у А2/Б2 формулисана различита правила у вези са местом испоруке и местом преузимања испоруке, а она даље утичу на прелазак ризика (А3/Б3) и правила која се односе на превоз (А4/Б4). Управо ова правила треба да представљају примарни критеријум за избор конкретног термина, док су сва каснија правила само одраз тога на који начин се врши испорука (упор. Piltz, 2020: 178).

У *INCOTERMS 2020* свих 11 правила за коришћење термина представљено је у традиционалном формату, односно наводи се конкретно правило и образлаже се. Значајну новину представља „хоризонтални“ формат у којем се образлаже 10 чланова у оквиру сваког *INCOTERMS* правила под сваким од заглавља прво за продавца, а потом за купца (вид. Национални одбор Међународне трговинске коморе Србије, 2019: 12). То значи да је чл. А1 „опште обавезе“ приказан како изгледа у свих 11 правила. На овај начин је привредним субјектима омогућено да упореде конкретна правила и да идентификују разлике између њих, те да изаберу термин који је за њихов

¹⁶ Раније су испорука и преузимање испоруке били регулисани у чл. А4/Б4.

уговор најцелисходнији (нпр. лако могу да утврде које место се сматра местом испоруке код *FOB* и *DDP*).

5.4. Време, место и начин испоруке према *INCOTERMS 2020*

Једанаест термина садржаних у *INCOTERMS 2020* могу да се разврстају у четири традиционалне групе и то: Е (полазак; енгл. *departure*), Ф (главни превоз неплаћен; енгл. *main carriage unpaid*), Ц (главни превоз плаћен; енгл. *main carriage paid*), Д (приспеће; енгл. *arrival*), тако да обавезе продавца постепено расту, а обавезе купца се смањују.¹⁷ Наведена систематизација је постојала у *INCOTERMS 2000* и ранијим ревизијама, док су, као што смо већ видели, у актуелној верзији термини груписани према врсти транспорта за коју се уговарају. У сваком случају, она је значајна због одређивања тзв. „тачака испоруке“.

INCOTERMS 2020, као и раније ревизије и чл. 31 БК, у погледу начина испоруке разликују испоруку предајом робе и испоруку стављањем робе на располагање купцу на одређеном месту. Не постоји трговински термин који би предвиђао да продавац има обавезу да преда робу купцу. Уговарањем термина из група Е и Ф место испоруке је пре главног транспорта. Термини из групе Д подразумевају да је место испоруке после главног транспорта (упор. Piltz, 2020: 179), а оно је истовремено и место у којем купац треба да преузме испоруку. Код термина из групе Ц разликује се место испоруке које је пре главног превоза од места у којем купац треба да преузме робу. Нпр. код *CFR* продавац испоруку извршава укрцајем робе на брод или ако обезбеди да буде тако испоручена, док купац робу преузима у именованој луци одредишта.¹⁸

Као и до сада, последња верзија *INCOTERMS* не регулише време испоруке, него је у том смислу релевантан споразум уговорних страна, односно правила предвиђају да продавац мора да испоручи робу уговореног датума или унутар уговореног рока. Уговарањем термина из групе Ф купац може бити овлашћен да одреди конкретан датум испоруке. Код осталих термина, произлази да се време испоруке одређује на основу уговора или меродавног права, а не на основу *INCOTERMS*. Уколико је меродавно право БК, време испоруке се одређује према чл. 33 БК.

17 Класификација је од значаја за разумевање тачке испоруке.

18 Вид. чл. А2/Б2 *CFR INCOTERMS 2020*.

5.5. Прелазак ризика према INCOTERMS 2020

INCOTERMS 2020 регулишу само „ризик плаћања цене“ (о појму „ризика плаћања цене“ вид. више код Coetzee, 2010: 30; Oberman, 2017). То значи да је одређено само питање да ли ће купац имати обавезу да плати цену, односно да ли ће продавац имати право да захтева плаћање цене уколико се догоди случајни губитак или оштећење робе.¹⁹ Према концепту „ризика плаћања цене“ увек постоји одређени тренутак после којег купац има обавезу да плати цену, чак и ако уопште не прими уговорену робу.

У вези са обавезом испоруке, правила из групе Е и Д налазе се на крајњим тачкама, једно од другог у смислу тачке испоруке (вид. Национални одбор Међународне трговинске коморе Србије, 2019: 4; упор. DiMatteo et al. 2016: 270). То значи да код правила *франко фабрика* продавац испоруку извршава стављањем робе на располагање купцу у договореном месту, без обзира на то које је место опредељења. Код овог правила ризик на купца прелази и пре него што је започео превоз робе. Насупрот томе, уговарањем правила из групе Д, продавац испоруку извршава у месту опредељења и, сходно томе, ризик на купца прелази много касније.

Уговарање правила из групе Ф и Ц подразумева да је у питању уговор о продаји са отпремом, односно да продавац треба да укрца робу на брод у луци укрцаја (*CFR, CIF, FOB*), да преда робу превозиоцу (*CPT, CIP*) или да утовари робу на превозно средство које обезбеђује купац или да робу стави на располагање превозиоцу којег је ангажовао купац (*FCA*) (упор. Национални одбор Међународне трговинске коморе Србије, 2019: 5). Основна разлика између правила која припадају групи Ф и Ц је у томе која уговорна страна организује превоз робе до места опредељења. Код правила из групе Ф купац је тај који организује превоз робе, док је код уговарања правила из групе Ц обавеза организовања превоза обавеза продавца.

Може се уочити да код правила *франко фабрика* и правила из група Ф и Ц ризик прелази на купца независно од тога да ли ће роба заиста и приспети у одредиште и да ли ће приспети у добром стању, док код правила из групе Д продавац извршава обавезу само уколико роба заиста и стигне купцу (Национални одбор Међународне трговинске коморе Србије, 2019: 5).

Прелаз ризика је у *INCOTERMS 2020* регулисан у чл. А3/Б3, а два важна питања су време и место преласка ризика.

¹⁹ Вид. чл. 66 БК, одељак „А3 Прелаз ризика/Б3 Прелаз ризика“ код сваког *INCOTERMS* правила.

У погледу времена преласка ризика основно правило је да продавац сноси све ризике од губитка или оштећења на роби до тренутка када је роба испоручена, а купац сноси ризик од тренутка када је испорука извршена.²⁰ Према томе, *INCOTERMS* одређују тачан тренутак за време физичког кретања робе у коме ризик за случајну пропаст или оштећење робе прелази са продавца на купца (Coetzee, 2010: 188).

Основно правило је да ризик на купца прелази у тренутку испоруке. Међутим, код неких правила предвиђено је да, ако је у питању роба која је јасно идентификована као роба из уговора, на купца прелази ризик и ако роба није испоручена. Наиме, ако је уговорен неки од термина из групе Ф, ризик прелази на купца уколико не предузме радње које су потребне да би продавац могао да изврши испоруку.²¹ Уколико је купац тај који је овлашћен да одреди тачно време испоруке („испорука на позив купца“), па пропусти да обавести продавца о времену испоруке, он сноси све ризике од губитка и оштећења на роби од договореног датума или од истека уговореног рока за испоруку.²² Код термина из групе Д, ризик на купца прелази у тренутку испоруке. Међутим, ако купац не испуни своје обавезе у вези са извозним/увозним царинењем робе, он сноси све ризике који резултирају из губитка или оштећења на роби. Такође, уколико купац пропусти да достави најаву, у складу са Б10 сноси све ризике губитка или оштећења на роби од договореног датума или истека уговореног рока за испоруку.²³ Ризик у оба наведена случаја прелази на купца уколико је роба јасно идентификована као роба из уговора.

Место у којем ризик за случајну пропаст или оштећење робе прелази на купца јесте место или лука испоруке и оно се одређује у члану А2. С обзиром на то да у месту испоруке продавац мора да испоручи робу у складу са уговором о продаји, купац не може да наплати од продавца губитак или оштећење на роби које настане после проласка те тачке (вид. Национални одбор Међународне трговинске коморе Србије, 2019:

20 Вид. чл. А3/Б3 код свих правила *INCOTERMS 2020*.

21 Према чл. Б3 *FOB*: Уколико: а) купац пропусти да достави најаву у складу са Б10; б) или брод који је именован купац пропусти да пристигне на време како би омогућио продавцу да испоштује правило А2, пропусти да преузме робу или престане да преузима робу пре времена најављеног у складу са Б10; онда купац сноси све ризике од губитка или оштећења на роби: 1) од уговореног датума, од датума који одабере купац по правилу Б10 или, ако такав датум није саопштен до истека уговореног рока за испоруку, под условом да је та роба јасно идентификована као роба из уговора.

22 Вид. нпр. чл. Б3 *FCA* и *FOB*.

23 Вид. чл. Б3 *DAP*, *DPU* и *DDP*.

4). Код тзв. „поморских“ *INCOTERMS* правила ризик за случајну пропаст или оштећење робе прелази на купца у луци отпреме.

6. Закључна разматрања

INCOTERMS 2020 представљају девету ревизију правила МТК за коришћење трговинских термина. У савременом пословању и међународном промету робе њихов значај је немерљив. С једне стране, значајно олакшавају и убрзавају одвијање међународне трговине, а са друге доприносе правној сигурности и предвидљивости у међународном пословању.

Иако је њихово коришћење уобичајено, *INCOTERMS* правила не представљају међународне обичаје. Њихова примена се не претпоставља, него је потребно да буду изричито уговорени. У одсуству споразума страна судови могу да их користе као критеријуме за тумачење уговора и утврђивање воље уговорних страна.

INCOTERMS 2020 садрже правила за коришћење 11 термина у унутрашњој и међународној трговини. Трговински термини су подељени у две групе према томе да ли је њихово уговарање могуће код свих врста транспорта или се ради о правилима која се примењују код поморског и транспорта унутрашњим воденим путевима. *INCOTERMS 2020*, као ни раније ревизије, нису замена за уговор о продаји, а функционалност ових правила је уско повезана са одредбама уговора и одредбама меродавног права којима су регулисане обавезе продавца и купца код уговора о продаји.

Свако *INCOTERMS* правило се састоји од 10 чланова, при чему „А“ представља обавезе продавца, а „Б“ обавезе купца. У односу на раније верзије промењена је структура чланова, па су после општих обавеза (А1/Б1) регулисане обавеза испоруке робе и обавеза преузимања робе (А2/Б2), а потом и прелазак ризика за случајну пропаст и оштећење робе (А3/Б3). На овај начин је наглашен значај обавезе испоруке и са њом повезаног преласка ризика код уговора о међународној продаји робе. Осим тога, овако је исправно наглашено да управо правила која регулишу обавезу испоруке робе и прелазак ризика треба да представљају примарни критеријум за избор конкретног термина, док су сва каснија правила само одраз тога на који начин се врши испорука.

Литература и извори

Bamberger, H. G., Roth, H. (2003). *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 3*. München: Verlag C. H. Beck.

Bridge, M. (2004). A commentary on Articles 1-13 and 78 U Ferrari, F., Flechtner, H. Brand, R.A. (Ed.) *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U. N. Sales Convention*. München / Sweet & Maxwell, London: Sellier. European Law Publishers GmbH.

Brunner, C. (2004). *UN-Kaufrecht – CISG – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf von 1980 – Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht*. Bern: Stämpfli Verlag AG.

Buydaert, M. (2014). *The Passing of Risk in the International Sale of Goods A comparison between the CISG and the INCOTERMS*. Преузето 5. 7. 2021.

Valiotti, Z. (2004). „Passing of Risk in International Sale Contracts: A Comparative Examination of the Rules on Risk Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna 1980) and INCOTERMS 2000“. *Nordic Journal of Commercial Law*. 2/2004. 2–51.

Дивљак, Д., Марјански, В., Фишер Шобот, С. (2019). *Међународно привредно право*. Нови Сад: Правни факултет у Новом Саду – Центар за издавачку делатност.

DiMatteo, L., Janssen, A., Magnus, U., Schulze, R. (2016) *International Sales Law – Contract, Principles & Practice*, Baden-Baden: Nomos.

Enderlein, F., Maskow, D., Stargardt, M. (1985) *Kommentar – Konvention der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf – Konvention über die Verjährung beim internationalen Warenkauf – Protokoll zur Änderung der Konvention über die Verjährung beim internationalen Warenkauf*. Berlin: Staatsverlag der Deutschen Demokratischen Republik.

Krüger, W., Westermann, H. P. (Hrsg.). (2004). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 3*. München: Verlag C. H. Beck.

Magnus, U., Lüsing, J. (2007). CISG und INCOTERMS, Leistungsverzug und Fixgeschäft, *Internationales Handelsrecht – Zeitschrift für das Recht des internationalen Warenkaufs und -vertriebs*. 1/2007. 1-12

Национални одбор Међународне трговинске коморе Србије. (2019). *INCOTERMS 2020: правила МТК за коришћење термина у унутрашњој и међународној трговини*. Београд.

Национални одбор Међународне трговинске коморе Србије. (2010). *INCOTERMS 2010: правила МТК за коришћење термина у унутрашњој и међународној трговини, ступају на снагу 1. јануара 2011.* Београд.

Oberman, N. G. (1997). *Transfer of risk from seller to buyer in international commercial contracts: A comparative analysis of risk allocation under the CISG, UCC and Incoterms.* Преузето 5. 7. 2021. <http://www.law.pace.edu/cisg/thesis/Oberman.html>.

Piltz, B. (2019). „INCOTERMS 2020“. *Internationales Handelsrecht – Zeitschrift für das Recht des internationalen Warenkaufs und Warenvertriebs.* 5/2019. 177–185.

Поповић, В., Вукадиновић, Р. (2010). *Међународно пословно право – посебни део – уговори међународне трговине.* Бања Лука: Правни факултет у Бањој Луци. Крагујевац: Центар за право Европске уније у Крагујевцу.

Schmidt, K. (Hrsg.). (2004). *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 6.* München. Verlag C. H. Beck/Verlag Franz Vahlen.

Schwenzer, I. (ed.) (2016). *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG).* Oxford: Oxford University Press.

United Nations Commission on International Trade Law. (2006). *Case Law on UNCITRAL Texts (CLOUT), A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/51.*

Ђирић А. (2018). *Међународно трговинско право – посебни део.* Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу – Центар за публикације.

Фишер Шобот, С. (2014). *Право међународне продаје.* Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду – Центар за издавачку делатност.

Ferrari, F. (2004). Trade usage and practices established between the parties: Article 9 U Ferrari, F., Flechtner, H., Brand, R. A. (Ed.) *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention.* München / Sweet & Maxwell, London: Sellier. European Law Publishers GmbH.

Herber, R., Czerwenka, B. (1991). *Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den Internationalen Warenkauf.* München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung.

Honsell, H. (Hrsg.) (2010). *Kommentar zum UN-Kaufrecht – Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG).* Berlin Heidelberg: Springer Verlag.

Coetzee, J. (2013). “The Interplay between INCOTERMS and the CISG”, *32 Journal of Law and Commerce (Pittsburgh, Pa.).* 2013. 1-21

Coetzee, J. (2010) *INCOTERMS as a form of standardisation in international sales law: an analysis of the interplay between mercantile custom and substantive sales law with specific reference to the passing of risk*, doctoral dissertation, University of Stellenbosch. Преузето 14. 7. 2021. <https://scholar.sun.ac.za/handle/10019.1/5222>

Sandra Fišer Šobot, LL.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Novi Sad

**ICC RULES FOR THE USE OF DOMESTIC AND
INTERNATIONAL TRADE TERMS– INCOTERMS 2020**

Summary

The use of trade terms in sales contracts, especially international sales contracts, is customary and very common since it contributes to the acceleration of business transactions, concurrently increasing their certainty and predictability. The ICC Rules for the use of domestic and international trade terms - INCOTERMS 2020 have been in effective use since 1 January 2020. Their goal is to enable the development of global trade in an easier, more effective and safer manner. In this paper, the author analyses the development, importance and legal nature of INCOTERMS, with special reference to its current 2020 revision and particular focus on the seller's obligation to deliver the goods and risk transfer from the seller to the buyer.

Keywords: *contract for the international sale of goods, trade terms, INCOTERMS, delivery of the goods, transfer of risk.*

Dragoljub Todić*, PhD,
Full Professor,
Institute of International Politics and Economics, Belgrade

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-33966

UDK: 349.6(497.11:4-672EU)
Раd примљен: 15.09.2021.
Раd прихваћен: 11.10.2021.

**CONDITIONS AND EFFECTS OF ENVIRONMENTAL
LEGISLATION CHANGES:
Twenty years from the beginning of the Europeanization
process in the Republic of Serbia****

Abstract: *The Europeanization process, conceived as harmonisation of national regulations with EU legislation, is a complex process which is marked by various socio-economic and political conditions. For more than nine years, the Republic of Serbia (RS) has been a European Union (EU) candidate country. In response to the defined objectives, the process of preparing and adopting regulations has been partly changed in the RS. However, the procedure still does not provide full perception and consideration of the specific conditions and possibilities of the RS economy and the society. In addition, the harmonization and implementation process has been facing a number of other challenges. Taking the example of environmental legislation of the RS and evaluating the conditions under which environmental laws were prepared and implemented, the paper explains the effects and limitations of the Europeanization process. The data show that there are some results in the harmonization and implementation of regulations that are in line with EU regulations. Almost all key environmental laws have been adopted, as well as a large number of bylaws. However, the huge implementation costs represent one of the long-term obstacles to achieving the goals of Europeanization.*

Keywords: *EU integration, Europeanization, environmental legislation, Republic of Serbia, harmonisation, implementation, transposition.*

* dtodic@ymail.com

** The paper presents the findings of a study developed as part of the research project "Serbia and Challenges in International Relations in 2021", conducted by the Institute of International Politics and Economics in Belgrade and financed by the Ministry of Education, Science, and Technological Development of the Republic of Serbia.

1. Introduction

The conditions for introducing the EU legislation into the internal legal order of EU candidate countries are determined by different circumstances and characteristics of the candidate countries. For this reason, the effects of the harmonization process should be interpreted in the context of specific circumstances that may have a formal and material character. The formal character determinant is the manner in which the procedure for harmonizing internal legislation with the EU legislation is regulated. The basic determinants of material character derive from a low level of economic development and estimated high costs of implementing legislation, as well as other characteristics in every candidate country individually. Although the positive effects of the Europeanization process in the EU candidate countries cannot be denied (on the example of the RS), the question remains whether this process could have better results if the process of harmonizing legislation has been of a better quality and with a more realistic assessment of all the relevant circumstances and the possibilities of implementing each individual regulation.

The paper evaluates the conditions under which harmonisation of environmental regulations of the RS with EU law is carried out. It is significant whether the procedural rules for harmonisation of regulations ensure the assessment of the real possibilities of the economy and the society or not. In evaluating the conditions and effects of the RS environmental legislation development, the author has chosen two environmental legislative acts (adopted in 1991 and 2004) as the initial subject matter for discussion, not the entire environmental legislation. This indicates the time period treated by the analysis.

2. Theoretical framework

In relevant literature, the notion of 'Europeanization' is interpreted in various ways and within the context of various theoretical approaches. Sedelmeier (2011) provides an overview of the literature dealing with these issues in the context of two theoretical movements: rationalist institutionalism, and constructivist institutionalism. There is almost no field of law that has not been analysed. As an element of the process of Europeanization and harmonisation of national regulations with EU law, the matter of conditions has been repeatedly reconsidered. Many authors point to the significance of general conditions accompanying the transition of new EU member states or EU potential states. One aspect of conditions entails normative conditions in the form of specific features of legal systems of some states. In case of environmental governance in Spain, Portugal and Greece, Fernandez points to the importance of the 'domestic institutional context' (Fernandez, et al., 2010: 557, 561, et seq) but some authors also point to

the EU absorption capacities (Börzel, et al., 2017). Dimitrakopoulos points to the significance of three factors: institutional, political and substantive (Dimitrakopoulos, 2001: 442, 445, et seq). As for the environment, Kramer mentions six challenges, including 'the *administrative* challenge of building both institutional and staffing capacity', but he does not mention the procedure of harmonization of regulations as a special problem (Kramer, 2004: 290). Making a distinction between 'Europeanization' and 'European integration', Schmidt mentions five 'mediating factors' that can help in explaining the state behaviour as a response to the pressures coming from the 'Europeanization' process (Schmidt, 2002: 894, 898, et seq). The author is of the opinion that the most important factor is the 'economic vulnerability' of the state, especially when an economic crisis is underway. It is accompanied by political-institutional capacities, policy legacies, policy preferences of the subjects participating in the process and, finally, the ability to change preferences. Economides and Ker-Lindsay rightly point to the fact that the main part of Europeanization literature looks into changes in member states and many authors also explore the impact on the states which are formally in the process of accessing EU (Economides, Ker-Lindsay, 2015:1029). Internal political stability is the issue which in some cases can be of special significance. Rotka points to this in the case of Poland (Rotka, 2004).

The discussion on the conditions that resulted from transition following the collapse of communism in Central and East European states and the effects of the communist organisation of states was strongly initiated by the EU enlargement in 2004 (Carmin and Vandever, 2004). Tzifakis justifiably criticises the EU approach to the specific conditions in one country (Bosnia and Herzegovina/B&H), which formally accepted EU integration as its objective. The author mentions the failure of the EU to respond to the following three challenges: to adjust the process to the needs of the state divided by the ethnical war, to ensure the credibility of conditionality within the process of the state's accession to the EU, and to send an appropriate message as to how the state should harmonise its internal regulations with EU legislation (Tzifakis, 2012). On the other hand, Sedelmeier points out the significance of pre-accession conditionality for harmonisation of regulations in those states with EU law; he explains the good results achieved in the first four years after the accession to the EU, among other things, by the conditions that involved investments in institutional capacities in the field of law (Sedelmeier, 2008: 806). Bieber also points to some weaknesses of the conditionality policy; he explains the ambitions and double EU strategy (state-building and EU integration) by taking B&H, the State Union of Serbia and Montenegro, and Kosovo as examples. 'The challenge of building functional states is at the heart of the difficulty of EU integration of the Western Balkans.' (Bieber, 2011: 1785).

For most states, and especially for those which became EU members during the last three enlargement cycles, this involved considerable expectations and a chance to improve conditions in various fields (Reiniger, 2004: 61, 65). Limited possibilities in implementing and respecting the regulations are related, among other things, to the need of building infrastructure facilities and providing stronger financing for a longer period of time after their accession to the EU (Inglis, 2004: 135, et seq). At the same time, it is estimated that systemic challenges appear due to weak governance and judicial power capacities. Kružikova points to the significance of efficient governance, implementation and respect for regulations, which includes the existing legal culture, expectations and practice in the implementation of EU legislations (Kružikova, 2004). The very process of harmonising internal regulations with the EU laws (the way it is regulated and achieved in practice) seems to be underrated in the existing literature. Jenny & Muller (2010: 36, 42, et. seq) also speak of the 'Europeanization' process, but they do not treat in detail the procedure as an obligation of the authorised bodies to perceive the overall conditions and to consequently predict possible implications. A significant part of the literature is devoted to the issue of transposition of EU directives into the internal legal systems of the member states, including consideration of the circumstances and causes of non-compliance with the rules on timely, complete and correct transposition of directives (Zhelyazkova, Yordanova, 2015; Duic, Petrusevic, 2019; Kaeding, 2006; Konig, Brooke, 2009).

The EC Guide to Approximation of the EU Environmental Legislation states that the costs and benefits of various possibilities should be considered and that necessary funds should be estimated; but the way, details and accurateness of estimations are left to member states (Commission of the European Communities, 1997: 12).¹ The document does not treat various aspects of the process. However, for candidate countries, the procedure is more important than the consequences that would include the failure to transpose some directives in their national legislations in time. For these states, harmonisation of internal regulations with EU laws mostly implies systemic changes in the functioning of the legal system. The complexity of the procedure is related to problems in the functioning of the legal system, legal inheritance, and the various interests of relevant entities. 'Adoption involves three distinct elements in terms of the *acquis*: transposition (implementation into national legislation), implementation and enforcement' (Kramer, 2004: 290). These three key elements are particularly emphasized in the Guide to the Approximation of the European Union Environmental Legislation (EC, 2019b). This document explains in more detail

1 A new methodology for accession negotiations was adopted in 2020. However, this document does not indicate the transposition of EU regulations into the legal system of the candidate countries (EC, 2020b).

the technical aspects of the approximation process, including the transposition of directives process, as a complex issue. The issue of stakeholders' participation in the context of costs of implementing EU regulations is considered particularly important for EU candidate countries (EC, Hulla & Co Human Dynamics, 2015: 23). This involves the harmonized activities of various entities of the legal system. In addition, the procedure and method of the harmonization may have an impact on the transitional periods negotiated between the candidate countries and EU countries (Inglis, 2004: 139, et seq).

2. Europeanization in the RS and conditions

2.1. Historical background

Formally speaking, the beginning of Europeanization in the RS coincided with the establishment of the Commission for Harmonisation of the Legal System of the Federal Republic of Yugoslavia (FRY) with Legislations of the European Union and the Council of Europe (1996) as a working body of the Federal Government.² In accordance with the jurisdiction of the Federal Government, the Commission was assigned to carry out the activities relating to coordination of the work of the federal ministries in harmonization of the legal system with legislations of the EU and the Council of Europe. Its assignment was also to consider the proposals which were submitted to the Federal Government by the federal ministries in the field of harmonization of the legal system and to provide its opinion of these proposals to the Federal Government. It is an interesting fact that the Rules of Procedure of the Federal Government, which served as a basis for making the Decision, referred to 'occasional working bodies' unlike 'permanent working bodies'.³ However, the Rules of Procedure of the Federal Government did not include explicit implications that the rules preparation procedure is in any specific way related to the process of harmonization of internal regulations with EU laws.

Bearing this in mind, it is clear that the first Environmental Protection Act (EPA, 1991) in the RS, which had been adopted five years before the establishment of the Commission, could not be the subject of harmonisation of internal regulations with EU laws. Notably, "the first legal acts with some provisions concerning the environment (although the term environment was, of course, not used at that time) were enacted in Serbia in the 19th century' (Vukasović, Todić, 2021: para

2 See: the Decision on establishing the Commission for Harmonisation of the Legal System of FRY with Legislations of the European Union and the Council of Europe, *Official Gazette FRY*, 45/1996.

3 Article 37, Rules of Procedure of the Federal Government, *Official Gazette FRY*, 67/94.

59). However, one should take into consideration the international and internal conditions which were present when the first EPA (1991) was prepared and adopted. At that time, the preparations were underway at the international level for holding of the Rio Conference on Environment and Development (1992). The status of representatives of the FRY, which implied continuity of membership in international organisations in relation to former Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY), was disputed by representatives of the European Economic Community (UNGA, 1992).

For the RS, this period was marked by international sanctions which were imposed against the FRY by adopting the Resolution 757 of the United Nations Security Council (30 May 1992) (UN 1992). The war on the territory of the former Yugoslavia caused huge problems and destruction of economic and natural resources. The consequence of the NATO bombardment of Yugoslavia included, among other things, vast destruction of infrastructure facilities, industrial installations and protected natural areas (UNEP, 2002). The consequences of the international isolation of the country were, among other things, considerable limitations of the international co-operation, RS lagging behind in ratification of international agreements, and delay in the implementation of the already ratified international environmental agreements (Todić, Dimitrijević, 2014: 169). At the internal level, the general social context in the period of preparation and adoption of the first EPA can be specified as the process of crisis and dissolution of the SFRY, a seventy-year-old state union in which RS was one of six federal units. (The role of the European Economic Community, i.e. the European Union in resolving of the Yugoslav conflict is not the subject of research in this article). After the regime change, which took place on 5 October 2000, preconditions were made for the normalisation of the status of the FRY, including the status of the RS in international organisations and international agreements. However, the complexity of the RS status in the international community keeps on being one of the questions that cannot be ignored. Stahl points to the co-operation with the International Tribunal for War Crimes Committed in the Territory of former SFRY and the relationship to Kosovo (Stahl, 2013). In the period after 2000, the GDP/pc grew in the range from 914.7 US\$ (in 2000), when it was at its lowest level) to 3,720 US\$ (2005), 7,101 US\$ (2008) and 5,735 US\$ (2010). In 2015, it fell to 5.588 US\$.⁴In 1995, the GDP/pc amounted to 2,207 US\$. In 1997, it grew to 3,380 US\$ and after that it kept on being on the decline until 2000. The number of people at risk of poverty or social exclusion (% of population) is declining, but it is still high compared to the EU average.⁵

4 See: World Bank: <http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.CD?locations=RS>

5 See: EC Eurostat: https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/sdg_01_10/default/table?lang=en

The first comprehensive attempt to put domestic legal framework in compliance with the EU system was completed in 2004 (initial reform) by the adoption four environmental laws. More intensive activities in the field of Europeanization of the RS legal system started in 2005. In a way, the independence of the RS (acquired in 2006) partially coincided with the intensification of the EU accession activities. The negotiations on the Stabilisation and Association Agreement (SAA) had already commenced at that time, and the SAA was concluded in 2008.⁶ Thus, Serbia committed itself that it... 'shall endeavour to ensure that its existing laws and future legislation will be gradually made compatible with the Community *acquis*'; the approximation shall start 'on the date of signing of this Agreement, and shall gradually extend to all the elements of the Community *acquis*.' Serbia has also assumed the obligation that it 'shall ensure that existing and future legislation will be properly implemented and enforced' (Article 72 SAA, 2008). Unlike the period when the first EPA (1991) was adopted, the position of RS was to some extent more clearly defined at the internal level at the time when the second EPA was adopted (in 2004). The FRY (until 2003), and subsequently the State Union of Serbia and Montenegro (until 2006), had few effective authorities in the field of environment, which mostly included co-ordination of activities of the two republics (State Union members) at the international level. In the period when the new EPA (2004) was prepared and implemented, the jurisdiction of the autonomous provinces was also regulated in a new way. The decentralisation also brought new authorities for local self-governments.

2.2. Procedure of harmonising internal regulations with EU laws

Harmonisation of national regulations with the EU laws has become one of the priorities of the legislative activity of the administration bodies. This part points to some elements of importance for the way the EU harmonization procedures are regulated in the internal legal order. However, it should be borne in mind that the Europeanization and association with the EU are burdened with a number of difficulties, some of which are completely outside the scope of environmental law and policy. Therefore, the procedure of harmonization of internal regulations with EU regulations needs to be viewed in the broader context of the regulatory process (Musa, 2015). A low level of development and high costs for the implementation of regulations that are harmonized with EU regulations (which will be discussed later) are a general occurrence. In addition to the costs of implementing regulations, there are many other issues, among which there are the problems concerning the functioning of the state and the legal system as a whole, the capacities of the public administration, etc. Some

⁶ Stabilisation and Association Agreement (SAA), *Official Gazette RS*, 83/2008. The European Council has granted Serbia membership candidate status (2012).

problems are specific or can be specifically related to environmental issues (education and raising awareness among different subjects on the importance of solving environmental problems, the education of judges, prosecutors, lawyers, etc). Access to information concerning the environment and public participation in decision-making on environmental issues deserves a special analysis. For this reason, the legislative procedure had to be changed and adjusted to the needs which resulted from the commitment of the country to harmonise its national regulations with EU laws. For the most part, the procedure of harmonisation of internal regulations with EU laws has been regulated by regulations in the field of state administration or (more precisely) by the law regulating the legislative procedure.

The most important general part of the rules on the legislative procedure in the legal system of RS is prescribed by the Rules of Procedure of the Government,⁷ which is based on the State Administration Act.⁸ Article 65 of the State Administration Act provides that ‘the procedure of preparation of a law and other general acts shall be strictly and thoroughly...regulated by the Rules of Procedure of the Government’. Some elements of the system are also defined by the Act on the National Assembly of the RS⁹, the Rules of Procedure of the National Assembly of the RS¹⁰, the Uniform Methodological Rules for Drafting Regulations¹¹, etc.

One of the most important elements of the procedure is the obligation of the law-proposer to submit the statement that regulations are harmonised with EU laws and a table of concordance together with draft laws as well as a regulatory impact assessment which contains appropriate explanations, some of which are or can be significant for harmonisation of national regulations with EU laws. Actually, the law-proposer is expected to give an answer to the following questions: who and in what way will be affected by the law; what costs will the implementation of the law incur, which the citizens and the economy should pay (especially concerning small and medium enterprises); will the law support the creation of new business factors on the market and market competition; will all interested parties have an opportunity to express their opinions on the law; and what measures will be taken during the implementation of the law in order to

7 The Rules of Procedure of the Government, *Official Gazette RS*, 61/2006, 69/2008, 88/2009, 33/2010, 69/2010, 20/2011, 37/2011, 30/2013, 76/2014, 8/2019

8 Rhe State Administration Act, *Official Gazette RS*, 79/2005, 101/2007, 95/2010, 99/2014, 30/2018, 47/2018

9 The Act on the National Assembly of the Republic of Serbia, *Official Gazette RS*, 9/2010

10 The Rules of Procedure of the National Assembly of RS, *Official Gazette RS*, 20/2012

11 The Uniform Methodological Rules for Drafting Regulations, *Official Gazette RS*, 21/2010

achieve what has been intended by adopting of the law?¹² In fact, this document (a regulatory impact assessment - RIA) is an attempt to point to potential effects the law can produce and help the decision-makers. However, the analysis of the practice in preparing regulations shows that the regulatory impact assessment is mostly reduced to providing general and standard answers without making a genuine and accurate regulatory assessment of the proposed law.¹³ As for the RIA, there is a lack of a detailed analysis of possible effects of the laws, which particularly refers to the implementation of this instrument with regard to by-laws and strategic documents. The law-proposer has been given the possibility not to submit a RIA of the law (not even in the currently used form), which can be regarded as disputable. One of the objectives of the Act on the Planning System of the Republic of Serbia (2018)¹⁴ is, among other things, to improve the efficiency of the process of adopting planning documents and regulations (including the application of RIA). The implementation of this Act began on October 29, 2018. In case of ratification of international agreements, there is no obligation of making regulatory impact assessments of the regulations. In such situations, although the law-proposer is obliged to 'particularly explain' the impact, one may wonder about the purpose of explanations with regard to the quality of the law proposal, i.e. the purpose of the possibility to control the reasons governing the law-proposer position that a RIA should not be submitted.

In addition to the draft law, the law-proposer is also obliged to submit an attachment, listing the regulations and other general acts upon which the draft law should be implemented and the deadlines within which the regulations and other general acts should be adopted. The answers to any of these questions can contain some indications on how the law-proposer understands the mode and pace of harmonizing national regulations with EU laws. This indicates the starting positions of the law-proposer with regard to these questions. We can also mention some weaknesses in the legislative procedure with regard to the possibility of participation of the public which takes interest in the subject matter of the law proposal.

3. Effects of legislative Europeanization process

1) The results which have been achieved so far within the Europeanization process of the legal system of the RS cannot be easily perceived even in the part

12 Government RS (2010b): Conclusion of the Government of RS, *Official Gazette RS*, 34/2010.

13 For more information on the practice of the Republic Secretariat for Public Policies concerning regulatory impact assessment of the laws, see: <https://rsjp.gov.rs/cir/misljenjana-propise-i-djp/?godina=2020...>

14 Act on the Planning System of the Republic of Serbia, *Official Gazette RS*, 30/2018

concerning the pace of preparing and adopting new regulations.¹⁵ Generally, from the beginning of the process of harmonization of internal regulations with EU environmental regulations (2004) until the end of 2020, a total of 560 different legal acts were adopted. Key legislative acts have been adopted in all relevant areas (18 new laws that have been amended 37 times). In addition, 88 regulations, 226 rulebooks, and 9 strategic/planning documents were adopted. The Environmental Protection Act (2004) has been amended seven times (Table 1). The Chemicals Act (2009), the Nature Protection Act (2009), and the Waters Act (2010) have been amended 4 times each (Table 2, and Table 3).

Table 1. Laws (and number of amendments) and bylaws adopted in the field of horizontal legislation and protection from environmental noise (2004-2020)

| | No. of Amendments | Bylaws | | | | Strategy/ Planning document | Total |
|---|-------------------|-------------|------------|-----------|-------|-----------------------------|-------|
| | | Regulations | Rule-books | Decisions | Order | | |
| EPA (2004) | 7 | 4 | 19 | 1 | 1 | 4 | 36 |
| EIAA (2004) | 1 | 1 | 5 | | | | 7 |
| SEAA (2004) | 1 | | | 160* | | | 161 |
| IPPC Act (2004) | 1 | 4 | 3 | | | | 8 |
| PEN Act (2009) | 1 | 1 | 5 | | | | 7 |
| <i>Abbreviations:</i> EPA - Environmental Protection Act; EIAA- Environmental Impact Assessment Act; SEAA - Strategic Environmental Assessment Act; IPCEP Act-Integrated Prevention and Pollution Control Act; PEN Act- Act on Protection from Environmental Noise. *Number of decisions on the development of strategic environmental assessment. | | | | | | | |

Source: <http://www.pravno-informacioni-sistem.rs/reg-overview#> (9.12.2020).

The elements of providing a contemporary the normative framework in the environmental field can be clearly noticed. In the area of horizontal legislation, key laws and bylaws have been adopted (Table 1). The conceptual differences can be also noticed in the fact that the 2004 EPA was accompanied by three systemic laws: the Strategic Environmental Impact Assessment Act, the Environmental Impact Assessment Act, and the Integrated Prevention and Pollution Control Act.¹⁶ In order to understand the overall activities in the field of systemic regulation of some environmental issues, one should keep in mind other environmental laws which were adopted later. Five years after enacting the 2004

¹⁵ For some indications, see: Todić, 2017.

¹⁶ These three legislative acts were published in the *Official Gazette RS*, 135/2004.

EPA, several new laws were adopted (in 2009): the Waste Management Act, the Packaging and Packaging Waste Act, the Air Protection Act, the Chemicals Act, the Biocidal Products Act, the Environmental Noise Protection Act, the Nature Protection Act, The Act on Protection and Sustainable Use of Fish Resources, and the Act on Protection from Non-Ionising Radiation¹⁷ (Tabele 2, and Table 3). The National Plan for Harmonisation of Regulations envisages that the harmonisation of regulations will be finished by the end of 2021 (MEI, 2018).

2) Unlike the first EPA (1991), the 2004 EPA defines more clearly the objectives (Article 1).¹⁸ As for the principles of environmental protection, the 2004 EPA contain explicit provisions on this matter. However, the interpretation of the contents and meaning of some principles and their relevance for norms contained in the law and other regulations deserve to be analysed much more minutely. A significant novelty in the part of the 2004 EPA relating to the projected economic instruments is, *inter alia*, the legal provision that the EPA provides a legal basis for the implementation of the 'polluter-pays' and 'user-pays' principles (Article 9, EPA). The Environmental Protection Fund was established in May 2005, and its work was regulated by special laws. However, the Fund was abolished in 2012. The amendments to the EPA adopted in 2015 enabled the foundation of the Green Fund of the Republic of Serbia (Article 90-90g, EPA), which was re-established as a budget fund¹⁹. However, there are many open questions that can be raised about the functioning of this fund and its real contribution to solving the environmental problems (e.g. there is no minimum quota for distribution in the 'green area'). The EPA amendments enacted in 2018 envisaged, *inter alia*, that the funds from the Green Fund can in certain cases be awarded even without the public call (in extraordinary circumstances, for the preparation and co-financing of projects funded from the EU pre-accession assistance).

Compared with the first EPA (1991), the measures for environmental protection in the new 2004 EPA are regulated more minutely, but the kinds and nature of the measures should be judged by taking into consideration the content of other provisions of this Act, too. Access to information is regulated much more minutely and clearly in the 2004 EPA. The EPA amendments adopted in 2016 regulate this matter even more precisely. The 2004 EPA introduces and regulates in detail the participation of the public in decision-making on environmental issues. However, new problems have arisen in the implementation of provisions on this matter. This renders the effects of new regulations (harmonized with the EU regulations) debatable, which deserves special attention. One should keep

17 These legislative acts were published in the *Official Gazette RS*, 36/2009.

18 Environment Protection Act, *Official Gazette of RS*, 135/2004, 36/2009, 36/2009 (other law), 72/2009 (other law), 43/2011 (CC Decision), 14/2016, 76/2018, and 95/2018 (other law).

19 Act on Amendments to the Environmental Protection Act, *Official Gazette RS*, 14/2016.

in mind that these issues are also regulated by some other laws. Some changes have also been made in the part relating to monitoring, supervision and the role of inspection services, as well as punishments for not respecting regulations.

According to the EC report, 'a high level of alignment with the EU *acquis*' has been achieved in the area of horizontal legislation (EC, 2020a: 105). However, several problems have been identified: public consultations in drafting legislation; the non-compliance of environment impact assessment legislation with other laws, especially with the law on planning and construction; implementation of strategic environmental assessments for plans and programmes from all relevant policy areas; implementation of the polluter-pays principle, etc. Regarding industrial pollution and risk management, 'alignment with most of the EU *acquis* is at an early stage, including the Industrial Emissions Directive' (EC, 2020a: 107).

3) As for waste and chemical management, some changes are relatively clear. Some progress has been made towards the introduction of elements of the waste management system, by adopting the Waste Management Act, the Packaging and Packaging Waste Act, the Chemicals Act, the Biocidal Products Act (in 2009), and relevant bylaws (Table 2). The Waste Management Strategy (2010-2019) was adapted (Government RS, 2010a), but the implementation of waste management legislation 'remains at an early stage' (EC, 2020a: 106). As regards alignment with the EU *acquis* on chemicals, Serbia achieved 'a high level' of alignment (EC, 2020a: 107).

Table 2. Laws (and number of amendments) and bylaws adopted in the field of *Waste and Chemicals Management (2009-2020)*

| | No. of Amendments | Bylaws | | | | Strategy/ Planning document | Total |
|---|-------------------|-------------|------------|-----------|-------|--------------------------------|-------|
| | | Regulations | Rule-books | Decisions | Order | | |
| WMA (2009) | 3 | 6 | 30 | 2 | | 2 | 41 |
| PPWA (2009) | 1 | 1 | 9 | | | | 11 |
| CA (2009) | 4 | | 15 | 1 | 1 | | 21 |
| BPA (2009) | 3 | 1 | 6 | | | | 10 |
| <i>Abbreviations:</i> WMA - Waste Management Act; PPWA- Packaging and Packaging Waste Act; CA - Chemicals Act; BPA - Biocidal Products Act. | | | | | | | |

Source: <http://www.pravno-informacioni-sistem.rs/reg-overview#> (9.12.2020).

4) In respect of water management, some progress has been made by adopting the 2010 Waters Act, subsequent amendments and relevant bylaws (Table 3). The level of alignment with the EU *acquis* on water quality has been assessed as 'moderate' (EC, 2020a: 106). Yet, systemic issues in this area are still unre-

solved (monitoring, enforcement and inter-institutional coordination; water fees and tariffs; lack of human and financial resources and data availability; flood hazard and flood risk maps, etc). The main water pollution sources are 'untreated sewage and wastewaters'. A nexus between different ways of using water is a particularly sensitive issue.²⁰ This is highly important having in mind the availability of water resources, the fact that the RS depends on international water resources and transboundary water cooperation (**Todić**, 2018), as well as international rules regarding the use of shared water resources (Vučić, 2017). An increase in surface water abstraction has also been recorded.²¹

5) Legislative infrastructure in the field of air protection has been established. The adoption of the Climate Change Act (2021) is considered especially important. Most of the adopted regulations are in line with EU regulations; progress in this area has been assessed as 'good level of alignment with the EU *acquis*' (EC, 2020a: 106), but practical application remains a problem (**Todić**, 2020). The monitoring of air quality 'still needs to be considerably strengthened' (EC, 2020a: 106). The state of air quality is a big problem (especially in some urban areas); although the emission of certain pollutants has decreased, the emission of some pollutants has increased. For example, a decrease in the emission of some air pollutants was registered in the past period. CO₂ emissions ranged from 7.287 mt/pc (metric tons per capita) in 2006 to 6.299 mt/pc (2010), 6.262 mt/pc (2013), and 5.283 mt/pc (2014) (World Bank, 2016b).²² SO_x emissions amounted to 474.0 mt/pc (2000), 422.2 mt/pc (2010), and 429.5 mt/pc (2013).²³ NO_x emissions increased from 143.7 mt/pc (in 2000) to 168.9 mt/pc (2005), 171.9 mt/pc (2010), and 187.9 mt/pc (2012), but decreased to 137.4 mt/pc in 2013 (UNECE, 2016).²⁴

6) New regulations have also been adopted in the field of nature protection (Table 3). Alignment with the EU *acquis*, 'in particular with the Habitats and Birds Directive, remains moderate' (EC, 2020a: 106). Progress has been made in terms of ensuring respect for the protected areas. In relation to the overall

20 For more information on this issue, see: e.g. Giupponi and Gain, 2017.

21 See: <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/ten00002/default/table?lang=en>

22 See: <https://data.worldbank.org/indicator/EN.ATM.CO2E.PC?locations=RS>, For data on emission pollutants in the period since 1990, see: Statistical Office RS, 2018: 21.

23 See: http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/documents/2016/AIR/Trend_tables/Trend_Tables_IC_151123_SOX.pdf

24 See: http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/documents/2016/AIR/Trend_tables/Trend_Tables_IC_151123_NOX.pdf

territory (% of total land area), the percentage of the terrestrial protected areas rose from 6.15 (in 2016) to 6.613 (in 2018) (World Bank, 2021c).²⁵

Table 3. Laws (and number of amendments) and bylaws adopted in the field of Air, water, soil and nature protection (2009-2020)

| | No. of Amendments | Bylaws | | | | Strategy/ Planning document | Total |
|---------------|-------------------|-------------|------------|-----------|-------|-----------------------------|-------|
| | | Regulations | Rule-books | Decisions | Order | | |
| APA (2009) | 1 | 15 | 6 | 1 | | 1 | 24 |
| WA (2010) | 4 | 7 | 22 | 4 | 1 | 1 | 39 |
| SPA (2015) | | 2 | 4 | | | | 6 |
| NPA (2009) | 4 | 2 | 22 | 1 | | 1 | 30 |
| NParksA(2015) | 1 | 42* | 2 (+ 30**) | | | | 75 |
| WHA (2010) | 1 | 1 | 15 | | | | 17 |
| APSUFF (2014) | 1 | | 17 | 1 + 1 | 1 | | 21 |
| APSUFF (2009) | | | 4 | | | | 4 |
| FA (2010) | 3 | 1 | 12 | | 1 | | 17 |

Abbreviations:
 APA- Air Protection Act; WA - Waters Act; SPA - Law on Soil Protection Act;
 NPA - Nature Protection Act; NParksA - National Parks Act; WHA- Wildlife and Hunting Act;
 APSUFF – Act on Protection and Sustainable Use of Fish Fund; FA - Law on Forests.
 * Regulations relating to protected areas based on the Nature Protection Act (2009)
 ** Rulebooks related to protected areas based on the Nature Protection Act (2009)

Source: <http://www.pravno-informacioni-sistem.rs/reg-overview#> (9.12.2020).

7) As already indicated, one of the main problems is the funding of changes in the field of environment. This implies strengthening the capacity of competent institutions and, especially, the funding of infrastructure projects. According to the EC Report, in the forthcoming year, Serbia should in particular: ‘enhance administrative and financial capacity of the public central and local administration authorities [...], intensify implementation and enforcement work [...], implement the Paris Agreement, including by adopting a comprehensive climate strategy and law, consistent with the EU 2030 framework for climate and energy policies and well integrated into all relevant sectors and develop a National Energy and Climate Plan, in line with Energy Community obligations’ (EC, 2019a: 85). It should be kept in mind that it has been estimated that the total costs for the implementation of all environmental *acquis* (by 2039) will amount to about 10.6 billion EUR (Government RS, 2011). In the meantime, new estimates have been

²⁵ See: <https://data.worldbank.org/indicator/ER.LND.PTLD.ZS?end=2018&locations=RS&start=2016> (19.6.2021).

made and they are not significantly different (МАЕП, 2015). The largest part of the funds should include investments in the water and waste management sector.

The total international financial assistance to the Republic of Serbia in 2011 amounted to 1.02 billion EUR. Thereafter, there was a tendency of reduction (Government RS, 2012). Nevertheless, it should be noted that the European Union is the largest donor in the Republic of Serbia. Since 2001, the EU has provided more than 3 billion EUR of grant support through several different instruments and funds (MEI, 2021a).²⁶ For the period 2014-2020, a total of 11.7 billion EUR have been allocated (via IPA-Instrument for Pre-Accession Assistance II), out of which approximately 1.5 billion EUR have been allocated for the Republic of Serbia (MEI, 2021b).²⁷ It is not simple to consistently follow different changes in socio-economic conditions, especially changes in the environmental field. The reason is the presence of some methodological limitations and, above all, the lack of some data or the lack of comparable and reliable data. Reports of the European Commission²⁸ can be taken as a useful indicator for tracking changes. However, given their focus on the current state of affairs in a particular year, they are not suitable for a systemic observation of changes for a long period of time.

4. Conclusion

The literature explains the conditions and effects of introducing EU legislation into the legal system of the EU candidate countries from the point of view of different theoretical movements and by examining different factors. The 'communist heritage' is often mentioned as a factor that determines the possibilities of transition of the states which became EU members in the last three cycles of enlargement. In particular, the author points to the group of problems related to transposition of regulations, partial implementation and respect for laws. Internal procedure of harmonisation of domestic regulations with EU *acquis* is underrated as a factor which (can) determine the measure of success of the process. However, it seems that the specific features of some EU candidate countries keep on being perceived in an inappropriate way.

In the case of the RS, the conditions for harmonizing internal legislation with the EU legislation were created at the beginning of the 21st century, after political changes in 2000, while the Stabilization and Association Agreement (SAA) was concluded in 2008. However, there are several factors that significantly limit

26 For more information, see: <http://www.mei.gov.rs/eng/funds/eu-funds/>; also, see: Pejović, 2020.

27 For more, see: <https://www.mei.gov.rs/eng/funds/eu-funds/ipa-instrument-for-pre-accession-assistance/instrument-for-pre-accession-assistance-2014-2020/>

28 See: https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/countries/detailed-country-information/serbia_en

the possibilities and effects of Europeanization in the RS. The specifics of the break-up of the former SFRY, the bombing of the FR Yugoslavia, and unresolved political issues represent the general context of the Europeanization process. In relevant literature, this context is analyzed sporadically, and the process of Europeanization is sometimes seen as a technical issue. Therefore, it could be said that none of the offered theoretical explanations leaves room for full consideration of the specific circumstances in which RS had found itself for many years before the beginning of the European integration process.

The process of harmonizing regulations is one element, but we should bear in mind the other factors that have a limiting effect on the process of introducing the EU regulations into the internal legal order and their implementation. New instruments for harmonizing internal legislation with the EU legislation have been introduced in the legislative procedure. They have regulated the harmonisation of national regulations with EU *acquis*. Regulatory impact assessment has also been introduced, but there are some deficiencies. This instrument is not applied to all regulations that are being adopted, and there are no guarantees that they would be consistently implemented. However, taking the state of affairs in the environmental field as an example, one can notice that some improvements have been made in the implementation of the Europeanization process activities. It is demonstrated by some indicators of the state of (some) environmental elements. Progress has also been made in the environmental protection management system.

During the past twenty years since the beginning of the Europeanization process in the RS, the normative framework in the field of environment has been radically changed. Serbia adopted a new Environment Protection Act (2004) and a considerable number of other new laws and by-laws. New regulations have been adopted in all environmental areas, but they are not fully in line with EU regulations. Serbia is expected to finish the process of transposition of EU legislation by the end of 2021. Yet, it should be recognised that the existing mechanism for harmonisation of regulations does not guarantee that the real effects of new regulations will be visible. This could be considered as some sort of a paradox of the procedure itself, given that the total high costs of implementing EU environmental regulations are set out in different strategic and planning documents. This element can cause serious problems that may arise in ensuring implementation and respect for regulations. For this reason, several other issues have been opened in a new way, including public participation, access to information, and the quality of the adopted regulations. Essentially, the most important among them is the issue of perceiving the real possibilities of the economy and the society to implement new norms which are harmonised with the norms included in EU legislation. The costs of full implementation of regulations remain an infrastructure problem. Of course, the discrepancy between

the normative framework and real life is widely based on the inherited historical conditions and the functioning of the legal system as a whole. Therefore, the procedure of detailed analysis of the conditions of legal harmonisation should be more seriously applied.

References

- Bieber, F. (2011). Building Impossible States? State-Building Strategies and EU Membership in the Western Balkans. *Europe-Asia Studies*. 63(10). 1783-1802.
- Börzel, T., Dimitrova A., Schimmelfennig F. (2017). European Union enlargement and integration capacity: concepts, findings, and policy implications. *Journal of European Public Policy*. 24(2). 157-176.
- Carmin, J., Vandever S.D. (2004). Enlarging EU Environments: Central and Eastern Europe from Transition to Accession. *Environmental Politics*. 13(1). 3-34.
- Duić, D., Petrašević T. (2019). Five Years of Application of EU Law: An Analysis of Cases Involving Breaches of EU Law against the Republic of Croatia and References for Preliminary Ruling by Croatian Courts. *Croatian Academy of Legal Sciences Yearbook*. 10. 65-96.
- Dimitrakopoulos. D.G. (2001). The Transposition of EU Law: 'Post-Decisional Politics' and Institutional Autonomy. *European Law Journal*. 7(4). 442-458.
- Economides, S., Ker-Lindsay J. (2015). 'Pre-Accession Europeanization': The Case of Serbia and Kosovo. *Gender, Work and Organization*. 53(5). 1027-1044.
- Fernandez, A.M, Font N., Koutalakis C. (2010). Environmental governance in Southern Europe: the domestic filters of Europeanization. *Environmental Politics*. 19(4). 557-577.
- Giupponi, C., Gain, A.K. (2017). Integrated spatial assessment of the water, energy and food dimensions of the Sustainable Development Goals. *Regional Environmental Change*. 17(7). 1881-1893.
- Inglis, K. (2004). Enlargement and the Environment *Acquis*. *RECIEL*. 13(2). 135-151.
- Jenny, M., Muller W.C. (2010). From the Europeanization of Lawmaking to the Europeanization of National Legal Order: the Case of Austria. *Public Administration*. 88(1). 36-56.
- Kaeding, M. (2008). In Search of Better Quality of EU regulations for Prompt Transposition: The Brussels Perspective. *European Law Journal*. 14(5). 583-603.

- Kaeding, M. (2006). Determinants of Transposition Delay in the European Union. *Journal of Public Policy*. 26(3). 229-253.
- Konig, T., Brooke L. (2009). Troubles with Transposition? Explaining Trends in Member-State Notification and the Delayed Transposition of EU Directives. *B.J.Pol.S.* 39(1). 163-194.
- Kramer, J.M. (2004). EU Enlargement and the Environment: Six Challenges. *Environmental Politics*. 13(1). 290-311.
- Kružikova, E. (2004). EU Accession and Legal Change: Accomplishments and Challenges in the Czech Case. *Environmental Politics*. 13(1). 99-113.
- Musa, A. (2015). Adjustments of the Process of Law-Making to the European Integration: Novelties and Challenges. *Croatian Academy of Legal Sciences Yearbook*. 6. 3-40.
- Pejović, A.A. (2020). Instrument prepristupne podrške Evropske unije 2007-2027 (The Instrument of Pre-Accession Assistance (IPA) of the European Union 2007-2027). *Evropsko zakonodavstvo*. 72. 16-29.
- Reiniger, B. (2004). Challenges of Environmental Protection in Hungary. *JEEPL*. 1(1). 61-65.
- Rotka, J. (2004). Harmonisation of Polish Legislation with the Water Framework Directive. *JEEPL*. 1(3). 200-206.
- Schmidt, V.A. (2002). Europeanization and the mechanics of economic policy adjustment. *Journal of European Public Policy*. 9(6). 894-912.
- Sedelmeier, U. (2011). Europeanisation in new member and candidate states. *Living Reviews in European Governance*. 6(1). 1-52.
- Sedelmeier, U. (2008). After conditionality: post-accession compliance with EU law in East Central Europe. *Journal of European Public Policy*. 15(6). 806-825.
- Stahl, B. (2013). Another 'strategic accession'? The EU and Serbia (2000-2010). *Nationalities Papers*. 41(3). 447-468.
- Todić, D. (2020). 'Air Quality' in regulations of the Republic of Serbia and the European Union: from an ambiguous definition to a complex air protection system, *Collection of Papers, Faculty of Law Niš*. 87. 37-54.
- Todić, D. (2017). 'Europeanization' of the Republic of Serbia Law: Between (un) clear goals and (in)appropriate indicators, In: B. Milisavljević, T. Jevremović Petrović, M. Živković (Eds). *Law and Transition*, University of Belgrade, Faculty of Law, Belgrade, 45-56.

Todić, D., Dimitrijević, D. (2014). Priority goals in international cooperation of the Republic of Serbia in the field of environment and sustainable development. *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*. 14(2). 163-179.

Tzifakis, N. (2012). Bosnia's Slow Europeanization. *Perspectives on European Politics and Society*. 13(2). 131-148.

Vukasović, V., Todić, D. (2021). *Environmental Law in Serbia*, Wolters Kluwer.

Vučić, M. (2017). Equity and the use of shared water resources. *Collection of Papers, Faculty of Law Niš*. 56(75). 107-127.

Zhelyazkova, A., Yordanova N. (2015). Signalling 'Compliance': The Link between Notified EU Directive Implementation and Infringement Cases. *European Union Politics*. 16(3). 408-28.

International Documents

EC (2021): European neighbourhood and Enlargement Negotiations, https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/countries/detailed-country-information/serbia_en (accessed 15 January 2021).

EC/European Commission (2020a): *Serbia 2020 Report*. European Commission, SWD(2020) 352 final, Brussels, 6.10.2020.

EC (2020b): *Enhancing the accession process - A credible EU perspective for the Western Balkans*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Brussels, 5.2.2020 COM(2020) 57 final.

EC (2019a): *Serbia 2019 Report*. European Commission, SWD(2019) 219 final, Brussels, 29.5.2019.

EC (2019b): Guide to the Approximation of European Union Environmental Legislation, European Commission (02/08/2019); <https://ec.europa.eu/environment/archives/guide/contents.htm> (12.7.2021).

EC (Directorate General for Environment) and Hulla & Co Human Dynamics (Ed) (2015-2016). *Handbook on the Implementation of EU Environmental Legislation*, ECRAN – Environment and Climate Regional Accession Network, 23.

Commission of the European Communities (1997): *Guide to the Approximation of the EU Environmental Legislation*, revised and updated version of SEC (97) 1608 of 25.08.1997, 12.

EC-Eurostat (2021a): Fresh water abstraction by source, <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/ten00002/default/table?lang=en> (accessed 1 Feb. 2021).

EC-Eurostat (2021b): People at risk of poverty or social exclusion, https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/sdg_01_10/default/table?lang=en (accessed 1 Feb. 2021).

UN (1992). *United Nation Security Council, S/RES/757* (1992), 30 May 1992.

UN General Assembly/UNGA (1992). *Report of the United Nations Conference on Environment and Development*, (Rio de Janeiro, 3-14 June 1992), Report of the Credentials Committee, A/CONF.151/26 (Vol. IV), 28 Sept. 1992, point. 14; <http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-4.htm> (accessed on 20 January 2019)

UNEP/UN Environment Program (2002). *Depleted Uranium in Serbia and Montenegro*, Post-Conflict Environmental Assessment in the Federal Republic of Yugoslavia.

UNECE/ UN Economic Commission for Europe/ (2016): Trend tables-IC, National Totals for NO_x, SO_x; https://unece.org/fileadmin/DAM/env/documents/2016/AIR/Trend_tables/Trend_Tables_IC_151123_NOX.pdf; http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/documents/2016/AIR/Trend_tables/Trend_Tables_IC_151123_SOX.pdf (accessed 19 October 2021)

World Bank (2021a): GDP per capita - Serbia, accessed on 10 February 2021, [.https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.CD?locations=RS](https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.CD?locations=RS)

World Bank (2021b): CO₂ emissions – Serbia; accessed on 19 February 2021, <https://data.worldbank.org/indicator/EN.ATM.CO2E.PC?locations=RS>

World Bank (2021c): Terrestrial protected areas (% of total land area)–Serbia (2016-2018); accessed 19.6.2021, <https://data.worldbank.org/indicator/ER.LND.PTLD.ZS?end=2018&locations=RS&start=2016>

National documents

Environment Protection Act, *Official Gazette of RS*, 135/2004, 36/2009, 36/2009 (other law), 72/2009 (other law), 43/2011 (CC Decision), 14/2016, 76/2018, and 95/2018 (other law); <https://www.zzps.rs/wp/pdf/zakoni/LAW%20ON%20ENVIRONMENTAL%20PROTECTION.pdf>

Government of the Republic of Serbia/Gov.RS (2012). *Report on International Assistance to the Republic of Serbia in 2011*, Serbian European Integration Office Belgrade, April 2012

Vlada Republike Srbije (2020): Mišljenja na propise i dokumente javnih politika od 2008. godine do danas, Republicki sekretarijat za javne politike (Opinions on public policy legislation and documents 2008-2021), <https://rsjp.gov.rs/sr/misljenja-na-propise-i-djp/?godina=2020> (accessed on 4 July 2020).

Vlada Republike Srbije (2011). Nacionalna strategija Republike Srbije za aproksimaciju u oblasti životne sredine (*National Strategy for Approximation of Laws in the field of Environment*), *Službeni glasnik RS, br. 80/2011*; <http://www.mispserbia.rs/wp-content/uploads/2010/05/EAS-Strategija-SRP-FINAL.pdf> (accessed on 22 February 2021).

Vlada Republike Srbije (2010a). Strategija upravljanja otpadom 2010-2019 (*Waste Management Strategy 2010-2019*), *Službeni glasnik RS, br. 29/2010*

Vlada Republike Srbije (2010b). Zaključak Vlade RS (*Conclusion of the Government of RS*), *Službeni glasnik RS, br. 34/2010*.

MAEP/Ministry of Agriculture and Environmental Protection (2015). *Transposition and Implementation of Environmental and Climate Change Acquis – Chapter 27: Status and Plans*. Ministry of Agriculture and Environmental Protection, Belgrade, http://www.pregovarackagrupa27.gov.rs/?wpfb_dl=71

MEI /Ministry of European Integration (2021 a): EU Funds; <http://www.mei.gov.rs/eng/funds/eu-funds/> (accessed on 20 January 2021).

MEI (2021b): IPA-Instrument for Pre-Accession Assistance 2014–2020, <https://www.mei.gov.rs/eng/funds/eu-funds/ipa-instrument-for-pre-accession-assistance/instrument-for-pre-accession-assistance-2014-2020/> (accessed on 21 February 2021).

MEI/ (2018). *National Programme for the Adoption of the EU Acquis*, Third revision, Ministry of European Integration, Belgrade; https://www.mei.gov.rs/upload/documents/nacionalna_dokumenta/npaa/third_revision_npaa_18.pdf

Jedinstvena metodološka pravila za izradu propisa (Uniform Methodological Rules for Drafting Regulations), *Službeni glasnik RS, br. 21/2010*, <http://www.parlament.gov.rs/upload/documents/brochures/Pravila%20propisi%20ENG.pdf>

Odluka o obrazovanju Komisije za harmonizaciju pravnog sistema SRJ sa regulativom Evropske unije I Saveta Evrope (Decision on Establishing the Commission for Harmonisation of the Legal System of FRY with Legislations of the European Union and the Council of Europe), *Službeni list SRJ, br. 45/1996*

Poslovnik Vlade (Rules of Procedure of the Government), *Službeni glasnik RS*, br. 61/2006, 69/2008, 88/2009, 33/2010, 69/2010, 20/2011, 37/2011, 30/2013, 76/2014, 8/2019.

Poslovnik Narodne skupštine Republike Srbije (Rules of Procedure of the National Assembly of RS), *Službeni glasnik RS*, br. 20/2012.

Poslovnik Savezne vlade (Rules of Procedure of the Federal Government), *Službeni list SRJ*, 67/1994.

Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju (Stabilisation and Association Agreement), *Službeni glasnik RS*, br. 83/2008; <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:278:0016:0473:EN:PDF>

Statistical Office RS (2018). *The Statistical Pocketbook of the Republic of Serbia*. Statistical Office of the Republic of Serbia, Belgrade; available at <https://publikacije.stat.gov.rs/G2018/PdfE/G20182051.pdf>

Zakon o državnoj upravi (State Administration Act), *Službeni glasnik RS*, br. 79/2005, 101/2007, 95/2010, 99/2014, 30/2018, 47/2018.

Zakon o Narodnoj skupštini Republike Srbije (Act on the National Assembly of the Republic of Serbia), *Službeni glasnik RS*, br. 9/2010.

Zakon o planskom sistemu Republike Srbije (Act on the Planning System of the Republic of Serbia), *Službeni glasnik RS*, br. 30/2018

Službeni glasnik: Pravno-informacioni sistem RS (2021): <http://www.pravno-informacioni-sistem.rs/reg-overview#> (Register of applicable laws and other documents), accessed 9.12.2020.

Dr Dragoljub Todić,

Redovni profesor

Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd

**USLOVI I REZULTATI PROMENA PROPISA U OBLASTI ŽIVOTNE SREDINE
(Dvadeset godina od početka procesa evropeizacije u Republici Srbiji)**

Rezime

Proces evropeizacije, pod čime se ovde razume usklađivanje nacionalnih propisa sa propisima Evropske unije (EU), je složen proces uslovljen različitim društveno-ekonomskim i političkim uslovima. Više od devet godina Republika Srbija (RS) je država kandidat za članstvo u EU. Postupak pripreme i usvajanja propisa delimično je promenjen, kao odgovor na definisane ciljeve. Međutim, postupak još uvijek ne obezbeđuje potpuno uvažavanje specifičnih uslova i mogućnosti privrede i društva RS. Osim toga, proces usklađivanja i sprovođenja propisa suočen je s nizom drugih izazova. Uzimajući kao primer zakonodavstvo RS u oblasti životne sredine i procenjujući uslove pod kojima su propisi u oblasti životne sredine pripremaju i sprovode, rad daje prikaz glavnih rezultata i ograničenja procesa evropeizacije. Podaci pokazuju da su ostvareni rezultati u usklađivanju propisa i sprovođenju onih koji su već usklađeni sa propisima EU. Usvojeni su gotovo svi ključni zakoni u oblasti životne sredine, kao i ogroman broj podzakonskih akata. Međutim, veliki troškovi sprovođenja predstavljaju jednu od dugoročnih prepreka za potpuno ostvarivanje ciljeva evropeizacije.

Ključne reči: *EU integracije, evropeizacija, propisi u oblasti životne sredine, usklađivanje propisa, sprovođenje, transpozicija.*

Др Дејан Вучетић,*
Ванредни професор,
Правни факултет, Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-33292

UDK: 35.077.3(497.11)
Раd примљен: 25.07.2021.
Раd прихваћен: 01.09.2021.

ДЕЛОТВОРНОСТ ПРОЦЕСНИХ РЕШЕЊА У ПРВОСТЕПЕНОМ УПРАВНОМ ПОСТУПКУ**

Апстракт: У раду је извршена анализа делотворности процесног решења које је у српски Закон о општем управном поступку (ЗУП) уведено 2016. године. Циљ је био да се утврди шта је била сврха увођења овог института, а потом да се нормативним методом истражи текст ЗУП-а и идентификују сва „места“ у којима је прописано да се ова врста решења има донети, јер се норме којима је то регулисано налазе на више различитих места у Закону о општем управном поступку. Истовремено у раду је извршена лексичко-логичка анализа проучаваних норми, како би се показало колико је новоуведено процесно решење делотворно. Зато је значајна пажња у раду посвећена и појму делотворности. Иако се и у другостепеном поступку, као и у поступку по ванредним правним лековима, јављају процесна решења, фокус анализе је стављен првенствено на она процесна решења која су уведена у првостепени поступак.

Кључне речи: управно право, општи управни поступак, решење, закључак, делотворност, ефикасност.

* dvucetic@prafak.ni.ac.rs

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

1. Увод

Процесно решење представља новину у српском управном процесном праву, уведено након доношења новог Закона о општем управном поступку 2016. године¹ (даље: ЗУП). Иако се велики број радова и аутора бавио различитим питањима које је нови „кровни закон“ српског управног процесног права отворио, колико је аутору познато, ниједан рад није дубински проучио институт процесног решења.² По претходним верзијама ЗУП-а, решењем се одлучивало о управној ствари која је предмет поступка,³ док је закључак био резервисан за одлучивања о питањима која се тичу поступка (Томић, Бачић, 1999: 273).⁴ Данас се решењем такође одлучује о управној ствари, али се и улази у домен материје раније искључиво резервисане за закључке – а то је одлучивање о процесним питањима. Закључак је задржан, али као акт којим се управља поступком када се не

1 Сл. гласник РС, 18/16, и 95/18 - аутентично тумачење.

2 Као најзначајније радове посвећене „новом“ ЗУП-у, свесни да „круг“ није потпун, навешћемо: *Апорије Закона о општем управном поступку* (Димитријевић, 2014); *Европска управно-процесна правила и општи управни поступак Републике Србије* (Вучетић, 2014); *Нова решења Нацрта Закона о општем управном поступку у контексту реформе јавне управе у Србији* (Миловановић, Цуцић, 2015); *Облици управног поступања по новом Закону о општем управном поступку Републике Србије* (Васиљевић, 2016); *Управно поступање у новом Закону о општем управном поступку* (Пљакић, 2016); *Управни поступак и управна ствар у новом Закону о општем управном поступку Србије* (Лилић, 2016); *Основна начела управног поступка у Србији и европски правни стандарди* (Лончар, 2016а); *Посебни управни поступци* (Лончар, 2016б); *Појам управне ствари и нови Закон о општем управном поступку РС* (Радошевић, 2016); *Неке новине у Закону о општем управном поступку - 'управно поступање'* (Милков, Радошевић, 2017); *Поводом новог нацрта Закона о општем управном поступку Републике Србије* (Лончар, 2017); *Временско важење Закона о општем управном поступку* (Миловановић, 2017); *Нови закон о општем управном поступку: зборник радова* (Томић, 2018); *О глобалним трендовима у кодификовању управног поступања* (Вучетић, 2018); *Претпоставке за примену Закона о општем управном поступку* (Миловановић, 2018); *Практична примена новог ЗУП-а: спорна питања и одговори: анализа и коментар најзначајнијих отворених питања практичне примене новог Закона о општем управном поступку (2016)* (Лилић, Манојловић Андрић, Голубовић, 2018); *Фино подешавање Закона о општем управном поступку* (Цуцић, 2018); *Управна ствар и управно-судска ствар. Прилог реформи српског законодавства и правосуђа* (Прица, 2019); *У име јавности: легитимација заступника колективних интереса и ширих интереса јавности у управним стварима* (Јеринић, 2020); *Начело предвидивости у управном поступку* (Милков, Радошевић, 2020), *Chapter IX – Serbia, in: Administrative Proceedings in the Habsburg Succession Countries* (Вучетић, 2020).

3 В. одредбу члана 192. ЗУП-а из 1997. године.

4 В. одредбу члана 210. ЗУП-а из 1997. године. У ставу 2. поменутог члана наводио се да постоји и друга врста закључка којом се: „... одлучује о питањима која се као споредна појаве у вези са спровођењем поступка, а о којим се не одлучује решењем“ (Томић, Бачић, 1999, 302).

доноси решење. Увођењем института процесног решења, проширено је његово дејство на све ситуације у којима се одлучује о питањима која су од таквог значаја да за собом повлаче право странке на изјављивање жалбе (и, евентуално, тужбе). Питања на која ћемо у наставку пробати да дамо одговор јесте какав је био циљ законодавчевог увођења тог института, у којим ситуацијама се процесно решење има доносити и колико је овакав „новитет“ делотворан.

2. Теоретске и методолошке поставке истраживања

Појам делотворности у правној науци често изазива различите недоумице. Прво, зато што му се може приступати из различитих углова. Први угао је рефлексија доктрина новог јавног менаџмента и доброг управљања и у том контексту делотворност се често доводи у везу са организационим нормама које регулишу рад јавне управе и питањима као што су стратешко управљање, јавне политике, мерење ефеката, исхода резултата, и учинка делатности јавне управе. У том контексту реч делотворност често се мења дословнијим преводом енглеског изворника (*effectiveness*), па се у радовима често може наћи израз ефикасност који би требало да значи потпуно исто. О тим аспектима делотворности, у контексту локалног управног поступања, опширно је писано у *Приручнику о добром управљању на локалном нивоу* (Јеринић, Вучетић, Станковић, 2020: 323-347).

У овом раду питању делотворности приступамо из другог, више правног угла.⁵ Пре него што пређемо на други начин одређивања појма делотворности, морамо само да истакнемо да и у овом првом појмовном одређењу, у садржину појма делотворности не треба да улази само минимално коришћење расположивих ресурса у управном деловању, јер се онда делотворност меша са сличним појмом, а то је ефикасност (која такође има своју процесну страну). И у овом, тзв. „управљачком“ дефинисању делотворности, примат има њена аксиолошка страна, јер се „у игру“ уводе циљеви управног рада (као најважније вредности неког друштва), и њихов однос са резултатима који се тим радом остварују. Тако, делотворност ће постојати када се најважнији друштвени циљеви и вредности у раду управе остварују у највећој могућој мери. У питању је степен остварености добро изабраних циљева максималним коришћењем расположивих ресурса (Јеринић, Вучетић, Станковић, 2020: 291, 323-325). У том контексту отвара се и прво истраживачко питање нашег рада – који је био циљ законодавца када је увео институт процесних решења

⁵ Претходни приступ својствен је ауторима који се баве научном дисциплином Наука о управљању.

у првостепени управни поступак, и да ли се он најбоље може остварити коришћењем института процесног решења на начин на који је оно регулисано тренутно важећим Законом о општем управном поступку? По правилу, уколико се у стварним животним ситуацијама јавља јаз између нормативе и праксе, а резултати не одговарају постављеним циљевима, истраживачка пажња се има усмерити на утврђивање узрока (фактора) тако насталог јаза. Такав приступ заузећемо и овде. Но, пре него што почнемо да дајемо одговор на ово истраживачко питање, биће потребно да још ближе „осветлимо“ садржину појма делотворности. Овога пута, реч је о другом могућем „углу“, о правној делотворности.⁶

У чисто правном смислу, најзначајнија је делотворност правне заштите. У којој мери неки процесни институт, нпр. правни лек, омогућава странци да заштити своја права. Чак се може рећи да је право на делотворну правну заштиту део основног корпуса људских права, али да се под њиме подразумева пре свега судска заштита основних права човека и грађанина. Илустрације ради навешћемо само одредбе члана 13. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода који наводи да „свако коме су повређена права и слободе предвиђени у овој Конвенцији има право на делотворан правни лек пред националним властима, без обзира на то јесу ли повреду извршила лица која су поступала у службеном својству“. У управним поступцима, као што ћемо касније ближе видети, правна делотворност се додатно компликује, јер се има мерити са аспекта странке, али и са аспекта јавног/општег интереса. Делотворност је у правном смислу тесно повезана са применљивошћу одређених правних института, која може бити интерна и екстерна (Јеринић, Вучетић, Станковић 2020: 324). Тзв. екстерни облик применљивости тиче се институција које норму примењују. Интерни аспект применљивости норми постоји онда када се „мери“ у ком степену се њихови адресати придржавају прописаних правила.⁷

У разматрању теоријског одређења правне делотворности нужно је да се вратимо, макар за тренутак, на „класике“ српске правне науке и на њихово

6 Постоје и друге врсте делотворности, нпр. економска и друштвена. Види више опет у поменутом *Приручнику за спровођење принципа доброг управљања на локалном нивоу* (Јеринић, Вучетић, Станковић, 2020: 324-325).

7 Могло би се, на трагу онога што Митровић пише, говорити и о примарној и секундарној (не)делотворности правне норме. Примарна би била исто што и интерна, док би секундарна делотворност (за коју овај аутор као синоним, користи термин ефикасност – по нашем схватању погрешно) постојала „када државни органи присиљавају субјекте да се понашају по санкцији правне норме или је извршавају уместо њих“ (Митровић, 2017: 321).

разумевање тог појма.⁸ Радомир Лукић, у свом *Систему филозофије права*, бавећи се аксиологијом права, као учењем о вредностима (Лукић, 1995: 484) у основне правне вредности сврстава правну сигурност и правну делотворност!

Дакле, по њему, делотворност је чисто правна вредност и у тесној вези је са практичношћу права, потребом да оно буде благовремено примењено, услед чега оно долази у колизију, сукоб са другим правним вредностима попут истине, правде и законитости, јер њихово најпотпуније остваривање захтева и трошење највише времена (Лукић, 1995: 519). Лукић зато наводи: „Отуд и велика одговорност правника, односно свих учесника у правном животу, како би се обезбедила највећа делотворност уз највеће поштовање осталих правних вредности“. Међутим, наводи он даље: „Ниједна правна вредност, није толико значајна да би се могло захтевати да за рачун њеног потпуног остварења друге вредности буду окљаштрене или чак и неостварене, али пред делотворношћу, практичношћу права уступају теоријске вредности и савршенство права“. (Лукић, 1995: 520). Али значај делотворности најбоље илуструје следећи цитат овог великана српске правне науке:

„Позната истина „*summum ius, summa iniuria*“ има и једну своју страну која је повезана управо са делотворношћу права. Наиме, да би право било „савршено“ у смислу који је напред одређен, оно би морало да утроши сувише времена и напора за регулисање датих односа, што би могло да доведе до кашњења и неделотворности. Право мора у првом реду бити делотворно, па макар то водило и извесној несавршености“ (Лукић, 1995:520).

Међутим, у Лукићевом одређивању делотворности поткрало се нешто што ће касније изазвати доста неспоразума, спорења и неслагања. Наиме, он је за делотворност као синоним употребио и реч „ефикасност“ (Лукић, 1995: 519), иако је, као што смо видели, делотворност надградња ефикасности. Тумачење правога схватања појма делотворности овог аутора оставићемо за неку другу прилику. Ми смо право схватање тог појма изнели нешто раније у тексту. Међутим, под утицајем Лукића, и неки други аутори, по нама погрешно, редукују делотворност на ефикасност, или лутају при одређивању њене садржине. Тако нпр. Митровић, у свом *Уводу у право* наводи: „Делотворност (*ефикасност, efficacitas*) је чисто практична правна вредност“, да би одмах потом, реченицу касније, написао: „Али, чему ефикасност без делотворности?“ и фактички прихватио да је делотворност

⁸ Разлог томе је тај што се у управно-правној литератури много више пажње посвећује делотворности рада управних службеника, тј. овлашћених службених лица.

више од пуке ефикасности, јер „ефикасно поступање могло би лако да постане неделотворно, како показују бирократизовани државни апарати“ (Митровић, 2017: 321). Зато овај теоретски део нашег рада, као секундарни циљ има и то да се отклоне појмовна мешања делотворности и ефикасности. Према нашем, у другим делима, већ изнетом схватању, ефикасност значи да се „реализација изабраних циљева оствари уз оптимално коришћење времена, материјалних и људских ресурса“ (Јеринић, Вучетић, Станковић, 2020: 291). Деловати ефикасно значи „радити на прави начин“, док делотворност значи остваривати у што већој мери „праве ствари“, односно, да поновимо, степен остварености добро постављених циљева максималним коришћењем расположивих ресурса. Наравно, у пракси ће најбоље резултате имати њихова комбинација, коју најбоље илуструје крилатица „радити праве ствари на прави начин“!

Но, не заборавимо да је прави предмет нашег рада заправо анализа института процесних решења, као новине уведене изменама Закона о општем управном поступку 2016. године. Како засебно, тако и из угла њихове делотворности. Зато ћемо у наставку видети како је, нормативно (у ЗУП-у), одређен институт процесног решења.

Процесним решењима се одлучује о (процесним) правима и обавезама странака током управног поступка, док се мериторним решењем одлучује о предмету управног поступка – управној ствари! Увођењем института процесног решења јасна разлика између главне и споредне одлуке, која је својствена већини правних поступака, је напуштена, са циљем веће заштите процесних права странака. Тиме се у српском управном процесном праву, од ситуације коју смо имали у претходним ЗУП-овима, у којој је постојала једна врста решења (као мериторног управног акта) и две врсте закључака (као управних аката, и помоћних акцесорних аката) сада дошло до ситуације у којој имамо три врсте управних аката – од којих се две називају решење, а једна закључак.

Како наводе Томић, Милосављевић и Цуцић: „Решењем се увек окончава поступак, макар и немериторно, тј. њиме се одбацује захтев за покретање првостепеног поступка или жалба (чланови 92 и 162) и обуставља поступак (члан 101). Решење се доноси и у другим случајевима одређеним ЗУП-ом, на пример кад се прекида поступак (члан 100) или у поступку управног извршења (члан 196).“ (Томић, Милосављевић и Цуцић, 2017: 154). Овде се, у вези са предметом рада отвара још једно значајно, теоријско, питање. Да ли су сва немериторна решења, истовремено и процесна решења? Да ли, заправо, имамо три врсте решења? Или две и које две? Да ли су то мериторна и немериторна решења или мериторна и процесна решења?

Или поделу треба правити на решења којима се окончава поступак (мериторно и немериторно) и процесна решења – чиме већ долазимо до могуће троеобе. Да ли постоји разлика између немериторних и процесних решења или је између њих могуће ставити знак једнакости?

Милков је става да постоје две врсте решења. „Једно су процесна решења, која се тичу одлучивања о правима и обавезама странке током вођења поступка, а друго је мериторно решење о самој управној ствари, којим се одлучује о правима и обавезама странке, о предмету управног поступка.“ (Милков 2017: 210).

На сличном становишту је и Томић. У Коментару ЗУП-а из 2019 године он наводи да „Осим мериторних, класичних (у смислу става 1) постоје и процесна решења: о одбацивању захтева или жалбе странке, о обустављању поступка, као и о његовом прекидању, о новчаном кажњавању сведока, поводом одлучивања о приговору, о ускраћивању заступања надриписару, о трошковима поступка, код одлучивања о понављању поступка и многа друга, предвиђена ЗУП-ом“ (Томић, 2019: 544). Овај аутор, у свом *Коментару*, неспорно на супротан крај од мериторног решења ставља процесно, а не немериторно решење (што није био случај у коауторском *Практикуму*). Он тако пише: „Мериторан управни акт може да буде и решење о приговору, (в. члан 150) ако се приговор усваја. С друге стране, оно је процесног карактера ако се њиме приговор одбија“. (Томић, 2019: 161) Ипак у наставку прави одређену градацију међу процесним решењима, чиме показује да још увек, „подсвесно“, оставља простор за издвајање тзв. немериторних решења. „Поједина од њих приближавају се својом улогом значају који има одлука о главној ствари. Такво је, на пример, решење о обустављању поступка (примерице оно из члана 101. став 3. као последица одустанка странке од захтева), о одбацивању жалбе (члан 162. и члана 167. код одлучивања о понављању поступка (члан 181) и слично“ (Томић, 2019: 161).

Увођењем категорије процесног решења, „пољуљана“ је једна од основних, теоретских карактеристика (обележја) управних аката – њихов (правно) решавајући карактер. Ово обележје управних аката има карактер „општег места“ у теоретским деловима уџбеника Управног права⁹ и засновано је на раније важећим верзијама Закона о општем управном поступку. Међутим, шире посматрано и процесна решења имају правно решавајући карактер, али у процесном смислу, јер се њима одлучује о процесним правима и обавезама учесника у управном поступку. Зато смо мишљења

⁹ В. нпр. *Опште управно право: организационо, материјално, процесно* (Томић, 2021: 209), *Управно право – општи део* (Димитријевић, 2019: 169, 175-176), *Управно право* (Васиљевић, Вукашиновић-Радојичић, 2019:296), и др.

да је увођењем института процесног решења наведена одлика решења само „пољуљана“, али не и обесмишљена, и да уз додатна појашњења везана за две врсте решења може остати на снази.

До овог рада, колико је аутору познато, нико није поименце издвојио и детаљно анализирао процесна решења, и зато ће се томе приступити у наредном, емпиријском делу рада, како би се остварио и други циљ истраживања. Том приликом биће највише коришћен лексичко-логички нормативни правни метод.

3. Резултати истраживања

Пре него што пређемо на позитивно-правна, управно-процесна одређења конкретних облика процесних решења, погледајмо како се делотворност одређује у нашем позитивном праву и документима јавних политика. Пођимо прво од *Стратегије реформе јавне управе у Републици Србији за период од 2021. до 2030. године*, којом је делотворност сврстана у једно од основних начела реформе јавне управе.¹⁰ *Стратегија регулаторне реформе и унапређења система управљања јавним политикама за период од 2016-2020 године*,¹¹ као карактеристике делотворности одређује: решавање проблема прописом, применљивост прописа, јасно дефинисање надлежности субјеката који ће пропис примењивати и могућност поштовања прописа и његовог придржавања од стране грађана и привредника (Јеринић, Вучетић, Станковић, 2020: 329).

У контексту делотворности рада поступајућег овлашћеног службеног лица је свакако најзначајније одређење делотворности у одредби става 1. члана 9. Закону о општем управном поступку из 2016. године. Према тој норми орган је дужан да странкама омогући да успешно и целовито остваре и заштите своја права и правне интересе.¹² Поставља се питање

10 У овој Стратегији, делотворност је одређена као „окренутост ка резултатима“. Стратегија је објављена у *Сл. гласник РС*, бр. 42/21, и наслања се на претходна документа јавних политика у овој области.

11 *Сл. гласник РС*, бр. 8/16.

12 Као примере законског регулисања службеничке делотворности, можемо навести одредбе још неколико Закона. Када је у питању поступање овлашћених службеника Закон о државним службеницима (одредба члана 6), Закон о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе (одредба члана 17) и Закон о запосленима у јавним службама (одредба члана 22) садрже идентичну формулацију која, осим за законитост и стручност, предвиђа њихову одговорност за делотворност рада! Закон о инспекцијском надзору на више места истиче значај делотворности, али је у њему битно то што он успоставља и критеријуме делотворности инспекцијског рада у виду показатеља у одредби члана 44.

како тумачити, тј. одредити садржину правних стандарда успешно и целовито, али оно излази изван оквира нашег истраживања. Одредба члана 9. ЗУП-а, иако директно не говори о делотворности самог тог прописа, и њиме уведеног института процесног решења, од значаја је за делотворност сваког појединачног, конкретног управног поступања.

Погледајмо сада које врсте процесних решења у првостепеном поступку регулише ЗУП и како то чини.

3.1. Решење о одбацивању захтева странке

Према одредбама чланова 59, 62. и 92. Закона о општем управном поступку ова врста процесног решења доноси се када нема услова за покретање поступка, односно нису испуњене процесне претпоставке за вођење управног поступка, када није реч о управној ствари, када је орган ненадлежан за одлучивање, а не може да одреди ко је надлежан; када је поднесак поднет од неовлашћеног лица, када је захтев неблаговремено поднет и када је неурадан, па није уређен у остављеном року; када се у истој управној ствари већ води управни или судски поступак или је о њој већ правноснажно одлучено решењем којим је странци признато право или наложена нека обавеза.

3.2. Решење којим се не дозвољава измена захтева

Према одредби члана 97. ЗУП-а „странка може да измени захтев док не буде обавештена о решењу првостепеног органа, ако се измена заснива на битно истом чињеничном стању“. Према одредби става 2 истог члана о недозвољености измене захтева одлучиће орган решењем.

3.3. Решење којим се обуставља поступак

Разлози за обустављање поступка су ако орган нађе да нема услова да се поступак даље води, а закон не налаже да се поступак настави, као и „други случајеви одређени законом“. Овде је законодавац очито мислио на тзв. посебне законе. Примера ради, поступак ће бити обустављен ако је странка одустала од захтева којим је покренут поступак; ако је закључено поравнање; ако понашање странке очигледно указује да више нема интереса да учествује у поступку (члан 108. став 3, члан 114. став 2. и члан 86. став 2), ако је наступила смрт странке или престанак правног лица у току поступка и слично.

Решење о обустављању поступка неће се донети у вишестраначким поступцима у којима „се противна страна противи обустављању поступка

или када је настављање поступка, који је могао бити покренут и по службеној дужности, у јавном интересу“ (члан 98. ст. 3.).

Према одредби члана 108. ЗУП-а, ако странка поводом чијег захтева је покренут поступак „не поднесе у одређеном року доказ о томе да је од надлежног органа тражила покретање поступка по претходном питању“, сматраће се „да је одустала од захтева,“ па ће овлашћени службеник обуставити поступак процесним решењем. Овде се поставља питање који је оправдани рок?

Слична ситуација ће се поновити и уколико странка изостане са усмене расправе. Уколико странка изостане са усмене расправе на коју је уредно позвана, а поступак је покренут њеним захтевом, према одредби члана 114. ЗУП-а, орган решењем обуставља поступак (овде нема простора за оцену целисходности) „ако из целокупног стања ствари може да се претпостави да је странка одустала од захтева“.

3.4. Решење о прекиду поступка

Последњом верзијом ЗУП-а нормирано је да се прекидање поступка врши процесним решењем. Разлози када се то има учинити су по први пут таксативно побројани у ЗУП-у у односу на раније верзије у којима се о прекиду поступка одлучивало закључком.

Према одредби члана 100 ЗУП-а орган решењем прекида поступак: „1) ако законски заступник странке умре или изгуби процесну способност – док се странци не постави привремени заступник или не одреди законски заступник; 2) ако законски заступник физичког лица не показује потребну пажњу у заступању – док орган старатељства не одлучи о томе кога ће поставити за новог законског заступника; 3) ако странку заступа законски заступник чији су интереси супротни интересима странке или ако противне странке заступа исти законски заступник – док орган старатељства не одлучи о томе кога ће поставити за новог законског заступника; 4) ако наступе правне последице стечаја – док стечајни управник не ступи у поступак.“

Поступак је могуће прекинути „и у другим случајевима одређеним законом“. Специфичност овог решења јесте да жалба против њега не одлаже извршење решења. Овакав приступ показује да је законодавац морао да се „повије“ под захтевима практичности, јер би одлагање извршења овог решења значајно успорило одлучивање о главној управној ствари. Првостепени орган обавестиће другостепени о наставку поступка, при чему треба имати у виду да рокови за предузимање радњи у поступку не

теку док је поступак прекинут, што се односи и на рок у коме се има издати „мериторно“ решење.

Поступак се нарочито прекида ради утврђивања чињеница без чијег решења се не може водити поступак. Најчешће се ради о питањима која чине самосталну правну целину, за чије је решавање надлежан суд или други државни орган. Реч је о тзв. претходним правним питањима. Прекид поступка обавезан је због питања која се тичу „постојања кривичног дела или брака, утврђивања родитељства“, и ако је то посебним законом уређено (Димитријевић, 2019: 292-294).

3.5. Решење о изрицању новчане казне

Овде заправо имамо две подврсте овог решења, али смо се ипак одлучили да их заједно обрадимо. Прво, према одредби члана 115. ЗУП-а овлашћено службено лице ће упозорити лице које омета ток расправе на непримерено понашање, а ако то лице настави са ометањем расправе може му изрећи новчану казну до износа просечне месечне зараде по запосленом, са порезима и доприносима, која је остварена у Републици Србији у претходном месецу, према подацима органа надлежног за послове статистике. Новчана казна изриче се процесним решењем, а жалба на њега не одлаже извршење, што је у реду са аспекта делотворности.

Друго, према одредби члана 127. ЗУП-а, новчана казна може се изрећи и сведоку који је уредно позван па не дође на усмену расправу, нити оправда изостанак, или се са усмене расправе удаљи без дозволе овлашћеног службеног лица (уз то је могуће решењем одлучити и о томе да то лице сноси трошкове довођења на расправу). Казна ће се изрећи и уколико сведок дође на усмену расправу, па неоправдано ускрати сведочење. Специфичност ове врсте процесног решења јесте та да ће орган поништити решење о новчаној казни ако сведок накнадно оправда изостанак са усмене расправе, односно накнадно пристане да сведочи. Ово друго решење се може донети, а ово прво се мора донети у случају наступања предвиђених чињеница (видети одредбе става 3. и 4. члана 127 ЗУП-а).

3.6. Решење о одбијању захтева и његове подврсте

„Претходно“ питање које се отвара приликом анализе ове врсте решења, јесте да ли су она процесна или материјално-правна? Питање је могуће поставити јер се њима индиректно одлучује о праву странке, тако што се захтев за њиховим признавањем права одбија, након мериторног разматрања предмета поступка. Ми смо ипак на линији коју заступају

и други аутори, да се ради о процесним решењима, јер се њима одбија промена правне ситуације странке, па она не могу стећи својство правне непроменљивости.¹³ Пошто смо ово питање разрешили погледајмо сада које подврсте овог решења, осим решења о одбијању главног захтева странке, постоје.

Прво, то је решење о одбијању захтева за измену „управног уговора због промењених околности“ (одредба члана 23 ЗУП-а). У ставу другом поменутог члана наводи се да ће орган одбити „захтев странке ако нису испуњени услови за измену уговора или ако би измена уговора изазвала штету по јавни интерес која би била већа од штете коју би претрпела странка“.

Друго, према одредби члана 29 ЗУП-а (став 4): „Захтев странке за издавање уверења и друге исправа може да се одбије решењем“. Истим таквим решењем одбиће се захтев странке да се већ издато „уверење или исправа о чињеницама о којима се води службена евиденција“ издају „сагласно подацима из службене евиденције“, па странка тражи „њихову измену или издавање новог уверења“. Крајњи рок за издавање оваквог уверења је 8 дана, а у случају његовог пропуштања законодавац је нормирао претпоставку да је донето негативно решење, односно да је захтев странке одбијен.

Треће је решење којим се одбија „издавање уверења о којима се не води службена евиденција“. Ова врста решења нормирана је идентично као и претходно решење. Једина, практична, разлика јесте та што се ово решење има донети у року од 30 дана.

Четврто је решење о одбијању захтева странке за разгледање списка, или обавештавање о току поступка. Сходно одредби члана 65 ЗУП-а овлашћени службеник ће решењем одбити захтев странке „за разгледање списка и обавештавање о току поступка“. Решење се доноси у року од осам дана од пријема захтева (боље би било да је стајало од дана пријема захтева), може се поднети жалба другостепеном органу у року од 8 дана.

3.7. Решење о извршењу

Према одредби члана 196. ЗУП-а, „орган који је надлежан за спровођење извршења издаје решење о извршењу по службеној дужности или на предлог тражиоца извршења, у року од осам дана од подношења предлога“.¹⁴

13 Види претходни, теоретски, део рада.

14 Према ранијој верзији Закона о општем управном поступку у овој ситуацији се доносио закључак о дозволи извршења (в. члан 268 ЗУП-а из 1997. године, *Сл. лист*

У ставу другом истог члана наводи се да: „Решење о извршењу садржи утврђење о томе када је решење постало извршно, време место, и начин извршења и налог тражиоцу извршења да унапред положи одређену суму новца за покривање трошкова извршења“. Решење о извршењу може да садржи „додатни рок за извршење обавезе“ или се њиме може наложити да се обавеза има извршити одмах. У последња два става члана 197. наводи се да се о „решењу о извршењу обавештава се извршеник и тражилац извршења ако је донето на његов предлог“, те да „трошкове извршења сноси извршеник, о чему се по завршетку извршења доноси допунско решење“.

3.8. Решење о обезбеђењу извршења

Према одредби става 1. члана 205. ЗУП-а: „Ради обезбеђења извршења, на предлог странке или по службеној дужности, поједине радње извршења могу да се предузму и пре него што решење постане извршно, ако би његово касније извршење могло бити спречено или знатно отежано.

Према одредби става 2. члана 205. ЗУП-а: „Извршење ради обезбеђења може да се допусти и кад је обавеза противне странке утврђена или барем учињена вероватном, ако постоји опасност да ће противна странка располагањем имовином, договором са трећим лицима или на други начин спречити или знатно отежати извршење обавезе. О извршењу ради обезбеђења доноси се привремено решење о обезбеђењу“.

Као што видимо ово процесно решење има привремен карактер.

3.9. Решење о постављању привременог заступника

Према одредби члана 48. ЗУП-а, орган овим „решењем поставља странци привременог заступника“ уколико она „није процесно способна, а нема законског заступника“. Потом, исто ће учинити и „ако правно лице, организација, насеље, и друга странка која није правно лице нема овлашћеног представника; ако странку заступа законски заступник чији су интереси супротни интересима странке; ако противне странке заступа исти законски заступник; ако радњу треба предузети према странци чије пребивалиште или боравиште није познато, а нема пуномоћника.“ Услов за овакво поступање је хитност одлучивања и спровођења поступка. Иста врста решења има се донети када странци није познато пребивалиште

СРЈ, 33/97). Нешто детаљније објашњење могуће је наћи у Коментару Закона о општем управном поступку („Сл. лист СРЈ“, бр. 33/97 и 21/2001 и „Сл. гласник РС“, бр. 30/2010) по члановима (Урошевић 1997: 285).

или боравиште, а оно се онда објављује на веб страници и огласној табли органа.

Из разлога хитности привремени заступник ће се поставити и када радња не трпи одлагање, а странка, њен законски заступник, овлашћени представник или пуномоћник не могу бити благовремено позвани да присуствују радњи.

Разлози хитности утицали су на чињеницу да је законодавац прописао да жалба против ове врсте решења не одлаже његово извршење. Овакво компромисно решење допринело је делотворности целокупне норме.

3.10. Решење о ускраћивању заступања надриписару

Према одредби члана 49. ЗУП-а „пуномоћник може бити свако ко је потпуно пословно способан, изузев лица које се бави надриписарством“. Том лицу „орган ускраћује заступање решењем против кога је дозвољена жалба“, али која неће одложити његово извршење.

Обзиром да се у овој ситуацији индиректно ради о праву странке, али се ипак решењем одлучује више о (не)праву надриписара, чињеница да жалба не одлаже извршење доприноси делотворности целокупног поступка.

3.11. Решење о предлогу за повраћај у пређашње стање

Странци која из оправданих разлога пропусти рок за предузимање радње у поступку, услед чега изгуби право да ту радњу предузме, дозволиће се решењем, враћање у пређашње стање. Исто ће се учинити и када је услед очигледне омашке или незнања поднесак благовремено предат ненадлежном органу. На крају, повраћај у пређашње стање ће се дозволити и када је странка очигледном омашком прекорачила рок, ако надлежни орган прими поднесак у наредна три дана од прекорачења рока (уколико би странка због прекорачења изгубила неко право). Против решења којим је одобрено враћање у пређашње стање жалба није дозвољена, изузев ако је предлог био неблагоприятан или недозвољен (став 7. члана 83. ЗУП-а).

3.12. Решење о претходном сношењу трошкова поступка

Према одредби става 2. члана 86. ЗУП-а, „ако је поступак покренут захтевом странке, а са сигурношћу може да се предвиди да ће испитни поступак изазвати посебне новчане издатке (због увиђаја, вештачења, доласка сведока и сл.) орган може решењем наложити странци да у одређеном року, унапред положи новац којим се покривају предвиђени новчани издаци“.

Овде видимо да законодавац поштује процесну дискрецију овлашћеног службеног лица које ће пре доношења решења одлучити о целисходности његовог доношења.¹⁵

3.13. Решење о ослобађању од плаћања процесних трошкова

Према одредби члана 89 Закона, „странка може бити ослобођена од плаћања трошкова у целини или делимично ако не може да сноси трошкове без штете по своје нужно издржавање или нужно издржавање своје породице или ако је то предвиђено потврђеним међународним уговором“. Остварење овог процесног права странка мора тражити, а о њему се одлучује решењем.

3.14. Решење о плаћању трошкова насталих изостанком или неоправданим ускраћивањем сведочења

Као што смо већ навели, приликом анализе одредби члана 127. ЗУП-а, у вези са изрицањем новчане казне,¹⁶ „орган може одлучити да сведок накнади трошкове које је изазвао својим неоправданим изостанком или неоправданим ускраћивањем сведочења“. У одредби става 5. члана 127. се не наводи да се том приликом одлука доноси у форми процесног решења, али се тумачењем свих осталих одредби тог члана, а пре свега става 2 и 3, може лако закључити да је у питању баш решење и то вероватно решење о изрицању новчане казне које ће у себи садржати и одлуку о плаћању трошкова. Овде се поставља питање да ли је ову одлуку могуће донети засебно, јер ако није онда ова врста процесних решења не може имати самосталну егзистенцију.

15 Међутим, како у делу *Правна везаност и оцена целисходности* наводи Петровић позивајући се на В. Јелинека (W. Jellinek) употреба израза „може“, „сме“, „овлашћен је“, итд. „ствара додуше јаку, али обориву претпоставку оцене целисходности“ (Петровић 1981: 84). Иако овај рад није посвећен дискреционој процени управног органа, сматрамо корисним да читаоце једним цитатом из поменутог дела подсетимо на изузетну сложеност тог питања: „Сасвим обрнуто, дубоки смисао »може-прописа« је у томе да управа, примењујући их, остаје у *типичним случајевима* везана и даље чињеничним стањем. Тек у *атипичним случајевима*, када против главне правне последице говоре прецизни, посебни, претежни разлози, управни орган може да одступи од ње, дајући маха својој оцени целисходности. Јер законодавац допушта оцену целисходности код »може-прописа« као један изузетак, зато што не може да предвиди све могуће атипичне ситуације, чије неузимање у обзир може да угрози постизање циља закона, а никако не зато да би, као код јачег облика оцене целисходности, оставио управи један простор слободе преображавања.“ (Петровић, 1981: 85).

16 В. поднаслов 3.5.

3.15. Решење о накнади штете држаоцу ствари

Према одредби члан 133. ЗУП-а којим се регулишу сва питања од значаја за вршење увиђаја, у ставу 10. се наводи да се „држаоцу ствари надокнађује штета коју увиђај проузрокује“, а о томе се доноси одлука у форми процесног решења.

3.16. Решење о предлогу за обезбеђивање доказа

Према одредби члана 135. ЗУП-а, у случају оправдане бојазни да неки доказ касније неће моћи да се изведе или да ће његово извођење бити отежано, доказ може да се изведе у току поступка или пре покретања поступка – и та радња се назива обезбеђење доказа. Она се предузима на предлог странке или по службеној дужности, а уколико се ради о предлогу о њему се одлучује процесним решењем органа који води поступак. Уколико се обезбеђивање доказа предлаже пре покретања поступка, или после коначности или правноснажности решења, о предлогу одлучује орган на чијем подручју се налази ствар која треба да се разгледа или борави лице које треба да се саслуша. Интересантно је да се дословним тумачењем одредбе става 8. члана 135. може закључити да се обезбеђење сужава само на разгледање ствари или саслушање лица што би по нашем мишљењу било упитно, јер је обезбеђење доказа шири појам који у себи може садржати и друге радње.

3.17. Решење о одређивању привремене мере

Према одредби члана 105. ЗУП-а „орган може да одреди привремену меру, у складу са законом.“ Одређивање привремене мери извршиће се процесним решењем „које се издаје без одлагања“.

4. Дискусија и закључак

Пре него што пређемо на сумирање резултата истраживања, треба рећи да у вези са процесним решењима има још питања која је могући анализирати. Нпр. када је реч о форми процесних решења, иако се на облик и саставне делове процесних решења примењују исте одредбе ЗУП-а које се односе на тзв. материјално-правна решења, мишљења смо да је у некој будућој новели ЗУП-а потребно извесну пажњу посветити специфичностима те форме, јер одредбе чланова 140.-144. искључиво регулишу форму материјално-правних решења. Потом, поставља се питање да ли се у жалби против главног, мериторног решења може оспоравати нека чињеница која претходно није оспорена жалбом против процесног

решења? На крају, поставља се питање да ли је било простора да се допуни текст одредбе члана 69. којом је регулисано постављање пуномоћника за пријем писмена, и да се пропише да се и у овим ситуацијама привремени заступници постављају процесним решењем. Наиме, према одредби става 2. поменутог члана ако „се странка или законски заступник странке налазе у иностранству, а немају пуномоћника у Републици Србији орган њима, при упућивању првог писмена, оставља рок који не може бити дужи од 30 дана да одреде пуномоћника за пријем обавештења. При томе упозорава их да ће, ако то пропусти, поставити о њиховом трошку пуномоћника за пријем обавештења“. Исто ће орган учинити и у ситуацијама када више од пет странака учествује у истом поступку, а немају супротне интересе и заједничког пуномоћника – када се поставља заједнички пуномоћник за пријем обавештења. Мишљења смо да у некој будућој новели ЗУП-а треба допунити текст ових норми и изричито навести да се пуномоћник и заједнички пуномоћник за пријем обавештења постављају решењем!

Да се сада вратимо на основна истраживачка питања која смо поставили у уводу текста. Прво од њих се тицало циља који је законодавац хтео да оствари увођењем института процесног решења. Тај циљ је на првом месту био да се странкама омогући већи степен правне заштите. И тај циљ је свакако остварен. Са друге стране, детаљно испитивање стварног коришћења жалбе на процесна решења у пракси, можда би довело у питање и нашу тврдњу да је увођењем института процесног решења повећана правна заштита странке. То је питање које тек треба истражити у посебном раду. За сада тврдњу да странке ретко посежу за жалбом на процесна решења, можемо изнети само на основу информација које смо добили у разговорима са службеницима појединих локалних самоуправа.

Други задатак нашег истраживања био је да тачно идентификујемо која се процесна решења могу доносити и у којим ситуацијама. Према нашим налазима у питању је у основи седамнаест врста процесних решења, премда се у два случаја појављују и подврсте ових решења (решење о изрицању новчане казне и решење о одбијању захтева странке), тако да је њихов укупан збир заправо већи. У закључку ћемо само набројати ове врсте решења: решење о одбацивању захтева странке, решење којим се не дозвољава измена захтева странке, решење којим се обуставља поступак, решење о прекиду поступка, решење о изрицању новчане казне, решење о одбијању захтева, решење о извршењу, решење о обезбеђењу извршења, решење о постављању привременог заступника, решење о ускраћивању заступања надриписару, решење о предлогу за повраћају пређашње стање, решење о претходном сношењу трошкова поступка, решење о ослобађању од трошкова поступка, решење о плаћању трошкова насталих изостанком

или неоправданим ускраћивањем сведочења, решење о накнади штете држаоцу ствари, решење о предлогу за обезбеђивање доказа и решење о одређивању привремене мере.

Као што смо већ навели, основни закључак на који извршена анализа упућује јесте да је увођење института процесног решења утицало на веће гарантовање одређених процесно правних вредности (већу правну заштиту, законитост, правичност итд.), али поставља се питање какав је оно ефекат имало на последње истраживачко питање у нашем раду, а то је питање делотворности таквог нормативног поступка. Наш је налаз да је то учињено на уштрб делотворности процесног поступања. Тога је био свестан и сам законодавац, па је покушао да смањену делотворност ублажи, допуном да жалба против неких од процесних решења не одлаже извршење решења, јер свако одлагање извршења решења смањује делотворност читавог поступка. Да је законодавац морао да поклекне пред захтевима „практичности“ поступка, односно права како их Лукић назива, показује и чињеница да је на више места увођење процесног решења „ублажено“ одредбом да жалба не одлаже извршење решења (решење о прекиду поступка, решење о изрицању новчане казне, решење о постављању привременог заступника, решење о ускраћивању заступања надриписару, и решење којим се одобрава повраћај у пређашње стање).

На крају, навешћемо да је увођењем института процесног решења отклоњен низ недоумица које су постојале у вези са закључцима који су се имали доносити током управног поступања и њиховим правним квалификацијама, што је за сваку похвалу, али да је тај поступак изазвао, и неке нове дилеме на чије правце решавања смо покушали да укажемо у овом раду.

Литература и извори

Васиљевић, Д. (2017). Облици управног поступања по новом Закону о општем управном поступку РС. *Правни живот*. 10 (II). 351-362.

Васиљевић, Д., Вукашиновић-Радојичић, З. (2019). *Управно право*. Београд: Криминалистичко-полицијски универзитет.

Вучетић, Д. (2014). Европска управно-процесна правила и општи управни поступак Републике Србије, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 68 (LIII). 175-186.

Вучетић, Д. (2018). О глобалним трендовима у кодификовању управног поступања. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 78(LVII). 197-215.

Вучетић, Д. (2020). Chapter IX – Serbia, in: Kmiecik Z., et al. *Administrative Proceedings in the Habsburg Succession Countries*. Łódź University Press, Wolters Kluwer, 2020.

Димитријевић, П. (2014). Апорије Закона о општем управном поступку. *Правни живот*. 10 (II). 197-210.

Димитријевић, П. (2019). *Управно право: општи део*. Ниш: Медивест, 2019.

Јеринић, Ј., Вучетић, Д., Станковић М. (2020). *Приручник за спровођење принципа доброг управљања на локалном нивоу*. Београд: Стална конференција градова и општина – Савез градова и општина Србије.

Јеринић, Ј. (2020). У име јавности: легитимација заступника колективних интереса и ширих интереса јавности у управним стварима. *Правни записи*. 2. 504-531.

Лилић, С. (2016). Управни поступак и управна ствар у новом Закону о општем управном поступку Србије (са освртом на регионално управног законодавство). У: Лилић С. (прир.) *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије: зборник радова*. Књ. 6. Београд: Центар за издаваштво и информисање. 11-37.

Лилић, С. Манојловић Андрић, К., Голубовић К. (2018). *Практична примена новог ЗУП-а: спорна питања и одговори: анализа и коментар најзначајнијих отворених питања практичне примене новог Закона о општем управном поступку (2016)*. Београд: Службени гласник.

Лончар, З. (2016а). Основна начела управног поступка у Србији и европски правни стандарди. У Стајић, Љ. (прир.) *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније: тематски зборник*. Књ. 5. Нови Сад: Правни факултет, Центар за издавачку делатност. 379-400.

Лончар, З. (2016б). Посебни управни поступци. *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду*. 4 (50). 1231-1249.

Лончар, З. (2017). Поводом новог нацрта Закона о општем управном поступку Републике Србије. У: Лукић, Р. (прир.). *Зборник радова: двадесет година Дејтонског мировног споразума*. Источно Сарајево: Правни факултет. 318-340.

Лукић, Р. (1995). *Систем филозофије права (Целокупна дела. Књ. 4)*. Београд: Завод за уџбенике и наставна средства.

Милков, Д (2017). *Управно право. (Књ.) 2, Управна делатност*. Нови Сад: Правни факултет, Центар за издавачку делатност.

Милков, Д., Радошевић, Р. (2016). Неке новине у Закону о општем управном поступку - 'Управно поступање'. *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду*. 3(50). 733-752

Милков, Д., Радошевић, Р. (2020). Начело предвидивости у управном поступку. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 1 (54). 1-19.

Митровић, Д. (2017). *Увод у право*. Београд: Центар за издаваштво и информисање Правног факултета.

Миловановић, Д., Цуцић, В. (2015). Нова решења Нацрта Закона о општем управном поступку у контексту реформе јавне управе у Србији. *Правни живот*. 10 (II). 95-110.

Миловановић, Д. (2017). Временско важење Закона о општем управном поступку. *Правни живот*. 10 (II). 267-281.

Миловановић, Д. (2018). Претпоставке за примену Закона о општем управном поступку. *Правни живот*. 10 (II). 149-167.

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

Пљакић, Љ. (2016). Управно поступање у новом Закону о општем управном поступку. *Правни живот*. 10 (II). 237-249.

Прица, М. (2019). Управна ствар и управно-судска ствар. Прилог реформи српског законодавства и правосуђа. Мирковић, Д. (ур.) *Право у функцији развоја друштва. Зборник радова*. Том I. 597-639.

Радошевић, Р. (2016). Појам управне ствари и нови Закон о општем управном поступку РС. *Правна ријеч*. 46. 325-342.

Томић, З., Бачић, В. (1999). Коментар Закона о општем управном поступку: са судском праксом и регистром појмова. Београд: Службени лист СРЈ.

Томић, З., Миловановић, Д., Цуцић, В. (2017). *Практикум за примену Закона о општем управном поступку*. Београд: Министарство државне управе и локалне самоуправе.

Томић, З. (ур.), (2017). *Нови Закон о општем управном поступку: зборник радова*. Београд: Глосаријум.

Томић, З. (2021). *Опште управно право: организационо, материјално, процесно*. Београд: Центар за издаваштво и информисање Правног факултета.

Урошевић, Р. (2017). *Коментар Закона о општем управном поступку ("Сл. лист СРЈ", бр. 33/97 и 21/2001 и "Сл. гласник РС", бр. 30/2010) по члановима*. Београд: Параграф Лекс.

Цуцић, В. (2018). *Фино подешавање Закона о општем управном поступку. Анали Правног факултета у Београду. 2 (LX). 139-163.*

Стратегија регулаторне реформе и унапређења система управљања јавним политикама за период од 2016-2020 године. *Сл. гласник РС*. Бр. 8/16.

Стратегија реформе јавне управе у Републици Србији за период од 2021. до 2030. године *Сл. гласник РС*. Бр. 42/21.

Закон о државним службеницима. *Сл. гласник РС*. Бр. 79/05, 81/05 - испр., 83/05 - испр., 64/07, 67/07 - испр., 116/08, 104/09, 99/14, 94/17, 95/18 и 157/20.

Закон о инспекцијском надзору. *Сл. гласник РС*. Бр. 36/15, 44/18 – др. закон и 95/18.

Закон о запосленима у јавним службама. *Сл. гласник РС*. Бр. 113/17, 95/18, 86/2019 и 157/2020.

Закон о општем управном поступку. *Сл. лист СРЈ*. Бр. 33/07.

Закон о општем управном поступку. *Сл. гласник РС*. Бр. 18/16 и 95/18 – аутентично тумачење.

Закон о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе. *Сл. гласник РС*. Бр. 21/16, 113/17, 95/18 и 113/17 – др. закон.

Dejan Vučetić, LL.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

EFFECTIVENESS OF PROCEDURAL DECISIONS IN FIRST- INSTANCE ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS

Summary

The paper analyzes the normative regulation of the procedural administrative decision institute, which was introduced into the Serbian administrative process as a novelty by the General Administrative Procedure Act (GAPA) in 2016. The paper aims to address three research questions: to determine the legislator's goal in regulating this institute, to identify in which situations such a decision has to be made, and to establish how effective that type of decision is. At the beginning of the paper, the author focuses on the concept of effectiveness, including different, mutually opposed, approaches to defining that notion. The author points out the conceptual misunderstanding between efficiency and effectiveness, and their unjustified equalization. The main goal of introducing the institute of procedural administrative decision is the aspiration for greater protection of parties' procedural rights. The analysis of the text of the General Administrative Procedure Act has yielded seventeen basic types of procedural administrative decisions: a decision on rejecting the party's request, a decision not to allow alteration of the party's request, a decision on suspending the procedure, a decision on termination of the procedure, a decision on imposing a fine, decision on request, a decision on execution, a decision on securing the execution, a decision on appointing a temporary representative, a decision on denying representation to a quack lawyer for unlicensed practice of law, a decision on proposal for restitution, a decision on bearing preliminary procedure costs, a decision on exemption from procedure costs, a decision on payment of costs resulting from the absence or unjustified denial of testimony, a decision on compensation for damage to the holder, a decision on the proposal for providing evidence, and a decision on ordering an interim measure. The author concludes that the institute of procedural administrative decision can negatively affect the effectiveness of administrative proceedings due to the possibility of its unnecessary extension.

Keywords: administrative law, general administrative procedure, decision, conclusion, effectiveness, efficiency.

Др Милош Прица,*
Доцент,
Правни факултет, Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-33788

UDK: 35.077(497.11)
Рад примљен: 02.09.2021.
Рад прихваћен: 20.09.2021.

СУПСИДИЈАРНА И СХОДНА ПРИМЕНА ЗАКОНА О ОПШТЕМ УПРАВНОМ ПОСТУПКУ**

Апстракт: У чланку се излаже разлика између супсидијарне и сходне примене Закона о општем управном поступку као општег закона наспрам посебних закона који упућују на примену Закона о општем управном поступку. Посебни закони према Закону о општем управном поступку могу стајати у режиму правне подређености али и у режиму правне упућености, из чега произлази разлика између супсидијарне и сходне примене општег закона, што је наше оригинално гледиште. Сходна примена означава примену општег закона саобразно природи односа између правила правног поступка и материје правног уређивања, док би супсидијарна примена подразумевала примену општег закона у целости у свим питањима која нису уређена посебним законом. У погледу обавезе усклађивања посебних закона са Законом о општем управном поступку, наше мишљење је 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.

Кључне речи: системски закон, општи закон, посебан закон, супсидијарна примена општег закона, сходна примена општег закона.

* pricamilos@prafak.ni.ac.rs

** Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја РС према уговору евиденциони број 451-03-9/2021-14/200120.

1. Увод

У различитим областима правног поретка на снази је велико мноштво закона који упућују на примену Закона о општем управном поступку. Реч је о законима мешовитог карактера, са материјалноправним и процесноправним одредбама. У процесноправном делу, дотични закони уређују само одређена издвојена правна питања, а у погледу свих преосталих питања правног поступка ови закони упућују на примену Закона о општем управном поступку, који важи као системски и општи процесни закон у правном поретку.

У 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.¹

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. Један системски закон према другом системском закону може стајати у односу посебног закона према општем закону али само у смислу правне упућености и нипошто у режиму правне подређености. Наведене чињенице чине оправданим употребу трију израза за означавање правног карактера закона: (1) системски (основни) закон, (2) општи закон и (3) посебан закон”. (Прица, 2018-I: 116)

1 Позитивноправно гледано, доктрина о разликовању системских и посебних закона заслуга је Уставног суда Републике Србије који је у својим јудикатима утврдио правне ставове везано за јединство правног поретка као уставни принцип. Основни правни став Уставног суда о јединству правног поретка гласи: „Полазећи од одредбе члана 4. став. 1. Устава која утврђује начело јединственог правног поретка, као један од основних принципа на којима почива уставноправни систем Републике Србије, Уставни суд указује да иако важећи правни систем у Републици не прави разлику између тзв. органских, основних или других закона који имају јачу правну снагу од осталих, „обичних“ закона, што има за последицу да, сагласно одредби члана 167. Устава, Уставни суд није надлежан да цени међусобну сагласност закона, уставно начело јединства правног поретка налаже да основни принципи и правни институти предвиђени законима којима се на системски начин уређује једна област друштвених односа буду испоштовани и у посебним законима, осим ако је тим системским законом изричито прописана могућност другачијег уређивања истих питања.“ IУ3-225/2005 од 19. 04. 2012. године. (Прица, 2018-I: 115-123)

Закон о општем управном поступку је системски закон у правном поретку, имајући у виду да је њиме на целовит начин уређена област управнопроцесног законодавства. То значи да је Закон о општем управном поступку системски закон у управној материји, као што и у другим правним материјама постоје системски процесни закони (Законик о кривичном поступку – у кривичној материји, Закон о парничном поступку – у грађанској материји итд.). 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)

Не постоји закон у правном поретку који би се у погледу повезаности са другим законима могао упоредити са Законом о општем управном поступку, имајући у виду да су ширење законског правног уређивања и умножавање законских норми у правном поретку Републике Србије довели до тога да постоји преко две стотине (материјално-процесних) закона у којима постоји упућивање на примену Закона о општем управном поступку. Невоља у вези са тим је томе што у нашој јудикатури и правној науци нису утврђени јасни критеријуми за уређивање односа између Закона о општем управном поступку и других закона који упућују на примену одредби Закона о општем управном поступку.

У овоме чланку су предочени и образложени критеријуми који могу послужити уређивању односа између Закона о општем управном поступку и других закона који упућују на примену одредби Закона о општем управном поступку.

2. Супсидијарна и сходна примена Закона о општем управном поступку

Према нашем мишљењу, посебни закони према Закону о општем управном поступку као општем закону могу стајати у режиму правне подређености али и у режиму правне упућености, из чега произлази разлика између супсидијарне и сходне примене општег закона. У правној литератури није изложена разлика између супсидијарне и сходне примене општег закона, тако да у законодавству и свести наших правника не пребива став о разликовању сходне и супсидијарне примене општег закона. Наш став је да сходна примена није исто што и супсидијарна примена општег закона.

Јер, сходна примена означава примену општег закона саобразно природи односа између правила правног поступка и материје правног уређивања, док би супсидијарна примена подразумевала примену општег закона у целости у свим питањима која нису уређена посебним законом.

Један системски закон може у правном поретку стајати према другом системском закону у односу посебног закона према општем закону — само у режиму правне упућености одн. сходне примене. 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, следствено чему је искључена могућност постојања правне подређености и супсидијарне примене једног системског закона наспрам другог системског закона. Такав пример нуди нам управо Закон о општем управном поступку („Сл. гласник РС“ бр. 18/2016) који може предвидети искључиво сходну примену одредаба Закона о облигационим односима везано за правни режим управних уговора, а разлог упућивања на системски закон о облигационим односима јесте попуњавање правних празнина — сходно материји правног уређивања — у уређивању управног уговора као посебног правног института. Члан 26 важећег Закона о општем управном поступку у погледу управних уговора предвиђа супсидијарну примену закона којим се уређују облигациони односи. Не можемо знати какво је значење израза “супсидијарна примена” законодавац имао у виду, али према значењу “супсидијарне примене” које заступамо у овом раду, можемо закључити да се одредбе Закона о облигационим односима не могу у целости применити на режим управних уговора из Закона о општем управном поступку, следствено чему не може важити супсидијарна, већ сходна примена закона којим су уређени облигациони односи. “Будући да се Законом о општем управном поступку поводом управних уговора утеловљује судска заштита у управном спору, *ratio legis* је да се управни уговор развија као самосталан правни институт, под окриљем императивних законских норми у различитим областима правног поретка и са сходном применом Закона о облигационим односима. Разуме се, на управном и грађанском правосуђу је задатак непосредног доктринарног дефинисања управног уговора као правног института — откривањем и дефинисањем типичних правних предмета (правних ствари) и правних ситуација — на тремеђи законског уређивања управних уговора између (1) материјалноправних законских одредби о управним уговорима у различитим областима правног поретка, (2) одредби Закона о општем управном поступку и (3) одредби Закона о облигационим односима.” (Прица, 2020: 189-231). На примену Закона о облигационим односима у управној материји упућују и други закони.

Тако, општи режим грађанскоправне одговорности за штету у нашем правном поретку установљен је Законом о облигационим односима², с тим да Закон о облигационим односима не важи као основни (системски) закон у погледу одговорности државе за штету. Наиме, Закон о облигационим односима не уређује одговорност државе за штету на општи начин, осим што међу посебне случајеве одговорности убраја одговорност за штету услед терористичких аката, јавних демонстрација и манифестација, када обавеза накнаде штете пада на државу.³ С тога, правни режими одговорности државе за штету у нашем важећем правном поретку имају посебне законске основе, који наспрам општег режима грађанскоправне одговорности за штету стоје у односу посебног према општем. При томе, правни режим одговорности за штету сходно се примењује на питања која нису регулисана у посебним правним режимима одговорности државе за штету. Као пример сходне примене може се предочити и упућивање Закона о управним споровима на сходну примену Закона о парничном поступку у управносудском поступку (управном спору).⁴ У описаним примерима сходна примена означава примену општег закона саобразно природи односа између правила правног поступка и материје правног уређивања, а искључена је могућност супсидијарне примене општег закона која би подразумевала примену општег закона у целисти — у свим питањима која нису уређена другим системским законом.

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 целисти као процесни закон на чију примену је упутио меродавни материјалноправни закон који не садржи процесне одредбе.⁵ 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

2 Закон о облигационим односима („Сл. лист СФРЈ“, 29/78...»Сл. гласник РС», бр. 18/2020), чл. 154-209.

3 Ibidem, чл. 180-184.

4 “Странка у управном спору није овлашћена за подношење захтева за заштиту законитости против правноснажне одлуке Врховног суда Србије сходном применом члана 418. ЗПП.” *Пресуда Врховног суда Србије Узз. 34/07 од 22.11.2007. године, Билтен судске праксе Управног суда бр. 1/2010, стр. 126-127.*

5 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).

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).

То значи да је важећим Законом о општем управном поступку прописан режим правне надређености општег закона над посебним законима. С једне стране, одавде произлази да 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. Друго, 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, што не одговара правној стварности великога мноштва разноврсних материја које се уређују законским императивним нормама у правном поретку Републике Србије.

Веома је важно истаћи да овако широка примена Закона о општем управном поступку не представља резултат ширења интервенције органа државне управе, већ напротив представља последицу ширења законског императивног правног уређивања у правном поретку. То значи да се Закон о општем управном поступку примењује и у правним материјама које се према правним добрима и правним интересима разликују од управне материје у којој важи примат општег добра и општих интереса. Одавде произлази наша упитаност: да ли је правно исправна непосредна и супсидијарна примена Закона о општем управном поступку наспрам свих од преко две стотине закона који упућују на примену Закона о општем управном поступку као општег закона?

Наше је гледиште да је непосредна примена Закона о општем управном поступку оправдана само у управној материји. Под управном материјом

имамо у виду подручје језгра (најужег подручја) општег добра у којем влада превасходство општих правних интереса као динамичких израза општег добра. У подручју језгра општег добра нужно је постојање управних органа и државне управе као институционалног поретка јавне власти, а делатност органа државне управе превасходно је усмерена на заштиту општег добра, правног поретка и јавног поретка, што је основни циљ управне делатности. За утврђивање и разумевање облика и каузе управне делатности, неопходно је поћи од својстава управне материје и циља делатности органа државне управе (Прица, 2019: 597-639). Основно својство управне материје састоји се у примату општих интереса у језгру општег добра државе као правно-политичке заједнице, с тим да општи интерес не би требало поистовећивати са јавним интересом. Јер, "општи интереси представљају динамичке изразе општег добра, приватни интереси јесу динамички изрази индивидуалних правних добара грађана као имаоника слободе и субјеката правног поретка, док јавни интерес представља регулативну детерминанту правног поретка и статички израз општег добра. Јавни интерес је у поретку правне државе укотвљен између: општих и приватних интереса, јавности и приватности, интервенционизма државне управе и грађанског друштва, институционалног поретка јавне власти и институционалног поретка територијалне заједнице, с циљем успостављања равнотеже између различитих правних добара, правних интереса и циљева правног поретка". (Прица, 2016: 211-229, 269-281).

У управној материји постоји превасходство општих интереса приликом одређивања односа између општег добра наспрам других правних добара и приватних интереса, при чему је императивним правним нормама такође утврђен статички однос између различитих правних добара и правних интереса у најужем подручју општег добра, а на органу државне управе је да уреди правни предмет разумском интерпретацијом законских императивних норми. Уз то, у најужем подручју општег добра није могуће законским императивним нормама у статичком (правновезаном) смислу потпуно регулисати испољавање општих интереса јер сфера ирационалног и непредвидљивог у животу једне правно-политичке заједнице 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, јавне финансије, јавна и културна добра и др. Осим тога, испољавање општих интереса у динамичком смислу заступљено је и

спрам других делатности у правном поретку, кроз потребу обезбеђивања јавних служби и делатности у општем интересу (нпр. изградња објеката у општем интересу, извођење радова у општем интересу и др.). Поврх тога, 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 уступити друга правна добра и правни интереси (нпр. признавање субјективног права или потреба његовог ограничавања). Зато у подручју језгра општег добра, које називамо управно материјом, нужно мора постојати управно-правни режим, а делатност органа државне управе усмерена на заштиту општег добра, јавног поретка и правног поретка, испољава се тројако, као: (1) управно-регулативна делатност, (2) управно-контролна делатност и (3) старатељско-управна делатност. (Прица, 2019: 597-639).

Основна карактеристика правног уређивања правних предмета у управној материји је да у бићу правног уређивања постоји примат општих интереса као динамичких израза општег добра (кауза материјалноправног уређивања), а техника правног уређивања подразумева конкретизацију општих правних норми (регулативних правних ставова) као недовршених и непрецизираних правних бића у управно-правном режиму. (Милков, 1986: 490-504).

У управној материји су и те како заступљена индивидуална правна добра и приватни интереси као њихови динамички изрази, при чему остваривање приватних интереса у управној материји стоји под владом општег добра и општих интереса као динамичког израза општег добра. Примерице, признавање субјективног права у управној материји по правилу се остварује доношењем управног акта по захтеву странке, из чега произлази да у дотичним предметима постоји конститутивност индивидуалних правних добара и приватних интереса као њихових динамичких израза. Међутим, признавање субјективног права постиже се једностраним правним уређивањем, доношењем управног акта од стране надлежног органа државне управе, а слободна воља (захтев странке за признавање субјективног права) представља правну чињеницу, не и правотворачки извор. Доношење решења без захтева странке довело би до ништавости управног акта, чиме се оделотворује конститутивност приватних интереса као динамичких израза индивидуалних правних добара. То што пак слободна воља нема карактер правотворачког извора приликом решавања о признавању субјективног права, последица је

важења законских императивних норми и управноправног режима као основног правног режима у управној материји. (Прица, 2019: 597-639).

За разлику од управне материје, у појединим правним материјама (нпр. високо образовање, социјално осигурање) није могуће у целости применити управно-правни режим предвиђен Законом о општем управном поступку, следствено чему би ваљало предвидети сходну а не супсидијарну примену општег процесног закона. Поврх тога, постоје области правног поретка које се од управне материје разликују и према техници правног уређивања (нпр. поступци утврђивања дисциплинске одговорности), што је доказ више о исправности важења сходне примене Закона о општем управном поступку као општег процесног закона. Ван управне материје данас постоји мноштво области правног поретка у којима се правни предмети решавају једнострано — применом императивних законских норми од стране ималаца јавних овлашћења. Поменуте области припадају институционалном поретку територијалне заједнице⁶ и уређене су системским (материјално-процесним) законима, а Закон о општем управном поступку се примењује као општи процесни закон. Реч је областима правног поретка у којима се материја правног уређивања разликује од управне материје, а разлика је у природи правних добара и правних интереса који сачињавају материју правног уређивања, као и у погледу материјалноправних принципа владајућих у материјама правног уређивања о којима говоримо. У процесном смислу, примена Закона о општем управном поступку оправдана је због технике правног уређивања — прецизирања општих правних норми као недовршених правних бића

6 За разлику од народа и становништва, територијална (просторна) заједница, осим физичких лица, обухвата правна лица и друге субјекте правног поретка, али и моралне субјекте који су носиоци објективног духа (нпр. нација, породица, грађанско друштво и др.). Морални субјекти немају правни субјективитет, али представљају важне субјекте територијалне заједнице и државе као правно-политичке заједнице. “Држава је тројство: територијалне заједнице, основног институционалног поретка јавне власти и припадајуће им територије. Гледано према споља, територијалност је важно обележје државе, имајући у виду да се у односу на државу као основни просторни поредак јавља само једна држава као основна институција (суверена држава), оличена у врховној власти на датој територији. Но гледано изнутра, још је важнији ниво идентитета између државе као институције и просторне заједнице, а тај однос се пре свега препознаје кроз духовно-телеолошку садржину јавног поретка, изражену у јединству и наткриљујућој снази објективног духа. Стога, да би се разумела и исправно поставила доктрина о правној држави, морало би се подразумевати постојање трију институционалних поредака. То су: 1) територијална заједница као институционални поредак, 2) институционални поредак државне управе као бића државне власти и 3) основни институционални поредак јавне власти. Држава као институција је тројство наведених институционалних поредака.” (Прица, 2016: 23-40)

издавањем појединачног правног акта — будући да се правни предмети у овим материјама уређују издавањем правних аката без могућности уговарања и примене слободне воље као правотворачког извора. С друге стране, облик могуће примене Закона о општем управном поступку одређује материја правног уређивања, из чега произлази да природу правних предмета који се уређују појединачним правним актима одређује материја правног уређивања (однос између правних добара и правних интереса), карактеристике меродавног материјалног права и техника правног уређивања.⁷ Управна материја и материје правног уређивања о којој говоримо имају исту технику правног уређивања, али се међусобно разликују према каузи правног уређивања — услед разлике између правних добара и правних интереса који сачињавају материју правног уређивања те и због другачијих материјалноправних принципа који сачињавају биће правног уређивања.

Појам управне ствари у важећем Закону о општем управном поступку⁸ одређен је искључиво према техници правног уређивања, што је посве погрешно, имајући у виду да правну ствар као правни појам претежно

7 Правна добра су делови стварности; као предмети правне заштите представљају правне објекте, али су и материјални извори правног уређивања (правотворачки извори). Према припадају чињеничном бићу, правна добра се од правних чињеница ипак разликују. Јер правна добра јесу они делови стварности који представљају предмет правне заштите или материјални извор субјективних права и правних дужности, док су правне чињенице делови стварности од значаја за ток правног уређивања. Својство правног добра у правном поретку, примерице, имају индивидуална слобода, приватна својина, достојанство људске личности, припадајућа човеку-грађанину као субјекту правног поретка, с тим да својство правног добра има и опште добро, које има у виду државу као заједницу. Правни интереси су динамички изрази правних добара у правном поретку. У вези са тим, важно је имати у виду разлику између јавног интереса, општег интереса и приватног интереса. “Наше је мишљење да општи интереси представљају динамичке изразе општег добра, док под приватним интересима подразумевамо динамичке изразе индивидуалних правних добара грађана као субјеката правног поретка. Јавни интерес представља регулативну детерминанту правног поретка и статички израз општег добра, што значи да — за разлику од општих и приватних интереса као супстанционалних категорија — јавни интерес има релациони и регулативни карактер. Јавни интерес као регулативна детерминанта укотвљен је у поретку правне државе између: општих и приватних интереса, јавности и приватности, интервенционизма државне власти и грађанског друштва, институционалног поретка јавне власти и институционалног поретка просторне заједнице, с циљем уређивања односа између различитих правних добара и правних интереса у поретку правне државе.”

8 Члан 2 Закона о општем управном поступку: “(1) Управна ствар, у смислу овог закона, јесте појединачна ситуација у којој орган, непосредно примењујући законе, друге прописе и опште акте, правно или фактички утиче на положај странке тако што доноси управне акте, доноси гарантне акте, закључује управне уговоре, предузима

одређују материја правног уређивања и материјалноправни принципи које сачињавају биће правног уређивања. Техника правног уређивања одређује се према бићу правног уређивања, а не обрнуто. Откривање управне ствари подразумева слагање правних предмета у материјалном смислу са техником правног уређивања (управно-правним режимом), као израз саображавања бића правног уређивања у управној материји са техником правног уређивања. Управно-правни режим је плод поменутога саображавања. Правни предмети који се решавају у управној материји издавањем управних аката у управноправном режиму – представљају управне ствари. Наше мишљење је да се управном ствари могу назвати само правни предмети који се правно уређују управно-регулативном делатношћу као духовном делатношћу у правном поретку (издавањем управних аката и закључивањем управних уговора), дочим старатељско-управна делатност и управно-контролна делатност (управне радње и јавне услуге), као видови физичке делатности у правном поретку не могу имати карактер управне ствари као правног облика. Физичка делатност о којој говоримо припада управној материји и управноправном режиму али нема карактер управне ствари, с обзиром на то да се физичком делатношћу не уређују правни предмети, а правне ствари настају поводом предузимања одређених облика физичке делатности: (1) прекршајне ствари (изрицање санкције од стране органа државне управе), (2) грађанске ствари (нпр. захтев за накнаду штете проузроковане незаконитом управном радњом) и (3) управне ствари (поводом вршења или пропуштања управне радње и вршења јавних услуга). Не узимање у обзир разлике између управне материје, управне ствари и управне делатности на видело излази и у погледу приговора, који је предвиђен као правно средство у управном поступку, иако приговор то својство не може имати. Јер, “приговор представља захтев за пружањем правне заштите, акт иницијалног карактера којим се управни поступак тек покреће. Правна средства у управном поступку, редовна и ванредна, странке ће моћи да искористи тек онда када, по изјављеном приговору управни поступак буде спроведен и када буде донет управни акт.” (Милков, Радошевић, 2018: 1468).

Одавде произлази да појам управне ствари није проширен, већ је проширен простор за настанак управне ствари, што упућује на закључак да је дефинисање управне ствари у важећем Закону о општем управном поступку ствар погрешног теоријског експериментисања. Прво, дефиниција управне ствари је научно неоснована јер не полази од разлике између правне ствари и правне ситуације, јавног и општег интереса, управне материје, управне

управне радње и пружа јавне услуге. (2) Управна ствар је и свака друга ситуација која је законом одређена као управна ствар.”

ствари и управне делатности, при чему дефиниција у питању не узима у обзир ни разлику између духовне делатности (правног уређивања правних предмета) и физичке делатности (предузимања управних радњи и пружања јавних услуга), што је научно и позитивноправно неприхватљиво. Друго, дефиниција управне ствари полази само од технике правног уређивања, а исправно је једино да поимање управне ствари обухвати материју правног уређивања (правна добра и правне интересе) и правни режим уређивања правних предмета као целине састављене од правних принципа као телеолошких правних ставова и правних норми као регулативних и системских правних ставова. Напоследку, не види се уопште у чему је практични значај дотичне дефиниције, посебно што дефиниција у питању садржи и формулацију да ће карактер управне ствари имати свака правни предмет који се управном ствари именује посебним законом.

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.⁹

9 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.

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 целости 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. У наведеном значењу као пример могу послужити одредбе Закона о држављанству (“Сл. гласник РС” бр. 135/2004, 90/2007 и 24/2018) које нормирају одустанак од захтева¹⁰ и поништавање решења у управном поступку¹¹, примењујући одредбе Закона о општем управном поступку на начин који представља њихову конкретизацију, али не и њихову повреду. Друга ситуација подразумева могућност да се посебним законима предвиде и другачија решења у односу на решења из општег закона под условом да су решења у питању сагласна са одредбама општег закона. Овде није посреди конкретизација правних института општег закона, већ је реч о другачијим одредбама посебног закона које су језички и системско-телеолошки посве усаглашене са

10 Члан 40 Закона о држављанству: “Ако се поступак за стицање или престанак држављанства Републике Србије, покренут на захтев странке, не може наставити или окончати без предузимања одређене радње од стране подносиоца захтева, сматраће се да је захтев повучен ако и поред упозорења министарства надлежног за унутрашње послове подносилац захтева у датом року не изврши радњу која је потребна за наставак или окончање поступка или ако се због непредузимања ове радње може закључити да више није заинтересован за наставак поступка. Из разлога наведених у ставу 1. овог члана поступак се може обуставити по истеку три месеца од дана упозорења, односно шест месеци ако странка борави у иностранству.”

11 Члан 45 Закона о држављанству: “Ако министарство надлежно за унутрашње послове у поступку утврди да је неко лице стекло држављанство Републике Србије или да му је престало држављанство Републике Србије супротно прописима о држављанству који су важили у време стицања или престанка држављанства, нарочито на основу лажне или фалсификоване исправе или изјаве, на основу нетачних чињеница или других злоупотреба и неправилности у спроведеном поступку, односно да је такво лице уписано у евиденцију држављана Републике Србије, донеће решење о поништењу стицања или престанка држављанства Републике Србије тог лица, односно о поништењу уписа тог лица у евиденцију држављана Републике Србије. Решење о стицању и престанку држављанства Републике Србије не може се поништити ако би лице из става 1. овог члана остало без држављанства. Министарство надлежно за унутрашње послове дужно је да решење о поништењу стицања и престанка држављанства Републике Србије, односно о поништењу уписа у евиденцију држављана Републике Србије достави органу надлежном за вођење евиденције ради брисања односно уписа у евиденцију држављана Републике Србије.”

општим законом. Примера ради, о захтеву за издавање визе одлучује се у року од 15 дана од дана подношења захтева, а ако постоје оправдани разлози овај рок се може продужити до 30 дана (чл. 30 Закона о странцима). Одавде произлази да Закон о странцима предвиђа рок за одлучивање који се разликује од општег рока предвиђеног Законом о општем управном поступку, при чему је у питању краћи рок и самим тим на делу је допуштено одступање од одредби општег процесног закона. Осим тога, у појединим правним предметима дејство појединих одредби Закона о општем управном поступку везано је извесним правним чињеницама. Тако, према чл. 91 Закона о општем управном поступку, управни поступак је покренут захтевом странке када орган прими захтев странке, а по природи ствари подношење захтева не везује се роком нити постојањем одређене правне чињенице. Међутим, постоје правни предмети у којима је подношење захтева условљено роком који тече од прописане правне чињенице. Тако, поступак азила покреће се подношењем захтева за азил – али у року од 15 дана од дана регистрације, што је одредба која у систематско-телеолошком значењу не противречи одредбама из чл. 91 Закона о општем управном поступку.

С друге стране, одступања од правних норми у одредбама посебних закона морају имати правни основ у Закону о општем управном 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. Примера ради, чланом 98 став 1 Закона о општем управном поступку предвиђено је да странка може одустати од захтева док не буде обавештена о решењу другостепеног решења, док је чланом 36 Закона о експропријацији (“Службени гласник РС” бр. 53/95) нормирано да корисник експропријације може до правноснажности решења о експропријацији да одустане од предлога за експропријацију. Корисник експропријације може одустати од експропријације и касније, закључивањем споразума са ранијим власником експропријације, што би значило одустајање од експропријације и након правноснажности решења. Одавде произлази да је у природи ствари да у материји експропријације као делу управне материје важи изузетак од општег режима одустанка од захтева, следствено чему

би било правоваљано да се цитирани члан 98 став 1 Закона о општем управном поступку допуни одредбом која допушта могућност да се посебним законом предвиди изузетак од основног правила о одустанку од захтева.

Навешћемо још један пример из материје правног уређивања боравка странаца на територији Републике Србије. Према слову чл. 145 Закона о општем управном поступку решење у управном поступку мора се издати најкасније у року од 60 дана од покретања управног поступка. У погледу правног уређивања статуса странаца на територији Републике Србије, што је део управне материје, постоје правни предмети поводом чијег решавања није могуће издати решење у року од 60 дана. Доказ томе су одредбе чл. 69 важећег Закона о странцима (“Службени гласник РС” бр. 24/2018 и 31/2019:

“... (2) О захтеву за стално настањење странца у Републици Србији одлучује Министарство унутрашњих послова у року од 60 дана од дана подношења захтева. (3) Приликом решавања по поднетом захтеву за одобрење сталног настањења, поред процене да ли су испуњени услови из чл.67, 68. и 70. овог закона, Министарство унутрашњих послова прибавља процену државног органа надлежног за заштиту безбедности Републике Србије да ли стални боравак странца на територији Републике Србије представља неприхватљив безбедносни ризик. (4) Рок за доставу процене је 55 дана од дана достављања захтева на разматрање.”

Одавде произлази неопходност да се предвиди изузетак од основног правила из чл. 145 Закона о општем управном поступку, као и другим случајевима из управне материје у којима се утврди да изузетак происходи из природе ствари. Уосталом, могућност одступања од основног правила садржана је и у важећем Закону о општем управном поступку. Примерице, одступање је предвиђено у погледу основног правила о одложном дејству жалбе по којем се решење не извршава док не истекне рок за жалбу. Одступање гласи:

“(1) Усмено решење извршава се и пре истека рока за жалбу и после подношења жалбе; (2) Решење се, изузетно, извршава пре истека рока за жалбу, као и после подношења жалбе, ако би одлагање извршења странци нанело ненадокнадиву штету или теже угрозило јавни интерес” (чл. 155).

Правни основ за одступање одредбе посебног закона од основног правила садржи и члан 48 став 4 Закона о општем управном поступку: “Привремени заступник може да одбије заступање само из разлога одређених посебним прописима”, као и члан 66 став 2 Закона о општем управном поступку: “На обавештавање других учесника у поступку примењују се одредбе овог

закона о обавештавању странке, ако законом није друкчије прописано”; и др.

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.¹² Закон о општем управном поступку ван управне материје превасходно служи остваривању јединства правног поретка као уставног принципа. Разлог томе је потреба спречавања да “федерализација” државне власти путем јавних овлашћења не доведе и

12 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 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.

до феудализације режима правног уређивања правних предмета, чиме би наступила разградња правног поретка.

3. Закључак

Примена јединства правног поретка као уставног принципа није довољна за уређивање односа између Закона о општем управном поступку и других закона, имајући у виду да Закон о општем управном поступку стоји у различитим режимима непосредне и упућујуће примене својих одредби спрам примене одредаба других закона са којима је повезан. Супсидијарна примена општег закона премаша обухват примене јединства правног поретка као уставног принципа, дочим сходна примена општег закона не мора подразумевати примену јединства правног поретка као уставног принципа.

Општи закон не укључује примену јединства правног поретка као уставног принципа када је посреди упућивање једног системског закона на примену другог системског закона, чиме се успоставља однос између једног системског закона као посебног закона и другог системског закона као општег закона, што одговара односу између Закона о општем управном поступку и Закона о облигационим односима у погледу правног режима управних уговора. Један системски закон може у правном поретку стајати према другом системском закону у односу посебног закона према општем закону – само у режиму правне упућености одн. сходне примене. 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, следствено чему је искључена могућност постојања правне подређености и супсидијарне примене једног системског закона наспрам другог системског закона.

С друге стране, у погледу односа између системског закона и посебних закона у истој области правног поретка, у управној материји као једној области правног поретка, требало би да важи непосредна и супсидијарна примена Закона о општем управном поступку, чиме се премаша обухват примене јединства правног поретка као уставног принципа. Под управном материјом имамо у виду подручје језгра (најужег подручја) општег добра у којем влада превасходство општих правних интереса као динамичких израза општег добра. Основна карактеристика правног уређивања правних предмета у управној материји је да у бићу правног уређивања постоји примат општих интереса као динамичких израза општег добра (кауза материјалноправног уређивања), а техника правног уређивања

подразумева конкретизацију општих правних норми (регулативних правних ставова) као недовршених и непрецизираних правних бића у управно-правном режиму. Једино је правоваљано да посебни закони у управној материји представљају конкретизацију правних принципа и правних норми Закона о општем управном поступку као системског и општег закона, тако што ће се посебни законима нормирати посебни случајеви испољавања правних института садржаних у општем процесном закону. Супсидијарна примена Закона о општем управном поступку у управној материји подразумевала би да се примарно примењују процесне одредбе посебног закона које су усаглашене са Законом о општем управном поступку, а Закон о општем управном поступку би се супсидијарно (у целисти) примењивао на сва питања која нису уређена посебним законом.

За разлику од управне материје, у појединим правним материјама (нпр. високо образовање, социјално осигурање) није могуће у целисти применити управно-правни режим предвиђен Законом о општем управном поступку, следствено чему би ваљало предвидети сходну а не супсидијарну примену општег процесног закона. Поврх тога, постоје области правног поретка које се од управне материје разликују и према техници правног уређивања (нпр. поступци утврђивања дисциплинске одговорности), што је доказ више о потреби увођења сходне примене Закона о општем управном поступку као општег процесног закона. Сходна примена Закона о општем управном поступку подразумевала би да се примењују само оне одредбе овог општег процесног закона, које одговарају природи односа између правила правног поступка и материје правног уређивања, за разлику од супсидијарне примене која подразумева примену општег закона у целисти, у свим питањима која нису уређена посебним законом.

Да би се наше гледиште о разликовању супсидијарне и сходне примене Закона о општем управном поступку ставило у функцију правног поретка, неопходно је приступити изменама важећег управно-процесног законодавства, 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. Ово је једини могући пут који може довести до тога да се посебни закони ускладе са Законом о општем управном поступку.

Литература и извори

- Цуцић, В. (2020). *Спровођење и контрола поступка јавних набавки*, Београд.
- Милков, Д. (1986). *Управна ствар*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 5, 490-504.
- Милков, Д. Радошевић, Р. (2018). *Приговор у управном поступку*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду бр. 4, 1457-1470.
- Лончар, З. (2016). *Посебни управни поступци*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду бр. 4, 1231-1249.
- Duguit, L. (1927). *Traité de droit constitutionnel*, I, 3-e éd., Paris.
- Петровић, М. (1981). *Правна везаност и оцена целисходности државних власти и органа*, Београд.
- Прица, М. (2016). *Експропријација као правни институт*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу.
- Прица, М. (2018-I). *Јединство правног поретка као уставно начело и законско уређивање области правног правног поретка – Уједно излагање о унутрашњем правном систему*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 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, бр. 80, 135-180.
- Прица, М. (2019). *Управна ствар и управно-судска ствар*, зборник радова: Право у функцији развоја друштва, Косовска Митровица, стр. 597-639.
- Прица, М. (2020). *Уговор и управни уговор као правни институти, "Право и мултидисциплинарност": зборник радова*, Правни факултет Универзитета у Нишу, 189-231.
- Прица, М. (2020). *Expropriation in a Material sense*, Зборник радова Правног факултета у Нишу бр.89, 139-161.

Miloš Prica, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

SUBSIDIARY AND ANALOGOUS APPLICATION OF LAW IN GENERAL ADMINISTRATIVE PROCEDURE

Summary

Considering that the expansion of legal regulation and multiplication of legal norms in the legal order of the Republic of Serbia have engendered over two hundred (substantive and procedural) legislative acts referring to the application of the General Administrative Procedure Act (GAPA), there is no general law in the Serbian legal order that could be compared to the GAPA in terms of correlation with other laws. Yet, in our judicature and legal science, there are no clear criteria for regulating the relationship between the GAPA and other (subject-specific) legislative acts referring to the application of the GAPA provisions.

The relationship between the GAPA and subject-specific legislative acts may be based on the regime of legal subordination and the regime of legal referral. It further leads to the distinction between subsidiary and analogous application of the general law, which is the author's original standpoint. Analogous application entails the application of the general law in accordance with the nature of the relationship between the legal procedure rules and the subject matter of legal regulation, whereas subsidiary application entails the application of the general law as a whole in all matters which are not regulated by a subject-specific law.

In view of the obligation to harmonize subject-specific legislative acts with the GAPA, the author is of the opinion that such harmonization cannot be put into effect without amending the GAPA. Therefore, the GAPA provisions shall: (1) embody the distinction between subsidiary and analogous application of the GAPA, and (2) strengthen the direct application of the GAPA in administrative matters.

Keywords: *systemic law, general law, subject-specific law, subsidiary application of the general law, analogous application of the general law.*

Др Борис Тучић,*
Доцент,
Факултет безбједоносних наука,
Универзитет у Бањој Луци

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-33261

UDK: 327:061.1 EU
Раd примљен: 22.07.2021.
Раd прихваћен: 10.09.2021.

СУД ПРАВДЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ И АУТОНОМНЕ РЕСТРИКТИВНЕ МЕРЕ ПРОТИВ ПРАВНИХ И ФИЗИЧКИХ ЛИЦА И НЕДРЖАВНИХ ЕНТИТЕТА У ОКВИРУ ЗАЈЕДНИЧКЕ СПОЉНЕ И БЕЗБЕДНОСНЕ ПОЛИТИКЕ

Апстракт: Применом аналитичких и синтетичких метода, попут анализе садржаја и компаративне анализе, у раду се разматра деловање судова Уније по питању примене аутономних рестриктивних мера против правних и физичких лица и недржавних ентитета у оквиру ЗСБП. У раду се анализира уговорни и институционални контекст ове врсте рестриктивних мера, сагледава уговорна позиција Суда правде у оквиру ЗСБП, те разматрају најрелевантнији аспекти судске праксе по овом питању, а посебно настојање Суда да ојача властити капацитет у области ЗСБП, јуриспрудентна идентификација процесних критеријума које одлуке о рестриктивним мерама морају испунити, као и напори судова Уније у правцу заштите људских права и слобода при примени рестриктивних мера, укључујући и право на накнаду штете. На крају су дата закључна разматрања аутора у којима се, између осталог, констатује да је досадашња судска пракса, уз јачање позиције Суда правде у оквиру ЗСБП, примарно посвећена обезбеђењу својеврсне равнотеже између ефикасности и ефективности инструмената ЗСБП, с једне стране, те заштите базичних вредности на којима правни поредак Уније почива, с друге, међу којима се посебно издвајају владавина права, правна сигурност, ефикасна судска заштита, односно заштита људских права и слобода како их гарантује право Уније.

Кључне речи: ЗСБП, аутономне рестриктивне мере, судска пракса, правна и физичка лица и недржавни ентитети, Суд правде ЕУ, Општи суд, процесни критеријуми, људска права.

* boris.tucic@predsjednikrs.net

1. Увод: уговорни и институционални контекст аутономних рестриктивних мера

Битан облик принудног деловања Европске уније (ЕУ) у постлисабонском периоду, како у борби против тероризма, тако и у реализацији њених циљева у оквиру Заједничке спољне и безбедносне политике (ЗСБП), јесу аутономне рестриктивне мере против правних и физичких лица и других недржавних ентитета¹. За разлику од екстерних мера, попут оних које утврђује Савет безбедности ОУН, аутономне рестриктивне мере ЕУ оригинално креирају и усвајају њене институције, укључујући и релативно самосталну идентификацију индивидуалних субјеката чија се права оваквим мерама редукују или суспендују.

Експлицитна уговорна основа за доношење рестриктивних мера против ове категорије лица предвиђена је тек Уговором из Лисабона, иако је Унија и раније усвајала одређене мере које нису биле усмерене само против трећих држава, како је то уговорно изричито било омогућено, већ и против њиховог руководства. По члану 301 Уговора о Европској заједници (УЕЗ), примена економских санкција против трећих држава захтевала је претходно доношење одговарајућег акта² у оквиру ЗСБП од стране Савета, док је чланом 60.1 истог уговора била предвиђена и спецификована основа за доношење хитних мера везаних за кретање капитала и плаћања у односу на земље које су предмет мера донетих на основу члана 301. Тиме, режим примене санкција у предлисабонском периоду био је двофазног карактера и подразумевао је доношење одговарајућег акта у оквиру ЗСБП те, зависно од природе санкција и надлежности за њихово провођење, усвајање имплементационих мера од стране институција организације и држава чланица. Но, на основу његовог екстензивног тумачења, које је подржао и Суд правде, Савет је члан 301 УЕЗ користио и за доношење мера усмерених не само против трећих држава³, већ и против конкретних

1 Ова врста рестриктивних мера се у теорији означава и као „циљане“ или „паметне“ санкције.

2 У форми заједничког става, односно заједничке акције.

3 Видети: Common Position of 19 March 1998 on restrictive measures against the Federal Republic of Yugoslavia, OJ 1998 L 95/1 и Common Position of 7 May 1998 concerning the freezing of funds held abroad by the Federal Republic of Yugoslavia (FRY) and Serbian Governments, OJ 1998 L 143/1.

правних и физичких лица⁴. Случај Minin⁵, на пример, указује да је доношење оваквих мера на основу члана 301 УЕЗ могуће услед територијалне и институционалне повезаности лица са државом која је предмет санкција, док је у случају Kadi истакнуто да санкције против државе могу обухватити и њено руководство, односно појединце и ентитете који се с њим доводе у везу или су под његовом контролом⁶. Случај Melli⁷ указао је да предмет санкција могу бити и банке у недржавном власништву, уколико финансијски подржавају развој нуклеарног програма земље супротно нормама међународног права. Временом, ипак, појављивали су се одређени проблеми са оваквим начином (зло)употребе члана 301 УЕЗ. Тако, падом талибанског режима у Авганистану 2002. године, уговорна формулација „економске санкције против трећих држава“ као основа за доношење мера и против недржавних субјеката постала је додатно спорна, јер се припадници Ал Каиде више нису могли довести у везу са „руководством треће државе“. Такође, појавило се и питање основе за доношење рестриктивних мера против „домаћих терориста“, односно грађана Уније пореклом са Блиског и Средњег истока. Да би превазишао наведене изазове и омогућио флексибилнију основу за деловање Уније, Савет се настојао ослањати и на члан 308⁸ УЕЗ, те функционално га повезујући са члановима 301 и 60.1 покушавао идентификовати додатне, комплементарне надлежности организације у овом контексту. Ипак, како је показао и случај Kadi, у којем су тадашњи Првостепени суд, Суд правде и општи правобранилац изнели различите ставове по кључним процесним питањима, овакво деловање Савета стварало је само додатну конфузију (Van Elsuwege, 2011: 490–493).

Лисабонски уговор поједноставио је ситуацију, предвиђајући две експлицитне и самосталне правне основе за доношење овакве врсте мера, једну у члану 75, а другу у члану 215.2 Уговора о функционисању

4 Видети: Council Regulation (EC) No 2488/2000 of 10 November 2000 maintaining a freeze of funds in relation to Mr. Milosevic and those persons associated with him and repealing Regulations (EC) No. 1294/1999 and 607/2000 and Article 2 of Regulation (EC) No 926/98, OJ 2000 L 287/19.

5 Case T-362/04, Leonid Minin v. Commission, 2007, ECR II-2003.

6 Joint Cases C-402/05 P and C-415/05 P, Kadi and Al Barakaat, 2008, ECR I-6351, para. 67.

7 Joined Cases T-246/08 and T-332/08, Melli Bank plc v. Council, [2009] ECR II-2629, para. 69.

8 Члан 308 УЕЗ омогућавао је Савету да, уколико Уговор није предвиђао конкретно овлаштење за спровођење неопходних активности Заједнице у области функционисања унутрашњег тржишта, као једног од циљева оснивачког акта, ипак предузме одговарајуће мере, на основу предлога Комисије и након консултовања Парламента. Данас је реч о значајно измењеном и допуњеном члану 352 УФЕУ.

Европске уније (УФЕУ)⁹. Самосталност ових правних основа огледа се како у прекидању процесноправне међузависности каква је постојала између чланова 301 и 60.1 УЕЗ, тако и у њиховим засебним циљевима и функцији у правном систему организације. Члан 75 омогућава доношење рестриктивних мера у оквиру „Простора слободе, безбедности и правде“¹⁰, посебно у контексту борбе против тероризма и повезаних активности и њим је, између осталог, отклоњен проблем адресирања „домаћих терориста“ из предлисабонског периода. С друге стране, члан 215.2 Уговора¹¹ омогућава имплементацију одлука у оквиру ЗСБП којима се редукују или суспендују економски односи са трећим државама, али и, у складу са његовим другим параграфом, доношење санкционих мера против правних и физичких лица, група и недржавних ентитета. Наведеним члановима предвиђена је и примена различитих поступака, јер члан 215.2 УФЕУ подразумева претходно једногласно донету одлуку у оквиру ЗСБП, на основу које Савет, квалификованом већином и на предлог Високог представника за спољну политику и безбедност и Комисије, те уз информисање Парламента, доноси меру, док члан 75 реферише само на редовни поступак из члана 294 УФЕУ. Временом, мере на основу члана 215.2 УФЕУ преузеле су примат (Purssainen, 2017). Пратећи „кризна жаришта“ у свету, од Блиског и Средњег истога до Украјине и Руске Федерације, Унија је до сада у оквиру ЗСБП имплементирала преко тридесет различитих модалитета рестриктивних мера против правних и физичких лица и других недржавних субјеката за које је оцењено да представљају опасност по њене циљеве и вредности (Challet, 2020).

Иако је донео одређена побољшања, Уговор из Лисабона није отклонио све недоумице, поготово у контексту идентификације уговорне основе, а тиме и улоге, статуса и овлашћења појединих органа у поступку доношења рестриктивних мера, о чему сведочи и познати спор између Парламента и Савета по питању измена и допуна регулативе 881/2002/ЕС којом се предвиђају мере против индивидуалних субјеката повезаних за Бин Ладеном, Талибанима и Ал Каидом¹². Комисија је сматрала да је уговорна

9 Измењени и допуњени чланови 60 и 301 некадашњег УЕЗ.

10 Уговором из Амстердама као један од циљева предвиђено је успостављање Простора слободе, безбедности и правде у оквиру Уније. Реч је о генеричком називу за области политика у домену унутрашњих послова и правосуђа. Погледати: Тучић, Б. (2020). *Основи политике интеграције и сарадње у области унутрашњих послова и правосуђа у Европској унији: правни и институционални оквир „Простора слободе, безбедности и правде“*. Бања Лука: Факултет безбедносних наука.

11 Глава VI Дела V Уговора посвећеног спољним активностима Уније.

12 Council Regulation (EC) No 881/2002 of 27 May 2002 imposing certain specific restrictive measures directed against certain persons and entities associated with Usama bin Laden,

основа за наведене измене и допуне садржана у члану 215.2 УФЕУ, што је подразумевало и значајно редукованију улогу Парламента у поступку, док је Парламент сматрао да то може искључиво бити члан 75 УФЕУ, јер је сврха предметних мера управо борба против тероризма¹³. Међутим, након што је регулатива 1286/2009¹⁴, којом су извршене измене и допуне регулативе 881/2002/ЕС, донета на основу члана 215.2 УФЕУ, Парламент је покренуо поступак пред Судом правде, захтевајући поништење акта Савета из процесних разлога, међу које су, уз погрешну уговорну основу, спадали и неиспуњавање процесних критерија из члана 215.2 УФЕУ у смислу обезбеђења заједничког предлога акта од стране Високог представника и Комисије, односно неадекватност заједничког става 2002/42¹⁵ Савета као основе за доношење регулативе¹⁶. Но, Суд правде је одбацио аргументе Парламента и стао на страну Савета и Комисије¹⁷.

2. Суд правде и аутономне рестриктивне мере у области ЗСБП

2.1. Уговорна надлежност Суда правде у оквиру ЗСБП

Уз експлицитну надлежност за доношење рестриктивних мера против индивидуалних субјеката, лисабонски Уговор предвидео је и прилично ограничену надлежност Суда правде у оквиру ЗСБП. По члану 24.1 УЕУ Суд је надлежан да надзире стриктно поштивање члана 40 истог уговора којим је, у суштини, дефинисан однос ЗСБП према осталим областима спољњег деловања Уније, а тиме и осталим областима њеног деловања

the Al-Qaida network and the Taliban, and repealing Council Regulation (EC) No 467/2001 prohibiting the export of certain goods and services to Afghanistan, strengthening the flight ban and extending the freeze of funds and other financial resources in respect of the Taliban of Afghanistan, OJ L 139, 29. 5. 2002, p. 9–22.

13 European Parliament Committee on Legal Affairs, Opinion on the legal basis of the proposal for a Council Regulation amending Regulation (EC) No 881/2002 imposing certain specific restrictive measures directed against certain persons and entities associated with Osama bin Laden, the Al-Qaida network and the Taliban, JURI_AL(2009) 430917, 4 December 2009, p. 8.

14 Council Regulation (EU) No 1286/2009 of 22 December 2009 amending Regulation (EC) No 881/2002 imposing certain specific restrictive measures directed against certain persons and entities associated with Osama bin Laden, the Al-Qaida network and the Taliban, O.J. 2009, L 346/42.

15 Council Common Position of 27 May 2002 concerning restrictive measures against Usama bin Laden, members of the Al-Qaida organisation and the Taliban and other individuals, groups, undertakings and entities associated with them and repealing Common Positions 96/746/CFSP, 1999/727/CFSP, 2001/154/CFSP and 2001/771/CFSP, OJ L 139, 29. 5. 2002, p. 4–5.

16 Case C – 130/10, European Parliament v. Council, ECLI:EU:C:2012:472.

17 Погледати посебно: *ibidem*, para. 100–112.

уопште (Тучић, 2015: 73). Друга, за нас значајнија надлежност Суда у оквиру ЗСБП садржана је у члановима 24.1 УЕУ и 275.2 УФЕУ, а односи се на оцену законитости¹⁸ управо аката Савета којима се уводе рестриктивне мере против правних и физичких лица на основу уговорних одредби у области ЗСБП. Очито, како указују наведена уговорна решења¹⁹, лисабонска регулаторна асиметричност између ЗСБП и осталих области политика Уније²⁰ условила је и минималну надлежност Суда правде у области ЗСБП (Bartolini, 2021: 1360), са којом се Суд, као што ће се видети, није мирио.

Наиме, Суд правде је од старта настојао широко тумачити властиту позицију у оквиру ЗСБП, посматрајући уговорна решења из чланова 40 УЕУ и 275 УФЕУ из „перспективе огледала“. У случајевима *EP vs. Council (Mauritius)*²¹, *Elitaliana*²² и *H*²³, на пример, Суд је полазио од своје опште надлежности из члана 19 УЕУ, док је решења из чланова 40 УЕУ и 275 УФЕУ третирао само као њену својеврсну дерогацију. Или, како је истакао у случају *Mauritius*, „последња реченица из члана 24.1 УЕУ и први параграф члана 275 УФЕУ уводе дерогацију у односу на правило опште надлежности која је Суду додељена чланом 19 Уговора како би се обезбедило да се приликом интерпретације и примене уговорā поштује право те стога њихово значење мора бити тумачено веома уско“²⁴. На основу става о дерогацији његове опште надлежности у оквиру ЗСБП, Суд је учинио следећи корак у правцу јачања своје позиције, а то је да овлашћење за оцену законитости мера из члана 215.2 УФЕУ не ограничи само на поступак за поништај из члана 263.4, већ да га прошири и на утврђивање валидности аката у оквиру претходног поступка из члана 267 УФЕУ. У случају *Rosneft*²⁵, Суд је овакво резонување темељио на неспојивости ужег тумачења одредби члана 275 са сврхом претходног поступка, а то је опште поштивање права организације при тумачењу и примени уговорних одредби, природи надлежности којом Суд располаже по члану 19 УЕУ, те праву на ефикасну судску заштиту из члана 47 Повеље ЕУ о основним правима. По мишљењу Суда, неспојиво је са

18 У складу са чланом 263 Уговора о функционисању Европске уније.

19 Ова група уговорних одредби у теорији се означава као клаузула о постепеном повратку (енг. claw back clause).

20 Мисли се на чињеницу да је ЗСБП и Уговором из Лисабона позиционирана на међувладиним механизмима сарадње, за разлику од осталих области политика које почивају на тзв. интегративном регулаторном моделу.

21 *Case C-658/11, EP v Council (Mauritius)*, ECLI:EU:C:2014:2025.

22 *Case C-439/13P, Elitaliana*, ECLI:EU:C:2015:753.

23 *Case C-455/14P H v Council*, ECLI:EU:C:2016:569.

24 *Case C-658/11, EP v Council (Mauritius)*, ECLI:EU:C:2014:2025, para. 70.

25 *Case C – 72/15, PJSC Rosneft Oil Company v. Her Majesty’s Treasury*, ECLI:EU:C:2017:236.

начелом ефикасне судске заштите уколико би се одредбе члана 275.2 УФЕУ тумачиле на начин да се њима национални судови онемогућавају да се обрате Суду у претходном поступку са питањем валидности аката Савета којима се уводе рестриктивне мере против индивидуалних субјеката, посебно знајући да су коначне импликације поступака из члана 263.4 и члана 267 УФЕУ идентичне²⁶. Тиме је Суд поручио да ЗСБП, и поред регулаторне специфичности предвиђене чланом 24.1 УЕУ, чини интегралну компоненту права Уније, те да ће он приликом утврђивања законитости одлука Савета о рестриктивним мерама примењивати правна правила, принципе и начела која су важећа у осталим областима права организације. Такође, уколико одлуке о рестриктивним мерама подлежу утврђивању валидности у оквиру претходног поступка, оне несумњиво подлежу и интерпретативној надлежности Суда у складу са чланом 267 УФЕУ, о чему се у случају *Rosneft* изјаснио и општи правобранилац Вателет²⁷.

2.2. Процесни критерији и рестриктивне мере

Битан сегмент деловања Суда правде односи се на идентификацију процесних критеријума које одлуке Савета о рестриктивним мерама морају испунити. Још од случаја *Kadi II*, Суд је истицао да примена рестриктивних мера против правних и физичких лица мора подлегати „пуној правосудној контроли“ у смислу поштивања људских права у оквиру правног поретка организације²⁸. Но, поштујући уговорне прерогативе Савета у оквиру ЗСБП, судови Уније су „пуну контролу“ о којој је реч углавном сводили на процесну раван, не залазећи у материјалноправна питања. Након *Лисабона*, у судској пракси искристалисала су се три процесна критеријума на којима су судови инсистирали. Први је критеријум дезигнације, који подразумева индивидуализованост, прецизност и конкретност одлуке Савета, као и постојање везе између примене рестриктивних мера и остварења или заштите циљева Уније. Како указује случај *Anbouba*, Савет мора прецизно указати зашто је одређено лице предмет рестриктивних мера, као и да назначи повезаност њихове примене са остварењем циљева организације²⁹. Судови Уније поштовали су дискрециона права Савета при идентификацији „мете“ рестриктивних мера, те деловали само у случају непоштивања захтеваних процесних критеријума, односно угрожавања начела правне

26 *ibidem*, paras. 60–71.

27 Case C-72/15, *Rosneft*, Opinion of Advocate General Wathelet delivered on 31 May 2016, ECLI:EU:C:2016:381, para. 75.

28 Joined Cases C-584/10 P, C-593/10 P & C-595/10 P, *Commission v. Kadi (Kadi II)*, EU:C:2013:518, para. 97.

29 Case C-630/13, *Issam Anbouba v Council*, ECLI:EU:C:2015:247, para 42.

сигурности или принципа пропорционалности, како показују и основни и апелациони поступак у случају *National Iranian Oil Company*³⁰. Други критеријум захтева изразу, у форми анекса одлуке, детаљног образложења примене рестриктивних мера према конкретном лицу од стране Савета. Случајеви *ОМПИ*³¹, *Kadi II*³², *Bamba*³³, *Bank Saderat Iran*³⁴, *Stavytskyi*³⁵ или *Kargaran*³⁶, показују да Савет мора јасно образложити зашто је одређено лице предмет рестриктивних мера, на начин који је разумљив и лицу у питању и судовима: лицу у питању како би могло судски заштити своја права и евентуално кориговати своје спорно понашање, а судовима како би могли вршити своју функцију контроле законитости ове врсте аката Савета. Или, како је Општи суд истакао у једном од случајева *Yanukovych*, образложење не може садржавати уопштене, стереотипне формулације, већ конкретне разлоге зашто Савет сматра да је такав акт примењив у односу на лице у питању³⁷. Трећи критеријум захтева „поткрепљујуће доказе“ којима ће одлука о рестриктивним мерама, укључујући и детаљно образложење, бити подржана. Суд је остао недоречен по питању нивоа доказа у овом контексту, истакавши у случају *Fulmen*³⁸ да се мора радити о доказима на основу којих се може објективно утврдити да је одлука

30 Поступак пред Општим судом: *Case T-578/12, National Iranian Oil Company v Council*, ECLI:EU:T:2014:678; апелациони поступак пред Судом правде: *Case C-440/14, National Iranian Oil Company v Council*, EU: C:2016:128. Погледати и случај *T-348/14, Yanukovych v Council*, ECLI:EU:T:2016:508, у којем је Општи суд поништио одлуку Савета јер није адекватно утврђена повезница између наводне злоупотребе јавних финансија и нарушавања владавине права и институционалне стабилности у Украјини, односно случај *C – 348/12 P Council of the European Union v Manufacturing Support & Procurement Kala Naft Co., Tehran*, ECLI:EU:C:2013:776, који се тичао идентификације лица као објекта рестриктивних мера не на основу његовог претходног или постојећег, већ на основу његовог будућег „ризичног“ деловања по спољнополитичке интересе и циљеве Уније (“*risk designation criteria*”).

31 *Case T-228/02, Organisation des Modjahedines du peuple d’Iran v. Council*, ECLI:EU:T:2006:38.

32 *Joined Cases C-584/10 P, C-593/10 P & C-595/10 P, Commission v. Kadi (Kadi II)*, EU:C:2013:518.

33 *Case C-417/11, Council of the European Union v. Nadiany Bamba*, ECLI:EU:C:2012:718.

34 *Case C-200/13, Council v. Bank Saderat Iran*, ECLI:EU:C:2016:284X.

35 *Case T-290/17, Edward Stavytskyi vs. Council*, ECLI:EU:T:2019:37.

36 *Case C – 134/19 P, Bank Refah Kargaran vs. Council*, ECLI:EU:C:2020:793.

37 *Case T – 348/14, Olexandr Yanukovych vs. Council*, ECLI:EU:T:2016:508, para. 80.

38 *Case C-280/12, Council v. Fulmen and Fereydoun Mahmoudian*, ECLI:EU:C:2013:775, para 64.

о рестриктивним мерама чињенично утемељена, те да поткрепљујуће информације у конкретном случају имају неспорну доказну вредност³⁹.

Инсистирање судова на процесним критеријумима усмерено је ка реализацији два међусобно неодвојива циља: заштити основних принципа, начела и вредности правног поретка организације, попут владавине права, правне сигурности или принципа пропорционалности, с једне стране, али и заштити права лица која су рестриктивним мерама погођена, с друге, при чему је Суд управо овај други контекст настојао додатно искористити за јачање своје позиције у оквиру ЗСБП.

2.3. Рестриктивне мере и заштита људских права

Протеклих година развила се обимна судска пракса у чијем средишту је, уз идентификацију процесних критеријума, заштита права субјеката погођених санкционим мерама, а поготово њиховог права на одбрану и ефикасну судску заштиту⁴⁰. Право на одбрану, између осталог, укључује право да се буде саслушан (*audi alteram partem*) и право увида у доказе на којима се темељи рестриктивна мера, док право на ефикасну судску заштиту укључује и ваљано образложење рестриктивне мере у односу на циљеве и вредности Уније, а које подлеже преиспитивању од стране судова⁴¹. Судови су углавном настојали обезбедити равнотежу између заштите људских права како их гарантује право организације, с једне стране, те ефикасности рестриктивних мера у контексту реализације спољнополитичких циљева Уније, с друге (Bosse Plattiere, 2017). У случају Kiselev, на пример, у којем је било речи о слободи изражавања из члана 11 Повеље о основним правима, Општи суд је истакао да ово право није апсолутно, те да може бити ограничено у сврху окончања „руске дестабилизације Украјине“, посебно уколико деловање лица у питању представља политичку пропаганду и уколико су ограничења нужна и пропорционална циљу који се жели остварити и уколико производе одвраћајућа дејства *pro futuro*⁴². Односно, судови Уније су ограничење индивидуалних права применом рестриктивних мера смештали у познати

39 Погледати и: Joined Cases C-584/10 P, C-593/10 P & C-595/10 P, *Commission v. Kadi (Kadi II)*, EU:C:2013:518, para. 124.

40 У складу са члановима 41 и 47 Повеље Европске уније о основним правима која, у складу са чланом 6.1 УЕУ, ужива „једнаку правну вредност“ као и уговори.

41 Погледати: Poli, S. (2018). *Effective Judicial Protection and Its limits in the case law concerning individual restrictive measures in the European Union*, in Neframi, E., Gatti, M. (eds.). (2018). *Constitutional Issues of EU External Relations Law*, Luxembourg Legal Studies, 16, Baden-Baden: Nomos, p. 287–305.

42 Case T – 262/15, *Kiselev v. Council*, ECLI:EU:T:2017:392, paras. 76, 116–119.

контекст из члана 52.1 Повеље о основним правима⁴³, али и признате судске праксе⁴⁴, а који подразумева три основна момента: почивање мере на одговарајућој правној основи, повезаност ограничења са циљем Уније који се настоји остварити, те неопходност и пропорционалност ограничења у односу на дати циљ, док само „језгро“ гарантованог права мора остати нетакнуто. Руководећи се наведеним, Суд је у случају *Rotenberg* инсистирао на „заштитној функцији“ рестриктивних мера, како у односу на права и словове других субјеката, тако и у односу на циљеве Уније⁴⁵, док је у бројним „руским“ и „украјинским“ случајевима, који последњих година преовлађују, присутно „апотекарско“ процењивање домашаја рестриктивних мера у контексту очувања неокрњености „језгра“ права индивидуалног субјекта на којег се мера односи. У руској и украјинској групи случајева доминирају не само захтеви за поништај одлуке Савета због кршења процесних критерија, већ и захтеви за надокнаду штете коју је лице претрпело услед примене оспорених мера. Када је реч о Руској Федерацији, ови поступци су кулминирали након анексије Крима⁴⁶, а као мете санкција, које су временом обнављане и прошириване⁴⁷, односно као стране у каснијим поступцима за њихов поништај, појавила су се различита лица блиска Кремљу, руске компаније у области енергетике⁴⁸, грађевине⁴⁹,

43 Члан 52.1 Повеље гласи: „Свако ограничење права и слобода признатих овом повељом мора бити предвиђено законом и поштовати суштину тих права и слобода. Таква ограничења, под условом поштивања начела пропорционалности, могу бити допуштена само уколико су неопходна и уколико истински задовољавају циљеве од општег интереса које признаје Унија или потребу заштите права и слобода других“.

44 Погледати: *Case T – 256/11, Ahmed Abdelaziz Ezz and Others v Council*, ECLI:EU:T:2014:93; *Case T – 202/12, Bouchra Al Assad v Council*, ECLI:EU:T:2014:113.

45 *Case T – 720/14, Rotenberg v. Council*, ECLI:EU:T:2016:689, para. 167.

46 *Council Decision 2014/145/CFSP and Council Regulation 269/2014 of 17 March 2014 concerning restrictive measures in respect of actions undermining or threatening the territorial integrity, sovereignty and independence of Ukraine*, OJ L/78, 17. 3. 2014.

47 Погледати: *Council Decision (CFSP) 2020/907 of 29 June 2020 amending Decision 2014/512/CFSP concerning restrictive measures in view of Russia’s actions destabilizing the situation in Ukraine*, OJ. L/207, 30. 6. 2020.

48 *Case T – 735/14 и T – 799/14, Gazprom Neft PAO v. Council*, ECLI:EU:T:2018:548; *Case C – 72/15, PJSC Rosneft Oil Company v. Her Majesty’s Treasury*, ECLI:EU:C:2017:236; *Case T – 715/14, PAO Rosneft Oil Company and others v. Council*, ECLI:EU:T:2018:544; *Case C-732/18 P, PAO Rosneft Oil Company and others vs. Council*, ECLI:EU:C:2020:727.

49 *Case T - 720/14, Rotenberg v. Council*, ECLI:EU:T:2016:689.

финансија⁵⁰, одбрамбене индустрије⁵¹, те руски медији због наводног дестабилизирајућег пропагандног деловања⁵². Украјински случајеви били су нешто специфичнији, јер се углавном радило о лицима која су већ била предмет националних поступака због наводног финансијског криминала, те су мере Уније⁵³ имале за циљ да подрже нове украјинске власти у њиховим напорима. При томе, политичка димензија у примени рестрикција је незаобилазна, јер је углавном била реч о припадницима претходног режима, људима блиским Кремљу⁵⁴ и члановима њихове породице⁵⁵, те компанијама „под контролом“ Москве⁵⁶. У оквиру украјинских случајева, судови су углавном поништавали одлуке Савета због непоштивања другог процесног критерија (детаљно образложење),

50 Case T – 732/14, Sberbank of Russia OAO v. Council, ECLI:EU:T:2018:541; Case T – 734/14, VTB Bank PAO v. Council, ECLI:EU:T:2018:542; Case C – 729/18, VTB Bank PAO v. Council, C-729/18 P, ECLI:EU:C:2020:499; Case T – 731/18, Vnesheconombank v. Council, ECLI:EU:T:2018:543; Case C – 731/18 P, Vnesheconombank v. Council, ECLI:EU:C:2020:500.

51 Case T – 525/15, Almaz-Antey v. Council, ECLI:EU:T:2017:25; Case T – 515/15, Almaz-Antey v. Council, ECLI:EU:T:2018:545.

52 Case C – 262/15, Kiselev v. Council, ECLI:EU:T:2017:392.

53 Council Decision 2014/119/CFSP of 5 March 2014 concerning restrictive measures directed against certain persons, entities and bodies in view of the situation in Ukraine, OJ L/66, 6.3.2014; Council Regulation (EU) 208/2014 of 5 March 2014 concerning restrictive measures directed against certain persons, entities and bodies in view of the situation in Ukraine, OJ L/66, 6.03.2014; Council Decision (CFSP) 2020/399 of 13 March 2020 amending Decision 2014/145/CFSP, OJ L/78.

54 Case T – 346/14, Viktor Yanukovich v. Council, ECLI:EU:T:2016:497; Case C – 598/16, Viktor Yanukovich v. Council, C-598/16 P, ECLI:EU:C:2017:786; Case T – 331/14, Mykola Azarov v. Council, ECLI:EU:T:2016:49; Case T – 215/15, Mykola Azarov v. Council, ECLI:EU:T:2017:479; Case T – 434/14, Arbutov v. Council, ECLI:EU:T:2016:46; Case T – 221/15, Arbutov v. Council, ECLI:EU:T:2017:478; Case T – 290/17, Stavytskyi v. Council, ECLI:EU:T:2019:37; Case T – 290/14, Portnov v. Council, ECLI:EU:T:2015:806; Case T – 340/15, Klyuyev v. Council, ECLI:EU:T:2016:496; Case T – 305/18, Klyuyev v. Council, ECLI:EU:T:2019:506; Case T – 291/19, Victor Pshonka v. Council, ECLI:EU:T:2020:448; Case T – 269/20, Victor Pshonka v. Council, ECLI:EU:T:2021:419; Case T – 286/19, Mykola Azarov v. Council, ECLI:EU:T:2020:611; Case T – 258/20, Oleksandr Viktorovych Klymenko v Council, ECLI:EU:T:2021:52. Тренутно, у току је и поступак у случају T – 291/20, Victor Yanukovich vs. Council.

55 На пример: Case T – 332/14, Oleksii Azarov v. Council, ECLI:EU:T:2016:48; Case T – 348/14, Oleksandr Yanukovich v. Council, ECLI:EU:T:2016:508; Case T – 292/19, Artem Pshonka v. Council, ECLI:EU:T:2020:449; Case T – 268/20, Artem Pshonka v. Council, ECLI:EU:T:2021:418; Case T – 298/19, Sergej Arbutov v. Council, ECLI:EU:T:2020:445; Case T – 267/20, Sergej Arbutov v. Council, ECLI:EU:T:2021:417. У току је, на пример, и поступак у случају T – 292/20, Oleksandr Yanukovich v. Council.

56 На пример: Case T – 739/14, PSC Prominvestbank v. Council, ECLI:EU:T:2018:547.

а случајеви *Arbuzov*⁵⁷ и *Yanukovych*⁵⁸ указују да је проблем био у томе што се Савет углавном ослањао на податке из писама украјинског Врховног тужиоца, за које су судови Уније сматрали да нису довољно прецизни при утврђивању индивидуалне одговорности, као и да се посредством њих не доказује постојање опасности од деловања конкретног лица по владавину права у Украјини (*Challet*, 2020: 5). Судови су били мање склони поништити одлуке Савета у случајевима из „руске групе“, а један од ретких изузетака представља поменути случај *Rotenberg*, који се тицао рестриктивних мера против лица које је било ангажовано на изградњи моста којим се Крим повезује са руском територијом. Општи суд је поништио акт Савета из разлога што овај, без обзира на објективну везу лица са руководством Русије, није непобитно показао да је оно приликом закључења уговора било упознато са намерама руских власти, које су обзнањене накнадно, да се мост гради, а поготово да је могло утицати на одлуку Москве по овом питању⁵⁹.

По питању права на накнаду штете претрпљене применом илегалних рестриктивних мера, у складу са принципом вануговорне одговорности из члана 340 УФЕУ, Унија је дужна надокнадити штету коју њене институције или службеници проузрокују при вршењу својих дужности. Суд правде временом је идентификовао три услова који морају бити испуњени како би захтев за накнадом штете био ефективан – да је причињена штета стварна, да постоји објективна веза између деловања организације и настале штете, те да је штета проузрокована озбиљним нарушавањем права организације (*Тучић*, 2015: 190–199). Но, судови Уније су све до случаја *Safa Nicu*⁶⁰ избегавали да донесу одлуку у овом правцу, образлажући то неиспуњеношћу бар једног од наведених услова. У овом случају, Општи суд је констатовао да Савет није понудио поткрепљујуће доказе да компанија помаже развој иранског нуклеарног програма те је, самим тим, противна праву Уније. Потом је констатовао и да су испуњена сва три услова за накнаду штете, међутим, уместо тражена 2 милиона⁶¹, Суд је утврдио обавезу Уније да надокнади штету у износу од само 50.000 евра, јер *Safa Nicu* наводно свој одштетни захтев није поткрепила одговарајућим доказима о висини претрпљене штете⁶². Покренут је апелациони поступак пред Судом правде, у којем је компанија тражила поништај одлуке Општег суда

57 Case T – 434/14, *Arbuzov v. Council*, ECLI:EU:T:2016:46, para. 39.

58 Case T – 348/14, *Oleksandr Yanukovych v. Council*, ECLI:EU:T:2016:508.

59 Case T – 720/14, *Rotenberg v. Council*, ECLI:EU:T:2016:689, paras. 84–91.

60 Case T-384/11, *Safa Nicu Sepahan Co. v Council*, ECLI:EU:T:2014:986.

61 *ibidem*, para. 78.

62 *ibidem*, para. 93–149.

о висини накнаде, док је Савет сматрао да Safa Nicu уопште нема право на накнаду⁶³. Суд је, пратећи ставове општег правобраниоца⁶⁴, одбацио аргументе и компаније и Савета, те подржао првобитну одлуку Општег суда. Од висине одштетног захтева значајније је то да су судови Уније коначно јасно истакли да примена индивидуалних санкција за које се испостави да су противправне дефинитивно повлачи за собом одговорност Уније за штету која је индивидуалном субјекту причињена (Pursiainen, 2017: 16).

Веома значајан случај по питању права на накнаду штете, али и позиције Суда правде у оквиру ЗСБП, био је Bank Refah Kargaran из 2020. године⁶⁵, у којем се поставило питање надлежности Суда да разматра одштетни захтев који се не односи само на рестриктивне мере донете на основу члана 215.2 УФЕУ, већ и на одлуке Савета у оквиру ЗСБП усвојене на основу члана 29 УЕУ. Након што се Општи суд⁶⁶ претходно прогласио ненадлежним, указујући на ограниченост уговорних решења којима се утврђује надлежност Суда правде у оквиру ЗСБП искључиво на члан 40 УЕУ, односно 275 УФЕУ, покренут је апелациони поступак пред Судом правде, који је заузео другачији став. По Суду, начело ефикасне судске заштите не би било потпуно уколико му не би било омогућено да доноси одлуке о накнади штете која је проузрокована рестриктивним мерама у оквиру ЗСБП⁶⁷, а свој став Суд је градио на неколико елемената: дерогацији његових општих овлашћења из члана 19 УЕУ у оквиру ЗСБП⁶⁸; истицању права на ефикасан правни лек сваког индивидуалног субјекта чија су права нарушена, у складу са чланом 19 Повеље, али и начелом владавине права на којем Унија почива⁶⁹; тези да, како свако лице располаже правом на накнаду штете која му је причињена мерама донетим на основу члана 215 УФЕУ, принцип кохерентности система правних лекова у праву Уније налаже да идентичним правом лица располажу и када је реч о одлукама Савета донетим по члану 29 УЕУ⁷⁰. Стога, Суд располаже надлежношћу да одлучује о накнади штете коју је Унија проузроковала спроводећи

63 Case C – 45/15 P, Safa Nicu Sepahan Co. v Council of the European Union, ECLI:EU:C:2017:402.

64 *ibidem*, Opinion of the Advocate General Mr. Mangozzi, Delivered on 8 September 2016, ECLI:EU:C:2016:658.

65 C – 134/19, Bank Refah Kargaran v Council, ECLI:EU:C:2020:793.

66 Case T – 552/15, Bank Refah Kargaran v Council, ECLI:EU:T:2018:897.

67 C – 134/19, Bank Refah Kargaran v Council, ECLI:EU:C:2020:793, para. 43.

68 *ibidem*, para. 32.

69 *ibidem*, para. 35–36.

70 *ibidem*, para. 39.

своја овлаштења у области ЗСБП⁷¹. Очигледно, Суд правде је, под плаштом заштите начела ефикасне судске заштите и владавине права, настојао додатно ојачати своје компетенције у области ЗСБП (Verellen, 2021: 17–24). Или, Суд се „без јасног реда ослонио на неколико фрагментираних аргумената, које није чак ни повезао у аргументовану целину, те устврдио своју надлежност по наведеном питању, иако је правна основа за тако нешто остала нејасна“ (Bartoloni, 2020: 1364). Без обзира, након случаја Rosneft⁷² и подвођења одлука Савета о рестриктивним мерама под претходни поступак, у случају Bank Refah Kargaran десила се следећа, како би рекли Крејг и Де Бурка, “groundbreaking judgement” у контексту јачања позиције Суда правде у оквиру ЗСБП (Craig and de Burca, 2011: 7).

3. Закључак

Аутономне рестриктивне мере против правних и физичких лица и других недржавних ентитета представљају веома битан и све учесталији инструмент подршке општим интересима и циљевима Уније у спољнополитичком контексту. Након дугогодишњег лутања и непознаница, Уговором из Лисабона омогућена је експлицитна правна основа за њихову примену, али и предвиђена ограничена надлежност Суда правде у оквиру ЗСБП, укључујући и надзор над легалношћу рестриктивних мера које доноси Савет. Но, и овако ограничена надлежност судова Уније у оквиру ЗСБП послужила је као основа за релативно интензиван судски активизам, и то на неколико нивоа.

Први ниво подразумевао би јачање позиције Суда правде у оквиру ЗСБП, при чему су, до сада, у овом контексту учињена два корака. Први је подразумевао подвођење одлука Савета о рестриктивним мерама под поступак о претходном питању, чиме се не само додатно учврстио канал комуникације између Суда и његових националних партнера, већ и отворио простор за интензивније јуриспрудентно обликовање даљег развоја овог веома осетљивог сегмента права европске организације. Други корак подразумевао је проширење надлежности Суда и у односу на одлуке Савета у оквиру ЗСБП донете на основу члана 29 УЕУ, на основу прилично уопштене аргументације из случаја Bank Refah Kargaran, која је изазвала доста „буре“ на теоријској равни.

71 Сличан став, али другачије аргументован, изнео је и општи правобранилац Хоган. Погледати: Opinion of AG Hogan delivered on 28 May 2020, case C-134/19 P, Bank Refah Kargaran v. Council, ECLI:EU:C:2020:396.

72 Case C – 72/15, PJSC Rosneft Oil Company v. Her Majesty’s Treasury, ECLI:EU:C:2017:236.

Битан ниво деловања судова Уније односио се на идентификацију кључних процесних критеријума које одлуке Савета о рестриктивним мерама против индивидуалних субјеката морају испунити. Функционални значај ових критеријума, уз заштиту неких од основних вредности, принципа и начела Уније као „заједнице утемељене на праву“⁷³, садржан је у интенцији Суда да се верификује као један од кључних европских правосудних ауторитета по питању заштите људских права и слобода. Један од кључних изазова судова Уније у досадашњем периоду управо се манифестовао у потреби обезбеђења одговарајуће равнотеже између ефикасности рестриктивних мера као инструмената ЗСБП, с једне, те заштите базичних садржинских елемената Уније као заједнице темељене на праву, укључујући и заштиту људских права и слобода како је предвиђена правом европске организације, с друге. Иако су у великој мери до сада у томе успевали, компарација неких од досадашњих „руских“ и „украјинских“ случајева указује да су у одређеним ситуацијама судови Уније предност ипак давали њеним спољнополитичким интересима и циљевима.

Без обзира што су поштовали његова овлаштења при идентификацији „мета“ рестриктивних мера, судови Уније су инсистирањем на процесним критеријумима вршили перманентан притисак на Савет и тиме, између осталог, утицали на побољшање квалитета ове врсте аката (Chacko, 2019). Не мањег значаја је и чињеница да су судови досадашњом праксом, иако постоје мишљења да су одређене прилике за значајнији искорак у том правцу пропуштене⁷⁴, значајно утицали на јуриспрудентну хомогенизацију, односно чвршће повезивање ЗСБП са осталим политикама и осталим сегментима правног система Уније. Процеси у овом контексту нису окончани, те се у наступајућем периоду такође могу очекивати интересантни обрти у режији Суда правде.

73 Конструкцију „заједница темељена на праву“ први је употребио први председник Европске комисије Валтер Холштајн 1962. године, да би се она потом чврсто етаблирала и у јуриспруденцији Суда правде. Погледати: С – 294/83, Parti écologiste „Les Verts“ v. European Parliament, ECR I – 1339.

74 Погледати: Koutrakos, P. (2018). *Judicial Review in the EU's Common Foreign and Security Policy*. *International and Comparative Law Quarterly*, 67, DOI: 10.1017/S0020589317000380, p. 1–35.

Литература и извори

Bartoloni, M. E. (2019). „Restrictive Measures“ under art. 215 TFEU: towards unitary legal regime? *Brief reflections of Bank Refah Judgement*. *European Papers Insight*. 5(3). DOI: 10.15166/2499-8249/442. p. 1359–1369.

Van Elsuwege, P. (2011). *The Adoption “Targeted Sanctions” and the Potential for Interinstitutional Litigation After Lisbon*. *Journal of Contemporary European Research*, 7 (4), p. 488–499.

Verellen, T. (2021). *In the name of rule of law? CJEU further extends jurisdiction in CFSP (Bank Refah Kargaran)*. *European Papers Insight*. 6(1), DOI: 10.15166/2499-8249/447, p. 17–24.

Chachko, E. (2019). *Foreign Affairs in Court: Lessons from CJEU Targeted Sanctions Jurisprudence*. *The Yale Journal of International Law*. 44(1). p. 1–51.

Challet, C. (2020). *Reflections on Judicial Review of EU Sanctions Following the Crisis in Ukraine by the Court of Justice of the European Union*. *Research Papers in Law*, 4/20, *European Legal Studies*, College of Europe, Brugge.

Craig, P. & Burca, de G. (2011). *EU Law – Texts, Cases and Materials*, Fifth edition, Oxford: Oxford University Press.

Koutrakos, P. (2018). *Judicial Review in the EU’S Common Foreign and Security Policy*. *International and Comparative Law Quarterly*, 67, DOI: 10.1017/S0020589317000380, p. 1–35.

Poli, S. (2018), *Effective Judicial Protection and Its limits in the case law concerning individual restrictive measures in the European Union*, in Neframi, E., Gatti, M. (eds.) (2018), *Constitutional Issues of EU External Relations Law, Luxembourg Legal Studies*, 16, Baden-Baden: Nomos, p. 287–305.

Pursiainen, A. (2017). *Targeted EU Sanctions and Fundamental Rights*. *Solid Plan Consulting*. Retrieved on 12 July 2021 from https://um.fi/documents/35732/48132/eu_targeted_sanctions_and_fundamental_rights/14ce3228-19c3-a1ca-e66f-192cad8be8de?t=1525645980751.

Тучић, Б. (2015). *Суверенитет, јуриспруденција и уставни плурализам: оглед о правном поретку Европске уније*. Бања Лука: ЈУ Народна и универзитетска библиотека Републике Српске.

Тучић, Б. (2020). *Основи политике интеграције и сарадње у области унутрашњих послова и правосућа у Европској унији: правни и институционални оквир „Простора слободе, безбједности и правде“*. Бања Лука: Факултет безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци.

Уговор о Еуропској унији и Уговор о функционирању Еуропске уније – прочишћене верзије, ОЈ С 202, 2016, р. 1 – 388. Преузето 3. јула 2021. са <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A12016ME%2FTXT>.

Акти институција Еуропске уније

Common Position of 19 March 1998 on restrictive measures against the Federal Republic of Yugoslavia, ОЈ 1998 L 95/1.

Common Position of 7 May 1998 concerning the freezing of funds held abroad by the Federal Republic of Yugoslavia (FRY) and Serbian Governments, ОЈ 1998 L 143/1.

Council Common Position 1999/727 of 15 November 1999 concerning restrictive measures against the Taliban ОЈ L 294.

Council Common Position 2001/154 of 26 February 2001 concerning additional restrictive measures against the Taliban and amending Common Position 96/746/CFSP, ОЈ L 57, 27. 2. 2001.

Council Common Position of 27 December 2001 on the application of specific measures to combat terrorism, ОЈ L 344, 28. 12. 2001.

Council Common Position of 27 May 2002 concerning restrictive measures against Usama bin Laden, members of the Al-Qaida organization and the Taliban and other individuals, groups, undertakings and entities associated with them and repealing Common Positions 96/746/CFSP, 1999/727/CFSP, 2001/154/CFSP and 2001/771/CFSP, ОЈ L 139, 29. 5. 2002.

Council Decision 2014/119/CFSP of 5 March 2014 concerning restrictive measures directed against certain persons, entities and bodies in view of the situation in Ukraine, ОЈ L/66, 6. 3. 2014.

Council Decision CFSP 2014/145 of 17 March 2014 concerning restrictive measures in respect of actions undermining or threatening the territorial integrity, sovereignty and independence of Ukraine, ОЈ L 78/16, 17. 3. 2014.

Council Decision CFSP 2016/1711 of 27 September 2016 amending Common Position 2001/931/CFSP on the application of specific measures to combat terrorism, L 2591, 27. 9. 2016.

Council Decision (CFSP) 2017/2073 of 13 November 2017 amending Common Position 2001/931/CFSP on the application of specific measures to combat terrorism, L 295, 14. 11. 2017.

Council Decision (CFSP) 2020/399 of 13 March 2020 amending Decision 2014/145/CFSP, OJ L/78, 13. 3. 2020.

Council Decision (CFSP) 2020/907 of 29 June 2020 amending Decision 2014/512/CFSP concerning restrictive measures in view of Russia's actions destabilizing the situation in Ukraine, OJ. L/207, 30. 6. 2020.

Council Regulation (EC) No 337/2000 of 14 February 2000 concerning a flight ban and a freeze of funds and other financial resources in respect of the Taliban of Afghanistan, OJ L 43/20, 16. 2. 2020.

Council Regulation (EC) No 2488/2000 of 10 November 2000 maintaining a freeze of funds in relation to Mr. Milosevic and those persons associated with him and repealing Regulations (EC) No. 1294/1999 and 607/2000 and Article 2 of Regulation (EC) No 926/98, OJ 2000 L 287/19, 14. 11. 2000.

Council Regulation (EC) No 467/2001 of 6 March 2001 prohibiting the export of certain goods and services to Afghanistan, strengthening the flight ban and extending the freeze of funds and other financial resources in respect of the Taliban of Afghanistan, and repealing Regulation (EC) No 337/2000, OJ 2001 L 67/1, 9. 3. 2001.

Council Regulation (EC) No 881/2002 of 27 May 2002 imposing certain specific restrictive measures directed against certain persons and entities associated with Usama bin Laden, the Al-Qaida network and the Taliban, and repealing Council Regulation (EC) No 467/2001 prohibiting the export of certain goods and services to Afghanistan, strengthening the flight ban and extending the freeze of funds and other financial resources in respect of the Taliban of Afghanistan, OJ L 139, 29. 5. 2002.

Council Regulation (EU) No 1286/2009 of 22 December 2009 amending Regulation (EC) No 881/2002 imposing certain specific restrictive measures directed against certain persons and entities associated with Osama bin Laden, the Al-Qaida network and the Taliban, O.J. 2009, L 346/42.

Council Regulation (EU) 208/2014 of 5 March 2014 concerning restrictive measures directed against certain persons, entities and bodies in view of the situation in Ukraine, OJ L/66, 6. 3. 2014.

Council Regulation 269/2014 of 17 March 2014 concerning restrictive measures in respect of actions undermining or threatening the territorial integrity, sovereignty and independence of Ukraine, OJ L/78, 17. 3. 2014.

European Parliament Committee on Legal Affairs Opinion on the legal basis of the proposal for a Council Regulation amending Regulation (EC) No 881/2002 imposing certain specific restrictive measures directed against certain persons

and entities associated with Osama bin Laden, the Al-Qaida network and the Taliban, JURI_AL(2009) 430917, 4 December 2009.

Судска пракса Суда правде ЕУ и Општег суда

C – 294/83, Parti écologiste “Les Verts” v European Parliament, ECR I – 1339.

Case T-362/04, Leonid Minin v. Commission, 2007, ECR II-2003.

Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, Kadi and Al Barakaat, 2008, ECR I-6351.

Joined Cases T-246/08 and T-332/08, Mellli Bank plc v. Council, 2009, ECR II-2629.

Case C – 130/10, European Parliament v. Council, ECLI:EU:C:2012:472.

Joined Cases C-584/10 P, C-593/10 P & C-595/10 P, Commission v. Kadi (Kadi II), EU:C:2013:518.

Case T – 256/11, Ahmed Abdelaziz Ezz and Others v Council, ECLI:EU:T:2014:93.

Case T-384/11, Safa Nicu Sepahan Co. v Council, ECLI:EU:T:2014:986.

Case C-417/11, Council of the European Union v. Nadiany Bamba, ECLI:EU:C:2012:718.

Case C-658/11, EP v Council (Mauritius), ECLI:EU:C:2014:2025.

Case T – 202/12, Bouchra Al Assad v Council, ECLI:EU:T:2014:113.

Case C-280/12, Council v Fulmen and Fereydoun Mahmoudian, ECLI:EU:C:2013:775.

Case C-200/13, Council v Bank Saderat Iran, ECLI:EU:C:2016:284X.

Case C-439/13P, Elitaliana, ECLI:EU:C:2015:753.

Case C-630/13, Issam Anbouba v Council, ECLI:EU:C:2015:247.

Case T – 290/14, Portnov v. Council, ECLI:EU:T:2015:806.

Case T – 331/14, Mykola Azarov v. Council, ECLI:EU:T:2016:49.

Case T – 332/14, Oleksii Azarov v. Council, ECLI:EU:T:2016:48.

Case T – 346/14, Viktor Yanukovych v. Council, ECLI:EU:T:2016:497.

Case T – 348/14, Olexandr Yanukovych vs. Council, ECLI:EU:T:2016:508.

Case T – 434/14, Arbuzov v. Council, ECLI:EU:T:2016:46.

Case C-455/14P H v Council, ECLI:EU:C:2016:569.

Case T – 715/14, PAO Rosneft Oil Company and others v. Council, ECLI:EU:T:2018:544.

Case T – 720/14, Rotenberg v. Council, ECLI:EU:T:2016:689.

Case T – 732/14, Sberbank of Russia OAO v. Council, ECLI:EU:T:2018:541.

Case T – 734/14, VTB Bank PAO v. Council, ECLI:EU:T:2018:542.

Joined cases T – 735/14 and T – 799/14, Gazprom Neft PAO v. Council, ECLI:EU:T:2018:548.

Case T – 739/14, PSC Prominvestbank v. Council, ECLI:EU:T:2018:547.

Case C – 45/15 P, Safa Nicu Sepahan Co. v Council of the European Union, ECLI:EU:C:2017:402.

Case C – 45/15 P, Safa Nicu Sepahan Co. v Council of the European Union, Opinion of the Advocate General Mr. Mangozzi, Delivered on 8 September 2016, ECLI:EU:C:2016:658

Case C – 72/15, PJSC Rosneft Oil Company v. Her Majesty’s Treasury, ECLI:EU:C:2017:236.

Case C-72/15, Rosneft, Opinion of Advocate General Wathelet delivered on 31 May 2016, ECLI:EU:C:2016:381.

Case T – 221/15, Arbuzov v. Council, ECLI:EU:T:2017:478.

Case T – 215/15, Mykola Azarov v. Council, ECLI:EU:T:2017:479.

Case T – 262/15, Kiselev v. Council, ECLI:EU:T:2017:392.

Case T – 340/15, Klyuyev v. Council, ECLI:EU:T:2016:496.

Case T – 515/15, Almaz-Antey v. Council, ECLI:EU:T:2018:545.

Case T – 525/15, Almaz-Antey v. Council, ECLI:EU:T:2017:25.

Case T – 552/15, Bank Refah Kargaran v Council, ECLI:EU:T:2018:897.

Cases C – 598/16, Viktor Yanukovych v. Council, C-598/16 P, ECLI:EU:C:2017:786.

Case T-290/17, Edward Stavytskyi vs. Council, ECLI:EU:T:2019:37.

Case T – 305/18, Klyuyev v. Council, ECLI:EU:T:2019:506.

Case C – 729/18, VTB Bank PAO v. Council, C-729/18 P, ECLI:EU:C:2020:499.

Case T – 731/18, Vnesheconombank v. Council, ECLI:EU:T:2018:543.

Case C – 731/18 P, Vnesheconombank v. Council, ECLI:EU:C:2020:500.

Case C-732/18 P, PAO Rosneft Oil Company and others vs. Council, ECLI:EU:C:2020:727.

Case C – 134/19 P, Bank Refah Kargaran vs. Council, ECLI:EU:C:2020:793.

Case C-134/19 P, Bank Refah Kargaran v. Council, Opinion of AG Hogan delivered on 28 May 2020, ECLI:EU:C:2020:396.

Case T – 286/19, Mykola Azarov v. Council, ECLI:EU:T:2020:611.

Case T – 291/19, Victor Pshonka v. Council, ECLI:EU:T:2020:448.

Case T – 292/19, Artem Pshonka v. Council, ECLI:EU:T:2020:449.

Case T – 298/19, Sergej Arbuzov v. Council, ECLI:EU:T:2020:445.

Case T – 258/20, Oleksandr Viktorovych Klymenko v Council, ECLI:EU:T:2021:52.

Case T – 267/20, Sergej Arbuzov v. Council, ECLI:EU:T:2021:417.

Case T – 268/20, Artem Pshonka v. Council, ECLI:EU:T:2021:418.

Case T – 269/20, Victor Pshonka v. Council, ECLI:EU:T:2021:419.

Boris Tučić, PhD,
Assistant Professor,
Faculty of Security Science, University of Banja Luka

**THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION AND THE
AUTONOMOUS RESTRICTIVE MEASURES AGAINST NATURAL
AND LEGAL PERSONS AND NON-STATE ENTITIES WITHIN
THE EU COMMON FOREIGN AND SECURITY POLICY**

Summary

As a part of its specific policies, the EU creates and implements numerous restrictive measures against different subjects. In recent years, the most interesting ones, especially from the perspective of the Court of Justice of the European Union (CJEU), have been the autonomous restrictive measures against natural and legal persons and other non-state entities within the Union's Common Foreign and Security Policy (CFSP). After years of legal wandering in this regard, the Lisbon Treaty finally offered an explicit legal basis for this kind of measures, envisaging, as well, for the first time, the CJEU's jurisdiction in the field of CFSP in some cases, including the one related to reviewing the legality of decisions providing for restrictive measures against natural or legal persons adopted by the Council of the EU on the basis of Chapter 2 of Title V of the Treaty of the European Union.

In this regard, the subject matter of this paper are the activities of the EU courts related to the autonomous restrictive measures against individual subjects, analyzed at several relevant although inseparable levels. The first one considers the intention of the CJEU to "use" the situation regarding the autonomous restrictive measures in order to strengthen its position and competences within the CFSP. The second one is oriented to the efforts of the courts to secure the balance between the effectiveness of the CFSP instruments, on the one hand, and the protection of some of the major principles and values of the EU legal order, on the other hand, such as the rule of law, legal certainty, effective judicial protection or the protection of human rights as guaranteed by the EU Law in general. Thirdly, a very important step in this context has been the jurisprudential identification of the key procedural requirements that the Council's decisions providing for restrictive measures must fulfill as well (aka the designation criteria, statements of reasons criteria and supporting evidence criteria). By constantly insisting on the fulfillment of these criteria, the EU courts exerted a pressure on the Council to improve its decisions providing restrictive measures in a qualitative manner.

Recent jurisprudence, such as the Rosneft or Bank Refah Kargaran cases, shows that there is still enough space for the Court's interventions in this field, and that

some interesting Court's decisions, related to its position within the CFSP or the general relation between the CFSP and other forms of Union's external activities, could be expected in the years to come.

Keywords: *EU Common Foreign and Security Policy, autonomous restrictive measures, jurisprudence, natural and legal persons and other non-state entities, CJEU, General Court, procedural criteria, human rights.*

Др Ахмедин Лекпек,*
Доцент,
Департман за економске науке,
Државни Универзитет у Новом Пазару

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-33013

UDK: 347.735
336.77

Рад примљен: 05.07.2021.
Рад прихваћен: 23.09.2021.

ЕКОНОМСКИ ЕФЕКТИ ЗАШТИТЕ ПРАВА КРЕДИТОРА

Апстракт: Спремност кредитора да задовоље кредитну тражњу становништва и привреде под обострано прихватљивим условима директно зависи од степена правне заштите коју кредитори уживају. Овај рад се бави питањем заштите права кредитора и инструментима који се за ту сврху користе. Циљ рада је да се сагледају економски ефекти који настају као последица примене инструмената заштите права кредитора, а који утичу како на финансијски положај кредитора, тако и на финансијски положај дужника, и стабилност и ефикасност финансијског и привредног система у целини. Резултати истраживања показују да постојање адекватног нивоа заштите права кредитора има снажан позитиван утицај на величину и активност кредитног тржишта, да примена различитих инструмената заштите права кредитора може изазвати како позитивне, тако и негативне ефекте по саме кредиторе, и да претерано висок ниво заштите кредитора може значајно погоршати положај дужника, а последично, у дугом року, и положај самих кредитора.

Кључне речи: кредитори, заштита права кредитора, дужници, колатерал, ковенанте, валутна клаузула, осигурање кредитног потраживања.

* alekpek@np.ac.rs

1. Увод

Адекватна правна регулисаност кредитних односа и постојање институционалног окружења које гарантује остваривање права и извршење обавеза насталих у тим односима је *conditio sine qua non* привредне и друштвене стабилности и ефикасности финансијског система, како на националном, тако и на глобалном нивоу. О историјском значају овог питања говори чињеница да је законска регулација кредитних односа била зачетак законодавне праксе многих славних цивилизација¹ (Homer, Sylla, 2005: 3).

У кредитни однос су укључени *кредитор (поверилац)* и *дужник*, као уговорне стране, и *суд*, који треба да осигура спровођење одредаба уговора у случају спора између уговорних страна (Padilla, Requejo, 2000: 7). Иако закони гарантују одређена права и кредиторима и дужницима, ипак се не може рећи да су они у егалитарном положају. Наиме, кредитори су углавном финансијски моћнији и друштвено утицајнији, па су стога у прилици да утичу на владајуће структуре и, самим тим, на креирање услова пословања по њиховој мери (наведено према Лазић, 2016: 55). Зато су у фокусу стручне и академске јавности чешће права кредитора него права дужника. Заштита права кредитора има две димензије: *прву*, која се тиче особе² чије се деловање усмерава подстицајима или правним лековима, и *другу*, која се тиче самих подстицаја и правних лекова, а реализује се путем уговора и закона (наведено према Adler, Kahan, 2013: 1776).

Овај рад се бави питањем заштите права кредитора и инструментима који се за ту сврху користе. Циљ рада је да се сагледају економски ефекти који настају као последица примене инструмената заштите права кредитора, а који утичу како на финансијски положај кредитора, тако и на финансијски положај дужника, и стабилност и ефикасност финансијског и привредног система у целини. Рад је структуриран на следећи начин. У другом делу рада је анализирана међузависност обима кредитне активности и нивоа заштите права кредитора. У трећем делу је разматрано на који начин заштита права кредитора утиче на положај дужника. У четвртном делу су наведени кључни инструменти заштите права кредитора, као и принципи и ефекти њихове имплементације. У закључку су дати резиме спроведеног истраживања, ограничења и могућности за даља истраживања на ову тему.

1 Кредитним односима су се бавили и закони које су доносили *Хамураби* у Вавилону и *Солон* у античкој Атини (Homer, Sylla, 2005: 3).

2 Углавном је у питању дужник, али се може радити и о другим физичким и правним лицима (детаљније Adler, Kahan, 2013: 1776–1777).

2. Утицај заштите права кредитора на кредитну активност

Права кредитора се деле у две категорије: *имовинска права*, у која спадају право на наплату, продају и обезбеђење потраживања, као и на учешће у расподели ликвидационе масе, и *управљачка права*, која обухватају права контроле над пласираним кредитом, заложеном имовином, пословањем и, коначно, процесом стечаја дужника (детаљније Васиљевић, 2015: 18–197). Поред тога, постоји и подела на *примарна права*, где спадају право на извршење уговора и наплату одштете у случају неизвршења, и *секундарна*, односно *додатна права*, која кредиторима омогућавају да уклоне препреке, очувају и унапреде изгледе за наплату потраживања (детаљније Radović, Tesić, 2015).

Интензитет кредитне активности одређују два фактора: информисаност и снага кредитора (Djankov, McLiesh, Shleifer, 2007: 300). Кредитни однос је оптерећен проблемом асиметричне информисаности уговорних страна о финансираном пословном подухвату. Последице асиметричне информисаности су ограничена могућност ваљане процене кредитних захтева од стране кредитора, што може довести до *негативне селекције*, као и ограничена могућност контроле над коришћењем пласираног кредита, услед чега може доћи до појаве *моралног хазарда* (детаљније Stiglitz, Weiss, 1981). Тиме се демотивише кредитна активност и новац постаје скуп и тешко доступан. Проблем асиметричне информисаности још интензивније погађа кредиторе који тек планирају да уђу на конкретно финансијско тржиште и може демотивисати њихов улазак (наведено према Dell'Ariccia, Friedman, Marquez, 1999: 530). Постојећи кредитори су боље информисани о кредитном бонитету зајмотражилаца, па код нових кредитора постоји бојазан да ће њихови зајмотражиоци бити углавном они које су постојећи кредитори одбили као ризичне (наведено према Dell'Ariccia, Friedman, Marquez, 1999: 516, 530).

На услове кредитирања утичу и претходна искуства кредитора и њихова способност надзора над пласираним кредитима. Наиме, кредитори који су имали искуство неизвршавања кредитних обавеза од стране дужника, касније су поштравали кредитне услове чак и зајмотражиоцима који нису били из истог подручја или сектора (Murfin, 2012: 1597). С друге стране, кредитори са развијеном способношћу надзора могу себи дозволити ублажавање услова кредитирања (наведено према Coleman, Sharpe, Esho, 2002: 17).

На перципирани ниво асиметричне информисаности утиче и величина и финансијска снага зајмотражилаца. Велика и успешна предузећа се сматрају мање ризичним зајмотражиоцима, не само због финансијске

снаге која им обезбеђује висок кредитни бонитет, већ и због њихове тежње да испуњавањем преузетих обавеза очувају добру репутацију и снажну преговарачку позицију (наведено према Strahan, 1999: 21). С друге стране, брзорастућа предузећа не могу да рачунају на кредитирање под подједнако повољним условима, што може знатно успорити њихов раст (Binks, Ennew, 1996: 17), али штетити и привредном развоју. Ова предузећа не располажу адекватном материјалном имовином (Strahan, 1999: 21), већ су њихови кључни ресурси знање и идеје које тек треба да се реализују и донесу резултате³.

Проблем асиметричне информисаности може бити значајно ублажен креирањем дугорочних пословних односа кредитора и зајмотражилаца, на обострану корист. Истраживања су показала да је шанса за добијање кредита 14 пута већа код кредитора са којим су успостављени чврсти пословни односи у односу на остале кредиторе (наведено према Bharath, Dahiya, Saunders, Srinivasan, 2007: 368). Такође, већа је вероватноћа и да ће кредитори зајмотражиоцима са којима дугорочно сарађују одобрити кредите у већем износу, дуже рочности, без залогe и уз нижу камату (наведено према Bharath, Dahiya, Saunders, Srinivasan, 2011: 1195, 1197).

Снага кредитора се огледа у његовој способности наплате потраживања и евентуалног преузимања колатерала и контроле над предузећем-дужником (Djankov, McLiesh, Shleifer, 2007: 300). Његова снага је значајно условљена степеном правне заштите коју ужива. Постојање ваљаних законских решења и ефикасних институција које их имплементирају и осигуравају реализацију кредитних уговора, унапређује правну заштиту кредитора и доводи до повећања њихове кредитне активности (наведено према Galindo, Micco, 2007a: 415). Сходно томе, земље у којима постоји висок ниво заштите кредитора имају значајно веће кредитно тржиште у односу на земље где то није случај (наведено према Galindo, 2001: 17). Истраживања су показала да би се у земљама са недовољним нивоом заштите кредитора, конкретно у јужноамеричким земљама, удео кредита у бруто друштвеном производу дуплирао уколико би достигле ниво заштите кредитора који пружају развијене земље (Galindo, 2001: 17). На разлику у величини кредитног тржишта земаља са различитим нивоом заштите кредитора утиче и то што су страни кредитори спремни да уђу само на тржишта оних земаља у којима би уживали висок ниво заштите (наведено према Qian, Strahan, 2007: 2804).

3 Из тог разлога, брзорастућа предузећа у првим фазама развоја ретко користе кредитно финансирање и углавном се финансирају на бази ризичног капитала (*venture capital*) и сличних иновативних извора финансирања (деталније Лекпек, 2016).

Осим што утиче на обим кредитирања, ниво заштите кредитора утиче и на стабилност кредитирања, која се огледа кроз отпорност кредитног тржишта на утицај спољних шокова⁴ (наведено према Galindo, Micco, 2007a: 433). Виши ниво заштите кредитора доводи и до побољшања услова кредитирања, у смислу пласирања јефтинијих и дугорочнијих кредита (Qian, Strahan, 2007: 2830; Lin, Ma, Malatesta, Xuan, 2011: 22). Такође, узрокује и смањење разлике у доступности кредита великим и малим предузећима⁵ (Galindo, Micco, 2007b: 20).

Ниво заштите кредитора не зависи само од привредне развијености и ефикасности правних институција конкретне земље, већ и од примењеног правног система. Наиме, у земљама у којима је заступљена пракса обичајног права, постоји знатно виши ниво заштите права кредитора у односу на земље где је успостављена пракса француског грађанског права, што је директно утицало на различит ниво развијености финансијског тржишта у овим земљама (наведено према La Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer, Vishny, 1997: 1149; Djankov, McLiesh, Shleifer, 2007: 325–326).

3. Утицај заштите права кредитора на положај дужника

Заштита права кредитора може достићи претерано висок ниво и имати негативне последице (Arping, 2014: 18), пре свега по дужника, али и по друштво у целини. Чињеница је да финансијска снага и друштвени утицај омогућавају кредиторима да имају далеко више права него обавеза (детаљније Васиљевић, 2015: 213–232). Кредитни уговори су стандардизовани, „састављају се брзо“ и не остављају могућност избора зајмотражиоцима, „осим прихватања услова које је друга уговорна страна поставила“ (наведено према Slawson, 1971: 556). Захваљујући својој „економски доминантној позицији“, кредитори, углавном оличени у „великим банкарским корпорацијама“, имају могућност диктирања уговорних услова, који су често неправедни и по дужника штетни⁶ (Лазих, 2016: 55). Кредитори чак могу вршити притисак на зајмотражиоце да

4 У неким случајевима, стабилност кредитног тржишта се у време снажног утицаја спољних шокова одржала захваљујући високом нивоу јавног задуживања, као што је то био случај у Републици Србији у првим годинама светске финансијске кризе (детаљније Domazet, Vuković, 2015).

5 У земљама са високим нивоом заштите кредитора, превасходно у земљама где је заступљено обичајно право, удео кредитно финансираних пројеката великих предузећа је за 9% већи од удела кредитно финансираних пројеката малих предузећа, док у осталим земљама та разлика износи 25% (Galindo, Micco, 2007b: 20).

6 У Републици Србији је тек доношењем Закона о заштити корисника финансијских услуга 2011. године забрањена пракса банака да самовољно повећавају каматне стопе,

прихвате кредитне услове којима се директно крше њихова законом гарантована права⁷.

Кад се у улози дужника нађе предузеће, пре свега корпорација, може се говорити о утицају заштите права кредитора на положај три интересне групе: менаџера, акционара (власника) и запослених. Пословање кредитираних предузећа потпада под контролу кредитора (види Reschepino, 1988), па је, самим тим, слобода менаџера у управљању предузећем ограничена. То ограничење је нарочито приметно кад је у питању слобода управљања новчаним токовима (Jensen, 1986: 323).

Акционари пак често не могу остварити адекватан ниво контроле над деловањем менаџера, па им контрола коју спроводе кредитори може бити веома корисна (наведено према Narveu, Lins, Roper, 2004: 27). Тако контролом над управљањем новчаним токовима, кредитори могу спречити менаџере да улажу у дубиозне пројекте који би могли бити штетни по пословни успех и тржишну позицију предузећа (упореди са Heaton, 2002: 35). С друге стране, ниво заштите кредитора утиче и на финансијску позицију акционара. Наиме, што је слабија заштита кредитора, то ће они више инсистирати на рестриктивнијој политици исплате дивиденди⁸ (Brockman, Unlu, 2009: 297). Такође, ниво исплата дивиденди је обрнуто пропорционалан обиму коришћења кредита и, самим тим, утицају који кредитор има на дужника (наведено према Allen, Gottesman, Saunders, Tang, 2012: 593). На обим и услове коришћења кредита утиче и структура власништва. Предузећа са високим нивоом инсајдерског власништва⁹ ређе користе кредитно финансирање (наведено према Jensen, Solberg, Zorn, 1992: 261). С друге стране, предузећа са ниским нивоом права акционара могу добити и до 25% јефтинији кредит у односу на предузећа у којима акционари уживају висок ниво права¹⁰ (наведено према Chava, Livdan, Purnanandam, 2009: 3002).

често водећи се субјективним параметрима и позивајући се на сопствену пословну политику (детаљније Хибер, Живковић, 2015).

7 Закон о заштити корисника финансијских услуга (чл. 7, ст. 3) је строго забранио поменуту праксу (наведено према Дудах, 2016: 558).

8 Вероватноћа исплате дивиденди је за 70% већа код предузећа која послују у земљама у којима постоји висок ниво заштите права кредитора у односу на предузећа која послују у по кредитора неповољнијем окружењу (Brockman, Unlu, 2009: 298).

9 Односи се на учешће менаџера и осталих запослених у власништву над предузећем.

10 Предузећа са ниским нивоом акционарских права се сматрају мање ризичним, услед мање вероватноће да може доћи до екстерног преузимања (наведено према Chava, Livdan, Purnanandam, 2009: 3002).

Кад су у питању запослени, истраживања показују да растом њихове преговарачке моћи у предузећу, расте цена по којој су кредитори спремни да финансирају њихово предузеће (Falato, Liang, 2016: 2547). С друге стране, у периоду кризе пословања и угрожене способности враћања кредита, често су запослени први на удару, јер је смањење плата и отпуштање једна од главних ставки финансијске консолидације задужених предузећа (наведено према Falato, Liang, 2016: 2549). На крају, страх од неповољног деловања кредитора могу искористити и сами менаџери, како би јачали сопствену преговарачку позицију и отпуштали запослене или смањивали плате, „пребацујући кривицу на кредитора“ и тако не угрожавајући „радни морал запослених и перцепцију о правичним радним односима“ (наведено према Falato, Liang, 2016: 2550).

4. Инструменти заштите права кредитора

4.1. Колатерал

Колатерал представља покретну и непокретну имовину дужника над којом кредитор може преузети власништво у случају да дужник не изврши кредитне обавезе (видети Закон о заложном праву на покретним стварима и правима уписаним у регистар, члан 2; Закон о хипотеци, члан 2). На основу приложеног колатерала, могуће је проценити финансијски положај, али и спремност дужника да се у потпуности посвети успеху финансираног пројекта (наведено према Вебцзук, 2003: 22–23). На тај начин се ублажава дејство проблема асиметричне информисаности кредитора и дужника (Chen, 2006: 13; Сосо, 2000: 209). Колатерал може бити у експлицитном облику, у виду конкретне приложене имовине, или у имплицитном облику, у смислу контроле над имовином, пословањем и додатним задуживањем дужника током трајања кредитног аранжмана (наведено према Rampini, Viswanathan, 2013: 469). Да ли ће и у којем обиму кредит бити колатерализован, директно зависи од преговарачке моћи кредитора (Chen, 2006: 13). Такође, захтевани ниво колатерализованости кредита расте са растом тржишних каматних стопа, опадањем бруто друштвеног производа (Jimenez, Salas, Saurina, 2006: 279) и растом ризичности зајмотражиоца (Benmelech, Bergman, 2009: 358). Колатерал доноси користи како кредиторима, у виду ублажавања дејства преузетог кредитног ризика, тако и зајмотражиоцима, услед могућности повољнијег и обимнијег кредитирања (наведено према Benmelech, Bergman, 2009: 358).

Међутим, претерано фокусирање на колатерал приликом разматрања кредитних захтева може имати неповољне последице по кредитора. Вредне колатерале често прилажу зајмотражиоци које карактерише

низак ниво аверзије према ризику (наведено према Stiglitz, Weiss, 1981: 402). Стога, растом удела колатерализованих кредита у кредитном портфолију расте ризичност тог портфолија, па самим тим и ризичност самог кредитора (наведено према Berger, Udell, 1990: 41). Такође, кредитори често нису способни да прецизно процене разлику у квалитету колатерала различитих зајмотражилаца, што је нарочито изражено у периоду високе кредитне активности и што у случају појаве екстерних шокова кредиторе чини додатно угроженим¹¹ (наведено према Gorton, Ordonez, 2014: 368).

4.2. Ковенанте

Ковенанте представљају кредитне уговорне одредбе уз помоћ којих кредитор контролише и усмерава пословање „предузећа-дужника с циљем да минимизира кредитни ризик“ и којима се могу подстицати или забрањивати одређене пословне активности (детаљније Ćirović, 2007: 105). Деле се на *перформансне ковенанте*, које се тичу профитабилности и ефикасности пословања предузећа, и *капиталне ковенанте*, које се односе на структуру и употребу капитала (Christensen, Nikolaev, 2012: 106). Прва категорија ковенанти најчешће се користи код предузећа која имају високу и стабилну профитабилност, док се код предузећа са ниском и нестабилном профитабилношћу углавном користи друга категорија (Demerjian, 2007: 23). Деценијама су ковенанте сматране најјефтинијим инструментом ублажавања дејства кредитног ризика, што се променило тек убрзаним развојем кредитног тржишта (Whitehead, 2008: 644). Пракса је показала да трошкови сигнализирања пословних проблема дужника могу бити елиминисани уколико се примене перформансне ковенанте и спроводи конзервативна рачуноводствена политика у предузећу-дужнику (Levine, Hughes, 2005: 832). Стога, ковенанте могу бити користан инструмент кредитору једино ако рачуноводствени сектор предузећа-дужника даје благовремене информације о економском положају предузећа (Nikolaev, 2010: 164).

Међутим, менаџери предузећа која западну у финансијску кризу, често су склони фризирању резултата пословања, како би се формално испунили критеријуми дефинисани ковенантама (наведено према Sweeney, 1994: 307). Након што кредитори буду упознати с таквим деловањем менаџера кредитираних предузећа, долази до знатног погоршања услова под којима се поменута предузећа могу задуживати (Graham, Li, Qiu, 2008: 60). Поменуте последице сносе сва предузећа која не послују у складу са

11 Управо је то дошло до изражаја настанком хипотекарне кризе у Сједињеним Америчким Државама 2007. године, која се наредне године претворила у светску финансијску кризу.

ковенантама (наведено према Roberts, Sufi, 2009: 1690). Од акционара се пак може очекивати другачије понашање, јер су они често спремни да се делимично или потпуно одрекну дивиденди како не би дошло до кршења ковенанти (Fan, Sundaresan, 2000: 1091).

Ригорозност ковенанти је у негативној корелацији са степеном информисаности кредитора о финансијском положају и пословној пракси зајмотражилаца. Сходно томе, најблаже ковенанте се везују за кредитне уговоре који се склапају са зајмотражиоцима са којима је успостављена дугогодишња пословна сарадња (Sen, Dasgupta, Elkamhi, Pungaliya, 2016: 530). С друге стране, ризична предузећа са slabим развојним изгледима (Demiroglu, James, 2010: 3734) и предузећа о којима кредитор није адекватно информисан могу добити кредит само уз прихватање ригорозних ковенанти (Whitehead, 2008: 652). Истраживања показују да са растом неизвесности, повезаним са кредитирањем ризичних клијената, расте заступљеност финансијских ковенанти у кредитним уговорима (наведено према Demerjian, 2017: 1193).

Ригорозне ковенанте могу имати неповољне последице, превасходно по дужника, а коначно и по кредитора. Последице њиховог наметања могу бити значајан пад обима улагања, ограничавање додатног задуживања (Demiroglu, James, 2010: 3734), као и „ограничавање профитабилних активности“ дужника (Whitehead, 2008: 651). Смањење улагања је нарочито приметно код предузећа која су прекршила финансијске ковенанте (Chava, Roberts, 2008: 2085), при чему се кршење ковенанти углавном и јавља у случајевима када су оне ригорозно постављене (Demiroglu, James, 2010: 3735). Смањење обима улагања и профитабилних активности директно угрожава дужникову способност отплате кредита. На тај начин, уместо да испуне своју функцију и допринесу ублажавању дејства кредитног ризика, ковенанте изазивају његово јачање. Поред тога, нису ретки случајеви да дође до „неизвршења кредитних обавеза од стране дужника без претходног кршења ковенанти, што показује да ковенанте не могу покрити све ситуације“ (Beneish, Press, 1993 наведено у Rajan, Winton, 1995: 1134). Ковенанте кредиторима могу дати значајну моћ, која може бити злоупотребљена. Свесни те могућности, законодавци кажњавају кредиторе који предузимају казнене активности према дужнику пре формалног кршења уговорених ковенанти (Rajan, Winton, 1995: 1135).

4.3. Валутна клаузула

„Валутна клаузула је уговарање вредности обавезе у девизама (валута обавезе) у Републици стим што се плаћање и наплаћивање по тим уговорима врши у динарима (валута исплате)“ (Закон о девизном пословању, члан 2). У питању је „уговорна одредба којом је висина новчане обавезе одредива као динарска противвредност одређеног износа стране валуте на дан плаћања“ (Radović, 2021: 181). Основна сврха валутне клаузуле је заштита кредитора од дејства валутног ризика и не може се користити за заштиту од других ризика, попут инфлаторног ризика¹² (Šoškić, 2020: 71; Begović, Ilić, 2017: 27–28). Увођењем валутне клаузуле у кредитне уговоре напуштен је *принцип монетарног номинализма*, где се узима у обзир номинална вредност обавезе, и примењен је *принцип монетарног валоризма*, који подразумева измирење обавезе по њеној реалној вредности (наведено према Marković-Bajalović, 2020: 66, 71). Поједини аутори (Begović, Ilić, 2017: 29–35) наглашавају да економска логика примене принципа монетарног номинализма приликом кредитирања постоји једино у условима нулте инфлације и фиксних девизних курсева.

Висок ниво заштите који пружа валутна клаузула, превасходно страним кредиторима, доводи до повећања заступљености страних кредитора у земљама у којима је она заступљена и до раста њихове кредитне активности (наведено према Попов, 2012: 22). Тај, на први поглед, позитиван ефекат увођења валутне клаузуле доноси и изузетно негативне последице. Наиме, доминација кредита са валутном клаузулом значајно умањује могућност домаће централне банке да ефикасно спроводи монетарну политику (наведено према Попов, 2012: 23). С обзиром на то да су поменути кредити везани за кретање EURIBOR-а, централна банка не може да утиче на овај тип кредитне активности променом сопствене референтне каматне стопе (Šoškić, 2020: 78). Поред тога, у тим условима централној банци је отежано таргетирање инфлације, пошто јача зависност нивоа цена од висине девизног курса (Šoškić, 2020: 78). На крају, постојање значајног броја дужника задужених кредитима који садрже валутну клаузулу може бити фактор притиска на владајуће структуре да спрече пад курса националне валуте, чиме се спречава раст њихових обавеза изражених у локалној валути, али на штруб конкурентности националне привреде (наведено према Попов, 2012: 33).

Осим по ефикасност монетарне политике и конкурентност привреде, кредити индексирани у страниој валути могу бити штетни и по њихове

12 Беговић (2016) наводи да таква погрешна перцепција валутне клаузуле постоји код Слијепчевића (2016).

кориснике. Зајмотражиоци често нису свесни висине ризика и могућих последица узимања кредита који садрже валутну клаузулу, попут наглог раста девизног курса и повећања рате кредита изражене у домаћој валути до износа који они нису у стању да финансијски поднесу.¹³ Негативне последице сnose и кредитори, који, активним коришћењем валутне клаузуле као инструмента заштите од валутног ризика, потенцијално излажу себе снажном дејству кредитног ризика (деталније Šoškić, 2020: 75–77).

4.4. Осигурање кредитног потраживања

Осигурањем кредитног потраживања, кредитори преносе ризик неизвршења кредитне обавезе од стране дужника на осигуравача, плаћајући притом договорени износ премије осигурања. На тај начин, кредитори су заштићени од губитака који би настали у случају немогућности наплате потраживања (наведено према Passalacqua, 2006: 87). Последица те заштите је спремност кредитора да повећа кредитну активност и смањи цену кредитирања (наведено према Soumagé, 2010: 106). Заступљеност овог вида осигурања директно је условљена текућим привредним кретањима и фазама привредног циклуса (Clipici, 2013: 44).

Кад су у питању дужници, пракса осигурања кредитног потраживања може по њих бити неповољна јер се обавеза плаћања премије поменутог осигурања пребацује на терет дужника, што коришћење кредита чини скупљим, а притом нису уважени интереси дужника, чак и кад је у питању динамика плаћања премије (наведено према Petrović-Tomić, 2017: 108–109).

13 Најочитији пример који иде у прилог овој тврдњи су тешке финансијске последице које су поднели корисници кредита индексираних у швајцарским францима након одлуке швајцарске централне банке да одустане од политике фиксног девизног курса и наглог раста вредности швајцарског франка изражене у еврo до којег је потом дошло. Након појаве наведеног проблема, поставило се питање легалности валутне клаузуле у случају тих кредита. Сматра се да се корисници кредита индексираних у швајцарским францима, приликом оспоравања права кредитора на наплату значајно увећаних рата кредита, могу позвати на битно промењене околности и чињеницу да их кредитор није адекватно информисао о висини ризика који преузимају задужевањем на овај начин (наведено према Marković-Bajalović, 2020: 108–109; Radović, 2021: 186). С друге стране, постоји и мишљење се на основу доступних информација о кретању девизних курсева у прошлости могла предвидети могућност наглог раста курса швајцарског франка, па се стога корисници поменутих кредита не могу позивати на промењене околности као аргумент у прилог оспоравања легалности ових кредита (Беговић, 2016: 50).

5. Закључак

Кредитори су спремни да изађу у сусрет кредитним захтевима клијената уколико су адекватно информисани о самом зајмотражиоцу и сврси кредитирања, а њихова права, која им кредитни уговор и закони гарантују, заштићена. Управо због неједнаке информисаности кредитора и зајмотражилаца јача потреба за високим нивоом заштите права кредитора. Земље у којима је ниво те заштите адекватан, карактерише постојање развијеног кредитног тржишта, отпорног на ударе екстерних шокова. Пракса је показала да су то углавном земље у којима се следи модел обичајног права.

Заштита права кредитора има директне последице на положај дужника. Некада кредитори могу да злоупотребе висок ниво заштите који имају и да диктирају услове кредитирања који су веома штетни по дужнике, што посебно одликује земље са ниским животним стандардом и неадекватном заштитом права дужника. У ситуацији кад су предузећа дужници, заштита права кредитора различито утиче на *менаџере*, чије деловање кредитори контролишу на основу уговорних одредби, *акционаре*, којима контролом менаџмента кредитори често раде у прилог, али истовремено могу и угрозити њихов финансијски положај инсистирањем на увођењу рестриктивне политике исплате дивиденди, и *запослене*, на чију преговарачку моћ у предузећу кредитори не гледају благонаклоно, јер може спречити евентуално увођење политике штедње коју предузеће-дужник треба да спроведе.

Кредиторима су у пракси доступни различити инструменти којима штите своја уговором и законом гарантована права, а чија примена може имати и негативне последице по уговорне стране. *Колатерал* омогућава кредитору да анулира или бар ублажи губитак који настаје када дужник не изврши кредитну обавезу, али истовремено претерано фокусирање на колатерал може довести до креирања високоризичног портфолија. *Ковенантима* кредитор контролише пословање и финансирање дужника, али њихова превише ригидна примена може ограничити профитабилне активности дужника и угрозити њихову кредитну способност. *Валутна клаузула* штити кредитора од неповољног дејства промене девизног курса, али истовремено валутним ризиком оптерећује дужника и, потенцијално, појачава изложеност кредитора дејству кредитног ризика. *Осигурањем кредитног потраживања* кредитор се ослобађа ризика наплате кредитног потраживања, али истовремено терет плаћања премије осигурања пребацује на дужника, под по њега неповољним условима.

Легитимност захтева кредитора да заштите своја права и спремности законодаваца и спроводилаца закона да те захтеве уваже, не може се довести у питање. Да би кредитори ефикасно нападали привреду и друштво неопходним финансијским средствима, морају бити сигурни да ће остварити бенефите који им се обећавају. Међутим, истовремено не смеју занемаривати права и интересе зајмотражилаца, чије је задовољење неопходно за постизање привредне и друштвене равнотеже. Стабилно и снажно кредитно тржиште не може постојати без правно заштићених и економски стабилних дужника.

Питање утицаја заштите права кредитора на кредитну активност у овом раду је обрађено кроз анализу великог броја релевантних научних извора. Међутим, приметан је дефицит литературе која се на систематичан начин, кроз квалитетна емпиријска истраживања, бавила овим питањем на примеру Републике Србије. Тренутно је закључке о међузависности степена развијености домаћег кредитног тржишта и заштићености кредитора који на њему послују могуће извести само на основу искустава других земаља за које је наведена међузависност емпиријским истраживањем тестирана. Да би се овај проблем превазишао, препорука је да будућа истраживања која се буду бавила правима и активностима кредитора у Републици Србији, емпиријским путем утврде ниво утицаја заштите права кредитора на обим кредитне активности. На основу тако добијених резултата могу се понудити корисне препоруке креаторима и имплементаторима законских решења која третирају ово питање, и сагледати могућности за унапређење функционисања кредитног тржишта и кредитних односа у Републици Србији.

Литература и извори

Adler, B. E., Kahan, M. (2013). The technology of creditor protection. *University of Pennsylvania Law Review*. 161 (7). 1773–1814.

Allen, L., Gottesman, A., Saunders, A., Tang, Y. (2012). The role of banks in dividend policy. *Financial Management*. 41 (3). 591–613.

Arping, S. (2014). Credit protection and lending relationships. *Journal of Financial Stability*. 10. 7–19.

Bebczuk, N. R. (2003). *Asymmetric information in financial markets: introduction and applications*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.

Begović, B., Ilić, N. (2017). Poreklo zablude o svrsi valutne klauzule. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 65 (2). 26–42.

- Беговић, Б. (2016). Валутна клаузула: сврха, дилеме и могући исходи. *Право и привреда*. 54 (10–12). 24–53.
- Beneish, M. D., Press, E. (1993). Costs of technical violation of accounting-based debt covenants. *Accounting Review*. 68. 233–257.
- Benmelech, E., Bergman, N. K. (2009). Collateral pricing. *Journal of financial Economics*. 91 (3). 339–360.
- Berger, A. N., Udell, G. F. (1990). Collateral, loan quality and bank risk. *Journal of Monetary Economics*. 25 (1). 21–42.
- Bharath, S. T., Dahiya, S., Saunders, A., Srinivasan, A. (2011). Lending relationships and loan contract terms. *The Review of Financial Studies*. 24 (4). 1141–1203.
- Bharath, S., Dahiya, S., Saunders, A., Srinivasan, A. (2007). So what do I get? The bank's view of lending relationships. *Journal of Financial Economics*. 85 (2). 368–419.
- Binks, M. R., Ennew, C. T. (1996). Growing firms and the credit constraint. *Small Business Economics*. 8 (1). 17–25.
- Brockman, P., Unlu, E. (2009). Dividend policy, creditor rights, and the agency costs of debt. *Journal of Financial Economics*. 92 (2). 276–299.
- Cen, L., Dasgupta, S., Elkamhi, R., Pungaliya, R. S. (2016). Reputation and loan contract terms: The role of principal customers. *Review of Finance*. 20 (2). 501–533.
- Chava, S., Livdan, D., Purnanandam, A. (2009). Do shareholder rights affect the cost of bank loans?. *The Review of Financial Studies*. 22 (8). 2973–3004.
- Chava, S., Roberts, M. R. (2008). How does financing impact investment? The role of debt covenants. *The Journal of Finance*. 63 (5). 2085–2121.
- Chen, Y. (2006). Collateral, loan guarantees, and the lenders' incentives to resolve financial distress. *The Quarterly Review of Economics and Finance*. 46 (1). 1–15.
- Christensen, H. B., Nikolaev, V. V. (2012). Capital versus performance covenants in debt contracts. *Journal of Accounting Research*. 50 (1). 75–116.
- Clipici, E. V. (2013). Credit insurance during the financial crisis. *SEA–Practical Application of Science*. 1 (1). 38–45.
- Coco, G. (2000). On the use of collateral. *Journal of Economic Surveys*. 14 (2). 191–214.
- Coleman, A. D., Sharpe, I. G., Esho, N. (2002). *Do bank characteristics influence loan contract terms?* Australian Prudential Regulation Authority Working Paper 2002-01.

- Ćirović, M. (2007). *Bankarstvo*. Beograd: Naučno društvo Srbije.
- Dell’Ariccia, G., Friedman, E., Marquez, R. (1999). Adverse selection as a barrier to entry in the banking industry. *The RAND Journal of Economics*. 30 (3). 515–534.
- Demerjian, P. R. (2017). Uncertainty and debt covenants. *Review of Accounting Studies*. 22 (3). 1156–1197.
- Demerjian, P. R. (2007). Financial Ratios and Credit Risk: The Selection of Financial Ratio Covenants in Debt Contracts. AAA 2007 Financial Accounting & Reporting Section (FARS) Meeting Paper, <https://ssrn.com/abstract=929907>
- Demiroglu, C., James, C. M. (2010). The information content of bank loan covenants. *The Review of Financial Studies*. 23 (10). 3700–3737.
- Djankov, S., McLiesh, C., Shleifer, A. (2007). Private credit in 129 countries. *Journal of financial Economics*. 84 (2). 299–329.
- Domazet, I., Vuković, V. (2015). Kreditno tržište Srbije: posustajanje ili kolaps. *Poslovna ekonomija: časopis za poslovnu ekonomiju, preduzetništvo i finansije*. 9 (1). 159–176.
- Дудаш, А. И. (2016). Допуштеност једностраног повећања камате у уговорима о кредиту у праву Србије. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 50 (2). 549–567.
- Falato, A., Liang, N. (2016). Do creditor rights increase employment risk? Evidence from loan covenants. *The Journal of Finance*. 71 (6). 2545–2590.
- Fan, H., Sundaresan, S. M. (2000). Debt valuation, renegotiation, and optimal dividend policy. *The Review of Financial Studies*. 13 (4). 1057–1099.
- Galindo, A. J., Micco, A. (2007a). Creditor protection and credit response to shocks. *The World Bank Economic Review*. 21 (3). 413–438.
- Galindo, A. J., Micco, A. (2007b). Bank Credit to small and medium Sized Enterprises: the role of creditor protection. <https://ssrn.com/abstract=669583>
- Galindo, A. J. (2001). Creditor rights and the credit market: where do we stand? <https://ssrn.com/abstract=1817246>
- Gorton, G., Ordóñez, G. (2014). Collateral crises. *American Economic Review*. 104 (2). 343–378.
- Graham, J. R., Li, S., Qiu, J. (2008). Corporate misreporting and bank loan contracting. *Journal of Financial Economics*. 89 (1). 44–61.
- Harvey, C. R., Lins, K. V., Roper, A. H. (2004). The effect of capital structure when expected agency costs are extreme. *Journal of Financial Economics*. 74 (1). 3–30.

Heaton, J. B. (2002). Managerial optimism and corporate finance. *Financial management*. 31 (2). 33–45.

Хибер, Д., Живковић, М. (2015). Заштита корисника кредита од једностране измене висине уговорене камате. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 54 (70). 573–586.

Homer, S., Sylla, R. E. (2005). *A History of Interest Rates. Fourth edition*. Hoboken, New Jersey: John Wiley & Sons, Inc.

Jimenez, G., Salas, V., Saurina, J. (2006). Determinants of collateral. *Journal of financial economics*. 81 (2). 255–281.

Jensen, G. R., Solberg, D. P., Zorn, T. S. (1992). Simultaneous determination of insider ownership, debt, and dividend policies. *Journal of Financial and Quantitative analysis*. 27 (2). 247–263.

Jensen, Michael C. (1986). Agency costs of free cash flow, corporate finance, and takeovers. *The American Economic Review*. 76 (2). 323–329.

La Porta, R., Lopez-de-Silanes, F., Shleifer, A., Vishny, R. W. (1997). Legal determinants of external finance. *The Journal Of Finance*. 52 (3). 1131–1150.

Лазић, М. (2016). Заштита потрошача у кредитном односу. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 55 (74). 53–70.

Лекпек, А. (2016). Ризични капитал и препреке за његово улагање. *Економски погледи*. 18 (4). 37–51.

Levine, C. B., Hughes, J. S. (2005). Management compensation and earnings-based covenants as signaling devices in credit markets. *Journal of Corporate Finance*. 11 (5). 832–850.

Lin, C., Ma, Y., Malatesta, P., Xuan, Y. (2011). Ownership structure and the cost of corporate borrowing. *Journal of Financial Economics*. 100 (1). 1–23.

Marković-Bajalović, D. (2020). Još jednom o kreditima indeksiranim u švajcarskim francima. *Pravo i privreda*. 58 (1). 64–113.

Murfin, J. (2012). The supply-side determinants of loan contract strictness. *The Journal of Finance*. 67 (5). 1565–1601.

Nikolaev, V. V. (2010). Debt covenants and accounting conservatism. *Journal of accounting research*. 48 (1). 137–176.

Padilla, J., Requejo, A. (2000). The Cost and Benefits of the Strict Protection of Creditor Rights: Theory and Evidence. <https://ssrn.com/abstract=1814659>

- Passalacqua, L. (2006). A pricing model for credit insurance. *Giornale dell'Istituto Italiano degli Attuari*. 69 (4). 87–123.
- Pecchenino, R. A. (1988). The loan contract: mechanism of financial control. *The Economic Journal*. 98 (389). 126–137.
- Petrović-Tomić, N. (2017). Ugovor o osiguranju sposobnosti vraćanja kredita. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 65 (2). 91–112.
- Попов, Ђ. (2012). Утицај валутне клаузуле и девизног курса на стање привреде Србије. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 46 (3). 19–37.
- Radović, M. (2021). Punovažnost valutne klauzule nakon stupanja na snagu Zakona o konverziji. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 69 (1). 179–192.
- Radović, V., Tesić, N. (2015). On creditor's supplemental rights. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 63 (3). 141–169.
- Rajan, R., Winton, A. (1995). Covenants and collateral as incentives to monitor. *The Journal of Finance*. 50 (4). 1113–1146.
- Rampini, A. A., Viswanathan, S. (2013). Collateral and capital structure. *Journal of Financial Economics*. 109 (2). 466–492.
- Roberts, M. R., Sufi, A. (2009). Control rights and capital structure: An empirical investigation. *The Journal of Finance*. 64 (4). 1657–1695.
- Slawson, W. D. (1971). Standard form contracts and democratic control of lawmaking power. *Harvard law review*. 84 (3). 529–566.
- Слијепчевић, Д. (2016). Примена валутне клаузуле и променљиве каматне стопе у уговору о кредиту. *Привредни саветник*. 16.
- Soumaré, I. (2010). Credit insurance and investment: A contingent claims analysis approach. *International Review of Financial Analysis*. 19 (2). 98–107.
- Stiglitz, J. E., Weiss, A. (1981). Credit rationing in markets with imperfect information. *The American economic review*. 71 (3). 393–410.
- Strahan, P. E. (1999). Borrower risk and the price and nonprice terms of bank loans. FRB of New York Staff Report No. 90. <https://ssrn.com/abstract=192769>
- Sweeney, A. P. (1994). Debt-covenant violations and managers' accounting responses. *Journal of accounting and Economics*. 17 (3). 281–308.
- Šoškić, D. (2020). Valutna klauzula: ekonomsko-finansijske posledice. *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava*. 2 (1). 69–81.

Qian, J., Strahan, P. E. (2007). How laws and institutions shape financial contracts: The case of bank loans. *The Journal of Finance*. 62 (6). 2803–2834.

Васиљевић, З. (2015). *Права и обавезе из уговора о кредиту*. Правни факултет Универзитета у Бањој Луци.

Whitehead, C. K. (2008). The evolution of debt: Covenants, the credit market, and corporate governance. *Journal of Corporation Law*. 34 (3). 641–677.

Закон о девизном пословању. *Службени гласник РС*. Бр. 62/2006, 31/2011, 119/2012, 139/2014 и 30/2018.

Закон о заложном праву на покретним стварима и правима уписаним у регистар. *Службени гласник РС*. Бр. 57/2003, 61/2005, 64/2006, 99/2011 и 31/2019.

Закон о заштити корисника финансијских услуга. *Службени гласник РС*. Бр. 36/2011 и 139/2014.

Закон о хипотеци. *Службени гласник РС*. Бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 и 83/2015.

Ahmedin Lekpek, PhD,

Assistant Professor,

State University in Novi Pazar, Department of Economic Science

ECONOMIC EFFECTS OF CREDITORS' RIGHTS PROTECTION

Summary

The willingness of creditors to satisfy the credit demand of the population and the economy under mutually acceptable conditions directly depends on the degree of legal protection enjoyed by creditors. In this paper, we deal with the protection of creditors' rights and the instruments used for this purpose. The aim of this paper is to consider the economic effects arising as a result of the application of instruments of creditors' rights protection, which affect not only the financial position of creditors and debtors but also the stability and efficiency of the financial and economic system as a whole. The research results show that the existence of an adequate level of protection of creditors' rights has a strong positive impact on the size and activity of the credit market. On the other hand, the application of various instruments of creditors' rights protection can cause both positive and negative effects on the creditors position. Yet, an excessively high level of creditors' protection can significantly worsen the position of debtors and, consequently, aggravate the position of creditors in the long run.

Keywords: *creditors, protection of creditors' rights, debtors, collateral, covenants, currency clause, credit insurance.*

II РАДОВИ ПРЕЗЕНТОВАНИ
НА КОНФЕРЕНЦИЈИ „ПРАВО И
ДИГИТАЛИЗАЦИЈА“

Др Зоран Јовановић,*
Ванредни професор,
Правни факултет, Универзитет у Крагујевцу
Др Стефан Андоновић,*
Асистент са докторатом,
Правни факултет, Универзитет у Крагујевцу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-32514

UDK: 340.13(497.11)
004.738.5:35

Рад примљен: 31.05.2021.
Рад прихваћен: 21.06.2021.

ОБЈАВЉИВАЊЕ ЗАКОНА И ДРУГИХ ОПШТИХ АКТА – СКРИВЕНЕ МОГУЋНОСТИ ЕЛЕКТРОНСКЕ УПРАВЕ**

Апстракт: *Владавина права подразумева да сви грађани буду упознати са законима и општим актима које државни органи доносе. Познавање правних норми које су на снази представља темељ правне државе и организованог друштва у коме постоји правна предвидљивост и могућност планирања и доношења одлука. У ту сврху, Уставом Републике Србије, предвиђена је обавеза објављивања закона и других општих аката у јавном гласилу, пре њиховог ступања на снагу. И док је значај ове норме неспоран, чини се да у модерним условима обимног законодавног рада и огромног броја прописа који се свакодневно доносе, грађани и привредни субјекти нису у могућности да све испрате, чиме се јавља опасност од пропуштања усаглашавања са прописима и последично непоштовањем, односно штетним последицама по државу, грађане, привредне и друге заинтересоване субјекте. Због тога, поставља се питање, да ли је довољно да закони и општи акти буду само објављени у јавном гласилу како би се заинтересована лица упознала са њима? Аутори рада сматрају да је потребно отићи корак даље, у правцу активне улоге државе и трансформације „објављивања“ у „обавештавање“ о прописима. Данас, обавештавање грађана и привредних субјеката о новим прописима*

* zjovanovic@jura.kg.ac.rs

* sandonovic@jura.kg.ac.rs

** Рад је саопштен на међународној научној конференцији „Право и дигитализација“, која је одржана 23-24. априла 2021. године на Правном факултету Универзитета у Нишу. Рад је изложио др Стефан Андоновић, асистент са докторатом на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу, који је преминуо 14.05.2021. године.

може се имплементирати захваљујући могућностима које пружају дигитализација и електронска управа. Коришћењем електронске комуникације, развојем идеје јединственог управног места у „управно место без доласка“, као и активнијим деловањем државних органа на плану упознавања субјеката са новим прописима, може се очекивати и ефикасније остваривање правних норми, већи степен њиховог поштовања и развој владавине права. Стога, аутори ће у овом раду понудити предлоге и прилоге о поменутих питањима.

Кључне речи: дигитализација, електронска управа, управно место без доласка, објављивање закона.

1. Уводне напомене

Транспарентност представља један од основних принципа модерних демократских држава. Без јавности деловања и могућности увида у рад органа јавне власти, ствара се атмосфера тајности која је у супротности са сврхом владавине права и заштите људских права и слобода. Принцип транспарентности у раду државе се остварује кроз различите институте и права грађана. Један од основних правних института путем кога се она остварује јесте објављивање закона и других општих аката. Овај институт обухвата обавезу државе да све законе и друге опште правне акте објави пре ступања на снагу у јавном гласилу.

И док је значај ове норме неупитан, стиче се утисак да у савременом друштву, када долази до хиперинфлације закона и других општих аката, одређени део јавности нема могућности ни способности да испрати све новодонете прописе. Једноставно, свакодневно се усваја велики број општих аката које је тешко испратити, што последично може довести до пропуштања усаглашавања и њиховог кршења. У крајњем исходу могу се јавити и практични проблеми у појединим областима друштвеног живота. Тако су се јавиле ситуације попут „побуне *freelancer*-а“ против примене пореских закона,¹ „изненађење јавности“ у вези са обавезама физичких и правних лица да плаћају еколошку таксу у складу са Уредбом Владе о критеријумима за одређивање активности које негативно утичу на

1 021, Пореска управа почела масовно да шаље позиве фриленсерима, најављен протест испред Владе. Преузето 22. 01. 2021. год. <https://www.021.rs/story/Info/Srbija/262146/Poreska-uprava-pocela-masovno-da-salje-pozive-frilenserima-najavljen-protest-ispred-Vlade.html>. Б92, Држава „удара“ на јутјубере инфлуенсере: Платите сами порез пре покретања поступка. Преузето: 22. 04. 2021. https://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php?yuyu=2020&mm=10&dd=13&nav_id=1747226.

животну средину,² пропуштање усаглашавања са обавезама из области заштите података о личности, итд.³ У овим ситуацијама, већи део стручне јавности, у конкретним случајевима, није био свестан дужности сазнавања прописа који се на њих односе.

Због тога, поставља се питање да ли је код доношења прописа основна сврха државе да казни оне који нису ускладили активности или пословање са новим правилима, или пак да се прописи примењују и да дође до правно уређеног и функционалног друштва? Уколико као претпоставку узмемо да је примарни циљ објављивања прописа њихово поштовање, примена у пракси и стварање правно уређеног друштва, закључићемо да је потребно додатно проматрати и разрадити одредбе у вези са објављивањем закона и других општих аката.

У том смислу, треба размишљати о идеји да субјекти на које се прописи односе (грађани и привредни субјекти) треба да буду упознати са новим прописима на адекватан начин, који одговара савременом темпу живота и техничко-технолошким могућностима. Као једна од могућности јавља се проактивна улога државе код објављивања прописа, тако што ће одмах директно обавештавати грађане о новим прописима. Остварење те идеје, чини се, налази се у потенцијалима електронске управе. Имајући то у виду, овај рад је посвећен идеји електронске управе као значајном феномену који може да помогне приликом развоја института објављивања закона и других општих аката, а све у циљу њихове боље и ефикасније примене у пракси и избегавања неупућености друштвених актера у нове прописе, чиме се спречавају и практични проблеми који се из такве неупућености могу јавити. У циљу разумевања наше идеје, учинићемо осврт на питање транспарентности, нове улоге државе у дигиталном свету, потенцијала електронске управе и могућности еволуције традиционалних јавних института.

2 Србија Данас, *Промена од Нове године! Свако домаћинство и фирма ће плаћати еко-таксу: Ево колико хиљада динара треба да дате*. Преузето 22. 04. 2021. <https://www.srbijadanas.com/biz/novcanik/promena-od-nove-godine-svako-domacinstvo-i-firma-ce-placati-eko-taksu-evo-koliko-hiljada-dinara-2019-12-12>.

3 Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, *Неспремност руковалаца за примену новог Закона о заштити података о личности*. Преузето 27. 04. 2021. <https://www.poverenik.rs/sr-yu/saopstenja/3165>

2. Транспарентност, право на обавештеност и институт објављивања закона и других општих аката

Транспарентност представља појам који се односи на отвореност и јавност одређених процеса, у смислу да сви заинтересовани субјекти могу да остваре увид и да учествују у њима. У јавном праву, транспарентност настаје као израз потребе грађана да учествују у креирању политика, сазнавању правила и доношењу одлука које се на њих односе. На тај начин грађанима се омогућава ефикаснија и квалитетнија заштита права и интереса, повећава се одговорност доносилаца одлука и спречавају негативне појаве у друштву попут корупције и злоупотреба јавних добара (Муса, 2013: 9).

Као принцип од прворазредног значаја за остваривање демократских вредности и нормално функционисање друштва, транспарентност се остварује кроз бројне институте и права грађана. Основно право кроз које се принцип транспарентности остварује јесте право на обавештеност. (Вучковић, 2009: 194) Право на обавештеност у домаћем правном систему јесте Уставом⁴ предвиђено право, које свим грађанима гарантује истинито, потпуно и благовремено обавештавање о питањима од јавног значаја, што је, са друге стране, корелативно у дужности средстава јавног обавештавања да то право поштују. Поред тога, свим друштвеним актерима је гарантована могућност приступа подацима који се налазе у поседу државних органа и организација које обављају јавна овлашћења.⁵

Како би право на обавештеност заиста и заживело у пракси, неопходно је да грађани и привредни субјекти буду упознати са прописима који стварају правила понашања у једној друштвено-политичкој заједници. У том смислу, право на обавештеност уско је повезано са обавезом државе да упозна јавност са новим прописима. Такво упознавање врши се кроз уставом предвиђен институт објављивања закона и других општих аката.

Овај институт познаје и Устав Републике Србије у коме се предвиђа да сви општи акти морају бити објављени пре ступања на снагу. Ова обавеза представља једну „од основних претпоставки правне сигурности, и један од видова практичне реализације принципа владавине права“ (Пајванчић, 2009: 256). Поред тога, Устав, закони и подзаконски општи акти Републике Србије објављују се у републичком службеном гласилу, статути, одлуке и други општи акти аутономних покрајина објављују се у покрајинском службеном гласилу, док се статути и општи акти јединица

4 Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 98/2006.

5 Чл. 51 Устава РС.

локалне самоуправе објављују у локалним службеним гласилима. Циљ објављивања прописа у јавном гласилу јесте да се сви друштвени субјекти упознају са установљеним правилима понашања како би могли да ускладе своје активности са њима.

За законе и друге опште акте предвиђено је да ступају на снагу најраније осмог дана од дана објављивања у Службеном гласнику, уз изузетак да могу ступити на снагу и раније, али само ако за то постоје нарочито оправдани разлози, утврђени приликом њиховог доношења.⁶ Сврха остављеног простора од 8 дана је да се сви субјекти на које се прописи односе припреме за њихово ступање на снагу како би могли да ускладе своје лично, пословно и свако друго понашање (Пајванчић, 2009: 256). На тај начин остварује се поштовање правног поретка, владавина права и уређено друштво у коме сви знају своја права, обавезе и дужности.

У циљу конкретизације поменутих уставних одредби, усвојен је и Закон о објављивању закона и других прописа и аката.⁷ Службени гласник Републике Србије одређен је као службено гласило Републике Србије, а његова делатност је делатност од општег интереса коју врши јавно предузеће Службени гласник, кога оснива Република Србија.⁸ Поред тога, овим законом је одређен круг аката чије је објављивање у Службеном гласнику обавезно и круг аката чије објављивање је факултативне природе, као и процедура објављивања закона и других прописа и аката. У циљу ефикасне примене овог закона и остваривања обавезе објављивања прописа, потребан део средстава за рад и функционисање Службеног гласника и Правно информационог система одређује се у оквиру раздела министарства надлежног за послове државне управе.⁹

3. Нова друштвена реалност и хиперпродукција прописа

И док је могућност грађана да буду упознати са правима, обавезама и дужностима које им држава задаје доношењем општих аката нормативно загарантована, реалност нам говори да је у данашњем свету јако тешко испратити сва нова правила која се доносе, што доводи у питање и сврху права на обавештеност и обавезу државе да објављује законе и друге опште акте.

6 Чл. 196 Устава РС.

7 Закон о објављивању закона и других прописа и аката, *Сл. гласник РС*, 45/2013.

8 Чл. 1 Закона о објављивању закона и других прописа и аката.

9 Чл. 33 Закона о објављивању закона и других прописа и аката.

Последњих година и деценија се може уочити хиперрегулација, односно појачано регулисање различитих друштвених области. Разлози су различити и тешко одредиви, али као могући се могу поменути феномени глобализације и дигитализације, нове области друштвеног живота, убрзани друштвени и пословни токови, повећани захтеви тржишта за различитим знањима, услугама и производима и други.

Појачано доношење нових прописа присутно је и у Републици Србији. Такав став потврђује и чињеница да је у сазиву Народне скупштине Републике Србије од 3. јуна 2016. године усвојено више од 600 закона.¹⁰ Реч је дакле о цифри од око 14 новоусвојених закона на месечном нивоу, при чему треба водити рачуна да закони нису једини општи акти о којима грађани и привредни субјекти треба да воде рачуна, већ су ту и бројни подзаконски општи правни акти попут уредби, правилника, наредби, итд.

Имајући у виду изложене бројке, поставља се питање да ли грађани просечног правног знања и искуства, па чак и мањи привредни субјекти, могу да испрате све нове прописе и да усагласе своје понашање са њима? Чини се да је одговор на постављено питање негативан, будући да је тешко очекивати од грађана и привредних субјеката да свакодневно и брижљиво прате дешавања на нормативном плану. Последишно, немогућност праћења и усклађивања може довести до незнања и прекорачења или кршења прописа у различитим областима, а самим тим и до нестабилности правног поретка и организованог живота у друштвеној заједници.

Аутори рада су става да се проблем хиперрегулације и немогућности праћења новоусвојених прописа може превазићи активнијом улогом државе на овом плану, која се може остварити захваљујући могућностима дигитализације и електронске управе.

4. Дигитализација и електронска управа

Савремени услови живота и могућности информационо-комуникационих технологија омогућили су велики напредак у различитим областима науке и друштва. Утицај информационо-комуникационих технологија видљив је и у односу на државне структуре, односно органе јавне власти. Њихов рад се све више заснива на употреби дигиталних средстава рада и комуникације. Измењена улога државе у савременом друштву, велики број послова и задатака које држава и њени органи преузимају на себе,

¹⁰ Информација се заснива на законима донетим у периоду од 7. октобра 2016. године до 10. маја 2020. године. Народна скупштина Републике Србије, *Донети закони*. Преузето 23. 04. 2021. <http://www.parlament.gov.rs/akti/doneti-zakoni/u-sazivu-od-3-juna-2016.4242.html>,

подстичу и развијају социјалну улогу управе као јавне службе. Управа као јавна служба све више поставља државу и њене органе као равноправног партнера грађанима, који се труди да им помогне око свакодневних активности и олакша опстанак у савременом друштву. Те активности имају позитиван ефекат на ефикасност и економичност рада управе, чиме се ствара и веће поверење грађана у државу и њене органе.

Измењена улога државе, под утицајем информационо-комуникационих технологија и дигитализације утицала је и на стварање електронске управе (Лилић, Прља, 2010: 85). Електронска управа је широк појам који може да обухвати различите елементе и појаве. У теорији се јављају различита становишта у вези са одређењем појма електронске управе (Врчек, Муса, 2016: 9). За потребе овог рада користимо схватање које под електронском управом подразумева „социјално информационе управно-правне системе који користе Web апликације засноване на интернету и друге информационе технологије повезане са процедурама које омогућавају примену тих технологија, којима се олакшава приступ и испорука информација и управних служби грађанима, агенцијама и разним владиним органима“ (Димитријевић, 2009: 121). Одређење електронске управе може се наћи и у појединим стратешким документима. Тако, Стратегија развоја електронске управе у Републици Србији за период 2015–2018. године одређује електронску управу као употребу информационо-комуникационих технологија (ИКТ) које пружају могућности грађанима и привреди да комуницирају и пословно сарађују са јавном управом, користећи електронске медије (интернет, мобилни телефон, паметне картице, киоске, итд.).¹¹ Због лаке доступности и могућности брзе размене информација и података, спектар услуга електронске управе је прилично широк. Неке од услуга електронске управе тичу се пружања информација, дигиталне регистрације у вези са различитим правима и обавезама, вршења дигиталног плаћања и пружања великог броја других услуга коришћењем глобалног система повезаних рачунарских мрежа (world wide web-a) (Јовановић, 2012: 745–746).

Као што можемо приметити једна од основних врста услуга електронске управе тиче се дигиталне комуникације управе са осталим друштвеним актерима. Феномен електронске комуникације представља „масовни и умрежени систем електронских комуникационих односа у коме се преносе и обрађују разне електронске информације између, по правилу, неограниченог броја субјеката. Електронска комуникација функционише

11 Стратегија развоја електронске управе у Републици Србији за период 2015–2018. године и Акциони план за спровођење Стратегије за период 2015–2016. године, *Сл. гласник РС*, 107/2015.

као умрежени систем протока информација“ (Димитријевић, 2011: 205). Ова врста електронске управе тиче се комуникације органа управе са грађанима (G2C), привредним субјектима (G2B) и са другим органима управе (G2G) (Вучинић, 2020: 48–50). Као полазна тачка електронске управе и дигиталне комуникације са грађанима јавља се тежња ка приступачношћу услуга грађанима (Лилић, 2013: 257).

Става смо да се управо у електронској комуникацији и могућности брзе и ефикасне размене информација између органа управе и других субјеката крије могуће решење за превазилажење проблема сазнавања великог броја новоусвојених прописа. Наиме, захваљујући потенцијалима дигиталних технологија, технички је могуће организовати и правно уредити директно обавештавање и упознавање грађана и привредних субјеката са њиховим правима, обавезама, могућностима и дужностима које предвиђају прописи који се свакодневно доносе. Таква активност би омогућила упознавање са новим прописима на ефикаснији и бољи начин него што то дозвољава само објављивање у „Службеном гласнику“. Поред тога, држава би тиме заиста заузела позицију јавне службе и помогла грађанима и привредним субјектима, али и обезбедила примену прописа у областима друштвеног живота на које се прописи односе.

5. Активна улога државе у сазнавању прописа и концепт „управног места без доласка“

Улога државе у остваривању дужности грађана и привредних субјекта у вези са сазнавањем закона и других аката је у највећем делу пасивна, те је на грађане „пребачена“ дужност да прате активности на регулативном плану. Ипак, захваљујући дигитализацији и развојем електронске управе, полако се мења однос државе у правцу олакшавања и помагања грађанима да сазнају нове прописе. Наиме, држава се труди да изађе у сусрет грађанима и да им олакша остварење поменутих дужности.

У том смислу, држава је успоставила Правно-информациони систем Републике Србије који представља збирку података у електронском облику која садржи електронски облик Службеног гласника, архиву службених гласила, базу са регистром и текстовима важећих прописа и других аката Републике Србије који су објављени у Службеном гласнику, базу судске праксе и друге податке о правном систему Републике Србије и везу са правним актима Европске уније.¹² Правно-информациони систем води и одржава јавно предузеће Службени гласник. Треба поменути да нису све услуге у вези са овом базом података бесплатне. Корисници система могу

¹² Чл. 28 Закона о објављивању закона и других прописа и аката.

без накнаде да приступе незванично пречишћеним текстовима прописа, оригиналним службеним гласилима и службеним гласилима у којима су објављене њихове измене и допуне. За остале услуге мора се платити одређена накнада која се одређује актом Службеног гласника, на који сагласност даје Влада.¹³

Ова дигитална база прописа олакшава приступ грађанима у сазнавању прописа и других аката и на тај начин помаже у примени правила која су њима установљена. Правно-информациони систем се може одредити као посебан институт електронске управе којим се остварује улога државе у дигиталном амбијенту. Ипак, чини се да развој нових технологија и све већа активност државе у области електронске управе може додатно да допринесе сазнавању нових прописа. Става смо да развој института објављивања закона и других општих аката треба да се креће у правцу активне улоге државе по питању упознавања грађана и других привредних субјеката са новим прописима.

Истраживања показују да у модерном друштву грађани све више исказују потребу за већом активношћу државе по питању пружања јавних услуга без тога да грађани захтевају остваривање тих услуга. Овакав став јавног мњења је посебно видљив у погледу конкретизације информација и обавештења које грађани размењују са државом и њеним органима. Како се наводи: „Све чешће, грађани желе да владе држава проактивно нуде услуге и информације које су релевантне за њих и њихове тренутне околности. На пример, 40% америчких грађана радије би добијало препоруке и функције прилагођене њиховим околностима. У Европи се само 4% услуга пружа проактивно. Проактивно пружање услуга значи да владе држава пружају грађанима услуге када се догоди животни догађај, а не да грађанин мора да захтева услугу“ (Scholta, Mertens, Reeve, Kowalkiewicz, 2017: 919). Концепт у коме држава преузима на себе активну улогу у пружању јавних услуга, у теорији се одређује концепт „управног места без доласка“ (*no-stop-shop*). Код овог концепта ради се о томе да грађани и други субјекти немају обавезу да предузму било какву радњу попут попуњавања формулара или контактирања органа како би примили услугу коју пружа држава (Scholta et al., 2017: 919).

Идеја концепта „управног места без доласка“ (*no-stop-shop*) родила се као еволутивна фаза у развоју значајног института електронске управе – јединственог управног места (*one stop shop*). Јединствено управно место представља „централизовану платформу за пружање услуга електронске управе грађанима, односно јединствену приступну тачку дигиталним

13 Чл. 29 Закона о објављивању закона и других прописа и аката

сервисима и информацијама које нуде органи јавне власти“ (Wimmer, 2002: 94). Његова сврха је да успостави ближу комуникацију органа управе и грађана и да грађанима олакша остваривање права и заштиту интереса пред управним органима. Целокупан концепт јединственог управног места заснива се на начелу помоћи странци и тежњи да јој се омогући да ефикасније заштити своја права и интересе тако што ће се обратити једном органу уместо већем броју њих, тако што ће на једном месту добити све релевантне информације у вези са својим питањима, тако што ће комуницирати само са једним органом и на истом месту добити одговарајуће писмено или одлуку (Адамовић, 2017: 79).

Јединствено управно место препознато је у Закону о општем управном поступку,¹⁴ као институт који се примењује у случају када је потребно да се странка обрати једном или већем броју органа како би остварила једно или више права. На јединственом управном месту може се вршити подучавање подносиоца захтева о томе шта је све органима потребно да би поступили по захтеву, примање захтева за признање права или друго поступање у управним стварима, мишљења, образложења, коментара, као и докумената и правних средстава и обавештавање подносиоца захтева о томе које је радње предузео надлежни орган и о правним актима које је донео.¹⁵ Као што се може уочити, концепт јединственог управног места служи превасходно као јединствена контакт тачка преко које грађани могу лакше и брже да остваре своја права. За коришћење овог сервиса електронске управе потребна је активност грађана, односно њихово активно деловање како би заштитили права и остварили интересе.

И поред тога што увођење концепта јединственог (електронског) управног места представља веома важан корак у развоју електронске управе и померању природе управе ка јавној служби, сматрамо да има још доста места за напредак и развој овог института, посебно на плану активнијег деловања органа јавне власти и то у оквиру концепта „управног места без доласка“. У овом концепту се можда крије и начин превазилажења проблема који могу настати хиперпродукцијом прописа чиме се стварају изазови за грађане, привредне субјекте и остале да се упознају са новом регулативом. Наиме, концепт управног места без доласка подразумева да држава преузима на себе обавезу да обавештава и информира субјекте на које се нови прописи односе.

На тај начин би се осигурало да су грађани и привредни субјекти упознати са новим правилима понашања што би имало двоструку корист. Прво,

14 Закон о општем управном поступку, *Сл. гласник РС*, 18/2016, 95/2018.

15 Чл. 42. ст. 3. Закона о општем управном поступку.

грађани и привредни субјекти би били директно упознати са новим прописима (примера ради: обавештавањем на е-mail адресу), чиме би имали прилику да ускладе своје понашање са новим или измењеним прописима. Са друге стране и држава би имала користи од овакве праксе. Наиме, благовременим и директним обавештавањем заинтересованих субјеката о новим прописима нико више не би могао да се позива на чињеницу да није упознат са правилима понашања. На тај начин би се осигурала примена прописа и спречило да непознавање правних прописа шкоди, како држави, у областима на које се односе прописи али и свим субјектима на које се односе прописи.

Наравно, замисао у вези са активним деловањем државе и информисањем грађана и привредних субјеката треба првенствено да се односи на обавезе и намете, мада би се могло говорити о правима која се новим прописима гарантују субјектима. Будући да би дужност активног деловања државе могла да буде организационо изазовна, потребно би било одредити обавезу одређеног органа или јединице у оквиру органа која би обављала послове обавештавања и информисања субјеката у вези са новим прописима и евентуално важнијим новинама које они налажу. Уз то, обавеза или дужност државног органа не би морала да буде на трошак државе, већ би могао да се установи концепт накнаде којом би се надокнадио трошак рада државног органа на тим пословима.

6. Закључак

Институт објављивања закона и других општих аката један је од основних стубова демократских држава које теже владавини права. Циљ овог института јесте да упозна грађане и привредне субјекте са нормативном делатношћу државе и да обезбеди да сви они буду упознати са новим правилима понашања која доносе законодавни органи. Улога државе у вези са сазнавањем прописа завршава се у моменту њиховог објављивања у Службеном гласнику. Држава на грађане пребацује дужност да прате прописе, да воде рачуна о њиховим изменама и променама и да ускладе своје понашање са њима. Тада се јављају и потенцијални проблеми, имајући у виду јаку законодавну делатност државе.

Ипак, дигитализација и измењена улога државе у савременом друштву утичу на све активнију улогу државе у односу са грађанима. Држава и њени органи пружају све више услуга грађанима и привредним субјектима и тиме остварују своју социјалну улогу, остварујући и улогу јавне службе. Због тога се успоставља и дигитални правно-информациони систем који треба да олакша заинтересованим лицима приступ новим прописима

преко интернета и нових технологија. На тај начин електронска управа помаже остваривању активне улоге државе и олакшава остваривање дужности грађанима и привредним субјектима. Ипак, става смо да потенцијали електронске управе дозвољавају још простора за напредак. Тако, еволуцијом концепта „јединственог управног места“, где је неопходна активна улога грађана, у концепт „управног места без доласка“, где је држава активни субјект, могуће је превазићи проблем сазнавања прописа у ери хиперрегулације.

Наиме, уколико би држава обавештавала грађане о новим прописима и правилима, спречила би опасност од пропуштања усаглашавања са новим правним оквиром. На тај начин би се избегли потенцијални проблеми у пракси, као што је случај „побуне *freelancer*-а“, обавеза плаћања еколошке таксе или обавеза усклађивања са регулативом из области заштите података о личности, где је јавност била „изненађена“ новим обавезама. Циљ државе треба да буде правилна примена прописа, а не кажњавање због неправилности примене или због незнања субјеката да уопште треба да примене одговарајући пропис. Због тога је потребно размишљати о новим концептима и могућностима електронске управе, који могу да допринесу поштовању прописа и владавини права у једном друштву.

Литература и извори

Adamović, A. (2017). *Novine koje donosi Zakon o opštem upravnom postupku u Republici Srbiji*, *Sveske za javno pravo* br. 29, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo, 79.

Вучковић, Ј. (2009). Право на слободан приступ информацијама од јавног значаја, у: Зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу, бр. 54/2009, 194–195.

Вучинић, Д. (2020). Електронска управа – концепт и услуге са освртом на електронску управу у Републици Србији, *Гласник права*, бр. 1/2020, 48–50.

Vrček, N., Musa, A. (2016). Е-управа у Хрватској: Изазови трансформације управе у digitalном друштву, *Forum za javnu upravu – Uprava u digitalno doba*, Friedrich Ebert Stiftung, Zagreb, 9.

Димитријевић, П. (2009). Електронска управа и информационо друштво, *Модерна управа – часопис за управно-правну теорију и праксу* (ур. Драгомир Кутлија), Агенција за државну управу Републике Српске, Бања Лука, 121.

Dimitirjević, P. (2011). Pravna regulativa elektronske komunikacije i pravo na privatnost, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Istočnom Sarajevu, Sarajevo, 205.

Закон о објављивању закона и других прописа и аката, *Службени гласник РС*. Бр. 45.2013.

Закон о општем управном поступку, *Службени гласник РС*. Бр. 18.2016, 95.2018.

Јовановић, З. (2012). Електронска управа – Пут ка услужној управи“, *Право и услуге* (ур. Миодраг Мишовић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу – Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 745–746.

Лилић, С., Прља, Д. (2010). *Правна информатика – вештина*. Правни факултет Универзитета у Београду.

Лилић, С. (2013). *Управно право и Управно процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду.

Musa, A. (2013). Transparentnost – zašto i kako ?, *Transparentnost u javnom upravljanju – 5. Forum za javnu upravu*, (ur. Anamarija Musa), Friedrich Ebert Stiftung, Zagreb, Institut za javnu upravu, 9.

Пајванчић, М. (2009). *Коментар Устава Републике Србије*, Фондација Конрад Аденауер, Београд, 255.

Стратегија развоја електронске управе у Републици Србији за период 2015–2018. године и Акциони план за спровођење Стратегије за период 2015–2016. године, *Службени гласник РС*. Бр. 107.2015.

Scholta, H. Mertens, W. Reeve, A. Kowalkiewicz, M. (2017). From One-stop-shop to No-stop-shop: An E-government Stage Model, In *Proceedings of the 25th European Conference on Information Systems (ECIS)*, Guimarães, Portugal 919. https://aisel.aisnet.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1059&context=ecis2017_rp

Wimmer, M. (2002). A European perspective towards online one-stop government: the eGOV project“, *Electronic Commerce Research and Application* 1, 94. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S156742230200008X>

Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*. Бр. 98.2006.

Prof. Zoran Jovanović, LL.D.,

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Kragujevac

Stefan Andonović, LL.D.,

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Kragujevac

**PUBLICATION OF LAWS AND OTHER GENERAL ACTS:
Hidden Potentials of E-Government**

Summary

The contemporary democratic values and the rule of law principles imply that all citizens are familiar with the laws and general acts passed by state bodies. Familiarity with the legal norms is the cornerstone of organized society, based on legal foreseeability and the possibility for making plans and decisions. For this purpose, the Constitution of the Republic of Serbia stipulates the obligation to publish laws and other general acts in the public journal (Official Gazette) before their entry into force, so that all interested parties can get familiar with them. However, in the contemporary circumstances of extensive legislative work and a huge number of regulatory acts which are enacted on a daily basis, it seems that citizens and business entities cannot keep up with them all. It poses a risk of harmful consequences for the state, citizens, business entities and other interested stakeholders who fails to comply with the enacted provisions. It gives rise to the following question: is the mere act of publication of laws and general acts in the Official Gazette sufficient in terms of making the interested subjects aware of the new laws and making them comply with the enacted provisions? The authors of the paper believe that it is necessary to go a step further, in the direction of ensuring the active role of the state and, in particular, transforming the mere "publication" of laws into the practice of providing "information" about new regulations. Digitalization and e-government offer ample possibilities for informing the citizens about new regulations. By using different electronic communication tools and developing the potentials of one-stop-shop administrative services, state authorities may ensure a higher degree of compliance with the enacted legal norms. In this paper, the authors aim to contribute to the discussion on these issues by offering their proposals on this matter.

Keywords: digitalization, e-government, one-stop-shop, publication of laws, Official Gazette.

Др Бојан Урдаревић,*
Редовни професор,
Правни факултет, Универзитет у Крагујевцу
Др Александар Антић,*
Асистент са докторатом,
Правни факултет, Универзитет у Крагујевцу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-32485

UDK: 349.2(497.11)
Рад примљен: 30.05.2021.
Рад прихваћен: 31.08.2021.

МОГУЋНОСТ ЕЛЕКТРОНСКОГ ДОСТАВЉАЊА АКАТА ВЕЗАНИХ ЗА ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА И ПРЕУЗИМАЊЕ ОБАВЕЗА ЗАПОСЛЕНИХ

Апстракт: Аутори ће у раду обрадити проблематику у вези са електронским достављањем аката везаних за остваривање права и обавеза запослених уз одговарајућу упоредноправну анализу. Акти везани за права и обавезе запослених који се појављују у међусобном саобраћају између послодавца и запосленог су најчешће решења којима послодавац одлучује о правима и обавезама запосленог али и писмена којима се одвија званична комуникација запосленог са послодавцем, попут захтева, молби, дописа и слично. У Закону о раду Републике Србије могућност електронског достављања аката којима се одлучује о остваривању права и обавеза запослених појављује се као изузетак. Имајући у виду развој информационих и комуникационих технологија, као и промену начина рада насталу због тога, а посебно током пандемије корона вируса, неопходно је предвидети могућност електронског достављања аката везаних за званичну комуникацију између послодавца и запослених и у другим случајевима, осим оних који су тренутно предвиђени у Закону о раду Републике Србије.

Кључне речи: електронско достављање, права запослених, обавезе запослених, Закон о раду Републике Србије, корона вирус.

*bojan.urdarevic@gmail.com

* anticaleksandar89@gmail.com

** Рад је саопштен на међународној научној конференцији „Право и дигитализација“, која је одржана 23-24. априла 2021. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

1. Уводна разматрања

Имајући у виду изазове које пред свет рада и капитала постављају нове технологије и дигитализација радног процеса, као логична последица намеће се закључак да акте запосленом послодавац може доставити посредством неког од електронских средстава комуникације. Масовна употреба нових технологија унела је значајне новине у радни процес, као и у сам процес управљања радом запослених, посебно када је реч о надзору над њиховим радом (Ковачевић, 2013:156).

Стална размена информација и константна сарадња између клијентата и запослених омогућава корист и једној и другој страни. Ради продубљивања сарадње и комуникације могу се као комуникациона средства користити и иновације из света информационих и комуникационих технологија. Ту пре свега не мислимо на комуникацију посредством мејла, с обзиром да је она већ постала стандард, већ на употребу друштвених мрежа али и бројних апликација, које омогућавају брзу и ефикасну размену информација. Стога се као природни наставак претходно наведене чињеничне ситуације појављује и формална комуникација између послодаваца и запослених путем достављања електронских аката.

Достављање решења или неког другог акта је услов за његову примену (Јовановић, 2018: 364). Комуницирање посредством електронске поште је већ устаљени начин комуникације. Као једноставно, брзо и бесплатно комуникационо средство за релативно кратко време позиционирало се на врху комуникационих система бројних послодаваца. Због тога се надзор комуникације коју запослени обављају путем електронске поште, како између себе, тако и са клијентима, појавио као нужност (Snyder, 2010:268).

Друштвене мреже су продукт информатичког друштва и глобализације. Све већа и израженија тенденција људи за свеопштом, неограниченом повезаношћу и комуникацијом, изнедрила је друштвене мреже као свој резултат. Међутим, још увек се не може дати крајњи суд у вези са тим да ли су оне друштво измениле на боље или на горе (Попић, 2012: 195). Мишљења смо да се достављање аката посредством налога на друштвеним мрежама још увек не сме спроводити, имајући у виду да се оне углавном користе за задовољење приватних потреба запосленог и генерално су повезане са његовим приватним животом, а комуникација која се спроводи посредством њих је углавном неформалног карактера и исте нису примарно намењене комуникацији између њихових учесника.

Слично смо става и у погледу достављања аката посредством апликација за комуникацију посредством интернета попут апликација Viber, WhatsApp, Telegram... Ова врста комуникационих средстава се користи углавном

за неформалну комуникацију. Код неких од њих се не може добити доказ о пријему поруке, нити се исте могу сачувати, а све то може бити проблем приликом утврђивања да ли је запослени од стране послодавца примио конкретни акт и када га је примио.

Уплив комуникационих технологија и дигитализације у свакодневни живот условио је и појаву електронске управе. Успех електронске управе зависи од мноштва фактора који су повезани са испуњеношћу технолошких и информатичких услова али и одговарајућом информатичком писменошћу грађана и локалних службеника. Лак приступ порталу и електронским услугама, њихова прегледност, једноставност, брзина одговора, бесплатан приступ, заштита личних података – само су неки од фактора од којих зависи степен искоришћености електронских портала и услуга (Wirtz, Piehler, Rieger, Daiser, 2016: 48–49).

Имајући у виду да се електронска управа већ поставља као стандард поступања сваке државе и означава као један од елемената који позитивно утичу на перцепцију грађана о држави и њеном апарату, поставља се питање зашто је електронско достављање аката који су везани за остваривање права и обавеза запослених и даље изузетак у односу на класичан начин комуникације између послодавца и запослених.

Посебно бисмо назначили да електронско достављање аката има и позитивне еколошке и финансијске ефекте по пословање послодавца, с обзиром на то да се мање користи папир, а тиме се и код послодавца налази мање документације а што смањује трошкове њеног чувања и архивирања. Као један од најзначајнијих циљева сваког послодавца означава се нумеричка флексибилност, тј. смањење трошкова рада и радне снаге (Розић, 2013: 50), а могли бисмо навести да је електронско достављање аката са тим повезано.

2. Могућност електронског достављања сходно одредбама Закона о раду

Одредбама Закона о раду¹ предвиђена је могућност електронског достављања аката запосленима у одређеним, можемо рећи, ретким ситуацијама. Разлог се огледа у генералној неусклађености одредаба Закона о раду са бројним новим трендовима везаним за свет рада и капитала. Закон о раду и даље у начелу препознаје достављање запосленима углавном као једну строго формалну радњу, коју мора пратити писмена форма.

1 Закон о раду, („Сл. гласник РС“, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 –одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење).

Верујемо да се разлог огледа у заштити запослених од злоупотреба од стране послодавца, односно његових насртаја на права запослених, која су сваког дана под све већим ударом и константно се смањују. Форма у овом случају служи како би се сачувала суштина, односно како би се омогућило ваљано остваривање права и обавеза запослених и других радно ангажованих лица.

Међутим, уколико погледамо неке друге прописе, попут Закона о општем управном поступку², Закона о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању³, Закон о електронском фактурисању⁴..., приметно је постојање општег настојања ка дигитализацији пословања и живљења. Неки од претходно наведених прописа су у процесима дигитализације знатно унапредовали у односу на одредбе Закона о раду.

Поводом остваривања права на годишњи одмор запослених у члану 75 Закона о раду предвиђена је могућност електронског достављања запосленом решења о годишњем одмору. Решење о коришћењу годишњег одмора послодавац може доставити запосленом у електронској форми, а на захтев запосленог послодавац је дужан да то решење достави и у писаној форми. „Годишњи одмор представља основно, лично, неotuђиво и непреносиво индивидуално право запослених које се стиче испуњавањем унапред утврђених услова“ (Брковић Урдаревић, Антић, 2016:48).

Као што се да закључити из претходно изложеног, достављање решења о годишњем одмору у електронској форми је изузетак. Уједно, када се анализирају мишљења Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања, попут на пример Мишљења Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања, Сектор за рад, број 011-00-61/2015-02, од 3. 4. 2015. године⁵, долази се до истог закључка. Решење би

2 Закон о општем управном поступку, („Сл. гласник РС“, бр. 18/2016 и 95/2018 – аутентично тумачење).

3 Закон о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању („Сл. гласник РС“, бр. 94/2017).

4 Закон о електронском фактурисању, („Сл. гласник РС“, бр. 44/2021).

5 У члану 75, став 6 Закона о раду („Сл. гласник РС“, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 и 75/14) прописано је да решење о коришћењу годишњег одмора послодавац може доставити запосленом у електронској форми, а на захтев запосленог послодавац је дужан да то решење достави и у писаној форми. Када се решење о коришћењу годишњег одмора доставља запосленом у електронској форми, мишљења смо да би оно требало да се достави скенирано у електронској форми, а не мора бити у складу са Законом о електронском потпису („Сл. гласник РС“, бр. 135/04). Потребно је да послодавац обезбеди доказ да је запослени примио и прочитао мејл. Мишљење Министарства за

требало израдити, одштампати и потом скенирано послати запосленом, при чему је послодавац у обавези да обезбеди доказ да је запослени примио решење у електронској форми и да је исто прочитао.

Још једна одредба Закона о раду којом се експлицитно предвиђа могућност електронског достављања запосленом садржана је у члану 121. Обрачун зараде, односно накнаде зараде, на основу кога је исплаћена зарада, односно накнада зараде у целости може се доставити запосленом у електронској форми.

Међутим, уколико зарада, односно накнада зараде није исплаћена, обрачун зараде, односно накнаде зараде мора бити достављен запосленом у штампаној форми. Верујемо да се разлог за овако нормирање у Закону о раду, огледа у томе што обрачун зараде, односно накнаде зараде представља извршну исправу, која омогућава запосленом да од послодавца у поступку принудног извршења наплати своје потраживање. То би свакако било теже да се обрачун доставља у електронској форми. Међутим, за разлику од достављања решења о годишњем одмору, исти не мора бити у скенираној форми, тј. може се доставити обрачун који није претходно одштампан имајући у виду Мишљења Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања попут Мишљења Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања, Сектор за рад, број 011-00-61/2015-02, од 3. 4. 2015. године.⁶ Овакав начин достављања има бројне користи, које се огледају у олакшаном раду и пословању послодавца, смањењу архиве и штампаног материјала који мора да чува, а што има и своје позитивне еколошке последице.

Поред претходно наведених ситуација, које су јасно предвиђене и у којима је релативно прецизно наведена могућност електронског достављања аката запосленима, постоје и још неке, које произилазе као продукт тумачења појединих одредби Закона о раду. Акти који се могу електронски

рад, запошљавање, борачка и социјална питања, Сектор за рад, број 011-00-61/2015-02, од 3. 4. 2015.

⁶ У члану 121, став 1 Закона о раду („Сл. гласник РС“, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 и 75/14) прописано је да је послодавац дужан да запосленом приликом сваке исплате зараде и накнаде зараде достави обрачун. Обрачун из става 1 овог члана на основу ког је исплаћена зарада, односно накнада зараде у целости може се доставити запосленом у електронској форми (члан 121, ст. 5 Закона). Када се обрачун исплаћене зараде, односно накнаде шаље у електронској форми, довољно је да се без печата и потписа пошаље запосленом у електронској форми, односно није га потребно штампати, потписивати, печатирати, па скениран слати у електронској форми. Довољно је да послодавац обезбеди доказ да је запослени примио и прочитао мејл (Мишљење Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања, Сектор за рад, број 011-00-61/2015-02, од 3. 4. 2015. године).

доставити, а о којима ће бити речи у наставку овог дела рада, по својој есенцији су идентични претходно наведеним актима за које је у Закону о раду јасно наведена могућност њиховог електронског достављања.

Неплаћено одсуство запосленом, сходно Закону о раду, послодавац може али не мора одобрити. Исто се користи на захтев запосленог и послодавац га не може одредити једнострано, тј. решењу о неплаћеном одсуству послодавца увек мора претходити захтев запосленог.

Поставља се питање да ли захтев запосленог мора бити у писаној форми и одговор је несумњиво да то мора увек бити случај. На основу усменог захтева запосленог, према нашем мишљењу, послодавац не сме одобрити неплаћено одсуство, с обзиром на то да је доказ о постојању захтева њихов међусобни разговор. Дакле, ради отклањања евентуалних спорних ситуација, неопходно је да неплаћеном одсуству запосленог претходи његов захтев у писаној форми.

Наредно питање које се појављује, а које је било посебно актуелно током ванредног стања, јесте да ли захтев запосленог за неплаћено одсуство мора бити израђен искључиво у писменој (захтев је одштампан и потписан од стране запосленог) или може бити и у другим формама писане форме (на пример, у виду електронске поште, тј. мејла).

Мишљења смо да је за одобрење неплаћеног одсуства довољно да запослени достави захтев у писаној форми и да захтев не мора бити одштампан и потписан од стране запосленог. Довољно је да запослени у писаној форми недвосмислено изнесе своју вољу да жели да му се одобри неплаћено одсуство, период у коме жели то право да користи и да образложи због чега жели да га користи.

Дакле, захтев мора бити изражен у писаној форми али може бити послат и мејлом, при чему је битно да запослени на крају потпише захтев навођењем свога имена и презимена, да је захтев послат са службеног мејла или мејла који је запослени уобичајено користио за комуникацију са послодавцем и да наведе разлог због кога захтев шаље мејлом, а не доставља га у писменој форми, тј. одштампан и потписан непосредно послодавцу или путем поште.

Сматрамо да се из претходно наведених разлога везаних за неплаћено одсуство и захтев за коришћење плаћеног одсуства може доставити на исти начин.

Код отказа уговора о раду од стране запосленог ради се о идентичној ситуацији. Чланом 178 Закона о раду нормирано је да отказ уговора о раду запослени доставља послодавцу у писаном облику, најмање 15 дана пре дана који је запослени навео као дан престанка радног односа. Дакле, и

у овом случају послодавац је условио да отказ уговора о раду мора бити у писаној, а не писменој форми (отказ је одштампан и потписан од стране запосленог). С обзиром на претходно изнето, става смо да отказ уговора о раду који је запослени изјавио послодавцу може бити послат и мејлом, при чему је битно да запослени на крају потпише захтев навођењем свога имена и презимена, да је захтев послат са службеног мејла или мејла који је запослени уобичајено користио за комуникацију са послодавцем, као и да наведе разлог због кога захтев шаље мејлом, а не доставља га у писменој форми, тј. одштампан и потписан непосредно послодавцу или путем поште.

Поводом достављања решења која настају као последица подношења претходно наведених захтева, односно отказа, става смо да послодавац може решење о коришћењу неплаћеног, односно плаћеног одсуства доставити запосленом на мејл под условом да доставља скенирани оригинални акт који је претходно одштампан и потписан од стране овлашћеног лица послодавца. Међутим, везано за решење о престанку радног односа на основу отказа уговора о раду запосленог, мишљења смо да исто решење треба доставити на начин на који се доставља решење о отказу уговора о раду од стране послодавца, а на претходно наведени начин предвиђен за достављање решења о плаћеном и неплаћеном одсуству само уколико то изричито захтева запослени и уколико постоји одређен објективни разлог за такво поступање (попут тога да запослени више не живи у Републици Србији, да је у карантину...).

3. Предлози за измену и допуну Закона о раду

Пре него што приступимо изношењу одређених предлога за измену и допуну Закона о раду, осврнућемо се кратко на одређене одредбе у другим правним системима, које су од значаја за предмет нашег истраживања.

У праву Европске уније, као инструмент за обезбеђивање предвидљивости услова рада користи се прописивање послодавчеве обавезе да раднику достави један или више писаних докумената с подацима о битним елементима уговора о раду, односно радног односа. Реч је, прецизније, о Директиви Савета 91/533/ЕЕЗ, која ће се примењивати до 31. јула 2022. године, односно о Директиви Европског парламента и Савета 2019/1152 о транспарентним и предвидивим условима рада у ЕУ, која уводи могућност давања података у електронском облику, под условом да могу да се чувају и штампају и да послодавац задржава доказ о њиховом преносу или пријему (Ковачевић, 2020: 1345).

У Закону о раду Републике Црне Горе⁷ и Закону о радним односима⁸ Републике Северне Македоније могућност електронског достављања аката се помиње на тек неколико места и углавном произилази као могућност након тумачења његових одредби. У члану 67 Закона о раду, прописана је могућност електронског достављања одлуке послодавца о распореду радног времена запосленом, а у члану 116 Закона о радним односима, вођење електронске евиденције о прековременом радном времену која се доставља запосленом.

У Закону о раду Републике Хрватске⁹ као и у Закону о раду Републике Српске¹⁰ и Закону о раду Федерације Босне и Херцеговине¹¹ нема одредби које на јасан и недвосмислен начин предвиђају могућност послодавца да запосленом доставља акте електронским путем. Једино се тумачењем одређених одредби, попут оних везаних за распоред коришћења годишњег одмора или радног времена, може извући такав закључак. Можемо рећи да је таква ситуација и у Републици Француској, с обзиром на то да се у њиховом Законику о раду, експлицитно не помиње могућност електронског достављања аката запосленима.¹²

Као интересантну навели бисмо ситуацију која је продукт нових облика рада, где се целокупни однос између послодавца и запосленог уређује електронским путем, односно употребом различитих апликација. У Уједињеном Краљевству Велике Британије и Северне Ирске, донета је једна пресуда која је створила основ да се лица која раде као возачи компаније Убер (Uber) означе запосленима, односно да се њихов положај изједначи са осталим лицима која за послодавце раде на стандардан начин.

Наиме, Врховни суд (The Supreme Court) је донео одлуку у предмету *Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents)*¹³, 19. фебруара

7 Закон о раду, („Сл. лист ЦГ“, бр. 74/2019 и 8/2021).

8 Закон за работните односи, https://www.mtsp.gov.mk/content/pdf/trud_2017/pravilnici/16,11-%D0%B0%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D0%A0%D0%B0%D0%B1%D0%9E%D0%B4%D0%BD%D0%BE%D1%81%D0%B8.pdf, приступљено 18.5.2021. године.

9 Закон о раду, „Narodne novine“, br. 93/14, 127/17 i 98/19.

10 Закон о раду Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске“, број: 1/16 и 66/2018.

11 Закон о раду Федерације Босне и Херцеговине, „Службене новине Федерације БиХ“, бр. 43/99, 32/00 и 29/03.

12 <https://code.travail.gouv.fr/fiche-service-public/conges-payes?q=qui%20d%C3%A9cide%20des%20dates%20des%20cong%C3%A9s%20pay%C3%A9s%20?>, приступљено 21.5.2021. године.

13 <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0029-judgment.pdf>, приступљено 21.5.2021. године.

2021. године, из које произилази да су радници Убера запослени а не индивидуални уговорачи, односно лица која немају статус запослених лица. Иако се њихова комуникација одвија електронским путем, јасно је постојање субординације возача у односу на компанију Убер, као и то да раде по њеним налозима иако се они не издају „уживо“, већ електронски посредством апликације.

Из претходно наведеног случаја можемо извући закључак да је дигитализација процеса рада све више заступљена иако то наше законодавство у погледу радних односа али и прописи других држава не препознају у довољној мери. Међутим, то није аргумент у корист тога да не треба даље ићи ка процесу дигитализације односа између послодавца и запослених, наравно онда када је то објективно оправдано, целисходно и када се на тај начин не умањују права запосленима. У супротном ће нас живот престићи и доћи ћемо у ситуацију да норме везане за уређење радноправног положаја запослених не препознају одређене животне ситуације које су већ постале правило.

Сходно претходно изнетом, става смо да би Закон о раду у Републици Србији пре свега требало изменити у погледу обавезних елемената одредби уговора о раду, на тај начин што би се омогућило запосленом да се пре заснивања радног односа изјасни да ли жели за комуникацију са послодавцем и достављање аката да користи своју адресу електронске поште и ако то жели да наведе која је та адреса. Такође, треба му оставити право да овакву могућност и не користи, односно да адресу може мењати током трајања радног односа, достављањем изјаве послодавцу.

Тај начин комуникације је према нашем мишљењу одговарајућ и омогућава запосленом ваљано обавештавање, посебно у ситуацији када мења обавештавање од стране послодавца према запосленом путем огласне табле. Обавештавање посредством огласне табле се претворило у форму, а и нема сврхе на тај начин обавештавати запосленог уколико се он у тренутку док се акт послодавца налази на огласној табле не налази у пословним просторијама послодавца.

Оно што се јавља као проблем при комуникацији посредством електронске поште, је то што ово комуникационо средство често брише границу између радног и слободног времена запосленог. Због опште доступности мобилних и других електронских уређаја повезаних са интернетом, запослени су практично стално доступни послодавцу. То је један од највећих извора стреса код запослених, који уколико је константан временом доводи до појаве психофизичких болести и пада продуктивности (International Labour Office, 2012). Имајући то у виду, комуникацију посредством

електронске поште треба ограничити искључиво на период током кога траје радно време запосленог.

Такође, мишљења смо да би требало у Закону о раду навести да се сви акти којима се у потпуности усваја захтев запосленог упућен према послодавцу могу достављати и на адресу електронске поште запосленог. У претходно наведеном случају мишљења смо да се запосленом може доставити у потпуности у електронској форми одлука послодавца, коришћењем електронског потписа одговорног лица, односно да запосленом у тим ситуацијама није неопходно достављати скенирану верзију акта који је послодавац претходно одштампао. На тај начин би се смањило обим документације коју код себе поседује послодавац, а и то би имало одређене позитивне последице по животну средину.

Става смо да и даље треба уговор о раду искључиво закључивати у писменој форми, као и да акте којима се одлучује о обавезама запосленог, односно којима се одбија захтев запосленог за коришћење неког права, треба запосленом и даље достављати искључиво у писменој форми, односно у просторијама послодавца или на његову адресу пребивалишта или боравишта, а уколико такав начин достављања није могућ, конкретни акт треба истовремено окачити на огласну таблу послодавца и доставити га на адресу електронске поште запосленог, и у том правцу такође треба извршити измене одредби Закона о раду.

4. Закључак

У правном систему Републике Србије и даље је устаљен стандардан начин достављања аката запосленима који су од значаја за остваривање права и обавеза запослених. Исти је релативно формализован, како би омогућио додатну заштиту права запосленима, имајући у виду да су они економски и фактички слабија страна у радном односу.

Уколико се анализирају одредбе Закона о раду, електронско достављање аката запосленом од стране послодавца је изузетак, који се у пракси од стране надлежних органа уско тумачи. У највећем броју случајева, када се запосленом електронски доставља одређени акт, доставља се његова скенирана верзија на електронску адресу запосленог. Дакле, послодавац одштампа наведени акт, потпише и печатира и онда скенирану верзију доставља запосленом. Овакав начин поступања елиминише позитивне еколошке ефекте електронског достављања аката запосленом, с обзиром на то да се конкретни акт ипак штампа, при чему се због таквог поступања не смањује количина документације коју има послодавац, а што ствара проблем у погледу чувања и архивирања исте.

Електронско достављање се може обавити посредством различитих средстава комуникације. Друштвене мреже, апликације за размену порука посредством интернета, друштвене мреже и електронска пошта се користе као редовно средство комуникације између послодаваца и запослених. Међутим, става смо да електронско достављање аката који су значајни за остваривање права и обавеза запослених треба обављати посредством електронске поште, с обзиром на то да од претходно наведених средстава она представља већ устаљен начин за формалну комуникацију између послодаваца и запослених.

Поред Србије ни у другим државама региона, али и у другим правним системима, електронско достављање аката од стране послодаваца запосленима не представља правило. Углавном због тога што постоји бојазан да би овај начин достављања могао да угрози остваривање права запослених. Међутим, става смо да у одређеним ситуацијама, углавном када се запосленима достављају акти којима се усваја њихов захтев у потпуности, то неће бити случај. Уједно, електронска пошта је постала већ код већине запослених стандардан начин комуникације, те треба омогућити изменама и допунама Закона о раду да она буде и препозната као формално средство комуникације између послодаваца и запослених у нашем правном систему.

Литература и извори

Брковић, Р. Урдаревић, Б. Антић, А. (2016). *Практикум за радно и социјално право*. Београд: ЈП Службени гласник.

Јовановић, П. (2018). *Радно право*. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

Ковачевић, Љ. (2013). *Правна субординација у радном односу и њене границе*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Ковачевић Љ. (2020). Предвидивост услова рада као претпоставка делотворног остваривања радних права: Осврт на Директиву (ЕУ) 2019/1152. Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, vol. LIV, број 4/2020. стр.1339–1362.

Попић, С. (2012). Социолошке импликације виртуелних заједница заснованих на мултимодалном глобално-локалном комуникационом медијском систему, У Димитријевић, Б. (Прир). *Традиција, модернизација, идентитети, Међународна научна конференција*. Ниш. Филозофски факултет Универзитета у Нишу. 191–202.

Розић, И. (2013). Флексибилни облици запошљавања у складу са “Acquis Communitaire”. Радно и социјално право. бр. 2/2013. 45–59.

International Labour Office. (2012). *Stress prevention at work checkpoints: Practical improvements for stress prevention in the workplace*, Geneva, International Labour Office.

Snyder J.(2010). E-mail Privacy in The Workplace a Boundary Regulation Perspective, *Journal of Business Communication*. Volume 47. Number 3/2010.266–294.

Wirtz, B.W. Piehler R. Rieger, V. Daiser P. (2016). E-government portal information performance and the role of local community interest. Empirical support for a model of citizen perceptions. *Public Administration Quarterly*. 40(1). 48–72.

Закон о раду. *Сл. гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење.

Закон о општем управном поступку. *Сл. гласник РС*, бр. 18/2016 и 95/2018 – аутентично тумачење.

Закон о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању. *Сл. гласник РС*, бр. 94/2017.

Закон о електронском фактурисању. *Сл. гласник РС*, бр. 44/2021.

Закон о раду. *Сл. лист ЦГ*, бр. 74/2019 и 8/2021.

Закон о раду Републике Српске. *Службени гласник Републике Српске број: 1/16 и 66/2018*.

Закон о раду Федерације Босне и Херцеговине. *Службене новине Федерације БиХ*“, бт. 43/99, 32/00 и 29/03.

Закон о раду. *Narodne novine br. 93/14, 127/17 i 98/19*.

Мишљење Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања, Сектор за рад, број 011-00-61/2015-02, од 3. 4. 2015.

Мишљење Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања, Сектор за рад, број 011-00-61/2015-02, од 3. 4. 2015. године).

https://www.mtsp.gov.mk/content/pdf/trud_2017/pravilnici/16,11-%D0%B0%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D0%A0%D0%B0%D0%B1%D0%9E%D0%B4%D0%BD%D0%BE%D1%81%D0%B8.pdf

Преузето 18.05.2021. године.

<https://code.travail.gouv.fr/fiche-service-public/conges-payes?q=qui%20d%C3%A9cide%20des%20dates%20des%20cong%C3%A9s%20pay%C3%A9s%20?>

Приступљено 21.5.2021. године.

<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0029-judgment.pdf>

Приступљено 21.5.2021. године.

Bojan Urdarević, LL.D.,

Full Professor,

Faculty of Law, University of Kragujevac

Aleksandar Antić, LL.D.,

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Kragujevac

**THE POSSIBILITY OF ELECTRONIC DELIVERY OF ACTS
RELATED TO EXERCISING EMPLOYEES' RIGHTS AND
UNDERTAKING WORK-RELATED OBLIGATIONS**

Summary

In this paper, the authors tackle the issues related to the electronic delivery of acts related to exercising employees' rights and undertaking work-related obligations. The consideration is accompanied by an appropriate comparative law analysis. Emanating from mutual relations between the employer and the employee, the acts related to employees' rights and obligations are most often rescripts by which the employer decides on the employee's rights and obligations, but they also include written submissions that constitute official communication between the employee and the employer (such as requests, application, letters, etc.) In the Labor Act of the Republic of Serbia, the possibility of electronic delivery of acts deciding on the exercise of employees' rights and obligations is envisaged as an exception. Having in mind the development of information and communication technologies and the change in the mode of work caused thereby, especially during the "coronavirus" pandemic, it is necessary to envisage the possibility of electronic delivery of acts related to official communication between employers and employees in other cases, in addition to those currently provided in the Labor Act of the Republic of Serbia.

Keywords: *electronic delivery, employees' rights, employees' obligations, Labor Act of the Republic of Serbia, Covid-19 pandemic.*

Prof. Aleksandar Mojašević,* LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Stefan Stefanović,*

PhD Student,

Faculty of Law, University of Niš

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

10.5937/zrpfno-32319

UDK: 339.137:346.546

327(410)“20”

Раd примљен: 19.05.2021.

Раd прихваћен: 14.06.2021.

CONSEQUENCES OF BREXIT ON THE COMPETITION LAW AND POLICY OF THE UNITED KINGDOM AND THE EUROPEAN UNION**

Abstract: *The subject matter of this paper are the short-term and long-term consequences of Brexit, a historical event and a turning point in the development of the European Union (EU), as well as for the United Kingdom (UK) and the EU competition law and policy. The article first provides a comparative analysis of the historical development of legal regulation of competition in the UK and the EU, including relevant cases from the practice of competition authorities. In particular, the authors focus on the decisions of the European Commission regarding anti-cartel policy. The article further examines to what extent Brexit will influence the mergers and acquisitions policy, anti-trust policy, anti-cartel policy, and state aid policy in the UK and the EU. The central question refers to the extent of Brexit's influence on the change of the UK and the EU business environment, and the repercussions that this change will have for the competition law. In the concluding remarks, the authors discuss the direction of future development of the UK competition law, particularly in terms of whether and to what extent the UK law will be harmonized with the EU competition law and case law in this area, or whether there will be a radical turn towards adopting a completely new concept of competition law and policy.*

Keywords: *Brexit, UK competition law, EU competition law, short-term consequences, long-term consequences.*

*mojasevic@prafak.ni.ac.rs

*sstefanovic1991@gmail.com

** This article is the result of research within the program funded by the Ministry of Education, Science and Technological Development of the Republic of Serbia (contract number 451-03-68/2020-14/200120).

**The paper was presented at the International Scientific Conference "Law and Digitalization", held at the Faculty of Law, University in Niš, Serbia, 23-24th April 2021.

1. Introduction

The European Union (EU), as a product of aspirations of European nations to build the European community and the unique European values in the period after World War II, undoubtedly represents the largest project on the European soil in the 20th century. France, West Germany, Italy, the Netherlands, Belgium, and Luxembourg signed the Treaty establishing the European Economic Community in Rome on 25 March 1957,¹ thus creating a single market and a customs union. The institutional foundations of modern EU competition law can be found in this Treaty, given that the basic provisions referred to the free movement of goods, reduction of customs duties between member states, and abolition of monopolies. The gradual recovery of the economies of European countries in the decades after the World War II devastations, accompanied by the process of their political rapprochement, indicated tectonic changes of the geopolitical map of Europe. A key step in the process of creating a united Europe was taken on 7 February 1992, by signing the Maastricht Treaty (Treaty on the European Union), which entered into force on 1 November 1993. This document has firmly established economic and social cohesion, as one of the basic goals of the European Union, along with the single market and the Economic and Monetary Union.²

A well-designed and consistently implemented competition policy is one of today's pillars of the functioning of the single European market. Competition policy is not an end in itself but one of the main instruments of economic policy, whose ultimate goal is the creation and proper functioning of the single market. The challenge of creating a single market was all the greater because each of the EU member states has its legal system. Economic policymakers have realized that only the establishment of a single legal framework for business entities could lead to the smooth functioning of a free market economy. The purpose of competition policy, as an integrative factor of aspirations to a single market, is to prevent undesirable behaviors of companies, whose ultimate goal is to distort free competition. If we take the economy of just one country as an example, regardless of which legal system it belongs to, it is clear that developed competition is of great importance for the economic development of the country itself and for all economic entities operating on its market. Unified competition policy and competition law are very important for the EU economy, given the

1 Encyclopedia Britannica: *Treaty of Rome*. Retrieved 13.2.2021 from <https://www.britannica.com/event/Treaty-of-Rome>

2 European Commission. *The Maastricht Treaty: an impetus for the cohesion policy*. Retrieved 9.2.2021 from https://ec.europa.eu/regional_policy/en/newsroom/news/2016/12/12-09-2016-the-maastricht-treaty-an-impetus-for-the-cohesion-policy#:~:text=The%20treaty%20brought%20the%20first,the%20Economic%20and%20Monetary%20Union.

specificities of the legal systems of member states and the uneven level of their economic development (Cseres, 2010: 8).

A historical event that will have long-lasting consequences on the future of the EU is certainly **Brexit**, the withdrawal of the United Kingdom (UK) from the EU. Competition law and competition policy are fields where Brexit will have major consequences, both on the UK and the EU. Therefore, this paper first provides a comparative analysis of the historical development of the legislative framework of the UK and the EU. The central part of the paper focuses on the analysis of short-term and long-term consequences of Brexit on four segments of competition policy in the UK and the EU: 1) Mergers & Acquisitions (M&A) policy; 2) Antitrust Policy; 3) Anti-cartel Policy; and 4) State Aid Control Policy. The final part discusses the future development of the UK competition law as related to the EU policy.

2. Historical development of competition law in the EU and the UK

2.1. Historical development of competition law in the EU

The foundations of the EU competition law can be found in the famous Schuman Declaration,³ named after the then French Minister of Foreign Affairs, Robert Schuman. From a legal point of view, the creation of the European Coal and Steel Community led to the need to create a supranational body tasked with regulating trade in the single market severely affected by trade barriers and cartels (Hudson, 2016: 1). This need was further strengthened by establishing the European Economic Community (EEC) in 1957. The abolishment of trade barriers and tariffs alone could not lead to the development of competition, but it was a step in the right direction. Historically speaking, we could say that the late 1950s and early 1960s were the first phase in the development of the EU competition law, marked by the efforts of the founding states of the European Community to delegate all powers in the field of competition law to a supranational body. The most important regulation from this period is Regulation 17/62 which establishes the idea of free competition in Europe.⁴

The second phase in the development of EU competition law is related to the period of the mid-1980s when European companies began to grow stronger and more often resorted to illicit methods of strengthening their market presence. In

3 European Union. *The Schuman Declaration – 9 May 1950*. Retrieved 13.3.2021 from https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_en

4 EUR-Lex. *EEC Council: Regulation No 17: First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty*. Retrieved 3.3.2021 from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31962R0017>

that period, the attention of the competition policymakers was focused on the state aid, which should have been regulated in order not to violate one of the basic postulates of competition policy – the equality of market participants (Aydin, Thomas, 2012: 535). In this regard, one of the most important regulations in the area of competition law adopted in this period was the Merger Regulation (4064/1989).⁵

The third phase in the development of the EU competition law relates to the period of the 1990s. Namely, the increasingly intensive development of economic relations between the EU and its partners (predominantly, the USA) generated the need for a radical change in the way of combating illicit forms of market participants' behaviour. In 1995, the European Commission adopted a document titled *White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*,⁶ giving the European Commission the power to focus on major cases of distortion of competition, while minor cases had to be dealt with at the member state level.

When it comes to specific cases of sanctioning companies that violate the rules on free competition, it is worth mentioning the so-called "truck cartel". In July 2016, the European Commission fined truck producers MAN, Volvo/Renault, Daimler, Iveco, and DAF a total of 2.93 billion Euros for forming a cartel and fixing truck prices over a period of fourteen years.⁷

2.2. Historical development of competition law in the UK

Competition law has existed in the UK in various forms for several centuries. However, UK competition law (regulated by legal acts) began to develop only after World War II. The first legislative act in the field of competition law was the *Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act*, adopted in 1948 (Scott, 2009: 6). This Act was the complete opposite of today's understanding of the concept of competition law. Namely, in the post-war economy, the UK controlled prices and was the only regulator of market activities. The state cartelization of the economy, carried out on the basis of this act, was actually aimed at state control of powerful capitalists in the private sector, and intensified control should have been exercised over their activities in the post-war period (Lever, 2009: 5).

5 EUR-Lex. *Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings*. Retrieved 3.3.2021 from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:31989R4064>.

6 Commission of the European Communities. *White Paper on Damages Actions For Breach Of The Antitrust Rules*. Retrieved 3.3.2021 from https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_en.pdf

7 European Commission. *Antitrust/Cartel Cases*. Retrieved 4.3.2021 from https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39824

It was logical to expect that the UK, after joining the EEC in 1975, would harmonize its competition policy with the EEC competition policy. However, during the term of office of Prime Minister Margaret Thatcher, the UK competition policy distanced from the one advocated and implemented by EEC. The UK advocated a tough stance on the market as the most efficient way of allocating social resources and regulating the flow of economic activities. The privatization of enterprises, the liberalization of economic activities, and the increasing deprivation of the state's competence to monitor economic activities became a trademark of the UK competition policy in that period (Scott, 2009: 2). As the 1948 Act gave too much discretionary power to the state, the policymakers in the UK began to realize that the liberalization of the market and empowering competition in the long term could benefit both market participants and the state itself.

A new act in the field of competition law was passed in 1956, titled the *Restrictive Trade Practices Act*. The essence of this Act was the increased control of restrictive agreements and practices by the state (Richardson, 1967: 350). Certainly, control of restrictive agreements itself is a measure ultimately aimed at encouraging healthy competition in the market and preventing anti-competitive forms of companies' behaviour. However, the intention of the British legislator was that the state retains a certain degree of influence on economic entities, invoking the public interest as the supreme principle that should be protected. In practice, this meant that companies that had made agreements were obliged to submit them to the public registry, which, if deemed necessary, could forward any agreement to the specialized court for restrictive agreements. The final decision on whether the agreement could be considered restrictive was made by this court.

The subject matter of mergers and acquisitions of companies was regulated in 1965 by the legislative act titled *the 1965 Monopolies and Mergers Act* (Scott, 2009: 11). This Act authorized the Monopolies Commission to examine the existing and/or potential mergers and acquisitions of companies that would result in creating a monopoly (Goyder, 1965: 660). This authority was the forerunner of the Monopolies and Mergers Commission and, subsequently, the Competition Commission (Reader, 2015: 90). The *ratio legis* of this Act was the protection of the public interest that could be jeopardized by mergers and acquisitions.

The importance of the public interest, as the supreme principle that is supposed to protect against unwanted behaviour of companies, was further underlined by the *Fair Trading Act 1973*, which established the Office of Fair Trading to control

all forms of competition disruptions, including the control of changes in market structure, business policy, and registrations of restrictive trade agreements.⁸

The legislative act that is currently in force in the UK is titled *the Competition Act 1998* (Scott, 2009: 17). This Act was adopted to harmonize UK regulations regarding restrictive agreements and abuse of dominant position with the EU regulations, more specifically, with Article 101 (restriction of competition) and Article 102 (abuse of dominant position) of the Treaty on the Functioning of the European Union (former Articles 81 and 82 of the Treaty on the establishment of the European Community). Interestingly, this was the first legal act in the field of competition law to introduce fines on market participants who break the rules, instead of the previous written warnings (Cease & Desist). Companies that violate the rules protecting free competition face a fine of up to 10% of their annual turnover.⁹ One of the heavier fines was £63.6 million, which was imposed on construction companies in England engaged in illegal anti-competitive bidding in a large number of tenders, mainly in the form of “covered prices” (The Institute of Risk Management & Competition and Markets Authority, 2014).

Another legislative act that regulates the field of competition law in the UK was passed in 2002, titled *the Enterprise Act 2002*. Under this Act, the competent minister is given the authority to intervene in cases of mergers and acquisitions of companies that could more seriously violate the public interest defined by law. Although the legislator intended to give the executive branch greater discretionary powers in the field of competition law, in practice, the views of the Competition and Markets Authority were respected by the competent minister.¹⁰

3. Consequences of Brexit on the M&A policy in the EU and the UK

3.1. Consequences of Brexit on the M&A policy in the EU

The only short-term consequence of Brexit on the Mergers & Acquisitions (M&A) policy in the EU relates to the business transactions commenced before Brexit, which have not been completed yet. Namely, it is to be expected that the ongoing procedures will take time to be finished and that the regulatory framework that was in force before Brexit will continue to be in force until the completion of the merger and acquisition proceedings.

8 UK Parliament. *Thirty-Seventh Report of the Committee of Public Accounts: The Office of Fair Trading: Protecting the Consumer From Unfair Trading Practices*. Retrieved 1.4.2021 from <https://publications.parliament.uk/pa/cm199900/cmselect/cmpublicacc/501/50103.htm>

9 Government of the United Kingdom. *Avoid and report anti-competitive activity*. Retrieved 1.4.2021 from <https://www.gov.uk/cartels-price-fixing>

10 The National Archives. *Art. 132 of Enterprise Act 2002 (repealed)*. Retrieved 1.4.2021 from legislation.gov.uk

An important long-term consequence of Brexit on the M&A policy in the EU relates to the choice of applicable law and jurisdiction in the case of disputes related to the M&A process. Namely, it should be borne in mind that the EU does not have a legally binding regulatory framework regarding the choice of applicable law and jurisdiction for international cases of mergers and acquisitions, thus, all such transactions are governed by the law of the state chosen by the parties to the agreement.

In business practice, the contracting parties generally chose the UK law as the applicable law for resolving possible disputes arising from the contractual relationship, and the English courts as the courts competent for resolving disputes. However, in M&A cases that are not related to the UK, it should not be expected that the parties will choose UK law as the applicable law for resolving disputes or the jurisdiction of UK courts. On the other hand, as UK courts will no longer be bound by the case law of the EU Court of Justice, uncertainty should be expected in terms of the mutual recognition of court decisions between the UK and EU Member States (Loyens & Loeff, 2016).

3.2. Consequences of Brexit on the M&A policy in the UK

The UK's withdrawal from the EU membership will undoubtedly have significant consequences on the M&A policy of companies in the UK. Leaving the European single market and the UK's withdrawal from trade agreements will bring a great deal of uncertainty to the business of British companies. Differences in the regulatory framework of conducting business activities in the UK and the EU will bring certain difficulties for British companies in terms of obtaining permits for performing mergers and acquisitions with companies based in an EU member state. In this regard, it is important to note that British companies that have valid contractual relations with EU business partners will have to conduct a detailed analysis (*due diligence*) of concluded agreements and propose changes to their partners, conditioned by the changed regulatory framework of relations between the UK and the EU (Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, 2016).

When it comes to long-term consequences, the most important change will happen at the regulatory level. Namely, *the European Merger Regulation 139/2004*, which applies to all EU member states and based on which the European Commission has received the exclusive authority to control mergers of companies, will no longer apply to mergers involving companies from the UK.¹¹ The cessation of the application of regulations in the UK also means the formal legal cessation of

11 Buren. Brexit & M&A: impacts for targets with UK activities and for UK buyers. Retrieved 8.3.2021 from <https://www.burenlegal.com/en/news/brexit-ma-impacts-targets-uk-activities-and-uk-buyers>

EU competencies in the field of competition law. The so-called “one-stop-shop” policy, which was applied in the process of merger control and which implied the authority of the European Commission to control the merger of companies on the UK market when there is a suspected distortion of free competition, will no longer apply to the UK. The British Competition & Markets Authority will no longer carry out parallel merger control proceedings in cooperation with the European Commission but will have exclusive competence in this area.¹² In terms of competition law, independence in policy-making (including competition policy), which was the guiding idea for withdrawing from the EU membership, will not bring much benefit to the UK in the long run. The complex mechanism of control of mergers and acquisitions of British companies with the EU companies, conditioned by the differences between the legal systems to which the UK and EU member states belong (i.e. the Anglo-Saxon and European-Continental legal systems), will create the need for cooperation between the Competition and Markets Authority and the European Commission. Of course, the level of cooperation between these two institutions will not be at the level it was when the UK was a full member of the EU, but the differences between the legal systems will inevitably lead to the need to exchange information in the process of merger and acquisition control.

In the field of protection of the public interest in cases of mergers and acquisitions, certain changes should be expected. Namely, *Art. 21 of the European Union Merger Regulation No. 139/2004* empowers EU member states to apply measures within the exclusive competence of the European Commission, which protects competition from illegal mergers and acquisitions. Although there are certain elements of the term “public interest” common to the legal systems of all EU member states (for example, national security or media freedom), this term has additional elements in the UK, such as the stability of the financial system (Competition & Markets Authority, 2016). In this regard, one can expect an increased influence of the executive power on the control of mergers and acquisitions of companies from the UK with companies from the EU, while calling for the defense of the “public interest” principle.

4. Consequences of Brexit on antitrust policy in the EU and the UK

4.1. Consequences of Brexit on antitrust policy in the EU

When it comes to short-term consequences of Brexit, it should be expected that the EU law will be applied to all forms of monopolistic behavior occurring in the UK, which could negatively affect competition in the EU (Girardet, Saha, Meyer,

12 Bird & Bird. The functions of the CMA post Brexit. Retrieved 11.4.2021 from <https://www.twobirds.com/en/news/articles/2020/uk/the-functions-of-the-cma-post-brexit>

2020: 5). The fact that the EU will treat the UK as a so-called “third-world country” will not affect the right of competition authorities in the EU to conduct proceedings and impose sanctions against companies which adversely affect free competition in the EU market through their illicit practices.

An important long-term consequence of Brexit is the loss of the European Commission’s authority to conduct unannounced inspections (“dawn raid”) at the company’s headquarters in case of suspicion of monopolistic behavior. The European Commission will have to establish close cooperation with the Competition and Markets Agency to obtain the evidence necessary to conduct investigations against British companies that violate Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the EU, which negatively affects free trade in the EU (Nourry, Chandralekha, 2018: 3).

4.2. Consequences of Brexit on antitrust policy in the UK

Given the UK’s break with positive EU law and tradition, it should be expected that the UK will eventually adopt a new approach to competition policy, unencumbered by the obligation to comply with EU rules and contribute to preserving and strengthening single market principles. However, in the short term, one should not expect a drastic divergence from the EU competition law. Existing contractual relations between British and EU companies will make it necessary to respect the regulatory framework that existed between the UK and the EU before Brexit.

Section 60 of the UK 1998 Competition Act contains an obligation for British courts and regulators to comply with EU law.¹³ This obligation is important for British companies as it brings certainty to their business conduct in terms of compliance of their contracts and business decisions with business practices and EU regulations. In the spirit of preserving the economic interests of British companies that have contractual relations with EU partners, one possible short-term solution is to change this section, by imposing an obligation on courts and regulators in the UK to “take into consideration” the EU law instead of the obligation to bring their decisions and procedures in each case in line with the EU law (Jones, 2017: 11). Namely, Section 60A will release the British courts from the obligation to interpret the UK competition law consistently with the

13 The provisions of Section 60 impose an obligation on British courts and the regulator to interpret the provisions prohibiting illicit conduct of market participants, contained in other parts of this Act, as closely as possible to Art. 101 and Art. 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union. These articles relate to the prohibition of restrictive agreements and the abuse of a dominant position by companies.

EU competition law.¹⁴ This change may seem to have short-term consequences on the EU antitrust policy, motivated by the UK's efforts to become independent of the EU as soon as possible (on the one hand) and by the necessity to protect the business interests of British companies (on the other hand). Yet, in practice, this change will mark a gradual divergence of the UK from the EU in the field of competition law.

The main issue that the UK Government will deal with in the years after Brexit is the amendment of the current Competition Act 1998. The *ratio legis* of all EU legal regulations in the field of competition law is the protection and promotion of the common market, as a trademark of united Europe. However, as the UK is no longer a member of the EU, the question arises whether and to what extent the current UK legislation will be amended, given that the UK is no longer formally part of the common market and has no obligation to adapt its competition law to the need of developing sound competition in the EU market. It should also be borne in mind that all decisions of the British regulator have been reviewed by the European Court of Justice, and it should not be expected that regulations that imply any control by the EU authorities will be applied in the UK (Jones, 2017: 11). The possibility of referring questions to the European Court of Justice concerning the interpretation of EU regulations was of great importance for the UK in harmonizing the interpretation of EU regulations. Given the cessation of this practice in the future, it is realistic to expect that the UK competition law and EU competition law will drift apart.

Another long-term consequence of Brexit relates to the UK's withdrawal from membership in the European Competition Network.¹⁵ The UK has benefited from membership in this organization in terms of successful cooperation with the national authorities of the EU member states in fighting illicit behavior of market participants (Dunne, 2017: 2).

Given the strong economic ties between British and EU companies, one should not expect a drastic change in the UK's approach to competition policy in the coming years. Simply put, the necessary orientation of the UK towards the EU, as the geographically closest and largest market in terms of population, will bring about a certain degree of cooperation between the authorities in charge of competition protection, which will be beneficial to companies "on both sides of the English Channel".

14 The UK National Archives. *Part 2: Amendment of the Competition Act 1998, Art. 23 of The Competition (Amendment, etc.) (EU Exit) Regulations 2019*. Retrieved 29.3.2021 from <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2019/93/contents/made>

15 This organization is an institutional form of cooperation between the European Commission and the national competition authorities of the EU member states in the field of combating illicit forms of behavior of market participants in the EU market.

5. Consequences of Brexit on the anti-cartel policy in the EU and the UK

5.1. Consequences of Brexit on the anti-cartel policy in the EU

The Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community 2019/C 384 I/01 (hereinafter: Withdrawal Agreement) regulates the issue of the competence of EU authorities to conduct proceedings initiated before Brexit. For all proceedings on examining cartel agreements of the UK companies which the European Commission has commenced before Brexit, Art. 92 (par. 3, item b) of the Withdrawal Agreement provides for further EC jurisdiction until the completion of these proceedings.¹⁶ It is important to point out that the European Commission will be competent only in cases of cartel agreements which, although concluded and implemented on the territory of the UK, distort competition on the EU market.

The most significant long-term consequence relates to the loss of competence of the European Commission to examine cartel agreements that result in distortions of competition exclusively in the territory of the UK (Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, 2016).

EU companies planning to enter into agreements that can be classified as cartels must keep in mind that the violation of the positive legal regulations of the UK results in the jurisdiction of the British Competition and Markets Agency, as well as British courts. This is very important because the UK belongs to the Anglo-Saxon legal system, the essence of which is the doctrine of case law.¹⁷ As the essence of the Continental legal system conflicts with the essence of the Anglo-Saxon legal system, EU companies will face greater uncertainty regarding the decision on a possible penalty for illicit forms of behavior.

5.2. Consequences of Brexit on the anti-cartel policy in the UK

An important short-term consequence of Brexit concerns the competencies of the Competition and Markets Authority which will be able, despite the primary competence of the European Commission, to participate in investigations of cartel agreements concluded before Brexit, which could disrupt free trade in

¹⁶ Eur-Lex. *Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community*. Retrieved 1.4.2021 from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A12020W%2FTXT>

¹⁷ Wirtschaftskanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek. *Beratungsthemen im Zusammenhang mit einem drohenden Brexit: Kartellrecht/Beihilferecht*. Retrieved 26.3.2021 from <https://www.heuking.de/de/news-events/fachbeitraege/beratungsthemen-im-zusammenhang-mit-einem-drohenden-brexite-kartellrechtbeihilferecht.html>

the UK.¹⁸ Of course, once these proceedings are completed, the Competition and Markets Authority will be the sole authority to investigate cartels.

In the long run, the British Competition and Markets Authority will benefit from Brexit. As EU legal regulations in the field of competition law will no longer be applied in the UK, British courts will have greater freedom to develop legal principles independent of the existing principles contained in the EU competition law. This will result in an easier interpretation of the regulations by the Competition and Markets Authority when dealing with cartel cases.

Probably the most important long-term consequence of Brexit is procedural. Given that the UK is no longer a member of the European Network of Competition Authorities, one should expect parallel proceedings conducted by the British Competition and Markets Authority, on the one hand, and the European Commission and a member of the European Network of Competition Authorities (national competition authorities of EU Member States), on the other hand. In practice, this means that conducting parallel proceedings against the same party would lead to imposing multiple penalties.¹⁹

When it comes to the control of agreements between companies that could distort competition, i.e. free trade in the EU, the European Merger Regulation is the legal basis for the supervision of such agreements by the European Commission, whose decisions have stronger legal force than the decisions of national competition authorities. However, as the UK is no longer an EU member, the competence of the European Commission in this area ceases and the British regulator will exclusively apply positive British legislation to the examination of cartel cases involving companies from the UK.²⁰

One important change in the field of procedural law should also be expected. Considering that the British courts are no longer bound by the decisions of the European Commission regarding the cartel agreements, a party aggrieved by such an agreement will not be able to base a claim for damages on the decision

18 White & Case. *Changing Roles: the CMA during the Transition Period*. Retrieved 25.3.2021 from <https://www.whitecase.com/publications/alert/changing-roles-cma-during-transition-period-and-beyond>

19 Gleiss Lutz. *Brexit: EU-Kartellrecht ohne Großbritannien*. Retrieved 25.3.2021 from https://www.gleisslutz-brexit.com/pdf/Brexit_%20EU-Kartellrecht%20ohne%20Gro%C3%9Fbritannien.pdf

20 Friedrich Graf von Westphalen – Rechtsanwälte. *Brexit und Kartellrecht: Vorsicht bei wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen mit UK-Bezug*. Retrieved 25.3.2021 from <https://www.fgvw.de/brexit/und-kartellrecht-vorsicht-bei-wettbewerbsbeschraenkenden-vereinbarungen>

of the European Commission but will have to engage in the process of proving cartel agreement and damage.²¹

6. Consequences of Brexit on state aid policy in the EU and the UK

6.1. Consequences of Brexit on state aid policy in the EU

State aid policy is the field where there has been the most controversy between the EU and the UK during the negotiations on the signing of the Withdrawal Agreement. As with other forms of competition policy, the main short-term consequence of Brexit will be the question of the competence of the European Commission in state aid control proceedings. Namely, the European Commission will remain responsible for the control of state aid granted by the UK, and initiated before Brexit. The European Commission will also be responsible for initiating new state aid control proceedings for the state aid granted by the UK before the expiry of the so-called transition period (which lasted until 31 December 2020), but only if it initiates the proceedings within four years from the end of the transition period. All decisions made by the European Commission in these proceedings will be binding on the UK. The European Commission will be able to initiate proceedings against British companies before the European Court of Justice in the event of non-compliance with its decisions within a period of four years after the end of the transitional period or the date of the decision, whichever is later. All these consequences are described in *the Notice to Stakeholders – Withdrawal of the United Kingdom and EU Rules in the Field of State Aid*, a document issued by the European Commission in January 2021.²²

The EU state aid control policy is composed of two components. The primary purpose of this policy is to protect trade between the member states from the negative impact of measures adopted by the member states, aimed at providing financial assistance to certain companies. Of course, the essence of state aid control is the protection of the market economy, embodied in the single market, which is the second component of state aid control policy (Schonberg, 2017: 51).

In the long run, one procedural legal consequence of Brexit should be expected. EU law in the field of state aid control will no longer be applied on the territory of the UK, and European companies will be denied the opportunity to address

21 Legal Tribune Online. Der Brexit und das Wettbewerbsrecht. Nur Nachteile – und zwar für alle. Retrieved 26.3.2021 from <https://www.lto.de/recht/kanzleien-unternehmen/k/brexit-abkommen-wettbewerbsrecht-beihilfenrecht-unternehmen-kartellverfahren/>

22 European Commission – Directorate-general competition. *Notice to stakeholders – Withdrawal of the United Kingdom and EU rules in the field of State Aid*. Retrieved 28.3.2021 from https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/notice-stakeholders-brexit-state-aid_en.pdf

the European Commission if they believe that state aid favors their competitors in the UK in any way. The only legally available remedy will be the possibility of addressing British courts directly, which will introduce uncertainty into the business of European companies, considering the still insufficiently clear future regulatory framework in this field in the UK.²³

6.2. Consequences of Brexit on state aid control policy in the UK

After Brexit, there will be no formal legal framework for state aid control policy in the UK. The adoption of a new legislative act in this field might be expected in the future. Until it adopts a new legal act, the UK will be subject to the World Trade Organization (WTO) state aid control regime. It is also important to note that the UK will be obliged to act upon the decisions of the European Commission and the judgments of the EU Court of Justice in the proceedings of control of state aid granted by the EU before Brexit.²⁴

The UK's withdrawal from the EU membership could in the long run bring some changes to the existing state aid control policy. A new law in the area of state aid control should be expected, which would set the UK on a clear course in pursuing this policy. However, given the complexity of this matter, it is uncertain when the new regulations will be adopted.

The change that can be expected is the establishment of an independent authority that will be in charge of state aid control. This authority should be free from any external influence.²⁵ The solution could be found in the existing Competition and Markets Authority, which has never dealt with the state aid control; it is independent in its work and could be a good candidate for performing responsible functions in the field of state aid control.

7. Conclusion

Although Brexit is a major milestone in the development of the EU, it will undoubtedly have greater consequences for competition law in the UK than in the

23 White & Case. State aid and the Brexit Trade Agreement: *What's new, what's not, and what's next*. Retrieved 29.3.2021 from <https://www.whitecase.com/publications/alert/state-aid-and-brexit-trade-agreement-whats-new-whats-not-and-whats-next>

24 Pinsent Masons. *State aid laws to be revoked in the UK*. Retrieved 2.4.2021 from <https://www.pinsentmasons.com/out-law/news/state-aid-laws-to-be-revoked-in-the-uk>

25 Official Journal of the European Union. *Part Two, Heading One, Title XI, Article 3.9 of Trade And Cooperation Agreement Between The European Union And The European Atomic Energy Community, Of The One Part, And The United Kingdom Of Great Britain And Northern Ireland, Of The Other Part*. Retrieved 31.3.2021 from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1580206007232&uri=CELEX%3A12019W/TXT%2802%29>

EU. In the short term, one should not expect a drastic change in the regulatory framework of the UK competition law. It is certain that already commenced proceedings against British companies infringing the rules on free competition will be completed by the European Commission. Retaining the competencies of the European Commission for conducting already initiated proceedings in the area of competition law will be a common feature of the short-term consequences of Brexit.

In the long run, however, UK companies will be severely affected by the new reality. The break with the EU *acquis* and the loss of access to the common market will lead to the reorganization of companies' business policies and redefining their approach to competition with EU companies. Creating a new concept of state aid policy will probably be one of the biggest challenges for the British Government in the years to come. The legal vacuum created after Brexit is not sustainable in the long run. Thus, policymakers will have to figure out a way to financially support the British companies, while taking care not to negatively affect the competitiveness of the British economy. Moreover, the fact that the UK is no longer a member of the European Network of Competition Authorities will be an aggravating factor for the UK in its efforts to establish closer cooperation with the national competition authorities of the EU Member States.

Although the European Union has lost one of the economically and politically most powerful members, the EU will be less affected by Brexit than the UK. Simply put, the EU companies still have access to the common market, and their competitiveness in the EU market will be far greater than the competitiveness of the UK companies. Unlike in the UK, competition law regulations will remain unchanged in the EU. The European Commission will retain jurisdiction to conduct proceedings against British companies if the effects of their actions and decisions have negative consequences on free trade in the EU single market.

References

Aydin, U., Thomas, P.K. (2012). The Challenges and Trajectories of EU Competition Policy in the Twenty-first Century. *Journal of European Integration*. 34 (6). 531–547

Competition & Markets Authority. (2016). *Public Interest Regimes in the European Union - differences and similarities in approach, Final Report of the EU Merger Working Group 10 March 2016*

Cseres, K. (2010). Comparing Laws in the Enforcement of EU and National Competition Laws. *European Journal of Legal Studies*. 3 (1). 7–44

Dunne, N. (2017). Competition Law and Policy after Brexit. Department of Law, London School of Economics and Political Science. *LSE Law Policy Briefing Series Brexit Special* 4.1-4

Girardet, P., Saha, R., Meyer, P. *Brexit - How Will Antitrust Cases and Mergers be Impacted? (2020)*, Willkie Farr & Gallagher (UK) LLP. Available at: <https://www.willkie.com/-/media/files/publications/2020/01/brexit-how-will-antitrust-cases-and-mergers-be-impacted.pdf>

Goyder, D.G. (1965). Public Control of Mergers. *Modern Law Review*. 28 (6). 654–674

Hudson, N. (2016). The European Coal and Steel Community: the Path Towards European Integration. *Portland State University, University Honors Theses*. Paper 276. 1–41. Available at: <https://pdxscholar.library.pdx.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1304&context=honorsthesis>

Jones, A. (2017). Brexit: Implications for UK Competition Law. King's College London Dickson Poon School of Law. *Legal Studies Research Paper Series: Paper No. 2017-21*. 1– 21. Available at: <https://bit.ly/3tuB06p>

Lever, J. (1999). The Development of British Competition Law: a Complete Overhaul and Harmonization. Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB), Berlin. *WZB Discussion Paper*, no. FS IV 99-4.1–39

Loyens & Loeff. (2016). *Brexit: what might change Corporate / M & A*

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH. (2016). *Newsletter: Mergers & Acquisitions 4. Quartal 2016. Brexit: Impact on M&A*

Nourry, A., Chandralekha, G. *Dawn Raids – Expect the Unexpected*. (2018). Clifford Chance LLP. Available at: https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/PDFDocuments/dawn_raids_expect_the_unexpected.pdf

Reader, D. (2015). *Revisiting the Role of Public Interest in Merger Control, Thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy. University of East Anglia UEA Law School*. Available at: [https://ueaeprints.uea.ac.uk/id/eprint/68329/1/David_Reader_-_PhD_Document_\(Final\).pdf](https://ueaeprints.uea.ac.uk/id/eprint/68329/1/David_Reader_-_PhD_Document_(Final).pdf)

Richardson, J.J. (1967). The Making Of The Restrictive Trade Practices Act 1956 - A Case Study Of The Policy Process In Britain. *Parliamentary Affairs*. 20 (4). 350–374

Schonberg, M. (2017). Continuity or change? State aid control in a post-Brexit United Kingdom. *Competition Law Journal*. 16 (1). 1–62

Scott, A. (2009). *The Evolution of Competition Law and Policy in the United Kingdom*. London School of Economics and Political Science Law Department. LSE *Law, Society and Economy Working Papers* 9/2009. 1-27. Available at: http://eprints.lse.ac.uk/24564/1/WPS2009-09_Scott.pdf

The Institute of Risk Management & Competition and Markets Authority. (2014). *Competition Law Risk - A Short Guide*. Available at: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/372555/CMA_Risk_Guide.pdf

Electronic sources

Buren. *Brexit & M&A: impacts for targets with UK activities and for UK buyers*. Retrieved 8.3.2021 from <https://www.burenlegal.com/en/news/brexit-ma-impacts-targets-uk-activities-and-uk-buyers>

Commission of the European Communities. *White paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*. Retrieved 3.3.2021 from https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_en.pdf

Encyclopedia Britannica. *Treaty of Rome*. Retrieved 13.2.2021. from <https://www.britannica.com/event/Treaty-of-Rome>

EUR-Lex. *Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community*. Retrieved 1.4.2021 from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A12020W%2FTXT>

EUR-Lex. *Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings*. Retrieved 3.3.2021 from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:31989R4064>.

EUR-Lex. *Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings*. Retrieved 3.3.2021 from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:31989R4064>.

EUR-Lex. *EEC Council: Regulation No 17: First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty*. Retrieved 3.3.2021 from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31962R0017>

EUR-Lex. *EEC Council: Regulation No 17: First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty*. Retrieved 3.3.2021 from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31962R0017>

European Commission - Directorate-general competition. *Notice to stakeholders - Withdrawal of the United Kingdom and EU rules in the field of State Aid*. Retrieved

28.3.2021 from https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/notice-stakeholders-brexit-state-aid_en.pdf

European Commission. *The Maastricht Treaty: an impetus for the cohesion policy*. Retrieved 9.2.2021 from https://ec.europa.eu/regional_policy/en/newsroom/news/2016/12/12-09-2016-the-maastricht-treaty-an-impetus-for-the-cohesion-policy#:~:text=The%20treaty%20brought%20the%20first,the%20Economic%20and%20Monetary%20Union.

European Commission. *Antitrust / Cartel Cases*. Retrieved 4.3.2021 from https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39824

European Union. *The Schuman Declaration - 9 May 1950*. Retrieved 13.3.2021 from https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_en

Friedrich Graf von Westphalen – Rechtsanwälte. *Brexit und Kartellrecht: Vorsicht bei wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen mit UK-Bezug*. Retrieved 25.3.2021 from <https://www.fgvw.de/brexit/brexit-und-kartellrecht-vorsicht-bei-wettbewerbsbeschraenkenden-vereinbarungen>

Gleiss Lutz. *Brexit: EU-Kartellrecht ohne Großbritannien*. Retrieved 25.3.2021 from https://www.gleisslutz-brexit.com/pdf/Brexit_%20EU-Kartellrecht%20ohne%20Gro%C3%9Fbritannien.pdf

Government of the United Kingdom. *Avoid and report anti-competitive activity*. Retrieved 1.4.2021 from <https://www.gov.uk/cartels-price-fixing>

Legal Tribune Online. *Der Brexit und das Wettbewerbsrecht. Nur Nachteile – und zwar für alle*. Retrieved 26.3.2021 from <https://www.lto.de/recht/kanzleien-unternehmen/k/brexit-abkommen-wettbewerbsrecht-beihilfenrecht-unternehmen-kartellverfahren/>

Official Journal of the European Union. *Part Two, Heading One, Title XI, Article 3.9 of Trade and Cooperation Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community, of the one part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the other part*. Retrieved 31.3.2021 from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1580206007232&uri=CELEX%3A12019W/TXT%2802%29>

Pinsent Masons. *State aid laws to be revoked in the UK*. Retrieved 2.4.2021 from <https://www.pinsentmasons.com/out-law/news/state-aid-laws-to-be-revoked-in-the-uk>

The National Archives, *Art. 132 of Enterprise Act 2002 (repealed)*. Retrieved 1.4.2021 from legislation.gov.uk

The National Archives. *Part 2 Amendment of the Competition Act 1998 Art. 23 of The Competition (Amendment etc.) (EU Exit) Regulations 2019*. Retrieved 29.3.2021 from <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2019/93/contents/made>

UK Parliament. *Thirty-Seventh Report of the Committee of Public Accounts: The Office of Fair Trading: Protecting the Consumer From Unfair Trading Practices*. Retrieved 1.4.2021 from <https://publications.parliament.uk/pa/cm199900/cmselect/cmpublicacc/501/50103.htm>

White & Case. *Changing Roles: the CMA during the Transition Period*. Retrieved 25.3.2021 from <https://www.whitecase.com/publications/alert/changing-roles-cma-during-transition-period-and-beyond>

White & Case. *State aid and the Brexit Trade Agreement: What's new, what's not, and what's next*. Retrieved 29.3.2021 from <https://www.whitecase.com/publications/alert/state-aid-and-brexit-trade-agreement-whats-new-whats-not-and-whats-next>

Wirtschaftskanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek. *Beratungsthemen im Zusammenhang mit einem drohenden Brexit: Kartellrecht/Beihilferecht*. Retrieved 26.3.2021 from <https://www.heuking.de/de/news-events/fachbeitraege/beratungsthemen-im-zusammenhang-mit-einem-drohenden-brexit-kartellrechtbeihilferecht.html>

Др Александар Мојашевић,
Ванредни професор,
Правни факултет Универзитета у Нишу
Стефан Стефановић,
Докторанд,
Правни факултет Универзитета у Нишу

ПОСЛЕДИЦЕ БРЕГЗИТА ПО ПРАВО И ПОЛИТИКУ КОНКУРЕНЦИЈЕ УЈЕДИЊЕНОГ КРАЉЕВСТВА И ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Резиме

Предмет овог рада јесу краткорочне и дугорочне последице Бреگزита – историјског догађаја и прекретнице у развоју Европске уније (ЕУ), по право и политику конкуренције Уједињеног Краљевства (УК) и ЕУ. Упоредна анализа историјског развоја правног регулисања конкуренције у УК и ЕУ, с приказом релевантних случајева из праксе органа за заштиту конкуренције, дата је на почетку рада. Посебан акценат стављен је на одлуке Европске комисије у вези с политиком борбе против картела. У којој мери ће Бреگزит утицати на политику спајања и припајања компанија, антимонополску политику, политику борбе против картела и политику државне помоћи у УК и ЕУ, теме су које су у раду обрађене. Централно питање односи се на меру утицаја Бреگزита на промену пословног амбијента у УК и ЕУ и реперкусија које ће та промена имати на право конкуренције. На крају су дата закључна разматрања у погледу правца будућег развоја права конкуренције УК, односно да ли ће и у којој мери право УК бити усаглашено с правом конкуренције и судском праксом ЕУ у тој области, или ће доћи до радикалног заокрета ка усвајању потпуно новог концепта политике и права конкуренције.

Кључне речи: Бреگزит, право конкуренције УК, право конкуренције ЕУ, краткорочне последице, дугорочне последице.

Davorin Pichler,* LL.D.,

Associate Professor,

Faculty of Law, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek,

Dražen Tomić,* PhD.

Assistant Professor,

Faculty of Electrical Engineering,

Computer Science and Information Technology,

Josip Juraj Strossmayer University of Osijek,

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

10.5937/zrpfno-33944

UDK: 007.52:347.51

Раđ примљен: 14.09.2021.

Раđ прихваћен: 10.10.2021.

CIVIL LIABILITY FOR DAMAGE CAUSED BY A ROBOT WHEN PERFORMING A MEDICAL PROCEDURE**

Abstract: *Robots in medicine, unlike industrial automation, can be viewed as an extension or enhancement of human capabilities. The legitimacy of robotics in the health care system stems from the fact that its use increases the efficiency of the treatment process and improves the health of an individual. On the other hand, involving robots in the medical procedures brings a high degree of risk and liability for damage. Legal doubts that arising in regard of the use of robots in medicine are related to civil liability for damage caused to the patient during the medical procedure. In that context, it is necessary to determine the model of indemnity liability that applies to damages due to the action of robots in a medical procedure. Which system shall be applied: the system of subjective liability based on fault (guilt), or the system of objective liability without determining the injurer's fault? This issue is gaining in importance given the degree of autonomy of robots in performing medical procedures. The paper will emphasize the need for legislative intervention in the Croatian legal system in order to adapt to the growing use of robots in medicine. The paper will summarize the results of the analysis on these issues and offer possible solutions in court practice and legal dogmatics.*

Keywords: *robot, liability for damage, medicine, guilt, causality.*

* dpichler@pravos.hr

* drazen@etfos.hr

** This paper was presented at the International Scientific Conference „Law and Digitalization“, held at the Faculty of Law, University of Niš, 23-24th April 2021.

The paper is the result of research within the project Substantive and Procedural Civil Law in the 21st Century - Current Situation and Trends in the Future (IP-PRAVOS - 7), funded by the J. J. Strossmayer University in Osijek.

1. Introduction

Technological development has led to the application of robotics^{1, 2} in medicine as one of the most promising areas of application in which significant financial and scientific resources are invested (Boban, 2019: 93). Robotic technology in medicine has been introduced over the last thirty years with the aim of reducing the risk of error and improving the quality of service. Also, surgical robots can be viewed as an extension and enhancement of human capabilities (Cammarilo, Krummel, Salisbury, 2004: 6-10). In terms of the degree of autonomy, several degrees of robot automation can be distinguished with respect to the degree of robot-physician independence: direct control model, shared control, supervised autonomy, and complete autonomy (Vuletić, 2019: 150-151). The most important issues, of theoretical and practical legal significance, are related to the model of complete autonomy of robots in performing medical procedures.

The paper will highlight the issue of determining of the robot's action as an injurious act that causes damage to the patient during the medical procedure and the type of liability for damage applied in litigation for compensation in such cases. The issue of causality as a presumption of liability for damage caused by the robot will be discussed as well. At the end of the paper, the authors urge for special regulations, which would establish liability for damage stemming from the actions of a medical robot, as a model that would be acceptable to both dogmatics and legal practice. In this regard, certain recommendations from international documents that should be a drafted to address these issues will be emphasized.

2. Development of robotics in medicine

In the 1940s, the first remote control systems appeared that allowed man to see and feel the tasks he performed remotely. Since then, robots have been used in areas ranging from agriculture, the military, education to surgery. With the development of minimally invasive surgical techniques, in the second half of the 1980s, surgeons no longer had to put their hands into a patient's body to perform a procedure. Robot that assists in performing these procedures will eliminate certain human limitations, such as tremor and limitations of the hu-

1 The term "robot" was coined by the Czech writer Karel Čapek in his 1920 play "Rossum's Universal Robots." It derives from the Czech word "robota", meaning slave labor. (Cammarilo, Krummel, Salisbury, 2004: 3).

2 A robot is defined as any machine that replaces human labor and is controlled automatically although it does not have to resemble a human form or perform functions in a human way. (Chicago, 1998: 116).

man eye, which will result in improved execution of the procedure (Cammarilo, Krummel, Salisbury, 2004:7).

The first known robot in surgery was the “Arthrobot”, which in 1983 assisted in the installation of hip prostheses. The integrated surgical system “Robodoc” was introduced in 1992 for the installation of precise elements in the femur during hip replacement. The “NeuroMate” system in neurosurgery displays real-time 3D images that show the surgeon the precise location of the tumor. The first robot in commercial use was Aesop in 1994, which assisted surgeons as a third hand holding an endoscopic camera. In 1998, the first heart bypass operation was performed, in which the “Da Vinci” robot actively helped surgeons. In 2009, the first fully robot-assisted kidney transplant was performed. Today, robots are used in diagnostics, surgery, rehabilitation and care for the elderly and infirm. Micro and nanorobots are the near future (removal of blood clots, removal of parasites, destruction of cancer cells). The usefulness of using the robots is in a more precise and faster procedure, which leads to faster patient recovery and a shorter stay in the hospital (Kačer, Kačer, 2019: 82). In order to reap the benefits of this promising technology, communication and mutual understanding between physicians, engineers, entrepreneurs and health administration is crucial (Cammarilo, Krummel, Salisbury, 2004: 7).

Four possible levels of robot independence in medicine (primarily surgery) can be highlighted, given the degree of its independence from man (physician). These are: a direct control model, the shared control model, the supervised autonomy model, and the complete autonomy model. In *the direct control model*, the doctor retains complete control of the machine, which is used as an extension of the doctor’s arms. This is still the most common approach today. An example of this system is The Da Vinci Surgical System for Laparoscopic Surgery. In *the shared control model*, the surgeon and the robot work in a kind of synergy, involving a combination of the doctor’s movements on the one hand, and the corresponding robot reactions on the other. The robot corrects the doctor’s movements and eliminates defects (e.g. tremor). An example is The Steady Hand Robot, a microsurgical device. The supervised autonomy model means that the robot performs tasks under the supervision of a doctor, who issues orders and supervises the procedure. The robot has a certain autonomy in performing specific tasks, but the doctor supervises the procedure and is able to intervene at any time and direct the robot to work differently. An example is the CyberKnife System. *The complete autonomy model* is still not in use in modern medicine. In this model, the robotic system completely replaces man. Independently plans and performs medical procedures. It draws the necessary data from the findings of a specific patient. The dominance of such systems is predicted in the near future. The STAR system was introduced in 2017 in the United States when a robot surgeon

performed surgery, independently of human guidance, on a pig's small intestine faster and more independently than a team of surgeons who performed the same operation on another pig at the same time (Vuletić, 2019: 151). In this paper, we will be considered the civil law aspects of the hypothetical situation when this robot model of robot, in performing a medical procedure, makes the error which results in death or damage to the patient's health.

3. Robotic systems - operation, management, capabilities and development

One of the important goals of robot application is to shorten the duration of surgical procedures compared to classic manual procedures, however, this goal has not yet been achieved in most areas of application (Gomes, 2011: 261-266). The use of robots has evolved from an initial application to support, move, and control the camera in the operating field to complex applications in which the physician operates from a greater distance using a control console. In doing so, the physician uses advanced computer technologies that, in addition to surgical robots, include the use of 3D images, computer graphics and computer simulators (Hashizume, Tsugawa, 2004: 227).

The advantages of robots, which include accuracy and repeatability of movement, have significant application in industry; the application in medicine is difficult because this area is not as precise and structured as industrial application. The main disadvantages of robots in surgical procedures are low adaptability and low level of feedback on the applied force.

From the very beginning of robotics, people were aware of the fact that robots, in addition to performing useful work for which they were made, can also harm humans. This area was regulated by the first three laws of robotics regulated this area (Asimov, 1942: 94-103), which are still relevant and ethically acceptable for the development of medical robots:

1. A robot must not injure a human being or, by inactivity, allow injuries to occur.
2. A robot must obey all orders given to it by humans, unless such orders would conflict with the First Law.
3. A robot must protect its existence, unless it conflicts with the First or Second Law.

These laws of robotics are applied primarily in the design and manufacture of robots, but it does not include cases where robots are used against their purpose

or when an unintentional error occurs in the operation of a robot, which can be classified into three basic categories:

- a) Mechanical error - malfunction or non-functionality of a certain part of the tool / robot;
- b) Software error - an error in a computer program that controls a procedure or a computer program that controls a certain part of a tool / robot;
- c) Artificial intelligence decision error - an error in decision making made by a robot based on information it has about: the patient's previous health, current status of the procedure that it performs or the database available for decision making. This type of error will begin to occur with the application of artificial intelligence and robotic vision in robot control.

Robotic systems in medicine can be implemented in the form of automatic hands, mobile devices or telerobotic systems. As for the taxonomy of robots, they can be active, semi-active or passive. Semi-active and passive robots transmit operator commands and movements to the robot's hands. Active robots are those that have a predefined schedule and work on a computer algorithm, without the need for the operator's intervention in real time (Hockstein, Gourin, Faust, Terris, 2007: 114). In this context, although surgical robots can be classified by multiple criteria in this context, the most acceptable classification is according to the role the robot plays during the operation. According to this classification, passive robots perform low-risk maneuvers and perform simple precise tasks. Active robots are significantly involved in intervention while limited-role robots perform tasks and invasive maneuvers with a higher risk than those with a passive role but with lower risk than those with an active role. According to this classification we can conclude that as the autonomy of the robot increases, the role of the robot changes from active to passive; thus, the most passive robots used for medical purposes have greater autonomy but a very low risk during use, while surgical robots that have an active role during the procedure have the least autonomy because they are exposed to increased risk during the procedure. Although active-role robots are superior to passive ones, in their application the situation is reversed in their application because active robots perform high-risk tasks which require human supervision and significant human intervention during the procedure, as compared to passive robots, which operate autonomously and can perform tasks without supervision but in for activities that have very low or no risk (Cammarilo, Krummel, Salisbury, 2004:7). Most, if not all, of the currently available robotic systems function only as robotic aids during medical procedures, acting as a mechanism to guide the procedure or as a protective mechanism for patients while providing additional features (such as

hand movement filtering or force scaling) but fully automated robotic surgery is still not possible (Ginoya, Maddahi, Zareinia, 2021: 11).

In the future, a greater use of miniature mobile robots is expected for applications in specific areas, such as invasive therapy on the surface of the beating heart, while nano and micro robots, which could be swallowed or inserted into the bloodstream, are still at the level of an idea. It envisages the use of miniature robots equipped with several types of sensors, which can provide important information about the patient's condition in real time. Robotic systems controlled by artificial intelligence could also be developed; they perform surgery without the need for the presence of a surgeon or only under their supervision. In doing so, machine learning methods are used where data are collected by studying the work of surgeons, because using only programmed behavior is not enough because engineers do not know and cannot know all scenarios of possible events. Thanks to the collected data and complex algorithms, artificial intelligence can determine patterns within surgical procedures to improve best practices and improve the accuracy of control of surgical robots to submillimeter precision. Artificial intelligence also uses machine vision to analyze scans and detect diseases; laparoscopic video analysis of operations helps identify missing or unexpected steps in real time. The application of clinically feasible surgical robots is likely to happen by the end of the 21st century. The combination of artificial intelligence with surgical robotics can increase surgical ability to optimize the outcome of surgery and provide increased access to health care (Panesar, Cagle, Chander, Morey, Fernandez-Miranda, Kliot, 2019: 226).

4. Injurious act

An injurious act of the injurer is a precondition for the occurrence of liability for damage. (Klarić, Vedriš, 2006: 583). An injurious act is any act or omission of a injurer that causes damage of the injured party. An action that originates from a natural force, an animal, or a machine is not a human action. The movements of the machine are considered to be the action of the machine owner or the machine handler (Klarić, Vedriš, 2006: 90).

In the provision of health services, the most important injurious act and omission refers to the violation of the rules of the health profession (medical error).^{3, 4}

3 Other injurious actions and omissions that occurs in the provision of health services include: violation of the right to physical integrity (treatment without patient consent), violation of the obligation to provide emergency medical care and violation of the obligation to contract a health service agreement (Klarić, 2003: 398).

4 The term "medical error" was created by the famous pathologist Rudolf Virchow and defined as a violation of generally accepted rules of the art of treatment due to lack of due

The concept of medical error is today replaced by the concept of error in treatment, which includes errors in diagnosis, prophylaxis and follow-up care; it is defined as a measure that represents neglect or deviation from the medical standard and is performed without due care. Medical error and guilt should be treated as two separate presumptions of liability for damage which, according to the rules of fault liability, must be cumulatively fulfilled. Based on the opinion of the medical expert, the court will determine whether there was a deviation from the medical standard in the specific case, and then whether the doctor is to blame (Klarić, 2003: 398).

A special issue of liability for injurious acts arises in cases involving Artificial intelligence-based diagnostic systems (AIBDS).⁵ Artificial intelligence systems are the product of the work of a large number of experts. When the operation of such a system results in a harmful consequence, the problem of “distributed liability” may arise, which entails a situation in which the harmful consequence can be attributed to the collective (team or institution) and not to a particular person individually. In such cases, it may not be possible to find a single culprit (as liability may be shared between the programmer, sensor designer, hospital management). In such a situation, it is clear that the physician will be primarily identified as an injurer and may, therefore, be reluctant to use AIBDS (Bracanović, 2021: 73).

5. Damage liability model

The importance of choosing the rules of subjective liability or liability without fault for damage is expressed in the question whether, in addition to unlawfulness in the objective sense, fault as a subjective element of unlawfulness will be required as a presumption of liability (Klarić, 2003: 390). In the Croatian legal system, as a rule, a subtype of subjective liability is applied in which the guilt of the injurer is presumed. The injured party must prove the injurious act, the damage, and the causation, while the guilt of the injurer is presumed. However, the lowest degree of guilt is presumed, and that is ordinary negligence. The injured party is required to prove any higher degree of guilt, such as intent and gross negligence (Klarić, Vedriš, 2006: 610). Also, the Obligation Relations Act⁶ stipulates that the party in the obligation relationship is obliged to act with rea-

care. In medical and legal terminology, it is also designated as: professional error, harmful event. (Klarić, 2003: 398).

5 In addition to the above, terms such as “Machine Learning Expert Systems” or “Expert Diagnostic Systems” are also used, but we use the abbreviation AIBDS as an internationally accepted abbreviation. (Bracanović, 2021: 64).

6 Art. 10, para 2, Obligation Relations Act, *Official Gazette of the Republic of Croatia*, No 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, hereinafter ORA.

sonable diligence, in line with the rules of the profession and customs (with due care of a good expert) in fulfilling the obligation from the professional activity (Crnić, 2006: 8). Thus, for health care professionals, this provision establishes that the measure of their professional diligence is determined based on two criteria: the persons from their professional circle and the specific circumstances of the medical intervention (Klarić, 2003: 401). In this sense, it is necessary to take as a criterion the diligence of an experienced and conscientious health care worker of the same category and rank as the one whose diligence is being evaluated: general practitioner, specialist (Klarić, 2003: 401).

Subjective liability for damage, especially in the area of liability for damages in medicine, can raise certain objections. Thus, in case of subjective liability, it is emphasized that the doctor's guilt must be proven. The patient's position here is particularly difficult since, as a non-expert, he must prove a violation of the rules of a highly specialized activity, and the presence of a causation⁷ between a medical error and the sustained damage. This is particularly problematic given that the experts in these cases are physicians, whose impartiality, for obvious reasons, may be called into question (Klarić, 2003: 392). The system of subjective liability for damage shows no signs of a reduction in the number of court proceedings. On the contrary, the number of court proceedings is constantly growing with the increase in health care costs (Kessler, P. D., 2004: 3).

5.1. Liability without fault system

Due to the above, there is an increasing tendency to introduce the system of strict liability for damage in medicine. In the system of strict or causal liability, no guilt of the injurer is required for the occurrence of liability for damage. Thus, liability for damage arises when the preconditions are met: an injurious act, sustained damage, the unlawfulness of the injurious act and the causal link between the injurious act and the damage. In case of damage caused in connection with a dangerous object or dangerous activity, the injured party does not have to prove the causality, but it is presumed (Klarić, Vedriš, 2006: 613). In relation to the damage that occur in medicine in connection with a dangerous object or dangerous activity, the tendencies for the application of strict liability for damage are the most intense. This is based on the reasons for the increasing use of certain

⁷ A causation is a connection that must exist between an injurious act and the damage so that the damage occurs as a consequence of the injurious act. By the nature of things, damage is the result of a multitude of causes. From that multitude, the one who is legally decisive should be chosen. In this sense, we apply the view of adequate causality, that is, of the many circumstances related to the occurrence of damage, the cause is considered only that which in the regular course of things (which is common in life) leads to such a consequence. The injured party must prove the existence of such a causal link (Crnić, 2006: 705).

devices and the introduction of technology in medicine that did not even exist until recently (laser, robotic surgery, radiation, etc.) the consequences of which are not yet completely predictable. In the case of artificial intelligence systems, there is also the so-called problem of “inexplicability.” Due to the complexity and the amount of data used by the system, designers of such systems will not be able to know how the system came to a particular solution. Such a system is not programmed with rules for solving problems but creates such rules itself during the process of “learning” and previous work. Such a system may also fail to reveal some obvious and extremely important causal links important for the patient’s health.⁸

In this sense, and in the countries that consistently apply the rules of subjective liability, there is increasing insistence on the introduction of strict liability for damages caused by medical devices (Klarić, 2003: 395). In the Republic of Croatia, the legal basis for the application of strict liability for damage in medicine was established in the the Obligation Relations Act (ORA); it is based on liability for damage arising from things or activities which the increased risk of damage to the environment originates from. The one who operates such a thing or is involved in such an activity is liable regardless of guilt (Article 1045, para. 3 ORA). Thus, in Croatian tort law there is a legal basis for the application of strict liability. It is necessary for the court, in each individual case, to determine whether a certain thing or activity which gave rise to certain damage has occurred is a thing or activity from which the increased danger of damage to the environment originates. In that case, court must apply the rules of strict liability.⁹

Legal judgements on the recognition of patients’ right to compensation by applying the principle of strict liability are accepted in Croatian legal theory and case law. Thus, it is pointed out that medical devices are the basic hospital assets of the hospital on the basis of which the hospital performs its activities and generates income. In this sense, it is also fair that the one who obtains a

8 Today’s medicine is often based on experiential observations that are not simultaneously accompanied by appropriate understandings of the relevant causal relationships that make a particular intervention successful and effective. Examples are aspirin (which has been prescribed as an analgesic for a hundred years, although the mechanisms of its action have not been explained) and lithium (which is used as a mood stabilizer, although it is not entirely known how it works). (Bracanović, 2021: 66-74).

9 Judicial practice and legal theory define the concept of a dangerous object as one that by its purpose, characteristics, position, place and manner of use or otherwise represents an increased risk of damage to the environment, and therefore should be monitored with increased attention. A dangerous activity is an activity which, in its regular course but by its very technical nature and manner of performance, may endanger lives and health of people or property, so that such endangerment requires increased attention of persons performing that activity and persons who come in touch with it (Klarić, Vedriš, 2006: 615).

benefit by performing an activity, which due to its danger carries an increased risk of harm to other persons, compensates for the damage caused by that activity (Klarić, 2003: 394).

Given the current degree of autonomy of robots in medicine, it is clear from the aforesaid that the conditions for the application of the rules of strict liability are met. As specified in the ORA, the owner of the object is liable for damage stemming from dangerous objects, and the person handling such objects is liable for damage stemming from dangerous activities (Art. 1064, para. 3 ORA). Thus, in practice, in the Republic of Croatia, this practically means the liability of hospitals owned or founded by the state or a unit of local or regional government (Kačer, Kačer, 2019: 84). Instead of the owner of the thing, the person who is also responsible is the person to whom the owner has entrusted the thing (Art. 1066 para. 1 ORA). Thus, when the owner handed over a dangerous object to a third party based on, for example, a lease, loan or leasing contract that party will be liable. (Crnić, 2006: 765). If the injured party is unable to file a claim against the health facility, he/she may file a lawsuit against the device manufacturer and/or the robot owner.¹⁰

6. Special regulation?

Due to the complex legal position of the injured party, in cases where the damage is caused by the action of a medical robot, in the Recommendations to the Council of Europe member states, the Commissioner for Human Rights emphasizes the obligation of member states to ensure access to an effective legal remedy for all those who suspect that they have been the subject of a measure entirely or substantially based on the operation of an artificial intelligence system. Effective remedies should also include adequate compensation and modification of any damage caused by the development, putting into use, or use of an artificial intelligence system; they may also include measures envisaged in civil or administrative law. In this regard, Member States should evaluate the existing laws, including civil, criminal and administrative laws, and introduce reforms where these regulations do not provide an effective remedy for those who claim to be victims of human rights violations arising from the development, putting into use, or use of the artificial intelligence system (Commissioner for Human Rights, 2019: 13-22).

10 In such a situation, it should be noted that the liability for damage is that of a legal entity which is established with an amount of share capital that is not sufficient to cover the amount of damages: there is no liability of the founders and persons authorized to represent such a legal entity. It is clear then that the occurrence of compensation for the injured party is minimal (Kačer, Kačer, 2019: 85).

The reform of the liability system would reduce healthcare costs and allow patients to compensate the damage which they sustained. In the Scandinavian countries, New Zealand and the United States, there is an alternative to the existing systems: the principle of patients' compensation called "no fault - no guilt" or "no fault compensation scheme". The patient is compensated for damage based on physical or mental injury upon proving causation between the medical service and the injury. Non-property and property damage is compensated. The medical staff reports the injury, but the patient can also contact the insurer directly. If the patient is dissatisfied with the amount of compensation assigned to him, he/she has the right to file a claim; however, in case of losing the case, he/she is exposed to the risk of paying the costs of the procedure. It is an administrative, not a civil procedure (Proso, 2009: 363-364).¹¹

As a possible solution to the damage caused by a robot, it is proposed to form a special fund to compensate for the damage caused by a robot. The liability for damage would be based on the strict liability system, i.e. the fact that the damage was caused by a robot. The fund would be financed by contributions from manufacturers, programmers, and sellers. Part of the fund, unspent for damages, could be reinvested in further technological research and development. In the practice of some insurance companies, the most prominent reasons for excluding the insurer's obligation are infection with a computer virus and failure to recognize the date which contributed to causing damage (Jovanović, 2018: 129-130). What all no-fault systems have in common is that medical errors must be registered. This is because the record on the occurrence of the error and the consequence it caused has the purpose of avoiding a similar situation in the future. The system requires the registration of every error and reporting on every technical defect. The introduction of computerization, procedures for diagnostic and therapeutic measures, and error registration systems enables the analysis and taking measures to ensure that medical errors do not recur (Jovanović, 2018: 129-130).

11 Compulsory no fault patient insurance was introduced in Sweden as early as 1975. Other Scandinavian countries have very similar models of patient compensation systems. In Finland, this system was introduced in 1970, first as a voluntary one, and since 1980 as a mandatory one. Norway passed similar legislation in 2003. The Swedish model of patient insurance has served as the basis for law-making in Denmark. The United States has reached unprecedented levels of health care costs with no signs of slowing growth, resulting in the practice of "defensive medicine," or the use of treatment options that are not necessarily in the best interests of the patient but protect physicians from potential litigation. The system reimburses the plaintiff for medical expenses and reasonable legal fees. The no-fault system has been accepted by Florida and Virginia to a limited extent for certain neurological impairments related to childbirth. The system in Virginia also allows for compensation of lost earnings for people aged 18-65 in the amount of 50% of the average wage (Pichler, 2020: 44-45).

7. Conclusion

The effects of artificial intelligence on personality rights are one of the most important factors that will define the period in which we live (Commissioner for Human Rights, 2019: 5). The law of robotics, which has yet to be built into a separate branch of law, must *de lege ferenda* provide answers to a number of questions, such as: the legal status of autonomous robots, the liability of robot manufacturers and owners, and other issues of a pecuniary nature (Jovanović, 2018: 118). In this sense, the importance that robotic systems already have in medical applications has been recognized,¹² but there are also highlighted concerns about the risks and negative impacts associated with the application of robotic technology in medicine. The paper analyzes robotic systems in medicine, their operation, control, capabilities and development.

The inevitable increase in the degree of robotization in medicine will lead to an increasing number of cases involving violations of patients' physical integrity and an increase in claims for damages. For this reason, it is important that case law and jurisprudence take a position on the application of an appropriate model of liability for damage which will be applied in these cases. This is of particular importance for the protection of patient personality rights, the uniform application of the law and legal certainty.

Therefore, the paper attempts to highlight some neuralgic points in the problem of liability for damage caused by a robot during medical intervention. The advantages of applying the system of strict liability for damage stemming from a dangerous object or a dangerous activity have been pointed out. A special feature of the so-called "no-fault" systems is the registration of medical errors and reporting on technical deficiencies in order to avoid similar situations in the future. The introduction of informatization enables the analysis and taking measures so that medical errors do not recur. These compensation systems aim to ensure both fast and fair financial compensation without lengthy court proceedings and high costs. The proposed solution *de lege ferenda* is a system of compulsory robot insurance, analogous to compulsory car insurance. Manufacturers, programmers, owners and users of robots shall be obliged to pay insurance premiums.

12 The importance of the application of robots and artificial intelligence systems will become increasingly important especially in the context of an aging European population, including the role of robotic systems in provision of care for the elderly and real-time patient monitoring. In the provision of health care in the future, robotic systems will be entrusted with the role of conducting targeted medical treatments and the so-called tailored treatments (European Commission, 2019: 32-35).

In any case, no matter which model of liability for damage caused by robots during the medical procedure we choose to apply, it must not discourage innovation in the field of artificial intelligence, which must be in line with the goals of sustainable development. In other words, the development of artificial intelligence must be consistent with the protection of the rights of the individual and the rule of law in every legal order.

References

- Asimov, I. (2019). Runaround. *In: Astounding Science Fiction*. New York: Street & Smith Publication Inc. (94-103).
- Boban, M. (2019). Uporaba robotike u medicini: tehnološki, pravni i etični izazovi. U S. Kraljić, J. Reberšek Gorišek, V. Rijavec (Prir.), *Globalizacija medicine v 21. stoletju*. (89-107). Maribor: 28. posvetovanje Medicina, pravo & družba.
- Bracanović, T. (2021). Umjetna inteligencija, medicina i autonomija. *Nova prisutnost*. XIX(1). (63-75).
- Camarillo, M. S., Krummel, T. M., Salisbury, K. J. (2004). Robotic technology in surgery: past, present, and future. *The American Journal of Surgery*. 188(4). (2-15).
- Commissioner for Human Rights. Council of Europe. *Unboxing Artificial Intelligence: 10 Steps to Protect Human Rights*. (2019).
- Crnić, I. (2006). *Zakon o obveznim odnosima Napomene, komentari, sudska praksa i prilozi*. Zagreb: Organizator.
- European Commission. *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*. (2019).
- Ginoya, T., Maddahi, Y., Zareinia, K. (2021). A Historical Review of Medical Robotic Platforms, *Journal of Robotics*. Vol. 2021, 13 pages.
- Gomes, P. (2011). Surgical robotics: Reviewing the past, analysing the present, imagining the future. *Robotics and Computer-Integrated Manufacturing*. 27(2). (261-266).
- Hashizume, M., Tsugawa, K. (2004). Robotic surgery and cancer: the present state, problems and future vision. *Japanese Journal of Clinical Oncology*. 34(5). (227-237).
- Hockstein, N. G., Gourin, C. G., Faust, R. A., Terris, D. J. (2007). A history of robots: from science fiction to surgical robotics. *Journal of Robotic Surgery*. 1(2). (113-118).

Jovanović, S. O. (2018). *Izazovi pravnog regulisanja robota i osiguranja od šteta prouzrokovanih njihovom upotrebom*. [Electronic version]. Retrieved 30, August 2021, from 18-03_4.pdf (tokoviosiguranja.edu.rs)

Kačer, H., Kačer, B. (2019). Robotika i umjetna inteligencija u medicini – građanskopravni aspekti odgovornosti za štetu. U S. Kraljić, J. Reberšek Gorišek, V. Rijavec (Prir.), *Globalizacija medicine v 21. stoletju* (71-88). Maribor: 28. posvetovanje Medicina, pravo & družba.

Kessler, P. D. (2004). *The effects of the U.S. Malpractice System: A Review of the Empirical Literature*. New York: Manhattan Institute.

Klarić, P. (2003). *Odštetno pravo*. Zagreb: Narodne novine.

Klarić, P. (2008). Građanskopravna odgovornost za liječničku grešku. U J. Barbić (Ur.), *Građanskopravna odgovornost u medicini*. Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti – Znanstveno vijeće za državnu upravu, pravosuđe i vladavinu prava.

Klarić, P., Vedriš, M. (2006). *Građansko pravo*. Zagreb: Narodne novine.

Panesar, S., Cagle, Y., Chander, D., Morey, J., Fernandez-Miranda, J., Kliot, M. (2019). Artificial Intelligence and the Future of Surgical Robotics. *Annals of Surgery*. Vol. 270 Issue 2 (223-226).

Pichler, D., Vuletić, I. (2020). *Građanskopravni i kaznenopravni aspekti pogrešaka u medicini*. Osijek: Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku.

Proso, M. (2009). Sustavi osiguranja od odštetne odgovornosti u zdravstvenoj djelatnosti. *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu*. 2/2009. (359-372).

The New Encyclopaedia Britannica (15th ed.) (1998). Chicago, USA: Encyclopaedia Britannica, Inc.

Vuletić, I. (2019). Kaznenopravni aspekti razvoja umjetne inteligencije u medicini:tko je odgovoran za pogrešku u liječenju koju počinu autonomni robot-kirurg? U S. Kraljić, J. Reberšek Gorišek, V. Rijavec (Prir.), *Globalizacija medicine v 21. stoletju*. (145-165). Maribor: 28. posvetovanje Medicina, pravo & družba.

Zakon o obveznim odnosima (Obligation Relations Act), Narodne novine br.35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18.

Dr. sc. Davorin Pichler,

Izvanredni profesor,

Pravni fakultet, Sveučilište Josip Juraj Strossmayer u Osijeku,

Dražen Tomić, PhD.,

Docent,

Fakultet elektrotehnike, računarstva i informacijskih tehnologija,

Sveučilište Josip Juraj Strossmayer u Osijeku,

Republika Hrvatska

GRAĐANSKOPРАВNA ODGOVORNOST ZA ŠTETU KOJU POČINI ROBOT PRI VRŠENJU MEDICINSKOG ZAHVATA

Rezime

Roboti u medicini, za razliku od industrijske automatizacije, mogu se promatrati kao produženje ili pojačanje ljudskih mogućnosti. Legitimitet robotike u sustavu zdravstva proizlazi iz okolnosti da se njezinom uporabom povećava efikasnost postupka liječenja i poboljšanje zdravlja pojedinca. S druge strane, involviranje robota u postupak medicinskog zahvata donosi visok stupanj rizika i odgovornost za štetu. Pravne dvojbe koje se javljaju po pitanju korištenja robota u medicini odnose se na građanskopravnu odgovornost za štetu koja nastane pacijentu pri obavljanju medicinskog zahvata. Pri tome je potrebno utvrditi model odštetne odgovornosti koji se primjenjuje na štete uslijed djelovanja robota u medicinskom zahvatu. Hoće li se primjenjivati sustav subjektivne odgovornosti koji se temelji na krivnji ili sustav objektivne odgovornosti bez utvrđivanja krivnje štetnika? Ovo pitanje dobiva na značaju s obzirom na stupanj autonomije robota u izvođenju medicinskog zahvata. U radu će se istaknuti potreba za zakonodavnom intervencijom u hrvatskom pravnom sustavu kako bi se prilagodilo sve široj upotrebi robota u medicini. U radu će se sažeti rezultati analize navedene problematike i ponuditi eventualna rješenja u sudskoj praksi i pravnoj dogmatici.

Ključne riječi: robot, odgovornost za štetu, medicina, krivnja, uzročnost.

Др Дарко Димовски,*
Ванредни професор,
Правни факултет Универзитета у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-32144

UDK: 343.85
Раd примљен: 07.05.2021.
Раd прихваћен: 07.07.2021.

ПРЕВЕНЦИЈА КРИМИНАЛИТЕТА ПУТЕМ ДИГИТАЛИЗАЦИЈЕ**

Апстракт: Уобичајене мере превенције не дају очекиване резултате. Стога аутор полази од тога да треба размислити о могућностима коришћења достигнућа савременог света у превенцији криминалитета. Једна од тих могућности јесте дигитализација. Аутор сматра да постоје четири правца у којима је могуће посматрати утицај дигитализације на превенцију криминалитета: 1. дигитализација валута, 2. дигитализација идентитета и потписа, 3. употреба паметних уређаја и 4. употреба мобилних апликација. У наставку рада аутор образлаже сваки од наведених праваца уз навођење начина превенције криминалитета.

Кључне речи: криминалитет, превенција, дигитализација.

* darko@prafak.ni.ac.rs

** Раd је реализован у оквиру пројекта бр. 451-03-9/2021-14/200120, Министарства за просвету, науку и технолошки развој Републике Србије.

** Раd је саопштен на међународној научној конференцији „Право и дигитализација“, која је одржана 23-24. априла 2021. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

1. Увод

Мере кривичноправне репресије у Републици Србији не дају адекватне резултате, јер је стопа рецидивизма код пунолетних лица 65%, док је код малолетних лица 17%. Међутим, у погледу стопе рецидивизма малолетних лица треба бити нарочито опрезан, јер због кратког трајања малолетства, а дугог трајања кривичних поступака, ствара се привид да је стопа поврата код малолетника знатно мања, без обзира на ситуацију да примарни малолетни делинквент учини кривично дело после напуњених 18 година живота. Када би се оваква лица ипак сматрала малолетницима, стопа рецидивизма малолетних лица би износила између 80 и 85% (аутор, 2015: 141). На основу наведеног можемо закључити да мере репресије не дају адекватне резултате, те је неопходно фокусирати се на мере превенције.

Иако се мере превенције могу поделити на различите категорије, попут поделе на опште, посебне и индивидуалне или примарне, секундарне и терцијарне, посебна пажња биће посвећена општим, односно примарним мерама превенције. Тако се под општом превенцијом подразумева свеукупност друштвених активности социјалног, економског, здравственог, образовног, културног, идејног и другог карактера, којима се утиче на отклањање или ублажавање општих друштвених криминогених фактора вршења кривичних дела (Лазаревић, 1988: 8). Слично одређење као и општа превенција има примарна област. Наиме, примарна област је превентивни део криминалне политике који идентификује физичке и друштвене услове чијим постојањем долази до стварања услова за вршење кривичних дела, како би се успешно борила против њиховог вршења (Lab, 2010: 27).

Један од услова који доводи до отклањања или ублажавања општих друштвених криминогених фактора вршења кривичних дела јесте дигитализација. Наиме, према Gartner-овом речнику под дигитализацијом се подразумева употреба дигиталних технологија за промену пословног модела и пружање нових могућности за стварање прихода и вредности.¹ Са разлогом се поставља питање како се путем дигитализације може утицати на превенцију криминалитета. Сматрамо да се могу одредити четири правца у којима ће постојати утицај дигитализације на превенцију криминалитета: 1. дигитализација валута, 2. дигитализација идентитета и потписа, 3. употреба паметних уређаја и 4. употреба мобилних апликација.

1 Према: <https://www.gartner.com/en/information-technology/glossary/digitalization>, преузето 21. 12. 2020.

2. Дигитализација валута као основ превенције криминалитета

Дигитализација новца има потенцијал да промени традиционалну структуру финансијског система. Иако поједини стручњаци за монетарну политику, попут професора Петера Бофингера (Peter Bofinger), сматрају да се под дигитализацијом новца могу подвести замена готовине електронским новцем, замена традиционалних банкарских депозита и новчаница криптовалутама, замена банкарских депозита депозитима централне банке за све („универзалне резерве“) и замена банкарског кредитирања равноправним позајмљивањем на основу дигиталних платформи, ми ћемо се у раду осврнути само на прво значење дигитализације новца.²

Наиме, највећи помаци у погледу дигитализације новца направљени су у погледу замене готовине електронским новцем. Како бисмо могли да анализирамо утицај дигиталног новца на смањење стопе криминалитета, неопходно је одредити његов појам. Тако се под дигиталним новцем сматра облик новца који је доступан само у електронском или дигиталном облику, а не у физичком облику. Као синоними за дигитални новац могу се употребљавати термини попут дигитална валута, електронски новац, електронска валута или сајбер готовина.³

Уколико бисмо анализирали удео дигиталног новца у државама евро зоне можемо рећи да је удео готовине у новчаној маси од 1980. године до данас опао са 23% на 14%. Ипак, са друге стране истраживање Хенка Еселинка (Henk Esselink) и Лоле Хернандез (Lola Hernández), спроведено током 2016. године, показало је да удео готовине у земљама евро зоне и даље веома велики и износи 79% од свих трансакција, што чини 54% од укупне вредности свих трансакција. Употреба кредитних картица се налази на другом месту са уделом од 19%, што представља 39% од укупне вредности свих трансакција. Анализа начина плаћања у појединим државама евро зоне открива различит удео употребе кредитних картица, односно дигиталног новца. У јужним државама евро зоне је највећа употреба готовине – око 80% свих трансакција. Исти је случај и са Немачком. Са друге стране готовина се најмање користи у државама попут Холандије, Финске и Естоније – између 45% и 54%. На основу представљених резултата можемо закључити да, иако је било очекивано да се у земљама евро зоне више користи дигитални новац за плаћање, још увек је знатно већа распрострањеност готовине у укупном плаћању. Објашњење треба тражити у чињеници да се две трећине трансакција и даље врши у износу

2 Према:<https://voxeu.org/article/digitalisation-money-and-future-monetary-policy>, преузето 24. 12. 2020.

3 Према:<https://www.investopedia.com/terms/d/digital-currency.asp>, преузето 24. 12. 2020.

до 15 евра за свакодневне потребе код којих се користи готовина. Мања употреба дигиталног новца се делимично може објаснити тиме да просечан грађанин евро зоне у појединим државама је уверења да инфраструктура за употребу дигиталног новца још није развијена у потпуности. За потребе рада је битно напоменути постојање навике код грађана евро зоне да готовину и даље држе код својих кућа као вид неког осигурања (Esselink, Hernández, 2017: 4–5), што утиче на повећање ризика да буду жртве кривичних дела имовинског карактера са применом насиља у појединим случајевима.

Уколико бисмо дигитализацију новца применили као основ за превенцију криминалитета битно је напоменути да стручњаци из области политике сузбијања криминалитета наводе да је употреба готовине заслужна за извршење бројних кривичних дела попут фалсификовања новца, пљачке, разбојништва, утаје пореза, корупције и финансирања тероризма. На основу тога навели бисмо најпростији пример у виду разбојништва или разбојничке пљачке. Наиме, ова кривична дела се не врше како би извршилац кривичног дела набавио хлеб или неку другу намирницу из продавнице, већ како би узели новац из касе. У случају веће употребе дигиталног новца, извршиоци ових кривичних дела не би имали шта да украду или би корист била мала, а ризик велики. Примењујући теорију развијену од стране Герија Бекера (Gary Becker) можемо истаћи да се људска бића не придржавају увек закона којима је држава поставила ограничења у погледу понашања прописујући шта се сматра делинквентним понашањем. Упркос постојању могућности да буду санкционисани за своје понашање, појединци врше кривична дела, јер, како је то Бекер истакао у својој књизи *Crime and Punishment: An Economic Approach* из 1968. године, појединци се делинквентно понашају уколико очекивана корист премашује корист коју би могли добити коришћењем свог времена и других ресурса у легалним активностима (van Velthoven, van Wijck, 2016: 8).

Према проценама Канцеларије Уједињених нација за дрогу и криминал (The United Nations Office on Drugs and Crime – UNODC) глобално тржиште психоактивних супстанци вреди 322 милијарде америчких долара (United Nations Office on Drugs and Crime, 2005: 143), док тржиште фалсификовања производа, како је то у свом извештају истакла Организација за економску сарадњу и развој (Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD), вреди 250 милијарди америчких долара (OECD, 2009: 1). Процена је да уколико би постојало ограничење у погледу употребе готовинског новца дошло би до умереног смањења ових облика криминалитета у износу од 10 до 20% (Mai, 2016: 9), јер је знатно лакше пратити проток дигиталног од готовинског новца. Исто размишљање се може применити и у погледу

превенције тероризма. Ипак, у овом случају треба бити опрезан, јер су се терористи прилагодили већој употреби дигиталног новца, а самим тим и већој контроли држава, тако што су терористи у могућности да прикупљају новчана средства са територија које контролишу (случај Исламске државе), али и, како је то показало истраживање на узорку од 40 напада од стране џихадиста у последњих двадесет година на нивоу Европе, да су се напади финансирали из сопствених средстава, при чему је цена коштања једног напада мања од 10.000 америчких долара, што чак и када се држи у дигиталном новцу не изазива никакву сумњу.⁴

Сједињене Америчке Државе су у последњих десетак година покренуле више иницијатива с циљем повећања употребе дигиталног новца како би се смањило криминалитет. Први корак ка том циљу направило је Министарство одбране САД када је 2008. године промовисало употребу дигиталног новца у оквиру пројекта под називом Cashless Battlefield ради повећања степена безбедности војника у Ираку и Авганистану. На тај начин Министарство одбране је знатно снизило ризик да пошиљке новца буду предмет напада од стране непријатељских група. Четири године касније Америчка агенција за међународни развој је покренула сличан пројекат Better than Cash. Један од циљева пројекта је повећање физичке сигурности особа које не уживају довољан степен заштите, те су жртве пљачки (Armeua, Lipowa, Webba, 2014: 46–47).

На основу свега наведеног можемо закључити да две иницијативе из САД показују да су поменути државни органи уверени да ће већа употреба дигиталног новца у сиромашним државама довести до повећања сигурности. Битно је напоменути да су, поред процена међународних организација, опсежна криминолошка истраживања о утицају веће употребе дигиталног новца на превенцију криминалитета скромна, али да предвиђана стручњака, попут Варвика (Warwick), указују да би што брже прелажење са готовинског новца на дигитални новац довело да смањења криминалитета од најмање 15% па чак до 40% (Vaughan, 2007: 6). Да бисмо могли да закључимо колико је могућа превенција криминалитета гледано кроз призму вредности, навешћемо податак да је годишња штета од крађа у америчком малопродајном сектору 40 милијарди долара (Law, 2020).⁵ Превенција криминалитета услед већег коришћења дигиталног

4 Norwegian Institute of international affairs, The Financing of Jihadi Terrorist Cells in Europe: A New Report, Према: <https://www.nupi.no/en/About-NUPI/Projects-centers/Consortium-for-Research-on-Terrorism-and-International-Crime/The-Financing-of-Jihadi-Terrorist-Cells-in-Europe-A-New-Report>, преузето 25. 12. 2020.

5 Law, M., (2020). Will a Cashless Society Be the End of Financial Crime?, Према: <https://www.northrow.com/blog/will-a-cashless-society-be-the-end-of-financial-crime/>, преузето

новца од само 15% би износила 6 милијарди долара, а превенција од 40% би смањила штету од крађа за 16 милијарди долара. Уједно, могуће је навести податке о утицају дигиталног новца на превенцију криминалитета на поједине савезне државе. Тако је, на пример, у Мисурију (Missouri) стопа криминалитета у периоду од 1990. до 2011. године пала за 9,8% услед знатно већег коришћења дигиталног новца.

Поједине европске државе су знатно више напредовале од других у погледу замене готовинског новца дигиталним новцем. У том погледу највише је одмакла Шведска. Интересантан је податак да је током 2015. године у Шведској само 3% размене новца извршено путем готовине. Очекује се да ће убрзо сва плаћања да се врше употребом дигиталног новца. Више од половине банака више не држи депозите у готовини. Поставља се питање какав је утицај употребе дигиталног новца на криминалитет. Наиме, број пљачки, укључујући и банке, се знатно смањио. Тако је током 2008. године извршено 110 пљачки, док је та бројка свега три године касније пала на 16. Објашњење треба тражити не у повећању степена безбедности, већ зато што се готовина слабо држи у касама и сефовима (Henley, 2016).⁶ Са друге стране последњих година је у Шведској повећана стопа прања новца. Током 2008. године надлежне институције су откриле нешто више од 100 случајева прања новца, док је та бројка током 2015. године порасла на преко 800. Поставља се питање да ли је увођење дигиталног новца, за разлику од уобичајеног криминалитета, утицало на повећање прања новца. Бројке говоре да је утицало. Објашњење треба тражити у томе да истраживањем није обухваћена вредност укупног прања новца, што је значајнији податак од броја забележених случајева. Уједно, све већим преласком на употребу дигиталног новца банке су у потпуности усмериле своју пажњу на сумњиве трансакције (Mai, 2016: 11).

У погледу анализе стања у Републици Србији у вези употребе дигиталног новца може се видети да грађани Србије са уделом од 42,3% заостају у поређењу са 60% грађана Европске уније који дигитални новац користе за куповину. Може се очекивати да се у наредном периоду повећа проценат грађана Републике Србије који користе дигитални новац за обављање свакодневних активности (Бировљев, 2016: 50). Ипак, за разлику од претходно наведених држава, у Републици Србији није спроведено ниједно истраживање о утицају дигиталног новца на превенцију појединих облика криминалитета.

26. 12. 2020.

6 Henley, J., (2016). Sweden leads the race to become cashless society. Према: <https://www.theguardian.com/business/2016/jun/04/sweden-cashless-society-cards-phone-apps-leading-europe>, преузето 26. 12. 2020.

3. Дигитализација идентитета и потписа

Други правац превенције криминалитета путем дигитализације јесу дигитални идентитет и потпис. Под дигиталним идентитетом подразумева се информација о ентитету који рачунарски системи користе за представљање спољног агента. Тај агент може бити особа, организација, апликација или уређај. ISO (International Organization for Standardization) и IEC (International Electrotechnical Commission) дефинишу идентитет као скуп атрибута повезаних са ентитетом (Brij, 2019: 255). Дуго се сматрало да је дигитални идентитет еквивалент идентитету корисника у стварном животу који мора да обухвата одговор на питања ко је корисник (име и презиме, држављанство, датум рођења), шта корисник воли (омиљена одећа, храна и књига) и шта је наша репутација (да ли је корисник искрен, са проблемима). Другим речима, дигитални идентитет се може посматрати проширеном личном картом која садржи скоро исте информације. Последња схватања указују да не мора постојати веза између стварног и дигиталног идентитета. Наиме, могуће је да на платформама за куповину и продају постоји дигитални идентитет који није у вези са стварним идентитетом, али је за друге кориснике платформе битнија дигитална репутација датог корисника него познавање података у вези држављанства (Vassa, 2009: 270).

Уједно, неопходно је одредити дигитални потпис. То је математичка шема за проверу аутентичности дигиталних порука или докумената (Mohan, 2013: 119). Другим речима, то је виртуелни отисак прста. Његова основна својства су јединственост, валидност и аутентичност. Њиме се пружају докази о пореклу, времену, статусу и идентитету дигиталног документа. Важећи дигитални потпис даје примаоцу врло јак разлог да верује да је поруку креирао познати пошиљалац (ауентификација) и да порука није измењена у транзиту (интегритет) (Paul, 2017).⁷

Како смо одредили дигитални идентитет и дигитални потпис поставља се питање њиховог утицаја на превенцију криминалитета. Већа истраживања о утицају дигиталног идентитета и дигиталног потписа на превенцију криминалитета нису спроведена, али се стручњаци из области превенције криминалитета слажу да ће како ова област дигитализације заживи доћи до смањивања финансијског криминалитета извршеног путем интернета. Према последњем истраживању из 2018. године спроведеном од стране организације Refinitiv, напад на финансијске институције је огроман.

⁷ Paul, E., (2017). What are Digital Signatures: How it works, Benefits, Objectives, Concept. Према: <https://www.emptrust.com/blog/benefits-of-using-digital-signatures>, преузето 30. 12. 2020.

Скоро половина финансијских организација је одговорила да је била жртва напада. Стога, једна од мера борбе против финансијског криминалитета јесте увођење дигиталног идентитета и дигиталног потписа, јер уз помоћ ових облика дигитализације могуће је пратити проток новца, те на тај начин одржавати трансакцију сигурном (Mirfin, 2019).⁸

С тим у вези изнећемо могуће утицаје дигиталног идентитета и дигиталног потписа на превенцију криминалитета. Наиме, искуства из земаља широм света су показала да је број хакерских напада на финансијске институције знатно мањи када када постоји централни дигитални идентитет. Са друге стране, без постојања дигиталног потписа за фалсификовање неког документа је довољно мало боље познавање рада фотошопа. У случају постојања дигиталног потписа немогуће је фалсификовати документ а да се не види. Другим речима, било какве промене у дигитално потписаном документу је немогуће извршити а да не дође до прекида у потпису. Уједно, неминовно ће доћи до смањивања степена корупције, јер када је неопходно дигитално потписати неки документ то је могуће урадити код куће без контаката са јавним службеницима (аутор, 2010: 388), што самим тим умањује могућност да јавни службеник тражи или да му буде понуђен новац како би урадио нешто незаконито (Jensen, 2019).⁹ Како бисмо илустровали значај овог облика дигитализације на превенцију криминалитета, навешћемо случај превара путем електронске поште у Јужноафричкој Републици када је стотине хиљада људи преварено (Schoeman, 2019).¹⁰

Република Србија је 2017. године донела Закон о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању којим је створена нормативна основа у погледу употребе дигиталног идентитета и потписа. Битно је напоменути да је овај правац дигитализације у Републици Србији још увек у повоју, те да не постоје истраживања о његовом утицају на превенцију криминалитета.

8 Mirfin, J., (2019). Financial crime and the digital ID revolution. Према: <https://www.refinitiv.com/perspectives/financial-crime/financial-crime-digital-id-revolution/>, преузето 30. 12. 2020.

9 Jensen, H. H., (2019). Three ways digitalization will help end crime. Према: <https://www.weforum.org/agenda/2019/10/3-ways-digitalization-will-help-end-crime/>, преузето 30.12.2020.

10 Schoeman, R., (2019). Case Study - Utilising Digital Signatures to prevent email fraud. Према: <https://www.lawtrust.co.za/news/general/2019/09/13/case-study---utilising-digital-signatures-to-prevent-email-fraud>, преузето 30. 12. 2020.

4. Употреба паметних уређаја

Један од пратећих елемената дигитализације јесте стварање тзв. паметних уређаја. Такви уређаји се могу одредити као електронски уређаји који користе интернет или интранет за повезивање и комуникацију са другим уређајима или мрежама за испуњавање задатка или решавање проблема (Ray, Faure, 2018: 16). Другим речима, паметни уређаји су електронски уређаји који су способни за самостално рачунање и повезивање са другим уређајима жичаним или бежичним путем ради размене података. На основу оваквог одређења паметних уређаја могу се одредити три основне карактеристике: свест о контексту, повезаност уређаја и аутономија (Silverio-Fernández, Renukappa, Suresh, 2018: 9).

Са разлогом се поставља питање како паметни уређаји могу утицати на превенцију криминалитета. Одговор лежи у чињеници да нико неће бити заинтересован за куповину украдених паметних уређаја јер су они повезани на интернет. Како бисмо илустровали ову тезу, навешћемо један пример. Наиме, у случају крађе мобилног телефона жртва и надлежни државни орган су увек у могућности да коришћењем опција попут find my phone лако установе где се телефон налази. Очекује се да у будућности бројне ствари које користимо у свакодневном животу постану паметне. То се односи чак и на сијалице. Већ су направљени кораци ка томе да сијалице постану паметне, те да путем интернета буду повезане са одређеном особом која би могла једним кликом на мобилном телефону да контролише када се сијалица пали и којом јачином светли. Уједно, власник има могућност ограничавања контроле сијалице од стране других лица.¹¹ На тај начин већ сада би потенцијални лопови били демотивисани да их украду, јер нико не би желео да их купи због немогућности да их контролише.

Процењује се да само паметних мобилних телефона има преко 8 милијарди (Brown, 2019),¹² док укупно паметних уређаја има 25 милијарди (Silverio-Fernández, Renukappa, Suresh, 2018: 1). Према проценама тржиште паметних самовозећих аутомобила вреди 24.1 милијарди америчких долара са могућношћу великог раста у блиској будућности. Иако је на тржиште паметних самовозећих аутомобила утицала пандемија вируса COVID 19, познаваоци прилика процењују да ће 2023. године раст тражишта бити 16.84%, при чему ће његова вредност да буде 37.22 милијарди америчких

11 Према:https://www.pcmag.com/picks/the-best-smart-light-bulbs?test_uuid=0010QhoHLBxsrrrMgWU3gQF&test_variant=b, преузето 31. 12. 2020.

12 Brown, H., (2019). Did you know that there are more gadgets in the world than people? Према:<https://www.gadget-cover.com/blog/did-you-know-that-there-are-more-gadgets-in-the-world-than-people>, преузето 31. 12. 2020.

долара.¹³ Поред тога што паметни уређаји могу утицати на превенцију имовинског и насилног криминалитета, треба напоменути да тзв. паметни самовозећи аутомобили могу значајно смањити број кривичних дела повезаних са безбедношћу у саобраћају. Наиме, један од циљева рада водећих аутомобилских компанија, попут компаније Tesla, јесте да се број саобраћајних незгода са смртним исходом сведе на нулу. Према постојећим подацима број саобраћајних незгода са смртним исходом износи 1,35 милиона случајева.¹⁴ Смањивање броја оваквих саобраћајних незгода, са крајњим циљем њиховог искорењивања, допринеће не само знатно мањим финансијским трошковима, већ и мањем броју људи осуђених за њихово изазивање.

5. Употреба мобилних апликација

Криминалитет насиља иако знатно мање заступљен од имовинског криминалитета привлачи већу пажњу опште и стручне јавности. Последице његовог извршења су знатно теже, при чему је у појединим случајевима немогуће нанети штету надокнадити. Ради превенције криминалитета насиља предлажемо прављење Anti-Violence апликације за мобилне телефоне чија се суштина огледа у томе да истовремено врши превенцију даљег вршења криминалитета насиља, али истовремено помаже јавном тужилаштву да докаже извршење овог кривичног дела. Другим речима, апликација би функционисала на начин да се дугим држањем прста преко иконе апликације на мобилном телефону аутоматски позива полиција, при чему би полиција могла преко ГПС да лоцира где се налази жртва кривичног дела. Битно је напоменути да би се локација жртве континуирано бележила уз помоћ ГПС.

Уједно, активирањем апликација аутоматски би се укључила задња и предња камера на телефону и почео би да се прави аудио и видео снимак. Уколико услед техничких карактеристика телефона није могуће укључити истовремено обе камере, у зависности од положаја телефона смењивао би се рад предње и задње камере. Истовремено би се тај снимак аплодовао на неки од тзв. клауда (cloud). Аплодовањем аудио и видео снимка на интернет меморији, која је под контролом органа унутрашњих послова, предупредиле би се све ситуације немогућности доказивања извршења

13 Research and Markets, Global Autonomous Cars Market (2020 to 2030) - COVID-19 Growth and Change, Према: <https://www.globenewswire.com/news-release/2020/05/20/2036203/0/en/Global-Autonomous-Cars-Market-2020-to-2030-COVID-19-Growth-and-Change.html>, преузето 31. 12. 2020.

14 Према: <https://www.mes-insights.com/everything-about-self-driving-cars-and-their-technology-a-975762/>, преузето 31. 12. 2020.

кривичног дела у смислу накнадног брисања снимка из меморије мобилног телефона од стране насилника или жртве услед разних разлога.

Инсталирањем апликације корисник даје дозволу за тражене пермисије за приступ локацији, микрофону, камери, као и за остале пермисије које су предуслов за рад апликације. Након давања тражених пермисија, корисник врши обавезну регистрацију налога, остављајући основне податке о себи (име, презиме, број телефона, адреса, e-mail) који се верификују. У случају да прикупљени садржај, услед недоступности интернет везе, није прослеђен надлежним органима, приступ истом са мобилног уређаја могућ је само од стране овлашћених лица, не и од стране жртве или вршиоца насиља. Исто тако, у случају прекида интернет везе за време када је Anti-Violence апликација у функцији, снимак би се аплоудовао чим интернет веза буде поново успостављена.

Посебан проблем може бити кориснички интерфејс којим својим називом и изгледом након покретања не сме да открива своју праву намену. На овај начин, смањује се ризик откривања праве функције апликације од стране вршиоца насиља и евентуалних додатних последица по жртву насиља. Стога кориснички интерфејс може изгледати тако да апликација при покретању приказује листу најновијих вести, тзв. newsfeed, при чему је претрага и преглед вести у потпуности функционалан. Други предлог у погледу изгледа корисничког интерфејса је да апликација нема класичан интерфејс.

Као проблем се може јавити бојазан да неко не злоупотреби апликацију тако да је активира зарад пријављивања кривичног дела, а да оно није извршено. У том случају би се примењивале одредбе Кривичног законика везане за члан 334 и кривично дело лажно пријављивање. На тај начин би се спречила евентуална злоупотреба апликације од стране несавесних грађана. Уједно, зарад потребне разумљивости да би злоупотреба апликације резултирала кривичним гоњењем за кривично дело лажно пријављивање, приликом инсталирања апликације би се налазило обавештење о томе. Корисник апликације би морао да прочита, те кликне одговарајуће поље како би доказао да је разумео које су последице евентуалне злоупотребе апликације. Anti-Violence апликација за пријаву насиља у породици биће доступна у продавницама апликација најпопуларнијих мобилних платформи Google Playstore (Android) и Apple App Store (iOS).

6. Закључак

На основу наведеног можемо рећи да ће тек у будућности дигитализација остварити свој пуни потенцијал у погледу превенције криминалитета. Иако ће највећи утицај имати на превенцију имовинског криминалитета, треба нагласити да се може очекивати и смањење криминалитета насиља коришћењем мобилних апликација на начин на који смо објаснили у раду. Уједно, већа распрострањеност тзв. паметних самовозећих аутомобила ће допринети знатно мањем броју саобраћајних несрећа за које кривично одговарају возачи. Са друге стране, чешћа употреба дигиталног идентитета и дигиталног потписа ће отежати вршење компјутерског криминалитета. Другим речима, дигитализација ће довести до превенције читавог низа кривичних дела. Исто тако, бенефити дигитализације ће се огледати и у знатној уштеди новчаних средстава која су неопходна за функционисање правосудног и пенитенцијарног система, али и уштеде у погледу осигурања услед мањег броја саобраћајних незгода. Такође, не може се очекивати да ће све набројане правце дигитализације свет прихватити без икаквог отпора. Довољно је навести да у државама које су највише одмакле у дигитализацији новца постоји жеља становништва да и даље користи папирни новац јер се тако осећа сигурније (LaMagna, 2016).¹⁵

Ипак, са друге стране, треба истаћи да се криминалитет и криминалци одликују могућношћу прилагођавања на промене у друштву. Стога ће криминалци прећи да врше своје криминалне активности из стварног у дигитални свет. Може се очекивати знатни раст кривичних дела извршених путем компјутера. Наиме, постојали су случајеви крађе дигиталног идентитета. Процењује се да годишње око 210.000 особа буде жртва крађе дигиталног идентитета.¹⁶ Ради даље превенције компјутерског криминалитета биће неопходна знатно већа сарадња држава међу собом, јер је много теже идентификовати извршиоца компјутерског криминалитета (аутор, 2010: 206–208).

15 LaMagna, M., (2016). Here's what would happen if America totally abandoned cash. Према: <https://www.marketwatch.com/story/how-the-us-and-china-could-benefit-from-going-cashless-2016-06-03>, преузето 31. 12. 2020.

16 Према: <https://www.ingroupe.com/en/observatory/data-and-integrity/fraud-what-exactly-is-digital-identity-theft>, преузето 31. 12. 2020.

Литература и извори

Armeya, L., Lipowa, J., Webba, N., (2014). The Impact of Electronic Financial Payments on Crime, (no. 29). Information Economics and Policy

Birovljev, A., (2016). Elektronska i mobilna plaćanja u svetu i Srbiji, Beograd: Bigrafplus

Brij, G. B., (2019). Modern Principles, Practices, and Algorithms for Cloud Security, USA: IGI Global

Brown, H., (2019). Did you know that there are more gadgets in the world than people? Prema: <https://www.gadget-cover.com/blog/did-you-know-that-there-are-more-gadgets-in-the-world-than-people>, preuzeto 31. 12. 2020.

Димовски, Д., (2010). Компјутерски криминалитет, Зборник радова Правног факултета у Нишу, (бр. 55). Ниш: Центар за публикације

Димовски, Д., (2010). Политичка корупција, Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије: тематски зборник радова, Ниш: Центар за публикације Правног факултета

Димовски, Д., (2015). Превенција криминалитета кроз бављење спортом и физичком активношћу, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш: Центар за публикације

Esselink, H., Hernández, L., (2017). The use of cash by households in the euro area, (no. 201). Frankfurt am Main: European Central Bank

Henley, J., (2016). Sweden leads the race to become cashless society. Prema: <https://www.theguardian.com/business/2016/jun/04/sweden-cashless-society-cards-phone-apps-leading-europe>, preuzeto 26. 12. 2020.

Jensen, H. H., (2019). Three ways digitalization will help end crime. Prema: <https://www.weforum.org/agenda/2019/10/3-ways-digitalization-will-help-end-crime/>, preuzeto 30. 12. 2020.

Lab, S. (2010). Crime Prevention: Approaches, Practices and Evaluations, New York: Matthew Bender & Company

LaMagna, M., (2016). Here's what would happen if America totally abandoned cash. Prema: <https://www.marketwatch.com/story/how-the-us-and-china-could-benefit-from-going-cashless-2016-06-03>, preuzeto 31. 12. 2020.

Лазаревић, Љ. (1988). Југословенска криминална политика и њена научна заснованост, Југословенска ревија за криминологију и кривично право,

Београд: Савез удружења за кривично право и криминологију Југославије и Институт за криминолошка и социолошка истраживања

Law, M., (2020). Will a Cashless Society Be the End of Financial Crime?, Prema: <https://www.northrow.com/blog/will-a-cashless-society-be-the-end-of-financial-crime/>, preuzeto 26. 12. 2020.

Mai, H., (2016). Cash, freedom and crime Use and impact of cash in a world going digital, Deutsche Bank Research

Mirfin, J., (2019). Financial crime and the digital ID revolution. Prema: <https://www.refinitiv.com/perspectives/financial-crime/financial-crime-digital-id-revolution/>, preuzeto 30. 12. 2020.

Moman, S., (2013). International Conference on Electrical, Control and Automation, Lancaster: DEStech Publications

Norwegian Institute of international affairs, The Financing of Jihadi Terrorist Cells in Europe: A New Report, Prema: <https://www.nupi.no/en/About-NUPI/Projects-centers/Consortium-for-Research-on-Terrorism-and-International-Crime/The-Financing-of-Jihadi-Terrorist-Cells-in-Europe-A-New-Report>, preuzeto 25. 12. 2020.

OECD, (2009). Magnitude of Counterfeiting and Piracy of Tangible Products. An Update

Paul, E., (2017). What are Digital Signatures: How it works, Benefits, Objectives, Concept. Prema: <https://www.empitrust.com/blog/benefits-of-using-digital-signatures>, preuzeto 30. 12. 2020.

Ray, B., Faure, C., (2018). Mini-Robots as Smart Gadgets: Promoting Active Learning of Key K-12 Social Science Skills, In: Handbook of Research on Mobile Devices and Smart Gadgets in K-12 Education (ed. Khan, A., A., Umair, S.), Pakistan

Research and Markets, Global Autonomous Cars Market (2020 to 2030) – COVID-19 Growth and Change, Prema: <https://www.globenewswire.com/news-release/2020/05/20/2036203/0/en/Global-Autonomous-Cars-Market-2020-to-2030-COVID-19-Growth-and-Change.html>, preuzeto 31. 12. 2020.

Schoeman, R., (2019). Case Study - Utilising Digital Signatures to prevent email fraud. Prema: <https://www.lawtrust.co.za/news/general/2019/09/13/case-study---utilising-digital-signatures-to-prevent-email-fraud>, preuzeto 30. 12. 2020.

Silverio-Fernández, M., (2018). Renukappa, S., Suresh, S., What is a smart device? – a conceptualisation within the paradigm of the internet of things, (no. 3). Visualization in Engineering,

United Nations Office on Drugs and Crime, World Drug Report, 2005, Volume 1: Analysis,

Vacca, J., (2009). Computer and Information Security Handbook, Amsterdam: Morgan Kaufmann,

van Velthoven, B., van Wijck, P., (2016). Becker's theory on crime and punishment, a useful guide for law enforcement policy in The Netherlands, (no. 37(1)). Den Haag: Recht der Werkelijkheid

Vaughan, P., (2007). Early lessons from the Deployment of M-PESA, Vodafone's own Mobile Transactions Service, (no. 6). The Policy Paper Series „The Transor-mational Potential of M- Transactions“

Закон о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању, Сл. гласник РС, бр. 94/2017.

Интернет извори:

Према: <https://voxeu.org/article/digitalisation-money-and-future-monetary-policy>, преузето 24. 12. 2020.

Према: <https://www.gartner.com/en/information-technology/glossary/digitalization>, преузето 21. 12. 2020.

Према: <https://www.ingroupe.com/en/observatory/data-and-integrity/fraud-what-exactly-is-digital-identity-theft>, преузето 31. 12. 2020.

Према: <https://www.investopedia.com/terms/d/digital-currency.asp>, преузето 24. 12. 2020.

Према: <https://www.mes-insights.com/everything-about-self-driving-cars-and-their-technology-a-975762/>, преузето 31. 12. 2020.

Према: https://www.pcmag.com/picks/the-best-smart-light-bulbs?test_uuid=0010QhoHLBxsrrrMgWU3gQF&test_variant=b, преузето 31. 12. 2020.

Darko Dimovski, LL.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Nis

CRIME PREVENTION THROUGH DIGITALIZATION

Summary

Common crime prevention measures have not yielded the expected results. It is important to examine the possibilities of using the latest achievements in crime prevention. One of the available options is digitalization. Starting from the definition of digitalization as the use of digital technologies to change the business model and provide new opportunities for generating income and value, the author emphasizes that digitalization can be used as a measure to prevent crime. In this regard, some solutions for preventing crime through digitalization are embodied in the use of digital currencies, digital identities and signatures, smart devices, and mobile applications. The author elaborates on each of these solutions, focusing on specific crime prevention measures and examples from different countries worldwide. It may help crime prevention experts perceive digitalization as a measure for reducing the volume of crime. If the benefits of digitalization are put into good use, we can expect that the volume of property-related crimes, violence-related crimes and traffic delinquency will drop in the forthcoming period. On the other hand, the implementation of these measures may give rise to the commission of Internet-related crimes, thus leading to the increase in computer crime.

Keywords: *crime, prevention, digitalization.*

Брано Хаџи Стевић,*

Виши асистент,

Правни факултет, Универзитет у Источном Сарајеву

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

10.5937/zrpfno-33320

UDK: 340.12

Рад примљен: 28.07.2021.

Рад прихваћен: 17.09.2021.

НОРМА КАО ИСКЉУЧУЈУЋИ РАЗЛОГ ЗА ДЕЛАЊЕ**

Апстракт: Правне норме поштујемо из различитих разлога, али Раз сматра да норма представља искључујући разлог за делање, тј. она представља разлог који не може да се одмерава са другим разлозима који треба да усмере наше делање. Стога, постоје разлози првог реда које одмеравамо ради практичке одлуке, али постоје и разлози другог реда који искључују то одмеравање. Разова теорија полази од тога да норме доносе ауторитети чији искази представљају разлоге (другог реда) за делање без обзира на то да ли су у садржинском смислу исправни, тј. морално прихватљиви. Међутим, иако је норма важећа без обзира на своју исправност, ипак Раз не одриче сваки значај легитимности и моралности, јер сматра да право претендује на легитимни морални ауторитет. Први део рада је посвећен Разовом поимању разлога за делање, док је у другом делу пажња посвећена правилима као разлозима за делање. Њихова посебност је видљива чак и интуитивно, а посебно су размотрени Разови ставови да је правило садржински-независан и искључујући разлог за делање. Трећи део рада је посвећен Разовом поимању ауторитета и коначној оцени – да ли је норма јак или искључујући разлог за делање?

Кључне речи: практичко расуђивање, разлози за делање, одмеравање разлога, искључујући разлози, ауторитет, легитимност ауторитета.

* brano.hadzi.stevic@pravni.ues.rs.ba

** Рад је саопштен на међународној научној конференцији „Право и дигитализација“, која је одржана 23-24. априла 2021. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

1. Увод

Једна од основних карактеристика права је његова нормативност, будући да право усмерава људско понашање и указује на то како људи треба да се понашају, тј. „право путем норми људима даје или пружа специфичну врсту разлога за делање и одлучивање“ (Vasić, Jovanović, Dajović, 2018: 22). Раз сматра да право можемо да разумемо само ако разумемо практички ауторитет. Другим речима, право представља посебан случај практичког ауторитета, а тај ауторитет ствара правила којима се водимо када практички деламо. Међутим, Разова је теза да правило које ствара ауторитет представља посебан разлог за делање,¹ прецизније оно је искључујући разлог за делање. Ако је неко правило донео ауторитет, онда се адресати не осврћу на то да ли је оно добро или лоше (са вредносног аспекта), да ли је морално или није, да ли је у складу са интересом адресата или није, итд. Једини разлог због којег ће адресат да поступи саобразно радњи коју налаже правило је, сматра Раз, то што је правило изрекао неки ауторитет.

Формалногички посматрано, разлог за делање представља премису, а радња коју адресат предузима представља закључак, тј. полазећи од налога ауторитета, појединац доноси одлуку о томе шта треба да чини.² Међутим, спорно је да ли је једини, тј. искључујући разлог због којег ми деламо у складу с правилом које је изрекао ауторитет управо то што је оно изречено од стране ауторитета. Другим речима, упитно је да ли адресати поштују правила само из тог разлога, будући да су и други разлози и те како важни: уверење у исправност траженог понашања, страх од санкције, лично задовољство, корист коју адресат може да има од тога, потенцијална награда у случају покоравања правилу, морална схватања адресата, навикнута послушност (у остиновском смислу) и слично. Основна хипотеза од које се полази у раду јесте да исказ ауторитета представља увек јак разлог за делање, али да мноштво других разлога може да буде опредељујућег карактера за адресата када он одлучује да ли да се покори траженом понашању. Нарочито је важно да се концепција о правилу као искључујућем разлогу за делање размотри не само у односу на грађане као адресате, него и у односу на званичнике. Посебна хипотеза од које се полази јесте да моралност неког правила не утиче на његово важење (садржинска-независност), али да морална начела имају велики значај при примени права у конкретном случају, будући да судије често приликом

1 О разлозима уопште и њиховој улози вид. Raz, 1999: 15–16, а о разлозима за делање вид. *ibid.*, 19.

2 Раз говори да су норме у ствари разлози који усмеравају наше делање. Вид. Raz, 1999: 183.

тумачења узимају у обзир и моралне вредности, а не само правне, што Дворкин убедљиво образлаже.³

Разова теорија о практичком расуђивању полази од општег излагања о практичком расуђивању, те иде ка њеној примени у праву, а то је редослед који ћемо и ми да следимо. У првом делу рада ћемо да анализирамо разлоге због којих и на основу којих деламо, а које Раз назива разложима првог и другог реда. Даља анализа ће да буде посвећена правилима као разложима за делање, њиховим особинама и Разовом поимању ауторитета. У тим разматрањима примењиваћемо првенствено концептуалноаналитички метод, како бисмо разумели појмовни апарат којим се Раз користи. На крају, настојаћемо да утврдимо да ли правне норме представљају искључујуће разлоге или јаке разлоге за делање – како за грађане, тако и за државне органе.

2. Практичко расуђивање

Кад доносимо одлуке, често ће да се пред нама појави ситуација у којој морамо да одлучимо на који од више могућих начина треба да деламо. Неки разлози ће да нас наводе на једно поступање, а други на друго поступање, што усложњава процес практичког расуђивања. Међутим, често један разлог може да превагне над другим разложима, што нам олакшава процес расуђивања, будући да након одмеравања (вагања) свих разлога који нас наводе на једну или другу радњу, један од њих побеђује остале што нам трасира пут да одлучимо шта да чинимо.⁴ Сукоб разлога нас води ка њиховом одмеравању, а затим ка практичкој одлуци о делању која се темељи на томе да јачи разлог превагне. Раз сматра да се у филозофији често занемарује чињеница да нису сви практички сукоби идентични, него да би требало да разликујемо разлоге првог реда од разлога другог реда.

3 Дворкин је своја запажања која сматрамо уверљивим изнео у својој књизи *Taking Rights Seriously* у којој настоји да укаже на то да судије при решавању такозваних сложених (тешких) случајева прибегавају тумачењу имајући на уму и моралне аспекте које правило (треба да) остварује. Наводећи неколико примера, Дворкин указује на то да судија у тешким случајевима „посеже за ванправним стандардима који се налазе ван правила које је иначе обавезан да примењује (тј. прекорачује постојеће право) и то он чини по слободној вољи“. Вид. Dworkin, 1977: 23–24, 29. Дакле, Дворкин полази од тога да судија увек креће од правног текста, тј. свака одлука судије (који је за Дворкина Херкулес) може да се изведе из извора права, али да су морални разлози и други ванправни стандарди укључени при тумачењу односног текста. С друге стране, на крају рада ћемо да анализирамо Разов став да одлука може да се донесе на основу ванправних стандарда али то више није правно расуђивање, него неко друго (рецимо, морално) расуђивање.

4 О снази разлога вид. Raz, 1999: 25–28.

Док је тачно да се сукоб разлога првог реда решава на основу одмеравања снаге (тежине) сукобљених разлога, дотле то не важи у односу на сукоб разлога првог са разлозима другог реда. Раз то исказује кроз формулу (Ф1): Увек треба да се уради, узимајући све релевантне разлоге у обзир, оно на шта указује одмеравање тих разлога. (Raz, 1999: 36). Један начин практичког расуђивања се темељи на „процени и одмеравању постојећих разлога“ (Dajović, 2009: 151) а други начин искључује такву процену и одмеравање јер постоји разлог који то налаже и управо због тога се назива искључујући разлог за делање (вид. и Gans, 1986: 375).

2.1. Разлози првог реда

Разлозима првог реда Раз назива оне чија природа допушта да се одмеравају са другим разлозима будући да они имају своју снагу. Он истиче да је реч о широкој лепези разлога – од тривијалних до узвишених: од потребе за свежим ваздухом до жеље за богатством и испуњеним животом, од бриге за фризуру до бриге због глади у свету (Raz, 1989: 1180). Док разлози другог реда подразумевају да се дела због (из неког) разлога, дотле су разлози првог реда просто разлози за делање (Dajović, 2009: 151). Међу најважније разлоге првог реда Раз убраја вредности, жеље и интересе (Raz, 1999: 34).

2.2. Разлози другог реда – искључујући разлози за делање

Разлозима другог реда Раз назива разлоге да се дела или да се уздржи од делања, односно они увек подразумевају да се (не) дела из неког разлога (Raz, 1999: 39). Сходно томе, разликују се позитивни и негативни разлози другог реда, а ови други су нам посебно важни јер су искључујућег карактера. Искључујући разлог је разлог другог реда који налаже да треба да се уздржимо од делања због неког разлога (Raz, 1999: 39). Када се сукобе разлог првог реда и разлог другог реда који је искључујући, увек ће да превагне искључујући разлог, с тим да може да искључи све или само неке разлоге првог реда („*exclusionary reasons may vary in scope*“: Raz, 1999: 37–38, 46).

Раз наводи пример Ане која треба да одлучи у који пословни подухват треба да уложи новац (Raz, 1999: 37–38). Имајући у виду њено тренутно стање, она сматра да напосто не може да донесе рационалну одлуку јер се налази у емотивном растројству и преуморна је. Сагласно горенаведеној Разовој формули Ф1, требало би да Ана одлучи у који од пословних подухвата да уложи новац, узимајући у обзир све околности, па и своје тренутно стање. Међутим, Раз наводи да је њена одлука таква да она има разлог да се уздржи од одлучивања о инвестицији и да не разматра добре и лоше

стране улагања у један или други пословни подухват. Другим речима, она полази од тога да има разлог (своје тренутно психичко стање) да се не упушта у одмеравање разлога у вези с улагањем новца (у шта да уложи новац). Или, ако официр нареди војнику да нешто уради, војник неће да одбије послушност на основу упуштања у оцену правилности наредбе (на основу одмеравања), јер је наредба ауторитета искључујући разлог за делање и није на војнику да оцењује шта је *in concreto* најбоље, које су добре а које лоше стране (не) поступања по наредби. Војник практички расуђује тако што наредбу официра схвата и као разлог првог реда (да уради оно што се тражи од њега) и негативни разлог другог реда (искључујући разлог који отклања адресатово вредновање траженог понашања). Разлози које налажу да Ана ипак инвестира у један од пословних подухвата или разлози који налажу војнику да одбије наредбу претпостављеног „остају добри и јаки разлози упркос чињеници да су надвладани“ (Gans, 1986: 375).

На основу тога, Раз формулише нови став (Ф2): Не треба да се понашамо на основу одмеравања разлога ако постоје разлози који искључују то одмеравање. Увек треба да се понашамо, узимајући све околности у обзир, онако како нам налаже разлог који не може да се побије. Стога, разлози другог реда су разлози вишег реда (Raz, 1999: 46, 189).

3. Правила као разлози за делање

Правила представљају разлоге за делање, тј. она представљају „нормативну основу нашег понашања“, па радњу коју предуземо оправдавамо тиме да је она саобразна правилу које је прописује (Dajović, 2009: 153) и за разумевање правила је кључно да разумемо како оне пружају разлог за делање (Raz, 1999: 9; Jovanović, 2019: 128). Специфичност правила је да оно истовремено представља и разлог првог реда и разлог другог реда, тј. искључујући разлог⁵ – на основу њега предузимамо радњу коју оно захтева, али једновремено искључује разлоге првог реда који налажу да се не поступи према односној радњи (Raz, 1999: 59–60). Правне норме су посебни разлози за делање, што је јасно већ интуитивно, и то из два

5 Ипак, неки аутори оспоравају овај Разов став. Вид. Perry, 1989: 930. „Раз тврди да исказ ауторитета представља истовремено разлог првог реда и искључујући разлог, али пошто то није разлог који се узима приликом објективног одмеравања разлога (*objective balance of reasons*), тај став је обмањујући. Правилније је да се говори да адресат има разлог да субјективно одреди шта треба да чини и то одступајући од објективног одмеравања разлога које други спроводи.“ О разлици између субјективног и објективног одмеравања разлога вид. *Ibid.*: 922. Пери објективно одмеравање разлога, односно објективни баланс разлога поистовећује са Разовим исправним резонем, о којем ћемо да пишемо касније.

разлога. Прво, највећи број људи поштује правне норме, тј. Разова теорија кореспондира с чињеницама, односно с искуством, а с друге стране њихову посебност показује и језичка интуиција пошто је правни вокабулар специфичан – наређује се, обавезује се, забрањује се – јер искази у праву имају особену нормативну функцију. „[П]равна правила се редовно поимају као „обавезујућа“ тј. недиспозитивна (*non-optional*) за адресате“ што значи да им се „приписује посебна нормативна снага која усмерава адресата да практички резонује и предузме радњу коју правило тражи“ (Jovanović, 2019: 130–132).

Раз је у својој теорији заступао тезу да је правило садржински независан, непровидан и искључујући разлог за делање, што збирно означава као заштићене разлоге – *protected reasons* (Raz, 1979: 17), па ћемо управо те његове тезе да размотримо у редовима пред нама.

3.1. Правило је садржински независан разлог (*content-independent reason*)

Тврдња да је правило садржински независан разлог подразумева да захтев који је садржан у правилу производи нормативно дејство без обзира на то како адресат вредносно оцењује тражену радњу. Другим речима, била она морална или не, добра или лоша, оправдана или неоправдана из угла адресата, он је дужан да се понаша саобразно правилу (вид. и Margor, 2012: 10) и ово својство правило мора да има кад га ствара ауторитет (Spraic, 2018: 145). Ван света правила, постојаће неки разлог који је садржински зависан: учићемо страни језик јер нам то омогућује да се споразумемо са странцима, учићемо да возимо скије јер нам то омогућује да зимујемо на Јахорини, вредно ћемо да учимо да бисмо добили највишу оцену, носићемо маске јер ћемо тако да сачувамо наше здравље. У свим тим случајевим садржина радње коју предузимамо је неодвојиво повезана са разлогом због које је предузимамо. Код правила то није случај. Каква год била, садржински посматрано, радња коју налаже ауторитет кроз неко правило, она представља за адресата разлог за делање. Примера ради, правило које прописује обавезу везивања појаса у аутомобилу може да за адресата буде разлог да се њему не покори јер му је лакше да вози тако (разлог првог реда), али то што он сматра да му је лакша возња са невезаним појасом (садржински добра страна) не значи да ће то и да ради јер правило које ту обавезу намеће искључиће све друге разлоге (оно је разлог другог реда). Раз непрецизно означава садржинску независност као одсуство директне везе између разлога за делање и радње која се предузима (Raz, 1986: 35), али Постема истиче да то у ствари значи да се ради о томе да је ирелевантна пожељност или морални вредности радње на коју се односи разлог (Ро-

stema, 1987: 86). Одсуство директне везе између разлога и садржине је непрецизна формулација јер не може да се одрекне свака веза – разлог да се предузме радња коју налаже правило претпоставља да правило одређене садржине постоји. Стога, прецизније је да се истакне да није на адресату да испитује добре и лоше стране неке радње, јер правило преставља разлог за делање „независно од природе и исправности саме те радње“ (Green, 1990: 225).

Да је ова теза тачна, показује нам и чињеница да нису сви разлози ауторитативни – постоје и неауторитативни разлози, а они не искључују вредносну оцену тражене радње. Неауторитативни разлог је садржински зависан, па адресат који поима тражену радњу као, примера ради, неморалну, одбиће да јој се покори. Ово би могло да се назове феноменолошким аргументом, који се надопуњује другим и важнијим аргументом о којем ћемо убрзо да пишемо – функционалним аргументом.⁶

Пошто је оправдање правила садржински независно, Раз оцењује да су услед тога правила непровидна. Правила представљају непровидне (*opaque*) разлоге с обзиром на то да радња коју налаже правило не мора да има било какву вредност. Та радња може да буде персонификација неправде, зла, неморалности, негације свих уверења адресата, али једно је константно – она су обавезујућа. Саобразно томе, правила исказују једно „треба“ а не једно „добро“ јер она имају нормативну, а не (нежно) вредносну снагу. Она омогућују адресату да не преиспитује садржински зависне разлоге који су повод за доношење односног правила и треба да му олакшају практично расуђивање. Нормативна снага правила „не оправдава се њиховом вредношћу“, па тако нпр. правило које налаже да је највиша оцена на факултету десет није *eo ipso* боље или вредније од правила које би налагало, примера ради да је највиша оцена двадесет; или правило које налаже да се саобраћајни знакови налазе с десне, а не с леве стране нема већу вредност само због тога. Стога, исти разлог (правило која налаже нешто) може да оправдава било коју садржину радње која се тражи – исти разлог с подједнаком снагом може да оправда правило супротне садржине (Дажовић, 2009: 161). Правило због своје непровидности садржи нормативни јаз и оно је непровидно јер је садржински независно. Нормативни јаз представља јаз између нормативног и вредносног,⁷ јер

6 „Међутим, овај аргумент није конклузиван доказ да СНР (садржински-независни разлози, примедба аутора) заиста постоје. Јер то је *само један од начина* да се објасни постојање ауторитативних разлога.“ – Дажовић, 2009: 158.

7 Пишући о непровидности правила, Раз помиње нормативни јаз као њихово својство, а ту је и место укрштања правила и обећања. Као што правило важи и обавезује без обзира на своју ваљаност, тако и обећање које дамо представља разлог да извршимо

оно обавезује макар било „лоше правило које никад није требало ни да буде створено и које захтева што скорију промену“ (Raz, 2001: 6). Једно је питање да ли је правило добро, а друго да ли је оно важеће, односно обавезујуће. Код неауторитативних (Раз их зове обичним разлозима) ситуација је друкчија: ако је књига проницљива и интересантна то је разлог да је прочитамо, те овде нема јаза између нормативног и вредносног – књигу треба да прочитамо управо због њених вредности.

Непрозирност правила нам не показује да ли је нека радња коју налаже правило добра, исправна, пожељна и слично, али шта онда оправдава то правило? Одговор лежи у томе да је добро, исправно и пожељно да постоји неки ауторитет који ће да доноси обавезујућа правила – адресати ће да делују рационалније уколико следе ставове ауторитета, него што би деловали да сами расуђују о томе шта треба да ураде. Раз тврди да оправдање правила лежу у томе што она штеде време и умањују могућност погрешног расуђивања (Raz, 1999: 59). Сем тога, то трасира пут координацији адресата у понашању „до које вероватно не би ни дошло, ако би сваки од њих (адресата, примедба аутора) делао само на основу сопственог расуђивања“ (Dajović, 2009: 163 и Raz, 2001: 15). Међутим, поједини аутори сматрају да искази ауторитета нису нужни за решавање проблема ауторитета, будући да је координацију могуће остварити тако што се „истакне одређено решење у први план“ кроз „препоруку, савет, убеђивање или претњу адресатима да је следе“ (наведено према: Ehrenberg, 2011b: 781). Раз пак сматра да управо исказ ауторитета, тј. решење које норма прописује јесте најбољи начин понашања, чиме ауторитет чини услугу адресатима. Ако постојање ауторитета треба да нам омогући да деламо саобразно исправном резону (о коме ћемо касније да пишемо), онда исказ ауторитета као разлог не може да зависи од садржине тог исказа, тј. радње коју налаже ауторитет. Радња коју правило налаже треба да се испоштује без обзира на њену садржину, будући да је релевантно само једно: да је радњу наложио неки ауторитет. То је оно што би могло да се означи као функционални аргумент и који је допуна поменутом феноменолошком аргументу. Наводећи пример о одлуци управе шах клуба према којој ниједан члан клуба не може да доведе више од три госта, Раз истиче да постојање тог правила (одлуке управе) јесте разлог да се не преиспитују његове добре и лоше стране, те дато правило (као и правила уопште) треба да поједноставе практичко расуђивање.

обећано иако оно у садржинском смислу нема никакву вредност. О поменутој вези обећања и правила вид. Raz, 1999: 136.

3.2. Правило је искључујући разлог (*exclusionary reason*)

Раз тврди да норма која се не поима као искључујући разлог не може да оствари свој циљ (Raz, 1999: 62), а искључујући разлог је јер „не оставља (се) на вољу оне коме су правила упућена да дате вредности остварује одмеравајући све разлоге за и против неке одлуке, већ се претпоставља да ће те вредности најбоље бити реализоване применом самог правила и то без обзира на све контраразлоге“ (Dajović, 2009: 178). Искључујући разлози постоје јер су „користан инструмент да се остваре циљеви које треба да остваримо“ (Ehrenber, 2011b: 780). Правило је искључујући разлог јер оно треба да преклудира све разлоге због којих адресат не би деловао саобразно норми. Примера ради, ако је лицу М наређено да плати порез у износу од 300 евра, а оно је планирало да купи лаптоп за тај новац, правило које му изрекне неки ауторитет (управни орган) је искључујући разлог који ће да замени онај разлог (куповина лаптопа) који говори у прилог неизвршења обавезе плаћања пореза. Раз не иде ка томе да објасни, него пре свега ка томе да оправда ситуацију у којој адресат делује тако што норму посматра као искључујући разлог за делање.

Неки аутори сматрају да искључујући разлози не постоје, те да правна норма може само да утиче на разлоге првог реда и да се с њима одмерава. Норму не можемо тек тако да окарактеришемо као искључујући разлог без узимања у обзир њених ефеката: ако знамо да због нашег понашања неће да буде, примера ради, примењена санкција, наши разлози за и против радње коју право налаже остају исти, тј. норма не утиче да њих (Alexander, 1990: 8). Могуће је да сматрамо корисним постојање институције чије ћемо исказе да поимамо као разлоге за делање који преклудирају остале разлоге, али то не значи да су ти искази искључујући разлози, како их Раз поима, истиче Александер. С друге стране, Дарвел (Darwall, 2010: 269–270) истиче да адресати боље одмеравају разлоге за делање ако исказ ауторитета поимају као искључујући разлог, иако норма није уистину искључујући разлог. Ганс сматра да искључујући разлози нису напосто разлози против неког делања него разлози против неког делања због нечега (Gans, 1986: 375), а то нешто би могао да буде управо исправан резон. Он тврди да искључујући разлози нису ни довољан ни нужан начин да се постигне циљ који норма прокламује. Недовољни су (Gans, 1986: 381–382), сматра Ганс, јер поимање исказа ауторитета као искључујућих а не као апсолутних разлога за делање оставља могућност да тај исказ не буде испоштован. У том случају се искључују само контраразлози, а да бисмо знали који су контраразлози, нужно морамо да се упустимо у одмеравање.

Ипак, чини нам се да је Раз у праву кад каже да норма сама по себи може да буде разлог за делање (Raz, 2001: 5), без узимања у обзир ефеката који се јављају услед њеног непоштовања. Добар пример је заустављање на семафору на црвеном светлу. Чак и да знамо да у близини нема возила и да нема камера које би могле да сниме наш прекршај, многи ће да се зауставе на семафору јер правило забрањује пролазак кроз црвено. Постоји разлог да то урадимо – постоји правило, и тада оно уистину јесте искључујући разлог за наше делање (Raz, 2001: 12–13). Међутим, некад оно може да буде јак разлог за делање, али не и искључујући разлог, о чему ћемо у завршном делу да расправљамо.

4. Разово поимање ауторитета

4.1. Појам, врсте и услови за постојање ауторитета

У свакодневном животу често се позивамо на ауторитете, те њиховим ставовима признајемо догматски карактер, тј. не доводимо у питање оно што ауторитет каже и поступамо саобразно његовим наложима. У Разовој теорији о норми као искључујућем разлогу за делање питање ауторитета заузима важно место, будући да практичко резонување подразумева утицај ауторитета на наше делање – он нас усмерава и говори шта треба да радимо. Интуитивно, практичким ауторитетима приписујемо право да наређују, из чега произлази корелативна обавеза адресата да имају дужност да му се покоре (Raz, 1986: 23). Али поставља се питање ко је у ствари ауторитет, тј. потребно је појмовно одређење. Ауторитет је „капацитет да се сопственим деловањем (исказима) мења нормативна ситуација других“ тј. ауторитет својим исказом утиче на адресата „без потребе да се за то наводе неки други, додатни разлози“ (Ђајовић, 2009: 165). Исказ ауторитета је *eo ipso* (сам по себи) специфичан разлог за делање или уздржавање од делања, будући да адресат неће да оцењује добре и лоше стране захтеване радње. Саобразно поимању правила као искључујућег разлог за делање, у разовском смислу, ауторитет има онај чији исказ представља разлог да се тражена радња уистину догоди, и то разлог који ће све контраразлоге да искључи (Raz, 1999: 63 и Нима, 2012: 15). Суштину односа између ауторитета и адресата чини својеволно покоривање адресата, али ауторитет не губи то својство чак и када је подржан физичком силом која „доприноси већој ефикасности права у однос на друге нормативне поретке“ (Јовановић, 2009: 138). Штавише, Раз истиче да ауторитет у праву мора да буде подржан фактичким ауторитетом, тј. *de facto* ауторитет је допунски услов за легитимност (Raz, 1986: 56; 2009, 158; Ehrenberg, 2011a: 890), али принуда „иако неопходан, није једини

гарант спровођења права“ а „није ни довољан гарант“ (Vasić et al. 2018: 25). Харт истиче да „заповедати...значи вршити власт (*authority*) над људима, а не поседовати моћ (*power*) да им се науди, па иако заповест може да буде комбинована с претњом злом, она се примарно позива на поштовање ауторитета а не на страх“ (Hart, 2013: 79). Док ауторитет подржан силом остаје ауторитет, дотле способност утицаја на друге (адресате) која се темељи на примени пуке силе не може да се назове ауторитетом него је то моћ (вид. Lukić, 2018: 43).

У начелу, могли бисмо да разликујемо две врсте ауторитета: теоријски (Shapiro, 2012: 10–12) и практички (Ehrenberg, 2011a: 884), с тим да и један и други ауторитет имају исто утемељење.⁸

Теоретичари истичу да су три услова неопходна за постојање теоријског ауторитета: његови искази се односе на чињенице; искази тог ауторитета нису необориви и они нису разлог за делање него разлог за уверење (Raz, 2009: 154; Дајовић, 2009: 168). Раз наглашава да теоријски ауторитет не може да намеће дужности, док практички ауторитет мора да то чини – да упражњава тај ауторитет и фактички. Дакле, теоријски ауторитет постоји и онда кад ником није никад дао неку директиву, будући да је његов ауторитет заснован на знању, а не на фактицитету над људима (Raz, 2009: 158). Примера ради, угледни професор кривичног права је теоријски ауторитет за судије кривичних судова. Искази теоријског ауторитета (односно епистемолошког ауторитета: Spaić, 2018: 144) су разлог да, примера ради, судија кривичног суда не доводи у питање став који је заузео професор кривичног права јер формира уверење у исправност датог исказа. Ипак, могуће је да неко други изнесе убедљивију аргументацију у прилог става који је противан ставу професора кривичног права.

С друге стране, практички ауторитет подразумева да искази неког лица представљају искључујуће разлоге за делање адресата.⁹ Стога, практички ауторитет нам даје разлог да деламо саобразно његовој директиви (што је знатно више од обичног савета: Ehrenberg, 2011a: 885), а теоријски ауторитет нам даје добар разлог да верујемо у оно што је изречено (вид. и Spaić, 2018: 146). Иако не утиче директно на наше делање, јасно је да и

⁸ Како Раз каже: *they share the same basic structure* – Raz, 1986: 53.

⁹ „Исказ практичког ауторитета не даје јаке разлоге да верујемо да је предузимање тражене радње добро, него тај исказ представља нови разлог да предузмемо тражену радњу.“ – Hurd, 1990: 1007. Исти аутор, описујући Разову теорију, наводи да је класичан пример за практички ауторитет исказ мајке који за децу представља нови а вероватно и једини разлог да предузму радњу коју она тражи. С друге стране, ако нам метеоролог саопшти да понесемо кишобране, то је јак разлог који би требало да нас увери у могућност да ће да пада киша.

исказ теоријског ауторитета може да има велики утицај на наше понашање (примера ради, исказ лекара о томе да је неки лек погодан за болест од које пацијент болује).

4.2. Када је ауторитет легитиман?

Свако право подразумева тежњу да поседује легитимни ауторитет, прецизније ту претензију у име права исказују званичници и она је део концептуалне истине о праву (Green, 2008: 1048–1049) иако неки сматрају да право исказује ту претензију, али је не поседује нужно (Sharifo, 2012: 13). Било да је нека власт легитимна или нелегитимна, она никад неће себе представљати као нелегитимну. И дискриминаторан закон власт ће настојати да представи као легитиман,¹⁰ с циљем да адресатима створи свест о томе да је морално оправдано оно што се тим законом тражи и да адресати „имају и моралну обавезу да се покоравају правилима управо и само стога што су правна“ (Dajović, 2009: 175). Раз сматра да је разумевање нормативности права могуће само ако се разуме концепт ауторитета, односно „претензија права на ауторитет се манифестује кроз чињеницу да се институције стварају као ауторитети који себи дају за право да намећу обавезе другим субјектима, тврде да им адресати дугују покорност и истичу да адресати треба да се покоре праву“ (Raz, 1985: 300). Кључно је питање: на чему се темељи право неког лица да усмерава наше понашање, а то је у ствари питање легитимности ауторитета (Raz, 1979: 28–29). Легитимни ауторитет има право да усмерава људско понашање (*authority is right to rule*) кроз исказе који су искључујући разлози за делање, док адресати имају дужност да се понашају саобразно правилу (Raz, 2009: 134; Ehrenberg, 2011a: 884–885). Иако неки теоретичари заузимају радикалан став да нико нема право да усмерава понашање других, док други заузимају редукционистички став да су искази ауторитета само савети (наведено према: Ehrenberg, 2011a: 885), тешко је да замислимо суживот без правила која стварају ауторитети.

Раз претензију права на ауторитет поима на посебан начин, истичући да право преко правила омогућује грађанима да своје понашање усагласе са исправним резонем (*right reason*),¹¹ тј. чини се једна услуга грађанима

10 Та претензија сваког законодавца може да се уочи чак и по називу прописа. Рецимо, ниједан законодавац неће да донесе „Закон о кажњавању противника владајуће партије“ него ће да га назове „Закон о политичким партијама“ или „Закон о заштити највиших државних органа“. Такође, законодавац неће да донесе „Закон против слободе говора“ него би назив акта који суштински јесте брана слободи говора могао да буде, примера ради „Закон о јавном информисању“. Вид. о томе Dajović, 2009: 174.

11 О исправном резону вид. и Marmor, 2012: 4.

– ауторитет је легитиман ако нам служи, тј. чини нам услугу (*service conception*). Директиве ауторитета треба да буду засноване на разлозима који се и иначе односе на адресате, а то је теза о зависности – *dependence thesis* (Raz, 1986: 5. и 42–53), односно директиве ауторитета треба да одражавају баланс постојећих разлога у односу на оно што адресат треба да чини (*Ibid.*, 47). Дакле, исправан резон подразумева баланс свих разлога за делање који се већ примењују на адресата, с тим да ће све те разлоге да одмери ауторитет и адресату учини услугу.¹² Али иако ауторитет чини услугу адресатима, то „не значи да поступа у интересу адресата“ (Ehrenberg, 2011a: 886), што је разумљиво, јер ауторитет својим исказом надилази приватне интересе и примат даје јавном интересу кроз исказ који је мерило за вредновање свачијег понашања (Raz, 1979: 51). Када грађани као адресати следе директиве ауторитета, боље усаглашавају своје понашање са исправним резонем него што би урадили да сами одмеравају на који начин треба да се понашају (Raz, 1986: 53), односно теза о ауторитету као сервису „описује кад је неки ауторитет довољно добар ауторитет“ (Raz, 2009: 154). Ову тезу Раз назива *normal justification thesis* – тезом о нормалном оправдању (вид. и Јовановић, 2019: 133), која је „нужан, али не и довољан услов за постојање легитимног ауторитета“. Други услов (Raz, 1986: 57. и Дајовић, 2009: 183) је одсуство побијајућих супротних разлога (одсуство разлога који говоре у прилог томе да је ауторитет непотребан у пољу у којем је боље да појединац аутономно одлучује, нпр. избор пријатеља, супруге, радног места), што Раз означава као *independence condition*: боље је да неко други одмери разлоге и учини услугу адресату (Raz, 2009: 137). Примера ради, ауторитет нам чини услугу ако пропише обавезну вакцинацију деце. То би значило да је ауторитет одмерио све разлоге који се већ примењују на адресата (пре свих је то здравље детета), водећи се знањем стручњака у тој области, емпиријским подацима и слично, а да притом нема побијајућих супротних разлога који би указивали на то да вакцинација деце није поље у којем је потребан ауторитет.

Разова идеја о ауторитету као сервису настаје као реакција на такозвани парадокс ауторитета (Shapiro, 2012: 3–4) према којем се узима да је ауторитет неспојив са рационалношћу: ако се одрекнемо сопственог расуђивања у корист туђег расуђивања, како да говоримо о рационалности? Раз парадокс ауторитета побија својој теоријом о ауторитету као сервису јер је ауторитет ту управо да умањи могућност нашег нерационалног

12 „Треба, међутим, да се напомене да „исправан резон“ подразумева моралне разлоге али и друге (нарочито рационалне – *prudential*) разлоге који се примењују на субјекта у одређеним околностима и који га наводе да нешто треба да учини...“ – Дајовић, 2009: 181, фн. 409.

деловања (Perry, 1989: 918; Raz, 2009: 139) не негирајући људску способност да рационално одлучује (2009, 140).

Сем што исказ ауторитета умањује могућност нашег ирационалног деловања, ако адресат пристаје да неки ауторитет њему указује на то шта је исправан резон,¹³ онда је тим пре реч о легитимном ауторитету јер „веровање у легитимност политичког ауторитета је најјачи разлог у прилог тези да се правна правила третирају као обавезујућа“ (Jovanović, 2009: 142). Раз наводи да легитимност неког ауторитета може да буде утемељена и на уважавању права од стране адресата, тј. адресат се поистовећује са заједницом (Raz, 1989: 1196) чији је члан. Они који имају такав став, поимају покораване праву као нешто што је одраз њиховог морала (Raz, 1986: 98) исказујући поверење у доносиоце правила без сталног преиспитивања исправност важећег права. Међутим, уважавање права може да буде јак разлог за легитимност ауторитета само ако је испуњена горенаведена теза о нормалном оправдању (Raz, 1989: 1196). На основу тога, нелегитимна би била директива ауторитета (који је одмерио све разлоге) која не омогућује исправније деловање у поређењу са одмеравањем које би извршио сам адресат. Међутим, оно што је за адресата А легитимно, за адресата Б може да буде нелегитимно, што увиђа и Раз, истичући да је легитимност ауторитета *piece-meal* (Raz, 1986: 74 и 80).

Комбинација *dependence thesis* и *normal justification thesis* доводи (*short step*) до такозване *pre-emptive thesis* (Raz, 1986: 57), која треба да објасни како адресат треба да третира легитимне исказе ауторитета. Одговор лежи у томе да адресати треба да их поимају као „смернице за делање, односно разлоге за делање“ (Ehrenberg, 2011a: 887), који се не додају осталим разлозима него остале разлоге искључују (Raz, 1986: 46).

4.3. Морална претензија ауторитета

Ако је оправдано (због знања, искуства, потреба друштвене кооперације, вид. Raz, 1999: 63) исказе тог ауторитета поимати као разлоге за делање, онда се ради о легитимном ауторитету, а сваки ауторитет би требало да тежи да делује тако да адресати поимају покораване норми ауторитета као моралну обавезу, сматра Раз. Проблематичан део Разове теорије се односи на то да званичници система, а пре свих судије, морају да имају

13 Раз истиче да адресат може да исказе на разне начине пристанак у поменутом смислу, те да је то у великој мери питање конвенције која може да укључи и неке формализоване поступке и ритуале. На тај начин адресат, између осталог, показује своју лојалност заједници и идентификује се с њом, показује да верује у суд ауторитета, да је исказ ауторитета праведан и да сви треба да га следе, итд. О томе вид. Raz, 1986: 91–92.

посебан, морално утемељен однос према праву. Јасно је зашто су судије у првом плану – то су лица која су ауторитети, не само у праву него и у свакодневном животу, односно судови као институције уживају тај епитет. Судије делају у име права, те ауторитативно и легитимно исказују шта је право у конкретном случају, штитећи нечија овлашћења и намећући другим обавезе. Иако је првобитно истицао да „то што званичници следе и примењују правила признања не значи да их сматрају морално оправданим“ (Raz, 1999: 147) и да они могу да имају опречан став према моралности права али га прихватају из себичних разлога или без икаквих разлога (Raz, 1979: 155), Раз је касније променио мишљење. Он истиче да право исказује своју претензију на ауторитет преко званичника система, а ови морају да верују (или да се бар претварају да верују) у моралну оправданост права и у то да су њихови искази једновремено и искази о правним и искази о моралним обавезама (Raz, 1984: 130–131). Говорећи о односу морала и права, Раз истиче да је једна од теза да постоји морална обавеза да се право поштује без обзира на његову садржину. Судије морају да верују да су правна правила заснована на моралним разлозима и новостворена правна дужност је истовремено и новостворена морална дужност (Raz, 2009: 169–170), мада сам закон не мора да буде морално исправан. Да то није тако, пита се Раз, да ли би било смислено да судија тврди да је његова одлука обавезујућа за грађане?

Раз се по тези о уверењу судија у моралну обавезност правила у ствари може поистоветити са Хартовом тезом према којој судује посматрају правило као стандард понашања, што значи да судије посматрају правило са интерног стајалишта (Hart, 2013: 115–117). Раз тврди да је Харт у праву кад каже да судије и други званичници прихватају право и поступају у складу с њим. Иако овде прихвата Хартов став, чини нам се да је Харт у праву кад одриче нужно изједначавање правних дужности са моралним дужностима (Hart, 1982: 137) јер право може да постоји и онда кад у стварности званичници немају према правилима онакав однос какав Раз описује (Hart, 1982: 159–162). Исказ неког званичника система, рецимо судије, о томе шта је правна обавеза адресата је пре свега дужност у техничком смислу јер судије говоре као портпароли који су привржени систему. Сем тога, Харт сматра да званичник кроз свој исказ истиче да је прикладно (*proper*) да односно понашање буде од адресата тражено а на концу и изнуђено. Стога, ако не може да се одрекне да судија према праву има посебан однос – поступање саобразно праву посматра као дужност, то не значи *eo ipso* да га такво поступање посматра као моралну дужност, иако би га, примера ради, заклетва коју даје обавезивала на то. Дакле, иако право исказује претензију на легитимни ауторитет, то

није самим тим претензија на морални легитимни ауторитет. Наиме, без обзира на то какав став судија има према праву (равнодушност и чисто себични интереси – плата, уверење у оправданост постојања права или уверење у моралну исправност права), он је дужан да га примењује, и то је најбитнији однос судије према праву – његова дужност да га примењује а не веровање у моралну исправност права које примењује. Јер, постојање права је једно а његова моралност је друго. Док год је неки закон важећи, био тај закон потпуно неморалан са аспекта судијиних уверења, био судија равнодушан према праву и законима у вредносном смислу, он је дужан да га примењује. Речју, судија је дужан да примени закон за који је уверен да је неморалан једнако као што је дужан да примени закон за који сматра да је персонификација моралности, једнако као што је дужан да примени закон вођен једино уверењем да му обављање послова доноси корист – плату. Дакле, моралну дужност судије треба да одвојимо од његове опште дужности да примењује право, односно чак и кад има негативан став о моралности неког правила, „он може и даље да врши своју службу на исти начин као и други судија који о том моралном питању има афирмативан став“ (Dajović, 2009: 200). Стога, претензија права на легитимни ауторитет „није нужно онаква каквом је Раз приказује – тј. као претензија на морални ауторитет“ (*Ibid.*).

5. Закључна разматрања о Разовим идејама

5.1. Морал у светлу важења и примене права: греши ли Раз?

Питање односа права и морала је засигурно једно од најважнијих и најчешће расправљаних питања у теорији права и филозофији. У начелу, нас због Разових ставова занимају два питања: утицај морала на важење права и значај морала при примени права с аспекта судија. Чини нам се да Разовој тези о изворима¹⁴ и теорији о норми као искључујућем разлогу за делање могу да се упуте неки приговори јер не смемо да занемаримо стварност и питање: шта судови уистину раде кад решавају конкретне случајеве? Раз у таквим случајевима не може да нас убеди да је његова теорија нужно саобразна стварности.

Поводом првог питања, у теорији постоје два правца међу позитивистима: инклузивни и ексклузивни позитивизам (Alexy, 2008: 285–290). Раз припада

14 Теза о изворима је класична позитивистичка теза која полази од тога да се целокупно право друштвена, тј. људска творевина и да се питање важења права везује само за фактичке изворе права, тј. постојање и садржај права се увек доводе у везу с друштвеним чињеницама а никако у везу с његовом вредносном димензијом.

групи ексклузивних позитивиста (Raz, 1979: 39, 47) будући да заступа тезу да правна норма никад не важи због своје моралне ваљаности, него је њено важење фактичког порекла – она потиче од друштвених чинилаца и она је друштвена чињеница (*source thesis*), а „теза о изворима је концептуално нужна последица Разовог концепта ауторитета“ (Дажовић, 2009: 209). Према томе, и норма која је еклатантно неморална је важећа, ако је (примера ради) донесе законодавац саобразно важећим правилима. Будући да је правну норму донео неки ауторитет (законодавац), адресати неће да се упуштају у њено преиспитивање, оцену ваљаности, одмеравање са другим разлозима за делање (норма је садржински-независан разлог), него ће напросто да своје понашање усагласе с њом (вид. и Магмор, 2012: 1–4). Други правац у оквиру позитивизма је инклузивни позитивизам, чији заговорници истичу да моралност неке норме може да буде значајна за њено важење, ако званичници система то практикују (конвенција) – моралност норме може да буде нужна уз услов да норма потиче од друштвеног чиниоца (слабија верзија) или може да буде довољна за важење неке норме као правне (јача верзија). Ако се усвоји теза о изворима, произлази да је судија дужан да примењује само важеће право и ништа сем њега. Али анализа стварног деловања судија доводи у питање ту нужну последицу тезе о изворима коју Раз заговара, јер је чињеница да судије примењују моралне принципе приликом одлучивања, прецизније, приликом тумачења норме. Раз признаје да теза о изворима, чији је заговорник, у многим случајевима не важи ако се осврнемо на стварно поступање судова. Разова аргументација за такве случајеве је слаба – он истиче да судија који прибегава моралним стандардима, у ствари и не расуђује правно него расуђује на основу ванправних стандарда.

Значај морала приликом примене права тешко да може да се оспори, а посебно убедљив у аргументовању таквог става је Роналд Дворкин. Његови закључци произлазе из разликовања правила и принципа, будући да се правила примењују по принципу „све или ништа“, док морални разлози имају велики значај при примени принципа који се одмеравају са другим принципима (Dworkin, 1977: 24–27). Примера ради, правило које налаже да је завештање пуноважно ако је изјављено пред три пунолетна сведока, онда је ту ситуација јасна – ако оно није изјављено пред три него пред два сведока, завештање није пуноважно. Међутим, ако не постоји правило које забрањује да убица завештаоца постане његов наследник, то не значи да убици декујуса треба дати наслеђе. Штавише, суд у случају *Riggs v. Palmer*¹⁵

15 *Riggs v. Palmer* – 115. N. Y. 506, 22 N. E. 188 (1889). Пресуда је доступна на: http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm, последњи приступ 27. април 2021. Законима држање Њујорк је било изричито прописано кад завештајни наследник губи

наводи да нико не може да има корист од свог неправна, што значи да је суд у правно расуђивање увео и моралне вредности и спречио да убица постане наследник. Суд је дао предност наведеном принципу у односу на принцип да су судије дужне да поштују важеће право (које није забрањивало убици оставиоца да постане наследник). С друге стране, принцип да нико не може да има корист од сопственог неправна не важи, примера ради, у случају одржаја.

Након сумарног приказа Дворкинове теорије о правилима и принципима, поставља се питање како то утиче на Разову теорију о норми као искључујућем разлогу за делање. Сам Раз истиче да је потребно проучити и „уверења и понашања судија“ (Raz, 1984: 131). Јасно је да адресати норми нису само грађани, него су то и државни органи, те да сви адресати треба да поимају норму као искључујући разлог за делање. Ако узмемо Дворкинов пример, чини се да судија не поима норму као искључујући разлог за делање, будући да од ње полази али иде знатно даље од ње примењујући моралне вредности при тумачењу и фактички ствара нову или исправља постојећу норму, као у горњем случају. Наравно, судијама главни извор остаје важеће право, али је јасно да понекад судови прибегавају и ванправним стандардима, водећи се идејом о томе какво право треба да буде. Судија не би требало, строго посматрано, да важеће право одмерава са било којим неправним разлозима, него само да примени оно што је ауторитет изрекао. Иако Раз тврди да судија правну дужност треба да поима и као моралну дужност, морална дужност судије може понекад да надвлада правну дужност, што судија чини у процесу тумачења правне норме.

5.2. Правна норма – јак или искључујући разлог за делање?

На основу горенаведеног, поставља се кључно питање – да ли је норма уистину искључујући разлог за делање? Сматрамо да норма увек јесте јак и примаран разлог за делање, често је и искључујући, али није увек и нужно искључујући разлог за делање.¹⁶

право на наслеђе и изричито је наведено да други начини искључења из наслеђа нису допуштени. Судија Греј (који је издвојио мишљење) се управо позивао на ту одредбу истичући да су судије везане ригидним законима и пошто чињенице конкретного случаја не одговарају ниједном од законских разлога за опозив тестаментa, последња воља завештаоца је непроменљива. Греј признаје да би правично било да убица декујуса остане без наслеђа, али да принцип да нико од сопственог неправна не треба да стекне корист јесте само путоказ законодавцу у којем смеру треба да измени закон.

16 „Разлог другог реда је разлог да се разлогу првог реда припише већа или мања снага у односу на оно што би се иначе урадило, тако да је искључујући разлог само посебан

Несумњиво је да постоје случајеви у којима је Разова теорија о норми као искључујућем разлогу за делање тачна и да у великом броју случајева и те како важи његов закључак да нам ауторитет уистину чини услугу преко прописивања правила.¹⁷ Примера ради, ако норма прописује да је за пуноважност завештања неопходно присуство три сведока, искључујући разлог за делање судије које се оличава у оглашавању тестаментна неважећим је норма. Раз наводи пример правила која се тичу безбедности у саобраћају (ограничења брзине, семафора, знакова) и наводи да бисмо и без тих правила настојали да се понашамо пажљиво колико год је то могуће (Raz, 2009: 141). Чињеница је да у таквом случају за учеснике у саобраћају норме јесу искључујући разлози за делање и са исказима ауторитета боље деламо него што бисмо делали без њих (*Ibid.*, 142). Пример који смо горе помињали је најбољи доказ да је то уистину тако. Иако смо свесни да на раскрсници не постоје камере и иако знамо да нигде у близини нема возила, зауставићемо се ако је на семафору укључено црвено светло. Напросто, наше знање о томе да је то правилом прописано је искључујући разлог за делање. Међутим, важи ли то безизузетно? Често није рационално да разматрамо све разлоге, и то због недостатка информација, когнитивних предрасуда, одсуства стручног знања, недостатка времена и слично. Али ако возимо повређену особу којој хитно треба лекарска помоћ, норма која забрањује да прођемо кроз црвено светло на семафору је јак разлог, али у горенаведеним условима неће да буде искључујући разлог – у овом случају искључујући разлог за делање је спасавање живота повређеног. Возач ће да се упусти у одмеравање разлога и норма као разлог за делање ће да буде надјачана,¹⁸ иако ће исти возач да у редовним околностима дела управо у складу са нормом и поима је као искључујући разлог.

случај приписивања нулте снаге једном или неколицини разлога првог реда. – Perry, 1987: 222–223. Дакле, Пери сматра да су искази ауторитета у ствари само веома јаки разлози првог реда, а не искључујући разлози јер „разлози првог реда имају друкчију снагу него што се то чини на први поглед“. Вид. *Ibid.*: 221.

17 О разлозима због којих је добро да постоји ауторитет вид. Raz, 2009: 158; 1986: 75.

18 Неки аутори негирају постојање практичног ауторитета и истичу да ауторитет може да буде само теоријски и да као такав посредно утиче на наше делање. Другим речима, да би одлука била рационална, адресат мора да се упусти у разматрање, тј. одмеравање онога што налаже ауторитет, чиме се у ствари негира да је могуће побијање парадокса ауторитета. Дакле, „законодавац нам пружа разлог да верујемо да треба да деламо саобразно норми и постигнемо оно што норма захтева“. Вид. Hurd, 1990: 1009–1010. Овај радикалан став тешко да је увек прихватљив будући да често није рационално да разматрамо све разлоге јер је некад заиста оправдано да постоји ауторитет који ће да нам учини услугу. Примера ради, како бисмо повећали безбедност у саобраћају кад бисмо возачима препустили да се на раскрсницама понашају на основу сопственог одмеравања разлога? Много више се доприноси безбедности кад

Такође, пример би могла да буде правна норма која прописује обавезну вакцинацију деце, а у случају непоштовање те обавезе, прописује новчану казну. Кад родитељ практички одлучује да ли да вакцинише своје дете, суочава се са две могућности: прва је да поступи саобразно норми водећи се знањем стручњака, а други је да поступи супротно норми водећи се неким нежељеним ефектима које вакцина може да произведе (нпр. након што родитељи сазнају да постоји одређен број случајева у којима је дете њихових познаника оболело након примања вакцине). И исказ ауторитета садржан у норми и став родитеља су суштински утемељени на истом разлогу – заштити здравља детета (теза о зависном разлогу). Исказ ауторитета настаје као последица испитивања која су научници спровели, а на основу којих је утврђено да вакцина у, претпоставимо, 92% случајева не производи никаква обољења (теза о нормалном оправдању). Поставља се питање да ли тад постоје побијајући супротни разлози, тј. разлози који говоре да је ауторитет непотребан. Будући да сваки човек нема фармацеутска знања, јасно је да је исказ ауторитета овде пожељан. Прецизније, теоријски ауторитети (фармацеутске куће и лекари) утичу на уверавање практичног ауторитета (творца норме) који опет утиче на адресате норми – родитеље.

На основу свега овог, адресат има врло јак разлог да поступи саобразно норми и да вакцинише своје дете. Раз је изричит у томе да адресат норме може да разматра разлоге за и против радње коју налаже, али не може да дела на основу тих разлога (Raz, 1986: 39). Да ли је то тако у стварном животу? Комбинација тезе о зависности и тезе о нормалном оправдању требало би да доведе од преемптивне тезе, тако што би норма била разлог другог реда који се не додаје осталим разлозима него искључује све друге разлоге првог реда који говоре против вакцинације. Пред родитељима се налази дилема – вакцинирати дете ради здравља детета или не урадити то, опет зарад здравља детета? Оба захтева су легитимна, а утемељена су на истој сврси. Разлог првог реда који говори родитељу да не вакцинише дете јер је родитељу познат одређен број случајева у којима је вакцина довела до обољења детета се сукобљава са разлогом другог реда који је (због тезе о зависности) утемељен опет на заштити здравља детета. Највећи број родитеља ће управо правну норми (а у ствари заштиту здравља детета која је *spiritus movens* прописивања) да посматра као искључујући разлог за делање (који преклудира све контраразлоге), али то није безизузетно јер

ауторитет утврди правила првенства у раскрсници, регулише је помоћу саобраћајних знакова, семафора и слично.

ће некад опет због бојазни за здравље детета да поступи супротно норми.¹⁹ Кад родитељи поступају саобразно норми о обавезној вакцинацији деце, норма није једини разлог због којег они поступају саобразно њој (то је дететово здравље), али то се уклапа у Разов став да норма не искључује све него само контраразлоге. Ипак, родитељ понекад неће норму посматрати као преемптивну и неће искључити свако одмеравање са контраразлозима за делање, те ће пристати и да плати новчану казну за то (кад ће ту појединачну норму да поима као искључујући разлог за делање) као последицу коју мора да трпи ради дететовог здравља. Могуће је да родитељ сматра да је оправдано да постоји правило али не сматра исправним постојеће правило (нпр. сматра да треба да постоји норма која прописује да сваки родитељ слободно одлучује о вакцинацији свог детета, а противи се постојећој норми која прописује обавезну вакцинацију) што доводи до тога да родитељ неће да вакцинише своје дете.²⁰

Све ово не указује на то да Разова теорија нема никакво утемељење и да она не важи, него нас стварност опомиње да не важи нужно оно што Раз наводи у вези са појединим питањима. Пре свега, не важи нужно то да адресати норме поимају правне обавезе истовремено и као моралне

19 Вероника Родригез Бланко сматра да није довољно да се адресати напросто понашају у складу с нормом (*conform for reason*) него је нужно да адресати понашају тако с разлогом (*acting for reason*), што у преводу значи хотимично (*intentionally*). Али то нас доводи до парадокса: ако се понашамо саобразно правилима хотимично, онда правила не могу да буду искључујући разлози, а ако не деламо у складу с њима хотимично, онда правила не могу да пружају разлоге (*legal rules do not have a reason-giving character*). Дакле, она сматра да правила не могу да буду искључујући разлози. Наведено према: Јовановић, 2009: 134–135.

20 Према истраживању које је спровео УНИЦЕФ, у Србији 79% одсто родитеља поштује календар вакцинације своје деце, 13,8% родитеља тврди да ће да одложи неке врсте вакцине, али да ће вероватно да их да, 4,4% родитеља наводи да ће да прескочи неке вакцине, а 1% родитеља се апсолутно противи вакцинацији. Вид. УНИЦЕФ Београд, Знање, ставови и праксе у вези са имунизацијом деце у Србији, доступно на: <https://www.unicef.org/serbia/media/9226/file/Znanje,%20stavovi%20i%20prakse%20.pdf>, 27. април 2021. Дакле, постоји одређен број родитеља који не сматрају норму како искључујући разлог за делање, водећи се, истраживање показује, углавном негативним искуствима из комуникације са педијатром и знањем о нежељеним ефектима. Истраживање УНИЦЕФ-а такође показује да чак 49% родитеља брине због нежељених ефеката вакцине, а 44% родитеља је забринуто да вакцине могу да покрену и друге болести. Око 32% родитеља сматра да су увезене вакцине лошег квалитета, 33% да њихов квалитет није адекватно контролисан, 15% родитеља сматра да ММР вакцина узрокује обољење, а 16% родитеља сматра да су конзерванси у вакцинама токсични. Узимајући у обзир све околности, неминовно је да одређен број родитеља норму посматра као јак, али не и као искључујући разлог за делање, те се упушта у одмеравање свих разлога који говоре у прилог и против вакцинације.

обавезе. Претензија права на морални ауторитет, о којој Раз говори, није концептуалног него контингентног карактера – право често може да исказује претензије које једновремено јесу и моралне претензије, али то није нужно. Адресати норми могу да сматрају да је оправдано постојање правила, али не морају да поимају правне дужности као моралне дужности. Не важи у апсолутном смислу ни његова теза о изворима, што је опет последица чињенице да судија не поима правну норму увек као искључујући разлог него је она понекад врло јак и примаран разлог за делање који се допуњује и неправним, нпр. моралним, разлозима. На крају, не може да се порекне ни то да је „ауторитет права као нормативног поретка резултат сложеног и комбинованог међуутицаја типичних карактеристика права: нормативности, институционалности, принудности и праведности – и не би требало да се погрешно све то сведе на „искључујућу“ природу норми као разлога за делање“ (Jovanović, 2009: 143).

Литература и извори

- Alexander, L. (1990). Law and Exclusionary Reasons. *Philosophical Topics*. 18. 5–22.
- Alexy, R. (2008). On the Concept and the Nature of Law. *Ratio Juris* 3 (21): 281–299.
- Dajović, G. (2009). *Pretpostavke za jednu harovsko-razovsku teoriju o normativnosti prava* (neobjavljen rukopis). Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Darwall, S. (2/2010). Authority and Reasons: Exclusionary and Second-Personal. *Ethics*. 120: 257–278.
- Dworkin, R. 1977. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Massachusetts: *Harvard University Press*.
- Ehrenberg, K. 6/2011a. Joseph Raz's Theory of Authority. *Philosophy Compass* 12: 884–894.
- Ehrenberg, K. 6/2011b. Critical Reception of Raz's Theory of Authority. *Philosophy Compass* 11: 777–785.
- Gans, C. 1986. 4/1986. Mandatory Rules and Exclusionary Reasons. *Philosophia* 15: 373–394.
- Green, L. 15/2008. Positivism and Inseparability of Law and Morals. *New York University Law Review* 83: 1035–1058.
- Green, L. 1990. *The Authority of the State*. Oxford: Clarendon Press.

Hart, H. 2013. *Pojam prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Službeni glasnik.

Hart, H. 1982. *Essays on Bentham*. Oxford: Clarendon Press.

Himma, K. E. 2012. Inclusive Legal Positivism. 1–28 u *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, ed. Jules Coleman, Scott Shapiro, Kenneth Einar Himma. New York: Oxford University Press (online publication).

Hurd, H. 5/1990. Sovereignty in Silence. *The Yale Law Journal* 99: 947–1028.

Jovanović, M. 2019. *The Nature of International Law*. New York: Cambridge University Press.

Lukić, R. 2018. *Teorija države*. Beograd: IGAM.

Marmor, A. 2012. Exclusive Legal Positivism. 1–15 u *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, ed. Jules Coleman, Scott Shapiro, Kenneth Einar Himma. New York: Oxford University Press (online publication).

Perry, S. (1987). Judicial Obligation, Precedent and the Common Law. *Oxford Journal of Legal Studies*. 2 (VII). 215–257.

Perry, S. (1989). Second Order Reasons, Uncertainty, and Legal Theory. *Southern California Law Review*. 1 (LXII): 913–994.

Postema, G. (1987). The Normativity of Law. U Gavison, R. (Ed.) *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H. L. A. Hart*. Oxford: Clarendon Press. 81–104.

Raz, J. (1984). Hart on Moral Rights and Legal Duties. *Oxford Journal of Legal Studies*. 1 (IV). 123–131.

Raz, J. (1985). Authority, Law and Morality. *The Monist*. 1 (LXVIII). 295–324.

Raz, J. (2001). Reasoning with Rules. *Current Legal Problems*. 1 (LXIV). 373–394.

Raz, J. (1979). *Authority of Law*. New York: Oxford University Press.

Raz, J. (1986). *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press.

Raz, J. (1999). *Practical Reasoning and Norms*. New York: Oxford University Press.

Raz, J. (2009). *Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*. New York: Oxford University Press.

Raz, J. 1989. Facing Up: A replay. *Southern California Law Review*. 3/4 (LXII). 1153–1235.

Shapiro, S. (2012). Authority. U Coleman, J. Shapiro, S. i Himma, K. (Eds.) *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. New York: Oxford University Press (online publication).

Spaić, B. (2018). Justified Epistemic Authority (in Legal Interpretation). *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review*. 4 (LXVI). 143–155.

Vasić, R. Jovanović, M. Dajović, G. (2018). *Uvod u pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Brano Hadži Stević,
*Senior Teaching Assisant,
Faculty of Law, University of East Sarajevo*

NORM AS AN EXCLUSIONARY REASON FOR ACTION

Summary

Legal rules are respected and observed for various reasons but Raz believes that a legal norm is an exclusionary reason for action, i.e. the reason that cannot be weighed with other reasons which have to direct our conduct. Thus, there are first-order reasons which may be balanced in reaching some practical decision, but there are also second-order reasons which preclude such balancing. Raz's theory starts from the fact that norms are created by authorities whose statements represent (second-order) reasons for action, regardless of their merits and moral acceptability. However, although the norm is valid regardless of its merits, Raz does not deny the importance of legitimacy and morality because he believes that law claims to legitimate moral authority. The first part of this paper is dedicated to Raz's understanding of the reasons for action, while the second part focuses on rules as reasons for action. Their uniqueness is visible even intuitively but the author particularly considers Raz's views that a rule is a content-independent and exclusive reason for action. The third part of the paper is dedicated to Raz's understanding of authority and the final assessment of the following question: is the norm a strong or an exclusionary reason for action?

Keywords: *practical reasoning, reasons for action, balancing of reasons, exclusionary reasons, authority, legitimacy of authority.*

III РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА

Јована Блеших,*

Докторанд

Правни факултет, Универзитет у Београду

Истраживач сарадник,

Институт за међународну политику и привреду, Београд

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

10.5937/zrpfno-33746

UDK: 061.1SZO:578.834

Рад примљен: 31.08.2021.

Рад прихваћен: 22.09.2021.

СВЕТСКА ЗДРАВСТВЕНА ОРГАНИЗАЦИЈА – (НЕ)ДОСТИЖНИ ИДЕАЛ?*

Апстракт: Светска здравствена организација једна је од специјализованих агенција Уједињених нација. Њен рад и функција добили су на још већем значају у 2020. години са појавом ковид 19 пандемије. Очи целе међународне заједнице гледале су у ову организацију и њеног Генералног директора. Данас се могу чути различите критике кад је у питању њена ефикасност. Ауторка ће у овом раду најпре представити саму организацију и њен значај. Потом ће бити указано на делање Светске здравствене организације током пандемије, кроз појашњавање појма јавне здравствене претње од међународног значаја и употребу Међународног здравственог правилника и на крају ће се дискутовати о евентуалној реформи овог тела. Циљ овог рада јесте да упозна читаоце са Светском здравственом организацијом и стави је у контекст године која је за нама и текуће године.

Кључне речи: Светска здравствена организација, коронавирус, реформа, јавна здравствена претња од међународног значаја, Међународни здравствени правилник.

* jovanab011@gmail.com

** Рад је настао као прилог стратешком пројекту Правног факултета Универзитета у Београду за 2021. годину „Епидемија. Право. Друштво“.

1. Увод

Други светски рат донео је са собом многе до тада незамисливе ужасе. Ипак, завршетак овог рата пружио је људима наду и веру, а, између осталог, то се одразило и на пољу међународног права тако што је формирана универзална међународна организација – Уједињене нације (УН). Циљеви ове организације су фокусирани на то да се у будућности спречи поновно доживљавање рата какав је Други светски био, као и да се свет опорави од несрећа кроз које је прошао. Како би оствариле своје циљеве, Уједињене нације су основале разне специјализоване агенције са посебним циљевима и задацима. Једна од њих јесте и Светска здравствена организација (СЗО).

Пандемије постоје од када је света и века. Познат је пример још епидемије грипа из 412. године пре нове ере, потом куге која је покосила Атину 430. године пре нове ере, затим у 14. веку се јавља још један талас куге и долази до размене заразних болести између источне и западне хемисфере 1492. године. Сви ови примери болести и њихово решавање захтевали су сарадњу између земаља. Тако је започет један својеврстан вид сарадње у пољу међународног здравства (Lee, 2014: 504).

Настанак Светске међународне организације и генерално организација у овој области карактерише специфичан пут, јер се може рећи да су настале услед окупљања посвећених сасвим другој теми. Наиме, средином осамнаестог века одржана је прва међународна изложба у Лондону на којој су били изложени технички експонати из целог света. То је било омогућено због брзине и услуга транспорта. Међутим, управо тај фактор довео је и до појаве и ширења колере у Европи, што је био окидач за прве облике организовања у пољу здравља. Једна од првих облика међународних организација био је Виши здравствени савет (*Conseil Supérieur de Santé*), основан у Константинопољу 1838. године. Овај савет, тј. хибридно, интернационализовано тело, основано је декретом отоманског султана, али већину чланова су чинили делегати страних сила који су имали представништва у граду. Већ 1870. године, Савет је имао око 800 чланова особља. Задатак овог тела је било управљање одређеним болницама и надзирање санитарних канцеларија (Peters, 2020: 5). Колера је била и окидач за организовање Међународне санитарне конференције у Паризу 1851. године. Осам година касније, друга конференција је одржана у Паризу, потом 1866. године у Константинопољу, 1869. године у Бечу, 1885. године у Риму, 1892. године у Венецији, наредне године у Дрездену, године после те у Паризу и 1897. године у Венецији. Сва ова окупљања у деветнаестом веку имала су за циљ помоћ у борби против заразних болести и епидемија са фокусом на колеру и кугу. На самом почетку 20.

века, 1903. године одржана је једанаеста по реду конференција у Паризу у којој је био заступљен научни приступ у већој мери у односу на оне из претходног века. Као резултат овог окупљања 9. децембра 1907. године настала је Међународна канцеларија за јавну хигијену (*Office International d'Hygiène Publique*) са седиштем у Паризу. Ова канцеларија представља прву међународну организацију која је имала намеру да својим државама чланицама преноси информације о јавном здрављу, епидемијама и начинима превенција и лечења. Дакле, до Првог светског рата, основни циљеви ове организације били су контролосање епидемија, отварање и управљање болницама и успостављање хигијене кад је храна у питању као и биолошка стандардизација. Са почетком рата 1914. године суспендује се њен рад (Chavan, Tewari, Khedkar and Bhatt, 2016: 585). Конференција из 1903. године важна је и зато што су на њој усвојене четири конвенције које су накнадно кодификоване у Међународни санитарни правилник, а он је претеча данашњег Међународног здравственог правилника (Lee, 2014: 504). У време кад је поменута канцеларија формирана, на другом континенту формира се Међународни санитарни биро 1902. године, који је 1923. године променио име у Панамерички санитарни биро. Са завршетком Првог светског рата и оснивањем Лиге народа, организује се и Међународна здравствена конференција у Лондону у априлу 1920. године. Упоредо са њом, Лига народа је формирала посебан комитет који се бавио здравственим питањима, те су ове две формације паралелно радиле све до Другог светског рата и оснивања Уједињених нација (Chavan, Tewari, Khedkar and Bhatt, 2016: 585). Ипак, чињеница да Сједињене Америчке Државе нису учествовале у раду Лиге народа значајно је утицала на успех ове организације и њених комитета, а самим тим и на међународну сарадњу у овој области. Основни циљеви и филозофија ових раних облика организација нису били либерални, нити усмерени на побољшање светског здравља. Циљ је био заштитити европске силе од болести које су им преносиле нације које нису повлашћене (Peters, Holling, Green, Ogunniran, 2020: 5).

Вратимо се сада на 20. век. Када су у питању Уједињене нације, конкретно, делегација Бразила је предложила увођење термина „здравље“ у Повељу УН. То је учињено у члановима 57 и 62, односно у члановима који говоре о оснивању специјализованих агенција у оквиру Економског и социјалног савета.¹ Први корак у формирању СЗО преузеле су делегације Бразила и Кине које су још на оснивачкој конференцију у Сан Франциску 1945. године предложиле да Међународна здравствена конференција буде

1 United Nations. *United Nations Charter*. Преузето 23. 6. 2021. <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/full-text>.

по хитном поступку организована, те је Економски и социјални савет наложио Генералном секретару УН да ова конференција буде организована најкасније 20. јуна 1946. године (World Health Organization, Interim Commission, 1947). Формиран је Технички припремни комитет који је у марту и априлу 1946. године одржао 22 састанка у Паризу са задатком да састави нацрт текста устава и агенде будуће СЗО. Међународна здравствена конференција била је прва која је организована под окриљем Уједињених нација. Делегације 51 државе чланице и 13 држава које то нису биле и неколико међународних организација су узеле учешће. Трајала је од 19. јуна до 22. јула 1946. године. Крајњи резултат било је потписивање четири важна акта: Устав СЗО, Протокол о Међународној канцеларији за јавну хигијену (*Office International d'Hygiène Publique*), договор о формирању Привремене комисије и финални акт конференције. Две године паузе између завршетка ове конференције и 1948. године када је СЗО званично отпочела са радом последица су Хладног рата и чињенице да су САД посматрале неке чланове Устава СЗО као принципе који подржавају раст комунизма. У складу са тим, постојао је и сукоб мишљења између ограничавања домета СЗО на социјални приступ медицини и приступа који се базира на спречавање и лечење заразних болести (Lee, 2014: 505). Као коначан датум оснивања СЗО узима се 7. април 1948. године, те се, сваке године, 7. април обележава као Светски дан здравља. Седиште се налази у Женеви, у Швајцарској.

СЗО је прва међународна организација која носи термин „светска“ у свом имену што указује на значај њених циљева и потребу за сарадњом на светском нивоу. Када је у питању Устав СЗО, још у преамбули овог документа је здравље дефинисано као потпуно физичко, ментално и социјално добробање, а не само као одсуство болести. Циљ се налази у члану 1: достизање највишег могућег нивоа здравља за све људе, а како би се овај високо постављени циљ остварио, предвиђене су функције ове организације у члану 2.² Те функције се свде на међународну заштиту од преносивих болести, техничку и другу помоћ владама, стандардизацију биолошких и фармацеутских производа и дијагностичких процедура, подизање стандарда у образовању медицинског особља, формирање међународних номенклатура болести и узрока смрти, стандардизацију хране, укључивање менталног здравља у болести са којима се СЗО бори, научна истраживања, усвајање конвенција и сарадњу са другим међународним организацијама.

2 World Health Organization. *Constitution of the World Health Organization*. Преузето 22. 6. 2021. https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf.

Светска здравствена организација има три органа: Светску здравствену скупштину, Извршни одбор и Секретаријат.³ Светска здравствена скупштина је тело које доноси одлуке. Састоји се од делегата држава чланица СЗО. Надлежна је за усвајање конвенција и других правних аката у оквиру надлежности СЗО, као што су област спречавања ширења заразних болести помоћу увођења карантина, номенклатуре које се односе на болести и узроке смрти, стандарди који се односе на статистичке процедуре за међународну употребу и на биолошке и фармацеутске производе и рекламирање таквих производа. Бира које ће државе чланице именовати своје представнике у Извршном одбору и Генералног директора.⁴ Извршни одбор има 34 члана (по оригиналном тексту Устава бројао је 18), који се бирају на три године и могу бити поновно изабрани. Основни задатак овог тела, с обзиром на то да је у питању извршни орган, јесте да извршава и спроводи одлуке Светске здравствене скупштине, да подноси програм рада, као и да даје савете и препоруке. У хитним случајевима, може овластити Генералног директора да предузме неопходне кораке. Ради се о експертском телу, те свака држава као свог представника шаље експерта који не представља ту државу, већ целу Светску здравствену скупштину.⁵ Секретаријат чине Генерални директор и неопходно административно и техничко особље. Генерални директор се по службеној дужности налази и на челу Светске здравствене скупштине, Извршног одбора и формираних комитета и може ту функцију делегирати. Успоставља однос са државама чланицама и другим међународним организацијама и припрема финансијске извештаје и буџет организације.⁶ На први поглед, организациона структура личи на друге међународне организације. Међутим, у важним областима постоји разлика. Највећа пажња усмерена је на надлежност за доношење обавезујуће регулативе, јер чланови 21 и 22 Устава СЗО дозвољавају овако нешто, мада је и могуће да државе које се не слажу иступе из ове одредбе. Правностварајућа моћ остаје у надлежности Скупштине и потребна је двотрећинска већина присутних и гласалих. Сама чињеница да оваква надлежност уопште постоји говори о поверењу које се даје експертима, технократама и дипломатама за писање правила. Иако постоје одређене критике да СЗО није довољно користила ову моћ,

3 Article 9. World Health Organization. *Constitution of the World Health Organization*. Преузето 22. 6. 2021. https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf.

4 Articles 10-23. World Health Organization. *Constitution of the World Health Organization*. Преузето 22. 6. 2021. https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf.

5 Articles 24-29. World Health Organization. *Constitution of the World Health Organization*. Преузето 22. 6. 2021. https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf.

6 Articles 30-37. World Health Organization. *Constitution of the World Health Organization*. Преузето 22. 6. 2021. https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf.

Међународни здравствени правилник, о којем ће бити више речи касније, настао је као резултат ове моћи (Bogdandy, Villarreal, 2020: 3).

Када је у питању буџет СЗО, још након Међународне конференције у Њујорку, Економски и социјални савет је поднео Генералној скупштини УН резолуцију о оснивању СЗО. Приликом расправе о истој, 26. новембра 1946. године представник Украјинске Совјетске Социјалистичке Републике, господин Медвед, изразио је мишљење да УН не би требало да финансирају СЗО, већ искључиво владе држава чланица ове организације. Овај предлог су подржали Еленор Рузвелт, представница САД, и господин Ват, представник Аустралије, те је овај предлог једногласно усвојен (World Health Organization, Interim Commission, 1947). Међутим, постоји податак да чак 84% укупног буџета заправо чине донације држава и недржавних актера, углавном за неке конкретне програме. На овај начин, алокацијом ресурса управљају донатори према својој замисли, те приватни актери имају велики утицај на рад СЗО (Bogdandy, Villarreal, 2020: 7).

2. Пандемија ковида 19

У децембру 2019. године у Вухану у Кини је примећено присуство респираторне инфекције, за коју се испоставило да је коронавирус, односно пандемија изазвана ковидом 19. Пренос овог вируса са човека на човека СЗО је потврдила 23. јануара 2020. године, а 30. јануара је прогласила јавну здравствену претњу од међународног значаја. Није препоручила ограничавање међународног путовања и трговине, ипак, већина влада је одлучила другачије. Пандемија је проглашена 11. марта 2020. године (РТС, 2020). Јасно је да су очи целе међународне заједнице биле уперене у СЗО и њеног Генералног директора, Тедроса Аданома Гебрејесуса. У претходном делу рада објашњен је задатак и циљ ове организације, а ситуације попут пандемије дају прилику организацијама да покажу своју ефикасност и ефективност. Такође, у први план долази и Међународни здравствени правилник из 2005. године. У овом делу рада биће указано на потенцијалне недостатке у поступању СЗО током ове пандемије, како би се у закључном делу рада говорило о потенцијалној реформи ове организације.

Радње које је СЗО преузела навешћемо хронолошки: дванаестог фебруара 2020. године Уједињене нације су активирале Тим за управљање кризом. На конференцији у Минхену, Генерални директор СЗО је позвао на солидарност.седамнаестог фебруара 2020. године, објављени су водећи принципи о масовним окупљањима и третирању болесних путника. СЗО је послао заштитну опрему у 21 државу. У наредним данима подељене су и препоруке заједничке мисије СЗО и Кине која се састојала од експерата,

од којих су неки посетили и Вухан. Петог марта СЗО је објавила кампању на друштвеним мрежама „Буди спреман на ковид 19“. Коначно, 11. марта 2020. године вирус је препознат као пандемија и 13. марта 2020. године формиран је фонд у одговору на вирус како би се скупљао новац ради подршке СЗО и партнерима. Генерални директор СЗО је позвао лидере Г20 да се боре и уједине против коронавируса. СЗО је такође лансирао бесплатну апликацију која пружа актуелне информације и вести. СЗО је 19. априла 2020. године упутила заједнички позив на финансирање глобалног логистичког система за хитне случајеве. Даване су разне препоруке везане за избеглице, интерно расељене, школе, радна места, а чињени су и напори да се избегне злоупотреба информација и ширење лажних информација. Критике које су упућене СЗО у борби против коронавируса почињу од тога да се закаснило са проглашавањем глобалне здравствене хитне ситуације, као и да организација није довољно подржавала државе у спровођењу рестрикција на путовање усмерених на Кину до фебруара 2020. године. САД, али и друге државе, оптуживале су СЗО да је „Киноцентричан“. Генерално, глобални кредибилитет ове организације се налази(о) под лупом (Kataria, Kumari, 2020: 10–13).

Светска здравствена организација у ситуацијама попут ове има водећу и примарну улогу. Та улога јој је дата и на основу Међународног здравственог правилника, који је усвојен на основу искустава стечених услед САРС-а 2003. године. Светска здравствена скупштина је 2005. године усвојила Међународни здравствени правилник, чиме је проширила виђење јавних здравствених криза. Званично је ступио на снагу 15. јуна 2007. године и данас обавезује 196 држава чланица. Циљ овог правилника јесте да има координирајућу улогу како би помогао државама у ситуацијама криза и ширења болести и пружа спектар различитих мера (Lin, 2020: 272). Важан је члан 6 овог правилника који захтева од држава чланица да прате јавна здравствена збивања на својој територији и да обавесте СЗО најефикаснијим могућим средством у року од 24 часа о било ком догађају који би могао да буде јавна здравствена претња од међународног значаја.⁷ Јавна здравствена претња од међународног значаја је једно специфично средство међународне организације, јер даје појединачном службенику моћ да изда формалну декларацију која би потенцијално могла да има далекосежне последице. У питању је инструмент међународне јавне власти која уједно допушта и управљање информацијама. Проглашавањем неке ситуације за јавну здравствену претњу од међународног значаја не стварају се нове обавезе за државе, већ национални и регионални инструменти често захтевају од националних власти да предузму одређене кораке

7 Articles 6, 7, 12, 42, 43. International Health Regulations. *World Health Organization*. 2005.

уколико је оваква декларација већ издата (Bogdandy, Villarreal, 2020: 4). Овај концепт већ трпи критике извесног дела међународне заједнице. Сматра се да Комитети за ванредне ситуације које формира СЗО, а чији задатак јесте да процене да ли одређена ситуација заслужује да добије епитет јавне здравствене претње од међународног значаја, често делају нетранспарентно, те да, понекад, чак и крше Међународни здравствени правилник. На самом почетку правилника, у члану 1, наведено је који услови треба да буду испуњени како би се одређена ситуација могла прогласити за јавну здравствену претњу од међународног значаја. Наиме, потребно је да ситуација ствара јавни здравствени ризик другим државама на основу међународног преноса болести и потенцијално захтева координисани међународни одговор.⁸ Након пријема нотификације, Генерални директор мора на основу доступних информација да одлучи да ли се конкретни догађај може квалификовати као јавна здравствена претња од међународног значаја, а уколико одлучи да то јесте случај, дужан је да формира Комитет за ванредне ситуације са којим ће се консултовати око мера. Овај комитет би требало да буде састављен од експерата и чланови би требало да буду из различитих географских подручја, укључујући представнике погођене земље. Мере које државе чланице предузимају у овом случају не смеју бити рестриктивне по међународни саобраћај и не смеју бити више инвазивне за становништво од разумних доступних алтернатива које би довеле до истог нивоа здравствене заштите (Lin, 2020: 273). Генерални директор СЗО прогласио је ковид 19 за јавну здравствену претњу од међународног значаја 30. јануара 2020. године и том приликом издао одређени број привремених препорука, на основу члана 23 Устава СЗО. Посматрано из перспективе међународног јавног права, те мере нису правно обавезујуће и не намећу обавезе државама чланицама. Међутим, у пракси, Генерални директор на овај начин заправо може да формира политички контекст одговара на одређену ситуацију. Поједини аутори сматрају да је он у потпуности игнорисао и занемарио ситуације о корони и тиме пропустио прилику да прогласи јавну здравствену претњу од међународног значаја. Ту прилику СЗО је имала и на основу члана 9 Правилника који даје организацији могућност да узме у обзир извештаје из различитих извора и да им приступи по епидемиолошким принципима. Дакле, СЗО је делала сувише споро, резултати, ако их је уопште и било, били су одложени, а болест се све више ширила и угрожавала животе. (Lin, 2020: 275–276). Две препоруке се издвајају, а то је препорука о изолацији и карантинима, а друга је да се не уведе рестрикције на путовања. Управо због ове препоруке, Доналд Трамп, тадашњи председник САД, критиковао

8 Article 1. International Health Regulations. *World Health Organization*. 2005.

је СЗО да је више препрека него што је од помоћи током пандемије (Bogdandy, Villarreal, 2020: 14).

Иако није изричито постављен захтев за транспарентношћу, он произилази из осталих одредаба. Ипак, одређени број држава из политичких или економских разлога задржава информације за себе, јер су забринуте да би обавештавање СЗО могло да доведе до увођења трговинских и путничких рестрикција из других земаља. Гледајући хронолошки, у случају коронавируса могло би се рећи да Кина није пружила информације СЗО и државама чланицама тачно, прецизно и довољно детаљно. Пандемија коронавируса је изискивала формирање Комитета за ванредне ситуације, што је СЗО учинила 22–23. јануара 2020. године. Тек на крају другог дана првог састанка комитета, односно 23. јануара, одлучено је да ово јесте јавна здравствена претња од међународног значаја, али је то коначно установљено тек 30. јануара, када се вирус појавио у још 18 земаља (Mullen, Potter, O. Gostin, Cicero, V. Nuzzo, 2020: 1, 2, 6). Да би донео овакву одлуку, Генерални директор мора да се консултује са Комитетом за ванредне ситуације. Проблем у јануару 2020. године настао је јер Генерални директор није ставио по страни савет комитета да сачека са проглашавањем јавне здравствене претње од међународног значаја и прогласио је још 23. јануара као што је могао. Питање се поставља шта се десило у Комитету за ванредне ситуације 23. јануара и зашто. Јавност зна само за коначне одлуке, не постоје јавно доступни записници са састанака. Дакле, постоје одређени показатељи који би могли да доведу у сумњу рад СЗО. Генерални директор има овлашћење на основу члана 50 Међународног здравственог правилника да формира Комитет за ревизију који би требало да пружи техничке савете о било ком питању које му је упућено. Досадашњи рад Комитета за ревизију се углавном сводио на идентификовање проблематичних подручја или на давање препорука како унапредити унутрашње структуре. Међутим, чак и да ово тело установи да је постојало кршење одређених правила, Устав СЗО и Међународни здравствени правилник не пружају никакве последице, а тешко би се у овом случају могао користити Нацрт чланова о одговорности међународних организација, мада би последица била свакако само политичке природе (Bogdandy, Villarreal, 2020: 10–13).

Међународни здравствени правилник карактеришу и одређене слабости. Пре свега, приметна је слаба координација између држава чланица, а то уједно доводи и до неефикасне превенције прекограничних епидемија. Три су основна разлога за то. Прво, неке државе чланице једноставно немају одговарајућа средства која би им омогућила да прате правила. Друго, неке државе немају могућност или вољу да брзо обавесте СЗО о појави одређене болести. Треће, државе чланице СЗО могу и самостално да уводе

ограничења у трговини или путовању, чак иако су такве иницијативе непотребне или у сукобу са препорукама СЗО (Broberg, 2020: 206). Узевши у обзир све слабости Међународног здравственог правилника, чини се да је нацрт био заснован на претпоставци да ће се заразне болести појављивати само у сиромашним земљама на југу, те је циљ заправо био заштитити богате земље са севера од ширења таквих болести. Ова претпоставка ипак није одговарајућа. Прво, јер се заразне болести не појављују само на југу, а друго, јер се заразне болести у савременом свету шире брже и лакше и тешко их је задржати у границама једне земље, а доказ за то јесте и ширење коронавируса.

Криза изазвана коронавирусом показала је свету и колико су важне нетрадиционалне безбедносне претње. Наиме, када се говори о безбедносним изазовима и претњама, најпре се мисли на оне изазване ратом и оружаним сукобима. Међутим, у последњих неколико деценија јављају се и нетрадиционални изазови, попут климатских промена, тероризма, па, на крају крајева, и здравствених криза. Ово може послужити као опомена целој међународној заједници да је потребно некад и променити фокус. Коронавирус ће послужити као катализатор многих промена у међународним односима, као и односа држава према међународним институцијама (Jiemian, 2020: 43–52).

3. Потенцијална реформа Светске здравствене организације

Оно што нас је, између осталог, ковид 19 научио јесте да је немогуће очекивати да се иједна држава сама бори против пандемије. Неопходан је континуирани напредак у истраживањима које организује СЗО (Alvarez, 2020). Алварез је навео пет најважнијих разлога зашто сматра да је СЗО у кризи. Као први разлог наводи то да СЗО није способна да превазиђе своје корене који се свode на то да ова организација у свом фокусу има државе. И поред тога што примарни извор финансија за ову организацију нису само државе, оне и даље имају велики утицај, на пример, приликом гласања и других бенефита чланства. Друго, претерано ослањање на технике меког права, попут осталих технократских специјализованих агенција УН. Ту се пре свега мисли на акте које ова организација доноси, као и непостојање адекватног санкционисања држава. Самим тим, државама чланицама је лакше да игноришу обавезе. Треће, проглашавање хитних ситуација је нефлексибилно. СЗО је шест пута до сада прогласила јавну здравствену претњу од међународног значаја. Сматра се да је и тај систем неодржив, те да би требало наћи неки који би био више транспарентан. Четврто, одсуство механизма за сарадњу између институција. У том

смислу једна од препорука јесте и организовање састанака и консултација између лидера међународних организација. Коначно, пета критика јесте усмерена на опасности од стручности и осталих организационих патологија. Управо због тога што је састављена од експерата, примећен је недостатак регулативе, у смислу да је донета само једна конвенција. Такође, постоји очигледна празнина у смислу да је ова организација прва која је прокламовала право на здравље као људско право, а касније није ништа радила по том питању нити га повезала са другим људским правима (Alvarez, 2020).

Глобализација јавног здравља није нови феномен. Многи аутори су на различите начине покушавали да увиде корелацију између различитих норми, интереса и процеса који формирају један феномен. Управо у том развоју норми у међународном праву у области здравља издвојила се Светска здравствена организација. Ова организација се издваја и по својој правноставарајућој способности и могућности да утиче на здравствене политике. Међутим, и поред тога, до сада је усвојена само једна конвенција (Оквирна конвенција о контролисању дувана) и две регулативе (Номенклатура са освртом на болести и узроке смрти и Међународни здравствени правилник). Евидентно је оклевање СЗО у коришћењу својих моћи, што онда оставља простора другим актерима да се појаве (Tsung-Ling, 2020: 31–32). Измене Међународног здравственог правилника из 2005. године које су ступиле на снагу 2007. године инспирисане су биле избијањем САРС вируса. Овај пример може бити инспирација за прошлогодишњу и овогодишњу ситуацију у свету. Једна пандемија не мења свет тренутно, већ може оставити и последице на дуже стазе. Ово је идеална прилика да се искористи за побољшање СЗО и њеног деловања, као што је то учињено 2005. године.

Како би се у будућности осигурала ефективнија борба против заразних болести, неопходно је да дође до одређених реформи у области СЗО, нарочито у области побољшаног надзора и обавезног извештавања, које би дозволиле да се прикупљају и незванични подаци, попут оних које доставља цивилно друштво и експерти, затим у области транспарентности приликом проглашавања јавне здравствене претње од међународног значаја, која би допринела отвореном и независном доношењу одлука у Комитету за ванредне ситуације. Реформа би била пожељна и у брзом и јавном мониторингу мера које државе примењују и глобалним механизмима за финансирање, који би дозволили развој нових или реформу старих глобалних институција и формирали техничку подршку за развој националних јавних здравствених система за превенцију, откривање и одговор на болести. Узевши у обзир чињеницу да СЗО има овлашћење да

доноси конвенције, регулативе и препоруке, реформа би се могла сводити и на то да се Међународни здравствени правилник измени тако да се унесу одредбе о процесима који би се бавили будућим јавним здравственим хитним ситуацијама и развитком научног знања. Предлаже се и нацрт Оквирне конвенције о заразним болестима која би наметала обавезе и механизме одговорности уз одређене механизме, периодична састајања држава и механизме за решавање спорова и на крају омогућавање СЗО да даје препоруке државама како је неопходно да се понашају у датој ситуацији (Gostin, Habibi, Meier, 2020: 379–380).

Још од 90-их година, воде се разне дебате око реформе СЗО. Сваки нови генерални директор имао је иницијативу за сопствени програм реформе. Објава Независног панела за припрему и одговор на пандемију из јула 2020. године о евалуацији светског одговора на ковид 19 би и требало да се разуме као жеља и потреба за ефикасном глобалном организацијом која би помирила политичка размимоилажења зарад колективне акције. Четири су предложена вида реформе. Први се своди на то да је СЗО превазиђена – њен оснивачки мандат, организациона структура и водећи принципи настали су након Другог светског рата. У периоду од 1948. године до данас број држава чланица је порастао и један од највећих изазова јесте како остварити здравствени развој у свим земљама. Овај вид реформе се своди на то да би се требало вратити на сам почетак, на настанак ове организације. Постоје и два екстремна становишта: изолационисти, који се не журе да створе нову организацију, и глобалисти, који би волели да виде нову верзију СЗО од нуле. У савременом свету је много теже створити међународну организацију него након Другог светског рата, узевши у обзир и све већи значај недржавних актера. Други приступ реформи СЗО се своди на то да се старом систему додају нови капацитети који би могли да се прилагоде новонасталим променама. Заправо, то је вид *de facto* еволуције СЗО. Пре свега у организационом виду, ово се дешава у великој мери. Од самог настанка организације па до данас, порастао је број помоћних тела, запослених лица, као и регионалних седишта. Трећи предлог за реформу поставља СЗО као део мреже организација. Различити доноси своје незадовољство везано за СЗО испољили кроз финансирање нових иницијатива у глобалној заштити. Неки су предлагали и да СЗО буде координатор глобалне здравствене мреже актера. То би спојило техничку експертизу СЗО и адекватне партнере који би могли да одговоре савременим изазовима. Међутим, овај предлог реформе има два изазова: први је проблем са поверењем и повиновање лидерима СЗО, а други је еволуција постојећих актера која ствара празнине у функцијама и мандату. Четврта опција подразумева фундаменталну промену пост-

ковид 19 света и глобалног здравља. У приватном сектору, економска глобализације је натерала велике фирме или да буду иновативне или да нестану у динамичној светској економији. Иако можда неће нестати, и велике међународне организације би требало да се прилагоде савременом свету (Lee, Piper, 2020: 525–531).

У септембру 2020. године формиран је Независни панел за припрему и одговор на пандемију (Independent Panel for Pandemic Preparedness & Response). У мају 2021. године овај панел је изнео свој завршни извештај. Један део извештаја посвећен је Светској здравственој организацији. Закључци овог извештаја свакако указују на то је да је СЗО центар међународног система превенције, припреме и одговора на глобалне здравствене претње. Панел је закључио да би мандат СЗО требало више да буде усмерен на активности где ће се додати права вредност која ће омогућити коришћење потпуних капацитета СЗО и где има мање преклапања са мандатом осталих актера у пољу глобалног здравља. Заправо, широк и можда чак и идеалистички мандат који устав даје СЗО отежава да ова организација испуни све своје циљеве на задовољавајућем нивоу. Постоји простор за препоруке у пољу тога како ова организација комуницира препоруке и техничке водиче како би се осигурало да владе и партнери исте боље примене. Без обзира на све недостатке, изазове и празнине, СЗО и даље има кључну улогу у међународном одговору на пандемију. Међутим, *„свету је потребна Светска здравствена организација, а њој су потребне даље реформе“*. Закључци овог извештаја указују на то да СЗО мора да настави своју трансформацију, која би подразумевала да она настави да буде главна међународна организација у области здравља, али да мора да ради у једном добро дефинисаном и координисаном систему уз подршку држава и других актера.⁹

4. Закључак

Грешке које су примећене у борби СЗО против коронавируса су резултат дизајна саме организације. Наиме, она је настала са претпоставком да је заједнички циљ свих народа глобално здравље и борба против болести. Самим тим изазов је био како координисати напоре држава у потрази за глобалним здрављем, што је водило ка проблему доношења колективних одлука. Ипак, пандемија ковида 19 показала је да заправо постоји озбиљан недостатак политичке сарадње. Државе до сада нису показале политичку

9 The World Health Organization: an Institutional Review. (2021). Background paper 15. The Independent Panel for Pandemic Preparedness and Response. Преузето 30. 8. 2021. <https://theindependentpanel.org/wp-content/uploads/2021/05/Background-paper-15-WHO-Institutional-review.pdf>.

вољу да прилагоде СЗО њеним комплексним задацима како би осигурали међудржавну сарадњу. Можда ће разни неуспеси у борби против ове пандемије навести државе да усвоје концепт „заједничког суверенитета“ зарад дугорочних интереса (Benvenisti, 2020). За то ће бити прилике већ у наредним месецима. Наиме, Уједињене нације су 25. августа 2021. године на свом сајту објавиле да је Генерални директор СЗО најавио да очекује да ће наредна три месеца бити критичан период за припрему за будуће пандемије. Наиме, Генерална скупштина УН се састаје у септембру, у октобру се одржава самит Г20, а у новембру посебна сесија водећих тела у СЗО.¹⁰ Остаје нам да пратимо даљи рад ове организације уз наду да ће исправити до сада направљене грешке у неком наредном периоду.

У раду је већ поменуто да је СЗО прва међународна организација која у свом називу има реч „светска“. Велики изазови, попут ове пандемије, могу да покажу да је можда било исувише храбро квалификовати се као организација која има за циљ да постигне највиши могући ниво здравља. Ситуација у којој се свет налази већ преко годину и по дана сведочи о томе. Ипак, традиционални приступ нас оставља верним институцијама и стога имајмо поверење у реформу овог тела која би му омогућила да буде још ефикасније. Успеси ове организације своде се на вакцине, успешно решавање појединих епидемија, усвајање Међународног здравственог правилника. Можда достизање светског нивоа здравља и јесте недостижан идеал, али инструменти којима СЗО располаже могу јој само помоћи у том достизању.

Литература и извори

Alvarez, J. (2020). The WHO in the Age of the Coronavirus. *American Journal of International Law*. 114(4). 578–587.

Benvenisti, E. (2020). The WHO – Destined to Fail?: Political Cooperation and the COVID-19 Pandemic. *American Journal of International Law*. 114(4). 588–597.

Bogdandy, A. von, Villarreal, P. A. (2020). Critical Features of International Authority in Pandemic Response. *MPIL Research Paper Series*. No. 2020-18. 1–29.

Broberg, M. (2020). A Critical Appraisal of the World Health Organization's International Health Regulations (2005) in Times of Pandemic: It Is Time for Revision. *European Journal of Risk Regulation*. Vol 11 (2). 202–209.

¹⁰ United Nations. Coming months critical for future pandemic preparedness: WHO chief. Преузето 30. 8. 2021. <https://news.un.org/en/story/2021/08/1098472>.

Chavan, R. S. Tewari, S. Khedkar, C.D. and Bhatt, S. (2016). World Health Organization. In: Caballero, B. Finglas, P. and Toldra. F. (eds.). *The Encyclopedia of Food and Health*. Oxford: Academic Press. 585–591.

Gostin, L. O. Habibi, R. Meier, B. M. (2020). Has Global Health Law Risen to Meet the COVID-19 Challenge? Revisiting the International Health Regulations to Prepare for Future Threats. *The Journal of Law, Medicine & Ethics*. 48. 376–381.

International Health Regulations. *World Health Organization*. 2005.

Jiemian, Y. (2020). The COVID-19 Pandemic and Its Impact on Contemporary International Relations. *China International Studies*. 82 (2020). 43–52.

Kataria, K. Kumari, D. (2020). Delving the Role of WHO *vis-a-vis* Covid-19. *Indraprastha Law Review*. Vol I, Issue I. 1–14.

Lee, K, Piper, J. (2020). The WHO and the COVID-19 Pandemic, Less Reform, More Innovation. *Global Governance*. 26 (2020). 523–533.

Lee, K. (2014). World Health Organization. In: Sperling, J. (ed). *Handbook on Governance and Security*. Edward Elgar. 504–517.

Lin, C-F. (2020). Covid-19 and the institutional resilience of the IHR (2005): time for a dispute settlement redesign? *Contemp. Asia Arb. J.* 13 (1). 269–289.

Mullen, L. Potter, C. O Gostin, L. Cicero, A. B Nuzzo J. (2020). An analysis of International Health Regulations Emergency Committees and Public Health Emergency of International Concern Designations. *BMJ Global Health*. 1-10. doi: 10.1136/bmjgh-2020-002502.

Peters, A. (2020). Covid-19 as a Catalyst for the (Re-)Constitutionalisation of International Law: One Health – One Welfare. *MPIL Research Paper Series*. No. 2020-44. 1–11.

Peters, M. A. Hollings, S. Green, B. Ogunniran, M. O. (2020). The WHO: the global governance of health and pandemic politics. *Educational Philosophy and Theory*, 1–10.

PTC. (2020). *СЗО прогласио пандемију Ковида-19*. Приступљено 27. 6. 2021. <https://www.rts.rs/page/stories/sr/story/10/svet/3884828/szo-pandemija-koronavirusa.html>.

The World Health Organization: an Institutional Review. (2021). Background paper 15. The Independent Panel for Pandemic Preparedness and Response. Преузето 30. 8. 2021. <https://theindependentpanel.org/wp-content/uploads/2021/05/Background-paper-15-WHO-Institutional-review.pdf>.

Tsung-Ling, L. (2020). Global Health in a Turbulence Time: A Commentary. *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*. Vol. 15, No. 1. 27–60.

United Nations. Coming months critical for future pandemic preparedness: WHO chief. Преузето 30. 8. 2021. <https://news.un.org/en/story/2021/08/1098472>.

United Nations. *United Nations Charter*. Преузето 23. 6. 2021. <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/full-text>.

World Health Organization, Interim Commission. (1947). Chronicle of the World Health Organization, Development and Constitution of the W.H.O. Volume 1, No. 1–2.

World Health Organization. *Constitution of the World Health Organization*. Преузето 22. 6. 2021. https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf.

Jovana Blešić.

PhD Student,

Faculty of Law, University of Belgrade

Research Associate,

Institute of International Politics and Economics, Belgrade

THE WORLD HEALTH ORGANIZATION – THE (UN)ATTAINABLE IDEAL?

Summary

The World Health Organization (WHO) is one of the UN specialized agencies. Its work and functions gained even more importance in 2020 with the emergence of the corona virus. The eyes of the entire international community focused on this organization and its Director General. Nowadays, its efficiency has been subject to various forms of criticism. In this paper, the author first provides a brief overview of this organization and its significance. The central part of the paper focuses on the activities of the WHO during the Covid-19 pandemic, through the clarification of the concept of public health emergency of international concern and the use of International Health Regulations. Finally, the author discusses the possible reform of this body. The aim of this paper is to familiarize the readers with the World Health Organization and put its activities in the context of the ongoing Covid-19 pandemic.

Keywords: *World Health Organization, Covid-19 pandemic, public health emergency of international concern, International Health Regulations, reform.*

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ (M51)

УПУТСТВО АУТОРИМА

| | |
|---|--|
| Опште напомене | Рукопис рада компјутерски обрадити коришћењем програма Word , у фонту Times New Roman ћирилица (Serbian-Cyrillic) , (осим оригиналних латиничних навода), величина фонта 12 pt , размак између редова 1,5. Формат странице треба да буде A4 . |
| Обим рада | Један ауторски табак - рад не треба да има више од 40.000 карактера , односно 6.000 карактера када се ради о приказима, укључујући размаке. |
| Језик и писмо | Језици на којима се могу објављивати радови су српски, енглески, руски, француски и немачки. |
| Наслов рада | Наслов рада куцати величином фонта 14 pt, bold , Times New Roman Наслов рада приложити и на енглеском језику. |
| Аутор(и) | Не уносити име(на) аутора у текст рада да би се обезбедила анонимност рецензирања. Подаци о аутору(има) биће доступни редакцији преко Асистент програма. |
| Подаци о пројекту или програму* | На дну прве странице текста, треба навести у фусноти следеће: Назив и број пројекта, назив програма, назив институције која финансира пројекат. |
| Подаци о усменом саопштењу рада* | Ако је рад био изложен на научном скупу у виду усменог саопштења под истим или сличним називом, податак о томе треба навести у оквиру посебне напомене на дну прве стране текста (фуснота). |
| Апстракт | Апстракт садржи 100-250 речи. |
| Кључне речи | Не више од 10 кључних речи на српском и енглеском језику (Key words). |
| Напомена о анонимности | У тексту се не смеју користити изрази који упућују или откривају идентитет аутора (нпр. „о томе видети у нашем раду...“ или „...мој рад под називом ...“ и слично). Неопходно је избрисати из самог документа било коју персоналну информацију/име које упућује на аутора. Могу се приложити документи у чијем опису као и тексту нема персоналних информација. |
| Структура текста | <ol style="list-style-type: none"> 1. Увод 2. Поднаслов 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Поднаслов 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Поднаслов 3 3. Поднаслов 2 4. Закључак <p>Наслови и поднаслови пишу се фонтом 12 pt, bold.</p> |
| Литература (References) | Пише се након текста, као посебна секција. Поређати све јединице азбучним редом по презимену аутора, а код истог аутора, по години издавања (од најновије до најстарије). Молимо ауторе да искључе команду numbering, тј. без бројева испред. (Погледати табелу на крају упутства). |
| Резиме (Summary) | Пише се на крају текста после Литературе, дужине до 2 000 карактера (укључујући размаке), на српском и енглеском језику. |
| Табеле, графикони, слике | Табеле урадити у Wordu или Excelu. Фотографије, графиконе или слике доставити у формату .jpg. |
| Ауторска права | Аутори радова потписују сагласност за пренос ауторских права. Изјаву преузети овде . |
| Достава радова | Радови се предају путем онлајн система за електронско уређивање АСИСТЕНТ, https://aseestant.ceon.rs/index.php/zrpf/index ПРИЛИКОМ ПРЕДАЈЕ РУКОПИСА ПОТРЕБНО ЈЕ ДА АУТОРИ ПОПУНЕ СВЕ ПОДАТКЕ О СЕБИ У РУБРИЦИ "МЕТАПОДАЦИ" (АФИЛИЈАЦИЈА, ЗВАЊЕ, СТАТУС, ИНСТИТУЦИЈА, ГРАД, ДРЖАВА), КАО И КЉУЧНЕ РЕЧИ ЗА РУКОПИС. |

* Ови подаци уносе се само у случају да рад испуњава наведене услове (пројекат или саопштење)

УПУТСТВО ЗА ЦИТИРАЊЕ ЛИТЕРАТУРЕ

Навођење цитата треба урадити у тексту, као што је наведено у упутству. **Фус ноте** користити само када је неопходно пружити додатно објашњење или пропратни коментар, као и у случају позивања на нормативни акт, службена гласила и одлуке судова.

Цитати и позиви на литературу у тексту и листа библиографских јединица на крају текста морају се у потпуности слагати. Сваки цитат из текста и позив на литературу мора да се нађе на листи библиографских јединица, односно, свака библиографска јединица наведена у литератури мора да се нађе у тексту. Позив на библиографске јединице наводи се у оригиналном писму, без превођења.

| Врста рада | Референце – литература | Цитирање у тексту |
|--|---|--|
| Књига, 1 аутор | Келзен, Х. (2010). <i>Општа теорија права и државе</i> . Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. | (Келзен, 2010: 56) |
| Књига, Више аутора | Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Београд: Београдски центар за људска права. | Прво цитирање у тексту: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) Наредно цитирање у тексту: (Dimitrijević et al. 2007: 200) |
| Колективно ауторство | <i>Oxford Essential World Atlas</i> . (1996). 3.ed. Oxford: Oxford University Press. | (Oxford, 1996: 245) |
| Рад или део књиге која има приређивача | Nolte, K. (2007). <i>Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga</i> . U Pavlović, V. i Orlović, S. (Prir.). <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> . Београд: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289. | (Nolte, 2007: 280) |
| Чланак у часопису | Марковић, Р. (2006). Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед. <i>Анали Правног факултета у Београду</i> . 2(LIV). 5-46 | (Марковић, 2006: 36) |
| Енциклопедија | Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> . Vol. 2. Tokyo: Kodansha. 1-3. | (Pittau, 1983: 3) |
| Институција као аутор | Републички завод за статистику. (2011). <i>Месечни статистички билтен</i> . Бр. 11. | (Републички завод за статистику, 2011) |
| Прописи | Закон о основама система васпитања и образовања. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 62. 2004. | Фус нота: Чл. 12. Закона о основама система васпитања и образовања, <i>Сл. гласник РС</i> , 62/04 |
| Судске одлуке | Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 или <i>Otojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 или Одлука Уставног суда IY-197/2002. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 57. 2003. | Фус нота: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] или Одлука Уставног суда IY-197/2002 |
| Електронски извори | Wallace, A.R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Преузето 15.11.2005. http://www.gutenberg.org/etext/2530 или European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp | Навођење у тексту: (Wallace, 2001) Фус нота: European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp |

ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M51)

UPUTSTVO AUTORIMA

| | |
|--|---|
| Opšte napomene | Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa <i>Word</i> , u fontu <i>Times New Roman</i> ćirilica (Serbian-Cyrillic), (osim originalnih latiničnih navoda), veličina fonta 12 pt , razmak između redova 1,5. Format stranice treba da bude A4 . |
| Obim rada | Jedan autorski tabak - rad ne treba da ima više od 40.000 karaktera , odnosno 6.000 karaktera kada se radi o prikazima, uključujući razmake. |
| Jezik i pismo | Jezici na kojima se mogu objavljivati radovi su srpski, engleski, ruski, francuski i nemački. |
| Naslov rada | Naslov rada kucati veličinom fonta 14 pt, bold , Times New Roman Naslov rada priložiti i na engleskom jeziku. |
| Autor(i) | Ne unositi ime(na) autora u tekst rada da bi se obezbedila anonimnost recenziranja. Podaci o autoru(ima) biće dostupni redakciji preko Asistent programa. |
| Podaci o projektu ili programu* | Na dnu prve stranice teksta, treba navesti u fusnoti sledeće: Naziv i broj projekta, naziv programa, naziv institucije koja finansira projekat. |
| Podaci o usmenom saopštenju rada* | Ako je rad bio izložen na naučnom skupu u vidu usmenog saopštenja pod istim ili sličnim nazivom, podatak o tome treba navesti u okviru posebne napomene na dnu prve strane teksta (fusnota). |
| Apstrakt | Apstrakt sadrži 100-250 reči. |
| Ključne reči | Ne više od 10 ključnih reči na srpskom i engleskom jeziku (Key words). |
| Napomena o anonimnosti | U tekstu se ne smeju koristiti izrazi koji upućuju ili otkrivaju identitet autora (npr. „o tome videti u našem radu...“ ili „...moj rad pod nazivom ...“ i slično). Neophodno je izbrisati iz samog dokumenta bilo koju personalnu informaciju/ime koje upućuje na autora. Mogu se priložiti dokumenti u čijem opisu kao i tekstu nema personalnih informacija. |
| Struktura teksta | <ol style="list-style-type: none"> 1. Uvod 2. Podnaslov 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Podnaslov 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Podnaslov 3 3. Podnaslov 2 4. Zaključak <p>Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, bold.</p> |
| Literatura (References) | Piše se nakon teksta, kao posebna sekcija. Poredati sve jedinice azbučnim redom po prezimenu autora, a kod istog autora, po godini izdavanja (od najnovije do najstarije). Molimo autore da isključe komandu numbering, tj. bez brojeva ispred. (Pogledati tabelu na kraju uputstva). |
| Rezime (Summary) | Piše se na kraju teksta posle Literature, dužine do 2 000 karaktera (uključujući razmake), na srpskom i engleskom jeziku. |
| Tabele, grafikoni, slike | Tabele uraditi u Wordu ili Excelu. Fotografije, grafikone ili slike dostaviti u formatu .jpg. |
| Autorska prava | Autori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava. Izjavu preuzeti ovde . |
| Dostava radova | Radovi se predaju putem onlajn sistema za elektronsko uređivanje ASISTENT, https://aseestant.ceon.rs/index.php/zrpfni/index PRILIKOM PREDAJE RUKOPISA POTREBNO JE DA AUTORI POPUNE SVE PODATKE O SEBI U RUBRICI "METAPODACI" (AFILIJACIJA, ZVANJE, STATUS, INSTITUCIJA, GRAD, DRŽAVA), KAO I KLJUČNE REČI ZA RUKOPIS. |

* Ovi podaci unose se samo u slučaju da rad ispunjava navedene uslove (projekat ili saopštenje)



UPUTSTVO ZA CITIRANJE LITERATURE

Navođenje citata treba uraditi **u tekstu**, kao što je navedeno u uputstvu. **Fus note** koristiti samo kada je neophodno pružiti dodatno objašnjenje ili propratni komentar, kao i u slučaju pozivanja na normativni akt, službena glasila i odluke sudova.

Citati i pozivi na literaturu u tekstu i lista bibliografskih jedinica na kraju teksta moraju se u potpunosti slagati. Svaki citat iz teksta i poziv na literaturu mora da se nađe na listi bibliografskih jedinica, odnosno, svaka bibliografska jedinica navedena u literaturi mora da se nađe u tekstu. Poziv na bibliografske jedinice navodi se u originalnom pismu, bez prevođenja.

| Vrsta rada | Reference – literatura | Citiranje u tekstu |
|---|--|--|
| Knjiga, 1 autor | Kelzen, H. (2010). <i>Opšta teorija prava i države</i> . Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu | (Kelzen, 2010: 56) |
| Knjiga, Više autora | Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T., Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Beograd: Beogradski centar za ljudska prava | Prvo citiranje u tekstu: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) Naredno citiranje u tekstu: (Dimitrijević et al., 2007: 200) |
| Kolektivno autorstvo | <i>Oxford essential world atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press | (Oxford, 1996: 245) |
| Rad ili deo knjige koja ima priređivača | Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U V.Pavlović i S.Orlović (Prir.), <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> (str. 279-289). Beograd: Konrad Adenauer Stiftung | (Nolte, 2007: 280) |
| Članak u časopisu | Marković, R. (2006). Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled. <i>Anali Pravnog fakulteta u Beogradu</i> . 2(LIV). 5-46 | (Marković, 2006: 36) |
| Enciklopedija | Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha | (Pittau, 1983: 3) |
| Institucija kao autor | Republički zavod za statistiku. <i>Mesečni statistički bilten</i> . Br. 11 (2011) | (Republički zavod za statistiku, 2011) |
| Propisi | Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 62 (2004) | Fusnota: Čl. 12. Zakona o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, <i>Sl. glasnik RS</i> , 62/04 |
| Sudske odluke | Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 ili <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002, <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 57 (2003) | Fusnota: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002 |
| Elektronski izvori | Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15, November 2005, from http://www.gutenberg.org/etext/2530 ili European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp | Navođenje u tekstu: (Wallace, 2001) Fusnota: European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp |

Collection of Papers, Faculty of Law, Niš (M51)

GUIDELINES FOR AUTHORS

| | |
|--|---|
| General notes | The paper shall be processed in <i>MS Word (doc.)</i> format: paper size A4; font Times New Roman (Serbian-Cyrillic) , except for papers originally written in <i>Latin</i> script; font size 12 pt; line spacing 1,5. |
| Paper length | The paper shall not exceed 16 pages. An article shall not exceed 40.000 characters (including spaces). A review shall not exceed 6.000 characters (including spaces). |
| Language and script | Papers may be written in Serbian, English, Russian, French and German. |
| Paper Title | The paper title shall be formatted in font Times New Roman , font size 14 pt, bold . The title shall be submitted in English as well. |
| Author(s) | In order to ensure the author's anonymity and preclude bias in the double-blind peer review process, the author's name and surname should not be included in the article submitted for review. The data about the author(s) will be available to the Editorial staff via the Assistant program. |
| Data on the project or program*(optional) | In the footnote at the bottom of the first page of the text shall include: the project/program title and the project number, the project title, the name of the institution financially supporting the project. |
| Data on the oral presentation of the paper*(optional) | In case the paper has already been presented under the same or similar title in the form of a report at a prior scientific conference, authors are obliged to enter a relevant notification in a separate footnote at the bottom of the first page of the paper. |
| Abstract | The abstract shall comprise 100 - 250 words at the most |
| Key words | The list of key words following the abstract shall not exceed 10 key words. The key words shall be submitted in both Serbian and English. |
| Note on author's identity (anonymity) | In order to ensure the author's anonymity, the text of the submitted article should not include phrases that refer to or reveal the author's identity (e.g. "for more information, see our paper on..." or "my paper titled...", and alike). The authors of the document must delete their names from the text, with "Author" and year used in the references and footnotes, instead of the authors' name, article title, etc. Also, author identification should also be removed from the properties for the file. |
| Text structure | <ol style="list-style-type: none"> 1. Introduction 2. Chapter 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Section 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Subsection 3 3. Chapter 2 4. Conclusion <p>All headings (Chapters) and subheadings (Sections and Subsections) shall be in <i>Times New Roman</i>, font 12 pt, bold.</p> |
| References | At the end of the submitted text, the author(s) shall provide a list of References. All entries shall be listed in alphabetical order by author's surname, and each entry shall include the source and the year of publication. When referring to the same author, include the year of publication (from the most recently dated backwards). Please, see the table at the end of the Guidelines for Authors . |
| Summary | The summary shall be included at the end of the text, after the References. The summary shall not exceed 2.000 characters (including spaces) and it shall be submitted in both Serbian and English. |
| Tables, graphs, figures | Tables shall be prepared in <i>MS Word</i> or in <i>Excell</i> . Photos, graphs or figures shall be in jpg format. |
| Copyright | The authors are obliged to sign a written consent on the transfer of copyright. The Author's Statement may be downloaded here . |
| Paper submission | The articles are to be submitted via online editorial management system ACHTEHT, http://asestant.ceon.rs/index.php/zrpf/index |

* The data shall be included only if the paper is subject to such circumstances.

CITATION GUIDELINES

The citations should be included in the text, in line with the guidelines provided below. Footnotes shall be used only for additional explanation or commentary and for referring to the specific normative act, official journals, and court decisions.

In-text citations and reference entries shall fully comply with the list of bibliographic units in the References, provided at the end of the paper. Each in-text citation and reference entry shall be clearly cross-referenced in the list of bibliographic units and, vice versa, each bibliographic unit shall be entered in the text of the submitted paper. The referential sources shall be cited in the language and script of the original work (without providing an English translation).

| Type of work | References | In-text citation |
|--|---|--|
| Book (a single author) | Jones, C. P. (1994). <i>Investments: Analysis and Management</i> . New York: John Wiley & Sons. Ltd. | (Jones, 1994: 123) |
| Book (a number of authors) | Osterrieder, H., Bahloul, H., Wright, G., Shafner, K., Mozur, M. (2006). <i>Joining Forces and Resources for Sustainable Development Cooperation among Municipalities – A Guide for Practitioners</i> . Bratislava: UNDP | First in-text citation: (Osterrieder, Bahloul, Wright, Shafner, Mozur, 2006: 31) A subsequent in-text citation: (Osterrieder et al., 2006: 45) |
| Joint authorship (a group of authors) | <i>Oxford Essential World Atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press | (Oxford, 1996: 245) |
| An article or a chapter in a book with an editor | Scot, C., del Busto, E. (2009). <i>Chemical and Surgical Castration</i> . In Wright, R. G. (ed.), <i>Sex Offender Laws, Failed Policies and New Directions</i> (pp. 291-338). New York: Springer | (Scot, del Busto, 2009: 295) |
| Journal article | Sandler, J. C., Freeman, N. J. (2007). <i>Typology of Female Sex Offenders: A Test of Vandiver and Kercher</i> . <i>Sex Abuse</i> . 19 (2). 73-89 | (Sandler, Freeman, 2007: 79) |
| Encyclopedia | Pittau, J. (1983). <i>Meiji constitution</i> . In <i>Kodansha Encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha | (Pittau, 1983: 3) |
| Institution (as an author) | Statistical Office of the Republic of Serbia, <i>Monthly statistical bulletin</i> , No. 11 (2011) | (Statistical Office RS, 2011) |
| Legal documents and regulations | Education Act, Official Gazette RS, No. 62 (2004) | Footnote: Article 12. Education Act, Official Gazette RS, 62/04 |
| Court decisions | Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905; or <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10; or Constitutional Court decision IV-197/2002, <i>Official Gazette RS</i> , No. 57 (2003) | Footnote: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] or Constitutional Court decision IV-197/2002 |
| Online sources | Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15 November 2005, from http://www.gutenberg.org/etext/2530 ; or European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp | In-text citation: (Wallace, 2001) Footnote: European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp |

