
UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

БРОЈ 94 | ГОДИНА LXI | 2022

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

Nº 94 | YEAR LXI | 2022

НИШ, 2022.

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Ниш, 2022.

Издавач

Правни факултет у Нишу

За издавача

Проф. др Небојша Раичевић, декан

Главни и одговорни уредник

Др Ирена Пејић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

Уредништво

Др Невена Петрушић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Мирослав Лазић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Срђан Голубовић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Марија Игњатовић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Александар Мојашевић, ванредни
професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

Др Душица Миладиновић Стефановић,
ванредни професор 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 Ђошић, 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, ванредни професор 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: др Марија Драгићевић, доцент Правног факултета Универзитета у Нишу

Лектура радова и превод резимеа: Гордана Игњатовић (енглески)

Лектура: Александра Гојковић (српски)

Технички уредник: Ненад Милошевић

Технички уредник онлајн издања: Владимир Благојевић

Штампа: 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, 2022

Publisher:

Faculty of Law, University of Niš

For the Publisher:

Prof. dr Nebojša Raičević Dean

Editor-in-Chief:

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

Editorial Board of the Law Faculty Journal

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

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

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

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

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

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

Scientific Council

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

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

Column Editor: Dr Mihajlo Cvetković

Secretary of the Editorial Board: Dr Marija Dragičević

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 речIX

Editor's Introductory Note X

І ЧЛАНЦИ / ARTICLES

Љубица Николић,

Инвестиције у грађевинарству у ванредним
ситуацијама – користи и ризици 13

*Investments in Construction Industry in
Emergencies: Benefits and Risks*

Иван Илић,

Ширење опсега обавезе државе да штити право на живот
лица под својом јурисдикцијом према новијој пракси
Европског суда за људска права 33

*Expanding the Scope of the Obligation of the State to Protect the
Right to Life of Persons under its Jurisdiction according to the
recent jurisprudence of the European Court of Human Rights*

Марија Драгићевић,

Савремене концепције појма „послодавац“ 53
Contemporary Conceptions of the Term “Employer”

Irena Rejić,

Constitutional Referendum and Judicial Reform in Serbia75
Уставни референдум и реформа правосуђа у Србији

Самир Манић,

Кауза уговорне обавезе као претпоставка пуноважног
настанка обострано-обавезујућих уговора 93

*Causa of Contractual Obligations as a Precondition for
Valid Formation of a Mutually Binding Contract*

Сања Ђорђевић Алексовски,
Прилог расправи о праву Европске уније као
самосталном правном режиму..... 111
*Contribution to the Discussion on the EU Legal
Order as a Self-Contained Legal Regime*

Радмила Драгишић,
Концепт редовног боравишта кроз одабране изворе
међународног приватног права и јуриспруденцију Суда
правде Европске уније – Функционални приступ
на супрот стриктног текстуализма 137
*The Concept of Habitual Residence in selected sources
of EU Private International Law and Jurisprudence
of the Court of Justice of the European Union:
Functional Approach Versus Strict Textualism*

Јована Миловић,
Спровођење поступка за расправљање заоставштине од
стране јавног бележника у Републици Србији..... 153
*Probate Proceedings conducted by a Notary
Public in the Republic of Serbia*

II ПРИКАЗИ / REVIEWS

Бојана Арсенијевић,
Међународна научна конференција „Деловање
институција система у ванредним ситуацијама:
искуства и изазови“, Правни факултет Универзитета
у Нишу, Ниш, 20. и 21. април 2022. године..... 175

Упутство за ауторе..... 179

Уводна реч

Поштовани читаоци,

У броју 94/2022 научног часописа Зборник радова Правног факултета у Нишу представљамо оригиналне и прегледне научне радове из области међународног, уставног, кривичног и грађанског права. Два рада изложена су на Међународној научној конференцији “Деловање институција система у ванредним ситуацијама: искуства и изазови”, одржаној 20. априла 2022. године на Правном факултету у Нишу, о којој објављујемо приказ у овом броју.

Редакција има задовољство да вас информише да је Зборник радова Правног факултета у Нишу прошао посебну категоризацију и да је сврстан у европске научне часописе који су индексирани у ERIH PLUS бази научних часописа. Првобитно назван European Reference Index for the Humanities and Social Science, ERIH PLUS је кључни европски индекс који садржи библиографске информације о научним часописима у области друштвених и хуманистичких наука. Индексирањем нашег часописа биће повећана видљивост и доступност научних радова у широком академском простору, узимајући у обзир да смо већ присутни у Directory of Open Access Journals – DOAJ, Central and Eastern European Online Library – CEEOL, HeinOnline и EBSCO бази података (Legal Source).

У Нишу, јун, 2022.

*Главни и одговорни уредник
Проф. др Ирена Пејић*

Editor's Introductory Note

Dear Readers,

This issue of the scientific journal Collection of Papers of the Law Faculty, University of Niš (94/2022) comprises original and review scientific articles in the field of international, constitutional, criminal and civil law. Two papers were presented at the International Scientific Conference "Systemic Agency in Emergency Situations: Experiences and Challenges", held at the Faculty of Law in Nis on 20th April 2022. This issue also includes a summary report on Conference events and highlights.

The Editorial Board is pleased to announce that the Collection of Papers of the Law Faculty, University of Niš, has passed a special categorization process and has been classified in the group of European academic journals which are indexed in the ERIH PLUS database. Originally established as the European Reference Index for the Humanities and Social Sciences (ERIH), ERIH PLUS is a key European index containing bibliographic information on academic journals in social sciences and humanities. Indexing our open access journal in this database will increase the visibility of published scientific articles and their availability to a wider academic audience worldwide, considering that our law journal is already indexed in a number of databases: the Directory of Open Access Journals (DOAJ), Central and Eastern European Online Library (CEEOL), HeinOnline, and EBSCO (Legal Source).

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

І ЧЛАНЦИ

Др Љубица Николић,*
Редовни професор,
Правни факултет, Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfm1-38245

UDK: 624:578.834

Рад примљен: 14.02.2022.
Рад прихваћен: 04.05.2022.

ИНВЕСТИЦИЈЕ У ГРАЂЕВИНАРСТВУ У ВАНРЕДНИМ СИТУАЦИЈАМА – КОРИСТИ И РИЗИЦИ**

Апстракт: Разлози проглашавања ванредне ситуације на некој територији могу бити различити, па и епидемије заразних болести. У ванредним околностима, привредни субјекти процењују очекиване приносе и ризике и прилагођавају своје пословне одлуке новим условима, а од институција система очекују реакције које ће им омогућити функционисање. У овом раду анализирамо ефекте ванредне ситуације, пре свега пандемије ковида 19, на инвестиције у грађевинарству. Изградња грађевинског објекта јесте сложен пројекат и у редовним околностима због: сложености правних односа између више лица, дуготрајности реализације, бројних административноправних обавеза инвеститора и извођача грађевинских радова, као и вредности пројекта. Ванредна ситуација, у зависности од узрока и примењених мера, може битно пореметити и угрозити многе пословне односе, па и оне између наручиоца и извођача грађевинских радова. Са друге стране, у неким ванредним ситуацијама власници финансијског капитала, у циљу очувања реалне вредности имовине, између осталог, купују грађевинске објекте. Повећана тражња, тиме и цена, грађевинских објеката, стимулише грађевинске инвестиције. У измењеним и отежаним условима пословања, изазваним пандемијом, грађевински пројекти у исто време постају изазовни, ризични и профитабилни.

Кључне речи: ванредна ситуација, грађевинарство, инвестиције, користи и ризици.

* ljubica@prafak.ni.ac.rs

** Рад је настао као резултат финансирања научноистраживачког рада НИО, од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја РС, према уговору, евиденциони број 451-03-68/2022-14/200120.

** Рад је изложен на Међународној научној конференцији „Деловање институција система у ванредним ситуацијама: искуства и изазови“, одржаној 20. 4. 2022, на Правном факултету у Универзитета у Нишу.

1. Увод

Изградња грађевинских објеката¹ јесте сложен, често дуготрајан и скуп процес. У овом раду пратимо изградњу стамбених и пословних зграда. Носилац грађевинских пројеката јесте *инвеститор*². Он обезбеђује земљиште и техничку документацију, финансира пројекат, пролази административноправне процедуре и ангажује различите стручњаке. Проблеми који могу утицати на ефективност team building-а у грађевинским пројектима јесу: могућа професионална сујета учесника у пројекту; прилагођавање активности током реализације пројекта; координација учесника на пројекту; лица укључена у пројекат имају своје циљеве и очекивања које треба ускладити и осигурати испуњење обавеза (Murdoch, Hughes, 2008: 11–15). Ванредне ситуације додатно отежавају реализацију грађевинских пројеката. Један од разлога проглашавања ванредне ситуације јесте и епидемија заразних болести³. У овом раду анализирамо ефекте пандемије⁴ на реализацију неких грађевинских пројеката код нас. Пратићемо пут грађевинских пројеката и указати на потенцијалне приносе и ризике инвеститора, као и улогу државних институција које утичу на грађевинарство. Упоредићемо реализацију ових пројеката у редовним околностима и у ванредној ситуацији. Проглашавање ванредне ситуације у Србији⁵ произвело је поремећаје у свим сегментима привреде и створило подлогу за спекулативне делатности. Инфлаторни притисак је појачан, као директна последица поремећаја на страни понуде (вишом ценом произвођачи могу компензовати мањак прихода) и тражње (стварање залиха, инвестирање у сигуран портфељ, финансијска помоћ државе). Специфичност дешавања у грађевинарству код нас огледала се у

1 „Објекат јесте грађевина спојена са тлом, изведена од сврсисходно повезаних грађевинских производа, односно грађевинских радова, која представља физичку, функционалну, техничко-технолошку или биотехничку целину, који може бити подземни или надземни.“ Чл. 2, тач. 22 Закона о планирању и изградњи (у наставку и ЗПИ), *Сл. гласник РС*, 72/09, 81/09 - испр., 64/10 – одлука УС, 24/11, 121/12, 42/13 – одлука УС, 50/13 – одлука УС, 98/13 – одлука УС, 132/14, 145/14, 83/18, 31/19, 37/19 – др. закон, 9/20 и 52/21.

2 „Инвеститор је лице за кога се гради објекат и на чије име гласи грађевинска дозвола.“ Чл. 2, тач. 21 ЗПИ.

3 Чл. 2, ст. 1, тач. 2 Закона о смањењу ризика од катастрофа и управљању ванредним ситуацијама, *Сл. гласник РС*, 87/18

4 У овом раду користимо термин „пандемија“ која је проглашена након интензивирања епидемије изазване ентитетом Ковид-19 из групе Корона вируса, не улазећи у основаност квалификације ове заразне болести. Преузето 9. 5. 2022. <https://www.paragraf.rs/svi-prpisi-uputstva-za-sprecavanje-sirenja-korona-virusa-covid-19.html>

5 Наредба о праглашењу епидемије заразне болести Ковид-19, *Сл. гласник РС*, 37/20

краткотрајном прекиду грађења (од 15. 3. 2020. до 21. 4. 2020. год.)⁶, а након тога, отежаном обављању грађевинских радова због уведених мера за безбедан рад⁷ у пандемијским условима. У исто време, уочена је повећана тражња⁸ за стамбеним и пословним објектима, што је инвеститоре и извођаче грађевинских радова мотивисало да повећају обим пословања. Повећану тражњу, а тиме и цену непокретности, током трајања ванредне ситуације делом можемо објаснити настојањем грађана да, у условима економске нестабилности и неизвесности, сачувају реалну вредност свог новца. Повољни услови кредитирања куповине непокретности⁹ појачали су овај тренд, као и чињеница да су друге инвестиционе опције постале ризичније. Раст тражње за непокретностима актуелан је и у првим месецима 2022. год., због чега се значајнији пад цена непокретности не очекује у скорије време. Са друге стране, повећање понуде зграда захтева време, због трајања процеса изградње, али и отежаног уласка нових инвеститора на ово тржиште, који су свесни предности постојећих инвеститора, пре свега због њихових конекција у надлежним институцијама на основу повлашћеног статуса који су стекли у досадашњем пословању. Проблем корупције у Србији можда је највидљивији у области грађевинарства, због чега је и положај инвеститора у овој делатности неравноправан. Грађевинарство је регулисано бројним прописима код нас, део њих наводимо у раду. Правна уређеност, међутим, није гаранција једнаке примене прописа на сва лица на која се прописи односе, што потврђује стање у нашем Катастру непокретности (неукњиженост многих зграда или или њихових делова), привилегован статус неких инвеститора код појединих органа државне управе (приликом стицања грађевинског земљишта у јавној својини, добијања државних субвенција, толерисања

6 Тач. 1 Закључка Владе 05 бр. 53-3259/2020 о давању сагласности за наставак са радом послодавцима у области грађевинарства, одређеним областима пружања услуга и трговине на мало, као и зелених пијаца, уз примену превентивних мера, *Сл. гласник РС*, бр. 58/20

7 Правилник о превентивним мерама за безбедан и здрав рад за спречавање појаве и ширења епидемије заразне болести, *Сл. гласник РС*, 94/20

8 Значајан скок цена непокретности у Србији претходних година, посебно у већим градовима. Преузето 9. 3. 2022. <https://mondo.rs/Info/Ekonomija/a1599554/Cenestanova-u-Beogradu-i-Srbiji.html>

9 Кредитни извештаји Удружења банака Србије показују да је број корисника стамбених кредита 31. 12. 2019. год. износио 121.537; 31. 11. 2020. год. 131.345; 31. 12. 2021. год. 145.290; а да је учешће стамбених кредита у укупним кредитима становништа 31. 3. 2022. год. обухватало 42,2%. Преузето 15. 5. 2022. <https://www.ubs-asb.com/o-nama/kreditni-biro/kreditni-izvestaj>

пореских утаја), супротно изричитој законској одредби,¹⁰ и носилаца јавних овлашћења¹¹, укључујући пореске¹² и друге органе. „Владавина права има *par excellence* политичку и правну природу, али и значајне економске импликације због којих је оправдано говорити о економском концепту владавине права“ (Јовановић, 2019: 56).

2. Ванредна ситуација и поремећаји у грађевинарству

Инвестициони пројекти почињу буџетирањем (квантитативна пројекција употребе ресурса и новчаних токова) и планирањем средстава за реализацију. Планирање је основа система пословног управљања. Ванредне ситуације стварају поремећаје у привредним делатностима (поједине експандирају), чиме се покреће ток негативних утицаја између повезаних делатности. Пандемијски поремећаји су показали да су посебно осетљиви логистика¹³ и тржиште сировина. Пандемија је утицала на обуставу грађевинских пројеката, рад и губитак посла грађевинских радника, прекорачење времена изградње и трошкове пројеката (Gamil, Alhagar, 2020: 127). Анализа 45 грађевинских пројеката завршених током пандемије указује на смањење продуктивности од око 7% због недостатка радника узрокованог социјалним дистанцирањем, 1% због лошег преноса информација током рада на даљину, док су недоступности материјала и испорука довели до 7% губитка продуктивности (Ogunnus, Hamma-adama, Salman, Kouide, 2020: 122).

2.1. Буџетирање грађевинског пројекта. На основу пословног плана¹⁴ инвеститора, спроводи се буџетирање као алат за управљање пројектом

10 „Органи државне управе поступају према правилима струке, непристрасно и политички неутрално и дужни су да сваком омогуће једнаку правну заштиту у остваривању права, обавеза и правних интереса.“ Чл. 8 Закона о државној управи, *Сл. гласник РС*, 79/05, 101/07, 95/10, 99/14, 47/18 и 30/18 – др. закон

11 Поједини послови државне управе поверавају се аутономним покрајинама, општинама, градовима, јавним предузећима, установама и другим организацијама (имаоци јавних овлашћења). Видети: Чл. 4 Закона о државној управи.

12 Пореска утаја у Србији је најзаступљенија у трговини и грађевинарству. Преузето 15. 5. 2022. <https://www.espreso.co.rs/vesti/ekonomija/504573/srbi-u-prosloj-godini-utajili-skoro-15-milijardi-dinara-poreza-poznato-ko-prednjaci>

13 Логистика укључује несметано функционисање између набавке, производње и продаје. Циљ логистике јесте да материјали, информације или људи стигну из тачке А у тачку Б на време, и да се трансфер изврши на најефикаснији и најбржи могући начин. Преузето 15. 5. 2022. <https://www.schoellerallibert.com/rs/news/markets/koncept-logistike-ta-logistika-znaci/>

14 Планирање у грађевинарству обухвата период од неколико година (оптимално од 3 до 5 год.).

и одлучивање од којих пројеката треба одустати (привремено или коначно) а које реализовати. Исправна инвестициона одлука подразумева мултиваријантну анализу тренутне и могуће будуће ситуације. Нестабилне околности отежавају прикупљање почетних података за израду остварљивог буџета. Данас постоје софтверски производи за израду буџетских модела, прилагођени величини компанија и сложености пројеката.¹⁵ Софтверски програми који обрађују мање података нису адекватни за грађевинске пројекте, а показало се неефикасним и повезивање података из различитих програма, подешавањем података губи се прецизност упоређивања свих параметара, чиме се смањује поузданост добијених резултата. Oracle Primavera P6 Enterprise Project Portfolio Management један је од софтвера за управљање пројектима који користе и домаћи инвеститори.¹⁶ Он омогућава брзо и ефикасно планирање, вођење и контролу пројекта, уношењем пројектних активности, ресурса, трошкова и њиховим праћењем током реализације. Овакав софтвер омогућава планирање вишегодишњих пројеката и посебно је користан лицима која су уједно и инвеститори и извођачи грађевинских радова, јер омогућава планирање и праћење обимних ресурса. Буџетирање у грађевинарству треба да омогући „консолидацију пројектних података у јединствени вишедимензионални модел који би омогућио мултиваријантне анализе и брзо поређење планираних са стварним подацима.”¹⁷ За управљање грађевинским пројектима може се користити и БИМ (*Building Information Management*) дигитална методологија (видети Јованов, Пешко, Мученски, Шешлија, Бибић, 2019). На почетку грађевинског пројекта планирају се све ставке и одређују се лимити трошкова за сваку од њих. Прецизно дефинисање плаћања по ставкама пројекта није могуће ни у редовним околностима, јер ток плаћања зависи од међусобног измиривања обавеза уговорача. Праћењем параметара у буџету, контролише се извођење радова, као и планирано трошење средстава. Пандемијски услови повећали су ризик дефинисања планираног буџета, времена реализације фаза пројекта и планирања новчаних токова. У измењеним околностима, анализа планираног и фактичког стања у буџету пројекта је неопходна као и прилагођавање активности новој ситуацији. Инвеститора интересује профитабилност сваког његовог пројекта, као и профитабилност

15 Рецимо, Excel функционално није довољан за буџет грађевинског пројекта. Само софтвери прилагођени грађевинским пројектима омогућавају ефикасно управљање пројектом.

16 Преузето 17. 5. 2022. <https://project-management-srbija.com/obuka-za-oracle-primavera>

17 Преузето 15. 5. 2022. <https://ru-bis.ru/bs/metal-chimneys/sostavlenie-byudzhetaproekta-v-investicionno-stroitelnoi.html>

привредног друштва. Уколико има више пројеката, своје фиксне трошкове може алоцирати на све пројекте.

2.2. Државне мере у ванредној ситуацији би требало да имају за циљ одржавање привредне активности у мери у којој је то могуће, посебно оних неопходних за живот, и очување привредних потенцијала за време након пандемије. „Задатак фискалне политике није да се подржи тражња већ да се избегне повећана незапосленост и евентуална финансијска криза у току епидемије. Задатак монетарне политике јесте да се очува ликвидност банкарског система, а посредно и корпоративног сектора“ (Глигоров, 2020). У пандемији грађевинске активности код нас нису третиране неопходним активностима (осим јавних инфраструктурних радова из политичких разлога). У домаћем грађевинарству уочено је повећање броја привредних субјеката који сами реализују своје грађевинске пројекте, у супротном се закључује Уговор о грађењу којим се извођач обавезује да према одређеном пројекту сагради у уговореном року одређену грађевину на одређеном земљишту а наручилац се обавезује да му за то исплати одређену цену.¹⁸ Из ове законске формулације се види да је рок изградње¹⁹ битан елемент овог уговора. Наводимо и став да „рок грађења по правилу није битан елемент овог уговора по природи посла, изузев кад из изричите изјаве воље уговорних страна или из садржаја уговора несумњиво произлази да уговорне стране имају особити интерес да се грађевина заврши у уговореном року“ (Васиљевић, 2018: 222). Значајан пораст цена станова можемо сматрати особитим интересом инвеститора да понуди што више станова у што краћем року. Инвеститорима је у оваквим ситуацијама поштовање уговорених рокова посебно важно. Промењене околности могу бити разлог за раскид или измену двостраних уговора уколико након закључења уговора настану околности које нису могле да се предвиде нити избегну или савладају, које отежавају испуњавање обавеза уговорних страна или онемогућавају остваривање сврхе уговора.²⁰ Ванредна ситуација је пореметила уговорне односе између наручилаца и извођача грађевинских радова. Инвеститори су се суочили са могућим пролонгирањем рокова изградње и штетом (стварна штета²¹ и измакла

18 Видети: Чл. 630, тач. 1 Закона о облигационим односима (у наставку и 300), *Сл. лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, 31/93, *Сл. лист СЦГ*, 1/03 – Уставна повеља и *Сл. гласник РС*, 18/20.

19 „Уговорачи су дужни да своје обавезе испуњавају у предвиђеним роковима.“ Чл. 7, ст. 1 Посебних узанси о грађењу, *Сл. лист СФРЈ*, 18/77.

20 Видети: Чл. 133 300.

21 У случају обуставе грађевинских радова, инвеститор има трошкове обезбеђења градилишта, складиштења материјала, трошкове за изнајмљене грађевинске елементе и сл.

корист), а извођачи радова су имали право на продужење рокова изградње и ослобађање од одговорности за штету.²² Због примењених државних мера у грађевинарству, инвеститори нису претрпели битнију штету у време пандемије, обустава грађења трајала је нешто више од месец дана. У најбољој позицији су били пројекти при крају реализације, који су са попуштањем пандемијских мера брзо завршени. Извођачи радова који су прекорачили уговорене рокове изградње у време проглашења ванредне ситуације били су у лошијој позицији у односу на извођаче који у то време нису били у доцњи, због немогућности адекватног кориговања цене радова узрокованог растом цена елемената грађевинских радова који су пратили пандемију.²³

3. Користи и ризици од изградње зграда у ванредној ситуацији

3.1. Користи од изградње зграда. Изградња зграда у Србији била је атрактивна делатност пре и током пандемије: 2011. год. завршено је 2.716.488 м² зграда (стамбених и нестамбених), а 2020. год. завршено је дупло више, 5.444.973 м².²⁴ Обим инвестирања у изградњу зграда у Србији показује и број издатих грађевинских дозвола за зграде који је 2012. год. износио 5.689, 2019. год. 17.034, 2020. год. 17.982, а 2021. год. 24.994.²⁵ Трошкови грађења су повећани, месечни индекс цена елемената и материјала у грађевинарству децембра 2021. год. износио је 116.0 у односу на индекс 100 истог месеца претходне године.²⁶ Овај показатељ објашњава да је део пораста цена станова реакција на пораст цена грађевинских елемената, али примарни фактор поскупљења станова јесте повећана потражња станова (већина станова бива продата пре завршетка зграде)²⁷. Инвеститори су и у условима пандемије повећавали обим пословања, али је понуда зграда била недовољна у односу на потражњу, кретање цена станова то најбоље показује. Крајем 2021. год. цене квадратног метра станова у појединим

22 Видети: Чл. 263 300.

23 О одређивању и корекцији цене грађевинских радова, видети: од чл. 635 до чл. 639 300 и од чл. 23 до чл. 28 Посебних узанси о грађењу.

24 Републички завод за статистику РС. Преузето 11. 3. 2022. <https://data.stat.gov.rs/Home/Result/05030201?languageCode=sr-Latn>

25 Преузето 11. 3. 2022. <https://data.stat.gov.rs/Home/Result/05020603?languageCode=sr-Latn>

26 Преузето 11. 3. 2022. <https://data.stat.gov.rs/Home/Result/030201010603?languageCode=sr-Latn>

27 Констатација на основу прегледа више сајтова који нуде нове станове на продају у Србији.

градовима у Србији порасле су за 20% у односу на претходну годину.²⁸ Укупан број купопродаја непокретности у трећем кварталу 2021. год. у Србији износио је 34.767, што је максимум за трећи квартал у последње 4 год. У укупном промету непокретности, најзаступљенији су били станови са 28% и грађевинско земљиште са 20%.²⁹ Купопродаја непокретности је у трећем кварталу 2021. год. у Србији углавном плаћана готовином (86%) а 14% из кредита. Исти тренд плаћања био је и претходне 4 год., када је куповина станова углавном плаћена готовином (68%), а 32% из кредита.³⁰

3.2. Ризици од изградње зграда. „Ниједан грађевински пројекат није без ризика: ризиком се може управљати, минимизирати га, поделити, пренети или прихватити али се не може занемарити“ (Сакмак, Tezel, 2019). Ризици који прате домаће грађевинске пројекте јесу: промена тржишних услова и прописа из ове области, корупција, политичка нестабилност и партијски обојен државни интервенционизам у грађевинарству. Грађење је *дуг производни процес* који може трајати неколико година. У том периоду се трошкови грађења могу значајно повећати, док се приходи остварују продајом објекта (или делова), током и након изградње, по тренутно актуелним ценама. Инвеститор има трошкове од момента одлучивања о градњи објекта и он преузима ризик реализације пројекта. До окончања грађевинског пројекта могу настати околности које је инвеститор могао очекивати, али и оне на које није рачунао. Са друге стране, извођач грађевинских радова брине о наплати својих радова и уложеним средствима, због чега у ванредним околностима може тражити већи аванс од инвеститора. Успешно пословање инвеститора и извођача условљено је смањењем непотребних трошкова и рокова градње, што се може постићи ефикасним пројектним решењем и рационалном организацијом грађења (истраживање: Димитријевић, Стојадиновић, Маринковић, Димитријевић, 2019). Навешћемо неке трошкове грађевинског пројекта, сваки од њих се може увећати у току изградње. *Трошкови буџетирања* настају у процесу израде планираног буџета и процене исплативости пројекта (могући трошкови куповине софтвера, ангажовање консултантских кућа, израда

28 Кретање цена станова у Србији по градовима и општинама, за период 2019–2021. год. Преузето 11. 3. 2022. <https://www.rgz.gov.rs/vesti/4782/vest/autoritativni-izve%C5%A1taj-republi%C4%8Dkog-geodetskog-zavoda-sa-tr%C5%BEi%C5%A1ta-nepokretnosti-za-iii-kvartal-2021-godine>

29 Преузето 11. 3. 2022. <https://www.rgz.gov.rs/vesti/4782/vest/autoritativni-izve%C5%A1taj-republi%C4%8Dkog-geodetskog-zavoda-sa-tr%C5%BEi%C5%A1ta-nepokretnosti-za-iii-kvartal-2021-godine>

30 Преузето 11. 3. 2022. <https://www.rgz.gov.rs/vesti/4782/vest/autoritativni-izve%C5%A1taj-republi%C4%8Dkog-geodetskog-zavoda-sa-tr%C5%BEi%C5%A1ta-nepokretnosti-za-iii-kvartal-2021-godine>

студије оправданости³¹). *Трошкови финансирања пројекта* (кредити, банкарске гаранције). *Трошкови земљишта* за изградњу објекта (цена земљишта³², закуп, могућа провизија агенцији за посредовање, трошкови адвоката и јавног бележника, могући трошкови везани за имовинске односе, комунално уређење). *Трошкове локацијских услова-дозволе* чине трошкови докумената који се подносе и таксе за издавање ове дозволе. *Трошкови пројектовања*, накнада пројектанту за израду пројеката. *Трошкови тендерске документације*³³ којом се дефинише обим, фазе и динамика изградње објекта и чини понуда извођачима радова. Са изабраним извођачем радова закључује се *уговор о грађењу* (трошкови адвоката). *Накнаде јавним комуналним предузећима* за: склоништа, противпожарну заштиту, прикључак за грејање, струју, воду, канализацију и друго. *Накнада за градско грађевинско земљиште* плаћа се органу локалне самоуправе ради уређења овог земљишта. *Трошкови добијања грађевинске дозволе* везани су за захтев за издавање грађевинске дозволе уз који се прилаже прописана документација, плаћене таксе и друге накнаде. *Трошкови грађења објекта* јесу директни и индиректни. Директни трошкови грађења укључују цену радова према уговору о грађењу (припремни, грађевински, грађевинско-занатски, инсталатерски радови, спољно уређење). Индиректни трошкови грађења везани су за: рад надзорног органа на градилишту, праћење уговора, геодетске снимке, контроле, атесте, прикључке и сагласности. *Технички пријем* изграђеног објекта врши се према пројекту изведеног стања (цена овог пројекта зависи од измена идејног пројекта), то је пројекат са унесеним свим променама које су регистроване у градилишној документацији. Стручна комисија врши технички пријем објекта који плаћа инвеститор. На основу извршеног техничког пријема објекта, издаје се *употребна дозвола*, на основу које инвеститор подноси захтев за *књижење објекта* и плаћа трошкове овог поступка, као и трошкове добијања употребне дозволе. Значајан део укупних трошкова инвеститора чине *порези*.

4. Ток грађевинског пројекта

Will Hughes реализацију инвестиционог пројекта дели на следеће фазе: почетна (*inception stage*), претходна студија оправданости (*preliminary feasibility study*) и студија оправданости (*feasibility stage*), израда идејних

31 Видети: Чл. 133 ЗПИ.

32 Цена земљишта може бити значајна а зависи од: величине земљишта, локације, тренутних тржишних цена, инфраструктуре, комуналне уређености и другог.

33 Преузето 17. 5. 2022. <https://salonknjiga.rs/tenderska-dokumentacija-podsetnik-ponudjacu-za-pripremu/>

решења (*scheme design*), израда грађевинских пројеката (*detail design*), уговарање (*contracting*), изградња (*construction*), пријем и употреба објекта (*commissioning*) (Преузето: Ивковић, Поповић, Стојадиновић, 2021: 31). „Изградња објекта обухвата: претходне радове, израду и контролу техничке документације, припремне радове за грађење, грађење и стручни надзор у току грађења“³⁴. Наведене фазе пројекта не одвијају се по хронолошком реду и могу се преклапати. За инвеститора су посебно значајне фазе „идентификовања посла, односно формулисања жеље инвеститора“, укључујући „израду студије оправданости, у оквиру које се анализирају варијантна решења и оцењују финансијски ефекти“ (Ивковић et al. 2021: 36). Ток грађевинског пројекта пратићемо од почетних фаза до његове реализације, не ослањајући се стриктно на претходне поделе и без детаљне анализе, због ограниченог простора и чињенице да смо у делу о трошковима споменули све битне фазе пројекта. Желимо да укажемо на комплексност реализације грађевинског пројекта у редовним околностима, која се интензивира у ванредним ситуацијама.

4.1. *Пре изградње објекта инвеститор одлучује о изградњи објекта, обезбеђује финансијска средства, земљиште³⁵ и техничку документацију.* Инвеститор грађевинског пројекта може бити привредно друштво или предузетник. Уколико се тек оснива, инвеститору је потребно одређено време и новац за регистрацију оснивања у Агенцији за привредне регистре (АПР). Део процедуре оснивања и регистрације других података у АПР-у код нас је дигитализован, али се значајан део обавља предајом поднесака на шалтеру или слањем поштом, што је разлог успоравања активности инвеститора.³⁶ Одсуство потпуно дигитализованих процедура у АПР-у, чињеница да је „уношење података у регистре АПР-а строго формално“ и да се „одбијају пријаве за регистрацију због најмање грешке“ (Николић, 2022: 282), додатно су отежали пословне активности у пандемијским условима. Инвеститор финансира пројекат из сопствених извора, кредита или обезбеђивањем финансијера (лице које на основу закљученог и овереног уговора са инвеститором финансира или суфинансира изградњу и на основу тог уговора стиче одређена права, осим права својине на објекту који се гради).³⁷ Намена грађевинског земљишта³⁸ одређена је

34 Чл. 2, тач. 30 ЗПИ.

35 Видети: Од чл. 1 до чл. 4 Закона о промету непокретности, *Сл. гласник РС*, 93/14, 121/14 и 6/15.

36 Видети: Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, *Сл. гласник РС*, 99/11, 83/14, 31/19 и 105/21.

37 Видети: Чл. 2, тач. 43 ЗПИ.

38 „Земљиште које је одређено законом или планским документом за изградњу и коришћење објеката, као и земљиште на којем су изграђени објекти у складу са

планским документом и тим истим документом се може променити³⁹ али и злоупотребити у смислу пренамене пољопривредног и шумског земљишта у грађевинско за привилеговане инвеститоре. Грађевинско земљиште може бити у свим облицима својине, а када је у јавној својини, промет (отуђење или закуп) врши се под посебним условима.⁴⁰ Неки инвеститори лакше стичу грађевинско земљиште у јавној својини, и поред тога што су услови наизглед једнаки за све.⁴¹ За израду *техничке документације*, инвеститор ангажује лица која обављају архитектонску и инжењерску делатност.⁴² *Грађевинска дозвола*⁴³ се издаје на захтев инвеститора који је приложио сву прописану документацију⁴⁴, након тога могу започети грађевински радови. Остваривање права на изградњу и коришћење објеката код нас се остварује у *обједињеној процедури* од 2016. год., када је по први пут успостављена јединствена е-база података о току сваког предмета, и одлукама надлежних органа у вези са изградњом објеката.⁴⁵ У овој процедури: издају се локацијски услови и грађевинске дозволе; пријављују се радови и завршетак објекта; издају се употребне дозволе; обезбеђује се прикључење на инфраструктурну мрежу; уписује се право својине на изграђеном објекту; мењају се акта; прибављају се услови за пројектовање и сагласности на техничку документацију; прибављају се документа која издају имаоци јавних овлашћења, а услов су за изградњу објеката.⁴⁶ Предности увођења обједињених процедура у грађевинарству дошле су до изражаја у пандемијским условима. *Централна евиденција обједињених процедура (ЦЕОП)*⁴⁷ јесте систем правно уређен код нас 2014. год.⁴⁸ Он омогућава да се комплетна документација потребна за изградњу

законом.“ Чл. 82 ЗПИ.

39 Видети: Чл. 88 ЗПИ.

40 Чл. 84, 85, 86, 99 и 100 ЗПИ.

41 Преузето 17. 5. 2022. <https://www.rdi.gov.rs/oglas.php>

42 „Техничка документација јесте скуп пројеката који се израђују ради: утврђивања концепта објекта, разраде услова, начина изградње објекта и одржавања објекта.“ Чл. 2, тач. 29 ЗПИ.

43 Правилник о садржини и начину издавања грађевинске дозволе, *Сл. гласник РС*, 93/11 и 103/13 – одлука УС.

44 Грађевинску дозволу за изградњу објеката издаје министарство надлежно за послове грађевинарства или се то поверава аутономној покрајини, као и јединицама локалне самоуправе. Видети: Чл. 133 и 134 ЗПИ.

45 Преузето 16. 4. 2022. <https://www.apr.gov.rs/registri/gradjevinske-dozvole/o-evidenciji.2385.html>

46 Видети: Чл. 8 ЗПИ.

47 Преузето 18. 5. 2022. <https://ceop.apr.gov.rs/eregistrationportal/public/home>

48 Закон о изменама и допунама Закона о планирању и изградњи, *Сл. гласник РС*, 132/14

објекта подноси и издаје онлајн у е-форми. Портал је уведен крајем 2015. год., а ажуриран новом верзијом софтвера у лето 2020. године. Од 1. 1. 2016. год. сви захтеви у поступку обједињене процедуре подносе се искључиво е-путем, преко Централног информационог система АПР-а. Размена докумената у обједињеној процедури обавља се *е-путем*. Сва акта која доносе надлежни органи, као и документи који се достављају у обједињеној процедури, укључујући и техничку документацију, достављају се у *форми е-документа*. Ако се доставља документ који је изворно сачињен у папирној форми, примерак тог документа се дигитализује. Провера докумената и техничке документације који се достављају обједињеној процедури врши се аутоматски приликом подношења захтева и размене докумената у ЦЕОП-у.⁴⁹ Подношење захтева у ЦЕОП-у је строго формално и захтева прецизност, у супротном се захтеви одбијају.⁵⁰

4.2. *Фазе изградње објекта*. Грађење⁵¹ објекта врши се на основу *грађевинске дозволе и техничке документације* (генерални пројекат, идејно решење, идејни пројекат, пројекат за грађевинску дозволу, пројекат за извођење и пројекат изведеног објекта).⁵² Пре почетка изградње, инвеститор подноси *пријаву радова*⁵³ органу који је издао грађевинску дозволу, који о томе обавештава грађевинску инспекцију. Ванредне околности угрозиле су поштовање прописаних рокова у обједињеној процедури и другим поступцима. Из тог разлога, у циљу спречавања пробијања законских рокова странака у поступцима пред државним органима и организацијама, сасвим оправдано, прописано је да за време ванредног стања у РС странке не могу сносити последице свог непоступања у прописаним роковима у управним поступцима.⁵⁴ Грађењу објекта могу претходити различити *припремни радови* (рашчишћавање терена, обезбеђење простора за допрему

49 О размени докумената и поднесака у обједињеној процедури и њиховој форми, видети: Чл. 8а ЗПИ.

50 Документа морају бити дигитално потписана укључујући уплатнице, пуномоћја (подношење захтева у име инвеститора може нпр. урадити пројектни биро или друго професионално лице на основу пуномоћја), извештаји комисије за технички преглед, копије планова парцеле. Техничка документација се доставља у dwg. или dwf. формату који не мора имати е-потпис, а када се доставља у pdf формату мора имати е-потпис. Преузето 18. 5. 2022. <http://gradjevinskedozvole.rs/Files/00914/Pregled-najcescih-gresakapodnosilaca-zahteva-u-objedinjenoj-proceduri.pdf>

51 „Грађење јесте извођење грађевинских и занатских радова, уградња грађевинских производа, постројења и опреме“. Чл. 2, тач. 31 ЗПИ.

52 Чл. 110 и 116 ЗПИ.

53 Поступак пријаве радова регулисан је чланом 148 ЗПИ.

54 Видети: Чл. 2 Уредбе о примени рокова у управним поступцима за време ванредног стања, *Сл. гласник РС*, 41/20 и 43/20.

и смештај грађевинских производа и опреме, обезбеђивање несметаног одвијања саобраћаја и сл.).⁵⁵ Извођач радова одређује *одговорног извођача* радова који руководи грађењем објекта, док је инвеститор обавезан да обезбеди *стручни надзор*⁵⁶ у току грађења.

4.3. Окончање изградње и употреба објекта. Подобност изграђеног објекта за употребу утврђује се *техничким прегледом надлежне комисије*⁵⁷ која контролише усклађеност изведених радова са грађевинском дозволом и техничком документацијом, као и са техничким прописима и стандардима. Изграђени објекат може се користити након што инвеститор прибави *употребну дозволу*.⁵⁸ Захтев за издавање употребне дозволе осим инвеститора може поднети и финансијер или лица на која је у катастру непокретности извршена предбељба стицања објекта или дела објекта у изградњи.⁵⁹ Употребна дозвола се доставља инвеститору и надлежном грађевинском инспектору. Орган који је издао дозволу, по службеној дужности, доставља органу надлежном за послове државног премера и катастра употребну дозволу са пратећим елаборатима, на основу чега катастар врши *упис права својине на објекту*. *Надзор* над применом ЗПИ и прописа донетих на основу овог закона врши министарство надлежно за послове урбанизма и грађевинарства.⁶⁰ У домаћој пракси се јављају ситуације да, и поред контрола у току изградње објеката, техничког прегледа изграђених објеката и инспекцијског надзора, употребне дозволе бивају издате не на основу изведеног стања, већ на основу пројекта за извођење, од кога се одступило приликом изградње. Иако постоје прецизни домаћи прописи, дешава се упис у катастар изграђених објеката који одступају од изведеног стања, рецимо, дограђен је један спрат у стамбеној згради који није приказан у пројектној документацији а „невидљив“ је и у документацији приложеној уз захтев за издавање употребне дозволе и „игнорисан“ приликом уписа права својине у катастру. Стицање права својине на оваквим „непостојећим“ деловима објеката или читавим објектима омогућено је поступком озакоњења, а у пракси се игнорише проналажење узрока доласка до таквих ситуација и одговорних лица која су омогућила противправно понашање.

55 Видети: Чл. 2, тач. 28 ЗПИ.

56 Стручни надзор је регулисан чланом 153 ЗПИ.

57 Видети: Чл. 154 и 155 ЗПИ.

58 Издавање употребне дозволе регулисано је члановима 158 и 158а ЗПИ.

59 Видети: Чл. 158, ст. 7 ЗПИ.

60 О инспекцијском надзору видети детаљније, од члана 172 до 184 ЗПИ.

5. Уместо закључка

Грађевинарство у Србији протеклих година привлачи домаће и стране инвеститоре и финансијере. Бројни ризици који прате грађевинске пројекте показали су се као изазов који многи инвеститори прихватају, мотивисани потенцијалним приносима. У раду смо указали на комплексност управљања грађевинским пројектима и обимне административноправне процедуре које прате цео ток пројекта. Такође смо апострофирали неке разлоге неравноправног положаја грађевинских инвеститора код нас. Оно што смо у раду навели, а желимо да нагласимо, јесте да су примењене пандемијске мере у Србији подржале и олакшале спровођење грађевинских пројеката. Највећи подстицај грађевинарству код нас чини увођење ЦЕОП система и његово иновирање током пандемије. Петогодишња примена ЦЕОП-а показала је предности овог система у односу на претходни класични систем (папирна форма докумената замењена је електронском а чекање у редовима замењено је онлајн комуникацијом). Корисници система обједињених процедура (инвеститори, пројектанти, запослени у органима јавне управе) релативно брзо су прихватили нови е-систем комуникације и одлучивања, мада коришћење овог е-система, по нашем мишљењу, треба оперативнo дорадити и прилагодити просечном кориснику. Процедура издавања грађевинских и употребних дозвола је поједностављена и стандардизована у целој Србији, прецизиран је садржај пројектне документације и одлуке надлежних органа, усклађено је одлучивање по захтевима странака и тумачење грађевинских прописа. Још једна предност ЦЕОП система јесте онлајн подношење и доступност свих поднесака, одлука и документације, а подносилац захтева има увид у којој фази одлучивања се налази његов предмет. Све надокнаде везане за ЦЕОП могу се платити е-путем. Наведене предности ЦЕОП-а, које у суштини представљају савремену е-комуникацију страна у управним поступцима, дошле су до изражаја у време ванредне ситуације, омогућавајући инвеститорима испуњавање административноправних обавеза е-путем, што јесте корисна процедура и у редовним околностима. И управо ово одсуство директне комуникације са лицима у надлежним државним органима и институцијама понекад ствара проблем подносиоцима различитих захтева. У ЦЕОП-у не постоји могућност да подносилац захтева контактира лице које одлучује по његовом захтеву. Уместо тога, клијенти се упућују да техничку и оперативну дилему и проблем реше путем е-поште и доступних телефона, а у пракси се дешава да на овај начин не могу решити свој проблем.⁶¹ Добро замишљен и имплементиран

61 Преузето 17. 4. 2022. <https://www.apr.gov.rs/registri/gradjevinske-dozvole/o-evidenciji.2385.html> и <https://kljucuruke.com/ceop-sta-je-bolje-a-sta-losije/>

ЦЕОП систем, уз одређене корекције, може додатно олакшати реализацију грађевинских пројеката. Генерално, имплементација правних правила у софтверске системе јесте заједнички задатак правника и програмера. „Савремени тренутак сведочи о преплитању права и технологије на начин који је изван и изнад односа регулатора и регулисаног односа: технологија постаје органски елеменат права, његовог настанка, примене, контроле и развоја“ (Цветковић, 2021: 62).

Литература/References

Васиљевић, М. (2018). *Трговинско право*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Gamil, Y., Alhagar, A. (2020). The Impact of Pandemic Crisis on the Survival of Construction Industry: A Case of COVID-19. *Mediterranean Journal of Social Sciences*, Vol. 11 No. 4 (2020): July 2020 . DOI: <https://doi.org/10.36941/mjss-2020-0047>. <https://www.richtmann.org/journal/index.php/mjss/article/download/12188/11787> . Преузето 1.6.2022.

Глигоров, В. (2020). *Опоравак после епидемије у Хрватској и Србији*. <https://pescanik.net/wp-content/uploads/2020/07/corona.pdf>. Преузето 15.3.2022.

Димитријевић, Б., Стојадиновић, З., Маринковић, Д., Димитријевић, М. *Influence of structural system on the construction time and cost of residential projects*. GRAĐEVINAR, Journal of the Croatian Association of Civil Engineers, DOI: <https://doi.org/10.14256/JCE.2315.2018>, <http://casopis-gradjevinar.hr/assets/uploads/JCE-71-2019-8-5-2315-EN.pdf> . Преузето 29.5.2022.

Ивковић, Б., Поповић, Ж., Стојадиновић, З. (2021). *Управљање пројектима у грађевинарству*, Београд: CFP Apostrof.

Јовановић, А. (2019). Србија и економске импликације владавине права. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. (85). 55-72

Јованов, А., Пешко, И., Мученски, В., Шешлија, М., Бибић, Д. (2019). *Construction management of projects via BIM*. *Zbornik radova Građevinskog fakulteta*, 36, 2019.god., str. 39-51, DOI: 10.14415/zbornikGFS36.03, <http://www.gf.uns.ac.rs/~zbornik/doc/ZR36.03.pdf> . Преузето 29.5.2022.

Murdoch, J., Hughes, W. (2008). *Construction Contracts Law and management*. Routledge, <https://engineeringbookspdf.com/construction-contracts-law-and-management-fourth-edition-pdf-free-download/1659/>. Преузето 1.6.2022.

Николић, Љ. (2022). *Incorporation of companies in Serbia – the scope of presence of electronic and traditional procedures*. *Теме*, Vol. XLVI, No 1, 2022, 269-285.

<https://doi.org/10.22190/TEME210618015N>, <http://teme2.junis.ni.ac.rs/index.php/TEME/article/view/1560> . Преузето 28.5.2022.

Ogunnus, M., Hama-adama, M., Salman, H., Kouide, T. (2020). COVID-19 Pandemic: The Effects and Prospects in the Construction Industry. *International journal of real estate studies [online]*, 14 (Special Issue 2), pages 120-128. Прегледано 1.6.2022. Available from: https://www.utm.my/intrest/files/2020/11/2_Final_MS_CRES-Covid-025.pdf

Цветковић, П. (2021). Синтеза правног текста и програмског кода: случај Рикардијанског уговора. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. (90). 61-76

Sakmak, P.I., Tezel, E. (2019). *A Guide for Risk Management in Construction Projects: Present Knowledge and Future Directions*. Risk Management in Construction Projects, DOI: <http://dx.doi.org/10.5772/intechopen.84361> https://mts.intechopen.com/storage/books/8808/authors_book/authors_book.pdf . Преузето 28.5.2022.

Правни акти

Закон о планирању и изградњи. *Службени гласник РС*. Бр. 72/2009, 81/2009.- испр., 64/2010.- одлука УС, 24/2011, 121/2012, 42/2013.- одлука УС, 50/2013.- одлука УС, 98/2013.- одлука УС, 132/2014, 145/2014, 83/2018, 31/2019, 37/2019.- др. закон, 9/2020. и 52/2021.

Закон о смањењу ризика од катастрофа и управљању ванредним ситуацијама. *Службени гласник РС*. Бр. 87/2018.

Наредба о праглашењу епидемије заразне болести Ковид-19. *Службени гласник РС*. Бр. 37/2020.

Закључак Владе 05 бр. 53-3259/2020 о давању сагласности за наставак са радом послодавцима у области грађевинарства, одређеним областима пружања услуга и трговине на мало, као и зелених пијаца, уз примену превентивних мера. *Службени гласник РС*. Бр. 58/2020.

Правилник о превентивним мерама за безбедан и здрав рад за спречавање појаве и ширења епидемије заразне болести. *Службени гласник РС*. Бр. 94/2020.

Закон о државној управи. *Службени гласник РС*. Бр. 79/2005, 101/2007, 95/2010, 99/2014, 47/2018. и 30/2018.- др. закон.

Закон о облигационим односима. *Службени лист СФРЈ*. Бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989.-одлука УСЈ и 57/1989, *Службени лист СРЈ*. Бр. 31/1993, *Службени лист СЦГ*. Бр. 1/2003. - Уставна повеља и *Службени гласник РС*. Бр. 18/2020.

Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре. *Службени гласник РС*". Бр. 99/2011, 83/2014, 31/2019. и 105/2021.

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

Закон о изменама и допунама Закона о планирању и изградњи. *Службени гласник РС*. Бр. 132/2014.

Правилник о садржани и начину издавања грађевинске дозволе. *Службени гласник РС*. Бр. 93/2011. и 103/2013. - одлука УС.

Уредба о примени рокова у управним поступцима за време ванредног стања. *Службени гласник РС*. Бр. 41/2020. и 43/2020.

Посебне узансе о грађењу. *Службени лист СФРЈ*. Бр. 18/1977.

Електронски извори

<https://www.paragraf.rs/svi-propisi-uputstva-za-sprecavanje-sirenja-korona-virusa-covid-19.html>. Преузето 09.5.2022.

<https://mondo.rs/Info/Ekonomija/a1599554/Cene-stanova-u-Beogradu-i-Srbiji.html>. Преузето 09.3.2022.

<https://www.ubs-asb.com/o-nama/kreditni-biro/kreditni-izvestaj>. Преузето 15.5.2022.

<https://www.espreso.co.rs/vesti/ekonomija/504573/srbi-u-prosloj-godini-utajili-skoro-15-milijardi-dinara-poreza-poznato-ko-prednjaci>. Преузето 15.5.2022.

<https://www.schoellerallibert.com/rs/news/markets/koncept-logistike-ta-logistika-znaci/>. Преузето 15.5.2022.

<https://project-management-srbija.com/obuka-za-oracle-primavera>. Преузето 17.5.2022.

<https://ru-bis.ru/bs/metal-chimneys/sostavlenie-byudzheta-proekta-v-investicionno-stroitelnoi.html>. Преузето 15.5.2022.

<https://data.stat.gov.rs/Home/Result/05030201?languageCode=sr-Latn>. Преузето 11.3.2022.

<https://data.stat.gov.rs/Home/Result/05020603?languageCode=sr-Latn>. Преузето 11.3.2022.

<https://data.stat.gov.rs/Home/Result/030201010603?languageCode=sr-Latn> . Преузето 11.3.2022.

<https://www.rgz.gov.rs/vesti/4782/vest/autoritativni-izve%C5%A1taj-republi%C4%8Dkog-geodetskog-zavoda-sa-tr%C5%BEi%C5%A1ta-nepokretnosti-za-iii-kvartal-2021-godine> . Преузето 11.3.2022.

<https://www.rgz.gov.rs/vesti/4782/vest/autoritativni-izve%C5%A1taj-republi%C4%8Dkog-geodetskog-zavoda-sa-tr%C5%BEi%C5%A1ta-nepokretnosti-za-iii-kvartal-2021-godine> . Преузето 11.3.2022.

<https://www.rgz.gov.rs/vesti/4782/vest/autoritativni-izve%C5%A1taj-republi%C4%8Dkog-geodetskog-zavoda-sa-tr%C5%BEi%C5%A1ta-nepokretnosti-za-iii-kvartal-2021-godine> . Преузето 11.3.2022.

<https://salonknjiga.rs/tenderska-dokumentacija-podsetnik-ponudjacu-za-pripremu/> . Преузето 17.5.2022.

<https://www.rdi.gov.rs/oglas.php> . Преузето 17.5.2022.

<https://www.apr.gov.rs/registri/gradjevinske-dozvole/o evidenciji.2385.html> . Преузето 16.4.2022.

<https://ceop.apr.gov.rs/eregistrationportal/public/home> . Преузето 18.5.2022.

<http://gradjevinskedozvole.rs/Files/00914/Pregled-najcescih-gresaka-podnosilaca-zahteva-u-objedinjenoj-proceduri.pdf> . Преузето 18.5.2022.

<https://www.apr.gov.rs/registri/gradjevinske-dozvole/o-evidenciji.2385.html> . Преузето 17.4.2022.

<https://kljucuruke.com/ceop-sta-je-bolje-a-sta-losije/> . Преузето 17.4.2022.

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

INVESTMENTS IN CONSTRUCTION INDUSTRY IN EMERGENCIES: BENEFITS AND RISKS

Summary

In this paper, the author analyzes the effects of an emergency situation, primarily the COVID-19 pandemic, on investments in construction industry. In Serbia, the expansion of construction industry continued in the conditions of the COVID-19 pandemic. Based on the risk assessment that accompanies construction projects and the actions of the state to reduce pandemic disturbances, we can conclude that the short-term effects of state measures in construction industry have supported the implementation of construction projects. The first pandemic wave affected a change in the project management strategy aimed at adapting to the changed circumstances. However, the long-term economic consequences of the pandemic are still difficult to observe. Long-term pandemic effects emerge as a consequence of structural disorders, the so-called “multiplied” negative effects, which are the result of the connection between economic flows and activities. The more economic segments are affected, the more multipliers there will be; moreover, there are compensatory effects (e.g. the expansion of the pharmaceutical industry, production of computer equipment, etc.). The complex interaction of related economic activities determines the initial result of individual economic entities, which will affect the profitability of future construction projects. The biggest incentive for construction industry in our country is the introduction of the Central Register of Unified Procedures (CRUP). By using this system, complete documentation required for construction and use of facilities may be submitted and issued online in e-form.

Keywords: *emergency, construction industry, investments, benefits and risks.*

Др Иван Илић,*
Доцент,
Правни факултет, Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfm1-36869

UDK: 341.24:342.7

Раd примљен: 09.03.2022.
Раd прихваћен: 31.03.2022.

ШИРЕЊЕ ОПСЕГА ОБАВЕЗЕ ДРЖАВЕ ДА ШТИТИ ПРАВО НА ЖИВОТ ЛИЦА ПОД СВОЈОМ ЈУРИСДИКЦИЈОМ ПРЕМА НОВИЈОЈ ПРАКСИ ЕВРОПског СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА**

Апстракт: Најзначајније од свих људских права је, недвосмислено, право на живот. Тај поредак уважавају готово све међународне конвенције о људским правима. Тако и у Европској конвенцији за заштиту људских права и слобода (у даљем тексту: Конвенција, ЕКЉП), право на живот је наведено пре осталих људских права. Јуриспруденција Европског суда за људска права (у даљем тексту: Суд, ЕСЉП) установила је одређене обавезе за државе с циљем заштите људских права. Једна од њих је позитивна обавеза која подразумева предузимање мера од стране државе с циљем заштите права на живот од деловања трећих лица која нису државни органи. У пракси Суда такође је познат принцип да се Конвенција тумачи као „живи инструмент“ у светлу савремених околности. Применом те догме, опсег позитивне обавезе државе да штити право на живот лица која се налазе под њеном јурисдикцијом у новијој пракси Суда бива проширен. Аутор рада се бави анализом праксе Суда, покушавајући да одговори на питање које су границе позитивне обавезе заштите права на живот. Аутор такође настоји да утврди да ли су ставови новије праксе Суда по питању опсега позитивне обавезе у сагласју са осталим раније утврђеним принципима и ставовима у јуриспруденцији ЕСЉП.

Кључне речи: право на живот, члан 2, позитивна обавеза, ЕСЉП, ЕКЉП.

* ivan@prafak.ni.ac.rs

** Раd је настао као резултат финансирања научноистраживачког рада НИО, од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја РС, према уговору, евиденциони број 451-03-68/2022-14/200120.

1. Уводне напомене

Право на живот је најзначајније и фундаментално људско право. Од постојања права на живот зависи постојање свих других права (Onuegbulam, C, 2015:162). Без постојања овог права и темељне вредности савременог човечанства, сва остала људска права била би обесмишљена. Стога се право на живот на лествици људских права поставља на прво место (Dragne, L, Balaceanu, C, 2014).

Ипак, право на живот није неприкосновено и апсолутно право. Релативизација заштите се огледа у, још увек, постојећој смртној казни (Riga, P, 1981:23–46) у неким државама, али се актуелизује и по питању еутаназије (Chetwynd, S. B, 2004:173–82) и абортуса (Copelon, R, Zampas, C, Brusie, E, de-Vore, J, 2005:120–129). Осим тога, право на живот на пољу заштите губи своју неприкосновеност стога што држава, у склопу монопола власти, оставља могућност да се током деловања својих органа, у одређеним случајевима, посегне за правом на живот. Право на живот је по номенклатури у Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода заузело прво место, испред свих других права, и стипулисано је у члану 2. Заштита права на живот ни у Конвенцији није апсолутна, већ су предвиђена одступања, у виду примене смртне казне, мада је допунским протоколима то одступање практично дерогирано (Илић, I, Knežević, S, 2020: 607–620), а у ставу 2 је прописана употреба смртоносне силе када је то апсолутно нужно. Јуриспруденција Европског суда за људска права је изнедрила доктрину негативних и позитивних обавеза за државу. У склопу позитивне обавезе је настала и процедурална обавеза. Ове обавезе највећу афирмацију добијају управо на терену заштите права на живот. У новијој пракси Суда, приметна је тенденција ширења позитивне обавезе државе у погледу заштите права на живот, те се у науци поставља питање граница те обавезе, као и оправданости проширења њеног опсега.

2. Право на живот и обавезе државе

Право на живот представља једну од темељних вредности у демократском друштву држава које чине Савет Европе. Стога се одредба из члана 2 Конвенције сматра једном од најтемељнијих. Од ове одредбе не може се одступити чак ни у време рата, а изузеци од заштите права на живот морају да се тумаче уско.¹ Осим примене смртне казне, која је прописана у ставу 1, у ставу 2 су предвиђена три изузетка од права на живот. Лишење живота неког лица се не сматра противним члану 2 ако је учињено с циљем одбране неког лица од незаконитог насиља. Лишење живота није противно

1 McCann and others v. UK, app. 18984/91, 27/09/1995, §147.

члану 2 ни ако је до тога дошло током законитог хапшења неког лица, или с циљем спречавања бекства неког лица које је претходно законито лишено слободе. Најзад, ако је до лишења живота дошло применом законитих мера које су предузете с циљем сузбијања нереда или побуне, то такође није у супротности са чланом 2 Конвенције. У сва три случаја употребљена сила мора бити апсолутно нужна. Према томе, у члану 2 Конвенције су предвиђена намерна и ненамерна лишења живота. У сва три изузетка од права на живот, из става 2, употреба смртоносне силе мора да буде сразмерна одређеном циљу. Приликом испитивања да ли је дошло до повреде члана 2 Конвенције, у пракси суда размотриће се природа циља, затим природа ризика по живот, као и степен могућег губитка живота у конкретном случају (Leach, P, 2011:184).

Из члана 2 произлазе две обавезе за државу. Најпре, постоји негативна обавеза, која се састоји у потреби да се експоненти државне власти уздрже од употребе смртоносне силе, осим ако је то апсолутно нужно, ради остварења неког од циљева из става 2, члана 2 Конвенције. Осим негативне, држава такође има и позитивну обавезу, да заштити право на живот лица која се налазе под јурисдикцијом државе. Она произлази из члана 1 Конвенције, који налаже заштиту права лица која се налазе под јурисдикцијом државе. Ова обавеза се назива и позитивна материјална обавеза државе. Осим материјалне, држава има и процедуралну позитивну обавезу да спроведе делотворну службену истрагу када дође до употребе смртоносне силе, или у другим случајевима када дође до смртног исхода.

Позитивна материјална обавеза државе је тековина праксе Суда. На основу јуриспруденције може се извести закључак о појму и садржини ове обавезе. Позитивна обавеза је први пут споменута у тзв. случају Белгијске Лингвистике.² Ту је апликант истакао да на страни државе постоји обавеза да нешто учини с циљем заштите појединца. Суд је, међутим, у каснијим случајевима³ развио појам и садржину позитивне обавезе. Синтетички, она представља захтев да држава предузме разумне, одговарајуће мере, с циљем заштите права појединца (Akandji-Kombe, JF, 2007:7). Протективна функција државе, према томе, обухвата не само заштиту појединаца од радњи представника сопствених државних органа, већ и од радњи трећих лица. Мере које држава треба да предузме треба да буду на нормативном и практичном плану. Другим речима, треба обезбедити адекватан правни оквир за заштиту права појединаца од делатности других појединаца.

2 Belgium Linguistics case, app. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 03/10/1972.

3 Hokkanen v. Finland, app. 19823/92, 23/09/1994, §55, Lopez Ostra v. Spain, app. 16798/90, 09/12/1994, §51.

Осим тога, држава треба да предузима радње којима ће имплементирати прописане протективне мере. Примера ради, држава треба да предвиди заштитне механизме за превенцију самоубиства у затворима, али истовремено и да предузима радње којима би се спречила самоубиства у затворима у пракси, у случајевима када постоји опасност од те појаве.

Позитивна обавеза државе, кад је реч о заштити права на живот, изводи се из језичког тумачења става 1 члана 2 Конвенције, у коме је наведено: „право на живот сваког заштићено је законом“. Из те одредбе произлази обавеза државе да предузме мере с циљем заштите права на живот. Из праксе Судасе такође може закључити да је правни основ за позитивну обавезу државе члан 1 Конвенције, који захтева од држава потписница да предузму мере којим се штите права из Конвенције (и протокола уз Конвенцију) свих лица која се налазе под њеном јурисдикцијом.⁴ Ова одредба Конвенције има само привидно аутономно значење. Њена примена се може проверити само применом критеријума за заштиту права гарантованих Конвенцијом (Akandji-Kombe, JF, 2007, 9). Овај приступ се у одлукама Суда материјализује у сентенци да „Конвенција има за циљ да гарантује права која нису теоријска и илузорна, већ права која су практична и ефективна“. Најзад, новија школа теорије европског права људских права заступа становиште да позитивна обавеза за државу проистиче из принципа „владавине права“.

Враћајући се на заштиту права на живот лица под јурисдикцијом државе од радњи трећих лица (других појединаца), поставља се питање досега те обавезе. До које границе сеже дужност државе да предузима мере којима штити животе појединаца како би испунила своју позитивну обавезу. С тим питањем се суочила и јуриспруденција Суда. Настојање да се одреде границе позитивне обавезе у пракси Суда је до дана данашњег обележено тенденцијом да се одреде јасни и прецизни критеријуми за то.

3. „Осман тест“

Кад је реч о позитивној обавези заштите права на живот, од круцијалног значаја је предмет *Осман против Уједињеног Краљевства*.⁵ У том случају је дошло до убиства оца бившег ученика и до рањавања ученика од стране учитеља, према коме је развио опсесивну страст. Учитељ је претходно непримерено сексуално узнемиравао ученика. Директор школе је о томе обавестио полицију. Спроведено је психијатријско вештачење, те је утврђено да учитељ није психички болесник, али да је његово понашање забрињавајуће. Ученик је променио школу, а учитељ је касније такође

4 Assanidzé v. Georgia app. 71503/01, 08/04/2004, §146,147.

5 Osman v. UK, app. 23452/94, 28/10/1998.

премештен на друго радно место, али је наставио да узнемирава ученика и његову породицу. На крају је учитељ пуцао у ученика и његовог оца. Отац је подлегао повредама, а ученик је задобио тешке телесне повреде. Учитељу је након тога изречена медицинска заводска мера безбедности. Подносиоци представке, жена и син човека кога је убио учитељ, тврдили су да полиција није предузела адекватне кораке како би заштитила живот њиховог оца и супруга од стварне и озбиљне опасности која је претила од учитеља.

Суд је установио критеријуме за процену да ли је држава испунила позитивну обавезу. У оваквим случајевима, неопходно је утврдити да ли су власти знале или морале да знају за постојање стварне и непосредне опасности по живот конкретног лица од противправне радње трећег лица и да ли су предузеле разумне мере за отклањање те опасности.⁶ То је у каснијој јуриспруденцији Суда означавано као тзв. Осман тест. Овај тест је примењиван у случајевима када је потребно утврдити да ли је држава испунила позитивну обавезу заштите права на живот тачно идентификованог појединца, или појединца који може бити идентификован, од опасности која долази од другог лица које није представник државног органа.

Даљи развој судске праксе је ишао ка томе да је позитивна обавеза државе шира и да обухвата потребу заштите не само лица која могу бити идентификована, већ и када је потребна општа заштита друштва од криминалитета. Та разлика је најпре била истакнута у случајевима *Мастроматео против Италије* и *Мајорано против Италије*,⁷ да би затим у пуном опсегу била изражена у случају *Бљакaj и други против Хрватске*. Суд најпре истиче да је у случајевима где постоји потенцијална опасност по живот идентификованог лица потребно испитати да ли постоји кључни тренутак у развоју догађаја за који би се могло утврдити да су власти знале за постојање стварног и непосредног ризика по живот, а да нису предузеле мере за отклањање тог ризика.⁸ Осим тога, направљена је разлика између потребе заштите идентификованог појединца и опште заштите друштва. У овом другом случају, позитивна обавеза, према ставу Суда, обухвата велики распон делатности које настају у случају сваке јавне или друге активности услед које право на живот може да буде угрожено.⁹ Суд је, на

6 Osman v. UK, § 116.

7 Mastromatteo v. Italy, app. 37703/97, 24/10/2002, §69; Maiorano and Others v. Italy, app.28634/06, 15/12/2009, §107.

8 Bljakaj and others v. Croatia, app. 74448/12, 18/09/2014, §108.

9 Bljakaj and others v. Croatia, §109.

овај начин, значајно проширио опсег позитивне обавезе државе у два смера. Најпре је обавеза државе да заштити тачно идентификованог појединца или појединца који бар може да буде идентификован, претворена у обавезу државе да штити *целокупно друштво*. Са друге стране, ова обавеза за државу постоји код *сваке, јавне или друге активности*, и обухвата *велики дијапазон активности*.

4. Критеријум новије праксе – поступање са дужном пажњом

Суд је потврдио тековине дотадашње праксе у случају *Котилаинен и други против Финске*. Овај случај се тичао пуцњаве у стручном институту у граду Куахајоки, у коме је смртно страдало 10 људи, 9 студената и један професор. Они су убијени од стране 22-годишњег студента института. Представку је поднело 19 рођака страдалих студената и професора. Студент који је извршио овај масакр је у јуну 2008. године затражио дозволу за ношење оружја. Месец дана касније се обратио психологу због депресије и напада панике. Том приликом су му преписани лекови за те болести. У августу исте године, након што је обављен разговор с њим, одобрено му је ношење оружја. Инспектору који је обавио разговор с њим није била позната околност да је имао психичке проблеме и да му је због тога преписана терапија. Септембра 2018. године су откривени видео-снимци са друштвених мрежа на којима учинилац пуца из пиштоља, као и упаљена свећа у близини института. Осим тога, он је објављивао и текстове о оружју и умирању. Сав материјал је достављен полицији. Полиција се упознала са материјалом и на основу тога је покренут поступак да му се привремено одузме оружје. Међутим, полиција није успела да пронађе учиниоца који је био ван града у том моменту. Дан пре пуцњаве, главни инспектор је обавио разговор са учиниоцем након што га је полиција упознала са целокупним материјалом. Епилог разговора је било изрицање усмене опомене, а инспектор је сматрао да нису испуњени услови за одузимање оружја. Дан касније се догодило убиство десет лица у просторијама института.

Суд је нашао да обавеза државних органа да обезбеде општу заштиту друштва дефинитивно постоји у случајевима у којима је повреди права на живот претходио низ повезаних догађаја који су указивали на то да ће до повреде заиста и доћи. Суд у овом случају уводи додатну дужност марљивог надзора и поступања („*due diligence*“) у ситуацијама када је актима појединаца угрожено право на живот других лица.¹⁰ Овакав став Суда је подигао прашину у теорији и изазвао доста коментара (Pekkarinen, E, 2020, *Provoznik*, J, 2020: 64–73). Поставило се питање где су границе

10 *Kotilainen and Others v. Finland*, app. 62439/12, 17/09/2020, §71.

позитивне обавезе за државу уколико је дужна да заштити право на живот било ког појединца од криминалних аката трећих лица и то у контексту било које, не само јавне, већ и друге делатности. Да ли то значи да ће доћи до повреде члана 2 Конвенције у било ком случају када дође до лишења живота појединца од стране другог појединца? Одговоре на та питања можда ће нам дати увид у образложење пресуде.

Суд је у рекапитулацији општих принципа истакао примену тзв. Осман критеријума у ситуацијама када дође до лишења живота неког лица радњом другог лица које није припадник државног органа. Осим тога, направљена је јасна разлика између случајева где опасност по живот прети лицу које је идентификовано или може бити идентификовано¹¹ и случајева где постоји општа дужност заштите права на живот лица које није нити може бити идентификовано.¹² У другом случају, постоји додатна обавеза за државу да врши дужну пажњу (*due diligence*) над активностима појединца кад код њега постоји потенцијална опасност по право на живот других лица. Ова дужност је нарочито наглашена код опасних делатности, што је Суду случају *Котилаинен* установио у погледу руковања ватреним оружјем.

Дужност марљивог надзора се, пре свега, огледа у постојању адекватног легислативног оквира, који пружа могућност делотворне заштите права на живот, као и у ефикасној примени постојећег легислативног оквира.¹³ Уколико држава поседује адекватан легислативни оквир, онда појединачна лоша процена ризика или пропусти у комуникацији међу представницима државних органа нису довољни да би била утврђена повреда супстанцијалне позитивне обавезе из члана 2 Конвенције. У сваком случају, примена позитивне обавезе не сме за државу да представља несразмеран терет и у сваком случају се мора узети у обзир непредвидивост људског понашања и оперативне могућности које морају бити усклађене са приоритетима и доступним ресурсима.¹⁴ Суд, такође наводи да не може сваки потенцијални ризик да доведе до активирања позитивне обавезе за државу да заштити право на живот. Опсег позитивне обавезе зависи од врсте ризика и могућности његовог ублажавања.¹⁵

И заиста, из примене општих принципа на чињенице случаја у предмету *Котилаинен* и други, могло би се закључити да ће суд донети одлуку да

11 *Osman v. UK*, § 115, *Nicolae Virgiliu Tănase v. Romania*, app. 41720/13,25/06/2019, § 136.

12 *Mastromatteo v. Italy* [GC], § 69, *Maiorano and Others v. Italy*, § 107, *Choreftakis and Choreftaki v. Greece*, app. 46846/08, 17/01/2012, §§ 48–49.

13 *Kotilainen and Others v. Finland*, §75.

14 *Ciechońska v. Poland*, app. 19776/04, 14/06/2011, §§ 63, 64.

15 *Tınarlıoğlu v. Turkey*, app. 3820/03, 31/03/2009, § 90.

није дошло до повреде члана 2 Конвенције. Суд је, најпре, закључио да је регулаторни оквир о употреби ватреног оружја задовољавајући. Суд, такође, истиче да није било пропуста у поступку за издавање дозволе за ватрено оружје (саглашавајући се са налазом финског апелационог суда). Осим тога, наглашено је да није задатак Суда да замени став домаћег суда у погледу чињеничног стања и да морају да постоје веома озбиљни разлози да Суд одступи од закључака домаћег суда. Примењујући тај постулат, Суд се у потпуности сложио са закључком финског апелационог суда о томе да ништа што је било познато полицији није указивало да може доћи до убиства, те да догађај у инситуту није могао бити разумно предвидив.¹⁶

Штавише, Суд прави поређење између овог случаја и случаја *Ван Кол против Уједињеног Краљевства*, те истиче да се не може ставити знак једнакости између постављања видео-снимака и мистериозних објава на интернету које не садрже спецификоване претње и неселективног убијања више лица на јавном месту.¹⁷ Овде бисмо се осврнули на чињеницу да је учинилац злочина у коме су страдали Котилаинен и други пре него што је извршио масакр постављао на друштвене мреже видео-записе који величају школска убиства, са коментарима да су ти снимци најбоља забава. Према тврдњи полиције, он је чак гестикулацијама и начином одевања имитирао учиниоца школског убиства које се догодило у Финској годину дана раније. Суд, најзад, закључује да у конкретном случају није било стварног и непосредног ризика по живот лица које су могла бити идентификована, те да не постоји кључни тренутак у развоју догађаја када се може рећи да су власти знале или могле знати за постојање ризика.

Суд иде и даље и одбацује аргумент апликаната да је било потребно прибавити документацију о душевном здрављу учиниоца током поступка издавања дозволе за ношење оружја. Суд се позива на право на заштиту приватности података о здравственом стању, те истиче да се ти подаци могу прибављати само у посебно оправданим ситуацијама. Чак и да је прибављена таква документација, према ставу Суда, не може се утврдити у којој мери би од тога могла зависити процена о постојању стварног и непосредног ризика на страни учиниоца. Заиста се са таквим ставом Суда тешко можемо сложити. Овде имамо јасне чињенице да је реч о опасној делатности, што је Суд посебно подвукао, а с друге стране, оспорава се важност утврђивања душевног здравља у поступку одобравања ношења оружја, или у случају потребе да се дозвола одузме неком лицу, чак и у случају када постоје индиције да би такво лице, на основу својих поступака, могло да представља ризик по живот других лица.

16 Kotilainen and Others v. Finland, § 80.

17 Van Colle v. the United Kingdom, app. 7678/09,13/11/2012, § 99.

Анализирајући овакав налаз Суда, рекло би се да је држава у конкретном случају испунила своју позитивну обавезу заштите права на живот. Међутим, применом новоуведених критеријума, наступа преокрет. Наиме, Суд истиче да је у контексту опасних активности (каква је употреба ватреног оружја) држава испунила своју обавезу марљивог надзора (дужне пажње) над заштитом јавне безбедности.¹⁸ Суд истиче да дужност опште заштите друштва постоји у два случаја. Прво, када је реч о посебно опасним затвореницима, дакле особама које су у апрехензији државних органа. Друга ситуација постоји када је реч о особама код којих постоји непосредна опасност (темибилитет), која је постала очигледна за полицију (органа кривичног гоњења) на основу поступања према том лицу. Суд сматра да се дужност марљивог надзора над заштитом јавне безбедности мора применити и у овом предмету, иако учинилац убистава није био у директној надлежности државних органа. С обзиром на то да употреба ватреног оружја носи са собом висок ризик, надлежни органи су дужни да реагују када до њих дођу информације које стварају конкретну сумњу у погледу поштовања услова за ношење оружја.

Суд истиче да је у конкретном случају локална полиција сазнала за објаве учиниоца на интернету које нису садржале конкретне претње, али су представљале сумњу да ли учинилац треба и даље да остане у поседу дозволе за поседовање оружја. Полиција је обавила разговор са учиниоцем, али ништа није предузела да одузме оружје од њега. Ту Суд први пут истиче да је држава начинила грешку у процени, али да појединачна грешка у развоју догађаја не може бити довољна да се изведе закључак да је дошло до повреде позитивне обавезе из члана 2 Конвенције. Суд одбацује навод апликаната да је до злочина дошло због тога што је учинилац био испровоциран разговором у полицији. Суд истиче да је кључно питање да ли су постојале мере које су власти могле предузети како би спречиле ризик по живот који произлази из потенцијалне опасности на коју указује понашање учиниоца, конкретно, његове објаве на интернету. Важно је утврдити да ли су постојали стварни изгледи да су мере које власти нису предузеле могле да промене исход или да ублаже насталу штету.

Остаје нејасно о каквим мерама је реч, када је Суд, неколико параграфа уназад, јасно истакао да није било стварног и непосредног ризика по живот, те да објаве на интернету нису представљале потенцијалну опасност? Суд у овој фази тестирања ставља у фокус примену могућих мера које би заштитиле право на живот других. У том смислу, Суд је става да је у конкретном случају превентивна мера одузимања оружја била целисходна, и да је она разматрана, али није спроведена. Суд сматра да

18 Kotilainen and Others v. Finland, §84.

примена такве мере не би значајно задирали у било које друго право, те не постоји ограничење ни терет тражења баланса. Суд се овде сложио са Апелационим судом Финске у погледу става да је пиштољ могао и требао бити одузет од учиниоца убистава. Суд затим износи кључну тврдњу. Закључак о томе да ли је требало одузети пиштољ је независан од тога да ли постоји узрочно-последична веза између одлуке о одузимању оружја и убистава и од тога да ли је том одлуком држава прекршила своју обавезу да жртвама пружи личну заштиту.¹⁹

Према томе, овде се Суд враћа на тезу да није битна појединачна заштита идентификоване жртве, већ општа заштита друштва од опасне делатности, и такође није битно да ли постоји узрочна веза између оmissивне делатности државе и последице по право на живот која је наступила. То је суштински допринос ове одлуке Суда у погледу ширења опсега позитивне обавезе државе у односу на ранију праксу. Суд, најзад, изводи закључак да је у конкретном случају држава повредила позитивну обавезу из члана 2 Конвенције стога што је пропустила вршење дужне пажње у погледу веома опасне делатности, каква је руковање ватреним оружјем од стране лица које није припадник државног органа који обавља послове јавне безбедности.

5. Значај издвојеног мишљења

Одлука Суда у случају Котилаинен није била једногласна. Фински судија Аике је издвојио мишљење у погледу одлуке да је у конкретном случају дошло до повреде позитивне обавезе из члана 2 Конвенције. Он је сматрао да увођење нове дужности државе да обавља „дужну пажњу“ представља превелико ширење позитивне обавезе, што ће довести до тога да ће државе покушати да ускладе своју регулативу, чак и увођењем ретроактивног дејства у прописе којима се регулише добијање дозволе за поседовање оружја. Судија Аике сматра да у том хтењу државе неће бити у могућности да у потпуности испуне захтеве правичности поступка. Он наглашава принцип, који иначе сам Суд примењује у погледу позитивне обавезе, да она не сме бити таква да државама намеће несразмеран терет, посебно имајући у виду непредвидивост људског понашања и оперативне одлуке које морају бити донете у складу са приоритетима и ресурсима.

Судија Аике се позива на случај *Никулае Вергилиу Танасе против Румуније*, где суд није класификовао вожење аутомобила као опасну делатност, иако подлеже поступку добијања дозволе за управљање, и чињеницу да се аутомобили чак често користе у терористичким нападима. У

¹⁹ Kotilainen and Others v. Finland, §89.

овом случају Суд истиче да је возња аутомобила делатност која може да доведе до озбиљних повреда или чак смрти. Суд је међутим сматрао да, с обзиром на обим прописа којима је регулисана, као и с обзиром на распрострањеност ове делатности, возња аутомобила у данашње време не представља опасну делатност. У том погледу се заиста отвара питање шта се све може подвести под „опасну делатност“. Суд не даје било какво одређење тог термина, што може створити правну несигурност код држава у којим координатама да се крећу код примене позитивне обавезе заштите права на живот.²⁰

Судија Аике се није сложио са увођењем нове обавезе „дужне пажње“ у заштити јавне безбедности, која иде изнад и преко обавезе да се заштити право на живот идентификованог лица. Он прави разлику између „дужности брижљивости“, која је примењена у ранијим пресудама *Мастроматео и Мајорано*. Битна разлика између те две обавезе је што обавеза брижљивости има сужен опсег и односи се на случајеве где се појединац непосредно пре критичног догађаја налазио у директној апрехензији државних органа (у притвору или затвору), па је држава процењивала испуњеност услова за пуштање на условни отпуст (*Mastromatteo v. Italy* § 72).

6. *Мастроматео и(или) Мајорано*

У случају *Мастроматео против Италије* син подносиоца представке је убијен од пљачкаша банке који су бежали од полиције и том приликом покушали да преузму контролу над његовим возилом. Суд је разматрао повреду позитивне обавезе државе да предузме мере с циљем заштите права на живот. Међутим, у овом случају је први пут разматрана обавеза државе да пружи општу заштиту друштву од аката појединаца којима се угрожава то право. У ранијој пракси суда је та обавеза имала досег заштите идентификованог појединца или појединца који може бити идентификован. Суд се овде оградао на утврђивање опсега опште заштите друштва од појединаца према којима је изречена казна затвора, па су пуштени на одсуство, или били у режиму полузатвора. Лице које је пуцало у младића се налазило на одсуству са служења затворске казне, уз услов да не напушта боравиште. Након истека одсуства, он се није вратио на издржавање затворске казне и надлежни органи су издали потерницу за њим. Један од његових саучесника се налазио у режиму полузатвора и само дан пре пре него што је младић убијен, он је извршио кривично дело. Трећи саучесник се такође није јавио у затворску установу након истицања одсуства и за њим је издата потерница, а четврти саучесник је

20 Nicolae Virgiliu Tănase v. Romania.

био на слободи у време критичног догађаја. Он је био осуђиван за бројна кривична дела.

Апликант је навео да је држава прекршила своју позитивну обавезу стога што државни органи надлежни за питање реинтеграције затвореника нису извршили правилно испитивање услова за давање концесија лицима која су лишила живота његовог сина, пре свега у погледу њихове опасности по друштво. Суд је најпре истакао да се овај случај разликује од случаја Осман по томе што је овде у питању општа заштита друштва од појединаца који су извршиоци кривичних дела. Суд такође наводи да с обзиром на то да су се три од четири саучесника налазила на издржавању затворске казне, овај случај укључује потенцијалну одговорност државе. Суд је затим испитивао адекватност легислативног оквира у Италији по питању реинтеграције осуђених лица и закључио да пружа довољни степен заштите друштва, узевши у обзир низак проценат извршених кривичних дела од стране лица која су у режиму полузатвора, као и ниску стопу бекстава лица која су у овом режиму.²¹ Најзад, Суд је утврђивао да ли је доношење одлуке о пуштању лица која су касније усрртила сина апликанта било у складу са дужношћу из члана 2 Конвенције.

Суд примењује Осман тест и закључује да судија надлежан за извршење кривичних санкција на основу расположивог материјала није могао да установи било какав стваран и непосредан ризик по живот нити да је потребно предузети додатне мере за заштиту права на живот у тренутку доношења одлуке о пуштању на слободу ових лица. Суд лишење живота сина апликанта назива случајним догађајем, а износи и мишљење да ни то што је одлука о пуштању другог саучесника донета када је извршилац убиства већ био у бекству није представљало аларм за државу да постоји стваран и непосредни ризик. Суд најзад истиче да чак и под претпоставком да су власти могле да предузму ефикасније мере с циљем трагања за лицима у бекству, то не значи да је дошло до кршења позитивне обавезе државе да заштити право на живот. Суд на основу свега изводи закључак да у конкретном случају није дошло до повреде члана 2 Конвенције.

Веома сличан случај је *Мајорано против Италије*. Реч је о човеку који је био осуђен на казну доживотног затвора због силовања и бруталног злостављања две младе жене од којих је једну и убио. Иако је током издржавања казне затвора учествовао у неколико инцидената, због којих је такође био осуђен за дисциплинске прекршаје, донета је одлука о превременом пуштању на слободу, али уз услов да похађа програм лечења и реинтеграције. Док се налазио на слободи, он је извршио убиство две жене.

²¹ *Mastromatteo v. Italy*, § 72.

Суд је најпре навео да у време пуштања на слободу учиниоца двоструког убиства, жртве нису могле да буду идентификоване као потенцијална мета. Такође, Суд није пронашао недостатке у италијанском систему рехабилитације и реинтеграције осуђеника, већ је подвукао да легислативни оквир пружа довољне мере заштите друштва. Суд се даље бавио питањем да ли је у конкретном случају пуштањем осуђеника на слободу дошло до кршења дужности бриге („duty of care“) у погледу заштите права на живот. Суд истиче да су, на једној страни, постојали позитивни извештаји пробационе службе и психијатара, али да су на другој страни стајале чињенице његовог понашања током издржавања казне, које је било далеко од узорног. Нарочито се истиче његово понашање након пуштања на дневно одсуство, тј. склоност ка вршењу кривичних дела. Суд истиче да је стога његова даља рехабилитација била под знаком питања, као и да је држава знала за планирање да изврши нова кривична дела. Међутим, држава је реаговала на то применом мера надзора над његовим кретањем. Суд сматра да је кључни пропуст који је довео до кршења обавезе бриге био у пропусту јавног тужиоца да органу извршења кривичних санкција достави сазнања о понашању осуђеника, што би консеквентно довело до опозива дневног отпуста. Сходно томе, Суд је закључио да је дошло до повреде позитивне обавезе из члана 2 Конвенције због тога што је држава пропустила да опозове режим дневног одсуства, иако свесна постојања опасности на основу резултата полицијске истраге.

Случајеви Мастроматео и Мајорано су по чињеничном стању веома слични. Пресуда у случају Мастроматео је донета 2002. године, док је пресуда у случају Мајорано донета 2010. године. Оне се разликују по одлуци Суда. У случају Мастроматео Суд није утврдио постојање повреде из члана 2 Конвенције, док је у случају Мајорано утврђена повреда позитивне обавезе из члана 2 Конвенције. У оба случаја Суд је применио концепт који до тада није постојао у његовој јуриспруденцији. Реч је о проширеном опсегу позитивне обавезе државе с циљем заштите права на живот, која, у односу на ранију праксу, подразумева општу заштиту друштва уместо заштите права на живот идентификованог лица или лица које може бити идентификовано. И када је реч о општој заштити друштва, ипак мора постојати идентификовано лице које представља стварну и непосредну опасност по живот. То је јасно на основу случајева које је Суд разматрао након 2010. године (Бљакај, Котилаинен и други...).

Међутим, оно што се може приметити је да казуистички приступ разматрању конкретног случаја у пракси Суда показује извесне недоследности. Наиме, уколико упоредимо случајеве Мастроматео и Мајорано, Суд је као кључни аргумент наводио да ли је држава учинила

пропуст у фази реинтеграције и ресоцијализације осуђеника, односно да ли је предузела адекватне мере да спречи стваран и непосредан ризик по живот. У првом случају је закључак Суда био да држава није знала за постојање стварног и непосредног ризика, иако су учиниоци били у бекству неколико дана пре него што су извршили убиство. У другом случају (Мајорано), акценат је стављен на лошу процену државних органа о постојању ризика за који је држава знала, са посебним нагласком на његово непримерено владање током извршења казне затвора и након тога, мада је он испуњавао одређене услове рехабилитације и није био недоступан државним органима. Очигледно је и у првом и у другом случају дошло до пропуста током периода реализације програма реинтеграције, с обзиром на бекство и у другом случају индиције припремања извршења кривичног дела. Одлуке Суда су међутим дијаметрално супротне, у веома сличним околностима, и засноване су на примени истих принципа. Такав приступ Суда не доприноси формирању јасних граница досега позитивне обавезе државе у погледу члана 2 Конвенције.

7. Пример добре праксе примене класичних принципа

Случај у коме је Суд донео одлуку 2012. године, *Горовенки и Бугара против Украјине*, најбољи је пандан случају *Котилаинен*, а истовремено и добар пример праксе примене класичних принципа приликом оцене наводне повреде позитивне обавезе државе.²² Реч је о случају у коме је полицајац, који се налазио ван дужности, тешко ранио сина подносилаца представке, господина Горовенка, и усмртио оца и мужа апликаната, господина Бугару, док се налазио ван дужности. Он се враћао са приватног пута и био је у пијаном стању када се посвађао са својим сапутницима и након тога је из службеног пиштоља пуцао у господина Бугару, кога је усмртио, док је другог сапутника промашио. Након тога је зауставио ауто господина Горовенка, кога је покушао да обмане да му се покварио ауто. Када је господин Горовенко покушао да побегне са тог места, полицајац је пуцао у њега и тешко га ранио.

Апликанти су аргументовали да је дошло до повреде позитивне обавезе из члана 2 Конвенције, с обзиром на то да је дошло до пропуста у погледу држања и употребе ватреног оружја. То је ситуација која је веома слична са случајем *Котилаинен*, у коме је такође било речи о регулисању ношења и употребе ватреног оружја, само у погледу цивилних лица, грађана. Апликанти су такође истакли да је до пропуста дошло зато што је и пре критичног догађаја полицијски службеник имао низ насилних инцидената у алкохолисаном стању.

22 Gorovenky And Bugara v. Ukraine app. 36146/05 and 42418/05, 12/01/2012.

Суд је најпре истакао да је у овом случају реч о позитивној обавези заштите права на живот, без обзира што је реч о државном службенику, јер је он у време догађаја био ван дужности. Надаље, Суд истиче примену позитивне обавезе у случају претње по живот идентификованог лица, али и опште заштите друштва. Суд у овом случају није елаборирао критеријум опасне делатности, за разлику од случаја *Котилаинен*. Суд није нашао недостатке у легислативи Украјине, али се сложио са домаћим судовима у погледу оцене да је дошло до пропуста у процени личности полицијског службеника, будући да му је допуштено ношење оружја упркос ранијим инцидентима. Такође, Суд је истакао пропуст у примени одредбе домаћег закона која налаже забрану ношења службеног оружја ван дужности ако се не утврди да полицијски службеник поседује сигурно место за складиштење.²³ Суд истиче да је нарочито битно постојање посебне контроле у погледу ношења ватреног оружја полицијских службеника, нарочито када су ван дужности. Суд закључује да је дошло до повреде позитивне обавезе из члана 2 Конвенције, с обзиром на пропусте у процени личности полицијског службеника и услова за складиштење службеног оружја.

У овом случају, Суд се заправо послужио критеријумима из Осман теста, уз додатак теста опште заштите друштва. Утврђено је постојање стварне и непосредне опасности на страни полицијског службеника за коју је држава знала или могла знати, а да није применила адекватне мере с циљем елиминисања тог ризика. Суду овде није било потребно да шири домен примене позитивне обавезе на опасне делатности и да уводи критеријум „дужне пажње“. Сасвим исправно је одлучено да је дошло до повреде позитивне обавезе из члана 2 Конвенције, применом добро утврђених, прецизних критеријума из раније праксе Суда.

8. Закључак

Државе би на основу праксе Суда морале да имају јасне смернице докле сежу њихове обавезе из Конвенције. С обзиром на тенденцију ширења ове обавезе у новијој пракси Суда, те увођења нових критеријума за оцену испуњености позитивне обавезе, за државу у блиској будућности могу настати озбиљне потешкоће усклађивања сопствене легислативе и судске праксе како би се прилагодила стандардима из праксе Суда. Може се рећи да за државе може настати латентни притисак испуњења позитивне обавезе, која подразумева да држава заштити право на живот сваког лица које се налази под њеном јурисдикцијом од аката било ког појединца, и то у погледу сваке јавне делатности (што се може прихватити),

23 Gorovenky And Bugara v. Ukraine §34, 35.

али и сваке друге делатности, што представља готово неограничено проширење. Управо се у проширењу опсега позитивне обавезе на „сваку другу делатност“ налази потенцијална опасност да Суд може прогласити државу одговорном за повреду члана 2 Конвенције за било које лишење живота лица од стране другог лица које се деси у било којој околности. То би значило да је држава потенцијално повредила позитивну обавезу у сваком случају када дође до убиства.

Такво схватање се не може прихватити с обзиром на то да су границе државе у испуњењу својих обавеза лимитиране, и од држава се не може захтевати оно што би представљало немогућ или несразмеран терет. Границе позитивне обавезе сам Суд је поставио тврдњама да није сваки ризик по живот такав да активира обавезу за државу да спречи такав ризик. Позитивну обавезу треба тумачити тако да властима не намеће претерани терет, имајући у виду непредвидивост људског понашања, као и оперативне изборе који се доносе у складу са приоритетима и расположивим ресурсима.²⁴ Обим позитивне обавезе зависи од врсте ризика по живот и могућност њиховог ублажавања.²⁵ Управо у тим тврдњама суда се налазе прихватљиве границе досега позитивне обавезе државе у погледу заштите права на живот. Стога је потпуно непотребно увођење додатних критеријума у том погледу, који садрже правне стандарде. Тај пут ствара правну несигурност, што свакако није била интенција писаца Европске конвенције, а не одговара ни њеном духу, као ни стварању заједничког европског правног простора (*espace juridique*).

Литература/References

Akandji-Kombe, JF, (2007), *Positive obligations under the European Convention on Human Rights – A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights*.

Chetwynd, S. B, (2004), *Right to Life, Right to Die and Assisted Suicide.*” *Journal of Applied Philosophy* 21, no. 2/2004, pp. 73–82.

Copelon, R, Zampas, C, Brusie E, & deVore, J, (2005), *Human Rights Begin at Birth: International Law and the Claim of Fetal Rights, Reproductive Health Matters*, 13:26, pp. 120–129.

Dragne, L and Balaceanu, C, (2014), *The Right to Life – A Fundamental Human Right, Social Economic Debates*, Vol. 2, No. 2.

24 *Ciechońska v. Poland*, app. 19776/04, 14 /6/2011, §§ 63, 64.

25 *Cavit Tınarloğlu v Turkey*, app. 3648/04, 02/02/2016 § 90.

Ilić, I, Knežević, S, (2020), Does Article 2 of the European Convention on Human Rights prescribe an absolute Prohibition of the Death Penalty? The Impact of recent practice of European Court of Human Rights, *Teme*, 2/2020, pp. 607–620.

Leach, P, (2011), *Taking a Case to the European Court of Human Rights 3rd Edition*

Onuegbulam, C, (2015), Right to life under legal and jurisprudential standards: Implications for Nigeria, *Nnamdi Azikiwe University Journal of International Law and Jurisprudence*, Vol. 6/2015, pp. 156–167.

Pekkarinen, E, (2020), An endeavor towards more situational positive obligations stemming from article 2: case of *kotilainen and others v. Finland*, preuzeto 8.2.2022: <https://strasbourgobservers.com/2020/10/16/an-endeavor-towards-more-situational-positive-obligations-stemming-from-article-2-case-of-kotilainen-and-others-v-finland/>

Provaznik, J, (2021), *Case Kotilainen and others v. Finland (Positive obligation to prevention in the frame of protection of life in case of school shooting*, *Soudní judikatura. Přehled rozsudků Evropského soudu pro lidská práva*. 2020, 24, 1/2021, pp. 64–73.

Riga, P, (1981), *Capital Punishment and the Right to Life: Some Reflections on the Human Right As Absolute*, 5 *Seattle U. L. Rev.* 23/1981, pp. 23–46.

Судска пракса

Case *Assanidzé v. Georgia* (2004)

Case *Bljakaj and others v. Croatia* (2014)

Case *Cavit Tınarlıoğlu v. Turkey* (2016)

Case *Choreftakis and Choreftaki v. Greece* (2012)

Case *Ciechońska v. Poland* (2011)

Case *Gorovenky And Bugara v. Ukraine* (2012)

Case *Hokkanen v. Finland* (1994)

Case *Kotilainen and Others v. Finland* (2020)

Case *Maiorano and Others v. Italy* (2009)

Case *Mastromatteo v. Italy* (2002)

Case *McCann and others v. UK* (1995)

Case Nicolae Virgiliu Tănase v. Romania (2019)

Case of Belgium Linguistics (1972)

Case Osman v. UK (1998)

Case Tınarlıoğlu v. Turkey (2009)

Case Van Colle v. the United Kingdom (2012)

Ivan Ilić, LL.D.,

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**EXPANDING THE SCOPE OF THE OBLIGATION OF THE STATE
TO PROTECT THE RIGHT TO LIFE OF PERSONS UNDER ITS
JURISDICTION ACCORDING TO THE RECENT JURISPRUDENCE
OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS**

Summary

The right to life is indisputably the most important human right. It is safeguarded in almost all international human rights conventions which envisage the right to life before all other rights. Thus, in the European Convention on the Protection of Human Rights and Freedoms (ECHR), the right to life is enshrined in Article 2, which provides for the protection of this right and obligations stemming thereof. Under Article 2, a State is obliged to refrain from violating the right to life by the actions of its state bodies. On the other hand, the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR) has established additional obligations for states, aimed at protecting human rights. One of them is the positive obligation which implies taking measures by the State in order to protect the right to life from the actions of third parties, which are not state bodies. According to the so-called Osman test, when asked to establish whether there has been a violation of Article 2 of the Convention, the Court will examine whether the State was aware of the existence of a real and imminent risk to life, which the State knew or could have known of, and whether the State had undertaken adequate measures to eliminate that risk. The Court's case law also recognizes the principle that the Convention is to be interpreted as a "living instrument", in light of contemporary circumstances. By applying this principle, the Court has expanded the scope of the positive obligation of the State to protect the right to life of persons under its jurisdiction, which is evident in the recent practice of the Court. First, based on the Mastromatteo and Maiorano cases, the Court has established the criterion that there shall be a risk to society, instead

of a risk to the life of a specific or at least identifiable person. Then, based on the Bljakaj case, the Court introduced an additional criterion of “a critical moment in the development of events” which the State clearly identified as bearing a risk to human life. Finally, in the case of Kotilainen and Others v. Finland, the Court introduced the criterion of “due diligence”.

In this paper, the author analyzes the case law of the Court in an attempt to determine the actual limits of the positive obligation to protect the right to life. The author also seeks to establish whether the Court views on the scope of the positive obligation in the recent case law are in line with other previously established principles and positions in the ECtHR jurisprudence. Upon the analysis, the author concludes that the limits of the positive obligation to protect the right to life have already been determined in certain sentences from the Court’s judgments. Thus, it is unnecessary to introduce additional and insufficiently specified criteria, which can negatively affect legal certainty and impose an excessive burden on state authorities.

Keywords: *right to life, protection, positive obligation of the state, recent ECtHR jurisprudence.*

Др Марија Драгићевић,*
Доцент,
Правни факултет, Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfm1-38705

UDK: 331.105.2-057.15

Рад примљен: 15.06.2022.
Рад прихваћен: 22.06.2022.

САВРЕМЕНЕ КОНЦЕПЦИЈЕ ПОЈМА „ПОСЛОДАВАЦ“**

Апстракт: У савременом радном праву се, редовно, даје дефиниција појма „послодавац“. Док разлог за дефинисање запосленог лежи у потреби одређивања персоналног подручја примене радног законодавства, смисао законског дефинисања појма „послодавац“ је да се утврди ко преузима одговорност за испуњење обавеза према запосленима и другим радноангажованим лицима или њиховим синдикатима и другим институцијама представничког карактера. Међутим, упркос значају прецизног дефинисања, упоредно радно законодавство готово да и не познаје примере дефиниција појма послодавца у којима су се законодавци издигли изнад дефиниције *idem per idem*. Осим тога, постојеће дефиниције нису прилагођене триангуларним (и мултилатералним) односима који настају поводом рада. Стога, да би се правни оквир ускладио са променама које се дешавају у економској стварности, све већи број радноправних система отпочиње процес увођења нових законских концепција множине послодавца. У том смислу, аутор у раду, најпре, разматра потребу реконцептуализације појма „послодавац“, а потом анализира (постојеће) унитарне и (нове) плуралне концепције овог појма. На крају, кроз пример дигиталних платформи аутор указује на неадекватност постојећих законских дефиниција појма „послодавац“ и потребу увођења нових, прилагођених реалностима на тржишту рада.

Кључне речи: послодавац, унитарна концепција, плурална концепција.

* marijad@prafak.ni.ac.rs

** Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја РС према уговору евиденциони број 451-03-68/2022-14/200120.

1. Увод

Многи системи радног права широм света (имплицитно или експлицитно) полазе од става да је радни однос у основи билатерални, најчешће заснован уговором о раду, закљученим између две појединачне стране, запосленог и послодавца (Prassl, 2017: 3). У складу с тим, радни однос се најчешће посматра као правна веза између лица које обавља посао и лица у чију корист се тај посао обавља у замену за накнаду, под одређеним условима утврђеним националним законодавством и судском праксом (International Labour Conference: став 72). У одлучивању да ли одређени однос има све елементе радног односа, судови су традиционално били фокусирани на анализу питања може ли се одређено лице квалификовати као запослени. Током више од једног века, створена је обимна судска пракса и написано мноштво теоријских расправа не би ли се развила, прилагодила и прецизирала листа индикатора за утврђивање на којој страни „бинарне поделе“ или новије троделне шеме треба да се нађе одређено радноангажовано лице (Prassl, 2012: 1). Као резултат наведеног, појам послодавца је и у судској пракси и у академској дискусији занемарен и остављен у почетној фази изградње, а постојећа знања о њему су заснована на нерасправљеним или чак неутврђеним претпоставкама (International Labour Conference: став 8).

Наведени проблем додатно је појачан чињеницом да послодавац није „статички ентитет“, већ субјект који може доживети бројне трансформације (Corazza, Razzolini, 2014: 2). Од осамдесетих година прошлог века, након појаве тзв. „вертикалне дезинтеграције предузећа“ (Collins, 1990: 353), доктрина послодавца као „јединственог недељивог субјекта“ доведена је у питање. Глобална конкуренција и информационо-технолошка револуција условили су појаву нових модела организације пословања. Посебно је дошло до померања од централизованог доношења одлука ка децентрализованим структурама и производним мрежама. Све већи број радних ангажмана - почев од подуговарања, група компанија и *outsourcing*-а, до пораста економије дељења и масовног рада - окупља мноштво странака, које би могле бити укључене у организацију и извршење посла. Тако, није реткост да основне услове рада контролише један послодавац (нпр. налогодавац или платформа), а да конкретне налоге, упутства и надзор над радом запослених врши други послодавац (Јашаревић, 2019: 79). За правне системе навикнуте на идентификацију послодавца као појединачне уговорне стране билатералног уговора о раду ово може представљати велики проблем: законске обавезе су осмишљене тако да се везују за једног субјекта који врши све функције послодавца, па радници у мултилатералним сценаријима запошљавања остају без основних видова радноправне заштите (Prassl, 2017: 3). Различити правни системи су се,

стога, дуго борили за успостављање концептуалне кохерентности у случајевима где се различити модели организације пословања крећу изван традиционалне унитарне концепције послодавца. Међутим, суочавање са мултисегментираним привредним организацијама све јасније показује да се границе економске активности и предузетничке моћи више не подудару са границама предузећа. У том смислу, Берд (Douglas Baird) је упозорио на потребу одупирања општој идеји да „место економских активности почива на изолованом правном субјекту“ (Baird, 2003: 14). У свету у којем границе предузећа постају све нејасније, а идентитет оних који контролишу предузеће све флуиднији, прописи који су усмерени на понашање привредних субјеката као самосталних правних лица су у најбољем случају непотпуни, а често и неутемељени. Да би се правни оквир ускладио са променама које се дешавају у економској стварности све већи број правних система, али и правних писаца, осмишљава и прихвата нове концепције послодавца.

2. О потреби реконцептуализације појма „послодавац“

„Током већег дела двадесетог века типични радни однос био је између великих предузећа и радника“ (Weil, 2014: 8). Са организационог становишта, предузећа су била структурирана и функционисала су слично као и држава, имала су добро утврђене границе и њима је управљала централна власт. То су биле организационе структуре које су управљале целокупним производним процесом: сировине су улазиле кроз једна врата, а излазиле кроз друга као готови производи (Bronstein, 2009: 60). У складу с тим, стандардни радни однос је концептуализован као однос који укључује једног послодавца и запосленог (Fudge, 2006: 612). То је билатерални однос, базиран на фордистичкој организацији рада, који подразумева централност фабрике/предузећа и концентрацију унутар фабрике/предузећа за производњу и пружање услуга. Његово регулисање је претпостављало подударност између формалног послодавца (носиоца уговора) и корисника престације рада (Garofalo, 2020: 29-30).

Међутим, класични обрасци плаћеног рада су у условима пост-фордистичке верзије капитализма, развијене од краја седамдесетих година XX века, почели „мутирати“ (Álvarez Alonso, 2016: 131). Захтеви конкуренције, посебно на глобалном тржишту, заједно са технолошким развојем, условили су појаву нових организационих модела пословања. Традиционалне компаније и нови предузетници су почели да следе нове смернице менаџмента у организацији пословања, као што су „флексибилна специјализација“, фокусирање на „кључне компетенције“

и стратегије екстернализације економске активности, са циљем повећања прилагодљивости захтевима тржишта и смањења трошкова, ризика и одговорности (Álvarez Alonso, 2016: 131). Велика предузећа са националном и међународном репутацијом која послују у врху својих индустрија („водећа предузећа“) настављају да се фокусирају на пружање вредности својим клијентима и инвеститорима (Weil, 2014: 8). Међутим, већина њих је пренела значајан ризик и одговорност за своје раднике на мноштво компликованих мрежа мањих пословних јединица нижег организацијског нивоа кроз различите пословне праксе, механизме и организационе моделе (попут подуговарања, *outsourcing*-а, франшизинга и ланаца снабдевања) који се најчешће означавају као „организациона фрагментација“ (енгл. *organisational fragmentation*) (Garofalo, 2018: 21).¹ Тиме је досадашња парадигма великих индустријских предузећа, која управљају читавим производним и дистрибутивним процесима и делују као јединствени послодавци за читаву армију радника који су ангажовани у те сврхе, почела да „пуца“ и да се „атомизира“ у међусобно повезане вишеслојне пословне мреже састављене од мноштва правних ентитета, при чему сваки од њих обавља мање, ситније делове екстернализоване економске активности, као правно независан послодавац задужен за своје запослене (Valdés Dal-Ré, 2001, 59-66). У таквим околностима, утврђивање зарада и надзор над радом запослених је прешао са водећих предузећа на велики број организационих јединица, које раде по њиховим ригорозним стандардима, али се суочавају са жестоким притисцима конкуренције. Ти притисци се преводe у несигурне послове и погоршавају зараде и услове рада за раднике на дну и периферији сложених уговорних ланаца.

„Организациона фрагментација“ и ишчезавање хијерархијске организације унутрашњих тржишта рада довели су до сложенијих радних односа који се не уклапају у досадашњу концепцију радног односа (Fudge, 2006: 295). Првобитно радно законодавство је осмишљено на основу ранијих модалитета рада који су претпостављали прилично поједностављен билатерални однос запосленог и послодавца, као јединственог правног субјекта. Ови другачији модели организационе структуре предузећа пореметили су такав однос, изнедривши нове облике правне повезаности у којима не постоји увек подударност између носиоца радног односа и

1 Овај процес и његове резултата детаљно је описао и анализирао Веил (David Weil), називајући га „атомизација рада“ или „расцепкана радна средина“ (енгл. *the fissured workplace*), живописно илуструјући чињеницу да је нови вид организације рада и пословања служио великим компанијама за екстернализацију послова послодавца (који су се некада обављали унутар њихових оквира) на мање организационе јединице, иако су и даље, на одређени начин, интегрисане у координисан пословни систем (Weil, 2014, 93-177).

корисника престације рада (Garofalo, 2020: 30). Они обухватају више правних лица испреплетених у низу сложених уговорних односа и индиректних радних односа, па појам послодавца, а тиме и питање ко треба да сноси одговорности послодавца, постају изузетно проблематични (Zou, 2016: 165). Премда постоје изузеци који одражавају природу предмета, правило је да се правна одговорност зауставља на граници правног лица. Међутим, растуће учешће у различитим облицима „организационе фрагментације“ учинило је наведене границе порозним, „што отежава сазнање где се предузеће завршава и почиње тржиште или друго предузеће“ (Powell, 2003: 37). Екстернализацијом економских активности, подуговарањем или коришћењем механизма ланца снабдевања, водећа предузећа се могу ослободити одговорности везане за запошљавање у вишеслојним уговорним односима, иако имају значајан утицај на судбину радника у питању (Nakakubo, Araki, 2016: 2). Према мишљењу Колинса (Hugh Collins), проблем је у томе што „тамо где је рад организован путем бројних одвојених правних субјеката, а не преко једног предузећа, ограничења правне одговорности постављена позивањем на границе правног лица представљају услове за потенцијалну неправду“ (Collins, 1990: 731). Стога више није довољно говорити о одговорности лица која директно запошљавају раднике. Очигледно да унитарна концепција послодавца више не одговара сложеној пословној пракси коју карактерише децентрализација и прерасподеле компанијске власти. Поред тренда ка децентрализацији, и друге промене које су се догодиле у пракси запошљавања, попут привременог рада и радног ангажовања независних уговарача, измениле су „портрет“ послодавца. То је довело до постепеног прихватања англосаксонске концепције „заједничког“ и „повезаног“ послодавца, која традиционално није имала свој пандан у континенталној Европи. Прогресивна ерозија од забране уступања радне снаге до прихватања троугластих радних односа јасно илуструје прелазак са унитарне на плуралну концепцију послодавца у земљама попут Француске, Шпаније, Италије и Немачке (Corazza, Razzolini, 2014: 14). Међутим, питање је у којој мери тренутно радно законодавство може довести у питање одговорност лица које немају директан уговорни однос са радницима, те могу ли се на бази постојећег законског оквира развити ефикасне теоријске поставке или је потребан нови сет закона (Davies, Freedland, 2006: 275). У том смислу, постоји потреба да се преиспита појам послодавца у радном законодавству које традиционално намеће различите обавезе према запосленима конкретном послодавцу.

3. Унитарна концепција послодавца

Идеја послодавца као „јединственог недељивог субјекта“ општеприхваћена је у Европи и Сједињеним Америчким Државама (Davies, Freedland, 2006: 275). Она је, чини се, утемељена како у економском феномену фордистичког предузећа, тако и у правном развоју билатералног уговора о раду из периода господара и слугу. Након појаве вертикално интегрисаних предузећа, заснованих на принципима фордистичке технологије масовне производње, у неколико правних система повучене су границе правне концепције послодавца тако да се подударају са границама економске организације у којој се посао обавља (Collins, 1990, 731; Davies, Freedland, 2006: 274-275). Како су се фордистичка вертикална предузећа састојала од скупа средстава за производњу и свих других материјалних и нематеријалних добара, она су представљала идеално „виртуелно место“ за расподелу трошкова рада и одговорности према запосленима. Стога је власник предузећа у то време сматран најпоузданијим послодавцем, способним да поднесе и подмири трошкове рада. Тако је Врховни суд Сједињених Америчких Држава заузео став да је послодавац „лице (или група лица) које поседује и управља предузећем“.² Као последица наведеног, није изненађујуће да је један од главних тестова који се користи за идентификацију послодавца власништво над предузећем, заједно са вршењем управљачких овлашћења организације, усмеравања и надзора над радом запослених. Овакав приступ судова близак је ставовима неких присталица уговорне концепције радног односа који, поред уговора о раду, извориште управљачких овлашћења препознају и у својинским овлашћењима послодавца, сматрајући да, кроз вршење управљачке власти, послодавац остварује права која му припадају као власнику капитала. У једном делу радноправне литературе може се, чак, прочитати упозорење да се „власничка овлашћења трансформишу на начин да управљачка власт постаје доминантна у односу на класичне атрибуте својине, тако да из угла радног права власништво подразумева пре свега овлашћења да се организује рад запослених и да се управља њиховим радом“ (Ковачевић, 2013: 148-149). На то указује и Коус (Ronald Coase) када пише да „чињеница управљања“ представља суштину правне концепције послодавца и запосленог, као и економске концепције предузећа (Coase, 1937: 404).

Полазећи од оваквих идеја, нарочито у земљама са европско-континенталном правном традицијом, развијен је следећи општи принцип: ако се правно лице које врши овлашћења контроле и усмеравања радне активности разликује од правног лица које је формално уговорна страна

² *Clackamas Gastroenterology Assoc. v. Wells*, 538US440, 450, 2003. Наведено према: Rubinstein, 2012: 633.

уговора о раду, онда ће се то прво, а не ово последње (лице) сматрати послодавцем у смислу обима радноправне заштите. С једне стране, ово начело је укоренењено у правилима која регулишу тумачење уговора, заснованим на идеји да је садржина важнија од форме.³ С друге стране, у европско-континенталним правним системима забрана раздвајања између формалног послодавца, који сноси ризик посла и одговорности из радног односа, и послодавца који ефективно поседује предузеће и врши контролу и надзор над радним активностима, произлази из традиционалног „непријатељства“ према било ком облику посредовања у раду, за разлику од Уједињеног Краљевства у коме се догодило „опште прихватање овог феномена“.⁴ Ово „непријатељство“ је изричито потврђено у законима појединих држава, као што је примера ради случај са шпанским Статутом радника (шпан. *Ley del Estatuto de los Trabajadores*) који забрањује било који облик посредовања у раду, осим оног који пружају лиценциране агенције (посредници). Према одредбама Статута, постоји незаконит облик уступања радне снаге кад год је предмет уговора сама понуда радне снаге и/или посредник није акредитован од државе, није власник предузећа и средстава за производњу и не врши никакву „предузетничку моћ“. У овом случају, уступљени радник се може сматрати радником предузећа корисника (Piñero-Royo, 2001: 129). Слично томе, и у Италији се понуда радне снаге може одвијати само преко посредника акредитованих од надлежних државних институција. Агенцијски рад (итал. *somministrazione di lavoro*), с једне стране, и уговор о пружању услуга (итал. *contratto di appalto*), с друге стране, представљају две врсте дозвољеног *outsourcing*-а. Кад год пружалац услуга (формални послодавац) није посредничка агенција коју је држава акредитовала, нити је власник праве и стварне пословне организације, сматра се да постоји забрањени облик понуде или уступања радне снаге (Ratti, 2009: 12). У Француској се признају два облика уступања радне снаге, и то тзв. непрофитна понуда радне снаге (фр. *fourniture de main d'oeuvre à but non lucratif*) и привремени рад (фр. *travail temporaire*), али само

3 За разлику од земљама англосаксонског правног система где форма обично превладава над садржином (Wedderburn, 1986: 58).

4 Дубоко укоренењени идеолошки аргумент против уступања радне снаге путем посредника односи се на идеју да „рад није роба“: пошто радна снага није нешто што се може купити, продати или евентуално користити, посредник не може само да обезбеди радника који ће обављати посао под контролом и у оквиру другог послодавца (Collins, 2010: 3). Значајнији разлог овог „непријатељства“ према посредовању повезан је са искоришћавањем „уступљеног“ радника од стране посредника, кроз обрнуту пропорционалност прихода потоњег у односу на зараду која је исплаћена раднику. Дакле, постоји аргумент да правни систем треба да забрани посреднике у раду како би се радници заштитили од повреда или болести, имајући у виду да посредник не пружа такве видове радноправне заштите (Ratti, 2009: 3, 10).

у строгим границама, као изузеци од опште забране раздвајања између формалног послодавца, који сноси ризик посла и одговорности из радног односа, и стварног послодавца (предузећа корисника) који ефективно контролише и усмерава радне активности. Коначно, и у Немачкој, према Закону о привременом раду (нем. *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG*) посредовање у раду је дозвољено само лиценцираним агенцијама за рад (нем. *Verleiher*): у супротном се сматра да је радник запослен код предузећа корисника (Weiss, Schmidt, 2010: 64). Немачке судије, као, уосталом, и судије других европско-континенталних земаља, углавном сматрају да трошкови рада и одговорности према запосленима морају остати на оном ко врши предузетничка овлашћења контроле и усмеравања радних активности - доктрина индиректног запошљавања (нем. *Mittelbares Arbeitsverhältnis*) (Nogler, 2009: 60).

С друге стране, идеја о послодавцу као „јединственом недељивом субјекту“ традиционално је добро успостављена и у британском правном систему. Међутим, без обзира на то, у Уједињеном Краљевству ова перспектива није повезана са супротстављеношћу према било ком облику посредовања у раду, као што је то случај у земљама европско-континенталног правног система (Corazza, Razzolini, 2014: 7). Она потиче из доктрине господара и слугу (Deakin, Wilkinson, 2005: 74-86), након чијег напуштања карактеризација радног односа у смислу личног и билатералног уговора и даље подржава идентификацију послодавца као појединачног субјекта (Deakin, 2001: 72). У том контексту, „тест узајамности обавеза“, према којем се за квалфикацију уговора о раду захтева постојање размене између уговорне обавезе послодавца да континуирано обезбеђује посао и обавезе запосленог да му стави на располагање своје радне способности, играо је важну улогу, али је довео до контрадикторних резултата (Wynn, Leighton, 2006: 301). Тако се, примера ради, на основу теста узајамности обавеза, може утврдити да агенцијски радници, који су укључени у троугласти однос, немају уговор о раду ни са агенцијом за рад, ни са предузећем корисником (Ratti, 2009: 18).

Сходно напред наведеном, може се закључити да унитарна концепција послодавца и билатерална конструкција уговора о раду нису адекватни у ситуацијама када је рад организован између више субјеката који запошљавају (Freedland, 2003: 40). С тим у вези, намеће се питање могућности вршења управљачких овлашћења над радом запослених од стране два или више различитих субјеката. Јасно је да доктрина послодавца као „јединственог недељивог субјекта“ одбацује ову идеју. Традиционална веза између вертикалног предузећа фордистичог модела и правне концепције послодавца отежала је прихватање идеје да послодавчева

овлашћења контроле и усмеравања могу лежати изван граница одређеног правног лица (Corazza, Razzolini, 2014: 7). Да би се обезбедила доследна примена радног законодавства с обзиром на сву чињеничну сложеност, потребно је преиспитати постојеће концепције послодавца и понудити решења за све чешће ситуације у којима запослени имају два или више послодавца или раде уз помоћ информационе технологије.

4. Плурадне концепције послодавца

За разлику од већине европских држава које су у свом радном законодавству прихватиле унитарну концепцију послодавца, поједине земље англосаксонске правне традиције развиле су другачије приступе регулисању појма „послодавац“. Премда сваки од ових приступа има своје особености, они се заједнички могу назвати *плурадном концепцијом послодавца*, односно *концепцијом множине послодавца* (Ratti, 2009: 9). Суштина ове концепције јесте проширење одговорности за обавезе према запосленима на групу повезаних лица, и то помоћу метода који игноришу правну форму предузећа и не захтевају да правно лице има непосредан уговорни однос са запосленим (Fudge, Zavitz, 2006: 107). Плурална концепција послодавца се може резимирати као спречавање да у поступку утврђивања статуса послодавца форма управља суштином. За разлику од случајева одговорности директора, плурална концепција послодавца се примењује да би се утврдила одговорност једне корпорације за обавезе према запосленима друге корпорације.⁵ Водећи пример ове концепције може се наћи у Сједињеним Америчким Државама које прихватају доктрину „заједничког запошљавања“ (енгл. *joint employment*) (Corazza, O. Razzolini, 2014: 9). Ова доктрина, утемељена у америчком обичајном праву, пружа могућност судијама да као послодавца квалификују два или више предузећа која заједнички одлучују о питањима регулисања основних услова рада, било да их међусобно деле или саодлучују о њима (Corazza, O. Razzolini, 2014: 9). Настала је, највећма, као одговор на све разноврсније облике организације рада и пословања. Супротно већини европских држава, у Сједињеним Америчким Државама се не прави разлика између различитих модалитета организације пословања који укључују више одвојених правних лица. Привремени рад, *outsourcing*, подуговарање, уговори о услугама само су неки примери различитог организационог окружења у којем се примењује концепција „заједничког запошљавања“ (Stone, 2006: 251). Поред тога, од средине деведесетих година XX века,

5 Nancy M. Shapiro, Koskie Minsky, Common Employer – An Update on the Common Law Doctrine, 2, https://kmlaw.ca/wp-content/uploads/2015/09/NS_CommonEmployer_Final.pdf, 15.5.2020.

ова концепција се примењује и у јавној управи (Schooner, Swan, 2010: 3). Последица утврђивања постојања „заједничког запошљавања“ јесте солидарна одговорност послодаваца у погледу исплате минималних зарада и накнаде за прековремени рад, поштовања стандарда безбедности и здравља на раду, одсуства са рада и заштите од дискриминације (Corazza, Razzolini, 2014: 10). Притом, одлука о томе да ли се два или више правних субјеката могу сматрати заједничким послодавцем зависи у великој мери од подручја примене одређеног закона, што је у складу са тзв. „циљним приступом“ проблему дефинисања појма „послодавац“ и „запослени“ (Sciarra, 2005: 30-34), при чему је у судској пракси америчких судова осмишљен вишефакторски тест уз помоћ кога се утврђује да ли је утицај одређеног предузећа довољно велик да оно може да се квалификује као послодавац. Према најновијим правилима министарства надлежног за послове рада од 2020. године, за квалификацију радног односа захтева се да радник ради непосредно или посредно у интересу „заједничког послодавца“, при чему се постојање наведеног интереса утврђује на основу процене да ли претпостављени „заједнички послодавац“ (енгл. *joint employer*) заиста учествује у одређеним активностима као што су запошљавање или отпуштање радника, надзор и контрола извршења обавеза и услова рада радника, одређивање висине и начина исплате накнаде за рад и сл (Hirsh, 2020: 55-69).

Слична доктрина, тзв. „повезаног послодавца“ (енгл. *related employer*) – иако не тако опсежно развијена као у Сједињеним Америчким Државама – постоји у канадским јурисдикцијама. Она почива на ставу да „када се два или више послодаваца могу квалификовати као „повезани“, они се третирају као један послодавац у различите сврхе“ (Fudge, Zavitz, 2006: 107). Одлуку о томе доносе судови у зависности од околности конкретног случаја, при чему „чињеница да запослени има писмени уговор са једном од компанија није одлучујућа“.⁶ Наведено правило је развијено у судској пракси канадских судова, а први пут је јасно актикулисано одлуком Апелационог суда у Онтарију у предмету *Downtown Eatery (1993) Ltd. v. Ontario*.⁷ У наведеној одлуци Суд је оценио да се за потребе заштите од незаконитог отказа појединац може сматрати запосленим у више корпорација повезаних у групи. При утврђивању „правог“ послодавца треба се усредсредити на интеграцију самих компанија и на чињеницу у

6 Supreme Court of British Columbia (Canada), *Bartholomay v. Sportica Internet Technologies Inc. et al.*, 2004 BCSC 508, Vancouver S015639, April 16, 2004, <https://ca.vlex.com/vid/bartholomay-v-sportica-internet-681211333>, 12.3.2020.

7 Court of Appeal (Ontario), *Downtown Eatery (1993) Ltd. v. Ontario*, 2001 CanLII 8538 (NS CA), May 22, 2001, <https://ca.vlex.com/vid/downtown-eatery-ltd-v-680844537>, 12.3.2020.

чијим се рукама налази стварна контрола над запосленим, а не на улогу коју свака од корпорација има у односу на запошљавање. То омогућава појединцима чији је радни однос незаконито отказан да прошире одговорност са послодавца који их формално запошљава на „истинског“ послодавца који има ефективну контролу над запосленим.

И, најзад, занимљиво је приметити да се одређена варијанта плуралне концепције послодавца може препознати и у британском концепту „здруженог послодавца“ (енгл. *associated employer*), који се све више модификује у правцу америчке доктрине „заједничког запошљавања“. Као што је раније поменуто, у британском праву је прихваћена унитарна концепција послодавца, која почива на принципу формалне развојености правног субјективитета и одговорности различитих правних лица. Међутим, њена примена у новије време све чешће доводи до тзв. „проблема са границом капитала“ (Collins, 1990: 736). Наиме, пошто предузећа уживају знатну дискрецију у манипулисању својим границама, она, такође, уживају знатну дискрецију и у манипулисању границама својих правних одговорности. Из тих разлога је недавно истакнута потреба да се пажња више усредсреди на економске активности, а не на границе правне личности различитих правних лица (Baird, 2003: 14). Према постојећим решењима у британском праву, проблематика формалне развојености (и одговорности) правних лица се може превазићи само у случају навода о превари, кроз доктрину обичајног права о пробијању корпоративног вела. Поред тога, законско право предвиђа ограничено укидање корпоративног вела у више случајева, од којих се најважнији односи на континуитет радног односа (Deakin, Morris, 2005: 213). Наиме, заштита од неправедног отказа условљена је минималним радним стажом код послодавца, који је, после најновијих реформи законодавства, повећан са једне на две године радног стажа. Међутим, према доктрини „здруженог“ послодавца, признаје се да овај квалификациони период постоји чак и у случајевима у којима је запослени радио мање од две године за два различита послодавца који се могу квалификовати као „здружени“ у смислу законског и обичајног права (Corazza, Razzolini, 2014: 12).

Имајући у виду напред наведено, следећи одељак овог рада осмишљен је тако да илуструје како се (заједно са агенцијским радом, случајевима *outsourcing*-а (и подуговарања) и повезивања привредних друштава) дигиталне платформе могу сматрати парадигматичним примером приближавања унитарне концепције послодавца плуралној концепцији послодавца.

5. Дигиталне платформе као послодавци

Из перспективе радног права, феномен рада који се обавља преко дигиталних платформи отвара ново поглавље у вековном проблему одређивања подручја примене радног законодавства: да ли се дигитални радници могу квалификовати као запослени те, у складу с тим, заслужују ли радноправну заштиту у распону од прописа о минималној заради и радном времену до незаконитих отказа и колективних права? Да ли су они независни уговарачи, који послују за свој рачун, па могу бити препуштени грубим падовима тржишта или, пак, обављају нови облик рада па заслужују посебан правни статус и регулаторни апарат? (Драгићевић, 2021: 147). Одговор које саме платформе дају је врло једноставан: *Uber, Mechanical Turk, TaskRabbit* и многе друге виде себе као дигиталне агенте који повезују кориснике рада и независне уговараче (Prassl, Risak, 2016: 2). Међутим, услови рада појединих платформи разликују се међу земљама, при чему ниво контроле који врше платформе може бити значајан, од утврђивања висине примања до прецизирања и надгледања начина извршења радних задатака (Prassl, Risak, 2016: 2). Стога није изненађујуће што се пред судове све чешће ставља задатак утврђивања радноправног статуса дигиталних радника. С обзиром да већина теоријских расправа ову проблематику посматра са традиционалног становишта о статусу дигиталних радника као запослених или независних уговарача, у овом раду ћемо исту проблематику посматрати из другог угла - анализираћемо која би страна, с обзиром на мултилатералне уговорне односе у раду дигиталних платформи, могла бити квалификована као послодавац. Наиме, већина јурисдикција је развила (мање или више детаљан) нормативни оквир радног односа утемељен на идеји постојања неједнакости преговарачке снаге субјеката радног односа. Наведени аналитички приступ је, међутим, развијен у контексту билатералних радних односа и као такав неодговарајућ модалитетима рада преко дигиталних платформи који подразумевају учешће најмање три стране – радника, корисника рада и дигиталних платформи као посредника (Prassl, Risak, 2016: 9). Традиционална анализа би поделила тростране радне ангажмане који стоје у основи масовног рада у низ билатералних уговорних односа и покушала да сваку правну везу засебно квалификује.⁸ Економска ситуација дигиталних радника

⁸ Тако, први однос чије би постојање требало разматрати је онај који може бити успостављен између корисника рада и дигиталног радника. Зависно од пословног модела одређене дигиталне платформе, такав уговорни однос може, али не мора постојати. Што се тиче правне квалификације овог односа, ваља узети у обзир да ће он обично трајати врло ограничено време (најчешће до испуњавања микро-задатка) и да ће се уговорни партнери често мењати. Уговор, стога, вероватно неће бити квалификован као уговор о раду, већ као уговор о делу, с обзиром да дигитални

се, међутим, не одражава тачно у збиру ових уговорних фрагмената. Истовремено посматрање појединачних уговорних односа, без разматрања њихове испреплетене природе „слично је утврђивању природе платна гледањем само његових различито обојених нити вуне, без узимања у обзир обрасца плетења“ (Prassl, Risak, 2016: 15). С обзиром на широк спектар мултиентитетских сценарија запошљавања, овакав приступ регулисању радног односа и његових субјеката чини покривеност радног законодавства крхком, нејасном, некохерентном и лако за манипулацију. У циљу превазилажења „сталне и све веће контра-фактичности“ (Davies, Freedland, 2006: 274) примењеног приступа, све већи број правних писаца предлаже померање фокуса са појма запосленог ка концепцији послодавца. Ову идеју први су изнели Дејвис и Фридланд (Paul Davies и Mark Freedland), иако у другом контексту, упозоравјући да „проблем није у билатералној

радник није интегрисан у процес рада корисника рада, да је утицај корисника рада на обављени посао ограничен, те да не постоји економска зависност радника од овог уговорног односа. С друге стране, у скоро свим сценаријима рада преко дигиталне платформе постојаће неки облик уговорног односа *између дигиталног радника и платформе*. У најмању руку, радници морају да се региструју и да преузму обавезу да ће платформи пружити тачне и ажуриране податке. Ако се сагласе да изврше задатак или посао објављен на платформи, примењују се услови рада платформе. Од радника, такође, може бити затражено да платформи дају повратне информације о кориснику рада. Сва додатна права и обавезе ојачаће аргументацију за њихову квалификацију као запослених. Региструјући се на платформи, дигитални радници саопштавају да су у начелу доступни за посао који се нуди путем те платформе. Иако не постоји општа обавеза прихватања било каквих задатака, системи репутације изграђени на основу броја позитивних рејтинга ипак ће подстаћи дигиталне раднике да раде што више како би стекли и одржали позитивну оцену. Уговор између платформе и радника може бити квалификован као уговор о раду или уговор о делу, у зависности од примењених тестова у свакој земљи, интензитета утицаја који уговорни партнер има на извршени посао, као и од економске зависности и трајности уговорног аранжмана. Ако платформа служи само као посредник, пружајући инфраструктуру која омогућава правни однос између радника и корисника рада, она би могла бити квалификована само као служба за запошљавање или агенција за привремени рад. Међутим, недостатак интеграције у процес рада корисника рада, као и (наводни) недостатак управљачких овлашћења корисника рада често ће се користити као аргументација да ни он (корисник рада) у том случају не може бити квалификован као послодавац. Ако се, с друге стране, рад обавља за платформу, а не за корисника рада, тај правни однос би се, у принципу, могао сматрати радним односом. Да би то био случај, од суштинског је значаја да се посао обавља у односу који карактерише лична зависност или узајамност обавеза. На крају, последњи уговорни однос који се успоставља у модалитетима рада преко дигиталних платформи је однос *између корисника рада и платформе*. Ако постоје директни уговорни односи између корисника рада и радника, платформа ће пружати барем брокерске услуге. Поред тога, она може обављати и друге задатке као што су селекција радника, подела задатака на мање задатке, обрада плаћања, конципирање оквирног уговора или контрола квалитета рада. Видети више: (Prassl, Risak, 2016: 10-14).

концепцији радника, већ у унитарној концепцији послодавца“ (Davies, Freedland, 2006: 273). У развоју овог правца размишљања истиче се да проблеми који произилазе из унитарне концепције послодавца, где је послодавац дефинисан као појединачна страна уговора о раду (Prassl, 2013: 380), могу на најбољи начин бити превазиђени пажљивим редефинисањем појма „послодавац“. Тако, Прасл (Jeremias Prassl), један од најистакнутијих присталица овог идејног правца, сматра да у сврху доследне примене радног законодавства концепција послодавца мора да пређе са тренутног, ригидно формалистичког приступа на флексибилну, *функционалну концепцију* (Prassl, 2017: 6). Конкретније речено, Прасл је понудио радну дефиницију, према којој је послодавац „субјект или комбинација субјеката који играју одлучујућу улогу у вршењу релационих функција запошљавања, а који су, као такви, уређени или контролисани у свакој области радног права“ (Prassl, 2015: 155). У сврху разраде ове дефиниције, „функција“ послодавца се одређује као једно од различитих овлашћења послодавца из радног односа. Послодавчеве функције су ретко изричито законом одређене. Међутим, детаљнијом анализом законских текстова увиђа се да концепција послодавца имплицитно одражава дефиницију запосленог (или радника), што омогућава да се идентификација функција послодавца изврши на основу индикатора за утврђивање статуса запосленог (Prassl, 2017: 4). Тако је Прасл извојио пет основних функција послодавца, наглашавајући да је за квалификацију послодавца присуство или одсуство индикатора мање релевантно од анализе вршења наведених функција.⁹ Кључна одлика мултифункционалне концепције послодавца је чињеница да се послодавац више не дефинише искључиво као појединачни субјект који врши сва овлашћења (функције) послодавца, већ се послодавчева овлашћења могу поделити у различите групе, те их могу вршити различити субјекти. Функционални приступ, стога, у практичном смислу може довести до мноштва субјеката (послодаваца) који би могли имати одговорност за спровођење оног сегмента радног законодавства који је у вези са функцијом коју врше (Prassl, 2015: 155). У том смислу, ваља напоменути да су пословни модели одређених платформи, попут *Uber*-а, изненађујуће блиски традиционалној претпоставци да све функције послодавца извршава један субјект - платформа, коју би зато

9 То су следеће функције: 1) заснивање и престанак радног односа (ова функција укључује сва овлашћења послодавца у вези са постојањем радног односа, почев од избора запосленог до права на отказивање радног односа; 2) коришћење рада и његових резултата; 3) обезбеђивање рада и исплата зараде; 4) управљање унутрашњом организацијом предузећа, односно унутрашњим тржиштем рада; 5) управљање односом између предузећа и тржишта, односно спољашњим тржиштем предузећа (Prassl, 2015, 32).

требало квалификовати као послодавца (Prassl, Risak, 2016: 22). Међутим, поред тога, код све већег броја платформи функције су подељене или их заједнички врши више субјеката – платформе, корисници рада, па чак и сами дигитални радници. Управо у оваквим случајевима, задатак функционалне концепције послодавца је да утврди који субјекти могу имати статус послодавца.

6. Закључак

У пракси, идентификација послодавца у многим ситуацијама није нимало лак задатак, посебно ако се имају у виду прилично широке дефиниције појма послодавца и (неретко) изостанак дефиниције радног односа из радног законодавства. Овај задатак додатно погоршава нова технологија, која олакшава предузећима да врше контролу над радом појединаца који су званично запослени код других. Идеја о послодавцу као јединственом недељивом субјекту који врши управљачка овлашћења издавања налога и упутстава, као и надзора над радом запослених је доведена у питање новим облицима управљања који хијерархијске структуре замењују тржишним, кроз све веће прибегавање активностима *outsourcing*-а, подуговарања, повезивања привредних друштава у групе и коришћења дигиталних платформи. Као одговор на проблеме који прате правну квалификацију послодавца у случају појаве тространих (и вишестраних) правних односа поводом рада за другог, у теорији радног права се све чешће предлаже - а у судској пракси и у радном законодавству појединих држава прихвата - концепција множине послодаваца. Ова концепција полази од потребе за разликовањем потенцијала за вршење послодавачких функција и њиховог стварног вршења, а што, даље, води разликовању формалних и стварних послодаваца. То, даље, значи да се, у смислу ове концепције, послодавац разуме као некакав скуп послодавачких функција, које могу вршити два (или више) лица, због чега се у сваком конкретном случају треба проверити ко има одлучујућу улогу у вршењу послодавачке функције у конкретној области радног права (Ковачевић, 2021: 439). Крајњи циљ је да се сва лица која обављају послодавачке функције укључе у шему подељене или заједничке (солидарне или супсидијарне) одговорности у одређеном подручју радног права.

Детаљна анализа потенцијалних путева за операционализацију наведеног предлога превазилази предмет истраживања овог рада и свакако би се разликовала у различитим правним системима. Ипак, и на основу ове кратке анализе може се закључити да се плурална концепција послодавца може лакше носити са сложенешћу која произилази из чињенице да

постоји више субјеката у једном радном ангажману и више начина на који ови субјекти могу међусобно делити послодавачка овлашћења. Успешна идентификација послодавца за сваку групу овлашћења омогућила би суптилнији приступ ефикасном спровођењу радног законодавства. У широј перспективи посматрано, вреди напоменути да се овај, као и други слични предлози за редефинисање појма послодавца образлажу, пре свега, чињеницом да заштита радника више неће остати „везана“ за један правни субјект, као што је то било у прошлости (Davies, Freedland, 2006: 275). Уместо тога, радноправна заштита биће базирана на подели ризика и трошкова рада између различитих субјеката који запошљавају. У том погледу, различити субјекти укључени у процес запошљавања, снажно интегрисани путем уговора или власништва над акцијама, могу се сматрати „унутрашњим тржиштима рада“ (Corazza, O. Razzolini, 2014: 24) која повећавају и штите очекивања запослених о сигурности примања. Будући да је перспектива „унутрашњег тржишта рада“ данас срж радноправне заштите, интеракција између запосленог и више послодаваца може се сматрати шансом, а не ризиком. Ово посебно у варијанти коју је предложио Davidov, а која подразумева да су зависно од врсте обавезе, оба ентита (послодавца) која учествују у триангуларном односу солидарно или супсидијарно одговорна за обавезе и одговорности које за послодавца произилазе из радног односа (Davidov, 2004: 727-746). Ову варијанту су већ прихватила радна законодавства неких европских држава (попут Француске, Немачке и Шпаније), и то у погледу одређених радноправних института (примера ради подуговарања), али (за сада) у предметно ограниченом обиму (у погледу доприноса за социјално осигурање и безбедности и здравља на раду).

Литература/References

Álvarez Alonso, D. (2016). Labour Law and Atomization of Work: Legal Responses to the Fissured Workplace in Spain. U *Reconsidering the Notion of Employer in the Era of Fissured Workplace: Should Labour Law Responsibilities Exceed the Boundary of the Legal Entity?*. REPORT No. 15. Tokyo: The Japan Institute for Labour Policy and Training, Comparative Labour Law Seminar.

Baird, D. (2003). In Coase's Footsteps. *Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 175*. Chicago Unbound: University of Chicago Law School,.

Bronstein, A. (2009). *International and Comparative Labour Law - current challenges*. Geneva: International Labour Office.

Valdés Dal-Ré, F. (2001). La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa. *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*. 2/2001. 59-66.

Garofalo, D. (2018). Lavoro, Impresa e Trasformazioni Organizzative. U *Atti delle Giornate di Studio di Diritto del lavoro „Frammentazione organizzativa e Lavoro: Rapporti Individuali e Collettivi“*, 53. Milano: Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Social, AssociaGiuffrè.

Garofalo, D. (2020). The identification of the employer in the context of organisational fragmentation: the Italian legal framework. *Italian Labour Law e-Journal*. Vol. 13, 1/2020. 29-53.

Davidov, G. (2004). Joint Employer Status in Triangular Employment Relationships. *British Journal of Industrial Relations*. Vol 42, 4/2004. 727-746.

Davies, P. Freedland, M. (2006). The Complexities of the Employing Enterprise. U Davidov, G. i Langille, B (Prir.). *Boundaries and Frontiers of Labour Law - Goals and Means in the Regulation of Work*. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing.

Deakin, S. (2001). The Changing Concept of the „Employer“ in Labour Law. *Industrial Law Journal*. Vol. 30, 1/2001. 72-84.

Deakin, S. Morris, G. (2005). *Labour Law*, 4th edition. Oxford and Portland: Hart Publishing.

Deakin, S. Wilkinson, F. (2005). *The Law of the Labour Market - Industrialization, Employment and Legal Evolution*. Oxford: Oxford University Press.

Драгићевић, М. (2021). Проблеми квалификације и радноправне заштите 'дигиталних радника'. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 90/2021. 147-164.

Zou, M. (2016). Regulating the Fissured Workplace: the Notion of the Employer in Chinese Labour Law. U *Reconsidering the Notion of Employer in the Era of Fissured Workplace: Should Labour Law Responsibilities Exceed the Boundary of the Legal Entity?*. REPORT No. 15. Tokyo: The Japan Institute for Labour Policy and Training, Comparative Labour Law Seminar.

International Labour Conference (2006). 95th Session, Report V(1), *The employment relationship*. Geneva: International Labour Office.

Јашаревић, С. (2015). Уређење радног односа у Србији у контексту нових околности у свету рада. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 3/2015. 1053-1068.

Јашаревић, С. (2019). Усклађивање радног права Србије са новим тенденцијама, стандардима МОР и ЕУ. *Радно и социјално право*. 1/2019. 69-92.

Court of Appeal (Ontario), *Downtown Eatery (1993) Ltd. v. Ontario*, **2001 Can-LII 8538 (NS CA)**, May 22, 2001. Преузето 12.3.2020. <https://ca.vlex.com/vid/downtown-eatery-ltd-v-680844537>.

Coase, R. (1937). The Nature of the Firm. *Economica*. Vol. 4, 16/1937. 386-405.

Ковачевић, Љ. (2013). *Правна субординација у радном односу и њене границе*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Ковачевић, Љ. (2021). *Заснивање радног односа*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Collins, H. (1990). Ascription of Legal Responsibility to Groups in Complex Patterns of Economic Integration. *Modern Law Review*. Vol. 53, 6/1990. 731-744.

Collins, H. (1990). Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws. *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 10, 3/1990. 353-380.

Corazza, L. Razzolini, O. (2014). Who is an Employer. *Working Papers*, Centre for the Study of European Labour Law „Massimo D’antona“, University of Catania, INT - 110/2014.

Nakakubo, H. Araki, T. (2016). Introduction. U *Reconsidering the Notion of Employer in the Era of Fissured Workplace: Should Labour Law Responsibilities Exceed the Boundary of the Legal Entity?*. REPORT No. 15. Tokyo: The Japan Institute for Labour Policy and Training, Comparative Labour Law Seminar.

Nogler, L. (2009). *The concept of “subordination” in European and Comparative Law*. Trento: University of Trento.

Powell, W. (2003). The Capitalist Firm in the Twenty-First Century: Emerging Patterns. U DiMaggio, P. (Prir.). *The Twent First-Century Firm: Changing Economic Organization in International Perspective*. Princeton and Oxford: Princeton University Press.

Prassl, J. (2012). *The Notion of the Employer in Multilateral Organisational Settings*. Oxford: Magdalen College University of Oxford.

Prassl, J. (2017). *Towards a Functional Concept of the Employer*. Thematic Working Paper for The Annual Conference of the European Centre of Expertise (ECE) in the field of labour law, employment and labour market policies: The Personal Scope of Labour Law in Times of Atypical Employment and Digitalisation, Direc-

torate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion European Centre of Expertise (ECE).

Prassl, J. (2013). The Notion of the Employer“. *Law Quarterly Review*. Vol. 129, 3/2013. 380-398.

Prassl, J. Risak, M. (2016). UBER, TASKRABBIT, & CO: Platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork. *Comparative Labour Law & Policy Journal, Forthcoming, Oxford Legal Studies Research Paper*. 8/2016. 1-30.

Prassl, J. (2015). *The concept of the employer*. Oxford: Oxford University Press.

Ratti, L. (2009). Agency Work and the Idea of Dual Employership: a Comparative Perspective. *Working Papers*, Centre for the Study of European Labour Law “MASSIMO D'ANTONA”, University of Catania, INT - 68/2009.

Rodriguez Piñero-Royo, M. (2001). Temporary Work and Employment Agencies in Spain. *Comparative Labour Law & Policy Journal*. Vol. 23, 1/2001. 129-171.

Rubinstein, M. H. (2012). Employees, Employers and Quasi-Employers: an Analysis of Employees and Employers Who Operate in the Borderland Between Employer and Employee Relationship. *University of Pennsylvania Journal of Business Law*. Vol. 14, 1/2012. 605-659.

Stone, K. V. W. (2006). Legal Protections for Atypical Employees: Employment Law for Workers without Workplaces and Employees without Employers. *Berkeley Journal of Employment and Labour Law*. Vol. 27, 2/2006. 251-286.

Supreme Court of British Columbia (Canada), *Bartholomay v. Sportica Internet Technologies Inc. et al.*, 2004 BCSC 508, Vancouver S015639, April 16, 2004. Преузето 12.3.2020. <https://ca.vlex.com/vid/bartholomay-v-sportica-internet-681211333>.

Shapiro, N. M., Minsky, K. Common Employer – An Update on the Common Law Doctrine. Преузето 15.5.2020. https://kmlaw.ca/wp-content/uploads/2015/09/NS_CommonEmployer_Final.pdf.

Sciarra, S. (2005). *The Evolution of Labour Law (1992–2003)*. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities.

Schooner, S. L., Swan, C. D. (2010). Suing the Government as a ‘Joint Employer’ - Evolving Pathologies of the Blended Workforce. *The government contractor*. Vol. 52, 39/2010. 1-7.

Freedland, M. (2003). *The Personal Employment Contract*. Oxford: Oxford University Press.

Fudge, J. (2006). Fragmenting Work and Fragmenting Organizations: The Contract of Employment and the Scope of Labour Regulation. *Osgoode Hall Law Journal*. Vol. 44, 4/ 2006. 609-648.

Fudge, J. Zavitz, K. (2006). Vertical Disintegration and Related Employers: Attributing Employment-Related Obligations in Ontario. *Canadian Labour and Employment Law Journal*. Vol. 13, 1/2006. 107-146.

Fudge, J. (2006). The Legal Boundaries of the Employer, Precarious Workers, and Labour Protection. U Davidov, G. Langille, B. (Prir). *Boundaries and Frontiers of Labour Law - Goals and Means in the Regulation of Work*. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing.

Hirsh, J. M. (2020). Joint employment in the United States. *Italian Labour Law e-Journal*. Vol. 13, 1/2020. 55-69.

Wedderburn, L. (1986). *The Worker and the Law*. London: Penguin Books.

Weil, D. (2014). *The Fissured Workplace: Why Work Became So Bad for So Many and What Can Be Done to Improve It*. Cambridge: Harvard University Press.

Weiss, M. Schmidt, M. (2010). *Labour Law and Industrial Relations in Germany*. Frankfurt/Main: Kluwer Law International.

Wynn, M. Leighton, P. (2006). Will the Real Employer Please Stand Up? Agencies, Client Companies and The Employment Status of Temporary Agency Worker. *Industrial Law Journal*. Vol. 35, 3/2006. 301-320.

Marija Dragičević, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

CONTEMPORARY CONCEPTIONS OF THE TERM “EMPLOYER”

Summary

The contemporary labour legislation, as a rule, provides the definition of the term “employer”. While the reason for defining the concept of “an employee” rests on the need to determine the personal field of application of labour legislation, the essence of providing a legal definition of the term “employer” is to identify the entity that is responsible for fulfilling the obligations towards employees and other temporarily engaged individuals, as well as their unions and other representation institutions. Despite the importance of providing an accurate definition, comparative labour legislation can barely offer a classification of the term “employer” which indicates that the legislation bodies have managed to overcome the circular (idem per idem) definition. Additionally, the present definitions are not adjusted to triangular (and multilateral) labour-generated relations. Consequently, in order to harmonize the legal framework with the changes which occur in economic reality, an increasing number of labour law systems initiate the process of introducing a new legal model of plural-employer. In that context, the author of this paper first considers the need to re-conceptualize the term “employer” and analyzes the current unitary and (new) plural-employer conceptions of this term. Finally, using the example of digital platforms, the author demonstrates the inadequacy of the existing legal definitions of the concept “employer” and emphasizes the need for adopting new ones which are more adjusted to the labour market realities.

Keywords: employer, unitary conception, single-employer, plural-employer conception.

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

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfm1-37924

UDK: 34.04:342.4(497.11)

Раџ примљен: 18.05.2022.
Раџ прихваћен: 02.06.2022.

CONSTITUTIONAL REFERENDUM AND JUDICIAL REFORM IN SERBIA**

Abstract: *The process of constitutional revision can be observed from two standpoints: the first refers to the elements of the procedure for amending the constitution; the second calls for a review of the subject matter of constitutional revision contained in the Act amending the Constitution. This paper discusses the constitutional legitimacy of the Act amending the Constitution and the new constitutional solutions aimed at changing the provisions on the election of judges and public prosecutors, as well as the provisions on judicial councils in the Republic of Serbia.*

Keywords: *Constitution of the Republic of Serbia, constitutional revision, judicial reform.*

* irena@prafak.ni.ac.rs

** This paper is a result of research financially supported by the Ministry of Education, Science and Technological Development of the Republic of Serbia, under the contract registration number 451-03-68/2020-14/200120.

1. Introduction

The constitutionalization of judicial independence is the pillar of any system based on the values embodied in the rule of law. The judicial system operates in conditions of the separation of powers, which is the primary guarantee of the rule of law. Therefore, in order to create a social environment in which the judiciary could act independently, it is necessary to consider the normative guarantees of judicial independence alongside with the rules on the political responsibility of constitutional authorities.¹

The constitutional revision in the Republic of Serbia is a manifestation of the necessity to strengthen the rule of law, which is a serious task in conditions of the disrupted tradition of constitutionality during the 20th century. The separation of powers should be a fundamental principle that fulfills the constitutional democracy standards and the rule of law values. Therefore, the constitutional reform should guarantee a model of checks and balances in which the political authorities will not be able to keep the judiciary on a “political leash”. In that sense, special emphasis is placed on the permanent tenure of the judicial function (i.e. continuity and stability of the term of office), which should enable judges to act in line with the rules of professional conduct as the strongest barrier against political influence.²

In the Republic of Serbia, the judicial reform took on a constitutional form in a referendum on 16 January 2022, when the Act amending the Constitution was adopted. In this context, the constitutional revision process could be observed from two standpoints: the first refers to the elements of the procedure for amending the constitution, and the second calls for a review of the subject matter of constitutional revision, as the substantive ground for judicial reform.

2. On the legitimacy of the constitutional revision

The constitutional revision procedure has a special significance not only in terms of ensuring the legality of constitutional change but also in terms of ensu-

1 The French Constitution (1958) was the first constitution that used different terms to signify political power (legislative and executive) and judicial power. While the former was designated by the term “power” (*pouvoir*), the judiciary was designated by the term “authority” (*autorité judiciaire*). It means that the latter originated as a branch *per se* and that it does not depend on the power of political authorities (Triva, 1989: 226).

2 The permanence of the judicial function is based on the tradition of the English legal system, where the Act of Settlement of 1711 for the first time protected the judicial office from the monarch’s influence, allowing judges to act freely and independently of the king’s will (*durante bene placito nostro*), whereby the continuity of the judicial function was based on the good conduct of the judge (*quam diu bene gesserint*) (Dika, 1992: 518).

ring legitimacy. Since the adoption of the Constitution of the Republic of Serbia in 2006, there have been several calls for constitutional revision, including a popular (people's) initiative. Given that Serbia has embarked on the European integration process, the harmonization of national law with the *acquis communautaire* calls for a reform of the judiciary, *inter alia*. Hence, on 4th December 2020, the Government of the Republic of Serbia submitted a proposal for revising the Constitution which primarily referred to the provisions concerning the judiciary. The proposal for constitutional revision was presented to the National Assembly on 7th June 2021 and approved by a two-thirds majority of MPs. This was the first phase in the constitutional revision process, which was followed by drafting an act on changing the Constitution. The Committee on Constitutional and Legislative Issues, which is in charge of managing the constitutional revision process, formed a special Commission (working group) to draft a constitutional amendment act. The Special Commission stated that the act would be drafted on the basis of proposals and explanations of the Government, as well as the conclusions formulated in public hearings organized by the Committee. In the next phase, the National Assembly debated in the plenum and passed a decision to endorse the Act amending the Constitution by a two-thirds majority of MPs. Then, the Act was submitted to a constitutional referendum which was held on 16th January 2022.

The comparative law practice demonstrates that a constitutional revision can be undertaken in several forms: by enacting Amendments, by enacting a new Constitutional Act, or by enacting a special act amending the constitution. The form underlying the constitutional revision process is not just a technical issue; quite the reverse, the manner in which the constitutional revision will be undertaken largely reflects the "ideological" approach towards the constituent power and its supremacy to preserve the original "revolutionary" work or to leave it to the revision power to intervene in its masterwork.

The constitutional technique of enacting Amendments has been applied in the United States. It fits into the constitutional "idolatry" and the "cult" of the Constitution, which is protected by adding amendments to the original constitutional act without intruding into its original content. As a technique for instituting constitutional change, the Amendments technique is primarily aimed at supplementing, improving and developing the constitution. On the other hand, "extra-constitutional" participants (such as courts) have been vested with the authority to introduce specific changes in the process of constitutional review of individual cases, by means of constitutional precedent, thus harmonizing the "normative" and the "real". The enacted Amendments have the same legal force as the Constitution; they operate on the principle of *lex posterior derogat legi priori*, which safeguards the work of the original framers of the constitution but

concurrently recognizes the functional power of the revision power. The amendments which are added to the original text of the constitution do not necessarily have to refer directly to the articles that will be amended (which was the case with the Serbian amendments). Basically, this technique of constitutional change stems from the need to preserve the original constitutional document, as well as the intention of the revision authority to retain all functional properties of the constituent power.

As an instrument for supplementing and developing the constitution which originated in the American legal space, Amendments are not a common feature of the European-continental legal tradition. The term “amendment” (Lat. *amandere*) denotes change, modification, addition; but, as a constitutional technique, it gained a new meaning developed in a legal system featuring a rigid and long-lasting constitution, such as the US Constitution. The European constitutional history (from the adoption of the first constitutions on the European continent) shows that this technique has never been used by European countries; the contemporary practices show that it was seldom used in the European countries which adopted their new constitutions at the end of the 20th century.³

Serbia adopted the Act amending the Constitution in the referendum held on 16th January 2022. The Act which contains 29 amendments but, nomotechnically speaking, they are amendments only by designation. In effect, these amendments are articles that change the existing constitutional provisions.⁴ Thus, the Serbian legislator has retained the hybrid form of constitutional nomotechnic, which originates from the Socialist Republic of Yugoslavia and which has been preserved only in Serbia, Montenegro and Northern Macedonia.⁵

3 For example, in Austria, any change related to *materia constitutionis* and adopted by Parliament in a special procedure is made in the form of a Constitutional Act. In the Czech Republic and Slovakia, it is designated as “the Constitutional Act on Amendments to the Constitution”. In Bulgaria, it is designated as “the Act on Amendments to the Constitution”.

4 For example, Amendment 1 reads: “This amendment replaces Article 4 of the Constitution of the Republic of Serbia.” (Act Amending the Constitution of the RS, adopted by the National Assembly, 30. 11. 2021).

5 Other former Yugoslav republics have adopted the technique inherent to the European civil law system. For example, Croatia enacted two acts: “the Constitutional Act revising the Constitution” and “the Revision the Constitution”, whereby the appropriacy of the term “revision” in the latter act was subsequently assessed by the Constitutional Court, which considered that the term “revision” cannot be used in the name of an act as it refers to the content of the act amending the Constitution. The last (consolidated) version of the Constitution of the Republic of Croatia was published in 2010 (<https://www.usud.hr/hr/ustav-rh>). Similarly, the Constitution of Slovenia does not explicitly state the type of act on constitutional change, but the model of enacting a constitutional act has been applied in practice.

On the other hand, the constitutional referendum conditions have been completely relaxed by the reason that can be found in the previous Serbian Constitution (1990),⁶ which envisaged that the Constitution could be changed only if more than half of all registered voters voted for it in a referendum. In order to meet this rigid requirement and secure the necessary referendum majority, the referendum on the adoption of the new 2006 Constitution took two days. It opened the first cracks in the legitimacy of constitutional grounds for adopting the highest general legal act of the first independent Republic of Serbia. It is quite unusual for a referendum to last more than one day, especially in a country with a small number of voters and a territory that does not require special technical conditions for a long-time voting.

In order to preclude the complications arising from the rigid revision procedure, the new Constitution (2006) not only relaxed the referendum majority (formerly half of all citizens eligible to vote) but also excluded the so-called referendum quorum (a minimum citizen participation requirement). Under the 2006 Constitution, the decision on changing the constitution is made by a simple majority of citizens who vote for the Act amending the Constitution, regardless of how many voters actually take part in the referendum. Consequently, the constitutional referendum is legally valid irrespective of the citizens' turnout, which raises the question of legitimacy of the highest general legal act in the event of a low voter turnout. Formally speaking, it is enough to get a larger number of votes supporting the constitutional amendment act as compared to those against it. Thus, given that the Constitution does not envisage specific mandatory turnout thresholds (e.g. a half or a quarter of registered voters), the referendum decision is valid notwithstanding the actual size of the majority or turnout percentage in relation to the total number of eligible voters.

In 2022, a total of 1,995,215 voters (out of 6,510,323 registered voters in Serbia) voted in the constitutional referendum held on 16 January 2022, which amounts to 30.64% of voters. A total of 1,189,460 citizens voted for constitutional changes, which amounts to 59.62% of voters who turned out and 18.27% of the total number of registered voters in Serbia; on the other hand, 785,163 citizens (39.35%) voted against the constitutional changes, which is 12% of the total number of registered voters (Electoral Commission, 2022).⁷ The low turnout in the constitutional referendum undoubtedly raises the issue of legitimacy of the Act amending the Constitution, and perpetuates the infamous tradition

6 For more on the referendum in the context of constitutional legitimacy, see Pejić, 2018: 75-77.

7 The Electoral Commission of the Republic of Serbia (<https://www.rik.parlament.gov.rs/tekst/11511/republicki-referendum-radi-potvrdivanja-akta-o-promeni-ustava-republike-srbije-16-januar-2022-godine.php>).

of constitutional acts lacking legitimacy. Namely, legitimacy has been a highly disputed issue in almost all constitutional acts enacted since the introduction of the multi-party system in Serbia. Such was the case with the 1990 Constitution of Serbia, which was adopted by the Assembly of the Socialist Republic of Serbia immediately before the first multi-party elections. The 1992 Constitution of the Federal Republic of Yugoslavia (FRY) was adopted by the Federal Assembly without a quorum because the former socialist republics which declared independence from the federal state had previously withdrawn their delegations. The current 2006 Constitution was adopted in a two-day referendum, without a prior public debate.

3. The constitutional reform of the judicial system

The constitutionalization of judicial independence should not be understood as a “red carpet” that facilitates a “ceremony” for the formation of constitutional authorities. On the contrary, the goal is to create and develop self-awareness among judges about their inherent independence and autonomy in decision-making processes. In recent years, many Eastern European countries have experienced similar problems. In their efforts to reform the judiciary, they have often encountered similar institutional mimicry aimed at covering up what is really going on in the functioning of the judiciary.⁸

Under the 2006 Constitution, judges were first elected for a (probationary) three-year term by deputies in the National Assembly, and then for a permanent term by the High Judicial Council. In 2022, the method of electing judges in the Serbian law has been changed by the Act amending the Constitution. According to the constitutional amendments, the first election of judges for a three-year period has been abolished. The High Judicial Council has the authority to nominate and elect judges to permanent judicial offices. The process of electing judges should ensure institutional independence, which is the foundation for developing self-confidence and moral awareness of the judiciary about their professional role in the legal system.⁹ The former entails personal/professional integrity, inner safeguards which should ensure the impartiality of the judge

8 For more on the Serbian judicial reform 2008-2012, see Rakić-Vodinelić, Knežević Bojović, Reljanović, 2012.

9 Safeguarding Article 6 of the European Convention, the European Court of Human Rights rendered a number of decisions expressing the Court’s view on independent judiciary and impartial tribunals, and specifying the main criteria for determining the degree of independence: election of judges, length of their term of office, constitutional guarantees against external pressures, and whether the tribunal can act independently in relation to the executive branch as well as the parties to the proceedings (See case *Ringeisen v. Austria*, 16.07.1971, A 13).

to decide in a legal matter in accordance with the old maxim *sine spe ac metu* (without expectation of benefits or fear of reprisals). Arbitrariness and subjectiveness should be barred; a judge should adjudicate without prejudice and bias. The latter entails a level of external protection, which excludes any form of political or other influence and pressure from other branches of government on the exercise of a judicial office (Leach, 2007: 267; Smith, 2003: 255). Yet, it is difficult to talk about the moral aspect of independence in a state that has not developed institutional guarantees; hence, this issue is strictly formalized: “as long as there is no violation of a legal rule, the judge’s behavior can be considered moral” (Bobek, 2008: 109).

The Act amending the Constitution establishes the guarantees for the judiciary in a modern way, which excludes the traditional approach prevalent in the national legal system (Pejić, 2014: 157-175).¹⁰ According to the original text of the 2006 Constitution, the judiciary was “independent and autonomous”; the new Act proclaims judicial independence, while autonomy is guaranteed to the public prosecutor’s office. In addition to institutional guarantees, there are personal guarantees; thus, the Act guarantees the independence of each judge who acts on the basis of the Constitution, ratified international treaties, laws, generally accepted rules of international law and other general acts adopted in accordance with the law.¹¹ These personal guarantees have the same goal as the institutional ones: to create an independent judiciary as the foundation of the rule of law, and they include the permanence of the judicial function, independence of the judge, and non-transferability of judges.¹²

10 For more on constitutional guarantees, see the original text of the 2006 Constitution of the Republic of Serbia.

11 In the constitutional law literature, there are various attempts to define judicial independence: independence in decision-making, administrative independence, and personal or individual independence (Bobek, 2008: 101); personal versus structural independence (Russel, 2001: 6); collective versus personal independence, decision-making independence, internal independence (Shetreet, 2001: 234), etc. Independence is most frequently expressed in two forms: 1) institutional independence, which includes substantive and personal independence; 2) behavioral independence of judges (Russel, 2001: 7) in terms of professional conduct, bearing and stance. Institutional independence is *de iure* independence provided by formal guarantees; behavioral independence is *de facto* independence which can be achieved beyond the formal normative framework and can be measured by various parameters (social system, historical heritage, cultural pattern, etc.). The *de iure* independence is sometimes referred to as “negative independence” of the judiciary while *de facto* independence is designated as “positive independence” which reflects the actual behavior of judges as holders of this function.

12 Since the separation of power has been instituted, the imperative of an independent judiciary has been to make the election of judges as “politically neutral” as possible. This request was difficult to fully implement because the election process and termination of

The adjustment of specific requirements for the election of a judge is left to the legislator. Currently, these requirements include: Serbian citizenship, general conditions for employment in state bodies, a diploma obtained upon graduation from a faculty of law, the bar exam and expertise (competence), professional qualification, and dignity of judicial office. A special condition refers to work experience after passing the bar exam. The Act also elaborates on other conditions pertaining to expertise, qualifications and dignity. Expertise should show that the candidate for a judge has the theoretical and practical knowledge necessary to perform the judicial function. A judge is qualified if he/she has the skills that enable the application of specific legal knowledge in resolving cases. A special condition of dignity includes the moral qualities that a judge should possess, as well as his behavior in accordance with those virtues. The law specifies the virtues that can be considered moral qualities: honesty, conscientiousness, fairness, dignity, perseverance, and exemplary conduct. In accordance with these characteristics, behavior includes maintaining the reputation of the judge and the court both in and out of office, awareness of social responsibility, preserving independence and impartiality, reliability and dignity both in and out of office, as well as taking responsibility for the organization and positive image of the judiciary in public.

By 2022, the legal grounds for the termination of the judicial office were in the competence of the legislator. After the adoption of the Act amending the Constitution, they were constitutionalized.¹³ Constitutional guarantees regarding the termination and dismissal of a judge provide guarantees pertaining to the independence of judges as well as guarantees regarding their election. Considering the bipolarity of institutional independence, it can be said that safeguards against arbitrariness in terms of termination of the judicial office prevail, even more than those pertaining to the initial judicial election. The goal of the Constitution is to protect the judicial branch from the potential “arbitrariness” of the legislator, particularly considering that the competences of these branches extend in the same horizontal line of the separation of powers.

judicial office were the responsibility of parliament. This enabled the legislature to exert influence on the judiciary, although it cannot be said that the institutional guarantees of an independent judiciary were completely denied. The need to make judges fully independent, not only from the influence of political power but also from any form of pressure or corruption, was described by Benjamin Constant in his depiction of the conditions of political instability in France in the early 19th century: “Courage in defying death in battle is easier than publicly preaching independent opinion amid threats from tyrants and party troublemakers.” He also noted: “Buying your own furniture is less corrupt than constantly fearing that it will get lost” (Konstan, 2000: 149)

13 For more on the Constitution 2006, see Pajvančić, 2009.

The Act amending the Constitution stipulates that a judicial function is permanent and that a judge's office ends when a judge meets the conditions for retirement. A judge's office may be terminated before the retirement age at his/her explicit request, if he/she permanently loses the ability to perform the judicial function, if he/she loses the citizenship of the Republic of Serbia, or if he/she is dismissed (Article 146, para.2). In addition to meeting the requirements for retirement, when the office is terminated by force of law, a judge may submit a written request to the High Judicial Council asking for the termination of his/her judicial office. The loss of ability to perform the judicial function is based on the opinion of the competent body, and the decision on referral to medical examination is made by the High Judicial Council, upon the proposal of the president of the court or the judge himself/herself.

A special cause for termination of a judicial office is discharge. A judge may be discharged (removed from office) if he/she is convicted of committing a criminal offence punishable by at least six months of imprisonment, or if it is determined in disciplinary proceedings that he/she has committed a serious disciplinary offense which, according to the assessment of the High Judicial Council, seriously damages the reputation of the judicial office or public confidence in the courts (Article 146, para. 3). In such a case, the High Judicial Council decides on the termination of a judicial office and the judge has the right to file an appeal against its decision to the Constitutional Court; however, it excludes the right to lodge a constitutional complaint (Article 146, para. 3 and 4).

The Act amending the Constitution (2022) also established a new way of electing the Supreme Public Prosecutor and public prosecutors in the Republic of Serbia. Under the original 2006 Constitution, the Republic Public Prosecutor and other public prosecutors were elected by the National Assembly, upon the proposal of the Government, Under the Act amending the Constitution, the National Assembly elects only the Supreme Public Prosecutor, acting upon the proposal of the High Council of Prosecutors, with a three-fifths of votes of all deputies. Given the goal of reducing political influence in the process of electing the Supreme Public Prosecutor, the legislator envisaged a stronger majority than the one required for the election of the Government, which is a good solution. In case the National Assembly does not elect the Supreme Public Prosecutor "within the prescribed time limit", the Act amending the Constitution provides an alternative solution. In such a case, the Supreme Public Prosecutor will be elected by a special Commission composed of the following high-ranking officials: the President of the National Assembly, the President of the Constitutional Court, the President of the Supreme Court, the Supreme Public Prosecutor, and the Protector of Citizens (Ombudsman). The Commission decides on the election of the Supreme Public

Prosecutor by a majority vote, which means that three out of five high-ranking public officials are enough to vote.¹⁴

Yet, the time limit within which the Assembly is obliged to elect the Supreme Public Prosecutor is unclear. It may be assumed that this provision makes reference to the deadlines pertaining to the public competition, but it does not eliminate the problems that may arise in the process of electing the Supreme Public Prosecutor. It should be noted that the same provision establishes another deadline, formulated as “after the expiry of the next ten-day period”, which can be interpreted as a time frame for initiating the election procedure in the special Constitutional Commission, but it can also be interpreted as a deadline for its completion. Considering the specific nature of the special Commission, it may be concluded that the initial intention to reduce political influence can turn into a serious problem which may give rise to exerting not only political but also other influences in the process of electing the Supreme Public Prosecutor. The Supreme Public Prosecutor is elected for a six-year term of office and may not be re-elected for a second term (Article 158), which is a significant change in comparison to the original provision in the 2006 Constitution which did not envisage any restriction on re-election. Chief public prosecutors are elected by the High Council of Prosecutors for a period of six years, without any restrictions on their re-election (Article 158). Public prosecutors are elected by the High Council of Prosecutors and their prosecutorial office is permanent (Article 160).

4. The High Judicial Council and the High Council of Prosecutors

The institutionalization of the judicial councils in the Republic of Serbia began in 2001 when the National Assembly adopted the High Judicial Council Act, but the constitutional guarantees were secured in 2006. Under the 2006 Constitution, the High Judicial Council was established as an autonomous and independent state authority that should guarantee the autonomy and independence of the judiciary and judges (Article 153). The High Judicial Council has the authority to elect judges and lay justices of peace (sitting on the judicial panel as “jurors”; *Srb. sudije porotnici*) and decide on the termination of their term of office; to elect the President of the Supreme Court and the Presidents of other courts,

14 The Act amending the Constitution of the Republic of Serbia, Amendment XX, Article 158.3: “If the National Assembly does not elect the Supreme Public Prosecutor within the prescribed time limit, after the expiry of the next ten-day period, the Supreme Public Prosecutor shall be elected by the Commission comprising the President of the National Assembly, the President of the Constitutional Court, the President of the Supreme Court, the Supreme Public Prosecutor, and the Protector of Citizens. The new candidate shall be selected from the list of candidates who meet the election requirements, and elected by a majority vote.”

and decide on the termination of their term of office; to make decisions on the required number of judges and lay justices/jurors; to decide on other issues concerning the position of judges, presidents of courts, and lay justices of peace; and to exercise other competencies determined by the Constitution and the law.

Under the 2006 Constitution, the members of the High Judicial Council were elected by the National Assembly.¹⁵ Under the Act amending the Constitution (2022), the High Judicial Council is still composed of 11 members but its structure has significantly changed. The High Judicial Council now includes: six judges elected by the judiciary (other judges), four prominent lawyers elected by the National Assembly, and the President of the Supreme Court. The election of members from the judiciary is regulated in more detail by law, including the general condition that the widest representation of judges should be taken into account during the election. Under the Constitution, presidents of courts may not be elected members of the High Judicial Council (Article 153, para. 5).

The National Assembly elects four members of the High Judicial Council from the rank of prominent lawyers, having at least ten years of experience in the legal profession, from the list of eight candidates proposed by the parliamentary Committee following the process of public competition. The decision on the election of members is made by a majority of two thirds of all deputies (Article 151, para. 4). Unlike the vague constitutional wording on the “deadline” for the election of the Supreme Public Prosecutor, the Act amending the Constitution envisages that, if the National Assembly does not elect all four members within the legally prescribed time limit, the remaining members will be elected by the special constitutional Commission. In terms of composition, the Commission for the election of the High Judicial Council members is identical to the Commission for the election of the Supreme Public Prosecutor, comprising the President of the National Assembly, the President of the Constitutional Court, the President of the Supreme Court, the Supreme Public Prosecutor, and the Protector of Citizens (Article 151, para. 5). Although the concern for the functioning of the High Council is understandable in case the National Assembly cannot reach a strong two-thirds majority, the impression remains that the intention was to nullify any influence on the High Judicial Council. An alternative solution is a special constitutional commission that decides by a majority of its members. This means that a strong two-thirds parliamentary majority has been reduced to the votes of three out of five high-ranking state officials who make up the special Constitutional Commission.

¹⁵ Under the 2006 Constitution, the High Judicial Council was composed of the President of the Supreme Court of Cassation, the Minister of Justice and the President of the Committee of the National Assembly as 3 *ex officio* members, as well as 8 members elected by the National Assembly (Art. 153, para 3).

An additional condition for the election of a member of the High Judicial Council elected by the National Assembly is that he/she be worthy of that office, as well as that he/she cannot be a member of a political party. Other conditions for the election and incompatibility of the functions of the members elected by the National Assembly shall be regulated by law (Article 151, para. 6-8). Members of the High Judicial Council enjoy the same immunity as judges. Members of the High Judicial Council are elected for a term of five years and cannot be re-elected. The mandate of a member of the Council may be terminated before the expiry of the prescribed five-year term if he/she has requested to be discharged or if he/she is convicted of committing a criminal offence and sentenced to a term of imprisonment of at least 6 months. In case a member of the High Judicial Council is a judge, his/her mandate shall end alongside with the termination of their judicial office; the term of office of a member elected by the National Assembly shall be terminated before the expiry of the term of office if he/she permanently loses his ability to perform this function.

The 2006 Constitution envisaged that the function of the President of the Council would be performed *ex officio* by the President of the Supreme Court of Cassation. By contrast, the Act amending the Constitution stipulates that the President of the High Judicial Council shall be elected by the Council from the ranks of judges elected by the judiciary, while the Vice President shall be elected from the non-judicial members elected by the National Assembly (Article 152, para. 3).

The second judicial council is the High Council of Prosecutors, which was established by the Act amending the Constitution instead of the former State Council of Prosecutors. It is an independent state authority whose task is to ensure and guarantee the autonomy of the public prosecutor's office. The Council has the authority to propose the election of the Supreme Public Prosecutor and termination of his/her term of office to the National Assembly, to appoint the acting Supreme Public Prosecutor, to select chief public prosecutors and public prosecutors and decide on termination of their public prosecutor's office, and to decide on other issues concerning the position of public prosecutors (Article 162).

Under the Act amending the Constitution (2022), there are considerable constitutional changes regarding the composition and election of members of the High Council of Prosecutors. It is significantly different not only from its predecessor but also from the High Judicial Council. The High Council of Prosecutors is composed of 11 members: five public prosecutors elected by all public prosecutors, four prominent lawyers elected by the National Assembly, the Supreme Public Prosecutor, and the Minister of Justice. It is interesting that the proponents of constitutional change decided that the composition of the two councils be identical only in terms of the so-called "prominent" lawyers. The four promi-

nent lawyers elected by the National Assembly are a common element in both councils, while the number of so-called representatives of the profession (public prosecutors) has been reduced in favor of the Minister of Justice who is a member of the High Council of Prosecutors.

By analogy with the election of judges to the High Judicial Council, the election of members from the ranks of public prosecutors into the High Prosecutorial Council is subject to the same rules, and the widest representation of public prosecutors is taken into account in the election. Following a public competition, the parliamentary Committee proposes a total of eight candidates from the rank of prominent lawyers (having at least ten years of experience in the legal profession) for membership in the High Prosecutorial Council. Then, the National Assembly elects four members of the High Prosecutorial Council from the rank of prominent lawyers. The Council members are elected by a two-thirds majority vote of all MPs. In case the National Assembly does not elect all four members within the legally prescribed time limit, the members will be elected by a special constitutional Commission, just like the High Judicial Council. In this procedure, the same relaxing rule is applied; a two-thirds parliamentary majority may be replaced by a majority of the members of the special constitutional Commission (three out of five members of the commission) (Article 163).

The members of the High Council of Prosecutors are elected for a five-year term of office, without the possibility of re-election. The President of the High Council of Prosecutors is elected from among the members who are public prosecutors, and the Vice-President is elected from among the members elected by the National Assembly, and their term of office is five years. The term of office of a member of the Council may end before the time for which he was elected if he/she so requests or if he/she is convicted of committing a criminal offense and sentenced to a term of imprisonment of at least 6 months. The mandate of a member who is a public prosecutor shall end with the termination of the public prosecutor's office, and the mandate of a member who is not a public prosecutor shall end if he/she permanently loses the capacity to perform this function (Article 164). Members of the High Council of Prosecutors enjoy immunity just as public prosecutors (Article 165a).

5. Conclusion

The revision of the Serbian Constitution in the constitutional referendum of 16th January 2022 has laid the foundation for the reform of the judiciary in the Republic of Serbia. The Constitution has been changed in the part pertaining to the judicial system but a complete judicial reform may be expected only when

relevant laws are passed on this matter.¹⁶ It can be said that a shift has been made because the Act amending the Constitution (2022) has introduced more stability in the performance of the judicial function by eliminating the probationary period (the first election of a judge for a three-year term). In addition, the grounds for termination of a judicial office have been established, but the conditions for the election of judges have been left to the legislature. The role of the High Judicial Council has been strengthened, especially through its structure that guarantees members' independence from political authorities. The election of the Supreme Public Prosecutor by a majority of three-fifths of MPs in the National Assembly is also a good guarantee against political influence during the nomination. On the other hand, the Act amending the Constitution has established a "safety valve" in the form of a special constitutional Commission, which takes over the powers of parliament if the agreement of the government majority and the parliamentary opposition cannot be reached. The Commission consists of the President of the National Assembly, the President of the Constitutional Court, the President of the Supreme Court, the Supreme Public Prosecutor, and the Protector of Citizens (Ombudsman). In all cases, instead of a strong qualified majority (three-fifths for the election of the Supreme Public Prosecutor and two-thirds for the election of members of the high judicial or prosecutorial council), the Act amending the Constitution envisages in a five-member Commission composed of top public officials who decide by a simple majority (three out of five members of the Commission).

An important aspect for success of the judicial reform is public opinion and trust in the judicial system. Hence, we should not ignore the fact that only a third of the citizens registered to vote actually participated in the constitutional referendum. While the formal prerequisites ensure the legality of constitutional revision, legitimacy is the "armature" that is built into the foundation of constitutional change and that provides stability and strength to the Constitutional Act. Although the majority of voters voted for the constitutional change, it is basically only about 18% of all registered voters, while about 13% of voters were against. In the end, instead of a conclusion, we may pose the following

16 It was also underscored in the opinion of the Venice Commission on the Draft Amendments to the RS Constitution: "For this reason, the present opinion does not constitute a full and comprehensive review of the entire legal and institutional framework governing the functioning of democratic institutions in Serbia. This could be the object of a second opinion, should PACE consider it necessary and useful. This opinion also does not deal with judicial reform as such, but only with these draft Amendments". (Venice Commission CDL-AD(2021)032-e. Serbia - Opinion on the draft Constitutional Amendments on the Judiciary and draft Constitutional Law for the Implementation of the Constitutional Amendments, adopted by the Venice Commission at its 128th Plenary Session, Venice and online, 15-16 October 2021).

question: does it mean that the citizens were satisfied with the previous justice system, or that they were still dissatisfied but thought that normative changes would not bring significant improvement? The problem of legitimacy of national constitutions has persisted since the adoption of the first Constitution in 1990 but the holders of constituent power did not consider this issue important. Although the power of the people no longer has the same meaning as at the outset of a constitutional state, its strength and its messages to the formal legislators should not be neglected.

References

- Bobek, M. (2008). The Fortress of Judicial Independence. *European Public Law*, 14 (1). 99-123.
- Dika, M. (1992). O razvitku instituta sudske (sudačke) nezavisnosti u zapadno-evropskom civilizacijskom krugu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 42. 511-531.
- Konstan, B. (2000). *Principi politike i drugi spisi*. Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva.
- Lič, F.(2007). *Obraćanje Evropskom sudu za ljudska prava* (knjiga I). Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.
- Pejić, I. (2014). Konstitucionalizacija sudske nezavisnosti: uporedno i iskustvo Srbije. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 68. 157-175.
- Pejić, I. (2018). Ustavna revizija: procedura u kontekstu ustavotvorne vlasti. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 80. 65-83.
- Pajvančić, M. (2009). *Komentar Ustava Republike Srbije*, Beograd: Konrad Adenauer Stiftung.
- Rakić-Vodinelić, V., Knežević Bojović, A., Reljanović, M., (2012). *Reforma pravosuđa u Srbiji 2008-2012*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union, JU Službeni glasnik.
- Russell, P.H. (2001). Toward a General Theory of Judicial Independence. In: Russell, P.H., O'Brien D.M. (eds.). *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from around the World*. Virginia: University Press of Virginia. 1-24.
- Smith, R.K.M. (2003). *International Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Shetreet, S. (2001). The Critical Challenge of Judicial Independence in Israel. In: P.H.Russell, D.M.O'Brien (eds.). *Judicial Independence in the Age of Democracy*,

Critical Perspectives from around the World. Virginia: University Press of Virginia. 233-250.

Triva, S. (1989). Profesionalni sudci u Francuskoj: Obrazovanje, regrutiranje, napredovanje i odgovornost sudaca. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*. 39/2. 1989. 223-251.

Legal sources

Akt o promeni Ustava Republike Srbije (Act amending the Constitution of the Republic of Serbia), usvojen je na 8. posebnoj sednici Narodne skupštine R. Srbije, 30. 11. 2021. god., http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/ostala_akta/2021/2166-21%203.pdf

Ustav Republike Srbije (Constitution of the Republic of Serbia), *Službeni glasnik RS* br. 98/2006; <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/en-GB/235-100028/constitution>

Ustavni zakon za sprovođenje Akta o promeni Ustava Republike Srbije (Constitutional Act on the implementation of the Act amending the Constitution of Serbia), *Službeni glasnik RS* br. 115/2021

Venice Commission CDL-AD(2021)032-e. Serbia - Opinion on the draft Constitutional Amendments on the Judiciary and draft Constitutional Law for the Implementation of the Constitutional Amendments, adopted by the Venice Commission at its 128th Plenary Session (Venice and online, 15-16 Oct. 2021); [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2021\)032-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2021)032-e)

Online sources

Republička izborna komisija Republike Srbije (The Electoral Commission of the Republic of Serbia), <https://www.rik.parlament.gov.rs/tekst/11511/republicki-referendum-radi-potvrđivanja-akta-o-promeni-ustava-republike-srbije-16-januar-2022-godine.php> (accessed 24.2.2019)

Ustav Republike Hrvatske (Constitution of the Republic of Croatia), <https://www.usud.hr/hr/ustav-rh>, (accessed 24.2.2019).

Др Ирена Пејић,
Редовни професор,
Правни факултет, Универзитет у Нишу

УСТАВНИ РЕФЕРЕНДУМ И РЕФОРМА ПРАВОСУЂА У СРБИЈИ

Резиме

Ревизија Устава Републике Србије спроведена на уставном референдуму 16. јануара 2022. поставила је основу за реформу правосуђа. Устав је промењен у делу који се односи на правосудни систем, али се комплетна правосудна реформа може очекивати тек када буду донети одговарајући закони којима је препуштена разрада ове материје. Може се рећи да је учињен помак, јер је унета већа извесност у обављању судијске функције укидањем пробног периода, тј. првог избора судија на трогодишњи мандат. Ојачана је улога Високог савета судства, нарочито преко његове структуре која гарантује независност чланова према политичкој власти. Такође, избор Врховног јавног тужиоца у Народној скупштини већином од три петине представља добру гаранцију од политичког уплива приликом номинације. Са друге стране, успостављен је један “сигурносни вентил” у форми специјалне комисије, која преузима надлежности парламента уколико се не постигне сагласност владине већине и парламентарне опозиције. У свим случајевима снажне квалификоване већине (три петине за избор Врховног јавног тужиоца и две трећине за избор чланова Правосудних савета) излаз је пронађен у петочланој комисији састављеној од највиших државних функционера која најважније одлуке доноси већином, довољно је три од пет чланова уставне комисије.

За успех правосудне реформе важно је поверење грађана у правосудни систем и зато не треба занемарити да је на уставни референдум изашла тек трећина грађана уписаних у бирачки списак. За разлику од формалних претпоставки којима је остварена легалност уставне промене, легитимитет је “арматура” која се уграђује у темељ уставних промена и која пружа стабилност и чврстину уставном акту.

Кључне речи: реформа правосуђа, уставна ревизија, Устав Републике Србије.

Др Самир Манић,*
Доцент, Депарتمان за правне науке,
Државни универзитет у Новом Пазару,
Република Србија

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpf1-36451

UDK: 347.440.14

Раd примљен: 14.02.2022.
Раd прихваћен: 04.05.2022.

КАУЗА УГОВОРНЕ ОБАВЕЗЕ КАО ПРЕТПОСТАВКА ПУНОВАЖНОГ НАСТАНКА ОБОСТРАНО-ОБАВЕЗУЈУЋИХ УГОВОРА

Апстракт: Под утицајем француског Грађанског законика, у ред каузалистичких правних поредака сврстао се и наш правни поредак. Основне и најважније одредбе о каузи уговорне обавезе налазе се у члановима Закона о облигационим односима (ЗОО) који се односе на основ уговорне обавезе и побуде за закључење уговора. Наиме, наш ЗОО усвојио је тзв. објективно-субјективно схватање о каузи. Аутор у раду анализира корисност оба концепта о каузи уговорне обавезе код обострано-обавезујућих уговора. Због чињенице да се ради о институту облигационог права око чијег појма не постоји сагласност у правној теорији, први део рада посвећен је теоријама о каузи уговорне обавезе. Други део рада, који је и централни, посвећен је корисности каузе уговорне обавезе као претпоставке пуноважног настанка уговора код правих обострано-обавезујућих уговора.

Кључне речи: кауза (*causa*), основ уговорне обавезе, побуде, циљ обавезе.

* manicsamir@hotmail.com

1. Уводна разматрања

Кауза уговорне обавезе један је од најнејаснијих и најспорнијих института облигационог права. Упркос великом броју теорија које су настајале у циљу дефинисања ове установе, као и у циљу оправдања њеног постојања, ни данас није сасвим јасно шта се подразумева под појмом каузе уговорне обавезе и која је њена сврха. Колики је број аутора који оправдавају постојање и употребу овог института, толики је и број аутора који сматрају да се ради о непотребном и противуречном институту облигационог права.

Настанак овог института, упркос супротном мишљењу одређеног броја аутора (Ђорђевић, 1958: 55; Цигој, 1988: 114), везује се за римско право (Маленица, 2008: 195; Дудаш, 2009: 341–367). Из Паулових и Улпијанових фрагмената у Дигестама може се извести закључак да су класични правници развили појам каузе уговорне обавезе, а њу код теретних и безимених синалагматичних уговора виде у међусобној условљености престација (Дудаш, 2009: 356). Међусобна условљеност престација чини есенцију свих савремених теорија о каузи уговорне обавезе, почев од класичне па све до неокласичне теорије. Први аутор савременог права који је систематски представио појам каузе, па се стога сматра оснивачем класичне теорије о каузи, био је француски правник Жан Домат (Jean Domat) (Gordley, 1994: 460). Његово учење имало је велики утицај на француски Грађански законик (*Code Civil*, даље – СС),¹ а управо је ова кодификација увела појам каузе уговорне обавезе у свет савременог грађанског права (Никшић, (4) 2006, 1067). Кауза уговорне обавезе, стога, везује се за романске правне системе, као и за оне правне системе изван Европе који су настали под утицајем француског и шпанског грађанског законика (Никшић, (4) 2006: 1059).

У ред каузалистичких спада и наш правни поредак због чињенице да наш Закон о облигационим односима² пуноважан настанак уговора условљава постојањем стварног и дозвољеног основа (*cause*). Из чланова 51 и 52 300 произилази да свака уговорна обавеза мора имати допуштен основ и да је уговор ништав ако основ не постоји или је недопуштен. Ове одредбе представљају скоро дословни превод чл. 1131, 1132 и 1133 СС,³ те у овом погледу 300 одступа од свог доминантног узора, Швајцарског закона о

1 Доматова схватања прихватио је Поттиер (Pothier), а преко Поттиера његова схватања нашла су свој пут до француског Грађанског законика (Lorenzen, 1919: 632).

2 Закон о облигационим односима – у даљем раду 300, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93, *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – *Уставна повеља* и *Сл. гласник РС*, бр. 18/2020.

3 У питању су одредбе које су биле на снази пре измене француског Грађанског законика из 2016. године.

облигацијама, који експлицитно не захтева постојање каузе за настанак и важење уговора (Дудаш, 2010: 148).

Чињеница је да велики број правних система нормално функционише без обзира на то што не предвиђа експлицитно, посебном одредбом, каузу уговорне обавезе као претпоставку пуноважног настанка уговора, па се оправдано поставља питање да ли одредбе 300 којим се предвиђа кауза уговорне обавезе, као претпоставка пуноважног настанка уговора, имају своју практичну вредност код обострано-обавезујућих уговора?

2. Појам каузе уговорне обавезе

Да бисмо на адекватан начин утврдили да ли кауза уговорне обавезе има практичну вредност као претпоставка пуноважног настанка уговора, прво морамо имати одговор на питање шта је то кауза. Међутим, без обзира на чињеницу што се већ у римском праву почео изграђивати њен појам, нити данас, у XXI веку, не постоји сагласност око тога шта се подразумева под каузом уговорне обавезе.

На основу текстова римских правника, може се извести закључак да су римски правници, код одређених консенсуалних контраката (купопродаја, закуп, ортаклук), видели каузу уговорне обавезе у међусобној условљености престација. Гај наводи да у консенсуалним контрактима једна страна је у обавези према другој због онога што треба међусобно испунити у складу са добрим и правичним, односно да је суштина консенсуалних контраката у међусобној условљености престација.⁴ С друге стране, везано за добротини консенсуални контракт (налог (*mandatum*)), Паул каже да је „Налог ништав ако није бесплатан: *рађа се из осећања дужности и пријатељства*, супротан је обавези по основу цене...“.⁵ На темељима наведеног, могло би се закључити да су римски правници изградили појам *каузе уговорне обавезе* која се код теретних послова састоји у *међусобној условљености престација* (разлог уговорне обавезе је у престацији друге уговорне стране), а у добротиним пословима у преузимању обавезе из *осећања дужности и пријатељства* (исто. Дудаш, 2009: 356).

Француз Жан Домат први је аутор савременог права који је систематски обрадио проблематику каузе уговорне обавезе. Према његовом учењу, које је основа класичне теорије, код обострано-обавезујућих (синалагматичних) уговора, кауза обавезе једне уговорне стране обавеза је друге

4 D. 44. 7. 2. 3, Gaius libro secundo aureorum. нав. према (Маленица, 2008: 190).

5 D. 17. 1. 1. 4, Paulus, libro trigensimo secundo ad adictum. нав. према (Маленица, 2008: 191).

уговорне стране. Једноставније речено, обавезе уговорних страна једна другој служе као основ (Logenzen, 1919: 632). Кауза уговорне обавезе одређена је помоћу објективног критеријума, при чему су апстраховани мотиви који су странку определили да закључи уговор (Перовић, 1978: 697). С друге стране, код уговора о поклону, одступа се од објективног мерила, па се основ обавезе поклонодавца види као психичка појава – кауза се састоји у намери дарежљивости (*intentio liberalis, animus donandi*) (Перовић, 1978: 697; Салма, 1985: 427). Класична теорија претрпела је бројне, озбиљне, приговоре припадника теорије о негацији каузе уговорне обавезе.⁶ Приговори су се кретали у распону од тога да је класична теорија нелогична,⁷ некорисна (поклапа се са предметом уговора),⁸ па све до тога да код уговора о поклону није могуће раздвојити *animus donandi* од мотива који опредељују поклонодавца да учини поклон (Цигој, 1988: 114; Антић, 2005: 830).

Узрокован аргументима антикаузалиста, развој теорије о каузи уговорне обавезе кренуо је у три правца: први правац се приликом објашњења каузе уговорне обавезе ослањао на њене субјективне елементе (субјективно схватање каузе);⁹ други правац свој фокус интересовања усмерава на објективне елементе (објективно схватање каузе);¹⁰ док трећи правац

6 Оснивачем теорије о негацији каузе уговорне обавезе сматра се Белгијанац проф. Ернст – види. Ernst A. N. Joseph, *La causa est-elle une condition essentielle pour la validite des conventions?*, Liege, 1826, t. I.; док се најуспешнијим припадником ове теорије сматра Француз Планиол – види. Planiol – Ripert, *Traite elementaire de droit civil*, t. II, Paris, 1931.

7 Кључни приговор наглашавао је чињеницу да је класична теорија нетачна и да се сукобљава са једном логичном немогућношћу. Наиме, код обострано-обавезујућих уговора немогуће је рећи да је обавеза једне стране основ обавезе друге, пошто се кауза и дејство уговора не рађају истовремено; уговорне обавезе настају истовремено, док кауза нужно претходи дејству уговора, претходи самим уговорним обавезама (Перовић, 1978: 697). Ако каузу дефинишемо као правни циљ (што није ништа друго до правно дејство) онда је сасвим јасно да настанак уговора условљавамо непостојећом околношћу, односно последицом – са непостојећом околношћу (последицом) условљавамо настанак уговора (узрок). Стога, ако се каже да је једна обавеза основ постојања друге, онда оне не могу никада настати (Перовић, 1978: 697).

8 Планиол наводи да у случају пропасти продате ствари обавеза купца да продавцу плати цену не престаје због тога што је престала кауза, него просто зато што нема уговора, јер је пропао његов предмет (Гамс, 1959: 162).

9 Према претежном схватању припадника субјективне теорије, кауза уговорне обавезе није ништа друго до мотив, одлучујућа побуда која је подстакла уговорну страну на закључење уговора (Перовић, 1978: 698).

10 Припадници објективног схватања каузе уговорне обавезе њено објашњење преносе на економски терен, објашњавајући је као економски еквивалент који карактерише уговорне односе страна. Кауза се, дакле, посматра чисто објективно као факт који чини

настоји објаснити каузу уговорне обавезе комбинујући субјективне и објективне елементе (мешовито схватање каузе). Најзначајније мешовито схватање каузе уговорне обавезе, које је добило наклоност већег дела наше правне доктрине, продукт је француског правника Капитана (Capitant).¹¹ Полазећи од класичне теорије, Капитан је успоставио однос између каузе и мотива не одбијајући при томе ни корисност објективног изгледа каузе, тако да је дошао до једне теорије која се може окарактерисати као неокласична (Перовић, 1978: 699). У својим разматрањима Капитан полази од циља обавезивања: сваки субјект који пристаје на обавезу према другом лицу вођен је правним циљем који жели постићи посредством тог обавезивања, јер обавезивање без циља не може се замислити у једном разумном акту – тај циљ у правној терминологији назива се каузом обавезе (Перовић, 1978: 699; Салма, 1985: 432). Поред наведеног психолошког елемента, кауза има и објективни елемент који се састоји у материјалној реализацији. Наиме, циљ уговорних страна због којег пристају на обавезу у крајњој линији се своди на материјалну реализацију, односно извршење обавезе друге уговорне стране (Перовић, 1978: 699; Никшић, (4) 2006: 1068). Стога, код обострано-обавезујућих уговора, циљ сваке уговорне стране састоји се у испуњењу обавезе друге стране, а не у обавези друге стране, како су то схватили припадници класичне теорије (купац не пристаје на своју обавезу према продавцу због продавчеве обавезе према њему, већ због извршења продавчеве обавезе, због тога што ће постати власник продате ствари) (Перовић, 1978: 699; Антић, 2005: 835). Код добротних уговора, с друге стране, циљ уговора се испољава у намери за ослобађањем од обавезе (Салма, 1985: 432). Према становишту ове теорије, када се постави питање разграничења мотива и каузе уговорне обавезе, код обострано-обавезујућих уговора, мотив, за разлику од циља, не чини део акта воље (Гамс, 1959: 162). Постоји широк спектар мотива, чији број и природа варирају према личности уговорника и врсти уговора, којима може бити инспирисан сваки субјект права када пристаје на уговорну обавезу (Перовић, 1978: 699). Међутим, о мотивима се, у начелу, не води рачуна због чињенице да не улазе у оквире уговорног поља. Само изузетно се може десити да мотив продре у уговорно поље и постане део каузе уговорне обавезе. То ће бити случај када је мотив забрањен или неморалан у свести странака, а који, према томе, обе уговорне стране води истом циљу

имовинску равнотежу између обавезних лица (Перовић, 1978: 698). Када су у питању добротних уговори, нема сагласности међу припадницима објективне теорије, па једни сматрају да нпр. уговор о поклону и нема каузу, док други виде каузу у одлуци поклонодавца да не тражи никакав еквивалент (Перовић, 1978: 698).

11 Вид. Н. Capitant, *De la cause des obligations: (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Paris: Dalloz, 1923.

(Перовић, 1978: 699). Код добротних уговора, са друге стране, о мотивима се константно води рачуна управо због чињенице да мотиви увек улазе у поље каузе, чак и кад се ради о заблуди о мотиву (Антић, 2005: 836).

Суштински, на темељима наведених теорија, можемо рећи да постоје два концепта о каузи уговорне обавезе, и то: објективни и субјективни концепт каузе уговорне обавезе. Објективни концепт служи се одређеним објективним елементом (престацијом, обавезом, извршењем обавезе) при одређивању каузе уговорне обавезе, док се субјективни концепт користи субјективним елементом (мотивом) који је уговорну страну подстакао на закључење уговора. У наставку рада, размотрићемо корисност оба концепта о каузи уговорне обавезе као претпоставке пуноважног настанка обострано-обавезујућих уговора.

3. Корисност каузе уговорне обавезе као претпоставке пуноважног настанка уговора код правих обострано-обавезујућих уговора

3.1. Корисност објективног концепта о каузи уговорне обавезе

Наш правни поредак није познавао и користио институт каузе уговорне обавезе у објективном смислу пре доношења 300 из 1978. године.¹² Доношењем 300 прописано је да свака обавеза мора имати допуштен основ.¹³ Основ не само што мора бити допуштен, у ком случају би се могло говорити о томе да законодавац мисли на мотив, он мора и објективно постојати у тренутку закључења уговора и бити обухваћен сагласним изјавама воља (сл. Никшић, (6) 2006: 1830). Ово се може закључити на основу одредбе чл. 63 300 где се каже да „кад стране верују да су сагласне, а у ствари међу њима постоји неспоразум о природи уговора или о основу или о предмету обавезе, уговор не настаје“. Становиште да каузу уговорне обавезе треба схватити искључиво у субјективном смислу (као мотив) је неприхватљиво и због тога што би то значило да уговорне стране приликом закључења уговора треба да постигну сагласност о мотивима, што је очигледно нетачно ако се води рачуна о чл. 53 ст. 1 300, у коме стоји да побуде из којих је уговор закључен начелно не утичу на његову пуноважност (исто. Никшић, (6) 2006: 1831).

Можда се од каузе уговорне обавезе у објективном смислу очекивало много, али њено уношење у ред претпоставки пуноважног настанка уговора није

12 Уношењем одредаба о каузи обавезе у 300 изазвао је одређене недоумице у нашој правној теорији (Види. Визнер, 1977: 24–41).

13 Чл. 51 ст. 1 300.

имало скоро никакав ефекат на судску праксу. Оправдано се поставља питање зашто је то тако? Главни разлог је, свакако, околност да се кауза уговорне обавезе најчешће поклапа са другим установама облигационог права. Посматрано из угла претпоставки пуноважног настанка уговора, одредбе о предмету уговора могу се применити на све случајеве на које се могу примењивати и одредбе о каузи уговорне обавезе у објективном смислу. Тако, имамо чл. 52 300 који каже да је уговор ништав уколико основ не постоји или је недопуштен. С друге стране, ту је чл. 47 300 где се наводи да је уговор ништав уколико је предмет обавезе немогућ, недопуштен, неодређен, или неодредив. Уколико наведене одредбе посматрамо кроз призму формирања, настанка уговора, видећемо да се ове одредбе поклапају. Под предметом се подразумева чинидба, престација, на коју се дужник обавезује повериоцу. Имамо чинидбу која је, дакле, предмет обавезе док је сама обавеза, према класичној теорији, основ обавезе друге уговорне стране. Ово у преводу значи да пошто је чинидба есенција обавезе, уколико нема чинидбе нема ни обавезе, односно ако нема предмета обавезе онда нема ни основа обавезе једне уговорне стране. Не може настати обавеза уговорне стране а да чинидба на коју се дужник обавезује према повериоцу није одређена или одредива. Уколико немамо чинидбу, немамо ни обавезу, па је суштински ирелевантно правити разлику између основа обавезе и предмета обавезе. С тим у вези, неки теоретичари, покушавајући да нађу добар пример уговора код којег не постоји кауза уговорне обавезе, само су потврђивали сувишност разликовања предмета уговора од каузе уговора. Тако је нпр. Демоломбе (*Demolombe*) сматрао да уговор нема каузу у оном случају када се односи на непостојећи предмет попут жетве која никада није произведена.¹⁴ Као добар пример непостојања каузе уговорне обавезе Ларомбибе (*Larombibre*) наводи купопродају сопствене ствари.¹⁵ Али, ако је купопродаја сопствене ствари добар пример за непостојање каузе уговорне обавезе, оправдано се поставља питање да ли има икаквог смисла уврстити у опште услове за пуноважан настанак уговора институт који се може применити у тако ретким и изванредним ситуацијама (исто. Никшић, (4) 2006, 1070).

Полазећи, с једне стране, од чињенице да један уговор не може настати уколико се уговорне стране не договоре о битним елементима уговора, јер су они минимум садржине сваког уговора, и, с друге стране, од чињенице да се битни елементи уговора и кауза уговорне обавезе садржајно поклапају,

14 C. Demolombe, *Cours de Code Napoleon* (1854–82), n. 40, at XXIV, § 357, navedeno prema (Gordley, 1994: 477).

15 M. L. Larombibre, *Theorie et pratique des obligations* (1857), n. 96, 1, 273–75, navedeno prema (Gordley, 1994: 477).

непотребно је имати општу правну норму којом ће се условљавати пуноважност настајања уговора каузом уговорне обавезе у објективном смислу (сл. Никшић, (6) 2006: 1825). Не постоји обострано-обавезујући уговор који може настати а да уговорне стране не постигну сагласност око битних елемената уговора, односно где чинидбе уговорних страна нису одређене или барем одредиве, односно где обавезе уговорних страна нису одређене или барем одредиве. Реч је, заправо, о чињеници да код уговора који сами по себи имају инкорпорисану каузу уговорне обавезе (тзв. уговори са унутрашњом каузом), непотребно је исту дизати на ранг општег услова пуноважности уговора, ако је свакако уграђена у бити именованих и типичних неименованих уговора, тако да они без ње и не могу настати (сл. Никшић, (6) 2006: 1825). Сам творац класичне теорије о каузи уговорне обавезе, објашњавајући каузу као циљ коме уговорне стране теже приликом преузимања обавезе, истиче да је тај циљ увек исти у уговорима исте врсте.¹⁶ Код свих именованих, и типичних неименованих уговора, кауза обавезе је увек иста и састоји се у обавези друге стране. Кауза обавезе у објективном смислу је, дакле, нешто што је видљиво, увек исто, типично, статично, непроменљиво, увек саставни део уговора, и као такву је не треба дизати на ранг општег услова пуноважног настанка уговора када уговора, свакако, нема уколико обе уговорне стране не преузму обавезе. Ради се, заправо, о чињеници да уколико обе уговорне стране не преузму обавезе, уговор не настаје, нема га, не постоји. Не може се, дакле, говорити о пуноважности или непуноважности непостојећег уговора, јер он не постоји, није настао. Да би се говорило о пуноважности уговора, он, ваљда, прво мора настати, а да би настао, обе уговорне стране морају се обавезати. Уколико макар једна уговорна страна не преузме обавезу, уговора нема.¹⁷

Уколико са теренаништавости уговора због неодређености, неодредивости, предмета, односно непостојања каузе, пређемо на недопуштеност предмета односно недопуштеност каузе уговорне обавезе у објективном смислу, имаћемо исту ситуацију. Немогуће је наћи уговор који је ништав због недопуштене каузе у објективном смислу, а да у исти мах није ништав и због недопуштености предмета. Тако, нпр. у француском праву продаја коцкарнице или јавне куће традиционално се сматрала ништавом због забрањене каузе (Markesinis, 1978: 68). Међутим, приликом образложења

16 Види. Jean Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, livre I, titre I. Des conventions en général, sect. I: De la nature des conventions et des manières dont elles se forment.

17 Наравно, уколико одређено лице има правни интерес да разбије илузију око постојања уговора, оно може користећи се тужбом за утврђење покренути парнични поступак у циљу утврђења да ли одређени уговор постоји или не постоји.

прецизира се да је обавеза продавца ништава због забрањеног предмета, док је обавеза купца ништава због забрањене каузе (Markesinis, 1978: 68). У нашој судској пракси постоји одређен број судских одлука путем којих су се уговори поништавали због недопуштене каузе, али се ради, заправо, о недопуштености каузе у субјективном (недопуштен мотив), а не у објективном смислу.¹⁸

Што се тиче неокласичне теорије, она се не може разматрати у контексту каузе као претпоставке пуноважног настанка уговора, због саме чињенице да условљава пуноважност уговора чињеницом која не постоји у тренутку закључења уговора. Према неокласичној теорији, а везано за обострано-обавезујуће уговоре, циљ сваке уговорне стране је испуњење обавезе друге стране. Немогуће је условљавати пуноважан настанак уговора нечим што ће доћи касније у току његовог извршења, са шансом да никада и не наступи. Свакако, неиспуњење обавезе једне уговорне стране може бити разлог раскида уговора, али никако не може утицати на пуноважност уговора. Ово произилази из околности да наш ЗОО условљава пуноважност настанка уговора каузом уговорне обавезе која мора постојати у тренутку закључења уговора, а не у тренутку извршења уговора. Тренутак у којем се спајају сагласне воље уговорних страна је тренутак меродаван за процену његове пуноважности, па је у начелу немогуће да уговор који је у тренутку закључења пуноважан касније постане ништав. Правило је да за пуноважност уговора није релевантно шта се касније дешава са претпоставкама његовог пуноважног настанка, што обухвата и разлоге за преузимање обавезе (сл. Никшић, (6) 2006: 1811).

Када је у питању кауза уговорне обавезе као претпоставка пуноважног настанка уговора, треба нагласити да се она може користити за објашњење привидних (фиктивних) и симулованих уговора. Привидан уговор нема стварну каузу, јер га странке закључују само ради стварања привида као да уговор постоји. Међутим, привидност уговора реалније је објашњавати кроз призму уговорне воље. Привидан уговор не производи правно дејство због просте чињенице да га уговорне стране не желе, уговорна воља није усмерена према њему (вид. Стојановић, 1995: 143). Привидан уговор представља случај свесне и намерне несагласности унутрашње и изјављене воље уговорних страна (Сrome, 1900: 41).

Невезано за претпоставку пуноважног настанка уговора, концепт о каузи уговорне обавезе поклапа се са другим конкретнијим институтима

18 Види нпр. *Решење Врховног суда Србије*, Рев. 2546/2004 од 4. 11. 2004. године; *Пресуду Врховног суда Србије*, прев 116/07 од 13. 12. 2007. године; *Пресуду Апелационог суда у Београду*, Гж 793/12 од 8. 3. 2010. године; *Пресуду Апелационог суда у Београду*, Гж 1418/11 од 23. 8. 2012. године, итд.

облигационог права. Путем правила која уређују: поништење уговора због заблуде, преваре, претње; прекомерно оштећење; измену или раскидање уговора због промењених околности; раскид уговора због неиспуњења; престанак уговора због немогућности испуњења, односно раскид уговора због делимичне немогућности – могу се постићи исти резултати који се постижу путем примене концепта о каузи уговорне обавезе. Уколико судија има могућност примене института који је много јаснији и конкретнији од каузе уговорне обавезе, која је веома апстрактан и неодређен појам, сасвим је за очекивати да ће му дати предност у односу на исту.¹⁹

3.2. Корисност субјективног концепта о каузи уговорне обавезе

Чињеница је да преко уговора, као правног средства, правног механизма, долазимо до свог циља, односно до задовољења сопственог, правно оправданог, материјалног и/или нематеријалног интереса. Побуда која нас подстиче на закључење уговора не налази се у самом уговору, већ му претходи, подстиче нас да приступимо закључењу уговора. Наше потребе, мотиви, побуде, налазе се ван уговорног поља, али представљају, заиста, кључни разлог због којег приступамо закључењу уговора. Када је радња другог лица неопходна за задовољење одређене побуде, мотива, ми, најчешће, морамо приступити закључењу одређеног уговора чија кауза у објективном смислу одговара побуди коју желимо постићи. У том контексту, мотив је тај који одређује којој каузи уговорне обавезе у објективном смислу приступити. Побуда, мотив, жељени материјални и/или нематеријални интерес је, дакле, кључни разлог због којег закључујемо било који уговорни однос. У вези са наведеним, могло би се закључити да кауза, као разлог због којег желимо преузети обавезу, није ништа друго до мотив који нас подстиче на закључење одређеног уговора. Као што смо и видели, у правној теорији овакво одређење насловљено је као *субјективна концепција каузе уговорне обавезе*.

Мотиви уговорних страна, по правилу, нису правно релевантни и не утичу на пуноважан настанак уговора због саме чињенице да ретко кад улазе у поље сагласних изјава воља уговорних страна. Међутим, постоји шанса да у одређеним ситуацијама и мотив продре у сферу уговорног поља. Ову околност предвидео је и сам законодавац, па је субјективна концепција каузе уговорне обавезе ушла у наш правни поредак кроз одредбе чл. 53 ЗОП, где се наводи да: „Побуде из којих је уговор закључен не утичу на његову пуноважност. Али, ако је недопуштена побуда битно утицала на

¹⁹ О односу између каузе уговорне обавезе и других института облигационог права види више у: (Дудаш, 2010: 150–165).

одлуку једног уговарача да закључи уговор и ако је то други уговарач знао или морао знати, уговор ће бити без дејства.“ Посматрано са становишта допуштености каузе уговорне обавезе, субјективни концепт је од велике користи за судску праксу. Ова корист није изражена само код добротних уговора, већ се везује и за обострано-обавезујуће уговоре.

У судској пракси постоји већи број судских одлука путем којих су судови утврђивали ништавост уговора позивајући се на недопуштеност каузе уговорне обавезе у субјективном смислу. Из оваквих судских одлука се, међутим, може извести закључак да је непотребно раздвајати садржину уговора на одређене елементе, већ да се све што се постиже раздељивањем садржине уговора на предмет и каузу може постићи кроз проблематику саме садржине уговора.²⁰ Наиме, да би дошло до поништења обострано-обавезујућег уговора због недопуштеног мотива, сам мотив мора бити познат другој уговорној страни. Међутим, уколико је мотив познат другој уговорној страни, он је практично обухваћен, не само свешћу, већ и, изричито или прећутно, сагласним изјавама воља уговорних страна. Практично, мотив престаје бити нерелевантна чињеница која се налази ван уговорног поља, продире у само уговорно поље и замењује каузу обавезе у објективном смислу. У једном одговору на питања привредних судова, који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда, каже се: „Мотиви, у начелу, немају утицај на ваљаност теретних уговора. Ипак, ако је недопуштена побуда битно утицала на одлуку једног уговарача да преузме уговорне обавезе, а други уговарач је то знао или је према околностима морао знати, то као последицу има неважност

20 У Немачком грађанском законик у нпр. питање циља уговора није позитивноправно уобличено у институт основа уговорне обавезе, као једна од претпоставки настанка и пуноважности уговора. Редактори Законика су сматрали да је предмет уговора довољан да покрије и поље које каузалисти резервишу за каузу. Законик, заправо, употребљава појам садржине уговора којим се постижу функције предмета и каузе уговора, те у њему долази до спајања ова два института у једну правну целину (Дудаш, 2013: 272). И у француском праву, после реформе СС одредба чл. 1128 прописује само три услова, и то: 1) сагласност уговорних страна; 2) способност уговарања; и 3) садржај који је законит и одређен. Као разлог брисања каузе уговорне обавезе из СС наводи се чињеница да се радило о установи чија функција у грађанском праву није била превише јасна, као и то да се преклапала са другим установама грађанског права (Smits, Salomme, 2016: 1044). И раније се истицало да СС препознаје каузу уговорне обавезе као елемент уговора, али да је овај услов у француском праву углавном академског карактера (Mehgen, 1959: 1073). Међутим, као један од главних разлога због којих је кауза била проблематична наводи се околност да су се судови често њоме користили као разлогом да се мешају у уговорне односе (Rowan, 2017: 815); Такође, кауза уговорне обавезе је одсутна и у Начелима европског уговорног права (ПЕЦЛ), као и у Нацрту заједничког референтног оквира (ДЦФР).

уговора. Другим речима, обострана несавесност уговарача, узрокована њиховим недопуштеним мотивима, поништила је објективни вид каузе. Субјективни елемент је толико изражен у погледу своје недопуштености да је апсорбовао каузу, због чега уговор остаје без дејства (чл. 53, ст. 1 и 2 ЗОО).²¹ У пресуди Апелационог суда у Нишу наводи се: „...правилно је првостепени суд утврдио ништавост спорног купопродајног уговора, којим је тужени располагао својом имовином, закључујући да је циљ истог био да се онемогући наплата потраживања тужиоца, као повериоца. Наиме, циљ коме уговорне стране теже приликом закључења уговора је основ, кауза уговора, а основ је, у смислу чл. 51. ст. 2. ЗОО недопуштен ако је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима, што подразумева да се помоћу њега изиграва примена законом прописаних норми. Побуда уговорника изазива жељу за постизањем циља који значи основ. Незаконит и неморалан мотив, односно побуда, доводе у смислу чл. 53. ст. 2. и 3. ЗОО до ништавости уговора, сходно чл. 103. ЗОО, ако је недопуштена побуда битно утицала на одлуку једног уговарача да закључи уговор, а то је други уговарач знао или морао знати”.²² Наравно, у овој одлуци се не наводи, изричито, да мотив продире у садржину уговора и замењује каузу уговорне обавезе у објективном смислу. Међутим, говори се о недопуштеном основу, каузи, уговора, па ће ово формулација имати смисла само ако се схвати на начин да мотив продире у каузу обавезе у објективном смислу и замењује је, услед чега уговор постаје ништав. Ово због тога што је кауза обавезе у објективном смислу код уговора о купопродаји увек иста, било да је схватимо у контексту класичне или неокласичне теорије о каузи уговорне обавезе. У конкретном случају, уговор се не би могао поништити због недопуштеног основа обавезе у објективном смислу. Кауза обавезе купца, према класичној теорији, је обавеза продавца, а кауза обавезе продавца је обавеза купца. Према неокласичној теорији, циљ обавезе сваке уговорне стране је извршење обавезе друге стране. Свакако, нема ничег противправног код уговора о купопродаји непокретности ако каузу обавезе схватимо искључиво објективно (чак и да постоји, радило би се о недопуштеном предмету). Заправо, мотив је тај који продире у уговорно поље и постаје садржина

21 Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној дана 12. 11. 2013. и 14. 11. 2013. године и на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове одржаној дана 6. 11. 2013. године – Судска пракса привредних судова – Билтен бр. 3/2013.

22 Пресуда Апелационог суда у Нишу, Гж 2532/2016 од 28. 10. 2016. године; Слично образложење: Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж 2085/2017(2) од 13. 4. 2017. године; Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 116/2007(1) од 13. 12. 2007. године.

уговора, главни циљ због којег уговорне стране закључују уговор, односно кауза уговора, а пошто је недопуштен, цео уговор чини недопуштеним. Конкретно, ако говоримо о недопуштеној каузи, можемо говорити само у контексту тога да мотив продире у садржину уговора, замењује саму каузу обавезе у објективном смислу, и чини уговор недопуштеним. У том смислу, у образложењу пресуде Апелационог суда у Новом Саду се каже: „300 прописује да се у одређеним случајевима приликом оцене допуштености основа мора узети у обзир и субјективни аспект, односно побуде из којих је уговор закључен, јер је (према одредби члана 53 став 2 300) уговор без дејства ако је недопуштена побуда битно утицала на одлуку једног уговарача да закључи уговор и ако је то други уговарач знао или морао знати. *Ради заштите јавног поретка допуштеност основа се у том случају поистовећује са допуштеношћу побуда.*“²³ Слично, у пресуди Апелационог суда у Београду стоји: „Основ (кауза) је непосредни разлог за закључење уговора који у уговору може бити видно изражен или прикривен, али у сваком случају мора бити допуштен, у смислу члана 51. Закона о облигационим односима. Уколико се основ закључења уговора из самог уговора не види, или је он прикривен, ради оцене његове допуштености, треба установити основ закључења уговора, и то не само из садржине уговора, већ испитивањем околности које су довеле до закључења таквог уговора. *При оцени да ли нека околност представља каузу, треба имати у виду и побуде, односно мотиве странака за закључење таквог уговора, сагласно члану 53. став 2. истог Закона.*“²⁴ Недопуштен је, дакле, основ уговорне обавезе када је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима, али се приликом оцене допуштености основа мора узети у обзир субјективни аспект, односно побуде из којих је уговор закључен, јер су оне, практично, постале део основа уговорне обавезе.

Наравно, пошто код сваког обострано-обавезујућег уговора постоје две каузе обавезе у објективном смислу, довољно је да недопуштен мотив једне уговорне стране продре у садржину уговора и замени њену каузу обавезе у објективном смислу, па да цео уговор буде ништав. Свакако, услов је да је друга уговорна страна за то знала или морала знати, јер само тако недопуштена побуда може продрети у уговорно поље. У супротном, она остаје само психолошки елемент ван садржине уговора, односно сагласних изјава воља и изван могућности да утиче на његову пуноважност. У наведеном контексту, интересантна је једна одлука Апелационог суда у Нишу у чијем образложењу стоји: „...циљ коме уговорне стране теже приликом закључења уговора је основ, кауза уговора, а основ

23 Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж 5074/2013 од 11. 9. 2014. године.

24 Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж 793/2012 од 8. 3. 2010. године.

је, у смислу чл. 51 ст. 2 ЗОО недопуштен ако је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима, што подразумева да се помоћу њега изиграва примена законом прописаних норми. Незаконит и неморалан мотив, односно побуда, доводе у смислу чл. 53 ст. 2 и 3 ЗОО до ништавости уговора, сходно одредби чл. 103 ЗОО, ако је недопуштена побуда битно утицала на одлуку једног уговарача да закључи уговор, а то је други уговарач знао или морао знати. Основано се жалбама тужених указује да је овакав закључак првостепеног суда за сада неприхватљив, јер је нејасно како је првостепени суд утврдио чињеницу да је тужени знао или морао знати какве су побуде другог уговарача, с обзиром да је побуда унутрашња, психолошка категорија, не узимајући притом у обзир исказ туженог да је наведени стан купио за купопродајну цену која је уобичајена у Бору за стан од 60 м², са циљем да својој породици, супрузи и малолетном детету, обезбеди стамбени простор. Стога је нејасно како је првостепени суд закључио да је овакво понашање туженог указивало да је исти знао за недопуштену побуду продавца, приликом закључења уговора о купопродаји стана.²⁵

4. Закључна разматрања

Прописивање ништавости уговора због непостојања каузе уговорне обавезе у објективном смислу, код обострано-обавезујућих уговора нема никакву практичну вредност. Чињеница је да су ови уговори такви да уопште не могу настати ако обе уговорне стране не преузму обавезе. Да би се говорило о пуноважности уговора, ваљда је потребно да одређени уговор настане, да постоји, тек тада се може говорити о пуноважности или ништавости одређеног уговора. Уколико уговорне стране не преузму обавезе, неће бити ни уговора, па је у том контексту могуће говорити о постојању или непостојању одређеног уговора, а никако о његовој пуноважности. Уколико, заправо, каузу уговорне обавезе схватимо на начин како су то чинили припадници класичне теорије о каузи уговорне обавезе, онда код обострано-обавезујућих уговора, који сами по себи имају инкорпорисану каузу уговорне обавезе, непотребно је исту подизати на ранг општег услова пуноважности уговора, ако је свакако уграђена у њиховој бити, тако да они без ње и не могу настати. Ако и занемаримо ову чињеницу, одредба о ништавости уговора због непостојања каузе уговорне обавезе у објективном смислу у потпуности се поклапа са одредбом о ништавости уговора због предмета. Имаћемо исту последицу и када са терена ништавости уговора због непостојања каузе, односно непостојања предмета пређемо на питање ништавости уговора због

25 Решење Апелационог суда у Нишу, Гж 6433/2018 од 30. 5. 2019. године.

недопуштене каузе у објективном смислу и недопуштености предмета уговора. У овом контексту, немогуће је наћи уговор који ће бити ништав због забрањене каузе у објективном смислу, а да у исти мах није ништав због недопуштености предмета. Из наведеног, може се закључити да је законодавац погрешно када је поделио садржину уговора на предмет и основ, када се комотно могло ићи и другим путем употребљавајући само појам садржине уговора (прописујући нпр. да уговор мора имати садржај који је законит и одређен).

Када је у питању концепт каузе уговорне обавезе у субјективном смислу, сматрамо да је он једини од веће практичне вредности. Ово би посебно било изражено уколико би концепт каузе у субјективном и објективном смислу упоредили са другим институтима облигационог права (нпр. са приговором неиспуњеног уговора, промењеним околностима, раскидом уговора због неиспуњења, предметом уговора итд.). Међутим, сам начин на који је прописан концепт каузе уговорне обавезе у субјективном смислу, код обострано-обавезујућих уговора, сведочи да је законодавац, чак и у овом контексту, могао ићи другим путем и условљавајући пуноважност уговора адекватном садржином. Наиме, да би дошло до поништења обострано-обавезујућег уговора због недопуштеног мотива, сам мотив мора бити познат другој уговорној страни. Међутим, уколико је мотив познат другој уговорној страни, он је практично обухваћен, не само свешћу, већ и, изричито или прећутно, сагласним изјавама воља уговорних страна. Практично, мотив престаје бити нерелевантна чињеница која се налази ван уговорног поља, продире у само уговорно поље и замењује каузу обавезе у објективном смислу, односно постаје садржина уговора.

Литература/References

Capitant, H. (1923). *De la cause des obligations: (contrats, engagements unilatéraux, legs)*. Paris: Dalloz.

Crome, C. (1900). *System des deutschen bürgerlichen Rechtes, Tom I*. Tübingen-Leipzig J. C. B. Mohr.

Domat, J. Les lios civiles dans leur ordire naturel, livre I, titre I. Des. conventiones en général, sect. I: De la nature des conventiones et des manières dont elles se forment.

Ernst, J. (1826). *La causa est-elle une condition essentielle pour la validite des conventiones?* Liege.

Gordley, J. (1994). Myths of the French Civil Code. *American Journal of Comparative Law* 42, no. 3. 459–506.

- Lorenzen, E. (1919). Causa and consideration in the law of contracts. *Yale Law Journal*. Vol. XXVIII MAY. No. 7632. 621–646.
- Markesinis, S. (1978). Cause and Consideration: A Study in Parallel. *Cambridge Law Journal* 37. 53–75
- Planiol, M., Ripert, G. (1931). *Traite elementaire de droit civil*. t. II. Paris.
- Rowan, S. (2017). The new French law of contract. *International and Comparative Law Quarterly*. Volume 66. Issue 4. 805–831.
- Smits, J., Calomme, C. (2016). The Reform of the French Law of Obligations. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 12 Vol. 23. Iss. 6.
- T. von Mehren, A. (1959). Civil-Law Analogues to Consideration: An Exercise in Comparative Analysis. *Harvard Law Review* 72, no. 6. 1009–1078.
- Антић, О. (2005). Кауза. *Правни живот*. бр. 10. 821–856.
- Визнер, Б. (1977). Да ли је у питању правни основ (titulus iuris) или главни циљ (causa finalis) обавезног уговора. *Наша законитост*. бр. 8. 24–41.
- Гамс, А. (1959). Кауза и правни основ. *Анали Правног факултета у Београду*. бр. 2. 156–175.
- Дудаш, А. (2009). Римско право је ипак познавало појам каузе уговорне обавезе. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 341–367.
- Дудаш, А. (2010). Кауза уговорне обавезе према Закону о облигационим односима Републике Србије. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 145–149.
- Дудаш, А. (2013). Правна релевантност циља уговора у Немачком праву. *Зборник радова Правног факултета*. вол. 47. бр. 1. 271–289.
- Живомир, Ђ. (1958). *Проблем еквивалентности у облигационом праву*. Савез удружења правника Југославије, Београд.
- Маленица, А. (2008). О римском погледу на каузу посла, каузу облигације и каузу престације у контрактима. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 167–196.
- Никшић, С. (2006а). Кауза обавезе и сродни институти у поредбеном праву. *Зборник Правног факултета у Загребу*. 1057–1102.
- Никшић, С. (2006б). Утјецај разлога за преузимање обавезе на ваљаност правног посла. *Зборник радова Правног факултета у Загребу*. 1809–1846.
- Перовић, С. (1978). Кауза. у: Енциклопедији имовинског права и права удруженог рада. том први, Београд.

Салма, Ј. (1985). О каузи облигационих уговора. *Правни живот*. 421–436.

Стојановић, Д. (1995). *Коментар уз чл. 66. ЗОО у Коментар закона о облигационим односима*. главни уредник Перовић Слободан. *Савремена администрација*, Београд.

Цигој, С. (1988). Улога и значај каузе (основа) у уговорном праву. *Правни живот*. том I. Београд. 111–134.

Закон о облигационим односима („Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93, „Сл. лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља и „Сл. гласник РС“, бр. 18/2020).

Code civil, 2016.

Paragraf Lex <https://www.paragraf.rs/>

Samir Manić, LL.D.,
*Assistant Professor,
Department of Legal Sciences,
State University in Novi Pazar,
Republic of Serbia*

CAUSA OF CONTRACTUAL OBLIGATIONS AS A PRECONDITION FOR VALID FORMATION OF A MUTUALLY BINDING CONTRACT

Summary

The causa of a contractual obligation is one of the most obscure and controversial institutes of the civil law of obligations. The emergence of this institute may be traced back to Roman law but the concept of causa was first systematically present by the French jurist Jean Domat, who is considered to be the founder of the classical theory of causa. Under the influence of the French Civil Code, the Serbian legal order falls into causalistic legal orders. In Serbian law, the basic and most important provisions on causa are contained in relevant articles of the Civil Obligations Act which refer to the legal ground of contractual obligation and the motive for concluding a contract. In this Act, the legislator adopted the so-called objective-subjective understanding of causa. Although the expectations from the causa perceived in the objective sense may have been high, its inclusion among the prerequisites for valid formation of a binding contract had almost no effect on the judicial practice. In this paper, the author analyzes the usefulness of both concepts of causa of contractual obligations in mutually binding contracts. Considering the fact that there is no common agreement in legal theory on the concept of this civil law institute, the first part of the paper is presents the theories on the causa of a contractual obligation. The central part of the paper examines the usefulness of the causa of a contractual obligation as a precondition for valid formation of mutually binding contracts.

Keywords: *causa, legal ground of contractual obligation, motive, aim of obligation.*

Др Сања Ђорђевић Алексовски,*
Доцент,
Правни факултет, Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfm1-37284

UDK: 34(4-672EU)
341.171

Рад примљен: 26.11.2021.
Рад прихваћен: 08.01.2022.

ПРИЛОГ РАСПРАВИ О ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ КАО САМОСТАЛНОМ ПРАВНОМ РЕЖИМУ

Апстракт: Будући да је процесом фрагментације међународног јавног права омогућено формирање бројних правних режима, поставља се питање квалификације правног поретка Европске уније (ЕУ). Наиме, он се дуго није сагледавао као самосталан режим, чему је индиректно допринела и класификација из Извештаја Комисије за међународно право „Фрагментација међународног права: Тешкоће које произлазе из диверзификације и ширења међународног права“. Овим Извештајем је право ЕУ (тачније европске интеграције) сврстано у одељак о регионализацији, чиме је он релативизован тиме што је сведен на сарадњу држава одређених једино по географском критеријуму. Иако неспоран, географски критеријум је секундаран у односу на низ других аргумената који узмају у обзир његову квалитативну димензију. Чињеница је да се *sui generis* правни поредак ЕУ налази у константној еволуцији, те постепено остварује све већи степен аутономије од општег међународног јавног права. Стога се поставља кључно питање да ли је правни поредак ЕУ достигао такав степен развоја и квалитета да се може сматрати самосталним правним режимом. У тражењу одговора на постављено истраживачко питање, у раду се анализирају аргументи *pro et contra*.

Кључне речи: фрагментација, право Европске уније, самостални правни режим, аутономност/аутономија.

* sanjadj@prafak.ni.ac.rs

1. Увод

Фрагментација међународног права¹ представља реалност којој су допринела два кључна фактора, а која се огледају у: 1) специјализацији међународног права у посебне гране², као и његовог 2) ширења (односно пролиферације) путем умножавања бројних међународних институција, организација и тела, а пре свега судова, трибунала и других облика институционалног мирног решавања спорова, што све доводи до усложњавања њихових међусобних односа. Неспорно је да је стварање нових тела и организација у складу са општим начелима међународног права. Будући да се заснивају на аутономији воље и слободи преговарања, њима се заправо манифестује политичка воља одређених група држава на међународном нивоу (Leathley, 2007: 264–265). Сматра се да се међународно право сада налази у четвртој фази развоја – тзв. фази глобализације³ (Leathley, 2007: 264), која је довела до редефинисања међународног поретка, који подразумева да је, поред појаве нових међународних субјеката, дошло и до појаве нових подсистема са сопственим режимом примене и тумачења међународних норми.

Растући партикуларизам и регионализам у међународном јавном праву довео је до стварања нових правних режима, који су најчешће специјализовани у односу на опште међународно јавно право по географском

1 Препознавши проблеме које собом носи ширење и усложњавање међународног права, председник Међународног суда правде је у обраћању Генералној скупштини Уједињених нација запазио да „ширење међународних судова може угрозити јединство међународног права и, као последицу, његову улогу у међудржавним односима“ (Schwebel, S. M., Address to the Plenary Session of the General Assembly of the UN, 1999). Наредни председник овог Суда је први спомену термин фрагментације истакавши да „судије морају схватити опасност од фрагментације права, па чак и сукоба судске праксе, настале због пролиферације судова“ (Guillaume, G., Address to the Plenary Session of the General Assembly of the UN, 2000). Од тада се феномен фрагментације све чешће спомиње и званично признаје, те постаје предмет интересовања бројних теоретичара, као и саме Комисије за међународно право, која је усвојила Извештај „Фрагментација међународног права: Тешкоће које произлазе из диверзификације и ширења међународног права“, (Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 13 Apr. 2006 (надаље: Извештај о фрагментацији)).

2 Примера ради, реч је о међународном праву људских права, међународном хуманитарном праву, међународном трговинском праву, међународном праву заштите животне средине, праву мора, космичком праву и сл.

3 Треба напоменути да је Литли заправо надоградио на туђу поделу развоја међународног јавног права на три фазе: прва је настала Вестфалским уговором, друга Пактом Друштва народа, док је трећа фаза настала усвајањем Повеље Организације уједињених нација (Kennedy, 1999: 83–101).

критеријуму или критеријуму *материје* коју регулишу (Hafner, 2004: 856). Иако је са аспекта међународног права реч о специјализованим режимима, они се истовремено квалификују као *општији* у односу на националне правне поретке. На сличан начин се може појаснити и *регионализам*, који има и позитивну и негативну страну медаље. Са једне стране, позитивно је што представља механизам остваривања плодне међународне сарадње, али се са аспекта међународног јавног права то истовремено посматра као негативна појава (Ibid). Међутим, фрагментацију одликује и *позитивна* страна, будући да се њоме омогућава стварање секундарних правних правила која боље погодују конкретним или специфичним ситуацијама и потребама (Ibid, 859). Но, без обзира позитивне или негативне ефекте које може имати, фрагментација се мора прихватити као реалност која је много је ближа природи међународног права од конституционализма (Simma, 2004: 845).⁴

Фрагментација међународног права као појава и процес не мора искључивати концепт *кохерентности*, те се не мора нужно поимати у негативном контексту. Реч је о вишезначним појмовима који нису алтернативни, већ у многим ситуацијама – комплементарни (Besson, 2008: 53–54). Свакако, нуспродукт фрагментације која има највећи потенцијал да доведе до колизије норми и самим тим проблема у пракси јесу тзв. самостални или специјализовани режими. Услед „*поделе права на високо специјализоване кутије... које захтевају релативну аутономију једна од друге и од општег права*“,⁵ створена је тзв. „*постмодерна анксиозност*“ (Koskeniemi, Leino, 2002: 553–579). Ови нови облици које неки називају *lex specialis*, други – специјализованим режимима, а трећи – самосталним режимима, све се више и више развијају у различитим областима права. Запажа се тенденција да овакви подсистеми међународног права изграђују све већу аутономију од општих правила и принципа међународног права, чиме су на путу остварења мањег или већег степена самодовољности.

Будући да је процесом фрагментације међународног јавног права омогућено формирање бројних правних режима, од којих су поједини и идентификовани,⁶ поставља се питање *квалификације* правног поретка ЕУ. Наиме, он се дуго није сагледавао као самосталан режим, чему је индиректно допринела и класификација из Извештаја Комисије за међународно право „*Фрагментација међународног права: Тешкоће које*

4 Сима нарочито истиче да је конституционализам као појава стран међународном праву.

5 Извештај о фрагментацији, стр. 13–14.

6 Режији који се често квалификују као самостални су: право људских права, право из домена Светске трговинске организације (СТО) и дипломатско право; Ibid, стр. 68.

произлазе из диверзификације и ширења међународног права“, будући да је право Европске уније (ЕУ), тачније европске интеграције, сврстала у одељак о регионализацији. На тај начин је овај правни режим *релативизован* тиме што је сведен на сарадњу држава одређених једино по *географском* критеријуму. Иако је географски критеријум неспоран, те представља један од основних параметара чланства, постоје аргументи да се право ЕУ квалификује на другачији начин, те да обухвата и *квалитативну* димензију сем географске. Чињеница је да се *sui generis* правни поредак ЕУ налази у константној еволуцији, те постепено остварује све већи степен аутономије од општег међународног јавног права. Стога се намеће кључно питање да ли је на садашњем степену развоја правни поредак ЕУ могуће окарактерисати као самосталан правни режим.

На почетку треба дати напомену о терминолошкој недоследности која се јавља поводом истраживања истог феномена. Наиме, у контексту међународног права се користе термини *фрагментације* и *самосталних, специјалних* или *посебних* правних режима, док теоретичари права ЕУ користе неухватљив термин инаугурисан у пракси Суда правде – *аутономија* (Koutrakos, 2019: 90). С правом примећује Лукић да је употребљена и понављана семантика Суда правде ЕУ која се односи на међународно право заслужује посебну пажњу и анализу. У дијапазону различитих израза највећи значај треба дати *аутономији* која се истиче и везује за правни поредак Уније, а која има за последицу *диференцијацију* права ЕУ од међународног права (Лукић, 2011: 146).

До пре извесног времена фокус аутономности права ЕУ био је усмерен према националним порецима држава чланица, док се у последње време тај фокус померио ка споља – ка спољним субјектима, државама нечланицама и другим међународним организацијама. Стога се и концепт аутономности права ЕУ посматра у двојаким контекстима: као аутономност права ЕУ у односу на национална права, али и на међународно јавно право. Другачије речено, постоји *унутрашња* и *спољна* аутономија (Van Rossem, 2013: 17) (Koutrakos, 2019: 91–92), односно *интерна* и *екстерна* аутономија права ЕУ. Суд правде је током деценија све чешће приписивао својство аутономије правном поретку Уније приликом изграђивања односа према националним правним порецима, тако да не чуди да је касније *истом терминологијом* покушао да одреди позицију права ЕУ и у односу према међународном праву.

За разлику од интернационалиста који не разматрају право ЕУ као самосталан правни режим (а поставља се питање да ли би требало), постоје анализе тзв. спољне аутономије права ЕУ од стране стручњака права ЕУ.

Дакле, академски имплуси анализе датог феномена долазе само из једне перспективе, перспективе права ЕУ.

Идући следом претходних аргумената, у доктрини се приликом анализе односа међународног јавног права и права ЕУ истичу његови различити аспекти у зависности од угла гледања и научног опредељења истраживача. Као што је специјални извештач КМП, Аранђио-Руиз приметио, „*начелно су стручњаци права ЕУ склони да овај систем сматрају самосталним режимом, док интернационалисти тврде да се оснивачки уговори заправо и не разликују од осталих међународних уговора*“ (Arangio-Ruiz, 1992: 76). Дакле, истраживање и посматрање правног поретка ЕУ треба вршити из две перспективе. Право ЕУ се може посматрати из спољне перспективе, односно *кроз објектив међународног јавног права* као општег система, али и изнутра, перципирајући га кроз лупу подсистема или самосталног режима, тј. *права ЕУ* (Ракић, 2009: 128–140). У првом случају, приметно је инсистирање на концепцији *примата* међународног права над било којим каснијим правним режимом, што је видљиво у делима интернационалиста Дипија (Duru, 2006), Клаберса (Klabbers, 2009) и Нолкемпера (Nollkaemper, 2009). Сагласно томе, ни правни поредак ЕУ није надређен међународном, нити превладава над било којим правним режимом, а сама ЕУ се по интернационалистима сврстава у ред међународних организација, иако је врло специфична (Klabbers, 1997: 231–254).

Са друге стране, присталице тзв. *примарне* аутономије права ЕУ сматрају да оно није подређено ниједном другом правном поретку, било међународном јавном праву било правним порецима држава чланица⁷ (Pescatore, 1970: 501). Међутим, разликују се и присталице тзв. *секундарне* аутономије права ЕУ, која се искључиво изводи из примарно аутономних извора права – суверене воље држава чланица⁸ (Pellet, 1997: 203). Изграђује се теза о све већој *аутономији* правног поретка ЕУ, који се *квалитативно* разликује од класичног режима који важи у општем међународном јавном праву. Овакав став форсирају стручњаци права ЕУ, као што су Крег и Де Бурка (Craig, De Burca, 2011), Екху (Eckhout, 2012), Вајлер (Weiler, 1999), Де Вит (De Witte, 1994: 299–333) и Зиглер (Ziegler, 2011: 268–327), те стављају акценат на *sui generis* природу и посебност правног поретка ЕУ као поткрепљење овакве тврдње.

7 Примера ради, судија Пескаторе (Pescatore) истиче да: „*Све што чини оригиналност и снагу комунитарног права измиче категоријама међународног права.*”

8 Пеле (Pellet) сматра да комунитарно право нема аутономију примарног типа, те стога спада у групу оних аутора код којих претеже гледиште о комунитарном праву као делу међународног јавног права.

Имајући у виду све већу академску полемику о фрагментацији међународног права, јавља се дилема да ли правни поредак ЕУ испуњава услове потребне за постојање самосталног правног режима, нарочито с обзиром да је у Извештају о фрагментацији одељак о европским интеграцијама анализиран у одељку посвећеном *Регионализму*, као географски одређеној фрагментацији. Уколико је одговор потврдан, онда бисмо могли посматрати право ЕУ као самосталан правни режим, који има своје посебности унутар ширег система међународног права, и на тај начин помирити поменута два гледишта. Поред тога, не треба занемарити ни чињеницу да је реч о документу из 2006. године, а да су се од тада десили кључни догађаји у развоју *спољне аутономије* права ЕУ, као што су ступање на снагу Лисабонског уговора и доношење неколико кључних судских одлука.⁹ Стога је неопходно приступити анализи *contra* и *pro* аргумената у поимању правног поретка ЕУ као самосталног правног режима.

2. Аргументи *против* права ЕУ као самосталног правног режима

Постоји неколико аргумената *против* сагледавања права ЕУ као самосталног правног режима. Из перспективе међународног јавног права, не може се тврдити да право ЕУ представља самостални режим схваћен у *апсолутном* смислу, имајући у виду да примена општег међународног права није потпуно искључена у домену права ЕУ. Иако се међународно право примењује изузетно, ова инхерентна веза и даље постоји.

Први аргумент односи се на *свеприсутност* општег права.¹⁰ Иако је фрагментација међународног права утицала на стварање различитих специјалних режима, у Извештају о фрагментацији се јасно наводи да „*ниједан режим није самосталан*“.¹¹ Начелно, или боље рећи, теоријски посматрано, тзв. *јаки облици lex specialis* у потпуности би искључили

9 Реч је о случајевима: C-459/03, *Commission v Ireland (Mox Plant)*, 2006, ECR I-4635, ECLI:EU:C:2006:345, para. 154; Саветодавно мишљење 1/91 где је Суд правде сматрао да Споразум о Европском економском простору представља „претњу... по аутономију правног поретка Заједнице“; *Opinion 1/91*, EU:C:1991:49, para. 35; Саветодавно мишљење 2/13 о приступању Европској конвенцији о људским правима, *Opinion 2/13*, 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, paras 170, 174, 176; Саветодавно мишљење 1/17 поводом Свеобухватног економског и трговинског споразума између ЕУ и Канаде, *Opinion 1/17*, EU:C:2019:341, paras 126–129; *Joined cases C-402, 415/05 P, Kadi and Al Barakat International Foundation v Council and Commission, (Kadi I)*, 2008, ECR I-6351, ECLI:EU:C:2008:461, para. 290.

10 Извештај о фрагментацији, стр. 64, одељак насловљен: Свеприсутност општег права (*The omnipresence of general law*).

11 *Ibid*, стр. 100.

примену општег режима међународног права. Међутим, ниједан досад формиран самостални режим није апсолутно самодовољан тако да представља *потпуно заокружен* правни режим кога красе *lex specialis* правила за *све* ситуације. Истини за вољу, овде се мислило на *апсолутно* диференциране самосталне режиме какви не постоје у реалности, о чему је већ било речи. Самим тим, ни правни поредак ЕУ није могао да промени ову закономерност.

Други аргумент произилази из претходног и заснива се на ставу из Извештаја да се „*сваки посебан режим повезује са општим међународним правом*“.¹² Прво, правни поредак ЕУ не може постојати *изван* сфере међународног јавног права – услови његовог деловања, међународни субјективитет и његова способност деловања на међународном плану *директно произлазе* из општег међународног права. Аутори Пеле, Сима и Пулковски наводе да са гледишта међународног јавног права, право ЕУ треба посматрати *као подсистем* све док његово деловање није независно од пристанка *држава*. Државе као оригинарни субјекти међународног јавног права, истовремено су и оригинарни субјекти ЕУ. Будући да свака измена оснивачких уговора и даље зависи од сагласности суверених држава чланица ЕУ, коначан аргумент датог гледишта је да „*правним поретком Заједнице и даље доминира дух међународног права*“ (De Witte, 1994: 331), односно аутономија воље, што је уједно и камен темељац међународног права. Дакле, еволуција правног поретка ЕУ јесте могућа, али увек уз претходно одобрење држава чланица ЕУ (Simma, Pulkowski, 2006: 516). Аргумент у прилог повезаности права ЕУ са општим међународним правом представља и став општег правобраниоца Мадуре, којим је истакао да иако је Суд правде потврдио аутономију правног поретка ЕУ, „*то не значи да се правни поредак Заједнице и међународни правни поредак мимоилазе попут бродова у ноћи*.“¹³ Напослетку, треба истаћи да је и сам Суд правде признао да су принципи општег међународног права трајно примењиви у контексту права ЕЗ (данас ЕУ), изражавајући спремност да се повинује тумачењу међународног споразума од стране суда основаног на бази таквог споразума.¹⁴

Трећи аргумент који се истиче у дебати против самосвојности права ЕУ је хронолошки гледано заправо почетни аргумент и премиса. Наиме,

12 Ibid, стр. 101.

13 Joined cases C-402, 415/05 P, Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities, Opinion of AG Maduro, 2008, ECR I-6351, ECLI:EU:C:2008:11, para. 22.

14 Opinion 1/91, Draft Agreement Relating to the Creation of the European Economic Area, 1991, ECR I-6079, ECLI:EU:C:1991:490, paras 39–40.

порекло права ЕУ несумњиво лежи у сфери међународног јавног права, због чега се сама ЕУ сматра међународном организацијом, док је њен конститутивни акт међународни уговор усвојен сагласно одредбама Бечке конвенције о праву уговора из 1969. године. Дакле, у прилог тезе о повезаности међународног јавног и права ЕУ се, поред оригинарних субјеката, истиче и *начин* формирања права ЕУ. Међународни уговори су инструмент међународног права који је послужио као правни основ формирања ЕЗ, а касније и ЕУ. Дакле, *порекло, субјекти и начин формирања* права ЕУ је у директној вези са међународним правним поретком, и стога из перспективе међународног права, право ЕУ остаје његов подсистем. Стога се упозорава да се правни поредак ЕУ не сме посматрати потпуно одвојено од шире слике из које је потекло. Ипак, ваља приметити да је овакво гледиште било истицано у *ранијим* фазама развика права Уније (Pellet, 1997: 249); (Conway, 2002: 679); (Hartley, 2001: 1).

Четврти аргумент који негира потпуно самосвојни карактер правног система ЕУ односи се на питање међународне одговорности држава чланица ЕУ, што се на посебан начин истиче и у Извештају речима: *„Једном када самосталан режим пропадне, прибегавање општем праву мора бити дозвољено“*.¹⁵ Наиме, уколико правни поредак ЕУ не би на адекватан начин регулисао питање међународне одговорности држава, било би потребно прибећи општим правилима о одговорности држава из домена међународног јавног права. Сима и Пулковски идентификовали су два хипотетичка сценарија у којима *„механизми према уговору ЕЗ не дају ефекте обавезама које су чланице преузеле према Уговору“* (Simma, Pulkowski, 2006: 516–517), што би подразумевало примену општих правила о одговорности држава. Уколико се јави ситуација континуираног кршења права ЕУ од стране државе чланице, која би се оглушивала о препоруке Комисије и пресуде Суда правде, *„једина опција... која би преостала оштећеној држави био би повратак једностраним противмерама“* из међународног јавног права (Ibid, 517). Други сценарио односи се на *накнаду штете* коју би једна чланица ЕУ потраживала од друге по основу кршења права ЕУ. Сима и Пулковски истичу да у ситуацијама када право ЕУ нема *„експлицитни механизам који би омогућио међудржавна одштетна потраживања“* (Ibid), или су постојећи поступци неефикасни, и даље постоји инхерентно право државе чланице да, као и у претходном примеру, примене правила општег међународног права укључујући и прибегавање контрамерама. Они истичу да: *„Употреба правила о државној одговорности неће бити неопходна ако Европски суд правде прихвати... међудржавне захтеве за накнаду штете у оквиру правног поретка ЕУ“* (Ibid, 518).

15 Извештај о фрагментацији, стр. 82.

Узимајући у обзир наведене аргументе, тврди се да правни поредак ЕУ није концептуално *потпуно* самодовољан режим, будући да прибегавање општим правилима и начелима међународног права *није искључено*. Ипак, ваља приметити да сви поменути правни стручњаци постављају *врло висок праг примене* за самосталне правне режиме, инсистирајући на апсолутној независности, што није оствариво у реалности.

3. Аргументи у прилог права ЕУ као самосталног правног режима

За разлику од става интернационалиста по коме се правни поредак ЕУ заснива на међународним уговорима и стога по логици ствари мора „припадати“ међународном јавном праву (Wyatt, 1982: 147); (De Witte, 1994: 299); (Schilling, 1996: 389), постоји и неколико аргумената у прилог поимања права ЕУ као самосталног правног режима у оквиру општег међународног права.

Познато је одређење *sui generis* карактера права ЕУ, истицања његове изузетности и јединствености његових правних обележја унутар међународног права (Nolte, Aust, 2013: 407–436). „*Степен до кога је ЕЗ самостални режим, односно посебан систем или подсистем међународног права чија су секундарна правила (правила промене или правила која регулишу примену, деловање и измене Уговора) одређена самим режимом... и није само примена конвенционалних секундарних правила међународног јавног права*“ (Conway, 2002: 680).

Као што је већ истакнуто, скуп правила успостављених самосталним режимима не сме се схватати као потпуно херметички изолован од општег система, већ да нужно мора постојати извесна *флексибилност* у њиховом разумевању правила. Самим тим, нису и не могу бити „спаљени сви мостови“ са општим међународним поретком.

Првенствено, поставља се питање да ли међународно право као општи правни систем дозвољава *одступања* од извесних правних правила. Одговор је позитиван, јер је начелно оно постављено врло либерално, дозвољавајући дерогације од општих правила. Као што је познато, само изузетно мали сет правила представљају норме од суштинског значаја од којих није дозвољено одступање (тзв. императивне норме или *ius cogens*). *Ius cogens* норме су неспорно хијерархијски највише правне норме међународног јавног права, које истовремено представљају ограничења за специјализована правила самосталних правних режима. Другачије речено, секундарна правила самосталних правних режима не могу имати статус императивних норми.

Међутим, за остала питања дерогације не постоје јасно установљена правила, те, нажалост, често зависе од тумачења општег права,¹⁶ што доводи до неизвесних исхода. У таквим случајевима би било неопходно анализирати аутономију воље, односно *намеру*. Чињеница да државе одлучују да прођу заморни процес мултилатералног склапања или ревизије оснивачких уговора ЕУ сугерише да су правила разрађена у овом процесу не само од посебног *значаја*, већ да су и посебног *правног карактера*. Подразумева се да је реч о правно једнаким и сувереним државама које су слободне да преговарају о посебним правилима унутар општег међународног права, што чине ради остваривања првенствено политичких и економских интереса. Управо су ЕЗ настале као продукт пилот пројекта стварања јединственог економског простора, који је затим прерастао у нешто више. Правила посебног режима, односно оснивачких уговора ЕУ, морају се тумачити у складу са чланом 31 Бечке конвенције о праву уговора из 1969. године како би се утврдила *намера* страна уговорница.

Дакле, уколико је заиста њихова *намера* била да секундарна правила буду исцрпна и комплетна, чинећи тиме изузетак од општих правила, примењиваће се правило *lex specialis derogat legi generali*. Међутим, само међународно јавно право даје одговор на питање домашаја правила *lex specialis*. Уколико јесте била намера држава, као суверених и оригинарних субјеката, да искористе могућност коју даје међународно право, те да формирају „чврћи савез“ по посебним правним правилима, стварајући тиме посебан режим права ЕУ – онда се та *намера* мора поштовати. Државе чланице ЕУ одлучиле су да могу (и што је кључно – *желе*) више, те су подвргле себе посебном режиму крњења сопствене суверености и њеног преношења на новоформиране заједнице. Подвргнувши се *lex specialis* правилима које су саме створиле, не може се тврдити да су се одрекле нити отуђиле од општег режима у областима које су регулисане међународним правом, већ су само одлучиле да одређено питање подређују логици посебних режима, што је дозвољени концепт по међународном праву. Све док ти режими поседују правно решење за проблеме који се јављају у пракси, не треба очекивати „повратак“ примени општих правила из међународног права (тзв. *fall-back*).

Друго је питање *домашаја* примене максиме *lex specialis derogat legi generali* у односу између самосталног правног режима ЕУ и општег међународног права. Начелно говорећи, у ситуацијама постојања правне празнине унутар *lex specialis* режима, нужно је примењивати правила *lex generalis*. Међутим, исто тако је логично очекивати да ће сваки правни поредак у пракси избегавати примену оваквог сценарија. У правне поретке би спадали, поред

16 Ibid, стр. 60.

самосталних правних режима, и национални правни пореци. По правилу, самостални правни режими примењују другачију логику, те нису ради да попуњавају сопствене правне празнине посезањем за правилима из општег права, већ проналазе правна решења за пресуђивање конкретног спора унутар логике свог аутономног права. Тако правне празнине унутар сопственог поретка попуњавају изузетно креативном судском праксом која се означава као судски активизам, и тиме заокружују сопствени правни поредак. Напоменуто је да судови успостављени правним режимима поступају на овакав начин, а то је нарочито изражено као *modus operandi* Суда правде ЕУ.

То је могуће јер се у ситуацијама правних празнина прибегава интерпретацији. Тумачење уопште је врло деликатан али непрецизан посао, у коме се деликатност своди на нијансирано успостављање *баланса* између политике и права (пречесто у корист политичких интереса), док се непрецизност своди на замагљивање или често избегавање извесних правних правила (Ђорђевић Алексовски, 2020:19). Судови у ЕУ не представљају изузетак у том погледу, те су досад у пракси показивали тенденцију преовладавања специјализованих секундарних правила права ЕУ у односу на примену општих правила из домена међународног права. Пошто је оснивачким уговором „створен сопствени правни систем”,¹⁷ празнине се попуњавају путем *аналогije* постојећих правних решења унутар самог права ЕУ или коришћењем *општих принципа својствених правном поретку ЕУ*, уместо „враћању“ одредбама општег међународног права.

Суд правде често приступа тражењу решења у унутрашњем правном поретку ЕУ, како би избегао примену међународноправних норми. Иако се неспорно у јуриспруденцији Суда правде ЕУ примењују међународне норми, у већини ситуација је то представљало *крајњу* и једину линију „одбране“, односно решења правног спора. У већини случајева су створане изразито натегнуте конструкције и правила тумачења како не би дошло до примене општих норми међународног права, већ су се решења проналазила из општих правних начела права ЕУ, као секундарних правила режима. У том смислу је илустративан предмет *Francovich* који је изнедрио читаву доктрину којом се правна празнина поводом одговорности држава решила *интерно*, у складу са унутрашњом логиком самог права ЕУ (тада ЕЗ).¹⁸

Међутим, овде ваља приметити и феномен тзв. *европеизације међународног права*, који подразумева да се поједина општа правна начела „увозе“ из

17 C-6/64, *Costa v ENEL*, 1964, ECR 585, ECLI:EU:C:1964:66, p. 593.

18 *Joined cases C-6, 9/90, Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v Italian Republic*, 1991, ECR, I-5357, ECLI:EU:C:1991:428.

међународног права у правни систем ЕУ. Повремено се препознавало да су поједини општи правни принципи из домена међународног права *еквивалентни већ постојећем општем принципу права ЕУ*, при чему се примењивало потоње, јер је логичније и целисходније примењивати општа правна начела из сопственог правног поретка него из туђег.¹⁹ Усвајајући општа правна начела међународног права као *сопствена*, право ЕУ *суштински скрива* њихово међународноправно порекло. Стога се, на први поглед, може чинити да се унутар права ЕУ већином примењују интерна правила, а заправо је један део њих само био „комунитаризован“, односно данас „европеизован“ из окриља међународног јавног права.

Други аргумент у прилог поимања права ЕУ као самосталног режима је његова еволуција ка све већој *аутономији*, која се потврђује и поткрепљује судском праксом и ставовима из доктрине. Не поричући чињеницу да се право ЕУ развило из међународног јавног права, да је представљало *nasciturus* унутар њега, да је засновано на међународном уговору, а да сама ЕУ представља међународну организацију, истовремено се мора прихватити и чињеница његовог вишедеценијског еволутивног развоја. Право ЕУ карактерише специфичан институционални дизајн који укључује тројство законодавних, извршних и судских овлашћења на више нивоа, а читав правни поредак има и значајне примесе квазифедералних особености. Стога, како са становишта правне архитектуре тако и карактеристика, данашњи облик права ЕУ не представља нешто „већ виђено“ у општем међународном јавном праву – напротив, представља један од најочитијих примера тзв. јаким самосталних режима, схваћених у њиховом релативном значењу. Успостављање режима оваквог квалитета одвијало се градацијски,

19 Илустрацију за то налазимо у предмету *Opel Austria*, у коме је тадашњи Првостепени суд сматрао да је „*начело добре вере међународног јавног права последица начела заштите легитимних очекивања који је део правног поретка Заједнице*“; T-115/94, *Opel Austria GmbH v Council of the European Union*, 1998, ECR II-02739, ECLI:EU:T:1998:166, пара. 93. Дакле, на основу начела заштите легитимних очекивања за које треба поверовати да је већ постојало у праву ЕУ, не само да постоји правни пандан и у домену међународног јавног права, што би било начело *bona fides*, већ да он заправо представља *последицу* постојећег начела у праву ЕУ. Надаље, у предмету *Грчка против Комисије*, Суд правде је потврдио ову анализу готово идентичном формулацијом, иако је у овом случају своје образложење *директно засновао* на принципу *савесности* као принципу из домена међународног права; (C-203/07 P, *Greece v Commission*, 2008, ECR I-8161, ECLI:EU:C:2008:606, пара. 16). Међутим, том приликом је ипак покушао да појасни и донекле *ублажи* и *оправда* свој став, истакавши да „*преклапање између два принципа (начела добре вере и начела заштите легитимних очекивања) није потпуно, јер се чини да принцип добре вере у међународном јавном праву има шири опсег од принципа легитимних очекивања према праву Заједнице*“ (C-203/07 P, *Greece v Commission*, Opinion of AG Mazák, 2008, ECR I-08161, ECLI:EU:C:2008:270, пара. 78).

доношењем низа оснивачких уговора којима је надограђиван и усавршаван његов правни и институционални дизајн како би се суочио са сложеним и динамичним економским и политичким процесима интеграције.

Стручњаци права ЕУ (Gialdino, 1995: 1089–1121); (Weatherill, 1998: 161–162); (Delcourt, 2001: 829–870); (Auzolai, 2005: 196–231) стално истичу динамичан карактер правног поретка ЕУ и његовог непрекидног развоја. Творевина ЕЗ, а касније и ЕУ, постала је својеврстан *експеримент* у међународном праву, јединствена појава, и према Вајлеру, тако је *квалитативно* напредовала да је чак дошло до „*отуђења од међународног права и њене трансформације у уставноправни поредак*“ (Weiler, 1999: 293). Право ЕУ је постепено постизало све већу аутономију од међународног права захваљујући *судској пракси*, која се показала као покретачка снага у пројекту обликовања права ЕУ у самостални правни режим. Декер и Весел истичу да су национални правни пореци и право ЕУ међусобно равноправни и релативно независни правни подсистеми свеобухватног међународног јавног права (Dekker, Wessel, 2004: 230).

У праву ЕУ је Суд правде начинио први и пресудан корак ка остварењу ове замисли. Историјски заокрет права ЕУ ка изграђивању *самосталног правног режима* (уколико се користи терминологија из међународног права), а *аутономији* (уколико је ближа терминологија из права ЕУ), учињена је врло рано, када је 1963. године Суд правде прогласио да је тадашња ЕЕЗ представља „*нови правни поредак међународног права*“.²⁰ Према Расмусену, „*кључни корак ка успостављању онога што ће Суд у пресуди назвати „новим правним поретком међународног права“, већ су направиле државе чланице када су ратификовале Римске уговоре, због посебне правне и институционалне природе Уговора*“ (Rasmussen, 2014: 139). Пресудом у предмету *Van Gend en Loos*, Суд правде је „*револуционаризовао европско право*“ (Ibid), дефинишући још тада курс кретања вишедеценијске путање конституционалног изграђивања права ЕУ, што је учинио, *inter alia*, и тако што је у синтагми о правном поретку одбацио епитет „међународни“. Образложењем у предмету *Costa v ENEL*, Суд правде је проширио *sui generis* карактер правног система ЕУ у односу на опште међународно јавно право речима: „*За разлику од обичних међународних уговора, Уговор о ЕЕЗ (Европска економска заједница) створио је сопствени правни систем који је ступањем на снагу тог споразума постао саставни део правних система држава чланица, који њихови судови морају да примењују... стварање Заједнице*

20 C-26/62, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration, 1963, ECR 1, ECLI:EU:C:1963:1, p. 12.

неограниченог трајања, која има своје институције, сопствену личност, своју правну способност и способност представљања на међународном плану“.²¹

Пракса Суда правде је и у наредним деценијама давала кључни допринос развоју права ЕУ у самосталан правни режим. Суд правде је неким својим ставовима од 90-их година прошлог века почео да приписује својство аутономије праву ЕУ са циљем истицања његовог примата над међународним обавезама (Craig, De Burca, 2008: 202–204); (De Witte, 2010: 149). Шуц је истог става, те истиче да је „правни систем Заједнице аутономан, и као такав је морао да дефинише свој однос према међународном праву“ (Schutze, 2007: 25). Управо се „регулацијом односа између међународног права и легислативе Заједнице“ Суд правде поставио као својеврстан „чувар“ правног поретка Уније (Lavanos, 2010: 281–282). Ђарета и Родин чак темеље своју дефиницију права ЕУ на карактеристици аутономности, истичући да је „правни поредак ЕУ аутономни правни поредак који се разликује како од правних поредака њених 27 држава чланица, тако и од правног поретка међународног права“ (Ђарета, Родин, 2011: 3). Надаље, Цагуриас примећује о Унији да се „приликом примене инструмената њеног стварања, она ослободила од спољних – међународних непредвиђених ситуација, а такође је преселила извор своје валидације из међународног правног поретка на Унију“ (Tsagourias, 2011: 340). Маленовски иде корак даље, те је става да „нико више не спори чињеницу да је Унија изградила систем правних правила који је аутономан и располаже специфичним циљем... Ова суштинска аутономија, инхерентна правном поретку Уније, не дозвољава да се одбаци перспектива према којој се тај поредак може, са гледишта других правних поредака, од њих показати зависним на овај или онај начин“ (Malenovsky, 2009: 754).

Аргумент аутономности правног поретка ЕУ подразумева изграђивање посебног нормативног оквира, па је тако право ЕУ током деценија изграђивало низ аутономних појмова за бројне правне институте, од којих су најпознатији принцип непосредног дејства, надређености и доктрине основних права, те се ови појмови једним делом разликују од значења које имају у међународном праву.²² Треба напоменути да је реч о сложеном,

²¹ Supra 17.

²² У предмету *Diakité* срж проблема представљале су различите дефиниције истог појма у два правна поректа (међународном јавном праву и праву ЕУ), јер је било спорно да ли се дефиниција немеђународног оружаног сукоба унутар права ЕУ заснива на критеријумима установљеним међународним хуманитарним правом или је могуће формирати посебно, аутономно значење овог израза за потребе права ЕУ. Конкретно, од Суда правде је затражено да протумачи појам немеђународног оружаног сукоба из члана 15 (в) Директиве 2004/83/ЕЗ (Council Directive 2004/83/EC) којим се утврђују минимални стандарди за додељивање статуса избеглице или статуса супсидијарне заштите. Белгијски *Conseil d'État*, који је упутио питање, запитао је Суд правде да ли

дугом па чак и мукотрпном процесу који се „одвијао интерпретативном активношћу Суда, не увек уз пуну подршку свих држава чланица“.²³ Аналогно запажањима из Извештаја о фрагментацији, можемо се сложити да је режим ЕУ посебан случај *lex specialis*, који „боље узима у обзир посебности предмета на који се односи; ...регулише ефикасније од општег права и пажљиво прати преференције својих чланова“,²⁴ због чега се одређена права и обавезе из домена међународног права или не примењују на право ЕУ или се примењују на ограничен начин.

У прилог одвојености права ЕУ од општег међународног права и дефинисања сопствених правних правила можемо говорити и када је реч о најслабијој карици – одговорности држава. Према Вајлеру, особеност правног режима

дате услове треба дефинисати према међународном хуманитарном праву, а у вези са заједничким чл. 3 четири Женевске конвенције од 12. августа 1949. године. Приликом анализе је истакнуто да се израз немеђународни оружани сукоб у Директиви користи за *другачију сврху* него у међународном хуманитарном праву. Суд правде је навео да се термини односе на две различите области права, од којих оба имају различите циљеве, али и различите режиме заштите. С обзиром на то да Директива не дефинише израз немеђународни оружани сукоб, Суд правде је тумачио овај термин у складу са својим *уобичајеним значењем*, узимајући у обзир *сврху легислативе ЕУ*, односно дате Директиве. Он је тада дефинисао појам немеђународни оружани сукоб као „*ситуацију у којој се оружане снаге државе суочавају са једним или више наоружаних група или у којима се две или више наоружаних група супротстављају једна другој*“ (C-285/12, *Aboubacar Diakité v Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, EU:C:2014:39; para. 28). Међународно хуманитарно право, односно заједнички члан 3 Женевских конвенција, дефинише овај термин *другачије*, те да би се одређено непријатељство сматрало сукобом немеђународног карактера, потребно је да испуни два критеријума, и то: 1) да непријатељство мора бити одређеног интензитета, чиме се врши разликовање од изолованих и спорадичних аката насиља или разбојништва, и 2) да непријатељства морају укључивати невладине снаге које имају неку врсту организоване команде. Стога је јасно да је Суд правде *много шире дефинисао дати појам за сврхе права ЕУ*, чиме је *оправдао одвојене дефиниције* пошто су међународно хуманитарно право и релевантна ЕУ директива дизајниране с обзиром на различите сврхе и сфере примене. Може се рећи да је то пример у коме је Суд правде пронашао *аутономно* значење појма за право ЕУ који је већ дефинисан у међународном јавном праву, доприносећи тако његовој *фрагментацији*. Исто тако, дефиниција унутрашњег оружаног сукоба за сврху ЕУ легислативе може захтевати нижи ниво интензитета и организацију наоружаних група од оне коју захтева међународно хуманитарно право. Иако је Суд правде применио *другачију дефиницију*, не може се његов приступ само на основу тога аутоматски означити као антагонистички према међународном праву. Да је ситуација била *другачија*, односно да је директива ЕУ имала за циљ спровођење међународноправне обавезе, тада би Суд правде требало да настоји да примени постојећу дефиницију из међународног јавног (хуманитарног) права.

23 Извештај о фрагментацији, стр. 84.

24 Ibid, стр. 99.

ЕУ заснива се на чињеници да процедуре и правила посебног режима *преовлађују* у односу на опште међународно право, што је нарочито видљиво у контексту принципа реципроцитета, *противмера* као и одговорности држава у случају кршења међународне обавезе: „*Правни поредак Заједнице је заиста самосвојни правни режим без употребе механизма одговорности државе, барем како се традиционално схвата, а самим тим и узајамности и противмера, чак и у случају стварног или потенцијалног неуспеха. Без ових својстава, тако усредсређених на класични међународни правни поредак, Заједница заиста постаје нешто ‘ново’*“ (Weiler, 1999: 29).

У пракси Суда правде се одбијала примена ових принципа, оправдавајући то ставом да оснивачки уговори ЕУ пружају одговарајуће правне лекове у ситуацијама у којима државе чланице нису испуниле обавезе предвиђене оснивачким уговорима. Управо је основни концепт оснивачких уговора био успостављање *посебног* правног поретка који подразумева да државе чланице неће узимати право у своје руке,²⁵ без обзира на евентуално постојање реципроцитета, што представља један од базичних изузетака од овог круцијалног принципа међународног јавног права. Дати став потврђен је и каснијом праксом када је Суд правде истакао да: „*Држава чланица ни под којим околностима не може једнострано усвојити, на свој ауторитет, корективне мере или мере заштите трговине намењене спречавању било ког неуспеха друге државе чланице да се придржава правила утврђених Уговором*“.²⁶ Суда правде је још истакао да се „*државе чланице ни под којим условима не могу ослањати на сличне повреде других држава чланица како би избегле своје обавезе према одредбама споразума*“,²⁷ као и да „*Уговор није ограничен на стварање реципрочних обавеза између различитих физичких и правних лица на која се он односи, већ успоставља нови правни поредак који регулише овлашћења, права и обавезе наведених лица, као и неопходне процедуре за препознавање и кажњавање било каквог кршења правила... Стога, чињеница да Савет није извршио своје обавезе не може ослободити тужене од извршавања њихових*“.²⁸ Непоштовање принципа реципроцитета као једно од темељних начела међународног јавног права потврђено је и у случају *Blanguiernon*, када је речено да се „*држава чланица не може ослонити*

25 Joined cases C-90-91/63, Commission v Luxembourg and Belgium, 1964, ECR 625, ECLI:EU:C:1964:80.

26 C-232/78, Commission of the European Communities v French Republic, (Mutton and lamb), 1979, ECR 2729, ECLI:EU:C:1979:215, para. 9.

27 Joined cases C-142-143/80, Amministrazione delle Finanze dello Stato v Essevi Spa and Carlo Salengo, 1981, ECR 1413, ECLI:EU:C:1981:12.

28 Joined cases C-90-91/63, Commission of the European Economic Community v Grand Duchy of Luxembourg and Kingdom of Belgium, 1964, ECR 625, ECLI:EU:C:1964:80.

на чињеницу да и друге државе чланице нису извршиле своје обавезе како би оправдале сопствено неиспуњавање обавеза из Уговора... У правном поретку утврђеном Уговором, примена права Заједнице од стране држава чланица не може бити подложна услову реципроцитета.”²⁹

Поводом хипотезе коју су развили Сима и Пулковски у вези са крајњим прибегавањем општем међународном праву и класичном принципу одговорности државе у случају правних празнина у праву ЕУ, треба дати *контрааргумент*. Као што је већ истакнуто, правни поредак ЕУ одликује се *великим степеном ефикасности* која се остварује не само правним, већ често и политичким средствима и притисцима. Чињеница је да се увидела манљивост решења принудне примене права, те су потребне измене извршене Лисабонским уговором. Наиме, њиме су развијени различити механизми и алтернативни методи за решавање спорова³⁰ који укључују образложено мишљење Комисије, које би дотичне државе чланице требало да поштују. У супротном, Суду правде се подноси тужба због наводне повреде обавеза из оснивачког уговора или још више због непоштовања одлука Суда, што ће у овом случају довести до плаћања новчане казне или паушала, како предвиђа чл. 260 УЕУ.³¹ Дакле, *препозната је слабост* правног режима на пољу остваривања ефикасности која настаје услед *немогућности принудног извршења* над државама чланицама у крајњем кораку, односно принудној примени одлука Суда правде као и у константном кршењу спровођења директива, те је у Лисабонском уговору овај механизам значајно побољшан.

Увиђа се да је тиме право ЕУ на адекватан начин одговорило на препознате манљивости које су у догледно време и уз једногласност *очева оснивача* уграђене у оснивачки уговор. Ако бисмо хтели бити сликовити, можемо рећи да је правом ЕУ створена вештачка интелигенција која је у стању да сама учи и напредује. Дакле, чак и ако је било аргумената у прилог несавршености и незаокружености права ЕУ као самосталног правног режима, на датом примеру се види како се еволуцијски то стање побољшава. Све и када бисмо прихватили строжи стандард постојања самосталног

29 C-38/89, *Ministère public v Guy Blanguernon*, 1990, ECR I-83, ECLI:EU:C:1989:367.

30 Чл. 5.2 (g) УЕУ.

31 О свим детаљима процедуре као и историјском развоју исте, видети: Raičević, N., Đorđević Aleksovski, S., *The control of compliance with the judgements of the EU Court of Justice, Legal, social and political control in national, international and EU law: collection of papers*, Niš, Faculty of Law, 2016, pp. 273-292; Radivojević, Z., Raičević, N., *Financial Sanctions Against Member States For Infringement of EU Law, EU and comparative law issues and challenges series: Procedural Aspects of EU Law, Vol 1*, 2017, Osijek, pp. 171-191.

режима, уколико право ЕУ то по некима још увек није постигло, свакако се креће у добром смеру.

4. Закључне напомене

Након што су размотрени изнети аргументи *pro et contra*, закључује се да се правни поредак ЕУ данас налази на таквом развојном и квалитативном стадијуму да би га требало *признати* за самосталан правни режим настао унутар оквира међународног јавног права. Међутим, то је могуће учинити само уколико би био схваћен у свом *ублаженијем* облику као његов *подсистем*, који поседује посебну логику и у великој мери има заокружена правна правила (иако не у потпуности исцрпна и комплетна).

У том смислу, правни поредак ЕУ на садашњем степену развоја представља *par excellence* пример самосталног правног режима будући да представља *јак облик lex specialis*, са јасно дефинисаном унутрашњом структуром, поделом надлежности, судском контролом и свеопштом ефикасношћу читавог система. Свакако, треба разумети да се такав ниво ефикасности остварује не само правним, већ и политичким средствима контроле и притисака, што је концепт близак и самом међународном јавном праву.

Са једне стране, правни поредак ЕУ неспорно остварује везе са општим међународним правом не само у погледу *порекала* овог правног поретка, већ и у *примени извесних правила* општег међународног права унутар самосталног режима ЕУ. Дакле, право ЕУ представља самостални правни режим који и даље неспорно има инхерентне везе са општим међународним правом, а сама ЕУ изражава тежњу да се њено постојање, признање и деловање базирају на међународном праву, што је и експлицитно наведено у оснивачком уговору.³² Карактеристици заокружености доприноси и заблуда да се све правне празнине попуњавају правилима општих правних начела права ЕУ, као секундарних правила режима, а заправо је често реч само о „европеизованим“ међународноправним нормама. Усвајајући општа правна начела међународног права као сопствена, право ЕУ суштински скрива њихово међународноправно порекло.

Међутим, са друге стране, развитак аутономних појмова унутар права ЕУ доприноси његовој истинској заокружености као самосталног правног поретка, чинећи да се истовремено тиме донекле удаљава од општег режима који важи у међународном јавном праву. Не поричући чињеницу да се право ЕУ развило из међународног јавног права, да је представљало *nasciturus* унутар њега, да је засновано на међународном

32 Чл. 3 (5), 21 УЕУ.

уговору, а да сама ЕУ представља међународну организацију, истовремено се мора прихватити и чињеница његовог вишедеценијског еволутивног развоја, те да постепено остварује све већи степен аутономије од општег међународног јавног права, која се потврђује и поткрепљује судском праксом и ставовима из доктрине. Поред тога, у прилог самосталности правног поректа ЕУ говори и специфичан начин попуњавања правних празнина решењима из самог права ЕУ, а не применом логике *fall-back* система. Све то упућује на изузетност и јединственост правног поретка ЕУ, као и његове заокружености.

Дакле, чак и ако је било аргумената у прилог несавршености и незаокружености права ЕУ као самосталног правног режима, његова динамичност у развоју нас наводи на закључак да се правни поредак ЕУ данас налази на таквом развојном и квалитативном стадијуму да би га требало *признати* за самосталан правни режим.

Литература/References

Auzolai, L., The Acquis of the European Union and International Organisations, *European Law Journal*, 2005, 11(2), pp. 196–231.

Besson, S., How international is the European legal order? Retracing Tuori's steps in the exploration of European legal pluralism. *No Foundations: Journal of Extreme Legal Positivism*, Number 5, 2008, pp. 50–70.

Ћапета, Т., Родин, С., (2011). *Основе права Европске уније на основу Лисабонског уговора*, Народне новине д. д., Загреб.

Conway, G., Breaches of EC Law and the International Responsibility of Member States, *European Journal of International Law*, 13, 2002, pp. 679–695.

Craig, P., De Burca, G. (Eds.), (2011). *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford.

Craig, P., De Burca, G., (2008). *EU Law, Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, Oxford.

De Witte, B., European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?, *Zeitschrift für öffentliches Recht* 65, 2010, pp. 141–155.

De Witte, B., Rules of Change in International Law: How Special is the European Community?, *Netherlands Yearbook of International Law*, 15, 1994, pp. 299–333.

Dekker, I. F., Wessel, R. A., Governance by International Organizations: Rethinking the Normative Force of International Decisions, Dekker, I. F., Werner, W. G. (Eds.), (2004). *Governance and international legal theory*, Nijhoff.

Delcourt, C., *The Acquis Communautaire: Has the Concept Had Its Day?*, *Common Market Law Review*, 38, 2001, pp. 829–870.

Dupu, P.-M., (2006). *Fragmentation du droit international, (ou des perceptions qu'on en a?)*, EUI Working Papers, no.14.

Ђорђевић Алексовски, С. (2020). Тумачења међународних уговора Европске уније применом правила из Бечке конвенције о уговорном праву од стране Суда правде ЕУ, Усклађивање права Србије са правом ЕУ - зборник радова, књ. 7, Ниш, Правни факултет, стр. 203-221;

Eeckhout, P., (2011). *EU External Relations Law*, Oxford University Press, Oxford;

Gialdino, C., *Some reflections on the acquis communautaire*, *Common Market Law Review*, 32, 1995, pp. 1089-1121;

Hafner, G., *Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law*, *Michigan Journal of International Law*, 25 (4), 2004, pp. 849–863.

Hartley, T., *International Law and the Law of the European Union – A Reassessment*, *British Yearbook of International Law*, 72, 2001, pp. 1–35.

Kennedy, D., *The Disciplines of International Law and Policy*, *Leiden Journal of International Law*, 12 (1), 1999, pp. 9–133.

Klabbers, J., *Presumptive Personality: The European Union in International Law*, Koskenniemi, M. (Ed.), *International Law Aspects of the European Union*, The Hague, Nijhoff, 1997, pp. 231–254.

Klabbers, J., (2009). *Treaty Conflict and the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge.

Koskenniemi, M., Leino, P., *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*, *Leiden Journal of International Law*, 15 (3), 2002, pp. 553–579.

Koutrakos, P., *The anatomy of autonomy: themes and perspectives on an elusive principle*. ECB Legal conference 2019, pp. 90–103.

Lavrano, N., *Protecting European Law from International Law*, *European Foreign Affairs Review*, 15 (1), 2010, pp. 265–282.

Leathley, C., *An Institutional Hierarchy to Combat the Fragmentation Of International Law: Has the ILC Missed an Opportunity?*, *New York University Journal of International Law and Politics*, 40 (1), 2007, pp. 259–306.

Лукић, М., Да ли је европско право аутономно, самосвојно, унутар или изван међународног – шта крију кључне пресуде Европског суда правде?, Зборник међународне научне конференције „Хармонизација домаћег законодавства

са правом ЕУ“, Институт за међународну политику и привреду, Београд, 2011, стр. 145–154.

Malenovsky, J., *L'enjeu délicat de l'éventuelle adhésion de l'Union européenne a la Convention européenne des droits de l'homme: de graves différences dans l'application du droit international, notamment général, par les juridictions de Luxembourg et Strasbourg*, *Revue Générale de droit International Public*, 4, 2009, pp. 753–783.

Nollkaemper, A., (2009). *Rethinking the Supremacy of International Law*, Amsterdam Center for International Law Working Paper.

Nolte, G., Aust, H. P., *European Exceptionalism, Global Constitutionalism*, 2 (3), 2013, pp. 407–436.

P. Eeckhout, A. Biondi, S. Ripley (Eds.), (2012). *EU Law After Lisbon*, Oxford University Press, Oxford.

Pellet, A., *Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire*, *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol V, Book 2, 1997, pp. 193–271.

Pescatore, P., *L'apport du droit communautaire au droit international public*, *Cahier de droit européen*, 5/1970, pp. 501–525.

Radiojević, Z., Raičević, N., *Financial Sanctions Against Member States For Infringement of EU Law, EU and comparative law issues and challenges series: Procedural Aspects of EU Law*, Vol 1, 2017, Osijek, pp. 171–191.

Ракић, Б., *Фрагментација међународног права и европско право – на Западу нешто ново*, *Анали Правног факултета у Београду*, 57(1), 2009, стр. 122–147.

Raičević, N., Ђорђевић Алексовски, S., *The control of compliance with the judgements of the EU Court of Justice, Legal, social and political control in national, international and EU law: collection of papers*, Niš, Faculty of Law, 2016, pp. 273–292.

Rasmussen, M., *Revolutionizing European Law: A History of the Van Gend en Loos Judgment*, *International Journal of Constitutional Law*, 12 (1), 2014, pp. 136–163.

Schilling, T., *The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations*, *Harvard International Law Journal*, 37, 1996, pp. 389–410.

Schutze, R., (2007). *On 'Middle Ground'. The European Community and Public International Law*, *EUI Working Papers, Law*, no 13.

Simma, B., *Fragmentation in a Positive Light*, *Michigan Journal of International Law*, 2004, 25 (4), pp. 845–847.

Simma, B., Pulkowski, D., Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law, *European Journal of International Law*, 17 (3), 2006, pp. 483–529.

Tsagourias, N., Conceptualizing the Autonomy of the European Union, Collins, R., White, N. D. (Eds.), (2011). *International Organizations and the Idea of Autonomy: Institutional Independence in the International Legal Order*, London, New York, Routledge.

Van Rossem, J. W. C., The Autonomy of EU Law: More is Less?, Wessel, R. A., Blockmans, S. (Eds.), (2013). *Between Autonomy and Dependence: The EU Legal Order under the Influence of International Organisations*, The Hague: T.M.C. Asser Press, Springer.

Weatherill, S., Safeguarding the Acquis Communautaire, Heukels, T., Blokker, N., Brus, M. (Eds.), (1998). *The European Union after Amsterdam*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston.

Weiler, J. H. H., (1999). *The Constitution of Europe: “Do the New Clothes Have an Emperor?” and Other Essays on European Integration*, Cambridge University Press, Cambridge.

Wyatt, D., New Legal Order, or Old?, *European Law Review*, 7, 1982, pp. 147–166.

Ziegler, K. S., International Law and EU Law: Between Asymmetric Constitutionalisation and Fragmentation, Orakhelashvili, A. (Ed.), (2011). *Research Handbook on the Theory of International Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham.

Судска пракса и документи

Arangio-Ruiz, G., Summary Records of the Meetings of the Forty-fourth Session, ILC Yearbook Vol. I, 1992;

C-203/07 P, Greece v Commission, 2008, ECR I-8161, ECLI:EU:C:2008:606;

C-203/07 P, Greece v Commission, Opinion of AG Mazák, 2008, ECR I-08161, ECLI:EU:C:2008:270;

C-232/78, Commission of the European Communities v French Republic, (Mutton and lamb), 1979, ECR 2729, ECLI:EU:C:1979:215;

C-26/62, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration, 1963, ECR 1, ECLI:EU:C:1963:1;

C-285/12, Aboubacar Diakité v Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides, EU:C:2014:39;

C-38/89, *Ministère public v Guy Blanguernon*, 1990, ECR I-83, ECLI:EU:C:1989:367;

C-459/03, *Commission v Ireland (Mox Plant)*, 2006, ECR I-4635, ECLI:EU:C:2006:345;

C-6/64, *Costa v ENEL*, 1964, ECR 585, ECLI:EU:C:1964:66;

Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted, OJ L 304/12;

Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 13 Apr. 2006;

Guillaume, G., Address to the Plenary Session of the General Assembly of the UN, 2000;

Joined cases C-142-143/80, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Essevi Spa and Carlo Salengo*, 1981, ECR 1413, ECLI:EU:C:1981:12;

Joined cases C-402, 415/05 P, *Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission*, (Kadi I), 2008, ECR I-6351, ECLI:EU:C:2008:461;

Joined cases C-402, 415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities*, Opinion of AG Maduro, 2008, ECR I-6351, ECLI:EU:C:2008:11;

Joined cases C-6, 9/90, *Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v Italian Republic*, 1991, ECR, I-5357, ECLI:EU:C:1991:428;

Joined cases C-90-91/63, *Commission of the European Economic Community v Grand Duchy of Luxembourg and Kingdom of Belgium*, 1964, ECR 625, ECLI:EU:C:1964:80;

Opinion 1/17, *Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part (CETA)*, EU:C:2019:341;

Opinion 1/91, *Draft Agreement Relating to the Creation of the European Economic Area*, 1991, ECR I-6079, ECLI:EU:C:1991:490;

Opinion 2/13, *Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, ECLI:EU:C:2014:2454;

Schwebel, S. M., Address to the Plenary Session of the General Assembly of the UN, 1999;

T-115/94, Opel Austria GmbH v Council of the European Union, 1998, ECR II-02739, ECLI:EU:T:1998:166.

Sanja Đorđević Aleksovski, LL.D.,

*Faculty of Law,
University of Niš*

CONTRIBUTION TO THE DISCUSSION ON THE EU LEGAL ORDER AS A SELF-CONTAINED LEGAL REGIME

Summary

As the process of fragmentation of international public law has enabled the formation of numerous legal regimes, the question of the qualification of the legal order of the European Union (EU) arises. For a long time, it was not perceived as a self-contained regime. The classification contained in the International Law Commission's Report "Fragmentation of International Law: Difficulties arising from Diversification and Dissemination of International Law" indirectly contributed to such qualification. This Report classifies the EU legal order within the section on regionalization, thus relativizing it by reducing it to the cooperation of states determined only by geographical criteria. Although indisputable, the geographical criterion is of secondary value to a number of other arguments that take into account its qualitative dimension. Thus, the paper raises the key question of whether the EU legal order has reached such a level of development and quality that it can be considered a self-contained legal regime. Searching for answers to the research question, the paper analyzes arguments pro et contra.

Arguments against the notion of the EU legal order as a self-contained legal regime relate to the omnipresence of general international public law, which necessarily implies the connection of the specialized EU law with general international law. In addition, the arguments on the origin, subjects and the manner of creating EU law are emphasized because they are inseparable from international law, for which reason it is denied the characteristic of independence. The emphasis on these arguments supports the thesis that EU law is and remains only a subsystem of international law, which would be especially visible in case of inadequate regulation of state responsibility in EU law. In such situations, it would be necessary to resort to the provisions of international public law (so-called fall-back).

In contrast, arguments in favor of the independence of the EU legal order are analyzed and emphasized. Without denying the fact that the EU legal order evolved from international public law, that it represented a nasciturus within it, that it was based on an international treaty, and that the EU itself represents an international organization, we must also accept the facts pertaining to its decades-long evolutionary development and a constantly increasing degree of autonomy from general international public law, which has been confirmed and supported by case law and attitudes from the legal doctrine. In addition, the specific way of filling legal gaps with solutions from EU law itself, rather than by applying the logic of the fall-back system, speaks in favor of the autonomy of the EU legal order. All of this points to the exceptional and unique nature of the EU legal order, and its comprehensive framework.

Therefore, even if there were arguments in favor of imperfection and incompleteness of the EU legal order, its dynamic development leads us to the conclusion that nowadays it is at such a developmental and qualitative stage that it should be recognized as a self-contained legal regime.

Keywords: fragmentation, EU legal order, self-contained legal regime, autonomy

Мр Радмила Драгишић,*
Докторанд на Правном факултету
Универзитета у Бањој Луци,
Заменик директора Републичког секретаријата
за законодавство у Влади Републике Српске,
Република Српска, Босна и Херцеговина

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpf1-37590

UDK: 341.9(4-672EU)
Раd примљен: 26.04.2022.
Раd прихваћен: 31.05.2022.

**КОНЦЕПТ РЕДОВНОГ БОРАВИШТА КРОЗ ОДАБРАНЕ
ИЗВОРЕ МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА И
ЈУРИСПРУДЕНЦИЈУ СУДА ПРАВДЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ
– Функционални приступ насупрот стриктног текстуализма –**

Апстракт: У овом раду кроз анализу садржаја и компаративну анализу разматрамо концепт редовног боравишта који представља важну повезницу савременог међународног приватног права Европске уније. Концепт редовног боравишта разматрамо кроз одабране изворе међународног приватног права и јуриспруденцију Суда правде Европске уније. Неизоставно се осврћемо и на уредбе Рим I и Рим II, које производе садржинско одређење редовног боравишта правних и физичких лица (која обављају привредну дјелатност) и које, за разлику од извора права у области личног статута, нису оставиле концепт редовног боравишта садржински неодређеним. Указујемо на значај уводних изјава из корпуса *acquis* који, као дијелови преамбуле извора права европске организације, представљају базичне одреднице за Суд правде када националним судовима даје смјернице о критеријумима на основу којих утврђују шта се има сматрати редовним боравиштем у различитим ситуацијама. Указујемо и на ставове које је Суд правде утврдио у својим пресудама у предметима C-80/19 и C-289/20, поводом постављеног претходног питања о могућности располагања вишеструким редовним боравиштима, као и на став заузет у пресуди од 27. априла 2016. године у предмету C-528/14 поводом питања може ли физичко лице истовремено располагати редовним боравиштем и у држави чланици Уније и у трећој земљи. У коначници доносимо кључна разматрања.

Кључне ријечи: Европска унија, редовно боравиште, *acquis*, јуриспруденција, Суд правде Европске уније, национални судови, аутономно садржинско одређење.

* strbacr73@gmail.com

1. Увод

Редовно боравиште¹ је концепт који је настао у упоредном праву да би отклонио проблеме који се у пракси јављају у утврђивању пребивалишта, који има различит садржај у правима различитих држава. За разлику од пребивалишта, редовно боравиште је фактички, а не правни концепт, што му омогућава нужну флексибилност, на којој је инсистирала и Хашка конференција, јер сваки судија на основу чињеница утврђује шта ће се сматрати редовним боравиштем лица у конкретном случају, што судови у другим државама прихватају без преиспитивања (Костић-Мандић, 2010: 341–357).

Професор Воуџек, наводи да је редовно боравиште важна и често примјенљивана повезница савременог европског међународног приватног права, било да је ријеч о одредбама међународног приватног права у ужем смислу, било међународног грађанског процесног права. Он упозорава да се редовно боравиште начелно разликује од држављанства, пребивалишта и појма *domicile* у *common law* правном систему. Потоња три правна појма одређују се по праву државе чланице Уније, док се појам редовног боравишта у Међународном приватном праву европске организације треба подвести под структурне елементе посебно одређене рецентним пресудама Суда правде (Воуџек, 2015: 888 и 899).

У наставку образлажемо о положају концепта редовног боравишта у прописима Међународног приватног и процесног права Европске уније и јуриспруденцији Суда правде Европске уније.

2. Основе концепта редовног боравишта у одабраним прописима Међународног приватног и процесног права Европске уније

Када је ријеч о положају концепта редовног боравишта у прописима Међународног приватног и процесног права Европске уније ситуација је прилично сложена. У домену породичног права, на најпроминентнију примјену редовног боравишта наилазимо у рјешењима Уредбе Брисел II бис *recast* [OJ L 178], која је замијенила Уредбу (ЕЦ) 2201/2003 [OJ L 338]. Према Уредби Брисел II бис *recast*, концепт редовног боравишта примјењује се на двије материјалне области из те Уредбе (утврђивање надлежности у случајевима развода, законске раставе и поништаја брака и у случајевима родитељске одговорности).

1 Њем. *gewöhnlicher Aufenthalt*, енгл. *habitual residence*, франц. *résidence habituelle*, итал. *residenza abituale*.

Услијед пропуштања да се у релевантном дијелу ревидира Уредба 2201/2003, како би се посредством ње унифицирало и колизионо право држава чланица у области развода брака и законске раставе, уз снажну подршку Комисије, која се залагала за европеизацију² норми међународног приватног права, уз употребу института унапријеђене сарадње као облика диференциране интеграције, усвојена је Уредба (ЕУ) 1259/2010 [OJ L 343].

У стварима брачноимовинских режима, на нивоу Уније, уз помоћ истог института, усвојена је Уредба Савјета 2016/1103 [OJ L 183], а због обиљежја која раздвајају регистрована партнерства и брак, као и због различитих правних посљедица које произлазе из наведених форми, европска организација је, такође уз употребу унапријеђене сарадње, усвојила Уредбу 2016/1104 [OJ L 183]. Одредбе уредби 2016/1103 и 2016/1104 (José Cazorla González, 2021: 94–96), као и одредбе о издржавању из Уредбе Савјета 4/2009 [OJ L 7, чл. 3 (a) (b) (c) (d)], упућују на Уредбу 2201/2003 или експлицитно одређују надлежност на основу редовног боравишта.

Уредба 4/2009 о надлежности, мјеродавном праву, признавању и извршењу судских одлука те сарадњи у стварима које се односе на обавезу издржавања, између осталог, препознаје интересе повјериоца издржавања, утврђујући у члану 3 релевантне форуме – два која се везују уз редовно боравиште и два која представљају атракцијски критеријум (Агас Крамар, 2020: 39–67). Када је ријеч о мјеродавном праву за обавезе издржавања, оно се одређује у складу са Хашким протоколом из 2007. године који у члану 3 прихвата повезницу редовног боравишта.³ Садржинско одређење концепта редовног боравишта, *comme d habitude*, није могуће пронаћи ни у једном од наведених извора права Уније. Међутим, показује се да уводне изјаве, као дијелови преамбуле правних извора, представљају основне одреднице за Суд правде када националним тијелима даје смјернице на основу којих треба да утврде шта се има сматрати редовним боравиштем у различитим ситуацијама⁴ и оне треба да кореспондирају нормативном

2 Након ступања Уговора из Лисабона на снагу, употреба израза „европеизација“ потпуно је оправдана. У периоду од Мастрихта до Нице било је нужно правити разлику између овог и нешто ужег термина „комунитаризација“, који се односио искључиво на правни поредак Европске заједнице. То значи да је термин „европеизација“ у том периоду, по својој садржини, одговарао термину „комунитаризација“, те га уједно и превазилазио зависно од његове регулације у једном од три метафорична „стуба“ на којима се Унија оснивала.

3 <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=131> (19. 1. 2022).

4 Видјети уводне изјаве 12 и 17 у Уредби 2201/2003 и чл. 2(10), 9, 10, 12(4), 15(3), 23(f), 29(2), 42(2), 57(1), 61 (a и b) и 66 (a).

дијелу извора права, што није увијек случај.⁵ За разлику од прописа Уније, национални прописи држава чланица, углавном, циљеве прописа садрже у свом нормативном дијелу, а не у преамбули (Драгишић, 2021). Додатно треба да се укаже да нису ријетки случајеви у којима извори *acquis* не дефинишу одређене изразе, иако се њима служе, те у којима ти извори не упућују изричито на националне правне системе како би се утврдило њихово значење. О таквим ситуацијама се Суд правде одређивао више пута⁶, утврђујући да се, у сврху утврђивања досега правне норме у којој се тај израз користи, треба истовремено водити рачуна о њеном контексту и њеним циљевима.

Када је ријеч о материји насљеђивања, поједини аутори сматрају да је Уредба 650/2012 једно од значајнијих постигнућа у унификацији међународног приватног права у Европској унији од Уговора из Амстердама до данас јер је свеобухватна будући да уређује међународну надлежност, колизиона правила, признање и извршење судских одлука, јавних исправа и судских поравнања те уводи Европску потврду о насљеђивању (Zgrabljic Rotar & Ношко, 2021: 213–214). У Уредби 650/2012 ЕУ законодавац усваја редовно боравиште као општу повезницу и превладавајући концепт и за утврђивање међународне судске надлежности и мјеродавног права (наследни статут)⁷, међутим садржински га не одређује, што поједини аутори сматрају добром одлуком када је ријеч о области насљеђивања јер је тешко замислити да се тај концепт може изразити апстрактним критеријумима (Van Calster, 2016: 336). Циљеви наведени у уводним изјавама Уредбе требало би да доприносе одређивању редовног боравишта.⁸ Законодавац, такође, у Уредби не даје садржинско одређење и неких других израза, као што је на примјер „наслеђивање које има прекограничне импликације“, а што додатно оснажује флексибилан приступ при оцјени критеријума да ли насљеђивање има те импликације (Atallah, 2015: 130–146).

Концепт редовног боравишта је заступљен и у Уредби 848/2015 о поступку у случају несолвентности [OJ L 141], при чему он служи као индиректни

5 C-308/97 *Giuseppe Manfredi v Regione Puglia*, ECR 1998/11/I-7685, пара. 29.

6 Видјети: C-327/82 *Ekro* [1984] ECR 107, пара. 11; C287/98 *Linster* [2000] ECR I6917, пара. 43; C-321/02 *Harbs* [2004] ECR I-7101, пара. 28; C-170/03 *Feron*, EU:C:2005:176, пара. 26; C-195/06 *Österreichischer Rundfunk* [2007] ECR I-0000, пара. 24; C-98/07 *Nordania Finans and BG Factoring* [2008] ECR I-1281, пара. 17; C523/07 A, ECLI:EU:C:2009:225, пара. 34; C-487/11 *Treimanis* EU:C:2012:556, пара. 22; C-528/14. пара. 22, ECLI:EU:C:2016:304.

7 Видјети уводне изјаве 23, 24, 25, 32, 33 и 51 и чл. 4, 6, 10, 13, 21, 27, 28, 36 и 83.

8 Ријеч је о следећим циљевима: слобода кретања лица, могућност да се грађани унапријед организују у погледу свог насљеђивања у контексту Уније, заштити права наследника и легатара и лица блиских умрлог и др.

критеријум за одређивање средишта дужникових главних интереса, а то је мјесто гдје дужник обавља редовно пословање те које може бити проверено од трећих лица. Као пресумпција је утврђено у члану 3(1)(4) да је средиште главних интереса физичког лица мјесто његовог редовног боравишта. Међутим, критеријум који у овом правном инструменту карактерише редовно боравиште разликује се од оних који су типични за изворе породичног права. Наиме, овдје је економски фактор од кључне важности при одређивању средишњих интереса несолвентног дужника (Noneva-Zlatkova, 2020: 205–208).

Када је ријеч о Уредби 861/2007 [OJ L 199], чији је циљ увођење поједностављеног грађанског поступка за спорове мале вриједности, у њеном члану 3(1) је одређено да се прекограничним случајем сматра случај у којем најмање једна од странака има домицил или редовно боравиште у држави чланици која није држава чланица у којој се налази суд (Mesquita & Sebola, 2022: 1–17). Даље се наводи (члан 3(2)) да се домицил утврђује у складу са чл. 59 и 60 Уредбе 44/2001 [OJ L 12]. И у Уредби 896/2006 [OJ L 399] се садржи упућујућа одредба према чл. 59 и 60. Наиме, Уредба 44/2001 се оснива на концепту домицила, при чему у њеним одредбама није начињена дистинкција између појмова „домицил“ и „редовно боравиште“. Штавише, појам редовно боравиште се користи као „одредба у резерви“ а судска пракса се није бавила питањем разграничења између наведених појмова.⁹

Додатни концепт редовног боравишта налазимо у правилима о сукобу закона у уредбама Рим I о праву које се примјењује на уговорне обавезе [OJ L 177] и Рим II о праву које се примјењује на вануговорне обавезе [OJ L 199]. У Уредби Рим I редовно боравиште фигурира као супсидијарни везујући фактор за одређивање мјеродавног права када се странке о истом нису споразумјеле (члан 4). Када је ријеч о Уредби Рим II, улога редовног боравишта је више лимитирана¹⁰ јер се као критеријум за одређивање мјеродавног права користи у неким специфичним дијеловима тог правног акта. Међутим, уредбе Рим I и Рим II производе садржинско одређење редовног боравишта правних и физичких лица. Тако је чланом 19 Уредбе

⁹ Видјети уводне напомене из Мишљења општег правобраниоца Трстењака у предмету C-585/08.

¹⁰ Тако се у члану 5 ове уредбе одређује мјеродавно право које се примјењује на вануговорну обавезу насталу због штете коју је проузроковао производ. Такође, у члану 4(2) је прописано да, ако лице којем је утврђена одговорност и лице које је претрпјело штету имају редовно боравиште у истој држави, примјењују се прописи те државе. Ово је изузетак од опште одредбе из члана 4(1) према којој је право које се примјењује на вануговорну обавезу из протуправног поступања право оне државе у којој штета настане, без обзира на то у којој држави је настао догађај који је проузроковао штету те без обзира на државу или државе у којима настану посредне посљедице тог догађаја.

Рим I прописано да се редовним боравиштем за привредна друштва и друга тијела која имају својство правног лица или су без тог својства, сматра мјесто средишње управе, док се редовним боравиштем физичког лица које дјелује у оквиру свог пословања сматра главно мјесто пословања. Када се уговор закључује у оквиру пословања пословнице, заступништва или било које друге пословне јединице, односно ако је на основу уговора испуњење обавеза те пословнице, заступништва или пословне јединице, у мјесту гдје се подружница, заступништво или било која друга пословна јединица налази, то се мјесто сматра мјестом редовног боравишта (Lando & Nielsen, 2008: 1–29). У Уредби Рим II редовно боравиште је садржински одређено у члану 23, гдје је прописано да је редовно боравиште привредних друштава и осталих правних лица мјесто њихове средишње управе, те да се, ако штетни догађај или штета настане из пословања пословнице, агенције или било које друге пословне јединице, редовним боравиштем сматра мјесто гдје се налази пословница, агенција или било која друга пословна јединица. Редовно боравиште физичког лица које обавља пословну дјелатност је његово главно мјесто пословања [JUST/2019/JCOO_FW_CIVI_0167]. Дакле, уредбе Рим I и Рим II, за разлику од извора права у области личног статута, нису оставиле концепт редовног боравишта садржински неодређеним, премда су пропустиле да садржински одреде концепт редовног боравишта потрошача који се користи у уредбама (Rühl, 2011: 570–601), па стога исти треба да, како поједини аутори наводе, буде конструисан аутономно (Jaroszek, 2015: 23).

3. Основе концепта редовног боравишта кроз одабране примјере из јуриспруденције Суда правде Европске уније

У јуриспруденцији Суда правде, као што смо напријед навели, наилазимо на случајеве у којима се, ради једнообразне примјене права Заједнице и провођења принципа једнакости, Суд одређивао на начин да је утврђивао да се, ако одредба права Заједнице не упућује изричито на право држава чланица, у сврху утврђивања њеног значења и обима, тој одредби даје аутономно и једнообразно тумачење у цијелој Заједници, водећи рачуна о контексту одредбе и циљу који претендује да се оствари. Тако је у јуриспруденцији Суда правде Европске уније, у одређеним областима, редовно боравиште оквалификовано као аутономни појам права европске организације, баш као што је то учињено и у уводним изјавама дијела извора породичног права које смо напријед помињали.¹¹ Према

¹¹ Постоје и други изрази за које се у уводним изјавама одређених уредби констатује да треба да се тумаче као аутономан појам. Такав је случај, на примјер, са изразом „обавеза издржавања“ из уводне изјаве 11 Уредбе 4/2009.

јуриспруденцији Суда правде тај појам не упућује на све појмове који се употребљавају за његово означавање у националним правним порецима и треба га тумачити с обзиром на контекст одредби у којима се спомиње. Сама околност да европски законодавац, у одређеним областима међународног приватног и процесног права Европске уније, није садржински одредио шта се подразумјева под редовним боравиштем (није користио стриктни текстуализам, већ се ослањао на функционални принцип) изискивала је да Суд правде кроз своју јуриспруденцију допринесе јаснијем разумијевању тог концепта. Међутим, ослањање Суда на уводне изјаве из преамбуле правних извора показује се дискутабилним када се има у виду његова устаљена судска пракса према којој преамбула, па тако и уводне изјаве као њен дио, немају правну снагу, што значи да актуелно не обавезују.¹²

Тако је у пресуди у предмету *Mercredi*, у параграфу 44 констатовано да треба да се има у виду да Уредба 2201/2003 не садржи дефиницију концепта „редовно боравиште“ те да из употребе придјева „редовно“ само слиједи да боравиште мора имати одређену постојаност или правилност. У истој пресуди, у параграфу 46 Суд правде је подсјетио да чланови Уредбе који се односе на редовно боравиште не упућују изричито на прописе држава чланица у сврху одређивања значења и обима тог појма и закључио да његово значење и обим морају бити одређени у свјетлу контекста одредаба Уредбе и циља којем она тежи, посебно циља наведеног у уводној изјави 12 у преамбули Уредбе који подразумјева дјеловање у најбољем интересу дјетета, посебно апосторфирајући критеријум близине.

И у ранијој јуриспруденцији се садрже констатације да се при одређивању обима одредбе права Заједнице морају узети у обзир њен текст, контекст и циљеви, те с тим у вези подсјећамо на предмете *Tenuta il Bosco*, *Maierhofer* и *Juske Finans*.¹³ Надаље, у параграфу 56 пресуде у предмету *Mercredi* садржи се одређење Суда према којем концепт редовно боравиште, за потребе чл. 8 и 10 Уредбе, треба тумачити у смислу да такво боравиште одговара мјесту које одражава одређени степен интеграције дјетета у друштвено и породично окружење. У том циљу, када је ријеч о дјетету

12 C-162/97 *Nilsson and Others* [1998] ECR I-7477, пара. 54; C-308/97 *Manfredi* [1998] ECR I-7685, пара. 30; C-136/04 *Deutsches Milch-Kontor* [2005] ECR I10095, пара. 32; C-134/08 *Hauptzollamt Bremen*, ECLI:EU:C:2009:229, пара. 16.

13 C-162/91 *Tenuta il Bosco* [1992] ECR I5279, paragraph 11 (случај се, између осталог, односио на проблем садржинског одређења израза „пољопривредник који се бави пољопривредом као главним занимањем“); C-315/00 *Maierhofer* [2003] ECR I-563, paragraph 27 (случај се, између осталог, односио на проблем садржинског одређења израза „давање у закуп непокретности“); C-280/04 *Juske Finans* [2005] ECR I-10683, paragraph 34 (случај се, између осталог, односио на проблем садржинског одређења израза „трговац који подлијеже обавези плаћања пореза“).

старом два мјесеца које је са својом мајком боравило само неколико дана у држави чланици (на острву *Réunion* у Француској) – осим у земљи њеног редовног боравишта – у коју је пресељено, фактори који се морају узети у обзир укључују, прво, трајање, редовност, услове и разлоге за боравак на територији те државе чланице и за пресељење мајке у ту државу чланицу и, друго, са посебним освртом на узраст дјетета, географско и породично поријекло мајке и породичне и друштвене везе које мајка и дијете имају са том државом чланицом. Суд се даље одређује на начин што констатује да је на националном суду да утврди редовно боравиште дјетета, узимајући у обзир све чињеничне околности специфичне за сваки појединачни случај.¹⁴ На недостатак садржинског одређења концепта „редовно боравиште“, као и на потребу да се његов смисао и обим утврди с обзиром на циљ из уводне изјаве 12 Уредбе, Суд је поново указао у предмету C376/14 PPU¹⁵, а у предмету C111/17 PPU¹⁶ је, између осталог, поново подсјетио на аутономност концепта „редовно боравиште“.

У пресуди C-512/17 Суд правде констатује да члан 8(1) Уредбе 2201/2003 треба тумачити на начин да редовно боравиште дјетета у смислу те уредбе одговара мјесту гдје се стварно налази средиште његових животних интереса, те да је на националном суду да утврди гдје се налази то средиште у тренутку подношења захтјева у вези с родитељском одговорношћу према дјетету на основу скупа усаглашених чињеничних елемената. Суд је утврдио да одлучујуће околности заједно чине: чињеница да је дијете од рођења до раставе својих родитеља редовно с њима живјело на одређеном мјесту; околност да родитељ који након раставе пара фактички брине о дјетету и даље с њим свакодневно борави на том мјесту и ондје обавља своју професионалну активност у оквиру радног односа на неодређено вријеме; чињеница да дијете у наведеном мјесту има редовне контакте са својим другим родитељем који и даље борави на том истом мјесту. Међутим, Суд истиче да се не могу сматрати одлучујућим боравци родитеља који фактички брине о дјетету које је у прошлости остварио с њим на подручју државе чланице свог поријекла у оквиру годишњих одмора или празника; поријекло дотичног родитеља, културолошке везе дјетета у погледу те државе чланице које из тог произлазе и његове везе с породицом која борави у наведеној држави чланици; евентуална намјера тог родитеља да се у будућности с дјететом настани у тој истој држави чланици.

14 C-497/10 PPU, *Barbara Mercredi v Richard Chaffe*, ECLI:EU:C:2010:829, p. 44, 46, и 56.

15 C376/14 PPU, ECLI:EU:C:2014:2268. p. 50.

16 C111/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:436, p. 40.

У домену наслѣдног права, у једној од новијих пресуда Суда правде, у предмету C-80/19 [ECLI:EU:C:2020:569], у тачки 37 истакнуто је да, иако ниједна одредба Уредбе 650/2012 не дефинише појам „редовно боравиште умрлог у тренутку његове смрти”, у њеним уводним изјавама 23 и 24 изнесене су корисне смјернице у том смислу, док општи правобранилац *Campos Sánchez Z-Bordone* у свом мишљењу истиче да би се дефинисањем редовног боравишта угрозила уједначеност примјене Уредбе јер би се тако отворио простор за различита мишљења тијела задужених за њену примјену.¹⁷ Према уводној изјави 23, тијело надлежно за наљеђивање мора одредити редовно боравиште умрлог те у ту сврху узети у обзир како чињеницу да редовно боравиште умрлог у тренутку смрти представља општи фактор повезаности, тако и све околности његовог живота током година које су претходиле његовој смрти и у тренутку његове смрти, узимајући у обзир све релевантне чињеничне околности, посебно трајање и редовност присутности умрлог у одређеној држави као и услове и разлоге те присутности. Тако утврђено редовно боравиште требало би упутити на блиску и стабилну везу између наслѣдства и одређене државе. Уводна изјава 24 указује на различите случајеве у којима може бити сложено одредити редовно боравиште. Ова пресуда је, између осталог, значајна јер је суд, након преиспитивања могућности да се редовно боравиште умрле особе налази у више држава (вишеструко редовно боравиште), ту могућност одбацио. Наиме, вишеструка редовна боравишта не могу истовремено постојати, али се могу сукцесивно смјењивати. Исти је случај и са пресудом у предмету C-289/20 од 25. новембра 2021. године гдје је Суд, одлучивао у претходном поступку поводом захтјева који је „инспирисан предметом *Hadadi*“ (Boiché, 2021: 1341). Наиме, Суд је у вези претходног питања, које је упутио *Cour d' appel de Paris* (Жалбени суд у Паризу), у контексту члана 3 (1) (а) Уредбе 2201/2003, цијенио да ли је могуће имати вишеструко редовно боравиште. Том приликом је утврдио да то није могуће, тј. да брачни супружник који води живот у двијема државама чланицама може своје редовно боравиште имати само у једној од тих држава чланица, тако да су судови државе чланице на чијем се државном подручју налази то редовно боравиште једини надлежни за одлучивање о захтјеву за раскид брачне везе.

Додатно, треба да се укаже да је у поступку пред Судом правде у предмету C-528/14 у вези са Уредбом 1186/2009 [OJ L 324] било постављено питање може ли физичко лице истовремено имати редовно боравиште и у држави чланици Уније и у трећој земљи. У том предмету је Суд донио пресуду 27.

17 Opinion of Advocate General Campos Sánchez Z-Bordone of 26 March 2020 in Case C-80/19, ECLI:EU:C:2020:230, paragraph 46.

априла 2016. године, у којој је, између осталог, утврдио да то није могуће. Конкретно, како налази Суд, у околностима попут оних у главном поступку, у којима заинтересирано лице има у трећој земљи личне и пословне везе, док у држави чланици има личне везе, како би се утврдило налази ли се редовно боравиште заинтересованог лица у трећој земљи, приликом провођења свеобухватне оцјене релевантних чињеничних елемената, посебну важност треба дати трајању боравка заинтересоване особе у трећој земљи.

4. Закључна разматрања

Извори Међународног приватног права Европске уније, примарно колизиони прописи ове европске организације и прописи из области њеног грађанског процесног права, нису садржински одредили концепт редовног боравишта. Према је ријеч о фактичком а не правном концепту, што му даје неопходну флексибилност, не може се пренебрегнути чињеница да непостојање садржинског одређења овог веома важног везујућег фактора у међународном приватном праву Уније, доводи до правних празнина, производи правну несигурност те захтјева мјере које ће надомјестити те недостатке. Наведене недостатке правних норми у прописима међународног приватног права надомјештава Суд правде, доприносећи, кроз униформно тумачење које даје услијед непостојања стриктног текстуализма у тим прописима, прецизирању концепта редовног боравишта. Суд то чини кроз подвођење концепта редовног боравишта у међународном приватном праву под структурне елементе посебно одређене, како професор Воуџек истиче, својим рецентним пресудама.

Наравно, нису ријетки случајеви у којима извори *acquis* не дефинишу одређене изразе и концепте, иако се њима служе. У одређеним случајевима они упућују изричито на националне правне системе како би се утврдило њихово значење, док у другим ситуацијама то не чине, те једино, као што смо навели, преостаје да се о таквим ситуацијама одреди Суд правде. У случајевима у којима се Суд правде одређује обично говоримо да је ријеч о изразу или концепту који би се требао тумачити као аутономан појам, дакле као појам који није националан, већ је европеизован и суштински се разликује од повезница као што су пребивалиште, *domicil*, држављанство. Таквих аутономних појмова у међународном приватном праву Уније има више. Дакле, није само редовно боравиште аутономан појам, већ је то, на примјер, и израз „обавеза издржавања“ из Уредбе 4/2009 (уводна изјава 11), као и други изрази.

Приликом анализе одабраних формалних извора међународног приватног права Европске уније, наилазимо на два веома интересантна момента, од којих се први односи на околност да се Суд правде при тумачењу релевантних извора, прије свега породичног права и насљедног права, без задршке позива на уводне изјаве тих извора и вјешто их пресликава у својим пресудама. Други моменат вежемо за устаљену праксу Суда правде којом је више пута констатовано да преамбула прописа Европске уније, па самим тим и уводне изјаве, немају правну снагу. Приписујући тезама из уводних изјава пресудан значај код одређивања аутономних појмова из извора међународног приватног права, Суд правде правно оснажује циљеве из тих теза и обавезује националне судове да у појединачним случајевима дјелују у складу са стриктним упутама тумача права Европске уније, а све како би се ти аутономни појмови протеком времена на униформни и конзистентан начин дефинисали на равни европске организације. Све наведено имплицира да још увијек, када је ријеч о међународном приватном праву Европске уније, нису „спласнуле“ тежње институција ове европске организације усмјерене на доношење Уредбе Рим 0.

Литература и извори

Aras Kramar, S. (2020). *Uredba Vijeća (EZ) br. 4/2009 o izdržavanju: o nadležnosti, mjerodavnog prava, priznanju i ovrsi odluka te suradnji u predmetima uzdržavanja*. *Analisi Pravnog fakulteta u Zenici*. 24(13), str. 39–67.

Atallah, M. (2015). *The Last Habitual Residence of the Deceased as the Principal Connecting Factor in the Context of the Succession Regulation (650/2012)*. *TalTech Journal of European Studies*. 5(2), pp. 130–146. Retrived from 12. March 2022. From doi.org/10.1515/bjes-2015-0017.

Boiché, A. (2021). *A Spouse Can Only Have One Habitual Residence for the Application of Article 3 Brussels II-bis, Insight*, *European Papers*. 6(3), pp. 1339–1343. Retrived from 12. March 2022. From doi: 10.15166/2499-8249/527.

Bouček, V. (). *Uobičajeno boravište u hrvatskom međunarodnom privatnom pravu*, *Zbornik PFZ*, 65(6) str. 885–914 UDK: 351.755.3:341.92(497.5).

Van Calster. (2016). *European Private International Law*, 2nd edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, p. 336.

Драгишић, Д. Номотехника кроз призму преузимања права Европске уније, ЈУ Народна и универзитетска библиотека Републике Српске, ISBN 978-99976-27-51-3, COBISS.RS-IC132527873, стр. 1–588, 2021, Бања Лука.

Zgrabljic Rotar, D. i Hoško, T. (2020). *Uobičajeno boravište ostavitelja prema Uredbi o nasljeđivanju*, UDK 351.755.3(4)EU, 347.65(4)EU, 341.95(4)EU, 339.923:061.1] (4)EU; ZPR 9 (3); str. 208–229.

Jaroszek, A. *European Online Marketplace – New Measures for Consumer Protection Against „Old Conflict of Law Rules“*, Masaryk University Journal of Law and Technology, 9(1), p. 23. Retrived from 11. February 2022. From DOI 10.5817/MUJLT2015-1-3.

Костић-Мандић, М. Утицај права Европске уније на ново међународно приватно право Црне Горе са посебним освртом на област мјеродавног права, *Strani pravni život*, Институт за упоредно право Београд, часопис: 3/2011, стр. 341–357.

Lando, O. & Nielsen P. A. (2008). *The Rome I Regulation*. Common Market Law Review, 45(6), Wolters Kluwer, pp. 1687–1725.

Mesquita, L. V., & Cebola, C. M. (2022). *European small claims procedure: an effective process? A proposal for an online platform*. AJEE, Access to Justice in Eastern Europe, 2(14), 1–17. Retrived from 21. April 2022. From doi: 10.33327/AJEE-18-5.2-a000206.

Noneva-Zlatkova, Y. (2020). *European Court of Justice Jurisprudence in the Field of Avoidance Actions with International Elements for Filling the Insolvency Estate*. International conference Knowledge-based organization, 26(2) pp. 205–210. Retrived from 12. March 2022. From doi.org/10.2478/kbo-2020-0077.

Rühl, Giesela (2011). *Consumer Protection in Choice of Law*, Cornell International Law Journal: Vol. 44: Iss. 3, Article 4. Retrived from 15. March 2022. From <http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol44/iss3/4>.

Cazorla González, M. J. (2021). *Acuerdos Sobre Las Relaciones Económicas De Las Parejas Transnacionales Y Sus Efectos Bajo La Aplicación De Los Reglamentos Gemelosa*. Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 15, ISSN: 2386–4567, pp. 94–96.

ЕУ прописи, конвенције и радни документи

Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *OJ L 12, 16. 1. 2001, p. 1–23*.

Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, O. J. L 338, 23. 12. 2003. p. 0001–0029.

Council Regulation (EC) No 1186/2009 of 16 November 2009 setting up a Community system of reliefs from customs duty, *OJ L 324*, 10. 12. 2009, p. 23–57.

Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, *OJ L 343*, 29. 12. 2010, p. 10–16.

Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, *OJ L 183*, 8. 7. 2016, p. 1–29.

Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships, *OJ L 183*, 8. 7. 2016, p. 30–56.

Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction. *OJ L 178*, 2. 7. 2019, pp. 1–115.

Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure, *OJ L 399*, 30. 12. 2006, p. 1–32.

Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure, *OJ L 199*, 31. 7. 2007, p. 1–22.

Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations, *OJ L 199*, 31. 7. 2007, p. 40–49.

Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations, *OJ L 177*, 4. 7. 2008, p. 6–16.

Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings, *OJ L 141*, 5. 6. 2015, p. 19–72.

Пракса Суда правде ЕУ

C-327/82 *Ekro* [1984] ECR 107, paragraph 11.

C-162/91 *Tenuta il Bosco* [1992] ECR I5279, paragraph 11.

- C-162/97 *Nilsson and Others* [1998] ECR I-7477, paragraph 54.
- C-308/97 *Giuseppe Manfredi v Regione Puglia*, ECR 1998/11/I-7685, paragraph 29.
- C287/98 *Linster* [2000] ECR I6917, paragraph 43.
- C-315/00 *Maierhofer* [2003] ECR I-563, paragraph 27.
- C-321/02 *Harbs* [2004] ECR I-7101, paragraph 28.
- C-170/03 *Feron*, EU:C:2005:176, t. 26.
- C-136/04 *Deutsches Milch-Kontor* [2005] ECR I10095, paragraph 32.
- C-280/04 *Jyske Finans* [2005] ECR I-10683, paragraph 34.
- C-195/06 *Österreichischer Rundfunk* [2007] ECR I-0000, paragraph 24.
- C-98/07 *Nordania Finans and BG Factoring* [2008] ECR I-1281, paragraph 17.
- C523/07 A, ECLI:EU:C:2009:225, paragraph 34.
- C-134/08 *Hauptzollamt Bremen*, ECLI:EU:C:2009:229, paragraph 16.
- C-168/08 *Hadadi* ECLI:EU:C:2009:474.
- C-487/11 *Treimanis* EU:C:2012:556, t. 22.
- C-528/14. t. 22, ECLI:EU:C:2016:304.
- C-80/19, Proceedings brought by E. E, ECLI:EU:C:2020:569.
- Opinion of AG *Campos Sánchez Z-Bordone* of 26 March 2020 in Case C-80/19, ECLI:EU:C:2020:230, paragraph 46.
- <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=131> (19. 1. 2022).

Radmila Dragišić, LL.M.,

*PhD Student, Faculty of Law, University of Banja Luka,
Deputy Director of the Republic Secretariat for Legislation
in the Government of Republika Srpska,
Republika Srpska, Bosnia and Herzegovina*

**THE CONCEPT OF HABITUAL RESIDENCE IN SELECTED SOURCES
OF EU PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND JURISPRUDENCE
OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION:
FUNCTIONAL APPROACH VERSUS STRICT TEXTUALISM**

Summary

*The concept of habitual residence is an important connecting factor in contemporary EU Private International Law (EU PIL). In this paper, the author examines this concept through content analysis and comparative analysis of selected sources of EU PIL and the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union (CJEU). The author inevitably refers to the Regulations Rome I and Rome II, which provide a conceptual definition of habitual residence of legal and natural persons (in the context of performing economic activities). Unlike the sources of law pertaining to personal status, these Regulations did not leave the concept of habitual residence indefinite. The author underscores the importance of recitals from the *acquis corpus*. Being part of the preamble of the sources of EU law, they serve as basic guidelines for the Court of Justice when providing guidance to national courts on criteria for determining what is to be considered a habitual residence in different situations. The author further points out to the positions taken by the Court of Justice in its judgments in cases C-80/19 and C-289/20, regarding the possibility of disposing of multiple habitual residences, as well as the position taken in the judgment of 27 April 2016 in case C-528/14 on the question of whether a natural person can simultaneously have a habitual residence in an EU Member State and in a third country. In the final remarks, the author presents key considerations on the functional approach to this concept in view of ensuring an autonomous, uniform and consistent definition.*

Keywords: *European Union, habitual residence, *acquis*, jurisprudence, Court of Justice EU, national courts, autonomous conceptual definition.*

Јована Миловић,*

Асистенткиња,

Правни факултет, Универзитет у Приштини са
привременим седиштем у Косовској Митровици

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

10.5937/zrpf1-37068

UDK: 347.961

347.65

Рад примљен: 20.03.2022.

Рад прихваћен: 25.04.2022.

СПРОВОЂЕЊЕ ПОСТУПКА ЗА РАСПРАВЉАЊЕ ЗАОСТАВИШТИНЕ ОД СТРАНЕ ЈАВНОГ БЕЛЕЖНИКА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Апстракт: Увођење јавнобележничке службе у српски правни систем унело је низ новина у наследноправним стварима, међу којима је најзначајнија могућност поверавања поступка за расправљање заоставштине јавним бележницима. Спровођење поступка за расправљање заоставштине од стране судова у српском правном систему представља традицију. Услед наведеног, није било лако прекинути је. Тако српски законодавац и даље предвиђа надлежност суда за расправљање заоставштине, уз могућност поверавања овог поступка јавном бележнику онда када за то не постоје сметње. Аутор у раду настоји да кроз изучавану праксу судова и јавних бележника утврди оправданост поверавања поступка јавним бележницима, уз истовремено испитивање могућности преношења надлежности за спровођење оставинског поступка у потпуности на јавне бележнике. По схватању аутора овако нешто је реално оствариво, будући да досадашња пракса јавних бележника у поступцима за расправљање заоставштине говори у прилог растерећења судова и смањења времена потребног за окончање ових ванпарничних поступака.

Кључне речи: јавни бележници, судови, поступак за расправљање заоставштине, растерећење судова, суђење у разумном року.

* jovana.milovic@pr.ac.rs

1. Увод

Идеал сваког правног система јесте пружање правичне и брзе правне заштите. Том идејом руководио се и српски законодавац када је, после неколико законодавних покушаја, донео Закон о јавном бележништву.¹ Увођење јавнобележничке службе донело је бројне новине у наследно-правним стварима, међу којима је најзначајнија могућност поверавања поступка за расправљање заоставштине јавним бележницима.

Могућност поверавања поступка за расправљање заоставштине јавним бележницима није новина у српском праву. Наиме, Краљевина Југославија је још 1930. године познавала институт јавног бележништва, када је и донет Закон о јавним бележницима (нотарима). Управо је поменути Законом била предвиђена надлежност јавних бележника „...да по налогу судова или других јавних власти проводе поступке који им се по закону могу поверити”.² Могућност спровођења оставинског поступка од стране јавног бележника била је предвиђена и Законом о судском ванпарничном поступку³ из 1934. године.

Закон о јавним бележницима Краљевине Југославије није дуго био на снази. Председништво АВНОЈ-а је 7. новембра 1944. године донело одлуку о укидању јавних бележника и преласку њихових послова на судове (Крешић, 2013: 363). Покушаји укидања установе јавних бележника постојали су и раније. На подручјима на којима до доношења Закона о јавним бележницима није постојала ова установа, било је распрострањено неповерење према једној новој служби која треба да обавља послове које су до тада вршили судови или адвокати (Дракић, 2014: 212). Након укидања од стране АВНОЈ-а, јавнобележничка служба није постојала све до распада Југославије и оснивања посебних држава. Посебне државе настале рападом СФРЈ су приликом израде својих закона о јавним бележницима за полазну основу узимале Закон о јавним бележницима (нотарима) из 1930. године. Тако је један не тако дуговечан закон својим позитивним решењима наставио правни живот кроз појединачне законе држава у окружењу.

1 Закон о јавном бележништву. *Сл. гласник РС*. Бр. 31/11.

2 Чл. 1 Закона о јавним бележницима (нотарима). *Сл. новине КЈ*. 220/1930. У даљем тексту: ЗЈБ КЈ.

3 Чл. 31 Закона о судском ванпарничном поступку. *Сл. новине КЈ*. Бр. 178/1934. У даљем тексту: ЗСВП КЈ.

Идеја о потреби постојања установе јавних бележника у нашој држави, после два пропала пројекта закона 1996. и 2002. године, коначно је уродила плодом 2011. године када је донет Закон о јавном бележничтву.⁴ Тако је у наш правни систем поново уведен латински тип бележничтва, установљен француским Законом о јавним бележницима.⁵ Могућност поверавања поступка за расправљање заоставштине праћена је скептицизмом и критикама на рачун њиховог доприноса растерећењу судова и остваривању права на суђење у разумном року. Кроз приказ појединих истраживања која су за предмет имала процену растерећења судова и олакшања њиховог рада (растерећење судова), те брже и ефикасније пружање правне заштите (смањење времена потребног за окончање поступка за расправљање заоставштине), настојаћемо да укажемо да оваквим критикама нема места када је у питању поступање јавних бележника. Ти параметри, у исто време, представљаће полазну основу у преиспитивању донета диспозитивне норме која се односи на могућност поверавања оставинских поступака јавним бележницима и евентуално њену замену императивном нормом која би омогућавала јавним бележницима да расправљају заоставштине увек када је за наслеђивање меродавно право Републике Србије, без претходне судске оцене оправданости поверавања овог поступка.

4 Закон о јавном бележничтву. *Сл. гласник РС*. Бр. 31/11.

5 Реал саветник Државног савета у Француској дефинисао је појам латинског бележничтва: „Јавни бележник је истовремено чиновник који помаже да се пажљиво прегледају и спрече спорови, то је службено – званично лице које је потребно да би спречило спорове. Квалитет његовог деловања јесте да је несебичан саветник и непристрасни тумач воље странака, те разјашњава странкама обавезе и задужења која имају приликом закључења уговора, њихове дужности јасно формулише као и њихове обавезе, дајући им карактер који доказује уговор који има снагу коначног решења, а који чува и обезбеђује добре намере странака. На тај начин ослобађа их проблема који могу настати, као и жалби оних странака које се надају да ће њима постићи успех. Овај непристрасни састављач уговора који је, ипак, на одређени начин добровољни судија који одређује обавезе и дужности и задужује уговорне стране јесте јавни бележник, а сам институт је јавно бележничтво или нотаријат” (Трговчевић Прокић, 2009: 80–81). На сличан начин је дефинисан нотар латинског типа и од стране Међународне уније латинских нотаријата: „Нотар латинског типа је учени правник који врши јавну функцију (службу). Ова служба се састоји у примању изјава воља учесника у нотаријалном поступку, њиховом тумачењу, као и у њиховом уобличењу у правну форму. Овај задатак нотар врши тако што саставља исправу која тада добија својство и дејство јавне исправе. Даље, нотар чува оригинале исправа, сачињава отправке тих исправа. И најзад, у његове задатке спада и овера чињеница” (Јакшић, 2006: 89).

2. Надлежност јавног бележника у поступку за расправљање заоставштине *de lege lata*

Наследноправна дејства смрти једног лица утврђују се у поступку за расправљање заоставштине. Након спроведеног поступка јасно је утврђено коме, шта и колико припада из заоставштине.⁶ Имајући у виду да је поступак за расправљање заоставштине ванпарнични поступак, на њега се сходно примењују одредбе Закона о ванпарничном поступку. Тако, поменути Закон једном општом одредбом предвиђа да суд може јавном бележнику поверити спровођење поступака за који је по закону надлежан, или предузимање појединих ванпарничних радњи.⁷ Негативном енумерацијом наш законодавац одређује поступке чије спровођење не може бити поверено јавном бележнику. Тако, јавни бележник не може спроводити поступке у статусним и породичним стварима, одлучивати о одређивању накнаде за експроприсану непокретност, састављати исправе, водити јавне књиге и регистре за које је предвиђена искључива надлежност суда, или пак расправљати заоставштине када је за наслеђивање меродавно право стране државе.⁸

На основу законске стилизације одредаба Закона о ванпарничном поступку, можемо закључити да закон, поред предвиђања могућности поверавања поступка за расправљање заоставштине јавним бележницима, и даље садржи извесне пропусте. Наиме, приликом регулисања поступка за расправљање заоставштине, почевши од чл. 87 па све до чл. 126,⁹ законодавац често, поред суда, изоставља да као овлашћени орган помене и јавног бележника. На пример, чл. 87 гласи: „У поступку за расправљање заоставштине суд утврђује ко су наследници умрлог, која имовина сачињава његову заоставштину и која права из заоставштине припадају наследницима, легатарима и другим лицима”. Уместо наведеног, оваква законска одредба требало би да гласи: „У поступку за расправљање заоставштине суд, односно јавни бележник, утврђује ко су наследници

6 Чл. 87 Закона о ванпарничном поступку. *Сл. гласник СРС*. Бр. 25/1982 и 48/1988. *Сл. гласник РС*. Бр. 46/1995 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 – др. закон. У даљем тексту: ЗВП.

7 Чл. 30а, ст. 1 ЗВП.

8 Чл. 30а, ст. 2 ЗВП.

9 Видети: чл. 87; чл. 90 – узимање изјава и предлога учесника у поступку; чл. 91 – привремене мере за обезбеђење заоставштине; чл. 105, чл. 106, чл. 107, чл. 108, чл. 109 и чл. 110 – поступак са тестаментом; чл. 111 – извршилац тестаamenta; чл. 112 – интереси нерођеног детета; чл. 113 – обустављање поступка за расправљање заоставштине; чл. 115, чл. 116, чл. 117, чл. 118, чл. 119, чл. 120, чл. 121 – расправљање заоставштине; чл. 122, чл. 124, чл. 125, чл. 126 – решење о наслеђивању, ЗВП.

умрлог, која имовина сачињава његову заоставштину и која права из заоставштине припадају наследницима, легатарима и другим лицима”. Или пак чл. 115, ст. 1 који гласи: „За расправљање заоставштине суд ће одредити рочиште”. Овакву одредбу би требало допунити тако да гласи: „За расправљање заоставштине суд, *односно јавни бележник*, ће одредити рочиште”. Одговарајуће допуне Закона могу се извршити по угледу на Закон о ванпарничном поступку Црне Горе. Тако општа одредба о поверавању поступка за расправљање заоставштине неће остати усамљена, већ ће бити део законских одредаба које се односе на све фазе оставинског поступка.

Према изворној верзији Закона о ванпарничном поступку, за покретање и вођење оставинског поступка искључиво су надлежни судови,¹⁰ и то основни судови као оставински судови. Међутим, по угледу на Закон о јавним бележницима Краљевине Југославије,¹¹ првенствено је Законом о јавном бележничтву,¹² а касније и новелираним Законом о ванпарничном поступку¹³ предвиђена могућност поверавања поступка за расправљање заоставштине јавном бележнику, а на основу одлуке суда.

Сходно Закону о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије, расправљање заоставштине било је у надлежности средњег суда.¹⁴ Међутим, и Закон о судском ванпарничном поступку је изричито предвиђао могућност поверавања оставинске расправе јавном бележнику. У тим случајевима, јавни бележник је могао вршити све судске радње у оставинском поступку, у границама прописа 221 Закона о јавним бележницима.¹⁵

У важећем законодавству, поред Закона о ванпарничном поступку, и Закон о јавном бележничтву Републике Србије предвиђа могућност поверавања поступка за расправљање заоставштине, или пак појединих ванпарничних радњи у вези са њим, јавном бележнику.¹⁶ Ова два законска текста, дакле, у пуној мери уважавају Препоруку о мерама за спречавање и смањивање оптерећења судова (br. R (86) 12),¹⁷ Комитета министара Савета Европе из 1996. године којом су предвиђени посебни несудски задаци који треба да,

10 Чл. 88, ст. 1 ЗВП до 2014.

11 Чл. 221, ст. 1 ЗЈБ КЈ.

12 Чл. 4 ЗЈБ.

13 Чл. 30а, ст. 1 ЗВП.

14 Чл. 23 ЗСВП КЈ.

15 Чл. 31, ст. 1 ЗСВП КЈ.

16 Чл. 98, ст. 1 ЗЈБ.

17 Council of Europe Committee of ministers. Recommendation No. R (86) 12. Преузето 2. маја 2021. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804f7b86>.

уместо судијама, буду поверени неким другим лицима или телима. Као посебан пример вансудске дужности судије наведен је управо оставински поступак.

Председник Врховног касационог суда и Високог савета судства и министар правде Републике Србије су 13. маја 2016. године донели Упутство за спровођење одредаба чл. 30а и 110а Закона о ванпарничном поступку и чл. 98 Закона о јавном бележничтву,¹⁸ којим је дата оцена о целисходности поверавања првостепеног оставинског поступка јавним бележницима (Станковић, 2016: 323). Сврха доношења Упутства била је афирмација јавног бележничтва ради отклањања недостатака које је пратило тадашње судско спровођење ванпарничних поступака (смањење броја старих нерешених предмета, скраћење трајања поступака итд.).

Уколико оставински суд одлучи да повери поступак јавном бележнику, предмет ће упутити оном јавном бележнику чије се службено седиште налази на подручју тог суда. Ако на подручју суда службено седиште има више јавних бележника, суд је дужан да им предмете додељује равномерно, према азбучном реду њихових презимена. У случајевима када је азбучни ред нарушен, зато што је јавни бележник оправдано одбио да прихвати поверени посао, или ако је променио презиме, суд ће предмет поверити оном јавном бележнику коме је додељено најмање предмета.¹⁹

Решење којим се јавном бележнику поверава спровођење поступка или предузимање поједине процесне радње доноси судија којем је додељен предмет.²⁰ Против овог решења није дозвољена жалба.²¹ Председник суда пак доноси решење којем се одређује јавни бележник коме ће бити упућен поверени предмет.²² По правилу, то ће бити онај јавни бележник који је сачинио смртовницу.²³ Сходно одредби чл. 110а, ст. 2 поступак ће се поверити оном јавном бележнику који је сачинио смртовницу, само под условом да за то не постоје сметње. Мана оваквог решења је што законодавац нигде не наводи које су то сметње које могу спречити суд да расправљање заоставштине повери јавном бележнику који је сачинио

18 Упутство за спровођење чл. 30а и 110а Закона о ванпарничном поступку и чл. 98 Закона о јавном бележничтву. Преузето 2. марта 2021. <https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Uputstvo%20za%20sprovodjenje%20Zakon%20o%20vanparnicnom%20postupku.pdf>.

19 Чл. 30в ЗВП.

20 Чл. 30б, ст. 1 ЗВП.

21 Чл. 30б, ст. 2 ЗВП.

22 Чл. 30в, ст. 1 ЗВП.

23 Чл. 110а, ст. 2 ЗВП.

смртовницу. Услед наведеног, примена поменуте одредбе може водити неједнаком поступању судова у погледу исте ванпарничне ствари (Стојановић, Видић Трнинић, 2015: 36). Оваква законска стилизација чл. 110а, ст. 2 отвара и питање да ли ће се постојање сметњи ценити приликом поверавања поступка било ком јавном бележнику или пак само оном који је у овом поступку сачинио смртовницу.

Закон о ванпарничном поступку Републике Црне Горе, на пример, наводи да јавни бележник (без обзира да ли је у питању јавни бележник који је сачинио смртовницу) не може расправљати заоставштину у случајевима када се поставља привремени старалац заоставштине, када постоји захтев за издвајање заоставштине од имовине наследника, или се пак одређује нека од мера обезбеђења заоставштине.²⁴ Закон даље предвиђа да кад је захтев за издвајање заоставштине истакнут у предлогу којим је покренут поступак расправљања заоставштине, суд неће поверити спровођење поступка расправљања заоставштине нотару.²⁵ Из наведеног примера можемо закључити о нужности јаснијег регулисања сметњи за поверавање поступка јавним бележницима, што свакако не значи искључивање правила о поверавању поступка јавном бележнику који је сачинио смртовницу.

Поверавање поступка јавном бележнику врши се на основу две судске одлуке. Тако „решење које доноси судија којем је додељен предмет, по својој правној природи, представља решење о управљању поступком, док је решење председника суда акт судске управе којим се реализује одлука оставинског судије” (Станковић, 2016: 325). Међутим, доношењем два различита решења чија је сврха иста, преношење овлашћења за спровођење поступка за расправљање заоставштине на јавног бележника успорава се поступак, те би у овом случају била довољна само једна одлука. Управо се из тог разлога поступак поверава јавном бележнику који је сачињавао смртовницу, јер у погледу његовог ангажовања за спровођење наведене радње већ постоји решење председника суда, па није потребно поновно доношење одлуке (Станковић, 2016: 326). Сходно закључцима са Петог годишњег саветовања јавних бележника, обједињено састављање смртовнице и расправљање заоставштине могло би ускоро да добије и свој законски оквир.²⁶

24 Чл. 94, ст. 4 Закона о ванпарничном поступку. *Sl. list RCG*. Br. 27/2006 i *Sl. list CG*. Br. 20/2015, 75/2018 – *dr. zakon* i 67/2019. У даљем тексту: ZVP CG.

25 Чл. 94, ст. 6 ZVP CG.

26 Видети: Пето годишње саветовање јавних бележника. Преузето: 25. фебруара 2022. <http://beleznik.org/index.php/sr/karijera/160-odrzano-peto-godisnje-savetovanje-javnih-beleznika>; Закон о јавном бележничтву – Изменама Закона омогућити јавним

Уколико јавни бележник коме је поверен оставински поступак ради на штету странака, ствара им сувишне трошкове, неоправдано одуговлачи расправу заоставштине, или постоје други оправдани разлози, суд који му је поверио тај посао има право да му га и одузме. Против такве одлуке жалба није дозвољена.²⁷ Закон о ванпарничном поступку не садржи одредбу којом одређује даљу судбину оваквог поступка. Нерегулисање овакве реално могуће ситуације може довести до неједнаког поступања и одуговлачења поступка за расправљање заоставштине. Како би се избегле наведене последице, једино применљиво решење било би да оставински поступак у датом случају настави суд (Стојановић, Видић Трнинић, 2015: 38).

2.1. Искључење и изузеће јавних бележника

Када се јавном бележнику повери спровођење оставинске расправе, он је дужан да се овог посла прихвати. Међутим, он изузетно може одбити спровођење овог посла, уколико постоје разлози за његово искључење или изузеће или друге околности које га објективно спречавају у томе.²⁸ Закон о ванпарничном поступку Републике Србије не појашњава који су разлози који га објективно спречавају да у конкретном случају поступа. Поред тога, и у случају разлога за искључење и изузеће, законодавац није јасан. Наиме, Закон о ванпарничном поступку нема посебних правила која се односе на искључење и изузеће, па се аналогно примењују правила Закона о парничном поступку Републике Србије. Тако долазимо до ситуације да се за искључење и изузеће примењују они разлози који се односе на судије (Стојановић, Видић Трнинић, 2015: 37).

Закон о јавном бележништву Републике Србије пак не прави јасну разлику између искључења и изузећа, што Закон о парничном поступку јасно чини.²⁹ Овим Законом се, у члану 54, наводе околности услед којих јавни

бележницима обједињено састављање смртвонице и расправљање заоставштине и унапредити поступак уписа у катастар. Преузето: 25. фебруара 2022. <https://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/index.jsp>.

27 Чл. 30ж, ст. 1 и ст. 2 ЗВП.

28 Чл. 30г, ст. 1 и ст. 2 ЗВП.

29 Разлози за искључење судије су таксативно побројани у чл. 67 Закона о парничном поступку, што није случај с разлозима за изузеће судије. Наиме, законом се не могу унапред предвидети све околности које могу изазвати сумњу у непристрасност судије, те до изузећа судије долази уколико постоји каква околност која изазива сумњу у његову непристрасност. Закон о парничном поступку. *Сл. гласник РС*. Бр. 72/11. 49/13 – одлука УС. 74/13 – одлука УС. 55/14. 87/18 и 18/20.

бележник не може поступати у датом предмету.³⁰ Нигде се не указује да су то разлози за искључење, преузети из Закона о парничном поступку Републике Србије. Додатну забуну ствара наставак тога члана који говори о изузећу јавних бележника, те би овакво одређење могло водити закључку да је читав члан посвећен изузећу јавних бележника. Како нам на то указује Закон о парничном поступку Републике Србије, разлози за изузеће судије не могу бити таксативно одређени, због немогућности да се предвиде све животне околности које могу да изазову сумњу у непристрасност судије. Поред тога, у упоредном праву и не постоји институт изузећа јавних бележника. Тако се у теорији истиче да је изузеће непримерено функцији нотара, јер се странка може обратити било ком нотару који је територијално за њу надлежан. Поред тога, о изузећу би одлучивала Комора, а многе радње из области наслеђивања не трпе одлагања, па би овај институт био бесмислен (Јакшић, 2006: 102). Тако је наш законодавац само аналогно применио правила Закона о парничном поступку Републике Србије, без преиспитивања могућности њихове примене на јавнобележничку службу.

2.2. Диспозитивност норми о надлежности јавног бележника

Законске одредбе чл. 30а и 110а Закона о ванпарничном поступку и чл. 98 Закона о јавном бележничтву предвиђају овлашћење суда надлежног за расправљање заоставштине да може, али не и да мора да повери спровођење оставинског поступка јавном бележнику. Диспозитивност поменутих законских одредаба води неједнаком поступању јер, речима Србислава Цвејића, председника Јавнобележничке коморе Србије, и даље „немамо уједначену праксу која јасно дефинише који се предмети достављају јавним

30 „Јавни бележник не може поступати у предметима: 1) у којима је сам странка, законски заступник или пуномоћник странке, ако је са странком у односу саовлашћеника, саобвезника или регресног обвезника или ако је у истом предмету саслушан као сведок или вештак; 2) ако му је странка или законски заступник странке или пуномоћник странке сродник по крви у правој линији до било ког степена, а у побочној линији до четвртог степена, или му је супружник, ванбрачни партнер или сродник по тазбини до другог степена, без обзира на то да ли је брак престао или није; 3) ако је старатељ, усвојитељ или усвојеник странке, његовог законског заступника или пуномоћника; 4) ако је са странком био у пословном односу поводом посла за који треба да сачини, потврди или изда исправу, ако је пуномоћник или законски заступник странке, односно одговорно лице у правном лицу које је странка у поступку пред њим; 5) ако он или његов сродник по крви у правој линији или у побочној до четвртог степена сродства или његов супружник или ванбрачни партнер или сродник по тазбини до другог степена сродства, без обзира на то да ли је брак престао или није, стичу право или неку другу корист из односа поводом којег треба да сачини исправу; 6) ако постоје друге околности које доводе у сумњу његову непристрасност”. Чл. 54 ЗЈБ.

бележницима, а који остају у судовима”.³¹ На овај начин је угрожено и остваривање првобитно постављеног циља о растерећењу судова и смањењу времена потребног за окончање поступка за расправљање заоставштине спровођењем поступака од стране јавних бележника.

Изменама диспозитивних норми и предвиђањем заповести суду да расправљање заоставштине повери јавним бележницима, отклонили би се поменути негативни ефекти и претње. Императивност норме не би значила поверавање поступка за расправљање заоставштине јавним бележницима у сваком случају, већ би изнедрила потребу јасних дефинисања изузетака од поменутог правила. Како би судови били растеређени „несудећих послова”, потребно је да несудећи послови буду пренети другим органима и лицима на спровођење. Императивним предвиђањем надлежности јавних бележника у поступку за расправљање заоставштине отклониле би се недоумице које, пре свега, постоје у лаичкој јавности у погледу истоветног третмана учесника у поступку. Грађани, и поред чињенице да се од јуна 2016. године оставински поступци поверавају јавним бележницима, и даље верују да само на основу одлуке донете од стране суда могу остварити своја наслеђем стечена добра.

2.3. Рок за спровођење поступка за расправљање заоставштине од стране јавног бележника

Решењем којим јавном бележнику поверава спровођење поступка за расправљање заоставштине, суд одређује и рок у којем јавни бележник треба да спроведе поверени поступак.³² Наш законодавац не говори ништа даље о овом року, као што то чине нека законодавства суседних држава. Закон о наслеђивању Федерације БиХ одређује правни стандард, разумни рок за спровођење поступка од стране јавног бележника,³³ док, на пример, Закон о ванпарничном поступку Републике Српске и Закон о ванпарничном поступку Републике Црне Горе одређују тачне рокове у којима јавни бележник треба спровести поверени поступак за расправљање заоставштине. Одређивање рока од 90 дана у праву

31 Видети: Оставински поступци у рукама јавних бележника штеде државни буџет. Преузето: 22. фебруара 2022. <https://www.propisi.net/ostavinski-postupci-u-rukama-javnih-beleznika-stede-drzavni-budzet/>.

32 Чл. 30ђ, ст. 1 ЗВП.

33 Чл. 259, ст. 1 Закона о наслеђивању. *Sl. novine FBiH*. Br. 80/2014 i 32/2019 – *odluka US*. У даљем тексту: ZON FBiH.

Републике Српске,³⁴ односно 60 дана у праву Републике Црне Горе,³⁵ јесу примери којима се дословно остварује правило суђења у разумном року. Тако одређивање тачног рока за спровођење поступка расправљања заоставштине треба размотрити и у нашем праву. Ово нарочито имајући у виду да је јавнобележничка пракса својим поступањем већ одредила одређено временско трајање оставинских поступака,³⁶ те је потребно то и законски учинити.

Јавни бележник којем је поверено спровођење оставинског поступка дужан је да без одлагања обавести суд и странке ако не може окончати поступак у предвиђеном периоду и да наведе разлоге за то.³⁷ Пошто прими обавештење, суд доноси одлуку да јавном бележнику остави накнадни рок за обављање повереног посла, да посао повери другом јавном бележнику или да сам спроведе поступак, односно поједину процесну радњу.³⁸ Поменуто решење води одуговлачењу поступка, те би у оваквом случају требало предвидети да такав поступак дефинитивно спроведе суд (Стојановић, Видић Трнинић, 2015: 42). Уколико би се пак прихватило правило о императивности спровођења поступка за расправљање заоставштине од стране јавног бележника, овакав поступак би дефинитивно требало да спроведе други јавни бележник чије се службено седиште налази на подручју надлежног основног суда.

3. Досадашњи ефекти спровођења поступка за расправљање заоставштине од стране јавних бележника у погледу растерећења судова и скраћења поступка

Преношењем овлашћења за спровођење поступка за расправљање заоставштине на јавне бележнике, омогућен је бољи приступ „органу”. Наиме, за спровођење поступка за расправљање заоставштине до 2010. године су били надлежни општински судови, укупно њих 138, те је тако, у начелу, свако могао приступити суду. Међутим, реформом судства од 1. јануара 2010. године, општинске судове су заменили основни судови, којих има

34 Чл. 153, ст. 1 Закона о ванпарничном поступку RS. *Sl. glasnik RS*. Br. 36/2009 i 91/2016. У даљем тексту: ZVP RS.

35 Чл. 150, ст. 1 ZVP CG.

36 Видети: Водич кроз оставине (1. део): Ко покреће поступак и који су најважнији кораци. Израђено у сарадњи портала N1 и Јавнобележничке коморе Србије. Преузето: 17. марта 2022. <https://rs.n1info.com/biznis/kako-se-pokrece-ostavinska-rasprava/>.

37 Чл. 30ђ, ст. 2 и ст. 3 ЗВП.

38 Чл. 30ђ, ст. 4 ЗВП.

38, што је умногоме смањило могућности за приступ суду (Ђурђевић, 2013: 701).

Преношење надлежности за спровођење поступка за расправљање заоставштине на јавне бележнике растеретило је и саме судије. На пример, 2012. године на спровођењу оставинских расправа било је ангажовано 160 судија, а у првом тромесечју 2013. године 216 судија (Ђурђевић, 2013: 702). Тако су, у складу с Препоруком Р 86 (12) Комитета министара земљама чланицама Савета Европе за растерећење судова, чл. 30а и 110а Закона о ванпарничном поступку и чл. 98 Закона о јавном бележничству, у 2017. години основни судови уступили јавним бележницима, као поверене послове, и 47.572 оставинских предмета (од укупно 139.263 примљених „О” предмета у основним судовима).³⁹ Наредне године број поверених поступака је био знатно већи. Тако су у 2018. години основни судови уступили јавним бележницима као поверене послове 72.330 оставинских предмета (од укупно 135.968 примљених „О” предмета у основним судовима), и то 9.602, ради састављања смртовница, и 62.728, ради спровођења оставинске расправе.⁴⁰ У 2019. години, основни судови су уступили јавним бележницима готово 92% оставинских предмета, односно 122.708 оставинских предмета (од укупно 134.226 примљених „О” предмета у основним судовима), и то 55.005, ради састављања смртовница, и 67.703, ради спровођења оставинске расправе.⁴¹ Сличан тренд је настављен и у 2020. години, и поред ванредног стања, уведеног услед пандемије ковида 19 изазване вирусом САРС-КоВ-2. Тако су у 2020. години основни судови уступили јавним бележницима, као поверене послове, 91.430 захтева ради састављања смртовница и 87.871 предмет (од укупно 136.534 примљених „О” предмета) ради спровођења оставинске расправе.⁴²

Поред тога, поступци за расправљање заоставштине трајали су непри- мерено дуго. Тако су 2012. године, од укупно 115.125 оставинских предмета

39 Годишњи извештај о раду судова у Републици Србији за 2017. годину. Преузето 7. маја 2021. https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/GODISNJI%20IZVESTAJ%20O%20RADU%20SUDOVA%20ZA%202017.%20GODINU.2018.03.02.15.24_0.pdf.

40 Годишњи извештај о раду судова у Републици Србији за 2018. годину. Преузето 10. маја 2021. https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Godisnji%20izvestaj%20o%20radu%20sudova%202018_0_0.pdf.

41 Годишњи извештај о раду судова у Републици Србији за 2019. годину. Преузето 5. маја 2021. https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Godisnji%20izvestaj%20o%20radu%20sudova%20u%202019_0_0.pdf.

42 Годишњи извештај о раду судова у Републици Србији за 2020. годину. Преузето 1. јуна 2021. https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Godi%20izve%20izve%20o%20radu%20sudova%20za%202020%20FINAL_0_0.pdf.

који су решени у свим основним судовима на територији Србије, 105.582 предмета окончана у року од годину дана, док је 6.038 предмета решено у року од две године, а око 3.000 предмета је чекало на решавање до пет година. Више од 600 предмета српски оставински судови нису успели да заврше у року од пет година, а у 290 оставинских предмета заинтересована лица су морала да на доношење оставинског решења сачекају више од десет година (Ђурђевић, 2013: 690). Према доступној јавнобележничкој пракси, преношењем овлашћења за вођење поступка за расправљање заоставштине на јавне бележнике, ови поступци трају у просеку од два до три месеца.⁴³ Услед наведеног, тешко да се на питање о оправданости поверавања поступка за расправљање заоставштине може дати негативан одговор.

4. Паралелна надлежност суда и јавног бележника у поступку за расправљање заоставштине

Када суд повери јавном бележнику спровођење оставинског поступка, о овој надлежности морамо говорити као о „паралелној” надлежности суда и јавног бележника, и то оног суда који је јавном бележнику поверио спровођење оставинског поступка јер суд врши надзор над радом јавног бележника. Јавни бележник је дужан да поднесе извештај о своме раду суду и да му преда на увид списе датог предмета који му је поверен.⁴⁴ Међутим, закон не предвиђа временски оквир у ком јавни бележник мора поднети извештај о своме раду и предати на увид списе повереног предмета, што може довести до неједнаког поступања јавног бележника и непотребног одуговлачења расправљања одређене заоставштине (Стојановић, Видић Трнинић, 2015: 38).

У нашем праву, јавни бележник спроводи оставински поступак као повереник суда. Сходно одредбама чл. 30а и 110а Закона о ванпарничном поступку и чл. 98 Закона о јавном бележничтву, суд може али не мора да повери расправљање заоставштине јавном бележнику. Међутим, у правној теорији појединих држава појавила су се схватања о потпуном преносу надлежности за вођење оставинског поступка на јавне бележнике. Наиме, словеначка теорија залаже се да се новелира Закон о наслеђивању и тако спровођење оставинског поступка у целости пренесе на јавног бележника у оним случајевима када нема спора међу наследницима. Јавни бележник

⁴³ Ово је просечно трајање поступка за расправљање заоставштине који спроводе јавни бележници с подручја општине Краљево. Извор: Непосредно истражена пракса јавних бележника на територији општине Краљево.

⁴⁴ Чл. 30е ЗВП.

би поступао самостално, оглашавао наследнике, односно доносио одлуке, а тек у случају спора, предмет уступао суду (Ријавец, 2010: 125, 126).

У Мађарској је, на пример, расправљање заоставштине у потпуности пренето у надлежност јавних бележника (Трговчевић Прокић, 2015: 155). Утврђивање састава заоставштине, наследника и њихових наследних удела врши се у тзв. нотарском поступку.⁴⁵ У мађарском праву, расправљање заоставштине спроводи се у две фазе. Прва фаза почиње од сазнања органа локалне самоуправе о смрти одређеног лица, и подразумева спровођење пописа заоставштине. Друга фаза почиње достављањем исправе о попису надлежном јавном бележнику ради коначног расправљања заоставштине.⁴⁶

Изучавање наведеног примера навело нас је на преиспитивање могућности његове примене и у домаћем правном систему. Ово утолико пре што је могућност поверавања поступка за расправљање заоставштине јавним бележницима установљена како би се судови растеретили овог „несудећег посла”. Поред тога, у нашем законодавству се за јавне бележнике тражи испуњење строжих услова него за судије основних судова,⁴⁷ те нема сумње да су они довољно компетентни за спровођење једног оваког поступка без било чијег помагања или контролисања. Поступак за расправљање заоставштине јесте и један неспоран судски поступак, у ком суд декларативном одлуком утврђује наследноправне последице оставиочеве смрти. У оставинском поступку оставински суд не решава спор, већ се стара о правилној примени материјалног права како би се предупредили (превенирали) спорови у грађанскоправним односима (Ђурђевић, 2013: 703). Тако оставински поступак не поседује комплексност која би захтевала искључиву надлежност у његовом спровођењу (Ђурђевић, 2013: 704). С обзиром на то да већ извесно време постоји тенденција преношења надлежности у ванпарничним стварима на друге органе (Ђурђевић, 2013: 703), решење предвиђено у мађарском праву треба размотрити и у нашем законодавству. Тако би судови у потпуности били ослобођени овог „несудећег” поступка, јер би се он спроводио само код јавног бележника. Уместо обавезе достављања извода из матичне књиге умрлих суду,

45 Section 2 (1). Act XXXVIII of 2010 on probate procedure. Преузето 10. септембра 2021. http://195.228.130.7/translated/doc/J2010T0038P_20200701_FIN.pdf.

46 Видети: Мађарска национална нотарска комора. Преузето 11. септембра 2021. https://www.mokk.hu/ugyfeleknek/probate_proceedings.php.

47 Видети: чл. 43 и чл. 44 Закона о судијама. *Сл. гласник РС*. Бр. 116/2008, 58/2009 – одлука УС, 104/2009, 101/2010, 8/2012 – одлука УС, 121/2012, 124/2012 – одлука УС, 101/2013, 111/2014 – одлука УС, 117/2014, 40/2015, 63/2015 – одлука УС, 106/2015, 63/2016 – одлука УС, 47/2017 и 76/2021; чл. 25 ЗЈБ.

надлежни матичар би достављање вршио јавном бележнику, који би потом састављао смртovníцу и спроводио расправљање заоставштине.

5. Закључак

Полазна основа за предвиђање надлежности јавних бележника у наследноправним стварима била је растеређење судова, заштита права на суђење у разумном року, те брже и ефикасније пружање правне заштите, у чему се у извесној мери и успело. То не значи да на путу ка остварењу постављених циљева нема препрека, односно недостатака које је потребно отклонити.

Реализацијом могућности за поверавање поступка за расправљање заоставштине јавним бележницима постигнут је низ позитивних ефеката. Пре свега, грађанима је омогућен брз и лак приступ органу који ће одлучивати о њиховим наследним правима. На овај начин су и растеређене судије, такође, годишње се решава већи број оставинских предмета него када су овакве поступке спроводиле само судије. Један од најважнијих ефеката предвиђања ове надлежности је смањење потребног времена за окончање оставинских поступака. Раније је било потребно и неколико година да би се окончао поступак за расправљање заоставштине, данас је то највише неколико месеци.

Како би се уједначила пракса јавних бележника у погледу временског оквира за спровођење оставинског поступка и у пуној мери остварио принцип суђења у разумном року, српски законодавац би требало да размотри решења земаља у окружењу која постављају рокове од 60, односно 90 дана за окончање поступка за расправљање заоставштине. Ово нарочито имајући у виду да се у јавнобележничкој пракси већ усталио временски оквир од два месеца за окончање поступка за расправљање заоставштине. Услед наведеног, тешко да се на питање о оправданости поверавања поступка за расправљање заоставштине може дати негативан одговор.

Поменути позитивни ефекти спровођења поступка за расправљање заоставштине од стране јавних бележника следствено воде и питању: да ли је могуће укидање паралелне надлежности суда и јавног бележника у погледу спровођења поступка за расправљање заоставштине? У појединим законодавствима, попут мађарског, оваква могућност већ постоји. Чини се да предлози о укидању паралелне надлежности суда и јавног бележника имају законско утемељење и у нашем праву. Служба јавног бележництва је и установљена како би се судови растеретили „несудећих послова“, међу којима се као најчешћи пример наводи управо поступак за расправљање

заоставштине. Поред тога, у нашем законодавству се за јавне бележнике тражи испуњење строжих услова него за судије основних судова, те је он довољно компетентан за спровођење једног оваквог поступка. Неспорни позитивни ефекти које су јавни бележници учинили у спровођењу поступака за расправљање заоставштине говоре у прилог преиспитивања решења из упоредног законодавства које се односи на предвиђање искључиве надлежности јавних бележника за спровођење поступка за расправљање заоставштине. У којој мери ће домаће законодавство али и судска пракса бити спремни да се одрекну традиционалног расправљања заоставштине од стране судова, питање је на које ћемо одговор добити у будућности. Помак ка предвиђању искључиве надлежности јавних бележника у поступку за расправљање заоставштине учиниће сами јавни бележници, константним ширењем позитивних ефеката свога рада.

Литература/References

Дракић, Г. (2014). Нормативно уређење установе јавног бележничтва у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца (Краљевини Југославији). *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 4. Нови Сад: Правни факултет у Новом Саду.

Ђурђевић, Д. (2013). *Opravdanost poveravanja ostavinskog postupka javnim beležnicima*. *Pravni život*. 11. Београд: Удружење правника Србије.

Јакшић, А. (2006). Нотаријат као јавна служба; у: Хибер Драгор (ур.). *Јавнобележничко право*. Београд: Правни факултет Београд.

Крешић, М. (2013). *Zakon o javnim bilježnicima Kraljevine Jugoslavije iz 1930: sudjelovanje javnog bilježnika u ostavinskom postupku – iskustva iz prošlosti*. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*. 2. Загреб: Правни факултет Свеучилишта у Загребу.

Ријавец, В. (2010). Улога нотара у грађанском праву Словеније. *Анали Правног факултета у Београду*. 1. Београд: Правни факултет у Београду.

Станковић, Г. (2016). Поверавање оставинског поступка јавном бележнику; у: Стојановић Наташа, Крстић Новак (ур.). *Зборник радова „Двадесет година Закона о наслеђивању“*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.

Стојановић, Н., Видић Трнинић, Ј. (2015). *Поступак за расправљање заоставштине*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.

Trgovčević Prokić, М. (2009). *Ovlašćenja javnog beležnika*. Београд: Службени гласник.

Закон о јавном бележничтву. *Сл. гласник РС*. Бр. 31/11.

Закон о јавним бележницима (нотарима). *Службене новине КЈ*. Бр. 220/1930.

Закон о судском ванпарничном поступку. *Службене новине КЈ*. Бр. 178/1934.

Закон о ванпарничном поступку. *Службени гласник СРС*. Бр. 25/1982 и 48/1988. *Службени гласник РС*. Бр. 46/1995 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 – др. закон.

Закон о парничном поступку. *Службени гласник РС*. Бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020.

Закон о ванпарничном поступку. *Службени лист РЦГ*. Бр. 27/2006 и *Службени лист СГ*. Бр. 20/2015, 75/2018 – др. закон и 67/2019.

Закон о наслеђивању. *Службене новине ФБиН*. Бр. 80/2014 и 32/2019 – одлука УС.

Закон о ванпарничном поступку. *Службени гласник РС*. Бр. 36/2009 и 91/2016.

Закон о судијама. *Службени гласник РС*. Бр. 116/2008, 58/2009 – одлука УС, 104/2009, 101/2010, 8/2012 – одлука УС, 121/2012, 124/2012 – одлука УС, 101/2013, 111/2014 – одлука УС, 117/2014, 40/2015, 63/2015 – одлука УС, 106/2015, 63/2016 – одлука УС, 47/2017 и 76/2021.

Годишњи извештај о раду судова у Републици Србији за 2017. годину. Преузето 7. маја 2021. https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/GODISNJI%20IZVESTAJ%20O%20RADU%20SUDOVA%20ZA%202017.%20GODINU.2018.03.02.15.24_0.pdf.

Годишњи извештај о раду судова у Републици Србији за 2018. годину. Преузето 10. маја 2021. https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Godisnji%20izvestaj%20o%20radu%20sudova%202018_0_0.pdf.

Годишњи извештај о раду судова у Републици Србији за 2019. годину. Преузето 5. маја 2021. https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Godisnji%20izvestaj%20o%20radu%20sudova%20u%202019_0_0.pdf.

Годишњи извештај о раду судова у Републици Србији за 2020. годину. Преузето 1. јуна 2021. https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Godi%C5%A1nji%20izve%C5%A1taja%20za%202020%20FINAL_0.pdf.

Section 2 (1). Act XXXVIII of 2010 on probate procedure. Преузето 10. септембра 2021. http://195.228.130.7/translated/doc/J2010T0038P_20200701_FIN.pdf

Мађарска национална нотарска комора. Преузето 11. септембра 2021. https://www.mokk.hu/ugyfeleknek/probate_proceedings.php.

Council of Europe Committee of ministers. Recommendation No. R (86) 12. Преузето 2. маја 2021. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804f7b86>.

Упутство за спровођење чл. 30а и 110а Закона о ванпарничном поступку и чл. 98 Закона о јавном бележничтву. Преузето 02. марта 2021. <https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Uputstvo%20za%20spvodjenje%20Zakon%20o%20vanparnicnom%20postupku.pdf>.

Пето годишње саветовање јавних бележника. Преузето: 25. фебруара 2022. <http://beleznik.org/index.php/sr/karijera/160-odrzano-peto-godisnje-savetovanje-javnih-beleznika>.

Закон о јавном бележничтву – Изменама Закона омогућити јавним бележницима обједињено састављање смртовнице и расправљање заоставштине и унапредити поступак уписа у катастар. Преузето: 25. фебруара 2022. <https://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/index.jsp>.

Водич кроз оставине (1. део): Ко покреће поступак и који су најважнији кораци. Израђено у сарадњи портала N1 и Јавнобележничке коморе Србије. Преузето: 17. марта 2022. <https://rs.n1info.com/biznis/kako-se-pokrece-ostavinska-rasprava/>.

Jovana Milović,
*Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Priština,
Temporary Head Office in Kosovska Mitrovica*

**PROBATE PROCEEDINGS CONDUCTED BY A NOTARY
PUBLIC IN THE REPUBLIC OF SERBIA**

Summary

The introduction of the notary public service in the Serbian legal system has introduced a number of novelties in matters concerning inheritance law. The most important of them is the possibility of entrusting the probate proceedings in inheritance cases to notaries public. In the Serbian legal system, probate proceedings dealing with inheritance matters have traditionally been conducted by competent courts. This long-standing tradition is difficult to break with. Thus, the Serbian legislator still envisages the jurisdiction of the court to discuss inheritance matters, but now there is a possibility of entrusting this procedure to a notary public, when it is deemed to be expedient. In this paper, the author examines the judicial practice and the public notaries practice in an attempt to determine the justification of entrusting some probate proceedings to notaries public. Concurrently, the author analyzes the possibility of transferring competences for conducting probate proceedings entirely to public notaries. In the author's opinion, it is a realistic possibility considering that the hitherto practice of public notaries in probate proceedings speaks in favour of this legal solution, particularly taking into account the reduced caseload and timeframe needed to complete these non-litigious probate proceedings.

Keywords: *notaries public, courts, probate proceedings, reduced caseload, trial within a reasonable time.*

II ПРИКАЗИ

Бојана Арсенијевић,*
Асистенткиња,
Правни факултет, Универзитет у Нишу

ПРИКАЗ
10.5937/zrpfm1-38649

Рад примљен: 15.06.2022.
Рад прихваћен: 22.06.2022.

Међународна научна конференција „Деловање институција система у ванредним ситуацијама: искуства и изазови“, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 20. и 21. април 2022. године

Програм обележавања 62. годишњице постојања и рада Правног факултета Универзитета у Нишу традиционално је започет одржавањем међународне научне конференције. Тема овогодишњег скупа, организованог 20. и 21. априла 2022. године, била је „Деловање институција система у ванредним ситуацијама: искуства и изазови“. Препознајући опасности разноврсних ванредних ситуација, правни стручњаци уложили су озбиљне напоре ради систематизације и анализе најзначајнијих и актуелних изазова савременог друштва, уз нарочити осврт на оцену успешности досадашњих начина њиховог решавања.

У раду конференције учествовало је више од 90 излагача са цењених домаћих и иностраних високошколских установа. Своје реферате изложили су представници Правног факултета Универзитета у Орадеи (Румунија), Правног факултета Универзитета демократије у Измиру (Турска), Финансијског универзитета при Влади Руске Федерације (Руска Федерација), Руског универзитета Г. В. Плеханова (Руска Федерација), Правног факултета „Принц Султан“ Универзитета у Ријаду (Саудијска Арабија), Правног факултета Универзитета „Св. Климент Охридски“ (Бугарска), Правног факултета Свеучилишта „Ј. Ј. Strossmayer“ у Осигеку (Хрватска), Правног факултета Универзитета у Риједи (Хрватска), Правног факултета „Јустинијан Први“ Универзитета „Св. Кирил и Методиј“ (Северна Македонија), Економског института Универзитета „Св. Кирил и Методиј“ (Северна Македонија), Правног факултета Универзитета „Гоце Делчев“ (Северна Македонија), Правног факултета Универзитета у Бањој Луци (Босна и Херцеговина), Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву (Босна и Херцеговина) и Правног факултета Универзитета у

* a.bojana@prafak.ni.ac.rs

Зеници (Босна и Херцеговина). Незаобилазни допринос скупу дали су представници Правног факултета Универзитета у Београду, Правног факултета Универзитета у Новом Саду, Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Државног универзитета у Новом Пазару, Правног факултета Универзитета у Приштини (са привременим седиштем у Косовској Митровици), Института за међународну политику и привреду у Београду и Института за упоредно право у Београду.

Променљива епидемиолошка ситуација у држави и иностранству определила је хибридни карактер конференције, те су учесници бирали да ли ће своје реферате изложити на Правном факултету у Нишу или онлајн, преко Zoom платформе. Свечано отварање конференције уприличила је доц. др Анђелија Тасић, продеканица Правног факултета у Нишу. Након поздравне речи проф. др Горана Обрадовића, декана Правног факултета у Нишу, своје реферате на пленарној седници изложили су проф. др Cristian Dumitru Miheş (Правни факултет Универзитета у Орадеи, Румунија), преко Zoom платформе, и проф. др Mustafa Yasan (Правни факултет Универзитета демократије у Измиру, Турска), на Правном факултету у Нишу. Рад конференције настављен је у седам одвојених сесија.

Разноврсност и похвална многобројност реферата из јавноправне научне области нужно су захтевали организовање три симултане сесије, уско усмерене ка управноправним, уставноправним и радноправним питањима. Учесници управноправне сесије разматрали су постојање права кризних ситуација, као посебног правног оквира за поступање у ванредним ситуацијама. Пажња је била посвећена кризним ситуацијама узрокованим климатским променама, изазовима високог образовања услед пандемије ковида 19 и правно-организационим аспектима спровођења мера за спречавање пандемије, укључујући и мере обавезне вакцинације. Анализирајући историјске упореднике, значајни прилози бавили су се темама правног одговора на епидемије у старом Риму и у СФРЈ.

Теме у оквиру уставноправне сесије указале су на методе државног реаговања на ванредна стања и ванредне ситуације, нарочиту пажњу посвећујући границама управне оцене целисходности и изазовима дигитализације. Посебан фокус дат је појединим људским правима, чије остваривање може бити ограничено или угрожено у ванредним ситуацијама.

Савремени радноправни изазови подстакли су излагаче у оквиру радноправне сесије да сагледају последице пандемије ковида 19 на радноправне односе и права по основу рада. Учињен је промишљени увид у области заштите права на приватност приликом запошљавања и права

на породичну пензију. Истакнут је значај алтернативних метода решавања радних спорова и пружени су садржајни прилози расправи на ову тему.

У оквиру грађанскоправне сесије размотрене су традиционалне и иновативне теме стварног (забрањене клаузуле у „бездржавинском“ заложном праву), наследног (тестаментарне формалности у англо-америчком праву), породичног (једностранни раскид брака, утврђивање начина и висине издржавања), облигационог (кауза уговорне обавезе, одговорност за штету услед изостанка противградне заштите) и процесног права (захтев за преиспитавање правноснажне пресуде, дигитална трансформација судског поступка).

Пажњу учесника кривичноправне сесије привукле су две значајне теме: кривичноправни значај ванредне ситуације и ванредних околности, и кривичноправни третман ширења лажних информација у условима пандемије. Посебан осврт учињен је ка искуствима у пенитенсијарним установама и механизмима за спречавање секундарне виктимизације.

Учесници правноекономске и трговинскоправне сесије бавили су се разноврсним темама. У фокусу излагача била су фискална правила Европске уније, одговор фискалне политике на пандемију и деловање права нужности у ванредним околностима. Представљени су радови о законодавној реформи индустријске безбедности, утицају ванредних ситуација на инвестиције у грађевинарству и на е-трговину, као и о блокади апелационог тела Светске трговинске организације.

Излагања на међународноправној сесији допринела су сагледавању пандемије као јавне опасности из перспективе међународног и европског права, ограничења људских права и, посебно, остваривања права на суђење у разумном року. Аутори су анализирали питања сецесије и признања нових држава, посвећујући пажњу и историјским примерима решавања кипарског питања и Тајне конвенције Аустроугарске и Србије.

Уважавајући инспиративне приступе реномираних излагача теми овогодишњег скупа, с правом се очекује да њихова плодносна дискусија трасира пут даљим научним промишљањима и усвајањима од стране законодавца препорука учињених на основу досадашњих искустава у борби са изазовима које доносе ванредне ситуације.

Организовање конференције помогло је Министарство просвете, науке и технолошког развоја.

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 Wordу или Excelу. Фотографије, графиконе или слике доставити у формату .jpg.
Ауторска права	Аутори радова потписују сагласност за пренос ауторских права. Изјаву преузети овде .
Доставља радова	Радови се предају путем онлајн система за електронско уређивање АСИСТЕНТ, https://aseestant.ceon.rs/index.php/zpfn/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>Отојуди 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