
UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

БРОЈ 98 | ГОДИНА LXII | 2023

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

№ 98 | YEAR LXII | 2023

НИШ, 2023.

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Ниш, 2023.

Издавач

Правни факултет у Нишу

За издавача

Проф. др Небојша Раичевић, декан

Главни и одговорни уредник

Др Мирослав Лазић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

Уредништво

Др Невена Петрушић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Ирена Пејић, 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, редовни
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 Ђопић, 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 Серјојин 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, ванредни професор Правног факултета у Измиру, Демократски Универзитет, Турска

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

Др Златан Мешкић, редовни професор Правног факултета Принц Султан Универзитета у Ријад, УАЕ

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: Графика Галеб 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, 2023

Publisher:

Faculty of Law, University of Niš

For the Publisher:

Prof. dr Nebojša Raičević Dean

Editor-in-Chief:

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

Editorial Board of the Law Faculty Journal

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

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

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

Scientific Council

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

Dr 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 Čopić, 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, Associate Professor, Faculty of Law Izmir, Democracy University, Turkey

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

Dr Zlatan Meškić, Full Professor, College of Law at Prince Sultan University, Riyadh, UAE

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: Grafika Galeb Niš

Circulation: 100

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš

Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia

Telephone: +381 18 500 201,

E-mail: zbornik@prafak.ni.ac.rs

Website: <http://www.prafak.ni.ac.rs>

<http://www.ebscohost.com/public/legal-source>

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

Central and Eastern European Online Library – CEEOL

САДРЖАЈ / CONTENTS

I ЧЛАНЦИ / ARTICLES

**Гордана Илић Попов,
Дејан Поповић,**
Од чињеница до истине у пореском поступку 15
From Facts to Truth in Tax Procedure

Tadeusz Zembrzuski,
Evolvevement of Consumer Rights Protection in Polish
Judicial Proceedings: New Separate Proceedings 37
*Развој правне заштите потрошача у пољским
судским поступцима: Нови одвојени поступци*

Љубица Николић,
Изазови дигитализације финансијских трансакција 51
Challenges of Digitalization of Financial Transactions

Александар С. Мојашевић,
Како размрсити „косовски чвор“?
интегративни приступ српско-албанском сукобу 73
*How to Untie “The Kosovo Knot”? an Integrative
Approach to the Serbian-Albanian Conflict*

Davorin Pichler, Dražen Tomić, Vlatko Ljubanović, Liability of the Republic of Croatia for Damage caused by compromising the Real Property Registration and Cadastre Joint Information System	95
<i>Одговорност Републике Хрватске за штету проузроковану компромитацијом информационог система земљишних књига и катастра</i>	
Magdalena Skibińska, The Presence of Ius Commune Procedure Features in Modern Polish Civil Proceedings.....	115
<i>Присуство обележја Ius Commune поступка у савременом пољском грађанском поступку</i>	
Драган Милидраговић, Ненад Милић, Нормирање нових полицијских овлашћења у Закону о полицији	135
<i>The Regulation of new Police Authorities in the Police Act</i>	
Дарко Димовски, Осветничка порнографија: криминолошки и кривичноправни аспект	155
<i>Revenge pornography: Criminological and Criminal Law Aspects</i>	
Вук Цуцић, Неуставност Закона о општем управном поступку – уставни суд као 'позитивни законодавац'	175
<i>Unconstitutionality of the General Administrative Procedure Act: The Constitutional Court as the 'Positive Legislator'</i>	
Srđan Radulović, On the Deflationary Nature of Bitcoin.....	195
<i>О дефлаторној природи Биткоина</i>	

II РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА / PhD Students papers

Босиљка Чубриловић Стаменић,

Воде као предмет концесије
у праву Републике Српске..... 215

*Water Usage under the Concession Model
in the Law of Republika Srpska*

Љубана Сладић,

Одузимање возила у прекршајном
праву Републике Српске..... 237

*Confiscation of a Vehicle in Misdemeanor
Proceedings in Republika Srpska*

Упутство за ауторе / Guidelines for Authors..... 257

Уводна реч

Поштовани читаоци,

Велико ми је задовољство да вам представим број 98/2023 Зборника радова Правног факултета у Нишу у коме су садржани оригинални и прегледни научни радови на српском и енглеском језику. Промена главног и одговорног уредника неће значајно променити концепт Зборника, тако да настављамо традицију објављивања радова из разних научних области, како би задовољили стручне и научне потребе широког аудиторијума са не само правним, већ и економским, политичким и културолошким интересовањем. Прелазак на систем објављивања три, уместо досадашње четири свеске Зборника радова Правног факултета у Нишу на годишњем нивоу, мотивисан је жељом да се побољша квалитет објављених радова, повећа заинтересованост читаоца и постигне већи степен ажурности припреме и публикација бројева. Такође, тежићемо да у сваком броју имамо и одређени број радова на страном језику. Часопис остаје отворен и за радове млађих научних радника који испуне одговарајући стандард. Наставићемо и праксу, присутну и у овом броју, да објављујемо и одређени број радова саопштених на међународном научном скупу Правног факултета у Нишу. Редакција подсећа читаоце да је Зборник радова Правног факултета у Нишу сврстан у европске научне часописе који су индексирани у ЕРИХ ПЛУС бази научних часописа. Индексирањем нашег часописа повећана је 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).

Главни и одговорни уредник

Проф. др Мирослав Лазећ

У Нишу, август, 2023.

Editor's Introductory Note

Dear Readers,

In the capacity of a new Editor-in-Chief, it is my great pleasure to present a new issue of the law journal Collection of Papers of the Law Faculty, University of Niš (no. 98/2023), which contains original scientific papers and review articles in both Serbian and English. The change of the Editor-in-Chief will not significantly affect the conceptual framework of our law journal. We will continue the tradition of publishing papers from various scientific fields, in order to satisfy the professional and scientific needs of wide audiences having not only legal but also economic, political and cultural interest. In the past period, we published four volumes on the annual basis. The editorial decision to switch to publishing three volumes annually has been motivated by the desire to increase the quality of published articles, but also to promote the submission, processing and publication efficiency. In each issue, we will endeavour to publish a number of articles written in a foreign language. Our law journal remains open to publishing scientific articles submitted by junior researchers, provided that the articles meet the requisite academic standards. We will also continue the practice of publishing a number of papers presented at the international scientific conference annually held at the Faculty of Law, University of Niš. The Editorial Board wishes to remind the readership that the law journal Collection of Papers of the Law Faculty, University of Niš, has been classified in the group of European scientific journals which are indexed in the ERIH PLUS database of academic journals in social sciences and humanities. The indexing of our journal in this database has increased the visibility of published scientific article and availability to wider academic audiences worldwide. Our scientific 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) database.

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

Niš, August 2023

І ЧЛАНЦИ

Др Гордана Илић Попов,*
Редовни професор,
Правни факултет, Универзитет у Београду
Република Србија

Др Дејан Поповић,*
Професор емеритус,
Правни факултет, Универзитет у Београду
Република Србија

UDK: 347.13+343.131.8]:336.21/.26
UDK: 336.225.621/.641
Раd примљен: 30.06.2023.
Раd прихваћен: 31.07.2023.

ОД ЧИЊЕНИЦА ДО ИСТИНЕ У ПОРЕСКОМ ПОСТУПКУ**

Апстракт: Утврђивање пореза је главни циљ пореског управног односа, који подразумева установљавање појединачне пореске обавезе конкретног пореског обвезника. Оно претпоставља претходно прикупљање свих чињеница које могу да допринесу правилном и тачном утврђивању пореске основице, а потом и износа пореског дуга. Захтев који се поставља пред порески орган је да установи материјалну истину и стварно стање тако што ће тачно и потпуно утврдити све порескоправно релевантне чињенице на којима ће засновати своје одлуке, што је полазна хипотеза аутора. Објективне, веродостојне и обухватне чињенице утврђене од стране Пореске управе, односно прикупљене од пореских обвезника или трећих лица спречавају дискреционо решавање пореске управне ствари и истовремено обезбеђују делотворност и економичност пореског поступка. Постизање материјалне истине мора, притом, да буде праћено доследним поштовањем принципа законитости и једнакости у опорезивању.

Кључне речи: чињеница; начело истине; утврђивање чињеница; утврђивање пореза; порески поступак.

* gordana@ius.bg.ac.rs

* deki5pop@yahoo.com

** Раd је резултат истраживања на научно-истраживачком пројекту „Савремени проблеми правног система Србије“, који финансира Правни факултет Универзитета у Београду.

1. Увод

Остварењу имовинске обавезе пореског обвезника у порескоправном односу, тј. наплати пореза претходи утврђивање пореза. Неопходно је зато да порески орган прикупи и обезбеди све чињенице од значаја за опорезивање. Поред чињеница које сама утврђује (из службених евиденција, јавних исправа и др.), Пореска управа прикупља чињенице и од пореског обвезника и трећих лица. Утврђивање чињеница мора да буде објективно, не сме да буде пристрасно, „обојено“ личним ставом, нити засновано на предрасудама или „веровању“ да је нешто (не)истинито. Аутори полазе од хипотезе да се до материјалне истине у пореском поступку долази тек кад се тачно, потпуно и веродостојно утврде порескоправно релевантне чињенице.

2. Појам и типови чињеница

Чињеница (лат. *factum*) означава оно што је искуством потврђено да стварно постоји или да се догађа (*Речник српскога језика*, 2011: 1484), „оно што је учињено, догођено“ (*Hrvatska enciklopedija*, 2021). Синоними који се понекад користе су: факат, чињенично стање, датост (Ђосић и сарадници, 2008: 669). Иако појмови фактор или чинилац потичу од исте основе латинске речи *facere*, што значи чинити, они се у свом значењу не могу поистоветити са чињеницом пошто се њима, између осталих значења (*Hrvatska enciklopedija*, 2021),¹ означава узрок или услов који опредељује неку појаву или процес. Такође, чињеницу не треба изједначавати са пресумпцијом (лат. *praesumptio*), кад утврђивање постојања једне чињенице наводи на закључак о постојању друге чињенице (*praesumptio facti*) или правног стања (*praesumptio iuris*) (*Hrvatska enciklopedija*, 2021). Чињеница означава затечено стање ствари, а не претпоставку да се нешто догодило. Њоме се исказује својство неког предмета, настанак појаве, догађаја и др. (нпр. Београд је главни град Републике Србије, Бор и јела су родови четинарског дрвећа итд.). „Чињеница није ништа друго него провјерљива истина“² те није исто што и постулат (лат. *postulatum*), који подразумева да је неки став истинит иако није доказан.

Провери је подложна истинитост чињеница, а не њихово постојање. Лице може да промени мишљење кад сазна за одређене чињенице, али будући да чињенице одражавају објективно стање оне не могу да се промене због нечијег мишљења. Код чињеница стварност превладава над мишљењем

1 Нпр. у математици фактор је број којим се описује повећање или смањење одређене величине и др.

2 Преузето 18. 4. 2023. <https://hr.gadget-info.com/difference-between-fact>

о тој стварности (Квас, 2011: 11–12).³ Примера ради, деведесетогодишњака није старац зато што је према нечијој спознаји старац, већ је чињеница да је сваки човек тих година стварно (објективно) стар(ац). Отуда, објективне чињенице не зависе од субјекта који их сазнаје нити од његовог субјективног доживљаја. Чињеница постоји управо таква каква јесте. На пример, Каспијско језеро је највеће језеро на свету, иако га неки, због његове велике површине и сланкасте воде, могу доживљавати као море а не језеро.

Најближи појму чињенице је појам податка (енг. *data*). Податак означава „симболички и формализован приказ чињеница, појмова и инструкција, погодан за комуницирање, интерпретацију и обраду“ (Velepeditija). Податком се најчешће приказују одређене чињенице којима се описују својства неког објекта и отуда постоји повезаност појмова чињеница и податак. Чињенице треба да се вербално изразе, односно искажу да би добиле смислену вредност (Marotti, 2005: 312). Слично, податак нема смислену вредност ако му се не да одређено значење, чиме се податак претвара у информацију (Илић-Попов, 2014: 872–873). На пример, податак о томе да Лука Марић има на динарском рачуну 50.000 динара је чињеницу о стању на његовом рачуну формализовао, односно приказао је преко конкретног новчаног износа. Међутим, тај податак, сам по себи, не говори пуно. Али, ако се каже: „Компанија Pharmanova је уплатила Луки Марићу на његов рачун у банци ауторски хонорар у износу од 120.000 динара за израду студије о употреби фармацеутских производа за козметичке сврхе“, податак је тада преточен у информацију. Гледано из супротног угла, информација може да буде корисна за сазнавање чињеница.

„Оно што је битно јесу чињенице: о ономе што јесте и о ономе што је било, и о њиховом односу“ (Бабић, 2005: 48). Чињенице којима се исказује неки догађај, стање, објекат и др. које човек може својим чулима да опази су емпиријске (искуствене) чињенице (нпр. на трибинама стадиона током фудбалског дербија буде много навијача).⁴ Међутим, ниједна емпиријска чињеница није искључиво и само резултат опажања, већ укључује

3 Такво схватање одговара Аристотеловој теорији кореспонденције (класична теорија истине) из његове *Метафизике*, према којој је „истинито рећи о ономе што јесте да јесте, а о ономе што није да није. Нетачно је рећи о ономе што јесте да није или о ономе што није да јесте.“ Та теорија одређује *шта* је истина, али не и како се до истине долази. Кад је нека чињеница очигледна (нпр. које је расе неки човек) теорија кореспонденције је прихватљива за одређивање истине. Међутим, то се не би могло рећи за чињенице чија се истинитост не може утврдити једноставним чулним опажањем.

4 Структура научног знања. Слајд 3. Преузето 25. 4. 2023. <http://www.ef.uns.ac.rs/predmeti/mas/metodologija-naucno-istravivackog-rada/04-struktura-naucnog-znanja-cinjenice-zakoni-i-teorije.pdf>

и одређена теоријска знања и зато би се могло рећи да су чињенице „претежно емпиријске“ или „претежно теоријске“.⁵

Чињенице које се узимају „као такве“ су општепознате или ноторне чињенице (лат. *notorious*) и оне нису предмет доказивања⁶ будући да врло широк круг људи има (или може да има) поуздано сазнање о њима. На пример, Марс је планета, а Сунце је звезда; Дунав је друга река по дужини у Европи; Монт Еверест је највиши планински врх на Земљи итд. Не би било рационално – у погледу утрошка времена и ресурса – да се доказује оно што је општепознато, јер би се доказивањем дошло до почетног истог знања о (том) нечему, што је „захваљујући својој ноторности већ познато и тако утврђено“ (Dika, 2017: 10). Још је Аристотел тврдио да не само да би неразуман него и апсурдан био захтев да све што се односи на човекову умну спознају треба доказивати. „Такав би захтев отворио врата бесконачном низању и потраживању аргумената – што значи да никад не бисмо имали право утемељено ни доказано ... *Anagke stenai!* – Кад-тад треба стати.“ (Horvat, Gavrić, 2014: fn. 5).

Појам општепознатих чињеница није законом дефинисан и због тога је тешко закључити да ли су очигледне чињенице њима синонимни појам или пак посебан појам. Према нашем мишљењу, између општепознатих чињеница и очигледних чињеница постоји одређена разлика. Очигледне чињенице подразумевају нешто што је свима чулно видљиво (нпр. пожар, ерупција вулкана и др.). Код општепознатих чињеница постоји тзв. „интерперсонални *consensus*“.⁷ Објективност сагледавања, на пример, општепознате чињенице да „магнет привлачи гвожђе“ огледа се у томе што појединац који је то запазио (односно сам се у то уверио) саопштава (даје изјаву) другоме. „Доживљаји свих тих појединаца су некако узајамно једнаки“ (Marotti, 2005: 312). У подударности њихових изјава показује се „интерперсоналност“.

Могућност сазнавања разних чињеница је значајно повећана у савременом информатичком добу. Те чињенице би се могле означити као општедоступне чињенице. Сматрамо да се оне не могу поистоветити са општепознатим чињеницама. Општа доступност чињеница о различитим догађајима из прошлости и садашњости, личностима и др. се много брже, лакше и једноставније обезбеђује захваљујући интернету. Међутим, на тај начин сазнате чињенице не могу се сматрати поузданим док се не

5 *Ibid.*, слајд 4

6 *Notoria non egent probatione* – Ноторне (општепознате) чињенице не треба доказивати.

7 То је мишљење хрватског филозофа и лексикографа Круна Крстића, а које цитира Мароти. Вид. В. Marotti, 311.

провере. На пример, ако порески инспектор претрагама по интернету или из јавних медија сазна чињеницу о одређеном лицу не може је аутоматски квалификовати као општепознату чињеницу коју не треба доказивати. Он тада има само лично (са)знање о одређеној чињеници те да би могао да је узме у обзир приликом решавања пореске ствари мора претходно проверити њену веродостојност. Општедоступне чињенице се, за разлику од општепознатих чињеница, не могу сматрати ноторним или непобитним чињеницама.

Постојање више чињеница везаних за исти предмет или догађај може да се означи као чињенично стање,⁸ које означава скуп чињеница које је надлежни орган који води поступак утврдио ради решавања конкретне правне ствари.

Чињенице се помињу и у фразеолошком смислу (у колоквијалном разговору, у излагању и др.). На пример, „Прекини само да причаш, изнеси чињенице“, „Чињеница је да у сваком рату има пуно жртава на обе зараћене стране“ итд.

3. Начело истине у општем управном поступку

Утврђивање чињеница у поступку, судском и управном, подразумева утврђивање објективног стања, односно у најширем смислу, утврђивање истине. Не постоји општа сагласност о дефиницији појма истине, али се у доктрини могу наћи различита схватања. Ми се нећемо бавити појмом истине са филозофског аспекта, али ћемо указати на то да, према Аристотеловој теорији кореспонденције, чињенице морају да одговарају (кореспондирају) објективној стварности да би се сматрале истинитим. *Veritas est adaequatio rei et intellectus*, односно истина је подударане ствари и мисли, како је још средином 13. века Тома Аквински (*T. Aquinas*) дефинисао истину (Ногват, Гаврић, 2014: 12, 14). Једном речју, истина означава сагласје са чињеницама или стварношћу (*Merriam-Webster's Online Dictionary*, 2005).

Да ли је циљ наведених поступака утврдити материјалну истину (енг. *substantive truth*), формалну истину (енг. *procedural truth*) или је пак циљ доћи до истине, независно од атрибута који би јој се додали уз назив? (Нуходжић, 2019: 123). Има мишљења да је свака истина на неки начин „материјална“ те би „ријеч истина требала бити довољна“.⁹ Материјална (објективна или

8 Некад се термин „чињенично стање“ (погрешно) користи као синоним за (појединачну) чињеницу.

9 Г. Томашевић, *Kazneno procesno pravo*, Split 2011, 217. Цитирано према: Н. Сјерчић-Ћолић, *fn.* 64

стварна) истина се заснива на стварном чињеничном стању које објективно одражава конкретан догађај из прошлости. Формална (законска, процесна) истина је унапред одређена формалним или законским правилима (Sijerčić-Čolić, 2012: 187). Иако се до формалне истине брже долази, материјална истина обезбеђује да одлука органа у поступку буде законита и легитимна.

У том смислу, управноправни аутори су става да је у управном поступку прихваћено начело утврђивања материјалне истине. Тако, на пример, Бабац схвата начело материјалне истине преко захтева „да се утврде све околности које су важне за то да се донесе рјешење које удовољава високим захтјевима законитости и правилности“.¹⁰ Према Томићу, Миловановићу и Цуцићу, „ово начело састоји се у захтеву да се у поступку, нарочито оном који претходи доношењу решења, установи објективна, тј. стварна истина – право стање ствари. Да би се то постигло, неопходно је да се *тачно утврде све правно релевантне чињенице*“ (Томић, Миловановић, Цуцић: 31). Савремени аутори начело материјалне истине (Ljubanović, 2019: 665)¹¹ не схватају у смислу класичне филозофске (Аристотелове) теорије истине, већ оправданост и прихватљивост тог начела виде „... у значењу методе или начина прикупљања процесне грађе и утврђивања чињеничног стања које се схваћа као чињенично стање на којем је легитимно утемељити одлуку процесног тијела“ (Ljubanović, 2019: 664). Биркмајер (*Birkmeyer*) сматра да „закон не сме својим правилима да онемогући утврђивање материјалне истине, већ органу који води поступак прописи треба да осигурају пут без препрека до сазнања истине.“¹² Трива је, полазећи од Бајерове (*Bayer*) дефиниције,¹³ начело материјалне истине дефинисао као „начин поступања из којег су искључене (негиране) све штетне форме које би се иначе, из било којег разлога, наметале“.¹⁴

10 В. Babac, *Upravno pravo: odabrana poglavlja iz teorije i praxisa*, Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera, Osijek 2004, 840. Наведено према: В. Ljubanović, 662–663.

11 Љубановић говори о „начелу *тражења* материјалне истине“, стављајући тиме нагласак на методе, начине и активности којима се долази до истине код утврђивања чињеничног стања у управном поступку.

12 К. von Birkmeyer, *Deutsches Strafprozeßrecht*, H. W. Müller, Berlin 1898, 81. Наведено према: В. Ljubanović, 663.

13 Будући да орган који води поступак мора да поштује сва правила и форме предвиђене законом, Бајер сматра да искључиво од законодавца зависи да ли ће законом бити прописане форме које би могле да угрозе или онемогуће утврђивање материјалне истине. V. Bayer, *Kazneno procesno pravo: odabrana poglavlja, Knj. I: Uvod u teoriju kaznenog procesnog prava*, Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske, Zagreb 1995, 116. Наведено према: В. Ljubanović, 663.

14 S. Triva, M. Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb 2004, 162. Наведено према: В. Ljubanović, 663.

У управном поступку треба утврдити све чињенице и околности које су битне за законито и правилно решавање управне ствари.¹⁵ Љубановић сматра да начело утврђивања материјалне истине, да би остварило своју сврху, мора да (ко)егзистира с осталим општим процесним начелима и предлаже модификацију постојеће формулације наведене одредбе чл. 8 хрватског ЗУП-а¹⁶ тако да гласи: „У поступку се морају правилно (истинито) и потпуно утврдити чињенице које су важне за законито рјешавање управне ствари“ (Љубановић, 2019: 665). Слажемо се са Љубановићем предлогом јер да би управна ствар (у било којој управној области, укључујући пореску) могла да буде решена у складу са законом, неопходно је да претходно чињенице (које граде чињенично стање) буду истинито и потпуно утврђене. Само тачно, објективно и обухватно утврђено чињенично стање може да спречи дискрециона одлучивања и обезбеди делотворан поступак. Српски ЗУП садржи управо такву одредбу: „Орган је дужан да правилно, истинито и потпуно утврди све чињенице и околности које су од значаја за законито и правилно поступање у управној ствари.“¹⁷ Законодавац је утврђивање истине у управном поступку „везао“ за слободу доказа, односно слободну оцену доказа. И у немачком Закону о управном поступку ослонац је на начелу материјалне истине: „Орган утврђује чињенице случаја *ex officio*. Он одређује начин и опсег испитивања и није везан поднесцима и предлозима странака у прикупљању доказа. Орган узима у обзир све околности које су од значаја за појединачни случај те користи доказе које сматра, по свом најбољем нахођењу, неопходним за утврђивање чињеница случаја.“¹⁸

Није нам, међутим, јасан разлог због чега се у општим *управним* законима, осим утврђивања чињеница, помињу и околности.¹⁹ Везник „и“ у законским одредбама („... све чињенице и околности ...“) додатно указује да их законодавац није користио као синониме. Појам „околност“ се у правном смислу, пре свега, везује за кривични поступак, у којем се указује на олакшавајућу околност (која ублажава степен кривице), односно отежавајућу околност (која увећава степен кривице окривљеног) (*Речник српскога језика*, 2011: 854). Српски *порески* законодавац је, према нашем

15 Чл. 8 Закона о општем управном поступку – хрватски ЗУП, *Narodne novine*, 47/09 и 110/21

16 У хрватском ЗУП-у прецизирано је да је реч о материјалној истини, што потврђује назив начела.

17 Чл. 10 Закона о општем управном поступку – ЗУП, *Сл. гласник РС*, 18/16 и 95/18

18 Чл. 24 и 26 *Verwaltungsverfahrensgesetz*. Преузето 15. 5. 2023. <https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/>

19 Нпр. чл. 11 и 12 Закона о управном поступку, *Сл. лист Црне Горе*, 56/14, 20/15, 40/16 и 37/17; Чл. 123, ст. 1 Закона о општем управном поступку Републике Српске, *Сл. гласник Републике Српске*, 13/02, 87/07, 50/10 и 66/18

мишљењу, у том смислу прецизнији јер институт утврђивања пореза везује само за чињенице, а не и околности.²⁰

4. Однос између општег управног поступка и пореског поступка

Да би се разумео однос између управног поступка и пореског поступка потребно је прво сагледати однос и међусобну повезаност управног права и пореског права. Иако има аутора (нпр. Растело (*L. Rastello*), Ђанини (*A. D. Giannini*) и др.) који заступају гледиште да пореско право чини само део управног права те да нема самосталност, чврсти разлози говоре у прилог томе да је пореско право посебна грана јавног права која је аутономна у односу на управно право (Liccardo, 1962: 51–60; Popović, 2020: 28–31). Наиме, главни циљ порескоправног односа је да се држави обезбеде јавни приходи за финансирање јавних расхода и остваривање уставних функција. Иако се он примарно постиже преко обавезе давања, тј. плаћањем пореза и других фискалних дажбина, тај циљ се такође остварује испуњењем обавеза формалне (управноправне) природе којима се пореским обвезницима налаже да помогну (у смислу сарадње) пореском органу код утврђивања и наплате пореза. Порескоправни однос, отуда, има и своју управну страну, која подразумева решавање пореске управне ствари, односно кориговање постојећег правног односа ако се управно-контролним радом уоче одређене незаконитости и/или неправилности. Међутим, приликом одређивања природе порескоправног односа имовинска компонента претеже над управном компонентом те управо имовински елемент указује на посебност пореског права. Али, не само да постоји врло блиска веза између пореског и управног права него се може оправдано закључити да се пореско право, као посебна грана права, развило из управног права.

С обзиром на повезаност пореског и управног права, као и на то да је порески поступак посебан управни поступак, порески поступак се спроводи по начелима и у складу са одредбама ЗУП-а ако ЗПППА није друкчије прописао.²¹ ЗУП, дакле, има супсидијарну примену у свим оним питањима која нису уређена посебним (у конкретном случају, пореским) законом. Уколико је, пак, ЗУП-ом питање из области коју уређује ЗПППА уређено на друкчији начин примењује се ЗПППА.²² Међутим, будући да се ЗУП примењује на поступања у свим управним стварима, а да се поједина питања управног поступка могу посебним законом уредити само уколико

20 Чл. 43, ст. 1 Закона о пореском поступку и пореској администрацији – ЗПППА, *Сл. гласник РС*, 80/02, ..., 138/22

21 Чл. 3, ст. 2 ЗПППА

22 Чл. 3, ст. 1 ЗПППА

је то у појединим управним областима неопходно, ако је у сагласности с основним начелима одређеним ЗУП-ом и уколико тиме није смањен ниво заштите права и правних интереса странака зајемчених ЗУП-ом,²³ Уставни суд би могао да се позове на „јединство правног поретка“²⁴ и поништи одредбу ЗПППА за коју би установио да није у складу са чл. 3 ЗУП-а. Отуда закључујемо да за порески поступак, поред посебних начела предвиђених ЗПППА-ом,²⁵ важе и начела на којима је заснован управни поступак, укључујући и начело утврђивања материјалне истине и слободну оцену доказа, које ЗПППА не предвиђа као посебна начела пореског поступка.

5. Начин утврђивања чињеница у пореском поступку

5.1. Чињенице које се утврђују у управном поступку уопште

Утврђивање свих битних и правно релевантних, односно одлучних (Живковић, 1982: фн. 7; Роровић, 2020: 269–279)²⁶ чињеница је нужна претпоставка за примену материјалних закона. Странка је дужна да чињенично стање на којем темељи свој захтев изнесе тачно, потпуно и одређено, као и да за сваку одлучну чињеницу (изузев општепознате) предложи, односно поднесе одговарајуће доказе.²⁷ Сем тога, посебан значај код одлучивања о управној ствари имају подаци о чињеницама о којима се води службена евиденција, до којих надлежан орган долази по службеној дужности.²⁸ Такође, општепознате чињенице или чињенице које су познате органу употпуњују чињенично стање.²⁹ Будући да ниједним прописом није одређено које чињенице се сматрају општепознатим нити постоји „регистар ноторних чињеница“ (Dika, 2017: 14), странка може да тврди да нека чињеница није ноторна (Dika, 2017: 5–7)³⁰ или да је орган

23 Чл. 3 ЗУП

24 Чл. 4, ст. 1 Устава Републике Србије – Устав РС, *Сл. гласник РС*, 98/06, 115/21

25 Чл. 4–9 ЗПППА

26 Одлучне су оне чињенице које су од значаја за решавање предмета управне ствари, односно за доношење законитог и правилног решења. Одлучне чињенице нису исто што и одлучујуће чињенице. У међународном пореском праву одлучујуће чињенице (држављанство, резидентство и извор дохотка или имовине) садржане су у колизионим нормама којима се утврђује меродавно пореско право за конкретан случај.

27 Чл. 102, ст. 3 и 4 ЗУП

28 Чл. 9, ст. 3 ЗУП. Упор.: чл. 105, ст. 2 црногорског ЗУП

29 Чл. 104, ст. 1, тач. 1 ЗУП

30 Дика, Јухарт и др. указују на разлику између опште ноторности (у смислу општепознатих чињеница које су познате најширем кругу људи) и судске ноторности, која подразумева чињенице за које је суд сазнао из неког другог службеног поступања

требало друкчије да је схвати. Општепознате чињенице се, да поновимо, не доказују³¹ пошто би, у супротном, природа ноторности била доведена у питање. Све док је орган уверен у својство ноторности одређене чињенице те да не постоје оправдани разлози који би га навели да посумња да чињеница о којој је реч ипак није ноторна или да не постоји онако како је то општеприхваћено (Dika, 2017: 14), он не треба, сматрамо чак и не сме, да се упушта у доказивање ноторности јер би то довело до одуговлачења поступка и непотребног повећања трошкова. Неки аутори су мишљења да суд „по слободној осјени одлучује о тому треба ли неку чињеницу сматрати орсе-рознатом“ (Dika, 2017: 6). То би се подједнако могло односити и на орган управе, уколико се занемари примедба на рачун одуговлачења поступка.

5.2. Специфичност утврђивања чињеница у пореском поступку

Већи број начела, а нарочито принцип законитости³² и принцип једнакости³³ одређују начин на који порески орган треба да поступа код утврђивања и наплате пореза. Немачки Закон о јавним приходима сажео је те захтеве формулацијом да „порески органи утврђују и наплаћују порезе на једнообразан начин у складу са важећим законима“.³⁴ Захтев једнаког поступања према пореским обвезницима у истим или сличним пореским ситуацијама суочава се, међутим, са реалношћу у којој се одвијају порески поступци. Наиме, Пореска управа је по својој природи „масовна управа“ (нем. *Massenverwaltung*) (Seer, 2010: 369) јер спроводи велики број поступака, који се најчешће периодично понављају.³⁵ „Ако би порески органи били принуђени да сваки порески случај детаљно испитају у погледу пореских последица остварених према закону, могли би да се егзактно баве само

(нпр. из јавних регистара, службених евиденција, списка о другом предмету о којем се води други поступак итд.). J. Juhart, *Civilno procesno pravo FLRJ*, Univerzitetna založba, Ljubljana 1961, 357 (Наведено према: M. Dika, fn. 12)

Имајући у виду та два типа ноторности, закључујемо да би „чињенице које су познате органу“ на основу којих орган одлучује о управној ствари могле у српском управном праву да се означе као „управна ноторност“ (нпр. чињеница о површини одређене непокретности коју је порески управни орган сазнао из катастра непокретности може да се сматра управно ноторном чињеницом, коју ће Пореска управа узети у обзир приликом утврђивања пореза на имовину).

31 Чл. 116, ст. 3 ЗУП

32 Чл. 4 ЗПППА (који своје утемељење има у чл. 91, ст. 1 Устава РС)

33 Чл. 21 Устава РС

34 Чл. 85 *Abgabenordnung*. Преузето 20.5.2023. https://www.gesetze-im-internet.de/ao_1977/

35 Велика већина пореза су периодични порези, које плаћа врло велики број пореских обвезника у већем броју пореских периода, при чему је чињенично стање најчешће врло слично (осим нпр. пореске основице).

неким предметима, али у већини других предмета не и материјалним пореским правом“ (Seer, 2010: 369). „Ограничени ресурси управе значе да највеће могуће остварење законитости у појединачном случају више не коинцидира са највећим могућим остварењем законитости у укупном извршењу свих појединачних случајева“ (Seer, 2008: 11).

У доктрини се скреће пажња на то да материјална порескоправна норма треба да је формулисана тако да – не захтевајући несразмерне административне трошкове пореских органа, ни несразмерне трошкове испуњавања пореске обавезе код обвезника – обезбеди једнаку примену у пореским поступцима који се односе на исте или сличне пореске ситуације. Материјални порески пропис мора и нормативно да буде обликован тако да може уопште да буде извршен. У супротном, остаје само „закон на папиру“ (Seer, 2008: 8). Према Радбруховом (*G. Radbruch*) мишљењу, „правна одредба је валидна само ако се на њу може рачунати у претежној већини случајева“ (Radbruch, 1910: 12). Уколико правна норма налаже нешто што је фактички немогуће, мора јој се ускратити правна ваљаност због недостатка друштвене ефективности (Тирке, 2004: 3).

Имајући у виду да су у Србији „пред Уставом и законом сви ... једнаки“³⁶ и да се свакоме „јемчи ... једнака заштита права пред судовима и другим државним органима, имаоцима јавних овлашћења и органима аутономне покрајине и јединица локалне самоуправе“,³⁷ закључујемо да за пореске органе – иако у ЗПППА није изричито формулисано – мора да важи правило да порезе и друге јавне дажбине треба да утврђују и наплаћују *на једнак начин*, у складу са законом. Навешћемо, међутим, захтев из једне одлуке немачког Уставног суда, према којем „нормативној једнакости мора да одговара структурна једнакост у примени“.³⁸ Ефекти уставног принципа једнакости пред законом³⁹ су наведеном одлуком пренети на терен извршења пореске обавезе тако што се од законодавца захтева да обезбеди не само усклађеност материјалноправних норми из појединачних пореских закона са принципом једнакости него и њихову „уграђеност“ у нормативно окружење, које гарантује једнакост „пореског исхода“, односно наплате пореза. Уколико је утврђивање пореза засновано на чињеницама које је порески обвезник навео у пореској пријави, једнакост у опорезивању налаже њихову проверу у пореском поступку. Теза да је материјални

36 Чл. 21, ст. 1 Устава РС

37 Чл. 36, ст. 1 Устава РС

38 BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 09. März 2004 – 2 BvL 17/02. Преузето 21. 5. 2023. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2004/03/lis20040309_2bvl001702.html

39 Чл. 3, ст. 1 Устава СР Немачке (*Grundgesetz*)

порески закон добар колико и његово извршење треба да буде допуњена реципрочном тезом: Материјална пореска норма мора да буде формулисана тако да се може извршити на једнак (отуда и правичан) начин према свим обвезницима (Seer, 2010: 370).

Порески орган треба, дакле, да обезбеди суптилну равнотежу између три принципа уставноправног карактера: законодавне једнакости, једнакости у примени права и гаранције основних права пореских обвезника. Тиме долазимо до питања стандарда доказивања у пореском поступку. Стандард доказивања дефинише захтев у погледу степена извесности разјашњења чињеничног стања.⁴⁰ Он се односи на степен извесности или вероватноће са којим се чињенице морају утврдити (након што се разјасни чињенично стање, укључујући оцену доказа) да би се могле подвести под законски опис чињеничног стања из којег, као правна последица, настаје пореска обавеза.

У српском пореском (процесном) праву предвиђено је да се чињенице у пореском поступку утврђују на основу доказа, при чему се као доказ могу употребити пореска пријава, порески биланс, пословне књиге и евиденције, рачуноводствени искази, пословна документација и друге исправе и информације којима располаже Пореска управа, прикупљене од пореског обвезника или трећих лица, исказ сведока, налаз вештака, увиђај и свако друго средство којим се чињенице могу утврдити.⁴¹ Међутим, у ЗПППА (као ни у немачком *Abgabenordnung*-у (Seer, 2010: 370)) нема одредбе која уређује стандард доказивања.

Чл. 10 српског ЗУП-а, да поновимо, предвиђа да је орган дужан да правилно, истинито и потпуно утврди све чињенице и околности које су од значаја за законито и правилно поступање у управној ствари, те да овлашћено службено лице одлучује по свом уверењу које чињенице узима као доказане, на основу савесне и брижљиве оцене сваког доказа посебно и свих доказа заједно, као и на основу резултата целокупног поступка. „Чињенице које су од значаја за поступање у управној ствари утврђују се ... доказима“, али (изузетно) „о управној ствари може да се одлучи на основу чињеница које нису потпуно утврђене или које се доказима само

40 „Количина доказа неопходних да би се доказали нека тврдња или захтев у поступку.“ Преузето 25. 5. 2023. <https://barprephero.com/legal-terms/evidence/standard-of-proof/>

41 Чл. 43 ЗПППА. Али, „пропуст првостепеног органа да у поступку претходне контроле изврши проверу тачности, потпуности и усклађености са законом, односно другим прописом података исказаних у пореској пријави ... не може се сматрати разлогом за понављање поступка“. Упор. Пресуда Управног суда, Одељење у Нишу, бр. II-4, У. 16469/12, од 22. 8. 2013. године.

посредно утврђују (чињенице које су учињене вероватним), ако је то законом одређено“.⁴²

У немачкој доктрини су поједини аутори, међу којима Типке и Ланг, оспорили стандард доказивања у виду „потпуне уверености“ (нем. *volle Überzeugung*) као „крхку догму“ (Tipke, Lang, 2005: 879). Потпуна увереност (тзв. „стопостотна доктрина“) подразумева да у пореском поступку стандард доказивања треба да одговара ономе који се примењује у поступку пред судом, тј. да би чињенице требало сматрати доказаним тек кад су утврђене са вероватноћом која се граничи са извесношћу.⁴³ Међутим, у пореским поступцима у којима се сваке године доносе стотине хиљада пореских управних аката такав стандард се не може постићи. Службено лице у пореској администрацији сусреће се са толико чињеница релевантних за опорезивање да није могуће да буде 100% убеђено у њихову истинитост. Ако би се у пореском поступку инсистирало на том стандарду доказивања, порески инспектор би могао прецизно да га примени само на мањем броју случајева. С друге стране, такав стандард могао би да се третира једино као стандардно упутство о томе како треба поступати, а не као обавезујући пропис. Међутим, Зер (*R. Seer*) с правом констатује да обе алтернативе не могу да се ускладе са фундаменталним принципима законитости и једнакости код опорезивања (Seer, 2010: 370).

Реалност масовности пореског поступка налаже да се „захтев за најпотпуније могуће остварење законитости у појединачном случају замени захтевом за што је могуће потпуније остварење законитости у свеукупном извршењу (тј. узбиру свих појединачних случајева)“ (Seer, 2010: 370). Порески орган у тој реалности може да спроводи своја контролна овлашћења само посредством механизма управљања ризиком, који ће га усмерити ка случајевима у којима (може да) посумња у тачност и потпуност података које је пружио порески обвезник те да зато покрене поступак контроле.⁴⁴ Управљање ризиком је неопходан инструмент у рукама пореског органа јер му омогућује да процени ризике које представљају обвезници или групе обвезника и да затим на одговарајући начин усмери ресурсе, односно одреди на које обвезнике ће се фокусирати, а које неће контролисати

42 Чл. 116, ст. 1 и 5 ЗУП

43 О претежном ставу у немачкој доктрини да у парничном поступку судија сме да се задовољи једним за практични живот употребљивим степеном сигурности који отклања сумње, не искључујући их потпуно, упор. М. Dika, „O standardima utvrđenosti činjenica u parničnom postupku“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/1991, 7.

44 Све док управљање ризиком које спроводи Пореска управа не покаже да постоји оправдана сумња у веродостојност чињеница које доставља порески обвезник, он ће уживати корист од сумње (енг. *benefit of doubt*).

(ОЕСД, 2008: 23). Уколико порески обвезник оспори решење пореског органа, ни тада не би требало статички примењивати стандард потпуне уверености него „стандард доказивања који је заснован на респективним сферама одговорности пореског органа и пореског обвезника“ (Seer, 2010: 371).

У српском пореском праву прописано је да терет доказа сноси Пореска управа – за чињенице на којима се заснива постојање пореске обавезе, односно порески обвезник – за чињенице од утицаја на смањење или укидање пореза.⁴⁵ Сумња која проистекне због обвезниковог ускраћивања информација Пореској управи, односно недостављања доказа може бити на његову штету у поступку утврђивања пореске обавезе. Преведено на терен стандарда доказивања, могле би се разликовати две ситуације (Seer, 2010: 371):

За чињенице које оправдавају постојање пореске обавезе или је повећавају:

(а) ако је до недостатка чињеничног разјашњења дошло због повреде обавезе сарадње пореског обвезника у пореском поступку, стандард доказивања (које пада на терет Пореске управе) би се спустио до највеће могуће вероватноће, у складу са повредом обавезе;

(б) ако до недостатка чињеничног разјашњења није дошло због повреде обавезе сарадње пореског обвезника у пореском поступку, стандард доказивања (који примењује Пореска управа) би остао на вероватноћи која се граничи с извесношћу.

За чињенице које ослобађају од плаћања пореза или смањују пореску обавезу:

(а) ако је до недостатка чињеничног разјашњења дошло због повреде обавезе сарадње пореског обвезника у пореском поступку, важио би (за пореског обвезника) регуларни стандард доказивања у виду вероватноће која се граничи с извесношћу, како се не би фаворизовало „кварење доказа“;

(б) ако до недостатка чињеничног разјашњења није дошло због повреде обавезе сарадње пореског обвезника у пореском поступку, стандард доказивања (које пада на терет пореског обвезника) би се морао спустити до највеће могуће вероватноће.

У тако сложенем разграничењу „сфера одговорности пореског органа и пореског обвезника“ може се закључити да је начело истраге (утврђивања истине) двоструко ограничено. С једне стране, начело пропорционалности не допушта прекомерност која би угрозила слободу човека и грађанина:

45 Чл. 51 ЗПППА

порески орган може да ограничи право пореског обвезника или да утиче на његов правни интерес само поступањем које је неопходно да се њиме оствари сврха прописа и само ако та сврха не може да се оствари друкчијим поступањем којим би се мање ограничавала права или у мањој мери утицало на правни интерес обвезника.⁴⁶ То практично значи да начело истраге не налаже пореском органу да сваки појединачни порески предмет решава на начин судије који пресуђује у парници, а напред наведени уставни принципи законитости и једнакости подривају обавезност „стопостотне доктрине“. С друге стране, забраном потцењивања (нем. *Untermaßverbot*) (Seer, 2010: 371) штите се основна права свих осталих пореских обвезника, јер би уставно начело једнакости и из њега проистекао порескоправни принцип хоризонталне правичности⁴⁷ били нарушени уколико би Пореска управа показивала неразумну (несразмерну) уздржаност у примени пореског закона према поједином обвезнику или одређеном кругу обвезника. Порески органи треба да спроводе контролу како би спречили да порези буду пријављени у мањем износу или погрешно наплаћени, односно да се повраћаји пореза и пореске олакшице одобравају или, пак, ускраћују погрешно.⁴⁸ На тај начин се обезбеђује законитост у целокупној примени, чиме се структурално, на ефикасан начин, сузбија ризик од избегавања плаћања пореза.

5.3. Промена парадигме – споразуми између Пореске управе и пореског обвезника

Основни (стандардни) порески управни однос између Пореске управе и пореског обвезника подразумева да је, у оквиру законом прописаних обавеза сарадње,⁴⁹ порески обвезник дужан да подноси пореску пријаву у којој доставља податке од значаја за утврђивање пореске основице, а у случају самоопорезивања и податак о обрачунатом порезу. Од обвезника се, по правилу, не захтева да објашњава на који начин је стекао доходак. Порески орган може, међутим, да у поступку утврђивања и провере чињеница испитује обвезника о подацима које је навео у пореској пријави (Plić Rorov, 2021: 363–376),⁵⁰ прикупља додатне информације, исправља

46 Упор. чл. 6, ст. 1 ЗУП

47 Хоризонтална правичност налаже да лица с истом економском снагом треба да плате исти износ пореза.

48 Чл. 85 *Abgabenordnung*; Чл. 1, ст. 1 ЗПППА

49 Чл. 10, ст. 1, тач. 2 ЗПППА

50 Нпр. код утврђивања посебног пореза на увећање имовине за коју физичко лице не може да докаже да је стекло на законит начин. Закон о утврђивању порекла имовине и посебном порезу, *Сл. гласник РС*, 18/20 и 18/21

обрачунати износ дугованог пореза и др. Основни порески управни однос је, дакле, заснован на законом уведеним обавезама и већина пореских обвезника неће имати подстицаје да у изношењу чињеница прекораче најниже постављену лествицу захтева за обелодањивање, посебно оних чињеница које су везане за неизвесност и ризике (OECD, 2008: 40).

OECD је увео концепт „испуњавање обавеза у сарадњи“ (енг. *co-operative compliance*),⁵¹ који указује не само на сарадњу пореских обвезника и пореске администрације, засновану на међусобном разумевању, непристрасности, поштовању сразмерности, уважавању комерцијалног аспекта пословања обвезника и обелодањивању релевантних чињеница, него и да је циљ, у оквиру стратегије управљања ризиком коју спроводи порески орган, испуњавање обавеза које води благовременом плаћању тачног износа пореза, који је утврђен на основу веродостојних чињеница од значаја за опорезивање (OECD, 2013: 16).

Испуњавање обавеза у сарадњи пореског органа и пореског обвезника, према нашем мишљењу, нарочито долази до изражаја у домену трансферних цена. Пошто се у пракси показује да стандардна (убичајена) контрола у поступцима који се тичу ценовних аранжмана међу повезаним лицима (најчешће чланицама мултинационалне групе компанија) није довољно ефикасна – како са становишта високих трошкова (времена и ресурса), тако и у погледу остварених резултата – почели су се развијати кооперативни модели испуњавања обавеза у вези са трансферним ценама, међу којима се посебно издваја претходни споразум о ценама. Реч је о споразуму који утврђује, пре настанка контролисаних трансакција, одговарајући скуп критеријума (нпр. метод „ван дохвата руке“, упоредиве параметре и пратећа адекватна усклађивања и др.) на основу којих се за наведене трансакције за одређени период примењују правила о трансферним ценама те се њиме допуњују традиционални административни и судски механизми и механизми међународних пореских уговора (OECD, 2022: 14).

С обзиром на то да се у српском праву и у већини европских националних права ратификовани међународни уговор у хијерархији општих правних аката налази изнад закона, обавеза из чл. 25, ст. 3 међународног пореског уговора (рађеног на основу Модел конвенције OECD о дохотку и имовини) би, и у одсуству норме домаћег права која би допуштала закључивање споразума између пореске управе и пореског обвезника, могла да представља правни основ ако је реч о спречавању међународног двоструког

51 Њему је претходио концепт тзв. „унапређеног односа“ (енг. *enhanced relationship*), али се сматрало да његов назив може, евентуално, да асоцира на одређену неједнакост у третману пореских обвезника (нпр. да порески орган посебно „унапреди однос“ са великим компанијама које су порески обвезници) (OECD, 2013: 16)

опорезивања. У литератури се наводи да се код претходног споразума о ценама, као ни код претходног пореског мишљења, не ради о напуштању принципа законитости пореза него о поступку којим се унапређује правна сигурност и смањују административни трошкови Пореске управе и трошкови испуњавања обавезе (Роровић, 2020: 56; Поповић, Илић-Попов, 2020: 7–37). Билатералним претходним споразумом о ценама би се унапред уговорило која од метода „ван дохвата руке“⁵² ће бити примењена за потребе пореског биланса у конкретної трансакцији између повезаних лица, са циљем да трансферну цену што верније преведе на цену „ван дохвата руке“. Разлози правне сигурности, транспарентности и економичности имају и у овом случају превагу над захтевом да се примењује стандард доказивања у виду вероватноће која се граничи с извесношћу.

6. Закључак

Пореска управа је дужна да утврђује све чињенице које су битне за доношење законите и правилне одлуке, посвећујући једнаку пажњу чињеницама које иду у прилог и на штету пореском обвезнику. Чињенице морају да што објективније и потпуније одразе пореску ситуацију пореског обвезника. „Пут“ до доношења пореског решења, заснованог на правилној примени материјалног пореског закона, није увек брз и једноставан, али је битно да се посредством утврђених чињеница дође до материјалне истине, која ће у крајњем исходу довести до наплате пореза. При томе, не сме се робовати „крхкој догми“ стандарда доказивања у виду потпуне уверености, већ је неопходно захтев за најпотпуније могуће остварење законитости у појединачном случају заменити захтевом за што је могуће потпуније остварење законитости у свеукупном извршењу. Сем тога, уколико је пореско решење засновано на тачном и потпуно утврђеном чињеничном стању, које подразумева поштовање законитости и поступање у доброј вери обе странке у пореском поступку, оправдано је очекивати да ће број жалби против пореских решења, односно тужби Управном суду бити значајно мањи, што рад пореских органа чини делотворнијим, а порески поступак ефикаснијим.

52 Метода упоредиве цене на тржишту, метода цене коштања увећане за уобичајену бруто маржу, метода препродајне цене, метода трансакционе нето марже, метода поделе трансакционе добити.

Литература (References)

Abgabenordnung. Преузето 20. 5. 2023. https://www.gesetze-im-internet.de/ao_1977/

Бабић, Ј. (2005). *Морал и наше време*. Београд: Службени гласник.

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 09. März 2004 – 2 BvL 17/02. Преузето 21. 5. 2023. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2004/03/ls20040309_2bvl001702.html

Bilateral Advance Pricing Arrangement Manual. (2022). Paris: OECD.

Velepedija. Enciklopedija Veleučilišta u Rijeci. Преузето <http://ucka.veleri.hr/wiki/>

Veliki rečnik manje poznatih reči i izraza. (2016). Asocijacija. Преузето <https://velikirecnik.com/2016/10/03/asocijacija/>

Verwaltungsverfahrensgesetz. Преузето 15. 5. 2023. <https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/>

Dika, M. (2017). Опцепознате чињенице у парничном поступку. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. 1(38). 1–19.

Dika, M. (1991). О standardima utvrđenosti чињеница у парничном поступку. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. 1(36). 1–70.

Живковић, М. (1982). Примена колизионе норме међународног приватног права на право државе са нејединственим правним подручјем. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 22. 473–489.

Закон о општем управном поступку. *Службени гласник РС*. Бр. 18/2016 и 95/2018

Закон о општем управном поступку Републике Српске. *Службени гласник Републике Српске*. Бр. 13/2002, 87/2007, 50/2010 и 66/2018

Закон о општем управном поступку. *Narodne novine*. Бр. 47/2009 и 110/2021

Закон о порезу на доходак грађана. *Службени гласник РС*. Бр. 24/2001, 80/2002, 135/2004, 62/2006, 65/2006, 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011, 7/2012, 93/2012, 114/2012, 8/2013, 47/2013, 48/2013, 108/2013, 6/2014, 57/2014, 68/2014, 5/2015, 112/2015, 5/2016, 7/2017, 113/2017, 7/2018, 95/2018, 4/2019, 86/2019, 5/2020, 153/2020, 156/2020, 6/2021, 44/2021, 118/2021, 132/2021, 10/2022, 138/2022, 144/2022 и 6/2023

Закон о пореском поступку и пореској администрацији. *Службени гласник РС*. Бр. 80/2002, 84/2002, 23/2003, 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005, 62/2006, 63/2006, 61/2007, 20/2009, 72/2009, 53/2010, 101/2011, 2/2012,

93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015, 112/2015, 15/2016, 108/2016, 30/2018, 95/2018, 86/2019, 144/2020, 96/2021 и 138/2022

Закон о управном поступку. *Службени лист Црне Горе*. Бр. 56/2014, 20/2015, 40/2016 и 37/2017

Закон о утврђивању порекла имовине и посебном порезу. *Службени гласник РС*. Бр. 18/2020 и 18/2021

Плић Попов, Г. (2021). Poreski aspekt unakrsne provere uvećanja imovine fizičkog lica u srpskom pravnom sistemu. U Perović Vujačić, Jelena S. (Ur.) *Zbornik radova Kopaoničke škole Prirodnog prava – Slobodan Perović*. Beograd: Kopaonička škola prirodnog prava – Slobodan Perović. (II). 363–376.

Илић-Попов, Г. (2014). Подаци и информације у пореском поступку и правна сигурност у Републици Србији. У Марковић, Г. (Ур.). *Владавина права и правна држава у региону*. Источно Сарајево: Универзитет у Источном Сарајеву Правни факултет. 871–891.

Квас, К. (2011). *Истина и поетика*. Нови Сад: Академска књига.

Co-operative Compliance: A Framework (2013). Paris: OECD.

Liccardo, G. (1962). *Introduzione allo studio del diritto tributario*. Napoli: E. Jovene.

Ljubanović, B. (2019). Načelo traženja materijalne istine i upravni postupak. *Hrvatska i komparativna javna uprava*. 4(19). 659–675.

Marotti, B. (2005). Što je činjenica? O Krstićevom poimanju (znanstvene) objektivnosti. *Prilozi za istraživanje hrvatske filozofske baštine*. 1–2 (61–62). 303–317.

Merriam-Webster's Online Dictionary. (2005). Truth. Preuzeto 20. 4. 2023. <https://www.merriam-webster.com>

Nuhodžić, Dž. (2019). Načela krivičnog postupka i pojednostavljene procesne forme sa posebnim osvrtom na odnos sporazuma o priznanju krivice i načela istine i pravičnosti. *Univerzitetska misao – časopis za nauku, kulturu i umjetnost*. (18). 120–135.

Popović, D. (2020). *Poresko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Поповић, Д. и Илић-Попов, Г. (2020). Претходно пореско мишљење: пледоаје за његово преобликовање у српском пореском праву. *Анали Правног факултета у Београду*. 3(68). 7–35.

Пресуда Управног суда, Одељење у Нишу, бр. II–4, У. 16469/12, од 22. 8. 2013. године

Radbruch, G. (1910). *Einführung in die Rechtswissenschaft*. Leipzig: Quelle & Meyer.

Речник српскога језика. (2011). Нови Сад: Матица српска.

Seer, R. (2010). Der Untersuchungsgrundsatz im heutigen Besteuerungsverfahren. *Steuer und Studium*. 8. 369–374.

Seer, R. (2008). Der Vollzug von Steuergesetzen unter den Bedingungen der Massenverwaltung. *Steuervollzug im Rechtsstaat*. Hrsg. Werner Widmann. *Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft (DStJG)*. Band 31. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt. 7–36.

Sijerčić-Čolić, H. (2012). Načelo materijalne istine u krivičnom postupku. U Petrović, A. i Jovanović, I. (Ur.). *Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva (normativni i praktični aspekti)*. Београд: Мисија OEBS у Србији.

Структура научног знања. Слайд 3 и 4. Преузето 24. 4. 2023. <http://www.ef.uns.ac.rs/predmeti/mas/metodologija-naucno-istrazivackog-rada/04-struktura-naucnog-znanja-cinjenice-zakoni-i-teorije.pdf>

Study into the Role of Tax Intermediaries. (2008). Paris: OECD.

Tipke, K. (2004). Zwischen materiellem Steuerrecht und Steuerverfahrensrecht. *Steuer und Wirtschaft*. 1. 3–23.

Tipke, K. i Lang, J. (2005). *Steuerrecht*. Köln: Dr. Otto Schmidt Verlag.

Томић, З. Р., Миловановић, Д. и Цуцић, В. *Практикум за примену Закона о општем управном поступку*. Преузето 10. 5. 2023. <https://dokumen.tips/documents/oe-oe-oe-za-primenu.html?page=31>

Тосић, П. и сарадници. (2008). *Речник синонима*. Београд: Корнет.

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

Horvat, S. i Gavrić, A. (2014). Toma Akvinski i Martin Heidegger o istini. *Logos Journal of Philosophy and Religion*. 1(2). 9–29.

Hrvatska enciklopedija, mrežno izdanje. (2021). (Ur. Ravlić, S.). Leksikografski zavod Miroslav Krleža. Преузето 15. 4. 2023. <http://www.enciklopedija.hr/Natuknica.aspx?ID=13406>

*Gordana Ilić Popov, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Belgrade
Republic of Serbia*

*Dejan Popović, LL.D.,
Professor Emeritus,
Faculty of Law, University of Belgrade
Republic of Serbia*

FROM FACTS TO TRUTH IN TAX PROCEDURE

Summary

Tax assessment, which implies the establishment of individual tax liability of the specific taxpayer, precedes tax collection. It presupposes the prior collection of all facts that can contribute to correct and accurate determination of the taxable base and, subsequently, the amount of the tax debt. In the modern information age, the possibility of finding out various facts has significantly increased, but they always require verification. The facts must reflect the tax situation of the taxpayer as objectively and completely as possible. However, the demand for equal treatment of taxpayers in the same or similar tax situations is faced with the reality in which the Tax Administration carries out a large number of tax procedures every year so that the standard of proof in the form of full conviction cannot be achieved. The authors' initial hypothesis is that the tax authorities should base their tax decisions on all tax-relevant facts which enable them to come to the substantive truth in the tax procedure. Objective, credible and comprehensive facts which are determined by the Tax Administration and collected from taxpayers or third parties prevent discretionary resolution of tax administrative matters and, concurrently, ensure the effectiveness and economy of tax procedure. The "path" to establish a tax solution based on the correct application of the material tax law is not always quick and simple, but it is important to arrive at substantive truth through established facts. Achieving the substantive truth must be accompanied by consistent observance of the principles of legality and equality in taxation.

Key words: *fact, principle of substantive truth, establishing facts, tax assessment, tax procedure.*

Tadeusz Zembrzuski, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law and Administration, University of Warsaw
Republic of Poland

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
DOI: 10.5937/zrpfm1-45220

UDK: 336.542/.543:347.91/.95](438)

UDK: 366.5(4-672EU:438)

Рад примљен: 27.06.2023.

Рад прихваћен: 28.07.2023.

EVOLVEMENT OF CONSUMER RIGHTS PROTECTION IN POLISH JUDICIAL PROCEEDINGS: NEW SEPARATE PROCEEDINGS

Abstract: *In recognition of the concept of consumer rights to trial, individual and collective consumer rights should be extended across Europe as well as nationally. The need to affirm the procedural position of the so-called vulnerable parties in civil law proceedings is a complex and multifaceted matter. The Polish legislator having devised new separate proceedings in consumer cases is a manifestation of the equalising justice principle having been realised. Regardless, one may well doubt whether the current procedural form comprises a sufficient volume of significant deviations from ordinary proceedings to justify such nature to be conferred upon it. Related deliberations form part of a broader discussion regarding the structure, form, and suitability of Polish procedural law.*

Keywords: *consumer, protection of consumer rights, consumer access to justice, civil law, civil proceedings, special proceedings.*

1. Consumer-oriented law – the Polish and EU perspective

Consumer law serves the purpose of establishing fair and decent relations between consumers and businesses relations. The Polish definition of the consumer has evolved; contemporarily, the term is defined as a private individual (natural person) entering into a transaction with a business entity, said transaction not directly associated with his/her economic or professional activity (Rejda, 2006: 134). Dating back to the 1960s, individual and collective protection of consumer rights plays a hugely important role across Europe and in Poland today. We are witness to a permanent, considerably expansive and continually developing, component of European law (Łętowska, 2004: 8).

* zembrzuski@wpia.uw.edu.pl; www.zembrzuski.eu

The value of cases involving consumers ties in with their commonwealth aspect; as part of the domestic legal order, European Union law should be accounted for in Poland in civil law proceedings as consumer-oriented proceedings constitute EU law, or are sourced therein. Legal provisions prevalent in individual EU member states ought to be interpreted and recognised within the framework of concepts developed on the European level, in recognition of the so-called consumer access to justice and right to fair trial, principles of EU law equivalence and effectiveness, and the rule of procedural autonomy of member states (Pecyna, 2022: 1028). Consequently, from the vantage point of a Polish lawyer, a consumer's right to a fair trial merits analysis both in the European and domestic perspective (Dybka, 2018: 11). Consumer protection has always been interdisciplinary, under private and public law alike. Yet, dynamic consumer law development over the years has not been balanced. While the level of protection guaranteed across different states has always been diverse (Wróbel, 2005: 42), civil substantive law remains its unquestioned pivot.

Civil law discourse in Poland has been usually interpreted against the backdrop of substantive law instruments of consumer protection, while remaining in the background, as it were (Gajda-Roszczyńska, 2012: 165). Procedural law has been contesting the need for and the purposefulness of generating supplementary legal measures for years (Zembrzuski, 2021: 9). As a result, in terms of consumer rights protection, the Polish Civil Procedure Code (CPC)¹ offers few solutions in terms of resolving such matters differently to other civil law cases. It seems that the need to fortify the consumer's procedural position and protecting him/her against the "*imperfections of the free market*" has not been observed or realised often enough (Samson, 2013: 164).

2. Separate proceedings as a manifestation of improved consumer protection

Gradual European integration notwithstanding, efforts to define and delineate the division of competencies between community and domestic procedural law have triggered the occasional controversy or doubt. It is commendable that the Polish legislator has recently rekindled the related discussion by taking legislative action with intent to make it easier for consumers to pursue claims in court. It has been brought to the lawmakers' attention that, in practice, many individuals harmed by business entities' actions renounce or refrain from seeking redress in judicial proceedings, for a variety of reasons. This in turn has allowed a manifest argument to be put forward, namely that access to justice

¹ Code of Civil Procedure Law of 17 November 1964 (uniform text: *Journal of Laws* 2021, item 1805, as amended).

and right to a fair trial remain material components of a system comprising broadly defined consumer protection measures.

Protecting the so-called vulnerable party in civil law proceedings is a multifaceted issue (Zembrzuski, 2016: 843). In procedural law, this notion most frequently ties in with individuals appearing before a court of law self-sufficiently (*pro se*), renouncing services offered by professional legal assistance providers (Zembrzuski, 2011: 777). Most frequently, such persons are unfamiliar with the letter of law, procedural law in particular, in which case we are dealing with the so-called barrier of procedural norm unfamiliarity (Osowy, 2003: 113). The consumer is a vulnerable party as well. In view of the above, the notion of developing procedural solutions to resolve consumer disputes and fortify the consumer's procedural position is both essential and noteworthy. Supporting the vulnerable party in civil law proceedings should be based on respect for principles of equality of parties, disposition, contradictoriness, and other inherent values of contemporary civil law proceedings.

While the Polish legislator has taken action to “*respond to consumer community expectations with regard to expanding the scope of their rights*”², the way the assumption has been handled gives rise to certain doubt. The Law of March 9th 2023 to amend the Code of Civil Procedure Law and selected other laws³ introduces new⁴ separate proceedings rather than isolated procedural solutions.

The fact-finding judicial proceedings model ought to be undeviating: examining current cases according to general rules ought to be the rule; separate proceedings should be an exception. Claiming that the number of separate proceedings in Poland is exceedingly high is a cliché.⁵ The tendency of multiplying separate proceedings (Ereciński, 2009: 3; Grzegorzczuk, 2011: 72) is disquieting: making the course of fact-finding proceedings more complex and distorting the ordinary to separate proceedings ratio⁶, it also gives rise to a risk of system

2 See: Justification of the draft Government bill of 9th March 2023 to amend the Code of Civil Procedure Law and selected other laws (item 62, p. 41), hereinafter referred to as “*Justification*” (Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Druk nr. 2650, Sejm, 27 .9. 2022; <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=2650>

3 See: <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/PrzebiegProc.xsp?id=7E8A1FF49174B3D2C12588CC005A5F02>

4 In recent years, separate proceedings in commercial law cases have been brought back in Poland, and separate proceedings in intellectual property cases have been introduced.

5 Depending on the calculation formula, over a dozen separate proceedings are identifiable in Poland.

6 Over 3 million cases are examined in Poland in separate writ proceedings alone, allowing civil law cases to be tried as orders for payment, i.e. with the contradictory form bypassed.

inconsistencies developing and growing (Ereciński, 2010: 11; Zembrzuski, 2022: 247). The legislator has observed that risk to a certain extent only, disclaiming that provisions concerning other separate proceedings shall be applicable only insofar as they do not contradict provisions of the newly drafted Code section. The prevalence of legal provisions regulating proceedings involving consumers has thus been highlighted.

3. Procedural solutions in cases involving consumers

The intent behind recognising cases involving consumers as particularly significant to society is to introduce special-purposes procedural solutions designed to secure due and proper protection to aforesaid consumers. Notwithstanding the above, newly introduced proceedings involving consumers shall only encompass three expansive regulations (Articles 458¹⁴-458¹⁶ of the Civil Procedure Code). One may well doubt whether the current form of separate proceedings (as introduced) comprises a sufficient volume of significant deviations from ordinary proceedings which may justify their designation as separate proceedings. Said provisions could have just as well been made part of general procedural regulations.

The essence of any consumer dispute involves the other party thereto, equipped with a greater capacity (financial capacity included) to safeguard its own rights. Newly introduced proceedings defines cases objectively rather than subjectively. Pursuant to Article 458¹⁴ §1 of the Civil Procedure Code, respective provisions shall apply in cases of consumer claims against business entities and in cases of business entity claims against consumers, provided that the given consumer is party to legal proceedings. Cessation of business activities (Zembrzuski, 2009: 22) shall not affect the applicability of the aforesaid regulations (Article 458¹⁴ §3 of the Civil Procedure Code). The moment of entering into the disputed contract shall determine the consumer's status and the consumer nature of said contract.

Newly introduced procedural mechanisms include solutions improving the *status quo* as well as new procedural structures. The former include regulations concerning local jurisdiction, the attribute of jurisdictional competence extending to the need for disputes to be resolved by courts of law competent in terms of substantive, locality-related and functional mechanisms duly stipulated in procedural law (Zembrzuski, 2020: 1035). In principle, the process of assigning a case to a specific court of law rests on correct procedural qualification in terms of abstract statutory rules, and in recognition of the *actor sequitur forum rei* principle. Granting specific autonomy to parties within the aforesaid scope is occasionally used to the disadvantage of vulnerable or third parties.

Referring legal action to a particular court of law convenient to a specific party, with intent to have the said action heard by the same court, may become a vital litigation strategy component (Zembrzuski, 2021: 5). In terms of consumer judicial access, jurisdiction remains essential, frequently a determinant of the consumer's capacity to exercise his/her rights. To date, the Polish legislator has been safeguarding the consumer against entering into unfavourable jurisdiction agreements (Weitz, 2016: 796) and against court competence-related modifications.⁷ Legislative amendments⁸ and the pro-consumer interpretation of legal provisions have vastly expanded legal protection available to said entities (Wołodkiewicz, Zembrzuski, 2021: 607). Furthermore, pursuant to the amended Law of March 9th 2023, consumer rights have been expanded to include the option of taking action also before a court of law competent for the consumer's place of residence.⁹ Newly introduced to the Civil Procedure Code, the solution has been designed to facilitate the process of exercising the consumers' right to fair trial, while reducing the cost of proceedings potentially arising from cases being examined by courts located far away from the consumer's place of residence¹⁰. It may well be assumed that the aforesaid solution will become permanent, a part of the rich evolution of court locality-related Polish legislation (Markiewicz, 2009: 248). Regardless of the above, courts of law should be expected to become aware of related duties, including *ex officio* case examination and contestation of judicial competence (Zembrzuski, 2018: 223).

The obligation requiring businesses to produce all pleadings, i.e. allegations and evidence (Article 458¹⁵ §1 of the Civil Procedure Code),¹¹ in action brought against consumers is new in nature. Should the business be the acting defendant, the aforesaid obligation shall be exercised in response to the suit.¹² Any allegations and/or evidence produced at a later stage shall be disregarded, unless

7 Pursuant to Article 27 of the Civil Procedure Code, the plaintiff shall bring action before the court of first instance in the district of the defendant's place of residence or place of business.

8 Pursuant to Article 31 §2 of the Civil Procedure Code, regulations regarding alternate jurisdiction shall not be applicable in cases against consumers.

9 Not applicable in cases of court jurisdiction exclusivity (Article 38 *et seq.* of the Civil Procedure Code).

10 The justification references solutions contained in Regulation (EU) No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of December 12th 2012 on jurisdiction and recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters (Article 18 clause 1).

11 Any business person not represented by a professional proxy (barrister or legal advisor) shall be duly informed of the obligation imposed upon him/her, and of the consequences of non-compliance.

12 Within a term set out by the chairperson, no shorter than one week, with an option of another term being set out, circumstances of the case pending (Article 458¹⁵ §3 of the Civil Procedure Code).

the business makes it plausible that the same could not have been produced, or that the need to do so arose at a later stage. Should the said entity succeed in delivering under the obligation as described, any further allegations and/or corroborating evidence shall be produced no later than within a term of two weeks as of the day of reference becoming feasible or required. The preclusion has been introduced with a view to secure more effective collection of procedural evidence. In aforesaid terms, the first stage of proceedings shall not be considered “wasted” (Zembrzuski, 2021: 64).

While the aforesaid solution improves procedural expedience, making it easier for consumers to take part in judicial proceedings, it makes the Polish system of procedural substance concentration in civil law proceedings (Gajda-Roszczyńska, 2020: 68; Zembrzuski, 2021: 47), intricate as it is and now based on the preclusion model, even more complex (Fierich, 1928: 1; Wengerek, 1958: 42; Weitz, 2009: 75; Weitz, 2011: 16). Restrictions resembling mechanisms applied in commercial proceedings have been introduced (Szczurowski, 2021: 71; Kulski, 2019: 1166); notwithstanding the above, restrictive solutions shall only apply to one of the parties to proceedings (the business entity), with regard to whom the moment of preclusion shall tie in with that of submitting the first pleading. Conversely, general rules and mechanisms shall apply to the consumer; in consequence, depending on the course of proceedings, the moment of preclusion in the consumer’s case can tie in with the moment of drafting or approving the trial schedule, submitting a pre-trial document, or closing the trial. The new procedural mechanism will to a certain extent seemingly balance out the consumer’s unequal playing field, while not resulting in unjustified improvements to his/her position.

Last but not least, noteworthy solutions include measures tying in with cost of proceedings, designed to encourage business entities to participate in conciliatory consumer dispute resolution attempts prior to any action being brought before a court of law. The legislator is critical of any circumstances of a business entity abandoning attempts at conciliatory dispute resolution prior to filing a suit, evading participation in such conciliatory efforts, and/or participating therein in bad faith. All of the above may contribute to pointless legal action, or have detrimental effect on the subject of the dispute being identified before a court of law. In such cases, notwithstanding the outcome of the case,¹³ the court may order the business entity to cover the cost of legal proceedings in full or in part. In justified cases, the court shall be authorised to go as far as to increase the cost of legal proceedings, albeit doubling the cost shall be considered the cap

13 As a general rule, the unsuccessful party shall be obliged to reimburse the other party on demand for any costs required to seek due rights and targeted defence (Article 98 §1 of the Civil Procedure Code).

limit (Jakubecki, 2019: 187; Zembrzuski, *Nadużycie* 2022: 170). The aforesaid solution has been designed to “*promote good practices in business-consumer (B2C) relationships, and eliminate circumstances of untrustworthy businesses forcing consumers to bring legal action before a court of law in seeking to exercise their due rights*”¹⁴. According to the proponents, the solution should curb negative and dishonest consumer-affecting market behaviours. Yet, the claim that the afore-described mechanism shall safeguard effective consumer rights protection seems somewhat doubtful. The structure seems to be an attempt at expanding procedural law to include an institution resembling *culpa in contrahendo*, a substantive law implement¹⁵. The regulation itself as well as its legal nature remain obscure; only once applied in practice can they actually be verified in terms of usefulness and purpose.

4. Closing Remarks

While consumer rights protection remains the domain of civil law, civil procedure should, in all actuality, comprise the recognised fundamental set of instruments in substantive law protection. In Poland, the assumption of seeking protection of contractual rights and other interests in cases involving consumers pursuant to rules identical to those applying to claim seeking by other entities has been renounced (Rejda, 2010: 462). Procedural law has been expanded to include auxiliary pro-consumer solutions, the role and significance of the so-called consumer right to trial duly accentuated.

Developing new separate proceedings as an optimum solution triggers doubt. Separate proceedings may become a source of further complications of intra-systemic interconnections typical for civil law proceedings (Cieślak, 2013: 132). While the scope of new separate proceedings is not overtly expansive, it may well be assumed that appeals for the introduction of successive pro-consumer solutions to procedural law or elimination of applicable regulations will be voiced over the upcoming months or years. The question regarding the purposefulness of parallel separate provisions concerning cases involving consumers and labour law cases remains open, for example (May, 2022: 279). That question will form part of a broader discussion concerning the structure, form, and suitability of procedural law in Poland (Zedler, 2006: 309; Weitz, 2020: 28).

Court trial should be effective, ensuring the capacity for a correct ruling to be passed in possibly swift proceedings (Ereciński, Weitz, 2005: 17). It should also be fair (Pietrzkowski, 2005: 53), ensuring that the rights of all parties involved

¹⁴ See: Justification, p. 42.

¹⁵ Pursuant to Article 72 §2 of the Code of Civil Procedure Law of April 23rd 1964 (uniform text: *Journal of Laws* 2022, item 1360, as amended.).

are duly safeguarded¹⁶ (Zembrzuski, 2017: 573). The procedural position of parties to proceedings is occasionally considerably diverse for a variety of reasons (Borucka-Arctowa, 1978: 53). Significant factors may include i.a. professional or personal qualifications (including intelligence, life experience, and/or financial standing). Actual economic disproportions most often exist between the consumer and the opposing business entity. The Polish legislator having taken new action in 2003 to devise new separate proceedings is a manifestation of the equalising justice principle having been realised. Introducing statutory disproportion between parties to judicial proceedings was an intentional exercise. Legislative actions are to serve the purpose of “*fortifying the consumer’s position*”¹⁷. Time will show just how efficient and effective they are. Legal practice will show whether they shall contribute to boosting a sense of justice in the society, and restore true equilibrium to parties engaging in civil law transactions.

Bibliographical references

Borucka-Arctowa, M. (1978). Poglądy na zróżnicowanie społeczne w świetle przepisów prawnych i stosowania prawa. In *Poglądy społeczeństwa polskiego na stosowanie prawa*. Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich PAN.

Cieślak, S. (2013). Powiązania wewnątrzsystemowe w postępowaniu cywilnym. Warszawa: LexisNexis.

Dybka, W. (2018). Konsumenckie prawo do sądu. Warszawa: Drukarnia Advert.

Ereciński, T. (2010). O uwarunkowaniach, potrzebie oraz zakresie nowego kodeksu postępowania cywilnego. *Polski Proces Cywilny*. 1. 9-19.

Ereciński, T. (2009). Postępowania odrębne de lege lata i de lege ferenda (Separate Proceedings de lege lata and de lege ferenda). In Dolecki, H., Flaga-Gieruszyńska, K. (ed.), *Ewolucja polskiego postępowania cywilnego wobec przemian politycznych, społecznych i gospodarczych*. Warszawa: C.H. Beck.

Ereciński, T., Weitz K. (2005). Efektywność ochrony prawnej udzielanej przez sądy w Polsce. *Przegląd Sądowy*. 10. 3-36.

Fierich, F.X. (1928). *Środki skupienia materiału procesowego według projektu kodeksy procedury cywilnej*. Kraków: Drukarnia Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Gajda-Roszczyńska, K. (2012). Sprawy o ochronę indywidualnych interesów konsumentów w postępowaniu cywilnym. Warszawa: Wolters Kluwer.

16 Depriving a party of the capacity to defend its rights ties in with the realisation of grounds for nullity of proceedings, the establishment of which gives rise to judicial obligation to annul the defective decision..

17 See: Justification, p. 41.

Gajda-Roszczyńska, K. (2020). System koncentracji materiału procesowego po zmianach wprowadzonych na mocy ustawy z 4.07.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw w postępowaniu zwyczajnym. *Polski Proces Cywilny*. 1. 9-37.

Grzegorzczak, P. (2011). Postępowania odrębne w świetle projektowanych zmian Kodeksu postępowania cywilnego. In Markiewicz, K. (ed.), *Reforma postępowania cywilnego w świetle projektów Komisji Kodyfikacyjnej*. Warszawa: C.H. Beck.

Jakubecki, A. (2019). Sankcje za nadużycie uprawnień procesowych w kodeksie postępowania cywilnego. *Palestra*. 11-12. 181-191.

Kulski, R. (2019) Odrębności postępowania w sprawach gospodarczych. *Monitor Prawniczy*. 21. 1166-1175.

Łętowska, E. (2004). Europejskie prawo umów konsumenckich. Warszawa: C.H. Beck.

Markiewicz, K. (2009). Właściwość sądu w procesie cywilnym wobec przemian politycznych, społecznych i gospodarczych, In Dolecki, H., Flaga-Gieruszyńska, K. (ed.), *Ewolucja polskiego postępowania cywilnego wobec przemian politycznych, społecznych i gospodarczych*. Warszawa: C.H. Beck.

May, J. (2022). Celowość utrzymania postępowania w sprawach z zakresu prawa pracy jako postępowania odrębnego. *Gdańskie Studia Prawnicze*. 5.

Osoy, P. (2003). Aktywność informacyjna sądu a ustawowe granice pomocy stronie – rozważania na tle art. 5 k.p.c. *Rejent*. 7-8. 107-126.

Pecyna, M. (2022). Postępowanie w sprawach konsumenckich In Machnikowska A. (ed.), *System Postępowania Cywilnego. Vol 6. Postępowania odrębne*. Warszawa: C.H. Beck.

Pietrzkowski, H. (2005). *Prawo do rzetelnego procesu w świetle zmienionej procedury cywilnej. Przegląd Sądowy*. 10. 37-54.

Rejda, M. (2006). Definicja konsumenta w rozumieniu kodeksu cywilnego (art. 22¹ k.c.). *Rejent*. 1. 118-135.

Rejda, M. (2010). Współczesne przemiany w procesie cywilnym w odniesieniu do ochrony interesów konsumentów (indywidualnych, zbiorowych oraz grupowych). In Jakubecki, A., Strzępka, J.A. (ed.), *Jus et remedium. Księga jubileuszowa Profesora Mieczysława Sawczuka*. Warszawa 2010: Wolters Kluwer.

Samson, M. (2013). Rozwój idei ochrony konsumenta po 1926 r. Konsument w ujęciu prawnym i ekonomicznym. *Studia Ekonomiczne*. 3 (63). 163-174.

Szczurowski, T. (2021). Prekluzja twierdzeń i dowodów w nowym postępowaniu gospodarczym. In Dziurda, M., Zembrzuski, T. (ed.), *Praktyka wobec nowelizacji postępowania cywilnego – konsekwencje zmian*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Weitz, K. (2009). Między systemem dyskrejonalnej władzy sędziego a systemem prekluzji – ewolucja regulacji prawa polskiego. In Dolecki, H., Flaga-Gieruszyńska, K. (ed.), *Ewolucja polskiego postępowania cywilnego wobec przemian politycznych, społecznych i gospodarczych*. Warszawa: C.H. Beck.

Weitz, K. (2016). Nowe rozwiązania dotyczące ochrony słabszej strony stosunku prawnego w rozporządzeniu Bruksela Ia. In Boratyńska, M. (ed.), *Ochrona strony słabszej stosunku prawnego. Księga jubileuszowa ofiarowana Profesorowi Adamowi Zielińskiemu*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Weitz, K. (2011). System koncentracji materiału procesowego według projektu zmian Kodeksu postępowania cywilnego. In: Markiewicz K. (ed.), *Reforma postępowania cywilnego w świetle projektów Komisji Kodyfikacyjnej*. Warszawa: C.H. Beck.

Weitz, K. (2020). *Współczesne problemy kodyfikacji prawa postępowania cywilnego*. *Forum Prawnicze*. 3. 28-46.

Wengerek, E. (1958). Koncentracja materiału procesowego w postępowaniu cywilnym, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.

Wołodkiewicz, B., Zembrzuski, T. (2021). Właściwość umowna i badanie właściwości sądu – aktywność sędziego czy strony? In Bilewska, K., Kocot, W., Krekora-Zajac, D. (ed.), *Wykonywanie zobowiązań. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Adamowi Brzozowskiemu*. Warszawa: C.H. Beck.

Wróbel, A. (2005), Autonomia proceduralna państw członkowskich. Zasada efektywności i zasada efektywnej ochrony sądowej w prawie Unii Europejskiej. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*. 1. 35-58.

Zedler, F. (2006). Co dalej z kodeksem postępowania cywilnego. In *Czterdziestolecie Kodeksu postępowania cywilnego. Zjazd Katedr Postępowania Cywilnego w Zakopanem (7-9.10.2005 r.)*. Kraków: Zakamycze.

Zembrzuski, T. (2018). Badanie właściwości miejscowej sądu w sprawach z udziałem konsumentów z perspektywy prawa wspólnotowego. In Barańska, A., Cieślak, S. (ed.), *Ars in vita. Ars in iure. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Januszowi Jankowskiemu*. Warszawa: C.H. Beck.

Zembrzuski, T. (2021). Koncentracja materiału procesowego – w poszukiwaniu właściwej drogi. In Dziurda, M., Zembrzuski, T. (ed.), *Praktyka wobec nowelizacji postępowania cywilnego – konsekwencje zmian*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Zembrzuski, T. (2017). Nieważność postępowania w procesie cywilnym. Warszawa: Wolters Kluwer.

Zembrzuski, T. (2022). Nadużycie prawa procesowego de lege lata. In Kosonoga J. (ed.), *Przeciwdziałanie nadużyciu uprawnień procesowych w postępowaniu sądowym*. Warszawa: Dom Wydawniczy Elipsa.

Zembrzuski, T. (2016). Pouczenie strony występującej w procesie cywilnym bez zawodowego pełnomocnika co do wnoszenia środków zaskarżenia. In Boratyńska, M. (ed.), *Ochrona strony słabszej stosunku prawnego. Księga jubileuszowa ofiarowana Profesorowi Adamowi Zielińskiemu*, Warszawa: Wolters Kluwer.

Zembrzuski, T. (2020). Powołanie sędziego do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego sądu wyższego szczebla a rozpoznanie sprawy przydzielonej w dotychczasowym miejscu służbowym. *Monitor Prawniczy*. 19. 1035-1039.

Zembrzuski, T. (2017). Pozbawienie możliwości obrony praw strony w orzecznictwie Sądu Najwyższego. In Tomalak, M. (ed.), *Ius est a iustitia appellatum. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Wiśniewskiemu*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Zembrzuski, T. (2011). Przyznanie prawa ubogich w postępowaniu cywilnym. In Gudowski, J., Weitz, K. (ed.), *Aurea Praxis, Aurea Theoria*. Księga Pamiątkowa ku czci prof. Tadeusza Erecińskiego. Vol. I. Warszawa: LexisNexis.

Zembrzuski, T. (2021). Właściwość sądu w sprawach cywilnych z udziałem konsumenta. *Przegląd Sądowy*. 2. 5-19.

Zembrzuski, T. (2009). Wpływ zaprzestania prowadzenia działalności gospodarczej na przebieg procesu cywilnego. *Przegląd Prawa Handlowego*. 8. 22-28.

Zembrzuski, T. (2022). Względny przymus bezwzględny, czyli pełnomocnik procesowy w sprawach własności intelektualnej. In Całka, E., Jakubecki, A., Nazar, M., Niewęglowski, A., Poździk, R. (ed.), *In varietate concordia. Księga jubileuszowa Profesora Ryszarda Skubisza*. Warszawa: C.H. Beck.

*Dr. Tadeusz Zembrzuski,
Редовни професор,
Факултет права и администрације, Универзитет у Варшави
Република Пољска*

РАЗВОЈ ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ ПОТРОШАЧА У ПОЉСКИМ СУДСКИМ ПОСТУПЦИМА: НОВИ ОДВОЈЕНИ ПОСТУПЦИ

Резиме

Сврха закона о потрошачима је да структурира поштене и пристојне односе између потрошача и привредних субјеката. Потрошачки спорови су од значаја за читаву заједницу. С обзиром да је право Европске уније део домаћег правног поретка, оно се мора узети у обзир приликом пресуђивања у грађанскоправним предметима у Пољској. Будући да произилази (између осталог) из обавезе транспозиције права ЕУ, динамичан развој права потрошача у Пољској првенствено је повезан са материјалним грађанским правом, док је дискурс у погледу грађанскоправних поступака увек остао у сенци анализе инструмената материјалног грађанског права који се примењују у заштити потрошача. У погледу заштите права потрошача, пољски Законик о грађанском поступку не нуди много решења за регулисање потрошачких спорова која би се по било чему разликовала од других грађанскоправних спорова.

Без обзира на напредак европских интеграција, процес дефинисања и разграничења надлежности расподељених између законодавства ЕУ и домаћег законодавства у погледу процесног права изазива повремене контроверзе или сумње. Треба похвалити чињеницу да је Пољска недавно предузела законодавне мере које потрошачима олакшавају да остваре своја права у судским поступцима. Ове мере обухватају увођење узастопних одвојених поступака; (у Пољској су последњих година враћени одвојени поступци у привредним предметима, док су уведени нови поступци у предметима који се односе на интелектуалну својину). Док тренд умножавања одвојених поступака забрињава (јер доприноси усложњавању деклараторног поступка и носи претњу од настајања и нагомилавања системских недоследности), појам развоја свеобухватних процедуралних решења намењених решавању потрошачких спорова и јачању процесне позиције потрошача (као тзв. слабије стране у поступку) чини се вредним пажње.

Допуњене одредбе Законика о парничном поступку (чланови 45814 – 45816) регулишу поступке који се односе на потрошаче. Нови процесни механизми укључују решења која унапређују постојеће механизме и доносе нова процесна

решења. Првопоменућа група обухвата решења које се односе на суд месне надлежности. У принципу, потрошач стиче способност да поднесе тужбу и пред судом који је надлежан за његово или њено место пребивалишта. Нова процедурална решења обухватају обавезу привредних субјеката да наведу све тврдње и доказе у тужби против потрошача под претњом одбацивања. Иако ово решење олакшава учешће потрошача у судским поступцима, оно додатно компликује ионако замршени систем прикупљања процесних доказа у грађански поступцима заснованом на преклузији. С друге стране, решења која се односе на трошкове судских спорова су за похвалу јер охрабрују привредне субјекте да приступе добровољном решавању потрошачких спорова пре покретања тужбе пред судом. Између привредног субјекта и потрошача обично постоји реална економска диспропорција. Мере које је донео пољски законодавац усмерене су ка остваривању принципа једнакости, а време ће показати њихову ефикасност у судским поступцима.

Кључне речи: потрошач, заштита права потрошача, грађанско право, парнични поступак.

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

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
DOI: 10.5937/zrpf1-44231

UDK: 336.74:004.738.5
Раd примљен: 27.04.2023.
Раd прихваћен: 22.06.2023.

ИЗАЗОВИ ДИГИТАЛИЗАЦИЈЕ ФИНАНСИЈСКИХ ТРАНСАКЦИЈА**

Апстракт: Примена савремених информационих технологија суштински је изменила и унапредила глобални финансијски систем и економску размену. Дигитализација финансијског сектора створила је нове финансијске опције, повећала је квалитет финансијских услуга, омогућила бржи и јефтинији трансфер новца. Пратећа појава дигиталне трансформације финансија јесу изазови везани за регулисаност и сигурност коришћења нових дигиталних производа, као и могуће злоупотребе дигиталних трансфера новца. Један од изазова нових финансијских технологија јесте појава децентрализованих финансија које директно конкуришу традиционалним финансијским секторима и могу бити фактор финансијске нестабилности. У овом раду указујемо на актуелне дигиталне иновације у традиционалним и децентрализованим финансијским системима, са намером појашњења нових технологија и финансијских инструмената недовољно познатих широј јавности. Централне банке и регулаторни органи требало би озбиљније да сагледају дигиталне иновације у сложеним и динамичним децентрализованим финансијским секторима у циљу очувања финансијске стабилности и спречавања прања новца. Део рада посвећујемо дефинисању и коришћењу виртуелних валута. Са аспекта централних банака, виртуелне валуте нису новац у правом смислу речи. Као разлози за ову тврдњу наводе се: да виртуелне валуте нису регулисане законима (оне имају своја правила), да не врше

* ljubica@prafak.ni.ac.rs

** Раd је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација РС, према уговору евиденциони број 451-03-47/2023-1/200120 од 3. 2. 2023. године.

Раd је изложен на Међународној научној конференцији „Право и друштвене вредности“, одржаној 21. 4. 2023. године, на Правном факултету Универзитета у Нишу.

у потпуности све функције новца, да нису општеприхваћено средство размене и плаћања и друго. И поред тога, не можемо занемарити могућност експанзије виртуелних валута у будућности, као ни чињеницу да се значајан износ традиционалног новца инвестира у ове валуте.

Кључне речи: *дигитализација, финансијске трансакције, изазови, технолошке иновације, виртуелне валуте.*

1. Увод

Сведоци смо технолошких иновација које су суштински измениле и унапредиле финансије и економску размену. У овом раду указујемо на значај и изазове дигитализације финансија. Дигиталне иновације у финансијском сектору су бројне, многе од њих су недовољно познате општој и делу стручне јавности, што нас је навело да, у основним цртама, дефинишемо значај најважнијих финансијских иновација. Задатак који смо поставили није лак, с обзиром на то да у стручној литератури не постоје општеприхваћене дефиниције и ставови о улози нових дигиталних финансијских производа и услуга. Архитектура, функционисање и регулатива традиционалних финансијских система суочени су са изазовом развоја нових децентрализованих финансијских сектора. Неспорно је да дигитализација повећава квалитет финансијских услуга, овај процес, међутим, прате изазови везани за правну уређеност и сигурност коришћења нових дигиталних производа, као и могуће злоупотребе дигиталних трансфера новца. Новонастали децентрализовани финансијски сектори развијају се независно од традиционалних финансијских сектора. Ови први функционишу по својим правилима која корисници добровољно прихватају, док су традиционалне финансије регулисане законима. Са једне стране, традиционалне финансије доживљавају трансформацију примењујући нове дигиталне технологије а регулаторна тела настоје да адекватно нормирају нове дигиталне финансијске производе и услуге. Са друге стране, децентрализовани финансијски сектори привлаче значајне износе традиционалних валута и функционишу независно од регулативе врховних монетарних институција. Овакво стање на глобалном финансијском тржишту ствара проблем очувања финансијске стабилности и праћења финансијских токова. У овом раду указујемо на дигиталне иновације у традиционалним и децентрализованим дигиталним финансијама. Ова два концепта финансија јесу различита, они утичу један на други али њихов однос није системски уређен, што може бити разлог финансијске и економске нестабилности. Део рада посвећујемо виртуелним

валулама које реално егзистирају у глобалном финансијском сектору а да притом нису озбиљно сагледане као фактор финансијске стабилности. Савремене финансије намећу нове одговоре на питања: Шта је новац? Како добија и губи вредност? Како улази у друштво? Одговори на ова питања су различити у зависности од методолошких и онтолошких полазишта (Paradopoulos, 2015: 136). Не улазећи дубље у анализу различитог теоријског дефинисања, говорићемо о инструментима традиционалних и децентрализованих финансија (у наставку и ДЕФИ), користићемо термине: новац, традиционалне/званичне валуте (укључујући дигиталне) и витруелне валуте (криптовалуте). *Виртуелне валуте* (Virtual Currencies) Европска централна банка дефинише као „дигиталну репрезентацију вредности, коју не издаје централна банка, кредитна институција или институција за е-новац, која у неким околностима може бити коришћена као алтернатива новцу“ (European Central Bank, 2015: 4).

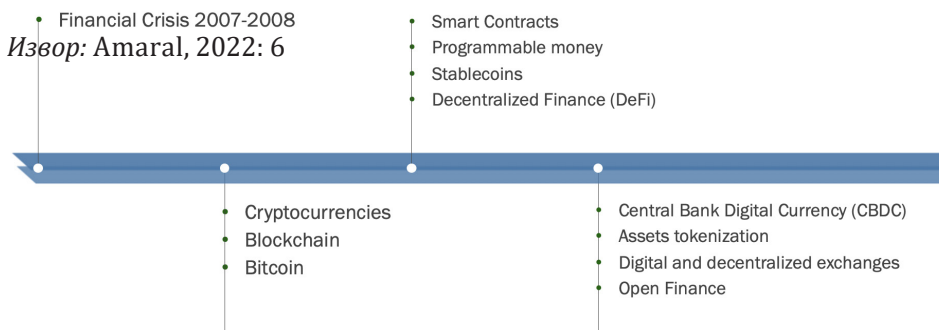
2. Иновације у финансијском сектору

Финансијска технологија (Financial technology – FinTech) односи се на употребу технологија за пружање финансијских услуга и она „представља изазове за регулаторе и учеснике на тржишту, посебно у балансирању користи од иновација са потенцијалним ризицима“ (Arner, Barberis, Buckley, 2015: 3).¹ Антагонизам између конзервативне инерције и примене нових технолошких знања одређује темпо интеграције технолошких иновација у институционалну структуру монетарних система. Глобална финансијска криза 2007–2008. год. створила је додатну несигурност људи у традиционалне финансије. Ова криза је показала слабост монетарних власти да очувају финансијску стабилност и чињеницу „да су информационе технологије банака и архитектуре података биле неадекватне за обимно управљање финансијским ризицима“ (Basel Committee on Banking Supervision, 2013: 8). Светска финансијска криза 2008. год. била је прекретница и један од главних разлога развоја нових, конкурентних, децентрализованих, дигиталних финансијских система. Основне иновације савремене технолошке револуције у свету финансија и економске размене (видети: слику 1) укључују нове технологије и финансијске инструменте, као

1 Финансијска технологија има дугу историју развоја од: увођења телеграфа (1838. год.) и постављања трансатлантског кабла (1866. год.), чиме је постављена инфраструктура за функционалну финансијску глобализацију; увођења банкомата (1967. год.), ово се сматра периодом трансформације финансија из аналогне у дигиталну индустрију; касних 1980-их финансијски сектор углавном користи дигиталне трансакције, финансијске услуге су постале високо глобализоване и дигитализоване; 2008. год. експанзија различитих технологија и актера за пружање финансијских услуга (Arner et al. 2015: 5–15).

што су: *блокчеин* (blockchains) технологија и *технологија дистрибуиране књиге* (distributed ledger technologies), *криптовалуте* (cryptocurrencies), *токенизација имовине* (assets tokenization), *паметни уговори* (smart contracts), *програмабилни новац* (programmable money), *стабилни новац* (stablecoins) и *дигиталне валуте централне банке* (central bank digital currencies).

Слика 1. Иновације у финансијском сектору



3. Криптовалуте и блокчеин технологија

Европска централна банка (у наставку и ЕЦБ) заступа став да виртуелне валуте нису новац, нити званичне валуте (European Central Bank, 2015: 4). Чињеница је, међутим, да се виртуелне валуте користе у њиховом систему, у складу са правилима децентрализованих финансијских сектора. Ова правила и процеси називају се шеме виртуелне валуте (virtual currency schemes) које ЕЦБ разврстава у три категорије (European Central Bank, 2015: 6): *затворене виртуелне валуте*, њима се могу куповати само виртуелне јединице у оквиру виртуелне заједнице; *виртуелне валуте са једносмерним токовима*, могу се купити званичним новцем по одређеном курсу али се не могу заменити назад за званичну валуту (рецимо, бодовни програми лојалности авиокомпанија); *виртуелне валуте са двосмерним токовима*, размењују се са званичним валутама по променљивом курсу, то су приватне криптовалуте, као што су биткоин (Bitcoin), итеријум (Ethereum) и тзв. стабилне криптовалуте везане за званичне валуте или другу имовину. У недостатку опште прихваћене дефиниције, можемо рећи да је *криптовалута* децентрализована дигитална валута, креирана софтвером и кодом. Прецизније, криптовалуте јесу „криптографски токени издати и регистровани у инфраструктури блокчеина/дистрибуиране књиге, где се могу ускладиштити, којима се тргује електронски, и који могу функционисати као средство размене, јединица обрачуна и чувања вредности“ (Amaral, 2022: 3). Криптовалуте се сматрају *виртуелним валутама*, јер су концептуално другачије од званичних дигиталних

валута. Назив криптовалута повезан је са техником *криптовања* (шифровања информација) која се користи за верификацију трансакција и контролу генерисања нових јединица валуте. *Биткоин* је прва и најпознатија криптовалута настала 2008. год. Криптовалуте не издаје званична финансијска институција, због чега се сматрају *приватним финансијским инструментима*. Јединице криптовалуте додељују се путем алгорита, без постојања централизованог издавача. У децентрализованом систему, који чине појединачне базе података умрежених добровољних корисника, свака трансакција се валидира од самих корисника. Иако се приватне криптовалуте сматрају виртуелним валутама, није искључено да се њихов статус временом промени у званичне валуте. Правила за званичне и виртуелне валуте су различита, а монетарне контроле се могу применити на обе валуте (издавање, обрачун пореза, израда регулативе и сл.). На децентрализованим берзама размењују се дигитална средства путем блокчеин паметних уговора. ДЕФИ функционишу на бази *нових облика поверења*, као што су поверење у компјутерски код и поверење у блокчеин мрежу. Практично, у редизајнираном глобалном финансијском систему, нови облици поверења коегзистирају са традиционалним, као што је поверење у званичне валуте, поверење у институције задужене за финансијску стабилност и поверење у правни систем који обезбеђује спровођење уговора и прописа.

Блокчеин (blockchain) технологија/мрежа и криптовалуте настали су 2008. год.² Сви учесници у трговини криптовалутама и њихови корисници повезани су у једну *peer to peer мрежу*, прихватајући иста правила. Ова мрежа није хијерархијски организована, већ су сви корисници међусобно повезани а свако чвориште (хиљаде њих) у мрежи проверава валидност сваке трансакције и информације (проверу врши сам софтвер). Сваки учесник у мрежи располаже информацијама о свим обављеним трансакцијама криптовалутама, прати и валидира све трансакције али не може спречити да се нека трансакција обави. Број тренутно активних корисника у мрежи не утиче на проток информација, довољно је да само неколико корисника (нодова, чворишта) валидира и прослеђује информације о трансакцијама, како би се очувала функционалност овог система. Peer to peer мрежа данас има много корисника и децентрализованих хардверских система са јединственим базама података. Посебну улогу у блокчеин мрежи имају тзв. *рудари* који штите и складиште информације о трансакцијама у блокове и ређају их у један ланац (blockchain).

² Блокчеин технологију/мрежу могуће је користити и у другим областима (умрежавање банака, трговина непокретностима, гласање на изборима и сл.).

Изазови блокчеин технологије односе се на стално усавршавање ове технологије у циљу побољшања функционалности и сигурности мреже, веродостојност и трајно чување свих података, као и брзину њиховог протока. *Изазови корисника блокчеин технологије* повезани су са технолошким знањем, сигурношћу овог система и флукуацијама цена криптовалута. Приступ блокчеин мрежи је слободан, остварује се инсталирањем софтвера и давањем одговарајућег хардвера систему, с обзиром на то да овај систем нема централни сервер. Рудари обезбеђују хардвер систему, а као награду добијају новогенерисане јединице валуте за рударење и валидирање трансакција (више хардвера, више јединица валуте). Криптовалутама се може трговати на крипто берзама, могу се користити и као инструмент инвестирања и online плаћања, мада су ове могућности за сада ограничене. Оно што привлачи кориснике криптовалута јесте могућност зараде на разлици у цени, трансфери криптовалута обављају се брзо, без већих провизија и без утврђивања порекла валута. Иако је примарно настала као основа криптовалута, блокчеин технологија задњих година има све ширу примену у различитим областима. *Дистрибуирана књига* је децентрализована база података којом управља више учесника, на више чворова, што елиминише потребу за централним органом или посредником за обраду, валидацију или аутентификацију трансакција.³ *Блокчеин је врста технологије дистрибуиране књиге*⁴ (у наставку и ТДК) у којој се подаци чувају у континуираном току блокова, повезаних заједно, користећи криптографску функцију, одржавајући тако континуирано растућу листу проверљивих записа (Видети: Zheng, Xie, Dai, Chen, Wang, 2017).

3.1. Биткоин

У овом делу говоримо о биткоину, једној од криптовалута, уз напомену да постоје и друге имплементације блокчеина и алтернативне криптовалуте. *Биткоин* је виртуелна новчана јединица која нема физичку репрезентацију и „може се поделити на 100 милиона „сатошија“, што је најмањи део биткоина“ (Berentsen, Schär, 2018: 4). *Биткоин блокчеин* је датотека података која носи записе о свим прошлим биткоин трансакцијама и стварању

3 Многе дистрибуиране књиге (већина дистрибуираних књига које воде велики финансијски посредници) данас функционишу као хијерархијски модел, са централизованим управљањем (приступ имају само овлашћени учесници).

4 Технологије дистрибуиране књиге (Distributed ledger technologies), укључујући блокчеин, комбинују употребу криптографије и дистрибуираних мрежа како би се постигао нови облик креирања и чувања записа дизајниран да буде заштићен од неовлашћеног коришћења (Lemieux, 2021: 1). Задњих година се ТДК користи за чување записа у различитим пословним секторима.

нових јединица. Сваки учесник управља сопственом копијом књиге и може пратити придржавање правила мреже од осталих учесника. Власници биткоин јединица обично остају анонимни, коришћењем псеудонима. Лице које жели да користи биткоин систем преузима биткоин новчаник (софтвер) који омогућава примање, чување и слање биткоин јединица. Следећи корак је замена званичних валута за биткоин јединице, што се најчешће чини отварањем рачуна на некој од многих биткоин берзи. Власник рачуна може користити ова средства за куповину биткоина или других криптовалута на берзи. Трансакције су транспарентне, обављају се преко књиге налога и других финансијских алата. Информације о трансакцијама криптовалутама дистрибуирају се на мрежи, док сви чворови не буду обавештени о преносу власништва. Биткоин мрежа поседује механизам консензуса који осигурава сагласност свих учесника око права власништва на јединицама виртуелне валуте. Овај механизам консензуса сматра се основном иновацијом биткоин система јер омогућава сагласност изеђу великог броја умрежених учесника, уз одсуство било каквих личних односа (Berentsen, Schär, 2018: 4–5). У биткоин систему рудари прикупљају информације о биткоин трансакцијама на чекању и формирају тзв. „кандидате за блок“. На основу ове активности рудари зарађују новостворене биткоин јединице, уколико убеде све остале учеснике мреже да додају његовог кандидата у своје копије биткоин блокчеин.⁵ Свако може постати рудар преузимањем одговараћег софтвера и најновије копије биткоин блокчеина, међутим, конкуренција је профилисала да неколико великих рудара производи већину нових општеприхваћених блокова.

Биткоин јединице немају суштинску вредност, независно од тога, њима се тргује по цени која осцилира. И управо је очекивано кретање будућих цена биткоина разлог њихове куповине. Купац је спреман да купи биткоин јединицу уколико верује да ће је касније продати по вишој цени. Поверење у биткоин блокчеин мрежу и очекивано кретање цена јесу основни разлози трговине биткоином и другим криптовалутама. Цена биткоина, због промене очекивања учесника на тржишту и непостојања њене суштинске вредности, има изражену волатилност. Губитак поверења и потреси у биткоин блокчеин систему могу бити разлог урушавања овог система. За сада овај систем опстаје и усавршава се новим технолошким решењима,

⁵ Да би блок кандидат био општеприхваћен, мора испунити одређени скуп унапред дефинисаних критеријума. Детаљније о овоме, видети: Berentsen, Schär, 2018: 6.

превазилазићи бројне потресе. Приказ који следи можда најбоље показује динамичност и значај криптовалута.⁶

2008–2009. год. – Појава биткоина и почетак рударења биткоином.

2010. год. – Прво плаћање биткоином (пице).

2011. год. – Значајан раст цене биткоина. Настанак алтернативе биткоину (лајткоин).

2013. год. – Даљи раст цене биткоина и професионализација рударења (употребом посебног хардвера).

2014. год. – Крах MtGox-а (берзе на којој је обављано око 80% трансакција) и велики пад цене биткоина. Разлог краха је било хаковање великог броја биткоина.

2015. год. – Настаје итиријум, друга блокчеин платформа.

2017. год. – Велики скок цене биткоина (преко 10.000\$).

2018–2019. год. – Затишје на тржишту криптовалута и пад цена. Почетак правног регулисања пословања криптовалутама у неким земљама.⁷

2020. год. – Рекордне цене биткоина (28.000\$). Појава итиријум 2.0.

2022. год. – Бурна дешавања у криптосвету. Унапређење блокчеин технологије, у исто време колапс и скандали бројних крипто мењачница. Почело је са хаковањем *Ronin bridge*, када је нестало око 650 милиона долара крипто имовине. Највећу штету крипто тржишту нанела је пропаст *FTX* и *Alameda Research* *Sema Venkmana Frida*, коме се суди за превару и прање новца. Ови скандали подстакли су регулисање крипто тржишта и дигиталне имовине.⁸

22. 3. 2023. год.⁹ – Тренутна цена биткоина је 27.472 \$ а итиријума 1.741\$.

6 Детаљније о овоме видети: <https://www.google.com/search?q=aleksandar+matanovi%C4%87+%D0%BA%D1%80%D0%B8%D0%BF%D1%82%D0%BE%D0%B2%D0%B0%D0%BB%D1%83%D1%82%D0%B0&client=firefox-bd&tbm=vid&ei=D3IbZJ-xH8iB9u8PxOeEyAw&start=10&sa=N&ved=2ahUKewjf9LTJvPD9AhXlGp0NHcQzAckQ8tMDegQIDxAG&biw=1536&bih=739&dpr=1.25#fpstate=ive&vld=cid:c6dccc3,vid:LkPtk2P0PM> Преузето 22. 3. 2023.

7 Закон о дигиталној имовини, *Сл. гласник РС*, 153/20, код нас је усвојен крајем 2020. год., а почео је са применом средином 2021. год. Он дефинише кључне појмове, обавезе издавалаца дигиталне имовине, услове и поступак лиценцирања за пружаоце услуга повезаних са дигиталном имовином и спречавање злоупотреба на тржишту.

8 <https://ecd.rs/blog/kripto-regulativa-zakon-2023/> Преузето 22. 3. 2023.

9 <https://ecd.rs/> Преузето 22. 3. 2023.

3.2. Биткоин и традиционалне валуте

Они који верују у будућност криптовалута наглашавају да биткоин није једина валута која нема суштинску вредност. Државне званичне валуте такође немају суштинску вредност, створене су одлуком влада и регулисане законима. Врховне монетарне институције држава и региона, историјски посматрано, нису успевале да очувају континуирану стабилност својих финансијских система и валута. Глобалну финансијску кризу 2007. год. многи су видели као оправдање за прихватање криптовалута, као користан додатак постојећем валутном систему (Berentsen, Schär, 2018: 7–9). Биткоин систем регулисан је протоколима из 2008. год., који су временом ревидирани, у циљу иновирања овог система. *Блокчеин протоколи* имају за циљ да обезбеде: безбедност (протоколи дефинишу структуру података и начин њихове заштите); децентрализацију (како нема централног органа, протоколи овлашћују целу мрежу); конзистентност (протоколи ажурирају сваку трансакцију на сваком кораку) и скалабилност (повећање броја трансакција)¹⁰. За разлику од блокчеин протокола, монетарно право и политика држава често су под утицајем политичких одлука које утичу на финансијску стабилност и вредност званичних валута.

4. ДЕФИ и традиционалне финансије

Децентрализоване технологије створиле су нови *концепт децентрализованих финансија* (Decentralized Finance – DeFi) који чини финансијска инфраструктура изграђена у блокчеин технологији, као што су биткоин и итеријум блокчеин (Ethereum blockchain). „ДЕФИ користе паметне уговоре за креирање протокола који копирају постојеће финансијске услуге на отворенији, интероперабилнији и транспарентнији начин“ (Schär, 2021: 153). ДЕФИ пружају могућност стварања ефикасне и транспарентне финансијске инфраструктуре, уместо централизованог посредника постоје аутоматизовани протоколи на децентрализованој peer-to-peer мрежи, којој корисници добровољно приступају. Као нови финансијски концепт, ДЕФИ постоји паралелно са традиционалним концептом, иза кога стоји врховна монетарна институција. Иако су утемељени на потпуно другачијим системима, оба финансијска концепта функционишу на темељу *поверења корисника*. Када поверење у неки финансијски систем нестане, такав систем постаје неодржив. Временско подударање финансијске кризе 2008. год. и настанка ДЕФИ у истом периоду, можда најбоље одсликава значај поверења у неки финансијски систем. Криза традиционалних

¹⁰ <https://www.geeksforgEEKS.org/blockchain-protocols-and-their-working/> Преузето 1. 4. 2023.

финансија створила је повољне услове за настанак потпуно другачијег дигиталног финансијског система, као нове финансијске алтернативе коју су многи људи били спремни да прихвате. „ДЕФИ обухватају децентрализовано пружање финансијских услуга кроз различите инфраструктуре, тржишта, технологије, методе и апликације“ (Zetzsche, Arner, Buckley, 2020: 173), заснивају се на отвореним протоколима, уговори се спроводе кодом, трансакције се извршавају на проверљив начин а промене стања постоје на јавном блокчеину. Ова архитектура може створити високо интероперабилан и транспарентни финансијски систем, са једнаким правима приступа и малом потребом за чуварима, централним клириншким кућама или услугама депоновања (већина ових улога може се преузети паметним уговорима). ДЕФИ реално постоје у глобалном финансијском систему, њихова улога се не може игнорисати. Ову чињеницу ваља прихватити и радити на регулисању односа ДЕФИ са традиционалним финансијама, у супротном, децентрализација може пољуљати ефикасност традиционалних финансија. Са друге стране, регулација може утицати на ефикасност и контролу ризика у ДЕФИ. Штавише, ДЕФИ потенцијално нуди могућност развоја потпуно новог начина дизајнирања регулације – идеја „уграђене регулације“ (Zetzsche et al. 2020: 172), заправо је ДЕФИ потребна регулација како би се остварио циљ децентрализације.¹¹

Традиционалне финансије имају хијерархијску структуру, коју чини врховна монетарна институција и финансијски посредници (банке, берзе хартија од вредности и други). Савремене технологије и глобализација преобликовали су традиционална финансијска тржишта и активности групишући их у локална, регионална и глобална приступна чворишта (hubs), чије коришћење зависи од услуга које пружају и поверења које уливају. Коришћење различитих финансијских чворишта ствара клијентима проблеме, као што су: коришћење страних језика и закона, стандарди међудржавних финансијских трансакција, располагање потпуним информацијама, трошкови трансфера новца и саветодавних услуга, могуће казне за непоштовање закона. Нестабилности традиционалних финансија покушавају се решити регулацијом, што се показало недовољно успешним. Насупрот томе, корисници ДЕФИ система повезани су путем општеприхваћених технологија, а трансакције се обављају брзо, стандардизовано, уз мале трошкове. ДЕФИ представља директан изазов системима заснованим на држави, као потпуно децентрализоване финансије оне елиминише улогу држава као креатора и имплементатора правила. У ДЕФИ систему „код је закон“, са технологијом која замењује

11 О потреби и специфичностима регулације ДЕФИ, видети: Zetzsche et al. 2020.

правне системе засноване на држави (Zetzsche et al. 2020: 184). Упркос значајним иновацијама и потенцијалу, ДЕФИ прате и многи изазови. Правно гледано, ДЕФИ могу поткопати владавину права, а постоје и технолошки ризици који су до сада били непознати и у размерама које никада раније нису виђене (видети: Zetzsche et al. 2020: 184–190).

4.1. Паметни уговори

„Паметни уговори су самоимплементирајући и самоизвршиви компјутерски програми”, којима се реализују трансакције преме унапред дефинисаним условима, „засновани на програмском алгоритму”¹² (Цветковић, 2022: 449). Другим речима, традиционални уговор се ставља у програмски код (језик разумљив рачунару)¹³, чиме се дефинише начин извршења паметног уговора. Концепт паметних уговора није нов, међутим, блокчеин технологија даје им нову димензију „да аутоматизују и гарантују извршење великог броја различитих уговорних обавеза без потребе постојања централног ауторитета, правног система или спољашњег механизма спровођења“ (Цветковић, 2021: 16). Извршење традиционалног уговора подразумева састављање текста уговора и поступање по уговореним нормама уз могућност повреде уговора. Насупрот томе, програмски код интегрише дефинисање текста паметног уговора у програмски језик и његово истовремено извршење. Уговори у форми кода јесу средство испуњења уговора, с обзиром на то да „се потенцијално изједначава уговорно регулисање и испуњење уговора – самим постанком кода (нормирањем) оно што би требало да буде учињено као резултат уговора већ је извршено с обзиром на непроменљивост програмског кода и његову затвореност за интервенцију посредника“ (Цветковић, Николић, 2022: 760). Активирањем програма почиње испуњење уговора које је ван контроле уговарача (Цветковић, Николић, 2022: 761). Паметни уговори се генерално односе на апликације ускладиштене на блокчеину којима се извршавају уговори у складу са налогом. За разлику од обичних апликација, код паметног уговора се чува на основном блокчеину, може се проучити, правила уговора су дефинисана а трансакције паралелно обрађује много учесника мреже. Паметни уговори имају приступ многим инструкцијама и стога су прилично флексибилни. Поред тога, они могу да складиште криптоактиве и на тај начин преузму улогу чувара, са потпуно прилагодљивим критеријумима о томе како, када и коме се конкретна

12 Алгоритам је редослед операција при извршавању програма.

13 О конвертовању правила из уговора на „природном језику“ у програмски код, видети: Цветковић, 2022: 452.

средства могу преbacити (Schär, 2021: 154).¹⁴ Извршавање паметних уговора темељи се на јасним правилима и савременој технологији, међутим, сигурност није загарантована. Паметни уговори могу имати безбедносне проблеме који могу довести до ненаменског коришћења средстава.¹⁵ Рецимо, многи ДЕФИ протоколи и апликације користе екстерне изворе података и специјалне администраторске кључеве за управљање системом, спровођење паметних надоградњи уговора или чак искључивање у хитним случајевима (Schär, 2021: 170). Иако ово не представља нужно проблем, корисници би требало да буду свесни да постоји ризик од злоупотреба.

4.2. Токенизација средстава/имовине

Токенизација је нова технологија којом се нека имовина дигитализује и добија форму токена (дигиталног фајла).¹⁶ „Право садржано у токenu може бити свако право које је подобно да добије свој дигитални облик: право својине на покретној или непокретној ствари, удео у привредном друштву, право интелектуалне својине, финансијски инструмент, право на учествовање у добити, право на камату, право да се захтева испуњење одређене чинидбе и слично“ (Цветковић, 2022: 450). *Токенизација* је облик дигитализације а *токенизација средстава* значи да се физичка средства претварају у дигитална средства, која се могу поделити, а подјединице могу бити представљене *дигиталним токеном* (Sazandrishvili, 2020: 68). Блокчеин технологија, поред креирања криптовалута, проширена је на многе друге пословне процесе. Један таква експанзија блокчеина је токенизација имовине, метод који претвара права на средство у дигиталне токене којима се може трговати на блокчеиновима, тренд присутан од 2018. год. Све више ствари се токенизује, од уметничких дела, дијаманата, акција компанија до бродова, авиона и некретнина. Токенизација средстава на блокчеину пружа нове финансијске и пословне могућности али може

14 Вредност средстава закључаних у паметним уговорима везаним за ДЕФИ 2021. год. прешла је 10 милијарди УСД. То нису износи обима трансакција или тржишне капитализације, већ вредност резерви закључаних у паметним уговорима, расположивих за коришћење на различите начине (Schär, 2021: 155).

15 ДЕФИ системи су изложени ризицима везаним за: извршење паметних уговора, оперативну сигурност и зависност од других протокола и екстерних података. Шире о овоме, видети: Schär, 2021: 170–171.

16 *Токенизација* има ширу примену. Када се примењује на безбедност података, то је процес замене осетљивог елемента података (нпр. број банковног рачуна), неосетљивим еквивалентом – токеном (насумични низ података који нема суштинску или искористиву вредност или значење). Токенизација средстава је процес претварања средстава или права власништва над средством у токене. Токени могу представљати идентитет појединаца, имовинска права и још много тога.

довести и до поремећаја, посебно у финансијском сектору и тржишту некретнина (Sazandrishvili, 2020). Општа идеја токенизације је да средства буду доступнија а трансакције ефикасније. Конкретно, токенизована имовина се може лако и брзо пренети на било кога у свету. Ова имовина се може користити у многим децентрализованим апликацијама и чувати у оквиру паметних уговора. Постоје различити технолошки начини креирања блокчеин токена али се, за сада, већина токена издаје на итеријум блокчеину преко шаблона паметног уговора који се назива ЕРЦ-20 стандард токена (Schär, 2021: 157). Ови токени су интероперабилни и могу се користити у скоро свим ДЕФИ апликацијама. Основни проблем у вези са токенизованом имовином је ризик везан за издаваоца. Изворни дигитални токени, као што су биткоин и итеријум, нису проблематични у овом погледу. Насупрот томе, када неко уведе токене уз обећање, на пример, исплате камате или испоруке робе, вредност токена зависи од кредибилитета издаваоца. Уколико издавалац не жели или није у стању да изврши обавезу, токен може изгубити вредност.

5. Дигитална валута централне банке

Дигитална валута централне банке (у наставку и ДВЦБ) јесте нови облик званичног дигиталног новца. Значај криптовалута и улазак великих технолошких фирми у финансијске услуге, навеле су централне банке широм света да раде на креирању новог дигиталног новца који се назива дигитална валута централне банке (Central Bank Digital Currency). Имплементација ДВЦБ зависи од мотивације грађана да усвоје овај нови облик дигиталног новца, што је директно повезано са њиховим поверењем у ДВЦБ екосистем (Amaral, 2022: 166). У литератури се углавном наводи да је ДВЦБ нови облик новца централне банке, односно, обавеза централне банке, деноминована у постојећу обрачунску јединицу, која служи као средство размене и чување вредности. Централне банке већ користе дигитални новац у виду резерви или стања на рачунима за поравнање, које држе пословне банке и друге финансијске институције у централној банци. Ова комбинација нових и постојећих облика дигиталног новца централне банке чини изазовним прецизно дефинисање ДВЦБ (Bank for International Settlements 2018: 3). „ДВЦБ се може дефинисати као електронска обавеза централне банке изражена у националној монетарној јединици која делује као средство размене и чувања вредности“ (Kochergin, Yangirova, 2019: 83). У Извештају Банке за међународна поравнања наводи се да је: „ДВЦБ дигитални облик новца централне банке који се разликује од стања на традиционалним рачунима резерви или рачунима за поравнање, односно, то је дигитални инструмент плаћања, деноминован у националну

обрачунску јединицу (Bank for International Settlements, 2021: 13). Европска централна банка термином *дигитални евро* „означава обавезу Евросистема евидентирани у дигиталном облику као допуну готовини и депозитима централне банке”, наглашавајући да би „дигитални евро био само још један начин снабдевања евром, а не паралелна валута“ и „требало би да буде конвертибилан са другим облицима евра, као нпр. новчанице, резерве централне банке и депозити пословних банака” (European Central Bank, 2020: 3–9).

У Извештају Банке за међународна поравнања из 2021. год. изнети су заједнички ставови водећих светских централних банака о систему њихових дигиталних валута. Основни закључци у овом извештају су: да систем ДВЦБ треба да уравнотежи иновирани јавни и приватни сектор плаћања; постизање лаког протока средстава ка и из других платних система и аранжмана; централна банка мора створити поверење у ДВЦБ систем; посебно је важан приступ и третман података о плаћању, питања приватности могу створити низ изазова (стандарди за размену података и кооперативност са традиционалним системима захтевају детаљне информације о рачунима и трансакцијама); развити практичну интероперабилност нових са постојећим системима плаћања; дизајн ДВЦБ система треба да буде такав да побољша монетарну и финансијску стабилност, коегзистира са снажним приватним новцем и понуди корисницима иновативна и ефикасна средства плаћања (Bank for International Settlements: 2021: 1).

6. Програмабилни новац (Programmable money) и Stablecoins

Термин *програмабилни новац* користи се, између осталог, за разликовање новца заснованог на блокчеину (укључујући биткоин) од других облика дигиталног новца. Програмабилни (паметни) новац означава новац који проверава да ли су дати услови испуњени пре него што се може потрошити. Предности паметног новца су у томе што омогућава контролу: када, где и ко га троши, коме се исплаћује и за шта. Централне банке истражују предности програмабилног новца за ДВЦБ и различита концептуална решења за њихов дизајн (Weber, Staples, 2022: 112). Плаћања заснована на блокчеину користе налоге које контролишу крајњи корисници, осмишљавајући облик *програмабилног новца подржаног паметним уговором*. Концепт програмабилног новца се усавршава, пружајући нове могућности и изазове (Видети: Weber, Staples, 2022: 113–122).

Стабилне криптовалуте (у наставку и stablecoins) је термин који се користи за криптовалуте чија је вредност везана за званичне валуте или

другу имовину. Циљ настанка stablecoins је решавање „фундаменталног питања криптовалута, као што су биткоин и итеријум, њихова превелика нестабилност која смањује њихову ефикасност коришћења као средстава плаћања или чувања вредности“ (d’Avernas, Bourany, Vandeweyer, 2021: 2). Ова врста криптовалуте омогућава комбинацију ефикасности блокчеин технологија са стабилношћу традиционалних валута и друге имовине. Наш је став да настајак stablecoins јесте покушај превализажења проблема изражене волатилности криптовалута, а везивање за имовину која се сматра стабилном јесте још један изазов за купце ове криптовалуте (сведоци смо нестабилности традиционалних валута и друге „сигурне“ имовине). Stablecoins су, међутим, привукле многе инвеститоре у последњих неколико година.¹⁷ Најзаступљенији тип stablecoin везан је за званичну валуту, као електронска јединица вредности на дистрибуираној књици, у односу 1 : 1 (обично амерички долар) и увек се може искористити исти износ у валути деноминације (d’Avernas et al. 2021: 7). Задњих година, stablecoins стварају низ изазова монетарним властима широм света, посебно тзв. глобални stablecoins. Многи тврде да смо сведоци технолошке револуције у области новца и плаћања, која је започела од стварања биткоина до појаве различитих stablecoins пројеката (Arner, Auer, Frost, 2020: 2). Изазови регулаторних тела су велики, од регулисања суштински измењеног традиционалног финансијског сектора, преко сегментираних децентрализованих финансија и њихових инструмената – биткоина, других криптовалута и stablecoins, „који су постали главна алтернатива сувереним монетарним аранжманима“ (Arner et al. 2020: 2). Приватни stablecoins имају потенцијал да буду усвојени као средство плаћања за online куповине, peer-to-peer и микро плаћања, да служе као дигитални монетарни инструмент за уградњу у ТДК апликације, укључујући програмабилни новац и паметне уговоре (Arner et al. 2020: 3–4). У литератури се прави разлика између обичних stablecoins (имају ограничену намену, мада се она временом може проширити) и глобалних (значајних) stablecoins, који имају широку примену и могу угрозити финансијску стабилност (Arner et al. 2020: 14).¹⁸ Монетарне власти би требало да *изграде одговарајући регулаторни и надзорни оквир* за stablecoins, посебно глобалне stablecoins. Технологије нуде нове могућности побољшања надзора и контроле спровођења прописа. Stablecoins и други облици децентрализованих финансија не само да представљају регулаторне и надзорне изазове већ пружају могућност уграђивања оквира за надзор и праћење директно

17 Од 2018. год. укупна тржишна капитализација stablecoins порасла је са 3 милијарде УСД на почетку 2019. год. на 35 милијарди УСД у јануару 2021. год. (d’Avernas et al. 2021: 2).

18 О значају регулисања stablecoins и међународних споразума због њихових прекограничних потенцијала, видети: Arner et al. 2020: 14–17.

у систем, током процеса њиховог креирања и ауторизације (Arner et al. 2020: 23).

7. Закључак

Недавне технолошке иновације револуционисале су свет новца, плаћања и економске размене. Финансијски производи и услуге децентрализованих технологија створили су концепт децентрализованих финансија (ДЕФИ). Развој ДЕФИ, као алтернативног и конкурентног финансијског сектора, подстакао је процес дигиталних иновација традиционалних финансија. Интересантно истраживање о начину на који је информациона технологија утицала на финансијски сектор, у последњих неколико година, указује на „игнорисање прилика насупрот ризика, дихотомија која је настала из најновијих достигнућа“ (Amaral, 2022: 6). С једне стране, информационе технологије доприносе ефикасности пружања финансијских услуга, с друге стране, оне повлаче неке значајне изазове. Многи од тих изазова повезани су са недостатком јединствених концепата у финансијском сектору, због чега је отежана комуникација између учесника у глобалном финансијском систему. Некомпатибилност различитих финансијских сектора отежава размену информација између њих и интегрисање тих информација. У динамичном и сегментираним финансијском систему монетарне власти суочавају се са изазовом везаним за очување финансијске стабилности и поверења у монетарни систем, док се пословни свет суочава са избором између нових финансијских и пословних технолошких могућности и пратећих ризика. Интегрисани поглед на заједничку концептуализацију у области економије и финансија и даље је изазов, пре свега због покушаја таквог интегрисања на темељу функционисања традиционалних финансијских система, уз недовољно укључивање иновација децентрализованих технологија и других иновација, као што је појава нових облика поверења, новца и инструмената плаћања, као и нових пословних модела за дигиталне економске размене. Информације из више хетерогених финансијских система ваља објединити како би било могуће пратити кретање новца и откривање илегалних трансакција. За сада не постоји свеобухватни модел јасног дефинисања новца и свих њему сличних концепата, чиме је и упоређивање њихових вредности и однос размене нетранспарентан. Свака фундаментална иновација, као што су блокчеин технологија и криптовалуте, природно ствара отпор од неизвесности и промена, посебно када су те промене део глобалног финансијског система. Уместо занемаривања њихове експанзије, ваљало би радити на компатибилности традиционалних и децентрализованих финансија, и

користити предност блокчеин технологија, како у финансијској области тако и у другим секторима.

Литература

Amaral, G.C.M. (2022). *An Ontology Network in Finance and Economics: Money, Trust, Value, Risk and Economic Exchanges*, Doctoral Thesis, Faculty of Computer Science Free University of Bozen-Bolzano. Преузето 2. 4. 2023. file:///C:/Users/User/Downloads/Thesis_GlendaAmaral-1.pdf

Arner, D. Auer, R. Frost, J. (2020). *Stablecoins: risks, potential and regulation*. BIS Working Papers. No 905. Bank for International Settlements. ISSN 1020-0959 (print) ISSN 1682-7678 (online) Преузето 9. 4. 2023. <https://www.bis.org/publ/work905.pdf>

Arner, D.W. Barberis, J. Buckley, R.P. (2015). *The Evolution of FinTech: A New Post-Crisis Paradigm?*. University of New South Wales Law Research Series. University of Hong Kong Faculty of Law. Research Paper No. 2015/047. Преузето 9. 4. 2023. file:///C:/Users/User/Downloads/SSRN-id2676553.pdf

Bank for International Settlements. (2021). *Central bank digital currencies: system design and interoperability*. Report no 2 in a series of collaborations from a group of central banks. ISBN: 978-92-9259-510-4. Преузето 4. 4. 2023. https://www.bis.org/publ/othp42_system_design.pdf

Bank for International Settlements. (2018). *Central bank digital currencies*. Report. ISBN 978-92-9259-142-7 (print) ISBN 978-92-9259-143-4 (online) Преузето 3. 4. 2023. file:///C:/Users/User/Downloads/Central%20bank%20digital%20currencies_march2018.pdf

Basel Committee on Banking Supervision. (2013). *Principles for effective risk data aggregation and risk reporting*, Bank for International Settlements 2013, pp. 8 ISBN 92-9131-913-9 (print) ISBN 92-9197-913-9 (online) Преузето 2. 4. 2023. <https://www.bis.org/publ/bcbs239.pdf>

Berentsen, A. Schär, F. (2018). *A Short Introduction to the World of Cryptocurrencies*. Federal Reserve Bank of St. Louis REVIEW, First Quarter 2018. Преузето 31. 3. 2023. <https://files.stlouisfed.org/files/htdocs/publications/review/2018/01/10/a-short-introduction-to-the-world-of-cryptocurrencies.pdf>

d'Avernas, Bourany, T. Vandeweyer, Q. (2021). *Are Stablecoins Stable?*. (Electronic version). Преузето 8. 4. 2023. https://www.banque-france.fr/sites/default/files/media/2021/06/10/gdre_bounary.pdf

European Central Bank. (2020). *Report on a digital euro*. Преузето 3. 4. 2023. https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/Report_on_a_digital_euro~4d7268b458.en.pdf

European Central Bank. (2015). *Virtual currency schemes – a further analysis*. ISBN 978-92-899-1560-1 (online), Преузето 6. 4. 2023. <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf>

European Union. (2022). *Report on open finance*. Report of the Expert Group on European financial data space. Преузето 5. 4. 2023. https://finance.ec.europa.eu/system/files/2022-10/2022-10-24-report-on-open_finance_en.pdf

Zetsche, D.A. Arner, D.W. Buckley, R.P. (2020). *Decentralized Finance*. Journal of Financial Regulation. 6. pp. 172–203. doi: 10.1093/jfr/fjaa010 Oxford. Преузето 3. 4. 2023. file:///C:/Users/User/Downloads/Decentralized_Finance.pdf

Zheng, Z. Xie, S. Dai, H. Chen, X. Wang, H. (2017). *An Overview of Blockchain Technology: Architecture, Consensus, and Future Trends*. In: 2017 IEEE International Congress on Big Data (BigData Congress). Ieee, pp. 557–564. <https://doi.org/10.1109/BigDataCongress.2017.85>

Kochergin, D.A. Yangirova, A. I. (2019). *Central Bank Digital Currencies: Key Characteristics and Directions of Influence on Monetary and Credit and Payment Systems*, FINANCE: THEORY AND PRACTICE. Vol. 23. No. 4, pp. 80-98. DOI: 10.26794/2587-5671-2019-23-4-80-98. Преузето 3. 4. 2023. <https://financetr.fa.ru/jour/article/viewFile/889/590.pdf>

Lemieux, V.L. (2021). *Blockchain and Recordkeeping: Editorial*. School of Information, The University of British Columbia, Vancouver, BC V6T 1Z4, Canada. Computers 2021, 10, 135, pp. 1-8. <https://doi.org/10.3390/computers10110135>

Papadopoulos, G. (2015). The ontology of money: institutions, power and collective intentionality. *Erasmus Journal for Philosophy and Economics*. Vol. 8. pp. 136–138. <http://ejpe.org/pdf/8-1-ts-4.pdf>

Sazandrishvili, G. (2020). *Asset tokenization in plain English*. In: Journal of Corporate Accounting & Finance. 31.2. pp. 68–73. Wiley Periodicals. Inc. <http://doi.org/10.1002/jcaf.22432>

Schär, F. (2021). *Decentralized Finance: On Blockchain- and Smart Contract-Based Financial Markets*. Federal Reserve Bank of St. Louis Review. 103(2). pp. 153–174. <https://doi.org/10.20955/r.103.153-74>

Цветковић, П. (2022). *Примена технологије у правном контексту: пример legaltech-a*. Право и привреда. 3. 447-460. DOI: 10.55836/PiP_22302A Преузето

17. 4. 2023. <https://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0354-3501/2022/0354-35012203447C.pdf>

Цветковић, П. (2021). *Уговор као алгоритам: уводна разматрања*. Зборник радова Правног факултета у Нишу. 92. 15–34.

Цветковић, П. Николић, Љ. (2022). *Уговор и код: пример предиктивног уговарања*. Зборник радова Правног факултета у Новом Саду. 3. (745–765) doi: 10.5937/zrpfns56-40802

Weber, I. Staples, M. (2022) *Programmable money: next-generation blockchain-based conditional payments*. Digital Finance. 4:109–125. <https://doi.org/10.1007/s42521-022-00059-5> Преузето 5. 4. 2023. file:///C:/Users/User/Downloads/s42521-022-00059-5.pdf

Закон о дигиталној имовини. *Службени гласник РС*. Бр. 153. 2020.

<https://www.google.com/search?q=aleksandar+matanovi%C4%87+%D0%BA%D1%80%D0%B8%D0%BF%D1%82%D0%BE%D0%B2%D0%B0%D0%BB%D1%83%D1%82%D0%B0&client=firefox-bd&tbm=vid&ei=D3IbZJ-xH8iB9u8PxOeEyAw&start=10&sa=N&ved=2ahUKEwjf9LTJvPD9AhXIGP0HHcQzAckQ8tMDegQIDxAG&biw=1536&bih=739&dpr=1.25#fpstate=ive&vld=cid:c6dccc3,vid:LkpPtk2P0PM> Преузето 22. 3. 2023.

<https://ecd.rs/blog/kripto-regulativa-zakon-2023/> Преузето 22. 3. 2023.

<https://ecd.rs/> Преузето 22. 3. 2023.

<https://www.geeksforgeeks.org/blockchain-protocols-and-their-working/> Преузето 1. 4. 2023.

<https://www.nordea.com/en/news/what-is-open-finance> Преузето 5. 4. 2023.

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

CHALLENGES OF DIGITALIZATION OF FINANCIAL TRANSACTIONS

Summary

The accelerated development of information technologies has fundamentally changed and improved the functioning of the global financial system, financial markets and economic exchange. Digitization of the financial sector has generated new financial opportunities, improved the quality of financial services, enabled faster and cheaper financial transactions. The challenges accompanying the digital transformation of finances are related to the regulation and security of using new digital products, the possible abuse of digital money transfers, as well as the emergence of technology-based decentralized finances, which may be a factor of financial instability in direct competition with the traditional financial sectors. This paper discusses the current digital transformation in traditional financial systems and decentralized digital finance (DeFi) as an emerging technology enabling decentralized exchange of new forms of digital money and payment instruments.

The products and services of different DeFi platforms are constantly evolving and may become part of open decentralized finance, i.e. they can function as a single financial platform. Open Finance would enable the standardization of data exchange and interoperability of different DeFi systems, but there is still a fact that DeFi systems emerged as independent systems that are not part of a common conceptual framework. The term Open Finance refers to the future open financial system, as a continuation of the development initiated by open banking, with the aim of making financial resources of clients more accessible in a wider range of services and platforms. The Open Finance concept is also being developed within the traditional financial sector. The key condition for the development of open finance is user trust and "the creation of a wider single data market" (European Union, 2022: 5). The planned concept of open finance includes: a wider choice for customers through access to a more customized and personalized range of services and products; improving access to and use of financial services in all business segments; in line with data protection rules, providing consumers and businesses with greater transparency about how their data is used; facilitating data interoperability in open finance; embedding an open finance approach to client-centred services in a general cross-sectoral framework (European Union, 2022: 6).

Adequate regulation of traditional finance and decentralized digital finance is the basis of financial and economic stability. Central banks and regulatory authorities should integrate digital innovations in complex and dynamic decentralized financial sectors in order to monitor transactions, preserve financial stability and prevent money laundering. One part this paper focuses on virtual currencies. From the viewpoint of central banks, virtual currencies are not money in the true sense of the word, for a number of reasons: they are not regulated by laws (as they have their own rules and payment systems); they do not fully perform all the functions of money; they are not a generally accepted means of exchange and payment; they currently have a limited number of users; etc. Yet, we cannot ignore their likely expansion in the future, nor the fact that a significant amount of money is invested in virtual currencies.

Keywords: *digitalization, financial transactions, challenges, technological innovation, open decentralized finance, regulation, virtual currencies.*

Др Александар С. Мојашевић*
Редовни професор,
Правни факултет, Универзитет у Нишу
Република Србија

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
DOI: 10.5937/zrpfm1-43426

UDK: 323.1(=163.41):(=18)(497.115)

UDK: 323.173(=18)(497.11)

Рад примљен: 15.03.2023.

Рад прихваћен: 27.04.2023.

КАКО РАЗМРСИТИ „КОСОВСКИ ЧВОР“? ИНТЕГРАТИВНИ ПРИСТУП СРПСКО-АЛБАНСКОМ СУКОБУ**

Апстракт: У овом раду излаже се Мнукинов концептуални оквир за идентификацију и превазилажење препрека ефикасном и правичном решењу индивидуалних и групних конфликта и спорова. Потом следи приказ основних елемената досадашњих преговора између Републике Србије и самопроглашене Републике Косово, сумирање резултата тих преговора, као и ставова српског јавног мњења о проглашењу независности тзв. Косова и косовском питању генерално. Након тога се приказују основни елементи двеју познатих теорија интергрупног конфликта ради осветљавања природе конфликта између двеју етничких група (Срба и Албанаца). Коначно, досадашњи преговори двеју страна стављају се у приказани концептуални оквир преговарања, ради идентификације кључних тачака спорења у досадашњим преговорима Србије и тзв. Косова и нуђења потенцијалних решења за њихово превазилажење на основу изложеног теоријског модела преговарања у присуству трећег лица (медијатора). Кључни налаз је тај да се преговори могу окончати правичним споразумом, али само ако се уваже не само реални (материјални) интереси двеју страна него пре свега емоционални, то јест, они који произилазе из природе сукоба социјалних идентитета двеју етничких група.

Кључне речи: Србија, тзв. Косово, преговори, препреке, медијатор, групни конфликт.

* mojasevic@prafak.ni.ac.rs

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

1. Препреке Парето ефикасном решењу спора

Од радова који истражују препреке ефикасном¹ и правичном² решењу спора и улогу посредника (медијатора) у превазилажењу тих препрека, издвајамо Мнукинов рад из 1993. године (Mnookin, 1993). Овај аутор има у виду индивидуалне и групне спорове који су могли бити решени ефикасним преговарањем страна у спору, али до тога није дошло због бројних препрека. У уводу аутор (Mnookin, 1993: 235) нас подсећа на историјске примере сукоба религијских и етничких група у Либану, Израелу, Кипру, Југославији, и на основу тога поставља тезу да су конфликти неизбежни, али не и њихово ефикасно и правично решење.³

Аутор (Mnookin, 1993: 238–247) даље издваја четири репрезентативне групе препрека ефикасном решењу спора. На првом месту наводи *стратегијско понашање страна у спору*, односно заузимање екстремних позиција страна у спору како би присвојиле што је могуће већи део кооперативног

1 Концепт ефикасности који се најчешће користи у анализи преговарања и решавања спорова и конфликта јесте концепт Паретове ефикасности. Паретов критеријум ефикасности значи да нека промена доводи до Паретовог побољшања ако ће бар једном појединцу бити боље, а да другима не буде горе. Када нису могућа даља побољшања, постоји *Паретов оптимум* (Pareto, 1906).

2 Правда није исто што и правичност. Формална правда је једнако поступање у једнаким стварима, а неједнако у неједнаким. Њу допуњује материјална правда која казује које случајеве треба третирати једнако, а које неједнако. У литератури економске анализе права махом се спомињу два Ролсова материјална принципа правде (Rawls, 1971: 60–65). Први, слобода се једнако гарантује свима док својим понашањем не угрожавају слободу других (концепт негативне слободе). Други, друштвене и економске неједнакости могу да постоје у друштву ако се разумно може очекивати да је то на корист свих чланова, а нарочито на корист оних који добијају мање од других. Коначно, правичност (енгл. *fairness*) је прилагођавање формалне правде сваком конкретном случају, његовим особеностима. Добро је познато да судије треба да испоље и осећај правичности одмеравајући околности сваког конкретног случаја (више о правди и правичности у: Vranjanc, Dajović, 2014: 93–100).

3 Да би поткрепио своју тезу, Мнукин (Mnookin, 1993: 235–236), између осталог, наводи пример индивидуалног спора из америчке судске праксе – развод супружника и борба око старатељства над дететом. Уместо исцрпљујуће борбе око развода и старатељства над дететом у дуготрајној и скупој парници, стране у спору могле су да приступе преговарању око тих питања и исходују окончање спора с нижим трошковима. Другим речима, обе стране, укључујући и дете, могле су да побољшају своје позиције (постигну Паретово побољшање) да су приступиле преговорима, али уместо тога спор се окончава судским путем на начин којим су и супружници и дете на губитку. Тај губитак се односи на експлицитне трошкове адвоката и вештака, али и значајне имплицитне трошкове, попут доношења емоционалног бола детету или погоршања међусобног односа супружника и њиховог односа с дететом.

вишка.⁴ Рецимо, ако је купац спреман да купи кућу по цени од *100.000 евра*, док је продавац спреман да прода кућу по цени од *90.000 евра*, подела кооперативног вишка од *10.000 евра* на једнаке делове представљала би разумно решење. Но, продавац и купац могу да уђу у исцрпљујућу борбу око поделе кооперативног вишка ради узимања већег дела колача. То би било рационално понашање, али је питање да ли је разумно, имајући у виду то да епилог стратегијске борбе може бити непостизање поделе кооперативног вишка.⁵ Хипотетички, ако купац и продавац знају обостране резервационе цене, продавац може заузети стратегију продаје *не испод 99.999 евра*, а купац стратегију куповине *не изнад 90.001 евра*. У овом случају свако би желео да присвоји што је могуће већу вредност кооперативног вишка од *10.000 евра*. У питању су две екстремне позиције ради материјализације максималне вредности кооперативног вишка, а која зависи од вредности кредибилне претње једног и другог учесника у преговорима.⁶ Све у свему, оваква стратегијска игра може довести до тога да се оба учесника у преговорима нађу у лошијој позицији, тј. да резултат преговора буде непостизање договора око поделе кооперативног вишка. Економски речено, нето исход може бити непотребно расипање ресурса (новца, времена и других) на неуспешне преговоре око поделе кооперативног вишка. У нашем примеру то би значило да купопродаја не би била реализована, што би представљало некооперативно решење игре.

Друга препрека ефикасном решењу спора последица је тзв. *принципал-агент проблема* који настаје због дивергентних подстицаја (интереса) агента и принципала. Принципал-агент проблем може се испољити у односу адвоката и клијента, али и у односу менаџера корпорације и власника (акционара), послодавца и радника, изабраних представника и грађана (гласача), итд. На пример, изабрани представник би можда настојао да одустане од закључења неког државног споразума на уштрб интереса грађана због процене да би тиме изгубио гласове на изборима.

Као трећу препреку успешним преговорима Мнукин издваја бројне *когнитивне факторе*. Задржаћемо се на *аверзији према губитку и ефекту*

4 Распон између две резервационе цене јесте кооперативни вишак (енгл. *cooperative surplus*), који, у основи, представља новостворену вредност услед алокације ресурса од ниже ка вишој вредности. За више детаља видети теорију преговарања у: Cooter, Ulen, 2016: 74–76.

5 Кутер и Јулин (Cooter, Ulen, 2016: 76, fusnota 5) користе термин *разумно решење* насупротив рационалном решењу и наводе, с позивом на резултате контролисаних експеримената, да већина људи не би прихватила овакву понуду око цене.

6 Појединачне исплате играча у случају некооперативног решења игре (непостизања споразума) представљају вредност њихових претњи (енгл. *credible threats*).

оквира. Аверзија према губитку је отелотворена у људској тенденцији да се губици процењују значајније него добици идентичне величине.⁷ Сходно томе, већина људи није спремна на ризик (*да се коцка*) када бира између сигурног и несигурног добитка, чак и када несигуран добитак може донети већу корист. С друге стране, људи су више спремни да преузму ризик (*да се коцкају*) како би избегли *сигуран губитак* него што су спремни да преузму ризик како би остварили добитак, чак и ако је тај сигуран губитак већи. Ова когнитивна баријера може утицати на исход преговора ако би једна страна проценила да уступак који чини другој страни представља сигуран губитак. По логици бихевиориста, та страна би преузела ризик да избегне сигуран губитак, тј. наставила би са преговорима који са собом носе даљу неизвесност и ризик и потенцијални одлазак на суђење. Даље, када је реч о *ефекту уоквиравања*, он значи да појединци доносе различите одлуке – одлуку да преузму ризик или не у зависности од тога да ли је понуда опција обликована као добитак (позитиван оквир) или губитак (негативан оквир).⁸ У случају добитка, избегава се ризик, а у случају губитка, ризик се преузима, те манипулација оквиром има значајне импликације, између осталог, и на процес преговора.

Коначно, последња препрека ефикасном решењу спора тиче се добро истражене појаве у оквиру социјалне психологије, пре свега, од истраживача и професора психологије са Стенфорда, Ли Роса (Ross, 1994). У питању појава *реактивне девалвације* која се односи на ситуацију када једна страна у преговорима умањује актуелну вредност понуде или уступка друге стране, нарочито ако између њих постоје непријатељски односи или било која врста анимозитета. Ова појава је последица преговарања као друштвено интерактивног процеса између две стране у спору у коме оне често изводе одређене закључке о намерама, мотивима или интересима друге стране. Тако је у једном експерименту (наведен у: Ross, 1994: 30–31) студентима Стенфорд универзитета постављен задатак да изабере између два компромисна предлога (плана): 1) *моментално повлачење* инвестиција Универзитета Стенфорд из компанија које послују са јужноафричком полицијом или војском и 2) *орочено повлачење* инвестиција након две године праћења „демонтаже” апартејд система у Јужној Африци. Формиране су две групе студената, и једној је речено да ће Универзитет извршити први, а другој да ће извршити други план, а преосталим студентима нису понуђени специфични разлози да верују да ли ће Универзитет применити један или

7 Позната је фраза на енглеском језику „losses loom larger than gains“ (Kahneman, Tversky, 1979: 279).

8 За експерименталну потврду ове тенденције на узорку студената права, видети: Мојашевић, 2019.

други план. Експериментом је потврђена хипотеза да појединци умањују вредност актуелног предлога (плана), преферирајући други, алтернативни предлог. Конкретно, када је речено да ће Универзитет наводно применити други (орочени) план, 85% испитаника се изјаснило да преферира први план; супротно, када им је речено да ће Универзитет применити први план, 60% њих је тај план оценило горим него други план. Другим речима, доказано је да појединци, у избору између *понуђене* и *непонуђене опције*, преферирају другу и умањују вредност прве опције. Ово и бројна друга истраживања (за преглед видети: Ross, 1994: 29–33) указују на то да преговарачи показују склоност ка веровању да актуелна понуда друге стране не одражава никакво одрицање од реалне вредности, и на основу такве процене, одбијају да учествују у размени са другом страном. Она страна која је упутила иницијалну понуду процениће одбијање понуде у преговорима као одраз стратегијског понашања.⁹ Тиме се ствара зачарани круг у процесу преговора чији епилог може бити непостизање споразума.

2. Улога медијатора у превазилажењу препрека ефикасном решењу спора

Када је реч о улози медијатора у превазилажењу препрека ефикасном решењу спора, она је и више него значајна (Mnookin, 1993: 248–249). Прво, када говоримо о стратегијском понашању страна у спору, објашњено је да суштину процеса преговарања представља деоба кооперативног вишка и да његова подела на једнаке делове представља разумно решење. Намеће се питање: да ли медијатор може помоћи да се избегне некооперативно решење игре узроковано стратегијским понашањем страна у спору? Одговор је позитиван, али постоје одређени услови који морају да се испуне да би до тога дошло. Пре свега, медијатор би требало да стекне поверење оба преговарача. Само у атмосфери поверења постоји могућност да стране у спору открију своје праве потребе и интересе. Тек уколико је медијатор успео да допре до базичних потреба и интереса страна у спору, може се очекивати да ће им својим вештинама преговарања помоћи да увећају колач и да га поделе. У претходном примеру, медијатор би могао да релаксира напету ситуацију између продавца и купца и да подстакне њихово нестратегијско понашање. Рецимо, могао би да их подстакне да размишљају о могућим користима од кооперативног решења игре.

⁹ Преговарач може одбити понуду из стратегијских разлога како би у даљем току преговора издејствовао још нижи износ понуде за склапање поравнања.

Друго, када је реч о принципал–агент проблему, медијатор такође може бити од користи у његовом превазилажењу. Рецимо,¹⁰ менаџер корпорације може имати другачије интересе у односу власнике корпорације по питању решења неког спора. Менаџеру корпорације може бити у интересу да настави са суђењем, док власницима корпорације може бити у интересу склапање поравнања. Мотив због кога се менаџер понаша другачије у односу на власнике може бити избегавање личне одговорности, што постиже пролонгирањем судског поступка.¹¹ Такво понашање менаџера може нанети велику материјалну штету корпорацији и њеним власницима. Да би се то избегло, Мнукин (Mnookin, 1993: 248) наводи да би медијатор могао да доведе за преговарачки сто представника друге компаније, који нема власништво у компанији у којој постоји колизија интереса менаџера и власника, и који би могао да подстакне приближавање интереса менаџера и власника. Затим, слична колизија интереса може постојати између адвоката и клијената (Mnookin, 1993: 242 и 248). Наиме, адвокати страна у спору могу бити снажно подстакнути да иду на суђење, што се често испољава у америчкој судској пракси када је реч о адвокатима који су плаћени по сату радног времена. Тај њихов подстицај може бити појачан и аспирацијама њихових клијената, посебно ако су доброг имовног стања и ако су спремни да иду до краја у судској борби. Но, подстицај за избегавање суђења може бити у високом износу парничних трошкова. С обзиром на то да ће парничне трошкове сносити клијенти, постоји могућност да им медијатор за преговарачким столом помогне да увиде да је њихов заједнички интерес у заобилажењу плаћања тих трошкова, и то окретањем преговарању и склапању поравнања с другом страном. Једино медијатор то може да учини, јер се не може очекивати од адвоката, снажно подстакнутих одласком на суђење, да утичу на странке да се поравнају.

Треће, када је реч о когнитивним баријерама, речено је да аверзија према губитку и ефекат оквира могу негативно утицати на исход преговора. С тим у вези, медијатор би могао да преобликује изборе с којима се суочавају стране у спору, то јест, могао би да ублажи негативну перцепцију страна да је уступак који води ка поравнању сигуран губитак. То може учинити тако што би наглашавао позитивне ефекте решења спора путем поравнања. Другим речима, добро обучен медијатор могао би да помогне странама у спору да дате изборе виде из другачије перспективе, тј. из перспективе која

10 Видети пример из америчке судске праксе који потврђује постојање агенцијског проблема између менаџера и акционара предузећа у: Mnookin, Wilson, 1989: 299 и на другим местима.

11 Под тиме се мисли и на улагање жалбе на првостепену пресуду у циљу избегавања суочавања са последицама.

води ка исходу који није толико негативан како оне процењују. Управо се на оваквим питањима испољава фацитаторска способност медијатора.

Коначно, уколико је реч о реактивној девалвацији, улога медијатора је више него корисна. Наиме, ако једна страна процењује уступак друге стране као одраз непријатељства, питање је да ли би та процена остала идентична ако би предлог решења спора дошао од стране трећег неутралног лица. Медијатор може у одвојеним разговорима са странама у спору да установи и открије њихове интересе и потребе, те формулише предлог који би био прихватљив за обе стране. Предлог мора бити веома пажљиво сачињен, јер ако не садржи бар минимум прихватљивих елемената за обе стране, питање је да ли ће бити прихваћен. У сваком случају, на том плану испољавају се особине добро обученог медијатора.

3. Преговори између Србије и самопроглашене Републике Косово

3.1. Шта је до сада договорено?

Бриселски споразум (скр. БС), односно *Први споразум о принципима који регулишу нормализацију односа*,¹² потписан је 19. априла 2013. године од стране Премијера Републике Србије и Премијера самопроглашене Републике Косова.¹³ Споразум је потписан након шест месеци преговора и десет рунди разговора уз посредништво Европске уније, односно Високе представнице Европске уније за спољну политику и безбедност Кетрин Ештон (*Catherine Ashton*). Циљ овог споразума јесте нормализација односа двеју страна,¹⁴ при чему се првих шест тачака односе на формирање тзв. Асоцијације/Заједнице српских општина (скр. ЗСО), а преостале тачке на интеграцију тзв. паралелних структура на северу КиМ у косовске полицијске снаге, косовски правни систем, одржање општинских избора и детаље примене.¹⁵

12 За детаље споразума, видети: <https://www.kim.gov.rs/p03.php>

13 Према Уставу Републике Србије, самопроглашена Република Косово (скр. РК) има третман покрајине која је саставни део територије Србије и положај суштинске аутономије у оквиру суверене државе Србије (видети: Преамбулу Устава РС, *Сл. гласник РС*, 98/2006, 115/2021). У тексту паралелно користимо називе *Самопроглашена Република Косово* и тзв. *Косово*.

14 Нормализација односа Србије и тзв. Косова предмет је разматрања у и оквиру Поглавља 35 приступних преговора Србије са ЕУ („Остала питања“). Видети: <https://eurgovori.bos.rs/progovori-o-pregovorima/poglavlje-35>

15 Видети: <https://www.peaceagreements.org/view/2022>

Бриселски споразум прати неколико докумената. Први документ је План имплементације Споразума о нормализацији односа између Београда и Приштине (скр. План) који се састоји из шест главних елемената: 1. Прилагођавање правних оквира; 2. Асоцијација/Заједница; 3. Полиција; 4. Правосуђе; 5. Локални избори; 6. Опште одредбе.¹⁶ Издвајамо и тачку 6 овог Плана под називом *Опште одредбе* која предвиђа *Пуну имплементацију свих договора раније постигнутих у Дијалогу*,¹⁷ тзв. Техничких споразума¹⁸. Посебно је интересантан Технички споразум који се тиче регионалног представљања, у коме је у тачки 2 предвиђено да ће „Косово“ бити једини назив који ће се користити у оквиру регионалне сарадње.¹⁹ На крају ове тачке 6 каже се да ће „*две стране наставити политички дијалог*“. Затим, други документ носи назив Делокруг рада и мандат Руководећег тима за успостављање ЗСО, који се састоји из два дела: А. Састав и функционисање, Б. Задаци и одговорности.²⁰ Даље, општи принципи за успостављање ЗСО предвиђени су у посебном документу назива Асоцијација/Заједница општина са већинским српским становништвом на Косову – општи принципи/главни елементи, и они су разврстани на следеће делове: правни оквир, циљеви, организациона структура, односи са централним властима, правна способност, буџет и подршка, опште и завршне одредбе.²¹ Издвајамо њен правни оквир, а то је да ЗСО има статус правног лица које може да поседује покретну и непокретну имовину и да закључује уговоре, седиште предвиђено статутом, буџет и органе (Скупштину, Председника, Савет, Одбор, Администрацију, Канцеларију за жалбе). Напослетку, склопљени су споразуми у вези с енергетиком,²² телекомуникацијама²³ и правосуђем²⁴.

16 <https://www.kim.gov.rs/p02.php>

17 Ради се о договорима који се односе на: Катастар; Матичне књиге; Царински печат; Универзитетске дипломе; Слободу кретања; Регионално представљање; Интегрисано управљање прелазима (ИБМ); Официре за везу; Специјалну полицијску јединицу за заштиту верског и културног наслеђа; Наплату царина/фонд за развој северног Косова.

18 Видети све закључене Техничке споразуме на интернет страници Канцеларије за Косово и Метохију Владе Републике Србије: <https://www.kim.gov.rs/pregovaracki-proces.php>

19 Фуснота која ће се примењивати уз звездицу гласиће: „Овај назив не доводи у питање ставове о статусу и у складу је са Резолуцијом Савета безбедности Уједињених нација 1244 и мишљењем Међународног суда правде о проглашењу независности Косова“.

20 <https://www.kim.gov.rs/p01.php>

21 <https://www.kim.gov.rs/p17.php>

22 <https://www.kim.gov.rs/p04.php>

23 <https://www.kim.gov.rs/p05.php>

24 <https://www.kim.gov.rs/p06.php>

Бриселски споразум, као политички споразум, потписан је пре скоро десет година, и до данас ЗСО није конституисана, упркос разради принципа за њено формирање. С друге стране, дошло је до постепене интеграције српских институција са севера тзв. Косова у косовско правосуђе и полицију. Но, будући да питање ЗСО није решено, новембра 2022. године, припадници српске националности напуштају косовске политичке институције и прекидају учешће и рад у органима полиције и правосуђа на северу тзв. Косова.²⁵ Иако постоје и бројна друга спорна питања, као што је, рецимо, власништво над имовином на територији КиМ,²⁶ питање ЗСО као да се „издвојило“ по значају, те постало камен спотицања даљих преговора двеју страна.²⁷ У наставку желимо да вредносно неутрално сагледамо преговоре двеју страна у концептуалном оквиру претходно изложеном у овом раду, да идентификујемо препреке у процесу преговарања и могуће импликације на даљи ток преговора. Но, пре тога, потребно је установити природу спора између двеју страна, а то нас наводи и на питање ставова јавног мњења о овом питању.

3.2. Ставови српског јавног мњења о тзв. Косову

Питање између чега се две стране суштински сукобљавају доводи нас до питања елемената државе. Као што је речено, држава Србија јужну српску покрајину КиМ третира саставним делом своје територије, док самопроглашена Република Косово сматра да је реч о независној

25 Видети: <https://www.danas.rs/vesti/politika/demostat/briselski-sporazum-sta-su-pre-skoro-deset-godina-potpisali-beograd-i-pristina/>

26 У Закључцима ЕУ посредника о спровођењу Споразума о енергетици из 2013. године, у завршном делу под називом „Одрицање од одговорности“, албанска страна сматра да је *имовина на територији Косова у власништву Републике Косово*, док српска страна сматра да је *у власништву Републике Србије* (видети: <https://www.kim.gov.rs/p20.php>).

27 Ранији камен спотицања у преговорима двеју страна било је увећање царина на увоз робе из Србије и БиХ на тзв. Косово за сто одсто 2018. године, због лобирања Србије против независности тзв. Косова у међународним организацијама. Увећане царине бивају замењене тзв. реципрочним трговинским мерама марта 2020. године, да би потом ове потоње биле укинуте јуна исте године, како би биле уклоњене препреке у процесу дијалога о нормализацији односа двеју страна. Ове мере имале су за последицу смањење робне размене између Србије и тзв. Косова, а према неким подацима, пад српског извоза креће се око **37%** у периоду од 2017. до 2022. године (видети: <https://www.slobodnaevropa.org/a/kosovo-izvoz-srbija-trgovina/31706854.html>).

држави.²⁸ Полазећи од општепознате премисе²⁹ да једну државу чини: 1) становништво,³⁰ 2) територија, 3) суверена власт,³¹ можемо уочити да је, формално гледано, суштински сукоб двеју страна око другог елемента: територије. Прецизније, ради се о територијалном сукобу двеју етничких група: Срба и Албанаца. Анимозитет између двеју етничких група потврђен је бројним истраживањима.³² Такође, репрезентативно истраживање ставова грађана Србије о Косову Центра за друштвени дијалог и регионалне иницијативе из 2021. године³³ показује следеће: 1) тема КиМ у Србији изазива велики емоционални набој, а емоције које доминирају јесу: туга, равнодушност, понос, љутња, страх, итд.; 2) индекс етничке дистанце износи 0,41 (на скали од 0 до 1); 3) скоро две трећине испитаника углавном или у потпуности подржава дијалог Београда и Приштине; 4) око 40% испитаника не зна шта је план Председника Србије за Косово, те је и подељено по питању подршке том плану; 5) највећи број испитаника (око 45%) сматра да Бриселски дијалог постепено води ка признању независности Косова; 6) доминирају ставови да Срби имају историјско право на Косово; да су Албанци досељеници, а Срби староседеоци на

28 Скупштина тзв. Косова је 17. фебруара 2008. године усвојила акламацијом *Декларацију о независности Косова*, за коју је гласало свих 109 албанских посланика. Међународно признање самопроглашене Републике Косово добијено је од 98 чланица Уједињених нација – УН (око 50%) и три ентитета који нису чланице УН (Тајван, Кукова острва и Ниуе). Укупно 51 држава је признала тзв. Косово исте године када је оно прогласило независност (2008). Последње признање добијено је од државе Израел 2020. године. Видети: <https://www.danas.rs/vesti/politika/koje-drzave-su-priznale-kosovo-a-koje-nisu-infografika/>

29 За детаљнију расправу о држави, упућујемо на социолошко-правну студију Слободана Јовановића (Јовановић, 1990).

30 Према последњем попису становништва на тзв. Косову из 2011. године, Албанци чине **92,93%** укупног становништва (тачније: 1.739.825), а Срби 1,47%, с тим да у попис нису били укључени становници општина Лепосавић, Зубин Поток и Северна Митровица, док су у преосталим општинама Срби само делимично учествовали на попису (видети: <https://www.aa.com.tr/ba/balkan/popis-stanovni%C5%A1tva-na-kosovunaredne-godine-od-1-septembra-do-16-oktobra/2699605>).

31 Будући да је Република Србија након потписивања Војно-техничког споразума, тзв. Кумановског споразума (скр. КС), 9. јуна 1999. године, „повукла“ своју војску и полицију са територије КиМ, она је фактички изгубила кључне полуге суверене власти на делу своје територије. Видети садржај КС: <https://www.srbija.gov.rs/kosovo-metohija/en/8911>

32 Скорашње истраживање агенције „Фактор плус“ поводом пројекта „Срби и Албанци – којим путем даље“, показује да две трећине Срба не воли Албанце, а скоро исто толико Албанаца Србе. Видети: <https://www.rts.rs/page/stories/sr/story/9/politika/3270221/istrzivanje-srbi-i-albanci-ne-vole-se-a-ne-poznaju-se.html>

33 Истраживање доступно на: <https://cddri.rs/wp-content/uploads/2021/06/Stavovi-gradjana-Srbije-o-Kosovu.pdf>

Косову; да је признање понижење и срамота; да је „Косово срце Србије“, итд. Посебно је индикативан став да Косово није изгубљено (око 55%), односно да јесте (око 36%), те да је Србија изгубила Косово бомбардовањем НАТО пакта и ратом (око 61%). Затим, скоро 70% испитаника радије би бирало свеобухватни споразум који обухвата: оснивање ЗСО, заштиту манастира, Србија не признаје фактички Косово, али оно постаје чланица УН, у односу на свеобухватни споразум који обухвата: разграничење Србије и Косова, Србија признаје независност Косова и Косово постаје чланица УН, а за узврат Србија добија север Косова (око 30% испитаника). Додајмо и то да на будућем референдуму, око 65% испитаника уопште не би подржало споразум који признаје независност Косова, а као најмање лоше решење (око 30% испитаника који би га углавном или у потпуности подржали) издваја се оно којим се не признаје независност, али Србија пристаје на чланство Косова у УН, а заузврат добија ЗСО. Коначно и не мање важно је и то да би око 64% испитаника радије бирало економски и политички напредак Србије у односу на 36% оних који би пре бирали суверенитет Србије над Косовом. Напоследку, око 71% испитаника не би подржало признање независности Косова ако би то био услов за улазак у ЕУ (идентичан проценат је утврђен и 2019. године). Испитаници се боје да би признање Косова генерисало губљење и других територија Србије.

Ово истраживање јасно показује да међу грађанима Србије преовладава став да су за неку врсту споразума (компромиса) и да су више заинтересовани за економски и политички напредак Србије него за територијална питања. Међутим, истовремено ова тема за њих има значајну емоционалну и симболичку вредност, јер дотиче питање групног идентитета. Из тог разлога потребно је „завирити“ у теорије интергрупног сукоба, чије ћемо основне елементе приказати у наставку.³⁴

4. Теорије групног конфликта – импликације на српско-албански сукоб

Да бисмо разумели природу етничког сукоба између Срба и Албанаца, нужно је сагледати две теорије: теорију реалистичног (групног) конфликта (скр. ТРК) и теорију социјалног идентитета (скр. ТСИ). Теорија реалистичног (групног) конфликта полази од тезе да *реални конфликт групних интереса узрокује интергрупни конфликт* (изворно у: Campbell, 1965; цитирано у: Tajfel, Turner, 1979: 33). Ова теорија потврђена је бројним експерименталним

34 Основна интенција није да дубоко залазимо у бројне индивидуалне и групне теорије конфликта, већ само да скицирамо елементе двеју теорија значајних за наш предмет истраживања.

и теренским студијама (за преглед и евалуацију видети: Jackson, 1993). ТРК ставља акценат на функционалне односе између група, њихову тежњу за присвајањем ретких ресурса, било физичких (територије, хране или воде) или психолошких (статуса, престижа или моћи). Услед те тежње настаје конкуренција између група која може да се претвори у отворени друштвени сукоб. Истовремено, интергрупни конфликт јача интрагрупну кохезију и приврженост припадника групи којој изворно припадају. При томе, није битно да ли претња друге групе (рецимо, етничке групе С) заиста постоји, довољно је да припадници прве групе (етничке групе К) верују да та претња постоји. У том случају могу се јавити непријатељска осећања према групи С, а да ли ће се она преточити у дискриминаторно и непријатељско понашање зависи од моћи коју та група поседује. У сваком случају, исход може бити формирање негативних стереотипа о другој групи са пратећим неповерењем и дистанцом, а интензитет конфликта свакако зависи од перципиране вредности и оскудности ресурса који су предмет спора. Из овога се јасно види да однос двеју група личи на игру нулте суме – добитак друге групе се перципира као губитак прве групе што генерише непријатељско понашање (детаљније у: Baumeister, Vohs, 2007).

ТРК је допуњена теоријом социјалног идентитета (Tajfel, Turner, 1979). Ова теорија полази од тога да је припадност групи важан извор нашег поноса и самопоштовања, која твори, поред личног, и групни идентитет. Пошто припадамо групи, делимо свет на „наш“ и „њихов“, односно вршимо тзв. друштвену категоризацију, наглашавајући разлике између различитих група и сличности између припадника исте групе. У питању је нормалан когнитивни процес који доводи до тога да тражимо негативне аспекте друге групе како бисмо ојачали позитивну слику о групи којој припадамо. У сваком случају, предрасуде које формирамо према другој групи могу довести до бројних негативних последица. Поред социјалне категоризације, одиграва се и други когнитивни процес: друштвена идентификација, односно усвајање идентитета групе коју смо категорисали као „нашу“. На пример, припадништво српској етничкој групи (претходна категоризација) генерише да се понашамо као „Срби“ и да се повинујемо нормама те групе. Коначно, последња фаза формирања групног идентитета јесте друштвена компарација. Једном када смо категорисали припадност групи, идентификовали са њом и повиновали њеним нормама, следи упоређивање с другом групом, нарочито оном коју перципирамо као ривалску. Закључак ове теорије јесте да непријатељство двеју група (на пример, Срба и Албанаца) не настаје само због борбе за оскудне ресурсе (што постулира ТРК), него и као резултат сукоба социјалних идентитета

(што постулира ТСИ), нарочито у ситуацији када постоји (стварна или перципирана) претња том идентитету.

5. Кључне препреке у преговорима двеју страна и могућа решења

На основу изложених теорија интергрупног конфликта, постулирамо да сукоб двеју етничких група – Срба и Албанаца – има корене у борби за оскудне ресурсе – територију (укључујући и друге вредне ресурсе на тој територији),³⁵ али и да је рефлексија сукоба социјалних идентитета. Стога, овај конфликт има две димензије: 1) материјалну и 2) емоционалну (симболичку). Ако пођемо од овакве природе конфликта, питање је да ли се он, и на који начин, може превазићи? У покушају да понудимо нека решења, стављамо претходно описане преговоре двеју страна у описани Мнукинов концептуални оквир, како бисмо идентификовали препреке ефикасном и правичном решењу конфликта.

Стратегијска борба. Досадашњи преговори откривају да су обе стране мање-више заузеле максималистичке позиције. Иако је природа овог конфликта вишедимензионална, уочавамо да једна страна заузима стратегију перманентног инсистирања на признању, док се друга страна томе стално противи. Стратегија „ништа без признања“ и опозитна „не дамо признање“ представљају стратегијске позиције с циљем узимања што је могуће већег дела колача. Стране се понашају рационално, али је питање да ли и разумно.³⁶ Питање признања вероватно је и кључни „камен темељац“ ових преговора, те ако се не нађе начин да се овај проблем реши или макар ублажи, преговори ће још једном запасти у „ћорсокак“. У овом случају, медијатор (ЕУ) би могао да подстакне обе стране да размишљају о могућим користима од кооперативног решења игре и ублажи њихове стратегијске позиције. Притом, судећи по досадашњем понашању (изјавама) српске стране, не може се очекивати да ће она формално признати независност дела територије коју сматра својом.³⁷ У досадашњим преговорима примећујемо да се иде на неку врсту *фактичког признања*,³⁸ али не и формалног (или је то само први корак ка каснијем инсистирању

35 Овде мислимо на природна богатства, пре свега руде, али и друге ресурсе.

36 О разлици између разумног и рационалног решења игре, видети фусноту број 5.

37 У раду се разматра идеја о формалном признању тзв. Косова „у постојећим границама“ од стране Републике Србије, а не и идеја о подели Косова и Метохије, која је, сагледавајући актуелна збивања у преговорима, напуштена.

38 Штавише, користе се меки изрази попут „прихватања реалности“. Иако логичан, овај став мора да се допуни тиме да је реалност оно што две стране *перципирају да јесте*. У тој перцепцији, емоционална компонента подједнако је важна јер она „боји“ ту перцепцију.

на *de jure* признању?).³⁹ Како год било, преговори не могу уродити плодом ако се српској страни не пружи нека врста излазне стратегије ради „чувања националног образа“ (енгл. *face saving*). У овом делу преговора, највише препознајемо емоционалну и симболичку вредност за српску страну. Од ње се инсистира да се одрекне „нечега“ у шта је деценијама (материјално и емоционално) улагала. Управо ови неповратни трошкови (енгл. *sunk costs*) значајно детерминишу позицију српске стране и генеришу њене (садашње и будуће) одлуке. Ако се не нађе начин за превазилажење ових неповратних трошкова, односно ако се не пружи правична компензација за њихово сношење, преговори не само да не могу довести до обострано прихватљивог решења него могу остати на нивоу досадашњих (политичких и техничких) споразума. Хипотетички гледано, чак и ако се српској страни наметне неко решење које не уважава овај базични интерес, и она га невољно прихвати, то ће бити извор додатних сукоба у будућности или понављања ранијег сукоба. Било које решење треба да буде избалансирано и да уважи емоционалну компоненту српске и албанске стране, будући да прва доживљава да јој је ратом отето нешто што њој изворно припада и потом дато другом на управљање, док друга страна сматра да је деценијама угњетавана од прве стране, те јој ова територија и припада.

Принципал-агент проблем. Овај проблем свакако се рефлектује у односу преговарача и грађана које заступају. Ако пођемо од тога да огромна већина Срба не жели да призна независност тзв. Косова, и да огромна већина Албанаца жели само признање, може се рећи да главни преговарачи мање-више остају на позицијама грађана које заступају. Но, имајући у виду то да су преговарачи изложени великом притиску трећих лица (пре свега, ЕУ медијатора, али и других заинтересованих страна, попут САД),⁴⁰ њихови лични и политички интереси дивергирају у односу на интересе оних које заступају. Ту дивергенцију даље покушавају да искористе и опозиционе странке и групације у Србији и на тзв. Косову, те можемо говорити о мноштву преплетених интереса. Према томе, овде се не ради само о (доследном) заступању интереса двају народа, већ и о томе да преговарачи морају да воде рачуна и о импликацијама евентуалног закључења споразума на њихову *политичку позицију и репутацију*. Ако пођемо од тога, онда медијатор свакако мора да уважи ове дивергентне интересе и да нађе простор за њихово приближавање, али пре свега на начин који не би угрозио виталне интересе двеју сукобљених етничких група ради чијег мира и будуће сарадње се преговори и воде. То практично

³⁹ Подсетимо да нормализација односа треба да доведе до правно обавезујућег споразума.

⁴⁰ Притисци су значајно интензивирани пролонгирањем руско-украјинског рата.

значи да за преговарачким столом медијатор треба да помогне обема странама да увиде да је њихов заједнички интерес у заобилажењу плаћања цене непостизања споразума.⁴¹ У интересу је двеју етничких група да до правичног споразума дође (истраживања показују да већина грађана Србије то жели), а личне и политичке позиције преговарача треба да остану у другом плану. Овај сукоб надилази тренутне политичке позиције преговарача и тиче се будућности двају народа, а на умешности медијатора је да ли ће до тога заиста и доћи.

Когнитивне баријере. Навођење свих когнитивних баријера уочених у досадашњим преговорима превазилази оквире овог рада, те ћемо се задржати само на аверзији према губитку и ефекту оквира. Перцепција потенцијалног губитка до сада је генерисала ризично понашање страна у преговорима. Бројни су примери, а еклатантан је увођење царина од сто одсто, као реципрочне мере због лобирања српске стране, а у ствари се ради о перцепцији стварног и потенцијалног губитка који условљава такво понашање.⁴² Вероватно је формирање ЗСО-а, упркос претходно преузетим обавезама, у перцепцији албанске стране и највећи губитак, због чега га тако здушно избегава са свим негативним последицама на даљи ток преговора и коначно решење. Шире гледано, јасно је да српска страна „признање“ доживљава као губитак, док албанска страна „недобиање признања“ вероватно исто тако перципира. Да није ових перцепција, можда би досадашњи преговори дали веће резултате. Пошто није тако, дошло је до пролонгирања преговора ризичним понашањем обеју страна⁴³ и питање

41 У једној о последњих рунди преговора српској страни било је предочено с чим ће се суочити ако не прихвати тзв. Француско-немачки, односно Европски предлог – повлачење страних инвестиција, могуће санкције, одузимање безвизног режима, итд. Његово предочавање многи су протумачили као „ултиматум“ или, нешто блаже, као „уцену“. Ми сматрамо да је реч о својеврсном притиску и суочавању да се две стране приволе на потписивање споразума и да тек предстоје нове рунде преговора. Видети: <https://www.danas.rs/vesti/politika/sta-pise-u-francusko-nemackom-dokumentu-o-kosovu/>. Оригинални текст још увек *непотписаног* Европског предлога, тачније, Дијалога Београда и Приштине: Предлог ЕУ – Споразум о путу нормализације између Косова и Србије (енгл. *Belgrade-Pristina Dialogue: EU Proposal – Agreement on the path to normalisation between Kosovo and Serbia*) објављен је на сајту ЕУ, 27.2.2023. године, видети: https://www.eeas.europa.eu/eeas/belgrade-pristina-dialogue-eu-proposal-agreement-path-normalisation-between-kosovo-and-serbia_en

42 Стварни губитак је да тзв. Косово није примљено у Интерпол, а потенцијални да се то може негативно одразити на будући пријем у ову или друге међународне организације (видети: <https://www.rts.rs/page/stories/sr/story/9/politika/3329646/ko-sve-nije-dao-glas-za-prijem-kosova-u-interpol.html>).

43 Без обзира на узрок, повлачење политичких представника Срба из тзв. косовских институција такође представља ризичан потез који уноси нестабилност у преговарачки

је када ће се окончати ако се перцепција губитка не преточи у неку врсту добитка за обе стране. Дакле, промена оквира из негативне у позитивну од супстанцијалног је значаја за успех ових преговора. Цела прича мора да се оконча на иоле позитиван начин који ће (и српска и албанска) јавност моћи да прихвати или да не доживи као (потпуни) губитак. За српску страну најнегативније је формално признање независности, те инсистирање на њему само продубљује проблем. На овом месту додајемо и то да ће потенцијално манипулисање оквиром бити препознато у домаћој јавности, која је ионако опхрвана сумњама да се овим преговарачким процесом „пузајући“ иде ка некој врсти признања.⁴⁴ Споразум једноставно мора да задовољи интересе и потребе обеју страна уз правичне обостране уступке.

Реактивна девалвација. Ово је вероватно и најизраженија препрека у досадашњим преговорима, што је и разумљиво ако се има у виду природа, интензитет и трајање овог конфликта. Једноставно, друштвена атмосфера у којој се одвијају преговори и више је него непријатељска, а и односи између преговарача не одишу пријатељством и поверењем. У таквој атмосфери, сваки уступак друге стране изазива подозрење и умањење његове вредности. Ако бисмо у једној реченици описали овај конфликт онда би то било велико неповерење двеју страна. У крајњем, то је и основни разлог за укључење медијатора. Наглашавамо да фасилитаторске вештине медијатора вероватно нису и неће бити довољне за успех у преговорима. Потребно је да треће лице упути правичан предлог за решење овог конфликта. Правичан предлог не значи да он може да задовољи све интересе и потребе обеју страна, већ да садржи избалансирано ускраћивање задовољења појединих интереса две стране. Вероватно би такав приступ био у складу и са преференцијама бар већине припадника двеју етничких група. У овим преговорима много важнији је правичан приступ и третман двеју страна, будући да су оне вероватно свесне да коначно решење не може бити у потпуности правично, бар не онако како би оне желеле.

6. Закључак

У досадашњим преговорима Србије и тзв. Косова препознајемо бројне препреке, почев од стратегијског понашања, преко принципал-агент проблема и когнитивних баријера, до веома изражене реактивне девалвације. Наглашавамо да њихово превазилажење свакако зависи од умешности европског посредника, при чему његове фасилитаторске

процес.

44 Ове сумње можда су и оправдане, али свакако треба узети у обзир и то да је српска страна преузела одговорност доношењем одлуке да учествује у овим преговорима.

вештине нису и неће бити довољне. Потребно је да медијатор упути предлог који ће представљати избалансирано уважавање виталних интереса двеју страна, због свеприсутног непријатељства и анимозитета сукобљених етничких група и њихових представника. Кључна тачка спотицања тиче се формалног признања независности тзв. Косова, око чега постоје непомирљиви ставови. Било које стварно или перципирано наметнуто решење, иако краткорочно с одређеним користима, дугорочно може само да продуби сукоб социјалних идентитета Срба и Албанаца. Превазилажење тог сукоба може да буде у „нуђењу европске перспективе“ и некој врсти „субординисаног европског идентитета“, али према нашем виђењу, иако нужно у овој врсти конфликта (како постулира ТСИ), то не може бити довољно. У преговорима је много важнији приступ и правичан третман, како би преговарачи могли да понуде онима које заступају (домаћој јавности) споразум који неће бити перципиран као (потпуни) губитак. Простор за то постоји, а охрабрење долази из резултата истраживања српске јавности који указују на то да би она била спремна да прихвати договор који пре свега не угрожава њен емоционални однос према овом идентитетском питању. Да ли ће до тога доћи, умногоме зависи од сагледавања дубине овог конфликта и уважавања принципа правичности. Овај рад покушава да укаже на природу овог (међународног) конфликта, и да из угла постојећих теоријских модела преговарања, али и здраворазумског посматрања,⁴⁵ понуди одређена решења и перспективе његовог превазилажења.

Литература

Baumeister, R. F. Vohs, K. D. (2007). Realistic Group Conflict Theory. In Baumeister, R. F. and Vohs, K. D. (Eds.). *Encyclopedia of Social Psychology*. 725–726.

Campbell, D. T. (1965). Ethnocentric and Other Altruistic Motives. In LeVine, D. (Ed.). *Nebraska symposium on Motivation*. Lincoln: University of Nebraska Press. 283–311.

Cooter, R. Ulen, T. (2016). *Law and Economics* (6th edition). [Electronic version]. Berkeley Law Books. Book 2. Преузето 8. 3. 2023. http://www.econ.jku.at/t3/staff/winterebmer/teaching/law_economics/ss19/6th_edition.pdf

Jackson, J. (1993). Realistic Group Conflict Theory: A Review and Evaluation of the Theoretical and Empirical Literature. *Psychological Record*. 43. 395–413.

Јовановић, С. (1990). *О држави*. Сабрана дела, Том 1. Београд: БИГЗ.

45 Уз сва ограничења ауторовог пристрасног резоновања будући да је и сам припадник етничке групе која је предмет разматрања.

Kahneman, D. Tversky, A. (1979). Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. *Econometrica*. 47(2). 263–292.

Mnookin, R. H. (1993). Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. 8(2). 235–249.

Mnookin, R. H. Wilson, R. B. (1989). Rational Bargaining and Market Efficiency: Understanding Pennzoil v. Texaco. *Virginia Law Review*. 75(2). 295–334.

Мојашевић, А. (2019). Емпиријско истраживање ефекта уоквиравања као вида когнитивне пристрасности. *Анали Правног факултета у Београду*. 67(2). 79–101.

Pareto, V. (1906). *Manuel d'économie politique*. Paris. Преузето 28. 2. 2023. <http://www.ecn.ulaval.ca/~pgon/hpe/documents/neoclassiques/Pareto.pdf>

Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Original edition. Cambridge, MA, USA: The Harvard University Press.

Ross, L. (1994). Reactive Devaluation in Negotiation and Conflict Resolution. In Arrow, K. Mnookin, R. Ross, L. Tversky, A. Wilson, R. (Eds.). *Barriers to Conflict Resolution*. New York, London: W. W. Norton & Company. 27–42. Преузето 1. 3. 2023. <https://law.stanford.edu/index.php?webauth-document=child-page/370999/doc/slspublic/Reactive%20Devaluation.pdf>

Tajfel, H. Turner, J. C. (1979). An integrative theory of intergroup conflict. In Austin, W. G. Worchel, S. (Eds.). *The social psychology of intergroup relations*. Monterey, CA: Brooks/Cole. 33–47.

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

Vranjanac, D. Dajović, G. (2014). *Osnovi prava*. Beograd: Pravni fakultet Union i Službeni glasnik.

Интернет извори:

Anadolija Balkan. *Popis stanovništva na Kosovu naredne godine od 1. septembra do 16. oktobra*. Преузето 27. 2. 2023. <https://www.aa.com.tr/ba/balkan/popis-stanovni%C5%A1tva-na-kosovu-naredne-godine-od-1-septembra-do-16-oktobra/2699605>

Beogradska otvorena škola – BOŠ. *Pregovori o pristupanju Srbije EU. Poglavlje 35 – Ostalo*. Pristupljeno 1. 3. 2023. <https://eupregovori.bos.rs/progovori-opregovorima/poglavlje-35>

Centar za društveni dijalog i regionalne inicijative – CDDRI (2021). *Stavovi građana Srbije o Kosovu – analize i uvidi* [Elektronska verzija]. April 2021. Beograd.

Преузето 7. 3. 2023. <https://cddri.rs/wp-content/uploads/2021/06/Stavovi-gradjana-Srbije-o-Kosovu.pdf>

Danas – Demostat. *Briselski sporazum: Šta su pre skoro deset godina potpisali Beograd i Priština?*. Приступљено 1. 3. 2023. <https://www.danas.rs/vesti/politika/demostat/briselski-sporazum-sta-su-pre-skoro-deset-godina-potpisali-beograd-i-pristina/>

Danas. *Francusko-nemački plan o rešavanju pitanja Kosova u 10 tačaka: Šta sve piše u dokumentu o kojem će sutra raspravljati Vučić i Vlada Srbije?*. Приступљено 1. 3. 2023. <https://www.danas.rs/vesti/politika/sta-pise-u-francusko-nemackom-dokumentu-o-kosovu/>

European Union External Action – The Diplomatic Service of the European Union. *Belgrade-Pristina Dialogue: EU Proposal – Agreement on the path to normalisation between Kosovo and Serbia*. Преузето 13. 3. 2023. https://www.eeas.europa.eu/eeas/belgrade-pristina-dialogue-eu-proposal-agreement-path-normalisation-between-kosovo-and-serbia_en

Канцеларија за Косово и Метохију. Влада РС. *Асоцијација/Заједница општина са већинским српским становништвом на Косову – општи принципи/главни елементи*. Приступљено 2. 3. 2023. <https://www.kim.gov.rs/p17.php>

Канцеларија за Косово и Метохију. Влада РС. *Делокруг рада и мандат Руководитељег тима за успостављање ЗСО*. Приступљено 2. 3. 2023. <https://www.kim.gov.rs/p01.php>

Канцеларија за Косово и Метохију. Влада РС. *Закључци ЕУ посредника о спровођењу Споразума о енергетици из 2013. године*. Приступљено 1. 3. 2023. <https://www.kim.gov.rs/p20.php>

Канцеларија за Косово и Метохију. Влада РС. *План примене споразума о нормализацији односа Београда и Приштине*. Приступљено 1. 3. 2023. <https://www.kim.gov.rs/p02.php>

Канцеларија за Косово и Метохију. Влада РС. *Правосуђе*. Приступљено 2. 3. 2023. <https://www.kim.gov.rs/p06.php>

Канцеларија за Косово и Метохију. Влада РС. *Први споразум о принципима који регулишу нормализацију односа*. Приступљено 2. 3. 2023. <https://www.kim.gov.rs/p03.php>

Канцеларија за Косово и Метохију. Влада РС. *Преговарачки процес са Приштином*. Приступљено 2. 3. 2023. <https://www.kim.gov.rs/pregovaracki-proces.php>

Канцеларија за Косово и Метохију. Влада РС. *Споразуми у вези са енергетиком*. Приступљено 1. 3. 2023. <https://www.kim.gov.rs/p04.php>

Канцеларија за Косово и Метохију. Влада РС. *Телекомуникације*. Приступљено 2. 3. 2023. <https://www.kim.gov.rs/p05.php>

RTS. *Istraživanje: Srbi i Albanci – ne vole se, a ne poznaju se*. Приступљено 2. 3. 2023. <https://www.rts.rs/page/stories/sr/story/9/politika/3270221/istrazivanje-srbi-i-albanci-ne-vole-se-a-ne-poznaju-se.html>

RTS. *Ko sve nije dao glas za prijem Kosova u Interpol*. Приступљено 2. 3. 2023. <https://www.rts.rs/vesti/politika/3329643/ko-sve-nije-dao-glas-za-prijem-kosova-u-interpol.html>

Slobodna Evropa. *Godinama posle taksi Srbija na Kosovo izvozi 37 posto manje*. Приступљено 3. 3. 2023. <https://www.slobodnaevropa.org/a/kosovo-izvoz-srbija-trgovina/31706854.html>

The Government of the Republic of Serbia. *Military Technical Agreement*. Приступљено 5. 3. 2023. <https://www.srbija.gov.rs/kosovo-metohija/en/8911>

The University of Edinburg. *First Agreement of Principles Governing the Normalization of Relations*. Приступљено 5. 3. 2023. <https://www.peaceagreements.org/view/2022>

*Aleksandar Mojašević, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš
Republic of Serbia*

HOW TO UNTIE “THE KOSOVO KNOT”? AN INTEGRATIVE APPROACH TO THE SERBIAN-ALBANIAN CONFLICT

Summary

This paper presents Mnookin’s conceptual framework for identifying and overcoming obstacles to the efficient and fair resolution of individual and group conflicts and disputes. This is followed by review of the basic elements of the negotiations between the Republic of Serbia and the self-proclaimed Republic of Kosovo, a summary of the results of those negotiations, as well as the views of the Serbian public opinion on the declaration of independence of the so-called Kosovo and the Kosovo issue in general. After that, the paper presents the basic elements of two well-known theories of intergroup conflict in order to shed light on the nature of conflict between the two ethnic groups (Serbs and Albanians). Finally, the previous negotiations of the two parties are placed in the presented conceptual framework of negotiations in order to identify the key points of contention in the previous negotiations of Serbia and the so-called Kosovo and offer potential solutions for overcoming them based on the presented theoretical model of negotiation in the presence of a third party (mediator). The key finding is that the negotiations can be concluded with a fair agreement, but only if the real (material) interests of the two parties are respected, primarily the emotional ones, that is, those arising from the nature of the conflict between the social identities of the two ethnic groups.

Keywords: *Serbia, so-called Kosovo, negotiations, obstacles, mediator, group conflict.*

Davorin Pichler*, LL.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek
Republic of Croatia

Dražen Tomić*, PhD.,
Assistant Professor,
Faculty of Electrical Engineering, Computer Science and Information Technology,
Josip Juraj Strossmayer University of Osijek
Republic of Croatia

Vlatko Ljubanović*, 3rd year student of the Integrated
Undergraduate and Graduate University Study in Law,
Faculty of Law, J.J. Strossmayer University in Osijek
Republic of Croatia

UDK: 347.426:349.418]:004(497.5)

UDK: 349.4:004.738.5](497.5)

Рад примљен: 26.06.2023.

Рад прихваћен: 21.07.2023.

LIABILITY OF THE REPUBLIC OF CROATIA FOR DAMAGE CAUSED BY COMPROMISING THE REAL PROPERTY REGISTRATION AND CADASTRE JOINT INFORMATION SYSTEM**

Abstract: Before their digitation, land registries in the Republic of Croatia had been kept manually (paper-based registration). The Land Registry Act stipulates that land registries in the Republic of Croatia are kept electronically by means of a Real Property Registration and Cadastre Joint Information System (hereinafter: JIS), containing harmonized real property and cadastral data. A real property and land database is created through the electronic entry of paper-based data, i.e. integration of real property and cadastral data into a single database. Hence, the protection of real property transfers is enhanced since the legal status of the land and all accompanying restrictions (concessions, public property status etc.) can be obtained

* dpichler@pravos.hr

* drazen@etfos.hr

* ljvlatko@gmail.com

** This paper is the result of research conducted within the project Substantive and Procedural Civil Law in the 21st Century - Current Situation and Trends in the Future (IP-PRAVOS - 7), funded by the J. J. Strossmayer University in Osijek. The paper was presented at the International Scientific Conference "Law and Social Values", held at the Faculty of Law, University of Niš, on 21 and 22 April 2023.

in one place. The real property land database enables registration of every change to the real property without the need to inform both the land registration court and cadastre thereabout. The Real Property Registration and Cadastre Joint Information System is jointly coordinated and managed by the Ministry of Justice and Administration of the Republic of Croatia and the State Geodetic Administration. The Land Registry Act sets forth that the Republic of Croatia is strictly liable for any damage arising from flaws in keeping land registries. Such damage can occur in case of errors or malfunctions in the respective joint information system. This paper investigates the appropriateness of the measures for protection of the Real Property Registration and Cadastre Joint Information System and the general rules for security and control of the access to the said system, and analyses the risk of compromising it. Regarding the liability of the Republic of Croatia for any damage pertaining to flaws in the land records management, the paper depicts the model of defining the liability for any damage sustained by the holders of ownership rights due to unauthorized access to the said joint information system. The paper also sheds light on the advantages and disadvantages of the model for defining fault and strict liability in the above case, and examines some pending issues relating to the applicable model for defining such damage liability de lege lata as well as possible legal solutions and the potential need for the legislator's intervention de lege ferenda.

Keywords: *damage, land registry, cadastre, information system, digitization.*

1. Introduction

In order to make rights *in rem* in immovable (real) property effective towards all (*erga omnes*), they shall be made publicly available. In this view, Croatia follows the tradition of continental law countries in which ownership rights and other facts relevant for legal transactions are registered in land registries. Land registries are reliable real property and relating ownership records which reflect the legal status and transfers of real property. They enable registration of immovable (real) property rights implying legal effects on their publication, protection, exercise, acquisition and termination (Gavella, Josipović, Gliha, Belaj, Stipković, 2007: 273-282). Until their digitation, land registries in the Republic of Croatia (Josipović, 2001: 98) had been kept manually (paper-based registration). Such record-keeping entailed manual entry of data into paper-based registries (bound documents) (Gavella *et. al.*, 2007: 285). The Republic of Croatia and International Bank for Reconstruction and Development entered into a Loan Agreement (Real Property Registration and Cadastre Project) and,

consequently, the Croatian Parliament adopted the Act on the Ratification of the Loan Agreement (Real Property Registration and Cadastre Project) between the Republic of Croatia and International Bank for Reconstruction and Development on 23 January 2003.¹ This agreement includes the general goal of the project: the preparation of an efficient land registry management system aiming at advancement of the real property market through upgrade of the existing real property registration and cadastral system (Antonić, 2006: 77). To harmonize the applicable legislative framework with the land registry digitation process, the legislator has made numerous amendments of the main sources of land registry law in the last 25 years. The highlight of those amendments is the adoption of the new Land Registry Act in 2019. The new Act prescribes that land registries are kept electronically by means of a Real Property Registration and Cadastre Joint Information System (hereinafter: JIS). This system serves to store, maintain and keep all real property and cadastral data. The harmonized data are then entered in a land database as part of the said system.²

The transformation of real property and cadastral data into the digital format and their storage in the joint information system, which is in fact a public registry, raises the question of liability for any damage sustained due to the distortions of the system. This paper analyses the risk of unauthorized access to the system and damage which might be suffered by the holders of ownership rights. Indeed, technological advancement implies the high risk of the so-called *cybercrime*³ whereas the building of trust in an *online* environment represents the key for economic and social development. Therefore, the paper focuses on the potential methods of compromising the security of the Real Property Registration and Cadastre Joint Information System, possible measures for its protection and possibility of demonstrating its distortions through expertise in compensation proceedings. In regard to the liability for damage caused due to flaws in keeping land registries, i.e. system malfunctions or computer-related errors, the paper deals with damage liability models applied in judicial compensation proceedings. The paper also tackles some challenges relating to the applicable model for defining such damage liability as well as possible legal solutions and the potential need for intervention by the legislator *de lege ferenda*.

1 Act on the Ratification of the Loan Agreement (Real Property Registration and Cadastre Project) between the Republic of Croatia and International Bank for Reconstruction and Development, *Official Gazette*, International treaties no. 2/2003.

2 Article 6 paragraphs 1-3 of the Land Registry Act (hereinafter: the LRA).

3 Cybercrime can be defined as a totality of crimes exercising illegal influence on the use, integrity and availability of the system hardware, software and database or on the confidentiality of digital data (Šimundić, Franjić, 2009: 31).

2. Land Registry Management Models

Legal transactions related to real property transfers on the territory of the Republic of Croatia are entered into land registries. That procedure involves registration of ownership rights and other rights, if envisaged by special laws.⁴ Land registries appear to be public registries⁵ in which immovable (real) property, related (ownership) rights *in rem* and other legal relationships and fact relevant for real property transfers are registered. The content and reliability of such records contribute to legal certainty as regards the holders of ownership rights and legal transactions in general, as well as the possibility of control over the holders by public law and the exercise of the rights by third parties towards them.⁶ Land registries in Croatia are kept by municipal courts or more precisely, their land registration departments (Pichler, 2022: 12). Cadastral surveying sets grounds for land registration. Data on the plots of land entered into land registries shall be compatible with the appertaining cadastral data. An immovable (real) property cadastre contains records of land parcels and buildings lying thereon or thereunder, and of special legal regimes related thereto.⁷ Data on the holders of ownership rights are entered into real property cadastres based on the data from land registries.⁸

In line with the aforesaid, the LRA foresees electronic registration of real property data in the JIS. Harmonized real property and cadastral data are integrated into a single database which is created by the electronic entry of paper-based data in the JIS (Josipović, 2001: 99). Hence, the protection of real property transfers is enhanced because the legal status of the land and all accompanying restrictions (concessions, public property status etc.) can be obtained in one

4 Article 3 paragraphs 1-2 of the LRA

5 The most important role of public registries in relation to ensuring legal certainty in legal relationships between natural persons and legal entities refers to the availability of registered data to the public. Therefore, all the registries shall be publicly available. Under certain conditions, one can have an insight into and obtain information on the facts and requirements for acquisition of individual rights. Considering the fact that public registries are managed by courts or administrative bodies in the role of authorities, they should entail public trust. Persons relying on data entered into public registries should be, in a particular way, protected in legal transactions even if those data do not reflect the legal and factual situation (Josipović, 2006: 4-5).

6 The adequate response to the challenges of a modern legal state and providing efficient legal protection require reliable records. Keeping such records imposes the need for their organizational and functional regulation (Pichler, 2006: 31).

7 Article 21 paragraph 1 of the Act on State Survey and the Real Property Cadastre, *Official Gazette* no. 112/18, 39/22, hereinafter: ASSRPC.

8 Article 4 of the Ordinance on the Content and Form of Cadastral Documentation, *Official Gazette* no. 142/08, 148/09, hereinafter: OCFCD.

place (Pichler, 2022: 14). A real property land database enables registration of every change to the real property without the need, which characterized the old system, to inform both the land registration court and cadastre thereabout, e.g. about the changes referring to the number, shape and surface area of a land parcel and those relating to its subtraction, separation, addition and division (Antonić, 2005: 74-75). The JIS is an information system in which real property and cadastral data are stored and kept in a single database in the following manner: the bodies in charge of cadastre management are also in charge of keeping cadastral data whereas land registration courts are in charge of managing data on the holders of ownership rights and on legal facts and relationships. The Real Property Registration and Cadastre Joint Information System is jointly coordinated and managed by the Ministry of Justice and Administration of the Republic of Croatia and the State Geodetic Administration.⁹ The Land Registry Act stipulates that paper-based registries are transformed into the electronic format and stored in the JIS, i.e. paper-based files are transformed into electronic files.¹⁰ Documents laid down by the Ministry of Justice and Administration of the Republic of Croatia and the State Geodetic Administration regulate the organization and operation of the JIS. Technological management of all JIS data is entrusted to a company founded by a decision of the competent body. Mutual relationships, rights and liabilities in the JIS technological management are governed by a special agreement concluded between the Ministry of Justice and Administration of the Republic of Croatia and the State Geodetic Administration on one side and the hosting company on the other side.¹¹ This legal matter is called a “Hosting Agreement”^{12, 13}

2.1. Insight into Land Registries

Access to the Real Property and Land Database System (hereinafter: RPLDS) is today provided electronically. In fact, land registration courts and cadastrals offer all real property and land data stored in the said database regardless of a cadastral municipality. An insight into land registries can be achieved by visiting the respective webpage or by obtaining an extract from the respective land registry. Authorized (registered) users are entitled to issue the extracts

9 Article 4 paragraph 2 of the Rulebook of the Real Property Registration and Cadastre Joint Information System, *Official Gazette* no. 6/21, hereinafter: RRPRCJIS.

10 Article 14 paragraphs 1-2 of the LRA.

11 Article 4 paragraphs 1-4 of the Ordinance on the Organization and Operations of the Real Property Registration and Cadastre Joint Information System, *Official Gazette* no. 107/10, hereinafter: OORPRCJIS.

12 Article 4 paragraph 4 of the OORPRCJIS.

13 For more details about the Hosting Agreement see *infra*.

and submit applications for electronic registration in land registries. In this light, authorized users mean a notary public, lawyer or State Attorney's Office, if such is required by certain judicial or administrative proceedings.¹⁴ The Ministry of Justice performs the role of the system administrator.¹⁵ Electronic access to land registries is provided through a JIS one-stop-shop.¹⁶ Authorized users are granted access through their user accounts while regular users can obtain desired land data via the e-Citizens application^{17, 18} In order to create an

14 Article 4 paragraph 1 of the Ordinance on e-Services for Users and Registered Users of the JIS (hereinafter: the OESUAJIS), *Official Gazette* no. 108/19.

15 Article 4 paragraph 3 of the OESUAJIS.

16 *One-Stop-Shop* (OSS) is a single service point enabling access to real property and cadastral data (oss.urednazemlja.hr). Through the Ministry of Justice and Administration and State Geodetic Administration, the Government of the Republic of Croatia launched the National Land Registry and Cadastre Consolidation Programme in 2003. The short name of the programme is "*Uređena zemlja*" (Organized Land). The JIS was developed within its framework. The modernization of the real property and cadastre system has resulted in a swifter and simpler procedure for registration of real property and relating ownership rights. Moreover, online information from land registries and cadastral offices have become available 24/7. The main goal of the Programme was to prepare a more efficient land and real property registration system in order to develop a more effective real property market. Aiming to provide the project with further support, the World Bank granted the Republic of Croatia a loan (no. 8900-HR) in 2018 and thus secured additional funds for new activities within the Croatian land administration modernization process for the benefit of citizens, entrepreneurs and government institutions. The new loan was effected on 19 December 2018 while the new deadline for project completion was 16 January 2023. The project was implemented by two state administration bodies in charge of the registration of real property and relating ownership rights: the Ministry of Justice and Administration, and municipal courts with their 108 land registration departments. The State Geodetic Administration regulates, among other things, the operations of the cadastral system (20 regional cadastral offices and 92 extensions). The project was operatively implemented by the Project Implementation Unit and teams from both state administration units (*Uređena zemlja 2023*, <http://www.urednazemlja.hr/default.aspx?id=7>, accessed on 30 March 2023).

17 Article 5 paragraphs 1-3 of the OESUAJIS.

18 The *e-Citizens* system was established by the Croatian Government and its goal is to modernize, simplify and accelerate the communication between the citizens and public sector as well as to raise the transparency of providing public services. The e-Citizens system encompasses: the Central Government Portal, the User Box and the National Identification and Authentication System. The fundamental purpose of the Central Government Portal is integration of the information possessed by government institutions as to enable the citizens to obtain desired information as simply as possible. Information appearing at the Central Government Portal is regulated by the Central State Office for the Development of the Digital Society. The User Box enables every citizen with a valid personal identification number to receive official messages related to public services, procedures and statuses as well as their overview and storage. The National Identification and Authentication System (hereinafter: NIAS) ensures safe and trustworthy identification and authentication of us-

authorized (registered) user account, users shall submit an application to the system administrator through the Croatian Bar Association, Croatian Notaries Chamber and State Attorney's Office.¹⁹

3. Forms of Compromising the Real Property Registration and Cadastre Joint Information System

The security of every information system depends on meeting three basic requirements: confidentiality, integrity, and availability of its data (Death, 2017: 13). In this view, confidentiality or privacy implies that confidential information is not accessible to unauthorized persons; integrity entails that unauthorized persons are prevented from modifying the data or computer programmes managing those data and from unauthorized computer programme management. Finally, availability means that information system data and network services are available to authorized (registered) users whenever they request those data and services. To accomplish all of the set goals, unambiguous authentication is also needed. Such authentication implies non-repudiation of a user-completed activity within an information system.

Since the RPLDS is, by its very nature, a public database, the main task of the JIS is to ensure security mechanisms when entering, modifying and deleting data as well as their integrity and availability to the users. Unauthorized access to the JIS and corresponding distortions of the RPLDS are the severest form of compromising the Real Property Registration and Cadastre Joint Information System; hence, it is necessary to protect it with all possible measures, particularly from the outside. The JIS is a publicly available service and thus requires protection from the inside as well, due to the relevance of its data and possible distortion consequences. Other forms of compromising the JIS include eavesdropping and interception of network traffic, denial-of-service (DoS) attacks and taking control over the devices that belong to the computing and communication-based e-infrastructure.

ers who access public electronic services by means of valid credentials. Every citizen of the Republic of Croatia with valid credentials is provided with a unique electronic identity by the NIAS and can use the credentials to access public e-services. The NIAS serves as a safe and simple tool to access the e-Citizens system with one click. Indeed, when someone logs in to the said system via the NIAS, he/she does not have to log in again to be provided with another NIAS-related e-service. The Financial Agency is in charge of the NIAS management (FINA, 2023, <https://www.fina.hr/e-gradani>, accessed on 30 March 2023).

¹⁹ Article 6 paragraph 1 of the OESUAJIS.

4. Possibility of Demonstrating Data Modification in the JIS

The Republic of Croatia shall be liable for any damage arising from the use of the JIS if such damage has resulted from an error or malfunction of the applied computer programme or the computer itself. Hence, the users should pay attention to the time when data modification occurred, who is to blame for the modification and which data have been changed. The basis of computer forensics entail monitoring of every transaction completed within the RPLDS (who made it, when, from which IP address, and which data have been modified), creating an archive in which every change is recorded, making a backup and data archive at the level of the computer programme and database, and related event logs of the information system, computer programme, database, network services and computing and communication-based e-infrastructure. Receiving and processing applications submitted electronically in the form of an electronic file, using the NIAS infrastructure for authorized (registered) user authentication and the necessity of a qualified electronic signature provided by a qualified service provider as well as the possibility of submitting applications for real property land registration and their amendments via a network service, accompanied with a valid certificate of the registered user system administrator considerably reduce the chance of manipulation and simultaneously facilitate detection of subsequent accidental and deliberate unauthorized data modification within the system. The same procedure refers to written enclosures, both those submitted as original documents and those submitted as certified copies, which are converted into the electronic format by a registered user who is obliged to provide every attached document with a qualified electronic signature; after being converted into the electronic format, the written enclosures are returned to the applicant and the transformed documents are saved and kept according to special saving and keeping regulations by registered users.

In order to detect changes in the system, one needs to determine the time when they occurred. Applications for real property and land registration, submitted electronically, are deemed received by the land registration court when they are registered by the receiver's server, where the applications are all accompanied with the day, month, year, hour and minute of application reception. Real-time clock harmonization in all information systems²⁰ is a prime prerequisite for mutual linking and analysing data from different sources for the purpose of finding out the time and character of an incident. This procedure is necessary not only for proving a security incident but also for future system upgrade and incident prevention.

20 RFC 5905 Network Time Protocol Version 4: Protocol and Algorithms Specification.

5. Possibility of Information System Protection

Pursuant to the internationally recognized OSI security infrastructure,²¹ it is necessary to ensure security mechanisms and services aimed at detecting and preventing security attacks, i.e. to enhance the security and resistance of the data transfer, storage and processing system as to reduce the chances of compromising the information system. Since attacks can be both passive (which have no impact on the content and availability of data) and active (which include manipulation with data and data streams) permanent control and active mechanisms for the protection of the JIS are required (Verwoerd, 1999: 5-7). Such protection should be seen as an imperative because the JIS is accessible to a wide circle of registered users with the powers of data administration, who use public internet-based infrastructure to access the system without employing virtual private networks providing secure communication channels. The foundation of such protection should be NIAS-based user authentication and subsequent information system access control allowing an access only to registered users by creating their own user account. Additional security mechanisms for data encryption involve SSL encryption at the application level, one-stop-shop web services using PKI (*Public Key Infrastructure*), and the application of a digital signature which is employed by the data provider to undeniably ratify the source and integrity of provided documents by applying a qualified electronic signature as defined by the OESUAUJIS. Moreover, if an application for registration in the RPLDS and accompanying amendments are submitted through a network service, they can be electronically signed by using a valid certificate of the registered user-system administrator²², which bears great relevance for ensuring data integrity in the RPLDS.

With a view to provide technical-technological protection of the JIS, which encompasses the security of the computing and communication-based e-infrastructure and data management computer programme, one needs to take account of all standard mechanisms prescribed by the ISO 27001 standard²³: physical and technical protection of the computing and communication-based e-infrastructure hosting the JIS, regular and registered user authentication, application of cryptographic protection methods at the application level, usage of virtual private networks for remote access (if possible), digital document and transaction signage, network traffic limitation and control (firewalls, web application firewalls, intrusion detection and prevention systems), security zone establishment, locally redundant storage, backups and data archives, saving

21 ITU-T recommendation X.800, Security Architecture for OSI.

22 Article 12 of the OESUAUJIS.

23 ISO/IEC 27001 – Information security management system.

individual transactions in the RPLDS and the creation, storage and monitoring of event logs within the JIS (network equipment, servers, programmes, network services, databases).

The accomplishment of set goals is fostered by the fact that smooth performance of JIS operations implies not only security but also ensuring service continuity and quality by specifying an adequate service level (*Service Licence Agreement/SLA*) and deploying a redundant JIS site in the active-active or active-passive mode in an independent data centre (DR site).

6. Damage Liability Model

The Land Registry Act sets forth that the Republic of Croatia is strictly liable for any damage arising from flaws in keeping land registries. The state is discharged of such a liability when damage results from force majeure, but it is held liable for the damage suffered due to flaws or errors in a computer programme or from computer malfunctions.²⁴ The applicable damage liability model in this view, when there is no injurer's fault (person responsible for the damage), is the strict liability model.²⁵ Thus, one can speak about liability arising from the bare fact that damage has occurred (Klarić, Vedriš, 2006: 612-613)^{26, 27} Damage liability requires fulfilling the following conditions: the harmful action, damage,

24 Article 9 paragraphs 1-2 of the LRA.

25 The Croatian law of damages includes a legal ground for strict damage liability application. Indeed, the Civil Obligations Act foresees strict liability for damage caused in relation with a dangerous thing or dangerous activity (Article 1063), strict liability for damage caused by a defective product (Article 1073) and strict liability of an organizer of a gathering (Article 1081). The Civil Obligations Act, *Official Gazette* no. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21, 114/22, 156/22, hereinafter: COA.

26 Fault liability used to be the dominant model for defining damage liability and thus the liability based on the causality criterion generally represented an exception. However, swift economic development and the complexity of social relationships indicate that it is unfair and sometimes even impossible to base damage liability solely on someone's fault. Accordingly, legal theory has embraced the concept of strict liability. Furthermore, legal doctrine has generated, among other concepts, risk theory, based on which damage liability is established on the ground of created risk. Every human activity bearing a certain risk (e.g. railway, industry) implies that he who undertakes such an activity is liable for potential damage that can be attributed to that activity without examining possible fault of the person having initiated it. (Klarić, Vedriš, 2006: 613-614).

27 Damages resulting from the use of particular technical devices and cutting-edge technologies (e.g. robotic surgery in medicine) encourage application of the strict liability model since the consequences of the use of such technical devices are not fully predictable. Also, artificial intelligence entails the issue of unexplainability and incomprehensibility. Designers of such systems do not know, due to system complexity and big data, how the system produced a certain solution. Those systems are not programmed to find solutions

wrongfulness of the harmful action, and the causal link between the harmful action and the damage. However, although the strict liability model does not require the existence of an injurer's fault, the victim's status is aggravated by the fact that the victim (injured person) is forced to prove a causal link²⁸ between a flaw in keeping land registries or the employed programme or system malfunction and the damage sustained. In order to establish what actually happened in each individual case of a system malfunction and damage occurrence, an expert witness has to be invited to reconstruct the manipulation with the computer/programme²⁹ which resulted in the occurrence of damage. On such an occasion, the expert witness informs the court about the facts that took place in the past and draws appertaining conclusions (Triva, 1978: 418). One of the great advantages of digital evidence is that it is basically indestructible and can be copied (Šimundić, Franjić, 2009: 46). The expertise of expert witnesses on the impact of the causes and consequences of an incident is essential for establishing a causal link between a flaw or error in a computer programme or system malfunction and the occurrence of damage. A causal link or causal nexus is a link between a harmful action and the damage, whereby the latter results from the former. It is in the nature of things that damage emanates from a multitude of causes. Among all those causes, one needs to find the cause that legally matters most. In this view, the Republic of Croatia relies on adequate causation which entails that, among many circumstances leading to damage, the one that can be associated with the natural way of things (usual course of events) should be regarded as the cause of damage (Crnić, 2006: 705). In our context, an IT expert witness is expected to detect the circumstance/activity that triggered the occurrence of damage.

7. Hosting Agreement

For the sake of further analysis of the standpoint of the Republic of Croatia on the liability for damage sustained by compromising the JIS, the authors gained an insight into the files of the Ministry of Justice and Administration of the Republic of Croatia to inspect the Agreement on the Operation and Servicing of the Computing- and Communication-Based e-Infrastructure for the Application

but to create rules themselves during the learning process and performance of operations. Consequently, they could fail in detecting some obvious causal links (Bracanović. 2021: 66-74).

28 When it comes to damage caused in relation with a dangerous thing or dangerous activity, the injured person does not have to demonstrate a causal link between them. Such a link is implied. However, this is not the case with flaws in keeping land registries.

29 The most popular computer manipulation methods are: unauthorized access to an information system, data manipulation, illegal use of software tools, login to a system with a stolen password (Šimundić, Franjić, 2009: 46-49).

System Real Property Registration and Cadastre Joint Information System (JIS) without a *Disaster Recovery* (DR) Site (hereinafter: the Hosting Agreement).³⁰ The Hosting Agreement regulates the rights and liabilities of the Contracting Authority and Service Provider, i.e. Ministry of Justice and Administration, and State Geodetic Administration on the one side, and the Information Systems and Information Technologies Support Agency LLC) on the other side.³¹ It should be noted that the integral parts of his agreement are the annexes stated in Article 2 of the Hosting Agreement (Service Licence Agreement, JIS Preventive Maintenance Plan, Operational Level Agreement, HD SD Procedure, Backup Policy, Remote Desktop Protocol, Remote Desktop Instructions, Service Delivery Status Report) Yet, the authors have not been provided with an insight into these annexes by the Service Provider.³²

The parties to the Hosting Agreement are bound to compensate for any damage done to the counterparty, resulting from a failure to meet their contractual liabilities either fully or partially. This does not involve damage caused by force majeure. As laid down in Article 17 of the Hosting Agreement, force majeure encompasses neither a lack of staff or software nor omission of subcontractors or outsourcers of either party. Article 18 (para. 3) of the agreement prescribes the Service Provider's liability to ensure the highest level of physical surveillance of the room in which the data storing equipment is situated. This means 24/7 surveillance of the room and strict entrance control. All real property and cadastral data, and other data in possession of the Contracting Authority remains their property. Upon the expiration of the Hosting Agreement, all the data shall be returned to the Contracting Authority and the Service Provider is not entitled to keep a single copy thereof. Those data are confidential and the

30 Agreement on the Operation and Servicing of the Computing- and Communication-Based e-Infrastructure for the Application System Real Property Registration and Cadastre Joint Information System (JIS) without a *Disaster Recovery* (DR) site, Class: 150-30/22-01/73, File no: APIS IT-06-04-22-1 of 29. 12. 2022 (hereinafter: the Hosting Agreement).

31 In terms of meeting their contractual liabilities, the Service Provide shall act with due skill, care and diligence as foreseen in Article 15 par. 2 and Article 23 para.5 of the Hosting Agreement. Moreover, Article 11 paragraphs 1-4 thereof stipulates that the Contracting Authority is entitled to appoint a person to conduct IT monitoring to check whether the Service Provider meets their contractual liabilities (e.g. protection of personal and other data).

32 These annexes contain data related to: the technical description of the computing- and communication-based e-infrastructure, operations manuals, detailed data for accessing particular JIS zones and similar, so they are considered a top secret. Article 20 para.1 of the Hosting Agreement governs that all the information and data provided to the counterparty for the sake of performance of the agreement and the whole agreement itself shall be deemed as a business secret. In the end, Article 20 para.2 thereof stipulates that confidential data shall not be used for any purposes other than those laid down therein without an explicit written approval of the counterparty.

Service Provider is not entitled to disclose them to third parties without an explicit written approval of the Contracting Authority to the extent and scope defined by the latter. The Service Provider may only make use of the said data if the use is in compliance with their designated purpose. The Service Provider guarantees that the data will not be used for any other purposes and that they will not be handled in any other way but the one specified in the Hosting Agreement. In case of violation of these provisions, the Contracting Authority shall be entitled to compensation (damages).³³ In the event of clause violation, the Contracting Authority is entitled to activate one of the following Service Provider's performance guarantees: promissory notes or blank promissory notes, bank guarantees or cash deposit amounting to 10% of the agreed service price. If the damage suffered by the Contracting Authority exceeds the guarantee amount, the Contracting Authority may require from the Service Provider to provide compensation for the difference in value.³⁴

8. Possibility of Further Improvements of the Victim/ Injured Person Compensation System

The reasons behind the use of the model of strict liability for damage resulting from a flaw or error in the computer programme or from a system malfunction can be found in the complexity of the operations of information systems and computer programmes, and the relating impossibility to find the fault and the person responsible for damage. Furthermore, the strict liability model is expected to provide the victim (injured party) with swift and just compensation (Ćepulić, Roksandić Vidlička, Babić, 2008: 130). In this light, the legislator should, *de lege ferenda*, define the procedure according to which notice of damage (violation of ownership rights) could be submitted both by a competent officer of the land registration department and the injured person himself/herself. In this view, compensation for damage should take place within the framework of administrative proceedings instead of civil proceedings (Proso, 2009: 368). That would take pressure off the justice system and accelerate the victim compensation procedure.³⁵ Hence, the legislator should prescribe a liability of the Republic of

33 Article 14 paragraph 1-4 of the Hosting Agreement.

34 Article 15 paragraph 1-3 of the Hosting Agreement.

35 One should bear in mind that a person who intends to bring an action against the Republic of Croatia, is obliged to submit an application for amicable settlement of the dispute to the State Attorney's Office beforehand since the State Attorney's Office has substantive and territorial jurisdiction to represent the Republic of Croatia before any court chosen by the applicant (claimant). Only if the application for amicable settlement of the dispute is rejected or if it is not handled within three months after its submission, the applicant (claimant) may bring the action before the competent court. Article 186a para.5 of the Civil Procedure Act,

Croatia to enter into an insurance contract. Such a contract would be based on a liability-insurance policy covering the exercise of a professional activity. If the injured person is not satisfied with the offered compensation, he/she would be provided with the right to bring an action for damages. Still, in such a case, the injured person would be exposed to the risk of bearing the judicial costs. The value of the respective insurance premium could be compensated with the amount of judicial fees when registering land or real property.³⁶

When it comes to land registry keeping-related damage resulting from a flaw or error in the computer programme or from a system malfunction, the legislator should, *de lege ferenda*, design a system for recording such flaws, errors or malfunctions.³⁷ Recording error emergence and its harmful consequences is aimed at avoiding similar situations in the future. Computerization of the RPLDB and introduction of an error recording system enable expert analysis and undertaking measures for eliminating all kinds of failures in the JIS.

Even though the strict liability model does not rely on the need to exhibit the fault of the injurer,³⁸ the injured person still has to demonstrate the following: the harmful action,³⁹ the sustained damage, the causal link between the harmful action and the damage, and the wrongfulness of harmful action in the strict sense. The position of the injured person is here particularly unfavourable since

Official Gazette of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia no. 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91 and *Official Gazette of the Republic of Croatia* no. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, 70/19, 80/22, 114/22, hereinafter: CPA.

36 Tariffs 14-19 of the Regulation on the Tariff of Court Fees, *Official Gazette* no. 53/19, 92/21.

37 Recording flaws in the operation of technical devices is a practice pertinent to the countries that have embraced the strict damage liability model in medicine (e.g. Sweden, Denmark, New Zealand). That practice is part of the so-called "no fault – no guilt" system of damage compensation. It requires registration of every error and flaw, and notice of every harmful event during medical interventions as to avoid similar omissions in the future (Pichler, 2018: 247).

38 The Croatian law of damages imposes the strict damage liability model wherein an injurer's fault is implied. In such cases, fault means the lowest negligence level (ordinary negligence). Every other negligence level shall be proved by the injured person. The application of the strict liability model results in long court proceedings since the injurer is most often expected to prove his innocence (Klarić, Vedriš, 2006: 610-611).

39 Light should also be shed on the fact that legal theory frequently defines damage as harmful action-related violation of someone's subjective right or interest. Harmful action is thus defined as an act or omission of the injurer to the detriment of the injured person. In this context, harmful action can only be performed by a human being. For that reason, from the perspective of legal doctrine, it is nomotechnically hard to justify the formulation laid down in Article 9 para. 2 of the LRA, which sets forth that the Republic of Croatia is liable for any damage arising from a flaw or error of a computer programme, or to a system malfunction.

he/she can be thus deprived of his/her ownership rights and be forced to initiate long-lasting and expensive court proceedings for compensation of the damage sustained. It is such situations that impose the need to implement a compensation system aimed at redressing injustice, providing swift and fair compensation for damages and avoiding lengthy and costly judicial proceedings.

9. Conclusion

The new Land Registry Act stipulates that land registries in the Republic of Croatia are kept electronically by means of a Real Property Registration and Cadastre Joint Information System (JIS), containing harmonized real property and cadastral data. The JIS is an information system in which real property and cadastral data are stored and kept in a single database. The transformation of real property and cadastral data into the digital format and their storage in the above information system, which is in fact a public registry, raises the question of the liability for any damage suffered due to distortions of the system. The security of every information system depends on meeting three basic requirements: confidentiality, integrity, and availability of its data. Unauthorized access to the JIS and corresponding distortions of the RPLDB represents the severest form of compromising the Real Property Registration and Cadastre Joint Information System, and hence, it is necessary to protect it with all possible measures, particularly from external intrusions. The JIS is a publicly available service and requires protection from the inside as well, due to the relevance of its data and possible distortion consequences. For the purpose of combating security attacks or activities intended to harm ICT systems, it is necessary to ensure security mechanisms and services aimed at detecting and preventing such incidents, i.e. to enhance the security and resistance of the data transfer, storage and processing system and to reduce the chances of compromising the information system.

The LRA sets forth that the Republic of Croatia is liable for any damage arising from a flaw in keeping land registries. The strict or causal damage liability model is not based on an injurer's liability for damage. Although this model does not require the existence of an injurer's fault, the victim's status is aggravated by the fact that the victim (injured person) is forced to prove a causal link between a flaw in keeping land registries or the employed programme or computer malfunction and the damage. The position of the injured person is here particularly unfavourable since he/she can be thus deprived of his/her ownership rights and be forced to initiate long-lasting and expensive court proceedings for compensation for the damage sustained. In order to establish what actually happened in each individual case of a system malfunction and damage occurrence, an expert

witness has to be invited to reconstruct the manipulation with the computer/programme which resulted in the occurrence of damage. The reasons behind the use of the model of strict liability for damage resulting from a flaw or error in the computer programme or from a system malfunction can be found in the complexity of the operations of information systems and computer programmes, and the relating impossibility to find the fault and the person responsible for the damage. Furthermore, the strict damage liability model is expected to provide the victim (injured party) with swift and just compensation. In this light, the legislator should, *de lege ferenda*, define the procedure according to which notice of damage (violation of ownership rights) could be submitted both by a competent officer of the land registration department and the injured person himself/herself. Compensation for sustained damage should, in this view, take place within the framework of administrative proceedings instead of civil proceedings. That would take pressure off the justice system and accelerate the victim compensation procedure. Hence, the legislator should prescribe a liability of the Republic of Croatia to enter into an insurance contract. Such a contract would be based on a liability-insurance policy covering the exercise of a professional activity. The value of the respective insurance premium could be compensated with the amount of judicial fees when registering land or real property. For the purpose of dealing with situations in which the Republic of Croatia can be deemed liable for damages related to keeping land registries, which have resulted from a flaw or error of a computer programme, or from a system malfunction, the legislator should, *de lege ferenda*, design a system for recording such flaws, errors or malfunctions. Recording error emergence and its harmful consequences can help avoid similar situations in the future. It is such situations that impose the need to implement a compensation system aimed at redressing injustice, providing swift and fair compensation for damages, and avoiding lengthy and costly judicial proceedings.

References

Books and articles

Antonić, Lj. (2005). *Uspostava baze zemljišnoknjižnih podataka*. Treći hrvatski kongres o katastru s međunarodnim sudjelovanjem. Zagreb: 2005. 73-80.

Antonić, Lj. (2006). Projekt sređivanja i digitalizacije zemljišnih knjiga. Zagreb: *Arhivski vjesnik*, Vol. 49 No. 1. 77-90.

Bracanović, T. (2021). Umjetna inteligencija, medicina i autonomija. Zagreb: *Nova prisutnost*, Vol. XIX No. 1. 63-75.

Čepulić, E., Roksandić Vidlička, S., Babić, T. (2008). Skandinavski model osiguranja od medicinske greške – može li zaživjeti u okviru naših propisa. U: Barbić, J. (ur.) *Građanskopravna odgovornost u medicini*. Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Znanstveno vijeće za državnu upravu, pravosuđe i vladavinu prava. 125-133.

Crnić, I. (2006). *Zakon o obveznim odnosima*: Napomene, komentari, sudska praksa i prilozi. Zagreb: Organizator.

Death, D. (2017). *Information Security Handbook*. Packt Publishing, Birmingham, UK.

Dika, M. (2006). Zajednička načela registarskog postupnog prava. U: Josipović, T. (ur.) *Hrvatsko registarsko pravo*. Zagreb: Narodne novine. 29-39.

Gavella, N., Josipović, T., Gliha, I., Belaj, V., Stipković, Z. (2007). *Stvarno pravo*. Zagreb: Narodne novine.

Josipović, T. (2001). *Zemljišnoknjižno pravo*. Zagreb: Informator.

Josipović, T. (2006). *Zajednička načela registarskog materijalnog prava*. U: Josipović, T. (ur.) *Hrvatsko registarsko pravo*. Zagreb: Narodne novine. 1-28.

Klarić, P., Vedriš, M. (2006). *Građansko pravo*. Zagreb: Narodne novine.

Pichler, D. (2022). *Novo zemljišnoknjižno uređenje*. Osijek: Pravni fakultet.

Pichler, D. (2018). Objective Liability For Damages in Medicine and Prevention of Violation of Healthcare Rules (Medical Errors). Niš: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 79/2018, 241-252

Proso, M. (2009). Sustavi osiguranja od odštetne odgovornosti u zdravstvenoj djelatnosti. Split: *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu*, god. 46, br. 2. 359-372.

Šimundić, S., Franjić, S. (2009). *Računalni kriminalitet*. Split: Pravni fakultet.

Triva, S. (1978). *Građansko parnično procesno pravo*. Zagreb: Narodne novine.

Verwoerd, T. (1999). *Active Network Security*. University of Canterbury, UK.

Legal sources and technical standards

Zakon o državnoj izmjeri i katastru nekretnina (Act on State Survey and the Real Property Cadastre), *Narodne novine*, Sl. list Republike Hrvatske br. 112/18, 39/22.

Zakon o zemljišnim knjigama (Land Registry Act), *Narodne novine*, Sl. list Republike Hrvatske br. 63/19, 128/22.

Zakon o potvrđivanju Ugovora o zajmu između Republike Hrvatske i Međunarodne banke za obnovu i razvoj za Projekt sređivanja zemljišnih knjiga i katastra, koji je donio Hrvatski sabor na sjednici 23. siječnja 2003 (Act on the Ratification of the Loan Agreement (Real Property Registration and Cadastre Project) between the Republic of Croatia and International Bank for Reconstruction and Development), *Narodne novine*, Sl. list Republike Hrvatske br. 2/2003.

Ugovor za uslugu korištenja i održavanja računalno komunikacijske infrastrukture za aplikativni sustav Zajednički informacijski sustav zemljišnih knjiga i katastra (ZIS) bez Disaster Recovery (DR) lokacije, Klasa: 150-30/22-01/73, Ur.broj: APIS IT-06-04-22-1 od 29. 12. 2022. (Agreement on the Operation and Servicing of the Computing- and Communication-Based e-Infrastructure for the Application System Real Property Registration and Cadastre Joint Information System (JIS) without a Disaster Recovery (DR) Site, Class: 150-30/22-01/73, File no: APIS IT-06-04-22-1 date 29. 12. 2022.)

Zakon o obveznim odnosima (The Civil Obligations Act), *Narodne novine*, Sl. list Republike Hrvatske br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21, 114/22, 156/22.

Zakon o parničnom postupku (The Civil Procedure Act), *Službeni list SFRJ* 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91, *Narodne novine*, Sl. list Republike Hrvatske, br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, 70/19, 80/22, 114/22.

ISO/IEC 27001- Information security management system; <https://www.iso.org/standard/27001>

ITU-T recommendation X.800, Security Architecture for OSI; <https://www.itu.int/rec/T-REC-X.800/>

Pravilnik o elektroničkom poslovanju korisnika i ovlaštenih korisnika sustava zemljišnih knjiga (Ordinance on e-Services for Users and Authorized Users of the JIS), *Narodne novine*, Sl. list Republike Hrvatske br. 108/19.

Pravilnik o sadržaju i obliku katastarskog operata katastra nekretnina (Ordinance on the Content and Form of Cadastral Documentation), *Narodne novine*, Sl. list Republike Hrvatske br. 142/08, 148/09.

Pravilnik o ustroju i djelovanju zajedničkog informacijskog sustava zemljišnih knjiga i katastra (Ordinance on the Organization and Operations of the Real Property Registration and Cadastre Joint Information System), *Narodne novine*, Sl. list Republike Hrvatske br. 107/10.

Uredba o Tarifi sudskih pristojbi (Regulation on the Tariff of Court Fees), *Narodne novine*, Sl. list Republike Hrvatske br. 53/19, 92/21.

RFC 5905 Network Time Protocol Version 4: Protocol and Algorithms Specification; <https://datatracker.ietf.org/doc/rfc5905/>

Poslovník zajedničkog informacijskog sustava zemljišnih knjiga i katastra (Rule-book of the Real Property Registration and Cadastre Joint Information System), *Narodne novine*, Sl. list Republike Hrvatske br. 6/21.

Web sources

Financijska agencija - FINA (2023). E-gradani, Vlada Republike Hrvatske, Zagreb, <https://www.fina.hr/e-gradani> (accessed on 25 March 2023)

Uređena zemlja (2023). Nacionalni program sređivanja zemljišnih knjiga i katastra, Vlada Republike Hrvatske, Ministarstvo pravosuđa i uprave i Državne geodetske uprave, <http://www.uredjenazemlja.hr/default.aspx?id=7> (accessed on 30 March 2023)

Dr. sc. Davorin Pichler,
Vanredni profesor,
Pravni fakultet, Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku
Republika Hrvatska

Dr. sc. Dražen Tomić,
Docent,
Fakultet elektrotehnike, računarstva i informacijskih tehnologija,
Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku
Republika Hrvatska

Vlatko Ljubanović,
student treće godine Integriranog preddiplomskog i diplomskog sveučilišnog studija
Pravnog fakulteta Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku
Republika Hrvatska

ОДГОВОРНОСТ РЕПУБЛИКЕ ХРВАТСКЕ ЗА ШТЕТУ ПРОУЗРОКОВАНУ КОМПРОМИТАЦИЈОМ ИНФОРМАЦИОНОГ СИСТЕМА ЗЕМЉИШНИХ КЊИГА И КАТАСТРА

Резиме

Традиционални начин вођења земљишне књиге, до њихове дигитализације у Републици Хрватској, било је ручно вођење земљишних књига. Нови Закон о земљишним књигама одређује да се земљишне књиге, у Републици Хрватској, воде електронски у Заједничком информацијском систему земљишних књига и катастра. Усклађени подаци земљишне књиге и катастра воде

се у Бази земљишних података унутар Заједничког информацијског система земљишних књига и катастра. База земљишних података настаје компјутеризацијом ручно вођене земљишне књиге и катастра некретнина, односно обједињавањем катастарских и земљишнокњижних података у исту базу. На тај начин повећава се правна сигурност промета некретнина јер се на једном месту може утврдити и правни статус земљишта и сва ограничења битна за правни промет некретнина (концесије, статус јавног добра и сл.). База земљишнокњижних података омогућава да данас свака промена на земљишту буде видљива одмах без потребе узајамног обавештавања земљишнокњижног суда и катастра о променама на земљишту и стварним правима на земљишту и другим некретнинама. Заједничким информацијским системом земљишних књига и катастра заједнички координирају и управљају Министарство правосуђа и управе Републике Хрватске и Државна геодетска управа. Закон о земљишним књигама одређује да Република Хрватска објективно одговара за штету проузроковану грешкама у вођењу земљишних књига. Одговорност Републике Хрватске за штету постоји ако је штета проузрокована маном или недостатком рачунарског програма или заказивањем рачунара. У раду ће се истражити адекватност мера заштите информацијског система земљишних књига и катастра, општа правила сигурности и контроле приступа информацијском систему те анализирати опасност компромитације система земљишних књига и катастра. У односу на одговорност Републике Хрватске за штету проузроковану грешкама у вођењу земљишних књига, рад ће приказати модел одговорности за штету који се примењује за штете које носиоцима књижних права настану због неовлашћеног приступа рачунарском систему земљишних књига и катастра. Нагласиће се предности и недостаци примене модела субјективне или објективне одговорности за штету у овим случајевима, истаћи поједина отворена питања у вези с примењеним моделом одштетне одговорности *de lege lata*, али и указати на могућа правна решења и евентуалну потребу интервенције законодавца *de lege ferenda*.

Кључне речи: штета, земљишне књиге, катастар, информацијски систем, дигитализација.

Magdalena Skibińska*, LL.D.

Assistant Professor,

Institute of Law Studies, University of Zielona Góra

Republic of Poland

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/zrpf1-44453

UDK: 347.91/.95](438)

UDK: 340.15(4)“04/14”

Рад примљен: 03.06.2023.

Рад прихваћен: 22.06.2023.

THE PRESENCE OF IUS COMMUNE PROCEDURE FEATURES IN MODERN POLISH CIVIL PROCEEDINGS

Abstract: *Social dissatisfaction with the administration of justice in Poland is closely related to excessive delays in resolving civil disputes. However, this disadvantage is only an outcome of complex and outdated regulations. In recent years, the Polish legislator has introduced various new solutions which were supposed to modernize the civil procedure and accelerate the speed of proceedings. Some of them resemble the medieval ius commune procedure features. The main purpose of this paper is to identify them and discuss their reasonableness as well as their usefulness in modern civil proceedings from the historical perspective. The conducted research leads to the conclusion that the described reform efforts are contrary to the basic civil procedure principles developed over the years, such as orality, publicity or immediacy, and cannot contribute to the expected positive effect in terms of ensuring the right of access to court without undue delay. On the contrary, the efficiency of the proceedings can only be guaranteed by open and direct communication between a court and the parties, simplified procedural rules and increased number of court staff.*

Keywords: *ius commune; orality, publicity and immediacy principles; written testimony; in camera hearings; efficiency of civil proceedings; state of epidemic threat; COVID-19 pandemic.*

* m.skibinska@wpa.uz.zgora.pl

1. Introduction

The efficiency of proceedings and justice of rulings play a key role in a good civil procedure. To achieve these goals, the legislator needs to correctly shape regulations allowing cooperation between a court and parties. This requires i.a. uninterrupted, open and direct communication between them. In the last years, the Polish legislator has passed several amendments to the Civil Procedure Code for the purpose of accelerating the speed of civil proceedings, but the objective has never been accomplished. On the contrary, some of the amendments have lowered the degree of respect for procedural rights and violated fundamental civil procedure principles. The added regulations not only resemble unique characteristics but also showcase disadvantages of the *ius commune* procedure.

The phrase “*ius commune*” used in this paper refers to the continental European legal system, formed by combining Roman law (*Corpus Iuris Civilis*) and canon law (*Corpus Iuris Canonici*) in the High Middle Ages¹. It was primarily developed and established by Italian jurists which used the Bolognese legal method of *studium civile* (see Wieacker, 1981: 275 et seq.). This meant that they applied ancient Roman regulations (so-called Justinian’s law) to the situations not directly expressed in legal texts as a way to resolve social conflicts.² According to this doctrine, the decision-making was not based on the precedents (like in the common law system)³ but on subsuming a case under the terms of an abstractly formulated authoritative text or statute (Wieacker, 1981:258). This system was common to all Western European countries⁴ (especially Italy, France and Ger-

1 Thus, this system is also called the Roman-canon law (Romano-canonical procedure/system), the Italian-canon law/procedure (Cappelletti, Perillo, 1965:33-34; Maciejewski, 2015: 457; Dębiński, 2010:149; Dziadzio, 2022:499; Sójka-Zielińska, 2022:214 et seq.) or *ius utrumque* (Wieacker, 1981:278; Castro Ayala, 2020:127).

2 For more, see: Gordley, 2013:28-81.

3 This system was developed in opposition to the civil (Roman-law) system between the 13th and 17th century in England and brought to North America and other parts of the world during British colonization. (See: Yntema, 1949:77-79; Subrin, 1987:914-918).

4 In English, its name “common law” implied that it was applicable everywhere in the absence of regional sources of law, either traditional or statutory (Wieacker, 1981: 259). However, this term should be distinguished from the present-day common law system as opposed to the civil law system. For this reason, in further considerations, the described system will be referred by its Latin name *ius commune*. Parallel to this doctrine, the Roman-Byzantine legal system (Byzantine law) developed and was in force in the Eastern European countries from the 15th century. The division into these two legal systems was a result of the division of the Roman Empire into the eastern and the western part, where the Roman Catholic Church had dominance in Western Europe and the Orthodox Church prevailed in Eastern Europe (see Yntema, 1949:86; Płaza, 2002:422; Litewski, 2003:112 et seq.; Kuryłowicz, Wiliński, 2021:58-59).

many) from the rediscovery and reception of Justinian's *Digest* in the 12th and 13th century until the great codification movement in the 18th and 19th century, and it superseded much of the original legal tradition of each nation (see Wieacker, 1981: 258; Maciejewski, 2015:457-462; Dziadzio, 2022:114-115, 499-500).

One may wonder why we should seek the comparison between the modern Polish civil proceedings and this medieval procedure. The answer is simple and clear: first, because it is always beneficial to see how certain, similar regulations worked out in the past; second, the *ius commune* procedure had many specific features that can be easily observed in the current Polish civil procedure; third, some procedural problems are of timeless meaning; fourth, specific traits of the *ius commune* procedure resulted in disadvantages (primarily evident in delays in resolving disputes) which also characterize the current Polish procedural law. Therefore, it can be assumed that the historical consciousness can give a great background for evaluating the ongoing trends in this area of law and formulating *de lege ferenda* postulates.

Due to the page limit in this paper, it is not possible to describe all characteristics of both the *ius commune* and the modern Polish civil procedure. Hence, references to the *ius commune* system made in this article refer only to some general features of this system. The following four out of five general traits of this system described in the literature were taken into account: increasing importance of written elements in proceedings; conducting proceedings in camera; segmental, piecemeal unfolding of the process; and long duration of the proceedings. The only one that is not applicable to the modern Polish civil procedure law is the formal (legal) system of proof (see Cappelletti, 1971:848-849)⁵. The paper will focus on selected legal provisions from the Polish Civil Procedure Code (CPC), which were introduced to the CPC recently, and other legislative acts regulating civil procedure. Some of them were introduced by the Act of 10th July 2015 amending the Civil Code, the Civil Procedure Code and certain other acts⁶, some by the Act of 4th July 2019 amending the Civil Procedure Code and certain other

5 The Polish legislator has not used this principle thus far. Hence, the Polish procedure is based on the principle of free judicial evaluation of evidence (see: Article 233 of the Act of 17th November 1964 –Civil Procedure Code, consolidated text J.L. of 2021 r. item 1805 with further changes; hereinafter referred as: the CPC).

6 Act of 10th July 2015 amending the Civil Code, the Civil Procedure Code and certain other act, J.L. item 1311; (hereinafter: the Act amending the CC of 10th July 2015). The act came into force on 8th September 2016.

acts⁷, others by the so-called Anti-Covid Act (2020)⁸ and others by the Act of 9th March 2023 amending the Civil Procedure Code and certain other acts⁹. Additionally, some regulations of the proposed Act of 31 March 2023 amending the of Civil Procedure Code, the Act on the system of common courts, the Criminal Procedure Code, and certain other acts¹⁰ are also worth noting.

2. Increasing importance of written elements in civil proceedings

The *ius commune* procedure was characterized by a written form of proceedings which can be best described by the ancient Latin proverb “*quod non est in actis non est in mundo*” (what is not kept in the records does not exist). Thus, the judge would not usually meet with the parties, witnesses or even the lawyers. The judge was presented with a written claim and written evidences, and resolved the case without any personal contact with the parties and other participants in proceedings. Testimonies were taken not by a judge but by an *actuarius*, *notarius*, *protonotarius* or *cancellarius* at a separate session. Both the public and the parties were barred from it. Therefore, this procedure was based on the principles of documentation and formalism (Cappelletti, Perillo, 1965:36). Orality of the proceedings was almost nonexistent. For this reason, in the doctrine, this procedure is characterized as being predominated by the written element (Cappelletti, 1971:848). The consequences of such an approach were far-reaching. A judgement based on elements other than written ones was null and void (Cappelletti, 1971:848).

On the other hand, in Poland, even the first unified civil procedure rules from 1523 (called *Formula processus*) underlined the principles of orality and publicity of hearings (Fierich, 1921: 306), which first and foremost referred to the evidentiary proceedings. The same values were respected later on the Polish territory in all regulations of partitioning states (Russian from 1864, German

7 Act of 4th July 2019 amending the Civil Procedure Code and certain other acts, J.L. item 1469 with further changes (hereinafter: the Act amending the CPC of 4th July 2019), which came into force on 7th Nov. 2019.

8 The Act of 2nd March 2020 on special solutions related to preventing, counteracting and combating COVID-19, other infectious diseases and crisis situations caused by them (hereinafter: the Anti-Covid Act, 2020). This Act came into force on 8th March 2020 and has been significantly changed by the Act of 28th May 2021 amending the Civil Procedure Code and certain other acts, consolidated text J.L. of 2021 r. item 2095 with further changes.

9 The Act of 9th March 2023 amending the Civil Procedure Code and some other acts, J.L. item 614 (hereinafter: the Act amending the CPC of 9th March 2023); most of its provision came into force on 1 July 2023.

10 See: Project no. UD262, retrieved 17th April 2023 from: <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12354100>.

from 1877, and Austrian from 1896) as well as in the French Code of Civil Procedure from 1806 (see Fierich, 1921:310-318; *Wańkowski, 1931:291*) that was in force in the Duchy of Warsaw from 1808 and later in the Congress Kingdom of Poland.¹¹ Likewise, all Polish civil procedure regulations passed after the recovery of statehood in 1918 were based on the principle of orality, especially in contentious proceedings (see S. Gołąb, 1930:20 et seq.; Machnikowska, Stawarska-Rippel, 2016:81, 92-94, 98, 124), with some exceptions as it is not possible to form a procedure based solely on written or oral form.¹² This also relates to the CPC. Therefore, it is widely accepted that the main principle of the Polish civil proceedings is the principle of orality which manifests itself first and foremost in the orality of public court hearings (see e.g. Flaga-Gieruszyńska, Zieliński, 2022:511-512), whereas the written elements of procedure play a bigger role in non-contentious, securing claims and enforcement proceedings (Błaszczak, 2013:89). However, one cannot resist the impression that the legislator is increasingly introducing written elements to the contentious procedure in this area as well (see Skibińska, 2021: 758). As a result, in the Polish literature some concerns are arising whether the dominant principle of Polish civil proceedings is the principle of orality or the principle of written process (*Góra-Błaszczkowska, 2008:144*; Skibińska, 2021:758). This is evidenced above all by Article 271¹ of the CPC. This provision was introduced by the Act amending the CPC of 4th July 2019, and added another exception to the principle of orality in evidence proceedings¹³. According to this provision, the witness shall testify in writing, if the court decides so. The legislator justified this amendment by pointing out that “written testimony can significantly speed up the issue of a decision in the case and save the parties costs, and the court’s work”¹⁴. Before and after the introduction of this provision to the CPC, many scholars criticized it due to different

11 It was replaced in 1876 by the Russian Act of 1864 (see e.g. Rylski, Weitz, 2014:80; Korobowicz, 2014:92 et seq.).

12 There is no doubt that all principles are restricted in some ways but one of the principles should always prevail. The elements of the other principle can be allowed as exceptions (see Jodłowski, 1974:68).

13 Other exceptions include: the possibility of taking a witness testimony in writing when a witness is dumb or deaf (Article 271 Section 2 of the CPC), admissibility of hearing a party in writing (Article 505²⁵ Section 2 of the CPC), awarding documentary evidence the rank of exclusive evidence in separate proceedings in commercial cases (Article 458¹¹ of the CPC), the possibility for non-participants in non-litigious proceedings to testify in writing (Article 515 *in fine* of the CPC).

14 Uzasadnienie do projektu nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego, Druk 3137 p. 59 (Justification of draft act amending the CPC, Project no. 3137), retrieved 30th June 2023 from: <https://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/166CCC44490F3965C1258384003CD40A/%24File/3137-uzas.pdf>. This argumentation was also accepted by some authors (see: Klowski, 2018:195-196; Kotas 2019:108).

possible ways of its application, the inability to verify the identity of the witness, the possibility of influencing the content of the testimony by parties and their lawyers and negatively impacting the principles of truth and immediacy as well as the postulate of speedy proceedings (see e.g. Kotas, 2019:108-109; Skibińska, 2019:126-128; Mucha, 2020:78 et seq.; Ziemiańin, 2021:445). Therefore, it was justly postulated in the doctrine to take testimonies orally (which may also be done remotely) as a rule and in written form only as an exception (see e.g. Skibińska, 2019:128; Homenda, 2019:369; Mucha, 2020:90).

Despite those concerns and postulates, the described regulation was widely used during the Coronavirus pandemic and gained acceptance of many judges and lawyers. On the one hand, it allowed many cases to be resolved during that period. On the other hand, due to the discretionary nature of the provision of Article 271¹ of the CPC and the lack of statutory prerequisites for its application, it has led to its uncontrolled and extensive use even in those cases where a witness can be heard directly by the court during a public hearing (or remote hearing). To summarize, the opportunity provided by the Article 271¹ of the CPC should be used wisely and carefully. In order to secure that, the legislator should formulate at least general prerequisites, such as the need to take a witness's testimony in the written form. Otherwise, this regulation will always cause controversies because the removal of a direct contact of the court with the procedural material deprives the judge of the opportunity to evaluate the essential content of the evidence. Moreover, it is extremely difficult to judge the witness's sincerity when the court panel does not meet directly with the witness. This can lead to the disqualification of such testimonies and can discredit the witness's testimony as evidence in general (Kotas, 2019:109). In this respect, the described provision can also cause delays in hearing of the case. Furthermore, this regulation in its current form also violates the principle of adversality because, in a classic adversary process, the decision is based on information presented orally by participants in open court and discussed during a contradictory debate (Jolowicz, 2003:283).

3. Conducting proceedings in camera

The orality and publicity played a key role in Roman civil procedure and in the early stages of the medieval *ius commune* procedure but, over time, the principles of written process and *in camera* proceedings started to prevail (Maciejewski, 2015:335). Therefore, court hearings were basically held in camera. The *ius commune* procedure discouraged any personal, direct, open contact between the court and other participants in the process. The judge did not deal with the parties, witnesses, experts and lawyers but with papers. This was connected

with the aforesaid form of written process and the idea that the ruling should be based on records, not on judges' personal impressions (Cappelletti, 1971:848). Thus, only *actuarii*, *notarii*, *protonotarii* or *cancellarii* were eligible to take evidence from witnesses. Moreover, not only did they take testimony but also wrote and translated it (often into Latin) for the judge (Cappelletti, 1971:848). This resulted in prevalence of the principle of mediacy and insulation of the judge from facts and people.

Yet, Polish civil procedure was always based on the principles of immediacy, orality and publicity¹⁵. That meant that the procedure was conducted directly by judges themselves without intermediation of other persons and in open court hearings allowing not only parties and their attorneys (internal aspect of the rule of publicity) but also general public (an external aspect of the rule of publicity) to participate in proceedings (*Wańkowski*, 1932:103; *Broniewicz*, 1983:59; *Góra-Błaszczkowska*, 2008:132; *Kościółek*, 2018:161 et seq.). Only in some particular (mostly simple) proceedings was it possible to issue a judgement in camera when a special provision stated so (Article 9 of the CPC), and even then it was limited only to the first stage of proceedings while an appeal from such a ruling usually opened access to a public hearing of the case (see Articles 480⁴, 505¹⁷, 505²³ of the CPC).

Some substantial changes in this area started in 2015 when the Act amending the CPC of 10th July 2015 introduced the provisions of Article 148¹, which opened a broad possibility of issuing a judgment in camera (see e.g. M. Skibińska, 2018:151 et seq.), and Article 151 Section 2 to the CPC, which introduced the possibility to conduct a public hearing by using technical devices enabling it to be held remotely. This first provision has already been modified twice, first by the Act amending the CPC of 4th July 2019 and, recently, by the Act amending the CPC of 9th March 2023. According to the current provision, the court may hear a case in camera when the defendant has recognized the action or when, after the presentation of statements and documents by the parties, as well as after filing an objection against an order for payment, opposition to an order for payment, a motion contesting a judgement in default, the court decides - having considered all of the quoted claims and submitted evidence motions - that holding a hearing is not necessary¹⁶. The second provision was newly modified by the Act of 5th August 2022 amending the act – Executive Penal Code and certain other acts¹⁷

15 These principles often co-create a system of a civil procedure that is opposed to the system based on the principles of documentation, mediacy and secrecy (see: Millar, 1923:150-151.)

16 The use of this provision was expanded by the Act amending the CPC of 9th March 2023 (see Article 205⁵ Section 1¹ and Article 505^{1a} of the CPC).

17 The Act of 5th August 2022 amending the act – Executive Penal Code and certain other act, J. L. item 1855.

which came into force on 1st January 2023. According to Article 151 Section 2 of the CPC, the chairman may order a public hearing to be held using technical devices enabling it to be held remotely. In such a case, the participants in the proceedings may participate in a court session when they are staying in another court building, or in a prison or a detention center when they are deprived of liberty, and perform procedural acts there. The hearing is broadcast from the courtroom of the court conducting the proceedings to the place of participants' stay during the proceedings, and from the place of participants' stay during the proceedings to the courtroom of the court conducting the proceedings. A representative of the administration of the penitentiary or detention center, a legal representative (if appointed), and an interpreter (if appointed) participate in procedural acts at the place of residence of the person deprived of liberty.

Further changes in the public hearing of the case were introduced by the the Act amending the CPC of 4th July 2019, which significantly changed the provisions of Article 374 of the CPC. According to the new provision, the court of second instance may hear the case in camera, if it is not necessary to hold a public hearing. As a result, restrictions in public hearing of the case relate not only to the first instance courts but also to the courts of second instance.

The process of limiting the principle of publicity was later strengthened by Article 15 zzs¹ of the Anti-Covid Act.¹⁸ This provision allowed conducting remote hearings as a rule during the period of the state of an epidemic threat or the state of an epidemic proclaimed due to the COVID-19 pandemic and within a year from repealing the last of them in all civil cases. Moreover, it also provided an additional possibility of resolving a case in camera, thus, extending the possibilities provided in this respect in the CPC provisions¹⁹. Furthermore, the amendment of 28th May 2021 also introduced some other provisions allowing courts to hear a civil case in the second instance and before the Supreme Court in camera (see: Article 15 zzs² and Article 15 zzs⁷ of the Anti-Covid Act of the Anti-Covid Act).²⁰ According to the Anti-Covid Act, it means that all cases in general should be heard in remote hearings. Public hearings and hearings in camera should remain an exception, with further exceptions in the second instance cases and cassation cases. This should be viewed as the restriction of the principle of publicity which

18 See: R. Kulski, 2020: 447; Kościółek, 2021: 22 et seq.; Zembrzuski, 2021:3 et seq.; Gajda-Roszczyńska, 2022: 9 et seq.; Machnikowska, 2022: 80 et seq.; Dziurda, 2022: 125; Rzewuski, 2022: 273 et seq.

19 The provisions of this article were significantly changed by the amendment of 28th May 2021 and recently by the amendment of 9th March 2023.

20 From 1st July 2023 the state of an epidemic threat has been repealed; see Section 1 of the Regulation of 14th June 2023 of the Minister of Health on canceling the state of an epidemic threat in the territory of the Republic of Poland, J. L. item 1118.

occurs at two levels: 1) in an external way, whenever the remote hearings or hearings in camera take place: there is no dedicated system that allows the public to take part in proceedings held online; moreover, as the links to the hearings are not available on websites of courts, the public does not have access to hearings; 2) in an internal way, when the hearings in camera are ordered. What is more worrisome, the draft act of 31st March 2023 transfers the aforesaid temporal regulations to the CPC. According to the proposed modification of Article 151 Section 2 of the CPC, the chairman may order a remote hearing if this is not precluded by the nature of the activities to be performed at the hearing, and conducting a remote hearing will guarantee full protection of procedural rights of the parties and the proper course of proceedings. In such cases, the persons participating in the hearing, with the exception of the court and the recording clerk, do not have to be present in the courthouse. Propositions provided in Article 151 Section 6 of the CPC are even more interesting. According to them, while notified about a remote hearing, its participants are also informed (i.a.) about the address of the website and the method of joining the meeting, and instructed that the intention of using this form of participation in the meeting should be reported no later than 3 working days before the scheduled date of the hearing. Only the person deprived of liberty does not have the obligation to notify the court about the intention to participate in the hearing remotely. Furthermore, according to the proposed Section 7 of Article 151, in the absence of such notification, the party or another person notified or summoned to the meeting may submit a request to participate remotely no later than 7 days before the scheduled date of the hearing, indicating the e-mail address. This proposal remains fully opposed to the idea of an open court. No one should be forced to declare their participation in a public hearing. Therefore, this proposal should not be accepted. Article 45 Section 1 of the Constitution of the Republic of Poland guarantees that everyone shall have the right to a fair and public hearing. The exceptions to the public nature of hearings may be made only for reasons expressly stated in Section 2 of this Article. It is obvious that the Coronavirus pandemic indicated a need to expand the existing possibilities of conducting such hearings but this should not become a norm and be used as a way to deprive the public or even parties of their right to participate in public hearings. *De lege ferenda*, it is necessary to restore the standard of openness of civil proceedings as a principle, leaving the possibility of conducting remote hearings but with the participation of the public and only in cases requiring this form of hearings to secure at least some publicity, immediacy and speed of proceedings.

4. Segmental, piecemeal unfolding of the process

The *ius commune* procedure allowed parties and their attorneys to have a great impact on the process of running the case. This resulted in postponents, usage of dilatory tactics and abuse of procedural rights by the parties (Cappelletti, 1971:850). Among others, these included: the right to separately appeal partial and interlocutory judgements ruled during the proceedings (see Dziadzio, 2022:502), which resulted in frequent suspension of the principal case, and the right to present new evidence and facts during the course of the trial, even in the second instance (Cappelletti, 1971:850). The system tried to cope with these problems by imposing series of formalities, consequently aggravating the already rigid and inflexible character of civil procedure.

The phenomena of postponents, usage of dilatory tactics and abuse of procedural rights by the parties are also present in modern Polish civil proceedings. Some measures to fight these phenomena were taken by the legislator, especially in the amendment Act of 4th July 2019 (see e.g. Articles 4¹ and 226² of the CPC) but other problems remain actual. When it comes to the possibility to appeal partial decisions of the court that can be verified within the course of proceedings, the CPC includes a wide range of possibilities (see Article 394 et seq. of the CPC). Furthermore, by the amendment Act of 4th July 2019, the Polish legislator introduced horizontal complaints in many cases before the first instance court. This allows the same first instance court that issued the ruling to evaluate complaints but in a different court composition. This has led not only to the accumulation of cases in the first instance court and further delay in managing them but also raised concerns about the social value of rulings issued by the colleagues of the judge that previously issued a decision. Some positive changes in that matter have been introduced recently by the amendment Act of 9th March 2023 (see e.g. Article 394 Section 1 Point 5¹ and Article 394 Section 4 of the CPC which came into force on 1st July 2023); however, general concerns about horizontal complaints still remain accurate as well as the need to allow complaints in such a wide range of cases. The general principle expressed in Article 78 of the Constitution of the Republic of Poland, allowing to appeal rulings of the court, has been specified in Article 176 Section 1 of the Constitution and relates only to decisions issued in the first instance. Therefore, it should be assumed that the absolute requirement of appealability applies only to judgments on the merits and decisions concluding proceedings in the first instance.²¹ On the other hand, decisions issued in incidental cases are covered only by the guarantee provided in Article 78 of the Constitution, i.e. the possibility to exclude the right to complaint against them (Rzasa, 2008:214).

21 See the decision of the Supreme Court of Poland (7) of 5th October 2004 r., III SZP 1/04, OSNAP 2005, no. 8, item 118; (Grzegorzcyk, 2007:201).

Moving on to the issue of presenting new evidence and facts during the course of the trial, it needs to be highlighted that some major changes in the Polish system of concentration of procedural material in civil cases have been introduced in recent years. It was shaped around the idea that all facts and evidences should be disclosed at the preparatory stage of the proceedings (see Article 205³ Section 2 and Article 205¹² Section 1 of the CPC). The idea was to increase the importance of this stage and, when possible, to finish cases in a single hearing or in a few hearings. But the introduced provisions were far from perfect. The preliminary stage of the process was almost never ordered and the old way and habits of judges remained, thus allowing parties and their attorneys to present new evidence and facts in the latter stages of the proceedings as well (see e.g. Articles 205¹² Section 2 and Article 212 of the CPC). Moreover, it is also possible to present evidence and facts under specific circumstances in the second instance proceedings (Article 368 Section 1 point 4 and Section 1² and 1³ of the CPC). The amendments introduced in this area by the amendment Act of 9th March 2023 will not be able to bring positive changes in that matter. Hence, it is expected that piecemeal unfolding of the process will still remain an issue of current Polish civil proceedings.

5. Long duration of the proceedings

The last trait of the *ius commune* procedure was the long duration of the proceedings, which was simply a natural consequence of other features. Therefore, it was not uncommon for the proceedings to last years or even be inherited from generation to generation (Cappelletti, 1971:850). The same feature is present in modern Polish civil proceedings to the extent that almost any major recent amendment to the CPC is justified by the need to accelerate the speed of civil proceedings. Unfortunately, this declared goal remains unfulfilled. As confirmed by the statistics, an average time of the first instance civil proceedings in Poland has almost doubled in the last ten years²². This comes as no surprise to Polish

²² According to the Ministry of Justice, it was from 3,9 months to 7 months from 2011 to 2021 (Wiadomosci (2022): Ziobro-podal-dane-o-sprawnosci-postepowan-sadowych-jest-najwolniej-w-historii (Ziobro provided data on the efficiency of court proceedings. It's the slowest ever), <https://wiadomosci.wp.pl/ziobro-podal-dane-o-sprawnosci-postepowan-sadowych-jest-najwolniej-w-historii-6769745671158656a>; Business insider (2021): Porażka reformy Ziobry. 'Tak nie da się dłużej funkcjonować' (Failure of Ziobro's reform. 'It can't work anymore'), <https://businessinsider.com.pl/firmy/ile-trwaja-postepowania-sadowe-w-polsce-w-2021-r-komentarz-biznesu-i-przedsiębiorców/gbw236w>; Konkret24 (2023): Obietnice minus. Sprawy w sądach miały trwać krócej. Trwają dłużej (Minus promises. Court cases were supposed to be shorter. They last longer), 3 April 2023, <https://konkret24.tvn24.pl/obietnice-minus/obietnice-minus-sprawy-w-sadach-mialy-trwac-krocej-trwaja-dluzej-6882301> (retrieved 17 April 2023).

scholars that have been underlining for years the need to remodel the procedure, reorganize the court system and emphasize a more active role of the court and parties in the process (see e.g. Litauer, 1919: 34; Ereciński, 2021: 23). The urgent need to deal with the problem can be simply and accurately supported by the legal maxim “justice delayed is justice denied”. Hence, all international legal acts and national regulations on human rights expressly guarantee the right to a hearing within a reasonable time or the right to hearing the case without undue delay²³.

Therefore, in order to achieve this objective, the Polish legislator should simplify the procedure (e.g. limit the number of separate proceedings instead of introducing new ones) and increase the number of judges and their assistants. The first of the mentioned remedies to current problems seems to be completely overlooked by the Polish legislator. It can be viewed as paradoxical that the legislator’s basic way of dealing with delays is by adding new regulations and institutions, thus further complicating the existing regulations. This may be interesting for scholars because it keeps us busy, but it is ultimately devastating for the welfare of the society. It should be obvious that with such complex procedure even judges and lawyers (not to mention parties) struggle with applying and properly using the existing regulations to a particular case. In this sense, the CPC can be easily compared to a normative jungle. It is the most often amended act in Poland and, as such, it has lost its primary form, resulting in unclarity and internal contradictions. Thus, one of the main aims of future amendments should be to reduce the complexity of rules.

Furthermore, some of the recently introduced regulations directly lead to delays. For example, according to the amendment Act of 9th March 2023, a motion to exclude a judge will be considered inadmissible when a judge is not a member of the adjudicating panel (new Article 53¹ Section 1 Point 3 of the CPC). This seemingly minor change will definitely cause radical delays in examining the case because it means that the party cannot request (in one motion) the exclusion of more judges, especially those that have not been randomly picked by the system to adjudicate the case but who could be assigned the case later on. Thus, for example, when one of the parties is a judge adjudicating in the same court where the case is to be heard by their close colleagues, judges have to be excluded individually.²⁴ The same problem will occur when several judges in the

23 See: Article 6 Section 1 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the EU, Article 45 Section 1 of the Constitution of the Republic of Poland.

24 Previously, it was possible to exclude more or even all judges of the court by bringing one motion (see e.g. the resolution of the Supreme Court of Poland from 6 March 1998 r., III CZP 70/97, OSNC 1998, no. 9, item 132, p. 5; the decision of the Supreme Court of Poland

same court stay in a close relationship with a party's barrister. As long as judges are not individually picked by the system to hear the case, the party will not have the possibility to request their exclusion. Having in mind that the decision to dismiss the motion to exclude a judge from the panel is subject to complaints (Article 394^{1a} Section 1 Point 10 of the CPC), this solution will prolong the already long time of proceedings in civil cases. Hence, this amendment should be viewed as contrary to the procedural economy.

The second of the proposed remedies to the extensive delays also seems to be ignored by the legislator. Even if it is costly to provide new posts for additional judges, there should be at least more supporting stuff in courts (e.g judges' assistants). At the moment, some judges do not have an assistant at all or, even if they have one, the assistant is assigned usually to many judges. Consequently, some judges, especially in the first instance courts, have an assistant once every six or more weeks. If the assistant takes days off or goes on sick leave, the judge can be left without any help for months. That situation is unacceptable, given the huge judge's case load/allocation counting 500 or more cases *per capita*. This solution requires increasing funds for the judiciary but it seems reasonable from the perspective of proportionality principle. When dealing with the administration of justice, it is clear that the legislator has to consider various values: costs, fair and just rulings, and time required for the decision to be made. Therefore, to cut down the duration of proceedings, the legislator has to sacrifice one of the other values. In this case, as it should not be the fair/just judgment, the only other option is to increase the funds for the judiciary.²⁵

Without instituting these two substantial changes, the excessive duration of civil litigations in Poland will always be a problem and have a negative impact on the society and the country economy alike. This difficulty cannot be resolved otherwise, like in some common law countries, where a lot of cases were transferred to nonjudicial agencies or bodies because constitutions of civil law countries guarantee the right to a court (Cappelletti, 1971: 865-866). The current situation can easily be explained by imagining a self-propelling wheel. Overburdening judges with all sorts of civil cases leads to inaccurate rulings, which forces parties to appeal to the second instance courts. On the one hand, it further extends the overall time of proceedings because many rulings are set aside and remitted for reexamination by the first instance court. On the other

from 21 April 2004, III CO 2/04, OSNC 2004 no. 12, item 207, p. 116. Compare the decision of the Supreme Court of Poland from 8 May 2019 r., I NSPO 1/19, Legalis no. 1920509 and the decision of the Supreme Court of Poland from 2 July 2010, II UO 1/10, Legalis no. 317034.

25 Concurrently, the need to reduce costs of proceedings and delays (perceived as a twin evil) in order to make access to justice a reality is a worldwide problem. (See e.g. Zuckerman, 1995:155 et seq.; Burbank, Silberman, 1997:676 et seq.; Jolowicz, 2000:3).

hand, it induces further excessive case overload, as a result of which judges do not have sufficient time to properly prepare for the next cases. This should be viewed as a procedural trap.

6. Conclusion

A historical approach should be a prerequisite to evaluating proposed legislation and passing new laws (Wieacker, 1981: 279). As the conducted research shows, the Polish legislator did not respect this rule and passed many amendments that left Polish society with unjust, slow and outdated civil procedure resembling an archaic *ius commune* procedure. This has had a huge impact on the model of civil proceedings in Poland and its fundamental principles. As shown in the paper, it limits not only the principles of orality and publicity of hearings but also the principle of immediacy as this situation causes insulation of judge from facts and people involved in the process. Likewise, it deprives the proceedings of several advantages. For example, direct and open hearings awake a social awareness of the legal system and enhance people's trust and confidence in the justice of this system. Moreover, it increases the communication and cooperation between the court and parties, leading to more efficient proceedings. Emphasizing the active role of the judge in civil procedure should not be misunderstood as being contrary to the adversarial proceeding system. Unlike criminal proceedings, it is obvious that civil proceedings should rely mostly on the active role of the parties but the judge should also have measures to direct the parties and the process so that the procedural material is gathered as soon as possible and the direction of the proceedings is revealed by the judge sooner rather than later. That should be a social aim of the legislature. For this reason, closed (*in camera*) or remote sessions as a way of dealing with civil cases should be an exception rather than a general rule. Most of all, the overuse of written testimonies should be restricted to using this method only under certain conditions. Lastly, if we want rapid, efficient, public, immediate and concentrated civil procedure, some substantial legislative steps need to be made to simplify the procedure. The existing regulations are way too formalized and include many exceptions to its rules, and exceptions from exceptions to its rules. It calls for more general evaluation of the code and principles on which the CPC is based. Undertaken efforts should also stress that the well-organized courts and efficient procedure are the backbone of the rule of law and play an essential role for a thriving society.

References

- Błaszczak, Ł. (2013). In Marszałkowska-Krześ, E. (ed.), *Postępowanie cywilne*. Warszawa: C.H. Beck.
- Broniewicz, W. (1983). *Postępowanie cywilne w zarysie*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Burbank, S. B., Silberman, L. J. (1997). Civil Procedure Reform in Comparative Context: The United States of America. *The American Journal of Comparative Law*. 45 (4). 675-704.
- Cappelletti, M. (1971) Social and Political Aspects of Civil Procedure: Reforms and Trends in Western and Eastern Europe. *Michigan Law Review*. 69 (5). 847-886.
- Cappelletti, M., Perillo, J. M. (1965). *Civil Procedure in Italy*. Hague: Springer-Science+Business Media, B.V.
- Castro Ayala, J. G. (2020). La importancia simbólica del Derecho y los fundamentos del Ius Utrumque, *Revista Prolegómenos*. 23 (46). 121-131.
- Dębiński, A. (2010). *Church and Roman Law*. Lublin: Wydawnictwo KUL.
- Dziadzio, A. (2022). *Powszechna historia prawa*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Dziurda, M. (2022). Czy nadchodzi zmierzch zasady ustności w postępowaniu cywilnym? *Polski Proces Cywilny*. 1. 125-148.
- Ereciński, T. (2021). Ocena skutków nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego z 4.07.2019 r. In: Dziurda, M., Zembruski, T., *Praktyka wobec nowelizacji postępowania cywilnego*, Warszawa: Wolters Kluwer.
- Fierich, X. (1921). Rzut oka na strukturę najważniejszych procedur cywilnych. *Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne*. 3-4. 305-320.
- Flaga-Gieruszyńska, K., Zieliński, A. (2022). *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Gajda-Roszczyńska, K. (2022). Przebudowa wymiaru sprawiedliwości w czasach pandemii COVID-19 ze szczególnym uwzględnieniem postępowania cywilnego. *Polski Proces Cywilny*. 1. 9-37.
- Gołąb, S. (1930). *Projekty polskiej procedury cywilnej. Powstanie — uzasadnienie — zdania odrębne*. Kraków: Księgarnia Powszechna.
- Gordley, J. (2013). *The Jurists: A Critical History*. Oxford: Oxford University Press.

Góra-Błaszczkowska, A. (2008). *Zasada równości stron w procesie cywilnym*. Warszawa: C.H. Beck.

Grzegorzczuk, P. (2007). Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 marca 2007 r., SK 3/05. *Przegląd Sądowy*. 11-12. 190-204.

Homenda, M. (2019). Pisemne zeznania świadka według nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego z 4.07.2019 r. Uwagi w świetle zasad postępowania cywilnego, *Polski Proces Cywilny*. 3. 363-380.

Jodłowski, J. (1974). Zasady naczelne socjalistycznego postępowania cywilnego. In Jodłowski, J. (ed.), *Wstęp do systemu prawa procesowego cywilnego* (pp. 47-123). Wrocław-Warszawa: Zakład Narodowy im. Ossolińskich.

Jolowicz, J. A. (2000). *On Civil Procedure*, Cambridge: Cambridge University Press.

Jolowicz, J.A. (2003), Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure. *The International and Comparative Law Quarterly*. 52 (2). 281-295.

Klonowski, M. (2018). Kierunki zmian postępowania cywilnego w projekcie Ministra Sprawiedliwości ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw z 27.11.2017 r. – podstawowe założenia, przegląd proponowanych rozwiązań oraz ich ocena. *Polski Proces Cywilny*. 2. 180-205.

Korobowicz, A. (2014). Judicial reform in the Kingdom of Poland in 1876. *Russian Law Review*. II (4). 91-103.

Kościółek, A. (2018). *Zasada jawności w sądowym postępowaniu cywilnym*, Warszawa: Wolters Kluwer.

Kościółek, A. (2021). Jawność posiedzeń sądowych w postępowaniu cywilnym w dobie pandemii COVID-19. *Przegląd Sądowy*. 5. 22-40.

Kotas, S. (2019). Realizacja zasady szybkości postępowania w polskim procesie cywilnym w świetle projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw. In Jędrejek, G., Kotas, S., Manikowski, F. (eds.), *Postępowanie cywilne – wprowadzone i projektowane zmiany 2019* (pp. 99-118), Warszawa: Wolters Kluwer.

Kulski, R. (2020). Wpływ stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 na postępowanie cywilne. *Monitor Prawniczy*. 9. 442-449.

Kuryłowicz, M., Wiliński, A. (2021). *Rzymskie prawo prywatne. Zarys wykładu*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

Litauer, J. J. (1919). Pogląd ogólny na istotę i rozwój procesu cywilnego. *Kwartalnik Prawa Cywilnego i Karnego*. 2. 27-42.

Litewski, W. (2003). *Rzymskie prawo prywatne*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis.

Machnikowska, A., Stawarska-Rippel, A. (2016). The Principles of Civil Procedure in Poland in the Twentieth Century. Doctrine, Drafts and Law in a Comparative Perspective. *Comparative Law Review*. 21. 81-153.

Machnikowska, A. (2022) Zasada jawności w postępowaniu procesowym – modernizacja czy marginalizacja? Wybrane zagadnienia. *Polski Proces Cywilny*. 1. 80-124.

Maciejewski, T. (2015). *Historia powszechna ustroju i prawa*. Warszawa: C.H. Beck.

Millar, R. W. (1923-1924). The Formative Principles of Civil Procedure, *Illinois Law Review*. XVIII. 150-168.

Mucha, J. (2020). Pisemne zeznania świadka w kontekście dążenia sądu do ustalenia prawdy i postulatu szybkości postępowania, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny*. 3. 77-93.

Płaza, S. (2002). *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym. Część I*. Kraków: Księgarnia Akademicka.

Rylski, P., Weitz, K. (2014). The Impact of the Russian Civil Judicial Proceedings Act of 1964 on the Polish Civil Proceedings. *Russian Law Journal*. II (4). 78-90.

Rząsa, G. (2008). Glosa do wyroku TK z dnia 20 września 2006 r., SK 63/05. *Przegląd Sejmowy*. 4. 209-217.

Rzewuski, M. (2022). Realizacja zasady jawności w postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych w świetle noweli KPC z dnia 4.7.2019 r. i ustaw antycovidowych. In Skibińska, M. (ed.), *Realizacja zasad postępowania cywilnego na tle aktualnych zmian KPC* (pp. 273-287), Zielona Góra: Oficyna Wydawnicza Uniwersytetu Zielonogórskiego.

Skibińska, M. (2018). Rozpoznanie i rozstrzygnięcie sprawy cywilnej na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 148¹ KPC w świetle zasad postępowania cywilnego i treści art. 5 KPC. In Barańska, A., Cieślak, S. (eds.), *Ars in vita. Ars in iure. Księga Jubileuszowa dedykowana profesorowi Januszowi Jankowskiemu*. Warszawa: C.H. Beck.

Skibińska, M. (2019). Dowód z zeznań świadka w świetle projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw z 8.01.2019 r. In Jędrejek, G., Kotas, S., Manikowski, F. (eds.), *Postępowanie*

cywilne – wprowadzone i projektowane zmiany 2019 (pp. 119-141), Warszawa: Wolters Kluwer.

Skibińska, M. (2021). In Błaszczak, Ł. (ed.), *System postępowania cywilnego. T. 2. Dowody w postępowaniu cywilnym*. Warszawa: C.H. Beck.

Sójka-Zielińska, K. (2022). *Historia prawa*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Subrin, S. N. (1987). How Equity Conquered Common Law: the Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective. *University of Pennsylvania Law Review*. 135 (4). 909-1002.

Waškowski, E. (1931). *Zasady podstawowe Kodeksu postępowania cywilnego. Wi-
leński Przegląd Prawniczy*. 10. 289-296.

Waškowski, E. (1932). *Podręcznik procesu cywilnego*, Wilno: Drukarnia „ZORZA”.

Wieacker, F. (1981). The Importance of Roman Law for Western Civilization and Western Legal Thought. *Boston College International & Comparative Law Review*. 4 (2). 257-281.

Yntema, H. E. (1949). Roman Law and Its Influence on Western Civilization. *Cornell Law Review*. 35 (1). 77-88.

Zembrzuski, T. (2021). Ograniczenia jawności postępowania w sprawach cywilnych w dobie pandemii – potrzeba chwili czy trwale rozwiązania?. *Forum Prawnicze*. 3. 3-18.

Ziemianin, K. (2021). Pisemne zeznania świadka. In Bialecki, M., Kotas-Turoboyska, S., Manikowski, F., Szczepanowska, E. (eds.), *Nowelizacja postępowania cywilnego. Wpływ zmian na praktykę sądową* (pp. 439-455), Warszawa: Wolters Kluwer.

Zuckerman, A. A. S. (1995). A Reform of Civil Procedure: Rationing Procedure Rather Than Access to Justice. *Journal of Law and Society*. 22 (2). 155-188.

Online sources

Business insider (2021): Porażka reformy Ziobry. „Tak nie da się dłużej funkcjonować” (Failure of Ziobro’s reform. “It can’t work anymore”), 7 April, 2021, <https://businessinsider.com.pl/firmy/ile-trwaja-postepowania-sadowe-w-polsce-w-2021-r-komentarz-biznesu-i-przedsiębiorców/gbw236w>, retrieved 17th April 2022

Konkret24 (2023): Obietnice minus. Sprawy w sądach miały trwać krócej. Trwają dłużej (Minus promises. Court cases were supposed to be shorter. They last longer), 3. April 2023, <https://konkret24.tvn24.pl/obietnice-minus/obietnice-minus-sprawy-w-sadach-mialy-trwac-krocej-trwaja-dluzej-6882301>. retrieved 17th April 2023

Wiadomosci (2022): Ziobro-podal-dane-o-sprawnosci-postepowan-sadowych-jest-najwolniej-w-historii (Ziobro provided data on the efficiency of court proceedings. It's the slowest ever), retrieved 17th April 2022 from <https://wiadomosci.wp.pl/ziobro-podal-dane-o-sprawnosci-postepowan-sadowych-jest-najwolniej-w-historii-6769745671158656a>;

Dr. Magdalena Skibińska,

Доцент,

Институт за правне студије, Универзитет у Зеленој Гори

Република Пољска

ПРИСУСТВО ОБЕЛЕЖЈА *IUS COMMUNE* ПОСТУПКА У САВРЕМЕНОМ ПОЉСКОМ ГРАЂАНСКОМ ПОСТУПКУ

Резиме

*Друштвено незадовољство системом правосуђа у Пољској је чврсто повезано са прекомерним кашњењем код решавања грађанских спорова. Овај проблем је последица компликованих и застарелих прописа па је пољски законодавац последњих неколико година донео разна нова решења кроз амандмане на Законик о парничном поступку како би се убрзале процедуре и модернизовао грађански поступак. Нека решења својим особинама подсећају на средњовековни *ius commune* поступак. Главни циљ овога чланка је идентификација тих карактеристика, и разматрање њихове основаности и корисности за савремени грађански поступак са историјске тачке гледишта. Спроведено истраживање наводи на закључак да су наведене законодане измене у супротности са темељним начелима грађанског поступка који су развијани годинама уназад, као што су усменост, јавност или непосредност, и да не могу да доведу до очекиваног резултата у погледу обезбеђивања приступа правосуђу без неоправданог кашњења. Наиме, већа ефикасност грађанског поступка може се постићи искључиво кроз отворену и директну комуникација између суда и странака, поједностављивање правила поступка и повећање броја квалификованог особља у судовима.*

Кључне речи: *ius commune, начела усмености, јавности и непосредности, писани искази, саслушање in camera, ефикасност грађанског поступка, стање опасности од епидемије, пандемија COVID-19.*

Др Драган Милидраговић,*

Министарство унутрашњих послова Републике Србије, Београд

Република Србија

Др Ненад Милић,*

Редовни професор,

Криминалистичко-полицијски универзитет, Београд

Република Србија

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/zrpf1-45017

UDK: 351.755:57.087.1](497.11)

UDK: 351.74/.75(497.11)(094.5.072)

Раd примљен: 14.06.2023.

Раd прихваћен: 06.07.2023.

НОРМИРАЊЕ НОВИХ ПОЛИЦИЈСКИХ ОВЛАШЋЕЊА У ЗАКОНУ О ПОЛИЦИЈИ

Апстракт: Појавом савремених технологија и њиховом имплементацијом у различите сфере људске делатности, укључујући и сферу безбедности, омогућен је бржи развој друштва, уз истовремено повећање ризика угрожавања људских права. С тим у вези настаје изазов како максимизирати могућности нових технологија уз истовремено очување права и слобода грађана. Примена свих мера, радњи и средстава у раду полиције треба да буде заснована на праву, односно постојању адекватног правног основа дефинисаног у форми полицијског овлашћења. Нормирање нових полицијских овлашћења није лак задатак и захтева усклађивање или проналажење баланса између безбедности, права и слобода грађана. У овом раду управо је то учињено. Сагледане су оперативне могућности савремених технологија и других средстава која могу пронаћи примену у полицијској пракси и предложен је конкретан нормативни основ за њихову примену, у виду дефинисања четири нова полицијска овлашћења. Аутори настоје да укажу на улогу и значај предложених полицијских овлашћења у раду полиције са циљем да се она у наредним изменама и допунама нормирају у Закону о полицији.

Кључне речи: полиција, полицијско овлашћење, улазак у стан и друге просторије, беспилотне летелице, биометријске карактеристике црта лица.

* milidragovicdragan@gmail.com

* nenad.milic@kpu.edu.rs

1. Увод

Полиција остварује своју улогу у друштву обављањем полицијских послова. Полицијски послови су део функције полицијске организације чијим обављањем се остварује циљ њеног постојања. Законом о полицији¹ (у даљем тексту ЗОП) предвиђено је да су полицијски послови део унутрашњих послова које обавља полиција применом полицијских мера и радњи и полицијских овлашћења (Субошић, 2020: 111).

Полицијска овлашћења и полицијске мере и радње представљају средства/алате за обављање полицијских послова и између њих нема суштинске разлике. У формалном смислу, полицијске мере и радње су у ЗОП-у обрађене посебно у односу на полицијска овлашћења, али без законом утврђеног мерила или критеријума за такву њихову посебност и раздвајање од полицијских овлашћења. У суштинском смислу ради се у сваком случају о законским овлашћењима полиције, без обзира да ли је полиција законом овлашћена да, преко полицијских службеника или непосредно, примени „полицијско овлашћење“ или је пак законом овлашћена да примени „полицијску меру и радњу“ (Милетић, Југовић, 2019: 199).² Свака радња коју полиција предузима у циљу обављања својих послова треба да буде заснована на праву, односно постојању адекватног правног основа дефинисаног у форми полицијског овлашћења.

Полицијска овлашћења имају и одређене карактеристике. *Прво*, полицијска овлашћења се, без изузетка, утврђују законом и као таква она се не могу утврђивати актом ниже правне снаге од закона. *Друго*, полицијска овлашћења подразумевају дужност примене када су за примену испуњени законом предвиђени услови. *Треће*, полицијска овлашћења примењују полицијски службеници у статусу овлашћеног службеног лица³ који су за то обучени ради обављања полицијских послова.⁴

Последњих година као резултат информатичке револуције и технолошких иновација појавиле су се савремене технологије које своју примену

1 „Службени гласник РС“, бр. 6/2016, 24/2018 и 87/2018.

2 У даљем тексту због непостојања суштинских разлика између полицијских овлашћења и полицијских мера и радњи, за њихово навођење у тексту користићемо полицијска овлашћења као јединствен појам.

3 У полицији Србије немају сви полицијски службеници право да примењују полицијска овлашћења и предузимају друге мере и радње у обављању полицијских послова. Право примене полицијских овлашћења и полицијских мера и радњи имају само полицијски службеници у статусу овлашћених службених лица. Видети решење у члану 10 ЗОП-а.

4 О општим карактеристикама полицијских овлашћења видети више: (Милетић, Југовић, 2019: 199–205).

проналазе и у сектору безбедности. Њиховом применом полиција и друге службе безбедности добијају могућност да поједине послове из свог делокруга обављају брже и ефикасније уз мањи ризик по безбедност полицијских службеника и уз минимално ангажовање људских и материјално-техничких ресурса. С тим у вези, у даљем раду биће представљене оперативне могућности примене појединих савремених технологија и средстава у обављању полицијских послова, уз предлагање нормативних основа за њихову употребу.

Овим путем настојимо да упознамо стручну јавност са значајем и улогом савремених технологија и других средстава у обављању полицијских послова са циљем да се предложена средства и радње у наредним изменама и допунама ЗОП-а нормирају као полицијска овлашћења.

2. Средство за улазак у стан, друге просторије и превозна средства

Неповредивост стана је део права на приватност којим се штити приватни посед у коме неко борави. Стан обухвата место где се одвија приватни живот неког лица (то може бити и покретна камп-кућица) (Орловић, 2018: 94). Стан представља једну или више просторија намењених и подобних за становање, које по правилу чине једну грађевинску целину и имају засебан улаз (чл. 3, ст. 2, т. 9 Закона о становању и одржавању зграда⁵). Просторија је простор унутар грађевине, а најчешће је одвојена зидом и вратима. Под просторијом се подразумева, између осталог, канцеларија, соба за састанке, хотелска соба, болничка соба, чекаоница, учионица клупски простор, али и вагони, бродови и тако даље (Илић, Мајић, Бељански, Трешњев, 2016: 432).⁶

Устав Републике Србије⁷ (у даљем тексту Устав) утврђује да је стан неповредив. Уважавајући одредбе Устава, у Законнику о кривичном поступку⁸ (у даљем тексту ЗКП) прописано је да се претресање стана и других просторија или лица предузима на основу наредбе суда или изузетно без наредбе на основу законског овлашћења (чл. 152, ст. 2 ЗКП).

Полицијски службеници у ситуацијама када је потребно да спрече уништење трагова и предмета кривичног дела, да ухапсе лице, да отклоне непосредну и озбиљну опасност за људе и имовину, настоје да на безбедан

5 „Службени гласник РС“, бр. 104/2016 и 9/2020 – др. закон.

6 Појам стана ближе се одређује у сваком конкретном случају заштите његове неповредивости (Орловић: 2018: 94).

7 „Службени гласник РС“, бр. 98/2006.

8 „Службени гласник РС“, бр. 72/2011,101/2011,121/2012,32/2013,45/2013,55/2014, 35/2019, 27/2021 – одлука УС и 62/2021 – одлука УС.

начин, по могућности уз ефекат изненађења, уђу у стан и друге просторије. Први задатак који се тада поставља пред полицијске службенике је како и на који начин отворити врата стана или други погодан отвор на стану и другим просторијама. У пракси овај проблем полицијски службеници решавају на разне начине, на пример, представљајући се као поштари, комшије, достављачи и слично, покушавају тако да доведу у заблуду држаоца стана ради отварања врата стана и других просторија. У случајевима када то није могуће, полицијским службеницима једино преостаје да насилно, употребом одређених средстава отворе врата стана или други погодан отвор на стану и другим просторијама.

У својим одредбама ЗКП није предвидео које све мере, радње и средства принуде полиција може применити ради уласка у стан и друге просторије. Мере, радње и средства принуде које полиција примењује ради уласка у стан и друге просторије по својој суштини могу се сврстати у полицијска овлашћења.

Анализом полицијских овлашћења у ЗОП-у уочава се да нема нормираног овлашћења, односно средстава принуде, чијом применом полиција може да у одређеним (тактички) сложенијим догађајима отвори врата стана или да савлада неку другу препреку ради уласка у стан и друге просторије.

У сврху отварања врата или других отвора на стану полицијски службеници широм света користе механичка, хидраулична и експлозивна средства. Механичка средства су посебно направљена или прилагођена средства чијом употребом односно ударцима од врата стана или други отвор, услед дејстава физичке силе, долази до њиховог отварања. Хидраулично средство или тзв. „door raider“ је посебно конструисано средство намењено за пробијање закључаних, блиндираних, барикадираних врата и пролаза уз помоћ силе притиска који ствара хидраулична пумпа. Експлозивна средства чине разне врсте експлозива чијом употребом могу да се савладају различите препреке (блиндирана врата, барикадирани пролази, зидови и слично).

Употребом наведених средстава нарушава се неповредивост стана и причињава се одређена материјална штета мањих или већих размера. Осим за отварање стана и других просторија, механичка, хидраулична и експлозивна средства своју примену могу имати и ради омогућавања уласка полицијских службеника у превозна средства (путничке аутомобиле, камионе, аутобусе, бродове, авионе, возове и друге). С тим у вези, за ова средства предлажемо јединствен назив – средства за улазак у стан, друге просторије и превозна средства.

Ова средства могу се злоупотребити под разним изговорима или се могу употребити супротно принципу сразмерности. Поред овога, употребу експлозивних средстава карактерише и високо разорно дејство чије последице могу да доведу до телесног повређивања и смрти лица (грађана, талаца и других).⁹ Могућност наступања нежељених последица и поступање супротно принципу сразмерности, говори нам да поред испуњења законског услова за употребу механичког, хидрауличног и експлозивног средства, треба да постоји и додатно ограничење засновано на одобрењу надлежног руководиоца. Надлежни руководилац требало би да на основу расположивих података обави процену ситуације, сагледа испуњеност законских услова и да на основу тога одобри или не одобри употребу овог или другог средства принуде.

Пре предлагања законског основа за употребу средства за улазак у стан, друге просторије и превозна средства треба узети у обзир одредбе Устава о неповредивости стана, законски основ за улазак у стан и друге просторије и специфичности механичког, хидрауличног и експлозивног средства.

Уважавајући ове чињенице требало би у ЗОП-у нормативно уредити употребу средства за отварање стана, других просторија и превозних средстава на следећи начин:

Средствима за улазак у стан, друге просторије и превозна средства сматрају се механичка, хидраулична и експлозивна средства.

Средства за улазак у стан, друге просторије и превозна средства могу се употребити ради уласка у стан, друге просторије и превозна средства када је то неопходно у сврху непосредног хапшења лица за које постоје основи сумње да је учинило кривично дело које се гони по службеној дужности у случајевима када се основано очекује отпор употребом ватреног оружја или када је то неопходно за отклањање непосредне или озбиљне опасности за људе или имовину.

Одлуку о употреби механичких и хидрауличних средстава за улазак у стан, друге просторије и превозна средства доноси руководилац унутрашње организационе јединице у седишту Дирекције полиције, начелник полицијске управе или руководилац кога они овласте.

Одлуку о употреби експлозивних средстава за улазак у стан, друге просторије и превозна средства доноси директор полиције или руководилац кога он овласти.

⁹ Употребу експлозивних средстава због вероватноће наступања велике материјалне штете, телесног повређивања и смрти лица требало би ограничити само на антитерористичке операције, барикадне ситуације, талачке кризе и слично.

У полицијском законодавству бивших република СФРЈ (Словеније,¹⁰ Хрватске,¹¹ Босне и Херцеговине,¹² Црне Горе¹³ и Македоније¹⁴) нема посебног полицијског овлашћења чијом би применом полиција имала право да под одређеним условима отвори врата стана или други погодан отвор на стану и другим просторијама и превозним средствима. Међутим, у појединим полицијским законодавствима у оквиру полицијског овлашћења за улазак у стан и друге просторије (Словенија), улазак у туђи дом (Хрватска), улазак у туђи дом и затворене просторије (Македонија) предвиђена је могућност употребе физичке силе и техничких средстава (Словенија), насилног уласка (Хрватска), употреба разумне силе (Македонија), ради уласка у стан и друге просторије у случајевима када то није могуће учинити на други начин.

Употреба физичке или разумне силе или техничких средстава ради уласка у стан и друге просторије у наведеним законима заснована је на општој формулацији „ако то није могуће на други начин“. Општа формулација „ако то није могуће на други начин“ без прецизирања основа/случајева за употребу било какве силе/принуде ради уласка у стан и друге просторије може уместо изузетка да пређе у правило и да представља поступање супротно принципу сразмерности.

За разлику од овог законског решења, у горе наведеном предлогу прецизирана су три различита средства (механичка, хидраулична и експлозивна) и наведен је конкретан правни основ (само за изузетне/хитне случајеве у складу са принципом сразмерности) и предвиђено је додатно ограничење засновано на одобрењу надлежног руководиоца.

Употребом неког од наведених средстава у случајевима када се очекује оружани отпор могуће је остварити тактичку предност (ефекат изненађења) и већу заштиту безбедности поступајућих полицијских службеника.

10 Закон о nalogah in pooblastilih policije, <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO6314>. Преузето 25. 12. 2022. године.

11 Закон о policijskim poslovima i ovlastima, <https://www.zakon.hr/z/173/Zakon-o-policijskim-poslovima-i-ovlastima>. Преузето 25. 12. 2022. године.

12 Закон о полицијским службеницима Босне и Херцеговине, <https://www.paragraf.ba/propisi/bih/zakon-o-policijskim-sluzbenicima-bosne-i-hercegovine.html>. Преузето 25. 12. 2022. године.

Закон о полицији и унутрашњим пословима Републике Српске, <https://www.paragraf.ba/propisi/republika-srpska/zakon-o-policiji-i-unutrasnjim-poslovima.html>. Преузето 25. 12. 2022. године.

13 Закон о унутрашњим пословима, <https://mup.gov.me/biblioteka/zakoni?pagerIndex=2>. Преузето 25. 12. 2022. године.

14 Закон за полиција, <https://mvr.gov.mk/zakon/9>. Преузето 25. 12. 2022. године.

У оваквим случајевима, брз улазак у простор даје могућност спречавања наступања нежељених последица по живот полицијских службеника, људи и њихову имовину.

3. Употреба беспилотних летелица

Као последица развоја науке и технике, данас се за најразличитије потребе савременог човека користе беспилотне летелице (у даљем тексту БЛ) (Милојковић, 2015: 6). Опремљене најсавременијим аеровидео, термовизијским и аерофотограметријским камерама, ГПС навигацијом и другом опремом БЛ могу представљати значајно средство у раду полиције и других органа безбедности.

Експлоатација БЛ значајно је исплативија од употребе стандардних летелица са пилотом. Најчешће области њихове примене су видео надзор у реалном времену, снимање одређених објеката, појава и процеса у геопростору, и пренос ТВ слике – интерактивних панорама, или за једноставно фотографисање из ваздуха и са земље (Милојковић, 2015: 7)

Употреба хеликоптера повезана је са значајним материјалним трошковима набавке, одржавања и коришћења, потребним временом да се хеликоптер појави на месту догађаја¹⁵ и великом буком која није погодна за његову употребу у тактичким ситуацијама када треба податке прикупљати тајно како би се остварио ефекат изненађења. Са друге стране БЛ су економски приступачније у погледу набавке и експлоатације, нуде шири спектар употребе (већу оперативну флексибилност), лако су преносиве и могу бити оперативне за свега неколико минута, могу се користити у ситуацијама које су ризичне (за пилота и/или летелицу) или изван техничких могућности хеликоптера, и могу помоћи у обављању полицијских послова који традиционално нису подразумевали ангажовање хеликоптера као што је документовање места криминалног догађаја (Milić, Milidragović, 2019).

Полиције у свету увидевши предности БЛ почеле су да их употребљавају у обављању својих редовних задатака, решавању терористичких и других кризних догађаја, ванредним ситуацијама, спасилачким операцијама и слично. У односу на хеликоптер, БЛ нису само приступачније у погледу набавке и одржавања, него су и оперативније.

15 На пример, у Великој Британији током 2016. године у 40% случајева захтев за ангажовање хеликоптерске јединице отказан је током лета хеликоптера ка месту догађаја – основни разлог је био окончање догађаја пре него што би хеликоптер стигао (Her Majesty's Inspectorate of Constabulary and Fire & Rescue Services, 2017: 6).

Полицијски службеници пре увођења БЛ у полицију могли су да добију ваздушну подршку само из хеликоптера. Данас имамо могућност да сваки полицијски службеник у пртљажнику свог службеног аутомобила може да има „своју“ ваздушну подршку (Shinnamon & Cowell, 2019: 5).

Употреба БЛ без техничке опреме у основи не представља уплитање у основна људска права, као што то не представља ни сама употреба хеликоптера. Међутим, употреба БЛ опремљених савременим оптоелектронским средствима у обављању полицијских задатака отвара врло значајно питање које се односи на заштиту права на приватност (Bentley, 2018: 274–287). Обим утицаја на приватност првенствено зависи од опреме коју БЛ поседују и за које сврхе се таква опрема користи (Brezpilotni letalniki, 2015: 5). На пример, употреба камере на БЛ за потребе фотограметријског снимања лица места не носи ризик нарушавања људских права. У исто време, снимање лица на јавном скупу може имати импликације по људска права.

У нашим националним оквирима Устав штити грађане од неовлашћеног и незаконитог прикупљања њихових података, прописујући тако да се прикупљање, држање, обрада и коришћење података о личности уређују законом (чл. 42, став 2 Устава).

Надлежни органи могу обрађивати податке у сврхе спречавања, истраге и откривања кривичних дела, гоњења учинилаца кривичних дела или извршења кривичних санкција, укључујући спречавање и заштиту од претњи јавној и националној безбедности (чл. 6, ст. 3 Закона о заштити података о личности¹⁶, у даљем тексту ЗЗПЛ). Обрада коју врше надлежни органи у ове сврхе је законита само ако је та обрада неопходна за обављање послова надлежних органа и ако је прописана законом. Законом се одређују најмање циљеви обраде, подаци о личности који се обрађују и сврха обраде (чл. 13 ЗЗПЛ).

Полиција као орган државне власти може да обрађује податке о личности уз испуњење законских услова на разне начине и уз помоћ савремених технологија и средстава међу које спадају и БЛ. Полиција за обављање оваквих и сличних задатака примењује овлашћења предвиђена ЗОП-ом. Овлашћења из ЗОП-а не пружају правне могућности полицији да обрађује податке о личности употребом савремених технологија и других техничких средстава.¹⁷

¹⁶ „Службени гласник РС“, бр. 87/2018.

¹⁷ Повреда права на приватност постоји у случају када је ограничење права на приватност примењено супротно одредбама постојећег закона. Такође, повреда ће постојати и уколико не постоји домаћи пропис који регулише одређени тип ограничења

Позитивна пракса светских полиција о употреби БЛ у обављању полицијских задатака, као и оперативност и економичност употребе БЛ, представљају чиниоце који оправдавају њихово увођење у рад наше полиције. Први задатак на том плану односио би се на нормирање овлашћења за употребу БЛ у ЗОП. Правни основ за употребу БЛ којима се могу обрађивати подаци о личности треба да буде дефинисан са јасним циљем и сврхом.

Правни основ за употребу БЛ и других савремених технологија ради обраде података о личности треба формулисати само за неопходне догађаје/случајеве и нормативно ускладити са одребама ЗЗПЛ.¹⁸ У супротном, формулисање нејасног и непрецизног правног основа који би омогућио обраду података о личности, у великом броју случајева изазивало би дилеме и остављало простор за могуће злоупотребе.

Поред употребе БЛ у случајевима када се обрађују подаци о личности, њихова употреба је значајна и у ситуацијама у којима се не обрађују подаци о личности, као што је прикупљање података у сврху спречавања, откривања и расветљавања кривичних дела, хапшења учинилаца кривичних дела, трагања, спасавања и пружања помоћи у трагању за несталим, страдалим, изгубљеним лицима и слично. -

Правни основ за употребу БЛ треба да представља јединство оперативних могућности БЛ и неопходности њене примене у обављању поједних полицијских послова из чега произилази усклађеност са ЗЗПЛ. На бази овог критеријума може се предложити следећи правни основ:

Полиција може употребити БЛ са опремом за видео акустична снимања ради прикупљања података о лицима, догађајима, просторима и објектима ако то није у могућности да учини на други начин или другим средствима у сврху/са циљем спречавања, откривања, расветљавања и документовања кривичних дела и прекршаја; хапшења извршилаца кривичних дела; безбедносне заштите одређених личности и објеката; обезбеђења јавних скупова у случајевима када постоји вероватноћа угрожавања учесника на јавном скупу, трагања и спасавања несталих лица и пружања помоћи у ванредним и другим догађајима.

овог права. Ово правило истакнуто је у случају *Taylor Sabori v the United Kingdom* из 2002. године када се упутилац поднеска жалио да му је надзиран пејџер, иако у то време није постојао релевантан пропис који је омогућавао прислушкивање овог средства комуникације (Синђелић, 2012: 30).

18 Видети одредбе чл. 2, ст. 1, чл. 6, ст. 3, чл. 13, чл. 54, ст. 12 ЗЗПЛ.

Поред испуњења правног основа, за употребу БЛ треба предвидети ограничење засновано на одобрењу надлежног руководиоца организационе јединице.

У упоредном законодавству бивших република СФРЈ (Словеније, Хрватске, Босне и Херцеговине, Црне Горе и Македоније) у нормативним актима у којима су нормирана полицијска овлашћења нема посебног овлашћења за употребу БЛ, а такође нема ни основа за употребу БЛ код примене других полицијских овлашћења.

Употреба БЛ треба да буде заснована и на дефинисаним процедурама, правилима и условима од стране оспособљених полицијских службеника. Нормативни оквир, дефинисана правила и процедуре употребе, као и процес обуке – сертификације представљали би чиниоце за закониту, правилну и безбедну употребу БЛ.

4. Средства за заштиту од беспилотних летелица

Већа доступност БЛ услед мале цене коштања, могућност напада на циљеве до којих је тешко приступити са копна, извођење напада великих размера са високом стопом смртности, напад на мете иза линије одбране, прикривеност припреме напада, лоша ефикасност постојеће ваздушне одбране, велика прецизност, постизање снажног психолошког ефекта су неки од фактора који чине БЛ погодним средством за извршење терористичких напада (Miasnikov, 2005: 4).¹⁹

Полиције у свету су последњих година у обављању послова обезбеђења јавних скупова почеле да предузимају мере заштите од БЛ ради спречавања њиховог уласка у штићени ваздушни простор. До појаве средстава за заштиту од БЛ њихово уништавање обављано је у ваздуху употребом ватреног оружја, пре свега пушака из којих су испаливана зрна сачме. Уништена БЛ пада на тло, чиме може да проузрокује нежељене последице.

¹⁹ Са масовнијом употребом БЛ почела је и њихова злоупотреба у криминалне и терористичке сврхе. Злоупотреба БЛ забележена је током предизборног скупа у септембру 2013. године у Немачкој на коме су присуствовали немачка кенцеларка Ангела Меркел и министар одбране Томас де Мезијер. Мала БЛ у току скупа слетела је на неколико метара од Ангеле Меркел. Летелицом је управљао члан Пиратске партије који је на овај начин желео да укаже на аферу насталу услед производње војних БЛ. У октобру 2014. године за време одигравања фудбалске утакмице у Београду између Србије и Албаније на фудбалски стадион слетела је БЛ са албанском заставом. У једном и другом случају БЛ могле су да буду наоружане експлозивом и оружјем за масовно уништење. Ови инциденти показали су способност БЛ да заобиђу традиционалне мере безбедности и уједно неспособност снага безбедности да се супротставе оваквом начину угрожавања безбедности (Пејановић, Миленковић, 2017: 358).

Са друге стране, зрна сачме услед пада могу такође некога да повреду или усмрте.

Ради заштите од БЛ, полиције широм света у оперативну употребу уводе „несмртоносна“ средства за спречавање даљег лета БЛ (пушку за ометање сигнала БЛ, пушку за хватање БЛ мрежом и БЛ која хвата другу БЛ). Уз помоћ пушке за ометање сигнала, БЛ се може аутоматски приземљити или вратити на место полетања или остати да лебди у ваздуху на месту где је сигнал ометен. Из пушке за хватање БЛ испаљује се капсула са мрежом која се у ваздуху отвара и обавија БЛ, онемогућавајући је у даљем лету и уз помоћ падобрана контролисано се приземљује (Gržin, Marić, 2018: 158).

У најефикаснија средства новије генерације која онемогућавају приступ БЛ одређеном ваздушном простору, омогућавају рано откривање БЛ, лоцирање пилота и БЛ, ометање њеног рада, контролисано и неконтролисано обарање БЛ спада систем за детекцију БЛ. Овај систем се активира у тренутку када даљински управљач пошаље сигнал БЛ за полетање. На овај начин сигнал о раду БЛ буде регистрован пре него што она буде у ваздуху. Систем се може прилагодити карактеристикама одговарајућег терена, односно подручја које треба заштитити. Систем за детекцију може бити стационаран и преносив.

Полиција Републике Србије не располаже неким од наведених техничких средстава за заштиту од БЛ. Могућност употребе БЛ у терористичке и друге сврхе указује нам на потребу набавке одређених средстава за заштиту од БЛ. Први корак на овом путу треба да буде предвиђање правних основа у ЗОП-у за употребу средстава за заштиту од БЛ. Прави основ за употребу ових средстава може да произилази из њихове намене и он може да гласи: *Полиција може ради обезбеђења одређених јавних скупова, личности, објеката и простора употребити средства за заштиту од БЛ у циљу спречавања кривичних дела и прекршаја.*

У компаративном праву бивших република СФРЈ само у полицијском законодавству Републике Словеније и Хрватске постоје предвиђени правни основи за примену одређених мера и средстава ради заштите од беспилотних летелица. У законодавству Републике Словеније, у одредбама овлашћења о привременом ограничењу кретања, постоји могућност забране приступа одређеном простору БЛ у таксативно наведеним случајевима.²⁰ У полицијском законодавству Хрватске предвиђено је посебно овлашћење које се односи на употребу средстава принуде и

20 Видети члан 56 Zakona o nalogah in pooblastilih policije, <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO6314>. Преузето 25. 12. 2022. године.

других средстава за ометање према покретним уређајима на даљинско управљање.²¹

Поред дефинисања правног основа у ЗОП-у за употребу средстава за заштиту од БЛ требало би предузети организационе, техничке, кадровске и друге мере ради примене ових средстава у пракси.

5. Препознавање особа на основу биометријских карактеристика црта лица

Полиција ради проналаска одређених особа, учесника у догађају предузима бројне и разноврсне оперативно-тактичке и техничке мере и радње. Све оперативно-тактичке и техничке мере и радње захтевају утрошак времена, средстава, ресурса и ангажовање већег броја полицијских службеника, а некада једне или више организационих јединица полиције. Информатичка револуција омогућила је развој и примену биометрије, биометријских система ради препознавања и идентификације особа. Полиција може да, применом биометријских система за препознавање особа на основу карактеристика црта лица, у неким случајевима одмах, непосредно након извршеног кривичног дела, без великог утрошка времена, људских и материјалних ресурса пронађе и ухапси особе које потражује.

Биометрија користећи савремене информационе технологије мери непромењиве биолошке односно физичке или бихевиористичке (понашајне) карактеристике људског тела ради препознавања одређене особе (Мајекодунми, Т., Idachaba, F., 2011: 1; Bhatia, 2013: 94). Мерење биолошких карактеристика људског тела и аутоматско препознавање особа на основу тих карактеристика обавља се путем аутоматизованих рачунарских система тзв. биометријских система (Bhatia, 2013: 96).

У употреби постоји више врста биометријских система који служе за препознавање и идентификацију особа. Најзначајнији су аутоматски биометријски системи који обављају препознавање и идентификацију особа на основу физиолошких или карактеристика понашања човека (нпр. отисак прста, дужице ока, лица, гласа, ДНК, геометрије шаке, термограма појединих делова људског тела (Komarinski, 2005: 23).

У домаћој и иностраној стручној и научној литератури наводи се да се биометријски системи који мере карактеристике лица употребљавају или за идентификацију особа или за препознавање особа (Симоновић, 2012:

21 Видети члан 97а Закона о полицијским пословима и овластима, <https://www.zakon.hr/z/173/Zakon-o-policijskim-poslovima-i-ovlastima>. Преузето 25. 12. 2022. године.

467; Пауновић, 2013: 91–93; Суботић, 2007: 29–59; Wayman, Jain, Maltoni, & Maio, 2005: 2–17; Levashov, 2013: 167–175).

Идентификација и препознавање су два различита појма и две различите радње у криминалистичком смислу. Према Правилнику о полицијским овлашћењима²² утврдити идентитет неког лица значи утврдити његова правна, стварна и физичка својства по којима се то лице разликује од других (члан 12, ст. 1 Правилника). Међутим, у наведеном правилнику није наведено шта су стварна, правна и физичка обележја неког лица. Одговор о значењу ових појмова проналази се у стручној литератури.²³ Не може се сматрати да је идентитет неке особе утврђен препознавањем уз помоћ биометријског система заснованог на мерењу карактеристика црта лица све док се не утврде правна, стварна и физичка обележја.

Биометријски систем за препознавање црта лица користи фотографску камеру у комбинацији са софтвером за препознавање лица. Софтвер за препознавање црта лица у могућности је да открије и издвоји људска лица снимљена камером, затим их анализира и помоћу алгоритама издваја њихове кључне карактеристике на лицу. Алгоритми идентификују и мере „кључне тачке“ на лицу, које чине карактеристичне црте лица за сваку особу. Користећи ова мерења алгоритми одређују идентификационе карактеристике појединца као што су растојање између очију, ширина носа, облик јагодичних костију и дужину линије вилице. Комбинација човекових кључних тачака постаје „отисак лица“ те особе, који је исто толико јединствен и специфичан за сваку особу као њено лице. Отисак лица се тада упоређује са отисцима лица садржаним у бази података ради препознавања особе. Данас основни алгоритми могу да прикупе отиске лица са било које фотографије у којој су геометрије лица неке особе јасно уочљиве, попут фотографија или непокретних кадрова из видео записа камере (Bonsor, Johnson, 2001: 32).

Уколико систем препозна особу чији су параметри уписани у компјутерској бази слика, звучним сигналом алармира надзорни центар приказујући на монитору слику и податке тражене особе из базе са сликом компарираног и идентификованог, указујући притом на локацију на којој је снимљено. Тако се тражена особа може без свог знања и учешћа препознати међу милион других ликова (Симоновић, 2012: 545, 546).

Са масовнијом употребом биометријских система за препознавање особа почели су и захтеви бројних удружења широм света за заштиту приватности од употребе ових система. Удружења широм света сматрају да се јавним

22 „Службени гласник РС“, бр. 41/19 и 93/2022.

23 О значењу ових појмова видети: (Симоновић, 2012: 465).

институцијама (полиција и службе безбедности) не треба ускратити могућност нарушавања приватности и других људских права употребом технологија за препознавање особа ради заштите безбедности грађана. Употреба савремених технологија мора да буде прецизно ограничена на одређене догађаје уз поштовање етичких стандарда и подложна судској контроли (Hiranandani, 2011: 1098).

Последњих неколико година и код нас се води расправа о оправданости увођења система за препознавање особа на основу карактеристика црта лица тзв. „паметних камера“. Њиховом употребом полиција би могла да брже и ефикасније без већег утрошка времена и средстава пронађе лица – учеснике у догађају, нарочито после извршења тешких кривичних дела која изазивају узнемирење грађана и јавности. Са аспекта заштите приватности грађана употреба ових уређаја треба да буде заснована на праву, односно постојању прецизно дефинисаног правног основа.

Препознавање особа уз помоћ биометријског система треба разликовати од постојећег овлашћења полиције – снимање на јавним местима (члан 52 ЗОП-а). Полиција применом овог овлашћења обавља само надзор и снимање јавног места коришћењем опреме за видео акустичка снимања и фототографисање. Применом биометријског система, поред снимања обавља се и биометријско препознавање особа на основу карактеристика црта лица. Правним основом за примену полицијског овлашћења снимање на јавним местима не може да буде обухваћено и препознавање особа на основу биометријских карактеристика црта лица.

У компаративним законодавствима бивших република СФРЈ у којима су нормирана овлашћења полиције нема полицијског овлашћења чијом применом би полиција могла да на основу биометријских карактеристика црта лица обавља препознавање особа. Први корак на плану увођења и примене биометријских система за препознавање особа треба да се односи на њихово нормирање у ЗОП-у уз уважавање свих одредби ЗЗПЛ²⁴.

Правни основ за примену система за аутоматско препознавање особа на основу биометријских карактеристика црта лица треба ограничити на случајеве препознавања извршилаца тешких кривичних дела за којима се трага. У одређеним случајевима и за препознавање особа за које се основано сумња да ће извршити тешко кривично дело на подручју Републике Србије у сврху његовог спречавања²⁵, као и ради проналазка лица за чији је нестанак пријављен.

24 Видети следеће одредбе: чл. 2, ст. 1, чл. 6, ст. 3, чл. 13 и чл. 54, ст. 12 ЗЗПЛ.

25 Како би се избегле евентуалне злоупотребе у закону се могу таксативно набројати тешка кривична дела.

У циљу спречавања евентуалних злоупотреба требало би предвидети да се унос фотографија учинилаца кривичних дела у посебну компјутерску базу обавља на основу сагласности две стране, овлашћеног руководиоца/лица у полицији и овлашћеног руководиоца/лица у служби Повереника за информације од јавног значаја и заштиту података о личности.

6. Закључак

Услед развоја науке и технике настала су и на тржишту доступна разноврсна савремена средства и технологије чијом применом се олакшавају и чине ефикаснијим одређене услуге и процеси. Због својих перформанси и могућности савремена средства и технологије постају предмет интересовања полицијских организација.

У сврху унапређења рада полиције Србије у раду су представљене оперативне могућности и дефинисани конкретни правни основи за примену савремених средстава и технологија као нових полицијских овлашћења. Њиховом применом полиција Србије може повећати оперативност и смањити ангажовање и утрошак материјалних и људских ресурса уз ограничавање или нарушавање права грађана само у закону прописаним случајевима.

Ограничавање или нарушавање права грађана применом савремених средстава и технологија у сваком демократском друштву треба да буде засновано на праву односно постојању конкретних основа дефинисаних у закону. Правно нормирање савремених средстава и технологија, посебно биометријских, није лак задатак и представља проналажење равнотеже између потребе за безбедним друштвом и заштите података о личности и права на приватност. Представљена нормативна решења у раду јесу управо производ ове равнотеже. Нормирање нове праксе полиције не треба да буде само у служби остваривања ефикаснијег рада полиције и боље безбедности грађана већ и у служби заштите слобода и права грађана.

Литература и извори

Bentley, J. (2018). Policing the Police: Balancing the Right to Privacy Against the Beneficial

Use of Drone Technology, *Hastings Law Journal*, 70 (1). 274–287.

Bonsor, K., Johnson, R. (2001). *How Facial Recognition Systems Work*. HowStuff-Works.com.

Brepilotni letalniki (Jun, 2015). Kako izkoristiti njihove prednosti in obvarovati temeljne človekove pravice? *Poročilo Informacijskega pooblaščenca*, Ljubljana, Slovenia.

Bhatia, R. (2013). Biometrics and face recognition techniques. *International Journal of Advanced Research in Computer Science and Software Engineering*, 3(5), 93–99.

Gržin, M., Marić, A. (2018). Pravna regulacija bespilotnih letjelica i mjere sprečavanja zloporabe u Republici Hrvatskoj s policijskog aspekta. *Policija i sigurnost*. (Zagreb), 27 (1): 146–165.

Илић, Г., Мајић, М., Бељански, С., & Трешњев, А., (2016). Коментар Законика о кривичном поступку. Службени гласник, Београд.

Komarinski, P. (2005). *Automated Fingerprint Identification Systems*. Amsterdam, The Netherlands; Boston, MA: Elsevier Academic.

Levashov, K. (2013). The rise of a new type of surveillance for which law wasn't ready. *The Columbia science & technology law review*. Vol. XV. 165–193

Majekodunmi, T. O., Idachaba, F. E. (2011). A review of the fingerprint, speaker recognition, face recognition and iris recognition based biometric identification technologies.

Miasnikov, E. (2005). *Threat of terrorism using unmanned aerial vehicles: Technical aspects*. Moscow, Russia: Center for Arms Control, Energy, and Environmental Studies, Moscow Institute of Physics and Technology.

Милетић, С., Југовић, С., (2019). *Право унутрашњих послова*. Криминалистичко-полицијски универзитет, Београд.

Milic, N., Milidragovic, D. (2019). *The possibilities and challenges of UAV implementation in serbian police*. У: Зборник радова: „Дани Арчибалда Рајса“, Криминалистичко-полицијски универзитет, Београд, стр. 45–58.

Милојковић, Б. (2015). Оптимизација модела малих беспилотних летелица за потребе полиције. *Безбедност*, 57 (3): 5–27.

Орловић, С., (2018). *Уставно право*. Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад.

Пејановић, Љ., Миленковић, М. (2017). Употреба беспилотних летелица у терористичке сврхе. *Војно дело*, 69 (3): 356–369.

Пауновић, С. (2013). *Примена мултимодалне биометрије у системима за утврђивање идентитета*. Докторска дисертација. Факултет организационих наука Универзитета у Београду.

Симоновић, Б. (2012). *Криминалистика*. Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.

Синђелић, Ж. (2012). *Право на приватност – кривичноправни, кривичнопроцесни и криминалистички аспекти*. Докторска дисертација. Правни факултет универзитета у Београду.

Суботић, О. (2007). Биометријски системи идентификације – критичка студија. Београд: Институт за политичке студије.

Субошић, Д. (2020). *Организација и послови полиције*. Криминалистичко-полицијски универзитет, Београд.

Shinnamon, D. L. & Cowell, B. M. (2019). Building and managing a successful public safety UAS program: Practical guidance and lessons learned from the early adopters. *National Police Foundation*. Washington, DC.

Her Majesty's Inspectorate of Constabulary and Fire & Rescue Services. (November, 2017). *Planes, drones and helicopters. An independent study of police air support*. Retrieved from: <https://www.justiceinspectrates.gov.uk/hmicfrs/wp-content/uploads/planes-drones-and-helicopters-an-independent-study-of-police-air-support.pdf>. Преузето 10. 12. 2023. године.

Hiranandani, V. (2011). Privacy and security in the digital age: contemporary challenges and future directions. *The International Journal of Human Rights*, 15(7): 1091–1106

Wayman, J. L., Jain, A. K., Maltoni, D., & Maio, D. (2005). *Biometric Systems: Technology, Design and Performance Evaluation*. New York, NY: Springer.

Устав Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 98/2006.

Закон о полицији „Службени гласник РС“, бр. 6/2016, 24/2018 и 87/2018.

Закон о становању и одржавању зграда „Службени гласник РС“, бр. 104/2016 и 9/2020 – др. закон

Законик о кривичном поступку „Службени гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021-одлука УС и 62/2021-одлука УС.

Закон о заштити података о личности, „Службени гласник РС“, бр. 87/2018.

Правилник о полицијским овлаћењима, „Службени гласник РС“, бр. 41/19 и 93/2022.

Закон о nalogah in pooblastilih policije, <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO6314>.

Преузето 25. 12. 2022. године.

Закон о полицијским пословима и овластима, <https://www.zakon.hr/z/173/Zakon-o-policijskim-poslovima-i-ovlastima>. Преузето 25. 12. 2022. године.

Закон о полицијским службеницима Босне и Херцеговине, <https://www.paragraf.ba/propisi/bih/zakon-o-policijskim-sluzbenicima-bosne-i-hercegovine.html>. Преузето 25. 12. 2022. године.

Закон о полицији и унутрашњим пословима Републике Српске, <https://www.paragraf.ba/propisi/republika-srpska/zakon-o-policiji-i-unutrasnjim-poslovima.html>. Преузето 25. 12. 2022. године.

Закон о унутрашњим пословима, <https://mup.gov.me/biblioteka/zakoni?pagerIndex=2>. Преузето 25. 12. 2022. године.

Закон за полиција, <https://mvr.gov.mk/zakon/9>. Преузето 25. 12. 2022. године.

*Dragan Milidragović, LL.D.,
Ministry of Ministry of Internal Affairs of the Republic of Serbia, Belgrade
Republic of Serbia*

*Nenad Milić, LL.D.
Full Professor,
University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade
Republic of Serbia*

THE REGULATION OF NEW POLICE AUTHORITIES IN THE POLICE ACT

Summary

The advent of modern technologies and their implementation into various spheres of human activities, including security, facilitated a faster development of the society, while increasing the risk of human rights violations. In that context, an emerging challenge is how to maximize the use of new technological features while still preserving citizens' rights and freedoms. The application of all measures, actions and tools in police work must be based on the adequate legal framework which clearly regulates the police authorities. Standardizing new police authorities is not an easy task; it requires coordination and finding the right balance between security, law and human rights. This paper addresses the regulation of police authorities in the Police Act of the Republic of Serbia. The authors analyze the operational capabilities of modern technologies and other instruments that may be used in police operations and propose specific normative grounds for their application by defining four new police authorities. The authors point out to the role, significance and use of the proposed new police authorities in future police work, urging that they should be introduced as new legal rules in subsequent amendemnts of the Police Act.

Keywords: *police, police authorities, entry, unmanned aerial vehicle, facial biometric pattern.*

Др Дарко Димовски,*
Редовни професор,
Правни факултет, Универзитет у Нишу
Република Србија

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
DOI: 10.5937/zrpf1-42856

UDK: 159.942.5:[343.542.1:004.738.5

UDK: 343.62-055.2

Рад примљен: 14.02.2023.

Рад прихваћен: 28.04.2023.

ОСВЕТНИЧКА ПОРНОГРАФИЈА: КРИМИНОЛОШКИ И КРИВИЧНОПРАВНИ АСПЕКТ**

Апстракт: *Насиље је иманентно сваком друштву. У последње време употребом савремених технологија створено је још једно средство на основу којег долази до још већег обима виктимизације жена. То средство огледа се у јављању deepfake-a и revenge porn-a као нових облика насиља над женама. Ипак, предмет анализе овог рада биће само revenge porn (осветничка порнографија). Стога у наставку рада аутор, после појмовног одређења осветничке порнографије, указује на карактеристике осветничке порнографије. Наредни део рада посвећен је приказу нормативних решења у појединим државама. Осветничка порнографија је била предмет анализе Европског суда за људска права у Стразбуру, те је аутор анализирао дати случај. Након тога представљен је нормативни оквир у Републици Србији посматран кроз призму осветничке порнографије. Последњи део односи се на борбу против осветничке порнографије како би се пружила што већа заштита женама. Само на тај начин је могуће повећати код жена степен сигурности у државне органе да ће им бити пружена адекватна заштита од злоупотребе савремених технологија.*

Кључне речи: *осветничка порнографија, насиље, жене, Република Србија.*

* darko@prafak.ni.ac.rs

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

1. Увод

Све до краја шездесетих година XX века, насиље у породици је сматрано за приватну ствар чланова породице, што је онемогућавало реакцију државе. Ипак, борбом невладиних организација које се баве заштитом права жена, дошло је до постепене инкриминације насиља у породици у државама широм света. Насиље у породици представља једно од најосетљивијих питања у савременом друштву које је у последњим годинама у великој мери напустило само породичне оквире и постало друштвени проблем у чије решавање су се укључиле бројне институције. И поред кривичноправне репресије државе према извршиоцима овог кривичног дела, у свету се бележи стални пораст обима овог кривичног дела.

Резултати криминолошких истраживања указују да је насиље у породици веома распрострањено. Наиме, према извештају Агенције Уједињених нација за родну равноправност и оснаживање жена (United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women), 35% жена широм света су жртве насиља у породици. Насиље над женама у породичним односима има највећи обим у Африци, Источном Медитерану и Југоисточној Азији, у којима се 37% жена суочава с насиљем, док је најмање заступљено у државама високог економског благостања, као што су државе Европе и Западног Пацифика, где је 25% жена које су у неком тренутку свог живота биле жртве насиља у породици. Истраживања у појединачним државама показују различите резултате. Тако, на пример, у Сједињеним Америчким Државама, према подацима Министарства правде из 2013. године, 25% жена су биле жртве породичног насиља, док се годишње деси око 960.000 случајева насиља у породици. Жене су жртве насиља у породици у око 85% случајева, док су мушкарци виктимизирани у 15% случајева (Domestic Violence/Abuse Statistics).¹ Уколико бисмо погледали структуру извршилаца и жртава, могли бисмо да закључимо да се у највећем проценту као извршиоци овог кривичног дела јављају мушкарци, а да су као жртве најзаступљеније особе женског пола. На основу тога могуће је насиље у породици називати насиљем над женама.

Поред већ устаљених и присутних облика насиља над женама, треба истаћи да је употреба савремених технологија изнедрила нове форме насиља над женама – revenge porn и deepfake. У овом раду аутор ће се фокусирати на revenge porn тако што ће посебну пажњу посветити његовом одређењу, појавним облицима, распрострањености и нормативној активности појединих држава које су у његовој инкриминацији највише

¹ Према: <http://www.statisticbrain.com/domestic-violence-abuse-stats/>, преузето 7. 11. 2021.

одмакле. Уједно, аутор ће дати преглед стања у погледу законске заштите у Републици Србији у односу на овај феномен.

2. Појам осветничке порнографије

Осветничка порнографија је феномен који је израстао из праксе секстинга. Савремене технологије су омогућиле креирање, слање и стварање сексуално експлицитних текстова, слика или видео-записа, који се обично дешавају између двоје људи у вези. Овај феномен може довести до низа штетних последица. Наиме, свађа или раскид између двоје људи може резултирати тиме да један од њих објави експлицитне текстове, слике или видео-записе без пристанка друге особе. Тиме долази до извршења осветничке порнографије. Криминолози Вокер (Walker) и Слит (Sleath) дефинишу осветничку порнографију као дељење сексуално експлицитних слика (укључујући фотографије) и/или видео-снимака без пристанка, са основном мотивацијом повезаном са осветом (Davidson, и други, 2019, стр. 45).

Након одређивања појма осветничке порнографије, позабавићемо се анализом употребљеног термина за означавање ове појаве. Наиме, у научним круговима се сматра да је кованица неадекватна, јер у појединим случајевима не постоји мотив освете. Фотографије и видео-снимци се могу делити ради изнуде, контроле или обичне злонамерности. Међутим, како примећују криминолози Мекглин (McGlinn) и Раклеј (Racklei), термин осветничка порнографија, иако фраза употребљена од стране мас-медија, је проблематичан, јер се односи на мали број приватних сексуалних слика или видео-записа код којих се суштина огледа у мотиву починиоца, а не жртви једног таквог понашања. Стога, њих двојица предлажу употребу других термина, попут порнографија без пристанка (nonconsensual pornography), недобровољна порнографија (involuntary pornography) и сајбер силовање (cyber rape). С тим у вези, неопходно је истаћи још једну разлику између осветничке порнографије и злостављања заснованог на сликама или сексуалног злостављања заснованог на сликама. Већ спомињани Мекглин и Раклеј одређују злостављање засновано на слици као стварање и/или дистрибуцију приватних сексуалних слика без пристанка. Са друге стране, Вокер и Слит дефинишу злостављање засновано на сликама као дељење сексуално експлицитних слика (укључујући фотографије) и/или видео-снимака, без сагласности оних који су приказани, где је мотивација нејасна или није повезана са осветом. За разлику од осветничке порнографије где је мотив више него јасан – освета, мотиви за дистрибуцију слика без сагласности могу укључивати низ разних мотива као што су забава,

материјална корист, озлоглашеност, хвалисање, сексуално задовољство, контрола, узнемиравање, уцена/изнуда и друго. Уколико постоји другачији мотив, то не значи да не постоји ово кривично дело, већ да је само терминологија неодговарајућа (Davidson, и други, 2019, стр. 46-47).

Посебна друштвена опасност услед дељења фотографија и видео-записа јесте када се уз њих деле и лични подаци о жртви, чиме се извршава тзв. докинг (doxing). Наиме, код докинга долази до дељења приватних података на интернету без претходне дозволе са намером да се науди. То је намеран начин да се неко понизи или узнемирава објављивањем информација за које жели да остану приватне. На тај начин долази до објављивања података као што су кућна адреса, контакт информације или банковни рачуни. Сам термин је настао као скраћеница од „одбацавање докумената“ (dropping documents), докс (docs) или док (doc) (Mak, What Is Doxing? Is It Legal and How Do You Prevent It?). Докинг уз извршење осветничке порнографије знатно повећава друштвену опасност, јер жртве осветничке порнографије бивају више виктимизиране тиме да свако има могућност да их контактира и додатно узнемирава.

3. Карактеристике осветничке порнографије

Осветничка порнографија није још увек довољно истражена. Међутим, према доступним подацима могу се извући одређени закључци. Наиме, истраживање спроведено на нивоу Сједињених Америчких Држава од стране стручњака из невладине организације Иницијатива за сајбер грађанска права (Cyber Civil Rights Initiative) може послужити као основ за разумевање овог феномена. Као предводници студије јавили су се Азија Итон (Asia Eaton), Холи Јакобс (Holly Jacobs), Дионе Стефенс (Dionne Stephens), Ами Бономи (Amy Bonomi), Тамека Гилум (Tameka Gillum) и Јанет Рувалкаба (Yanet Ruvalcaba), уз подршку Наталије Веб (Natalie Webb), директорке Центра за више образовање – Комуникације и дигитални медији (CCRI's Communications and Digital Media). Анкете помоћу којих је истраживање вршено прављење су уз сарадњу стручњака за насиље у породици, сексуалну делинквенцију и услуге подршке жртвама. Питања из анкете су се односила на искуство у вези осветничке порнографије из призме извршиоца и жртве, уз навођење бројних демографских података. Анкетирани су корисници друштвене мреже Facebook од новембра 2016. до марта 2017. године. Путем плаћеног огласа у којем су пунолетни грађани Сједињених Америчких Држава позивани да се укључе у анкету, пристало је да одговори на питања 3.044 грађана, при чему је вођено рачуна о пропорционалној заступљености људи из свих савезних држава уз одговарајућу полну заступљеност (Eaton, Jacobs, & Ruvalcaba, 2017, стр. 6).

Као кључне налазе истраживања можемо навести да је 12,8% испитаника навело да су били жртве осветничке порнографије или да им је било прећено објављивањем експлицитних слика или видео-материјала. Од овог броја, њих 8% је пријавило да су њихове слике или видео-записи били објављени, а 4,8% анкетираних је рекло да им је било прећено објављивањем истих. Уколико бисмо податке о виктимизацији посматрали кроз пол, видели бисмо да код особа женског пола постоји око 1,7 пута већа вероватноћа да буду жртве осветничке порнографије или да им је прећено објављивањем експлицитног материјала у односу на особе мушког пола. Преведено у проценте, то значи да је 15,8% испитаница било виктимизирано или им је прећено виктимизацијом, док код мушкараца тај проценат износи 9,3%. Ако конкретизујемо ове податке у смислу да је већ дошло до публиковања оваквог материјала видећемо да је 9,2% свих жена пријавило виктимизираност наспрам 6,6% мушкараца, што значи да код жена постоји 1,5% већа шанса о виктимизацији. Претња објављивањем експлицитних материјала је код жена око 2,5 пута вероватнија, јер је 6,6% жена пријавило претње наспрам 2,6% мушкараца. У погледу старосне категорије испитаника који су биле жртве осветничке порнографије или им се претило објављивањем експлицитних слика или снимака, особе између 26 и 33 године су пријавиле највише нивое виктимизације или претње виктимизацијом у поређењу са другим старосним групама – 17,7%. Код испитаника старости између 34 и 41 године постоји највећи нивоо виктимизације услед постојања осветничке порнографије – 12,4% (Eaton, Jacobs, & Ruvalcaba, 2017, стр. 10-24).

Истраживање се односило и на извршиоце осветничке порнографије. Тако је 5,2% испитаника пријавило да је у неком тренутку свог живота објавило обнажене фотографије или снимке својих бивших партнера. У складу са очекивањима, мушкарци су двоструко више објављивали експлицитне фотографије или снимке у односу на жене – 7,4% мушкараца наспрам 3,4% жена. Уколико бисмо посматрали код које је старосне категорије највећи удео у погледу извршења, закључили бисмо да је код испитаника старости између 18 и 25 година највећи проценат самопријављивања – 8,2%. Посебну пажњу истраживачи су посветили мотивацији. Наиме, од 159 особа, што чини 5,2% од укупног узорка од 3.044 испитаника, које су пријавиле да су починиле осветничку порнографију, најчешће одабрани разлог за извршење било је само дељење са пријатељима без намере да бившег партнера повреди. Од укупног броја самоидентификованих починилаца, њих 79% је заокружило овај понуђени одговор, док је само 12% изјавило да су починили осветничку порнографију јер су били узнемирени понашањем жртве услед свађе, преваре, туче и/или су желели да јој нанесу штету.

Зарад стицања праве слике о осветничкој порнографији, истраживачи су посебну пажњу посветили начину дељења експлицитних слика и видео-материјала. Тако је скоро половина самопријављених извршилаца (71 испитаник) навела да је то урадила путем поруке. Педесет испитаника (31,4%) је навело да је то урадило другим путем, као што је показивање слика непосредно другом лицу (38), путем чета (7), путем већ израђених слика (4) и путем клауда (1). Њих 30 је то урадило путем друштвених мрежа (18,9%). Мејл је употребило 28 испитаника (17,6%), док је веб сајт искористило 17 испитаника (10,7%). Само један испитаник је то урадио путем поште (0,6%). На крају студије истраживачи су се посветили последицама једног оваквог феномена. Чак и само једно дељење експлицитних фотографија имало је за последицу знатно лошије ментално здравље и виши ниво физиолошких проблема у односу на оне који ниси били виктимизирани. Претња дељењем експлицитних слика и видео-записа изазива исте последице као и да је дошло до виктимизације (Eaton, Jacobs, & Ruvalcaba, 2017, стр. 10-24).

Још једно истраживање вредно помена је спроведено од стране Рувалкаба (Ruvalcaba) и Итона (Eaton) током 2019. године на узорку од 3.044 одрасла учесника, од чега је 54% особа женског пола. Процењено је да 1 од 12 одраслих Американаца пријављује да су били жртве злостављања заснованог на осветничкој порнографији. Интересантан је податак да су истраживањем обухваћени и подаци у вези самопријављивања. Тако 1 од 20 одраслих Американаца изјављује да су били починиоци злостављања заснованог на осветничкој порнографији. Прикупљени подаци показују да су млади људи старости од 15 до 29 година највише спремни да пријаве претњу дељења њихових интимних фотографија и видео-записа. Уједно, истраживачи су упоређивали социоекономски статус особа код којих је највећа вероватноћа да буду виктимизирани услед осветничке порнографије, при чему су дошли до закључка да појединци из домаћинства са ниским примањима имају несразмерно велику вероватноћу да буду жртве осветничке порнографије. Припадници небелих раса су у највећем ризику од овог облика насиља. Уколико би се осветничка порнографија посматрала кроз призму сексуалног опредељења жртава, дошло би се до података да су LGBTQ+ особе у много већем ризику од хетеросексуалних особа да постану жртве услед осветничке порнографије. Припадници сексуалних мањина су се у 17% изјаснили да су им претили или да су им заправо постављене експлицитне слике (Ruvalcaba & Eaton, 2020, стр. 68-78).

Поред овог истраживања, добро је споменути студију спроведену од стране Пине (Pina), Холанда (Holland) и Џејмса (James). Учесници су регрутовани путем оглашавања студије на друштвеним медијима. Укупни узорак се

састојао од 100 учесника, при чему је било 16 мушкараца и 84 жене. Сви учесници су били пунолетни, старости од 18 до 54 године. На основу прикупљених података дошло се до закључка да код скоро трећине учесника (28,6%) постоји вероватноћа да ће починити чин осветничке порнографије. Још више узнемирава податак да је већина учесника дала подршку и уживању у осветничкој порнографији (87%) и одобравању осветничке порнографије (99%). С разлогом се поставља питање о томе зашто постоји диспарат између оних који су спремни сами да окаче интимне фотографије и снимке и оних који дају подршку, односно одобравају такво понашање. Одговор је једноставан. Наиме, знатно већи број учесника анкете прихвата осветничку порнографију, нарочито пошто је она путем интернета. Посебно занимљив је резултат истраживања у погледу стереотипа према жртвама осветничке порнографије. Наиме, жртве осветничке порнографије могу бити подложне истим стереотипним митовима као и жртве силовања. Другим речима, могуће је да се жртве окривљују за сопствену виктимизацију. До истоверних резултата дошло се и у студији из 2016. године спроведеној од стране Хачера (Hatcher) (Pina, Holland, & James, 2017, стр. 36-37).

Пине, Холанд и Џејмс су као резултат истраживања навели да виши нивои амбивалентног сексизма, макијавелизма, нарцизма и психопатије доприносе већој вероватноћи да се почини осветничка порнографија. Интересантно је да постојање садистичке тенденције није у корелацији са осветничком порнографијом. Ипак, овај податак је у супротности са резултатима других истраживања спроведених од стране Расела (Russell) и Кинга (King), као и Букелса (Buckels) са његовом сарадницима. Објашњење је потражено у чињеници да истраживање Пинеа, Холанда и Џејмса за испитанике има углавном особе женског пола. За разлику од њих Букелс је, на пример, утврдио да садистичке карактеристике постоје више код мушкараца. Истовремено, утврђено је да психопатија није задржала значајну везу ни са одобравањем осветничке порнографије ни са уживањем. Ипак, треба истаћи да је ово било изненађење с обзиром на то да су мере одобравања и уживања у осветничкој порнографији биле у позитивној корелацији са склоношћу осветничкој порнографији, са којом је психопатија показала позитивну корелацију. С тим у вези, студијом је откривено да макијавелизам и амбивалентни сексизам имају позитивну корелацију са одобравањем осветничке порнографије. Међутим, само макијавелизам задржава независно предвиђање одобравања осветничке порнографије. Исто тако, нарцистичке особине имају већи јединствен утицај на вероватноћу уживања у осветничкој порнографији у поређењу са особинама јединственим за макијавелизам (Pina, Holland, & James, 2017, стр. 38).

4. Нормативни оквир осветничке порнографије у појединим државама

Бројне државе широм света су инкриминисале осветничку порнографију. Највише су по том питању урадиле Сједињене Америчке Државе. Наиме, федерална Влада је одредила осветничку порнографију као дељење приватних, сексуалних материјала, било фотографија или видео-записа, друге особе без њеног пристанка и с циљем изазивања срамоте или узнемирености (Мак, *Revenge Porn: How to Fight Back and Prevent It.*). Поред федералног нивоа, скоро све савезне државе су донеле измене кривичног законодавства чиме су инкриминисале осветничку порнографију.² До краја 2020. године 42 савезне државе и Дистрикт Колумбија су донеле законе којима се забрањује осветничка порнографија. Заједничка карактеристика свих законских текстова је да дистрибутер да би могао да буде проглашен кривим мора да шаље слике или видео-запис који имају сексуалну природу. Под тиме се подразумева приказивање интимних делова тела жртве или сексуални чин. Другим речима, за постојање овог кривичног дела неопходно је приказивања лица. Иако свака држава има различите законе, најчешће дефинишу осветничку порнографију као објављивање или дистрибуирање електронске или штампане фотографије, слика или филмова који приказују гениталије, анус или женске груди друге особе или приказују ту особу која је укључена у сексуални чин, са намером да је узнемире или нервирају. Тумачењем законских норми дошло се до закључка да само објављивање непријатне слике бившег партнера у купаћем костиму није порнографско. Ипак, и у овом случају постоје изузеци уколико су видљиве гениталије.³

Енглеска и Велс су међу земљама које су предњачиле у инкриминисању осветничке порнографије као кривичног дела. Ипак, пре инкриминације осветничке порнографије, 14. октобра 2014. године, Тужилаштво Уједињеног Краљевства издало је смернице о томе како кривично гонити случајеве осветничке порнографије. У смерницама је истакнуто да чак и постојећи нормативни оквир омогућава кривично гоњење за публикавање експлицитних слика и видео-материјала без сагласности (Bjarnadóttir, 2016, стр. 206). Ипак, убрзо је законодавац покренуо процедуру којом би се криминализовала осветничка порнографија. Током 2015. године у Закону о кривичном правосуђу и криминалу (*The Criminal Justice and Crime Act*) уведено је ново кривично дело чији биће гласи: „објављивање приватне

2 Према: <https://www.cagoldberglaw.com/states-with-revenge-porn-laws/>. Преузето: 31. 10. 2022.

3 Према: <https://www.findlaw.com/criminal/criminal-charges/revenge-porn-laws-by-state.html>, Преузето: 31. 10. 2022.

сексуалне фотографије или филма је кривично дело ако је обелодањивање извршено без пристанка појединца који се појављује на фотографији или филму и са намером да се изазове невоља појединца“.⁴ Године 2021. је дошло до тога да се забрањује и претња откривањем таквог материјала. Тужилаштво неће морати да докажује постојање слике или филма. Такво понашање ће бити предмет постојеће максималне казне од две године затвора или новчане казне, или обоје.⁵

Непосредно након Енглеске и Велса, Француска је током 2016. године донела Дигитални републички закон (Digital Republic Law). Њиме се омогућава санкционисање оних који су проглашени кривим за осветничку порнографију. Према законском тексту, починиоцима прети казна од две године затвора или новчана казна од 60.000 евра.⁶

5. Осветничка порнографија у пракси Европског суда за људска права

У погледу осветничке порнографије треба споменути предмет *Volodina v. Russia* (no. 2)⁷ у којем је први пут одлучивано о осветничкој порнографији. Наиме, апликанткиња Валерија Игоревна Володина (*Valeriya Igorevna Volodina*), рођена 1985. године, променила је током 2018. године име и адресу из сигурносних разлога. Тиме је желела да се заштити од насиља коме је била изложена за време забављања са држављанином Азербејџана. Она се обратила надлежним државним органима, али није добила адекватну заштиту, што је резултирало тиме да се обрати и Европском суду за људска права у Стразбуру (у наставку Суд). Неуспех да добије адекватну заштиту био је предмет њеног првог случаја пред Судом, при чему је одлучено да је дошло до кршења члана 3 и члана 14 у вези са чланом 3 Конвенције.⁸ Ипак, ни после ове одлуке Суда насиље није стало, већ се проширило на дигиталну сферу. Јуна 2016. године апликанткиња се обратила надлежним органима да је њен бивши партнер, користећи њене личне податке, направио лажни налог на друштвеним мрежама попут ВКонтакте и Инстаграм, те објавио њене експлицитне фотографије, додајући пријатеље

4 Према: <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/revenge-pornography-guidelines-prosecuting-offence-disclosing-private-sexual>. Преузето: 2. 11. 2022.

5 Према: <https://www.gov.uk/government/publications/domestic-abuse-bill-2020-factsheets/threats-to-disclose-private-sexual-photographs-and-films>. Преузето: 2. 11. 2022.

6 Према: <https://www.coe.int/en/web/cyberviolence/-/france-digital-republic-law-sanctions-against-revenge-porn>, Преузето: 3. 11. 2022.

7 *Volodina v. Russia* (no. 2), app. no. 40419/19.

8 *Volodina v. Russia*, app. no. 41261/17.

њеног сина, као и његовог учитеља. Уједно, апликанткиња је навела да је добијала претње смрћу преко друштвених мрежа, при чему је пронађен уређај за праћење у њеној торби. Ипак, локалне власти су наводиле да због територијалне надлежности или непостојања извршења кривичног дела не могу да реагују. Кривична истрага је покренута тек маја 2018. године, иако је апликанткиња све време тврдила да је њен бивши партнер објавио експлицитне слике без њеног одобрења. Октобра 2020. године случај је затворен због застарелости. Битно је напоменути да истрагом није био обухваћен део из кривичне пријаве у вези проналаска GPS уређеја, али и претње смрћу, јер оне наводно нису биле стварне.

На основу тога апликанткиња се обратила Суду, тврдећи да је дошло до повреде члана 8 Конвенције – права на приватни живот. Суд је једногласно донео одлуку да је дошло до кршења овог права. У образложењу одлуке наведено је да концепт приватног живота укључује физички и психички интегритет особе који државе имају дужност да штите, чак и ако опасност долази од приватних појединаца. Дела сајбер насиља, сајбер узнемиравања и злонамерног лажног представљања категорисана су као облици насиља над женама и децом који могу да наруше њихов физички и психички интегритет с обзиром на њихову рањивост. С тим у вези Суд се позвао на пресуду *Buturugă v. Romania*⁹ у којој је истакнуто да је сајбер узнемиравање препознато као аспект насиља над женама и девојчицама. Оно може имати различите облике, као што су сајбер-кршење приватног живота и узимање, дељење и руковање информацијама и сликама, укључујући оне интимне. Суд је става да је сајбер насиље уско повезано са насиљем у стварном животу, што све указује на сложеност феномена насиља у породици. Полазећи од тога, државе имају обавезу да успоставе и ефикасно примењују систем кажњавања свих облика насиља у породици, било да се дешава ван мреже или онлајн, и да обезбеде довољне мере заштите за жртве.

У вези конкретног случаја Суд је нагласио мањкавост руског правног система у неколико важних аспеката, при чему нису испуњени захтеви у погледу државе да успостави и ефикасно примењује систем који кажњава све облике насиља у породици. Исто тако, у конкретном случају Суд је сматрао да је ситуација у којој се нашла апликанткиња захтевала кривичноправни одговор домаћих власти. То значи да су јавни интерес и интереси заштите рањивих жртава од кривичних дела нарушавања њиховог физичког или психичког интегритета подразумевали доступност правног пута који би омогућио да се починилац идентификује и изведе пред лице правде. Такође, истакнуто је да грађанска парница у конкретном случају не би била адекватна. У вези издавања налога за забрану одређених понашања, Суд

⁹ *Buturugă v. Romania*, app. no. 56867/15.

није могао да утврди да су домаће власти понудиле довољан степен заштите жртви насиља у породици у ситуацији у којој се нашла апликанткиња. Тиме су својим нечињењем омогућили њеном бившем партнеру да несметано и некажњено настави своје неприхватљиво понашање. Као трећи налаз наводимо је да Суд сматрао да истрага мора бити брза и темељна како би била ефикасна. Власти морају да предузму све разумне кораке да обезбеде доказе у вези са инцидентом, а посебна пажња је била потребна у решавању случајева насиља у породици. У конкретном случају Суд је мишљења да истрага није била довољна темељна и брза. Наиме, домаћим властима је требало скоро годину дана да добију информације о интернет адресама лажних налога на друштвеној мрежи ВКонтакте, док захтев Инстаграму није ни послат како би се идентификовао власник лажних налога.

Тек две године након подношења кривичне пријаве су надлежни државни органи испитали апликанткињу, када је извршена и провера лажних налога на друштвеној мрежи Инстаграм. Услед спорости дошло је до застарелости, што је за последицу имало да бивши партнер апликанткиње на крају избегне кривичну одговорност иако се чинило да је утврђена његова умешаност у креирање лажних профила.

Суд је на крају констатовао да иако је постојећи нормативни оквир домаћим властима омогућио алате за кривично гоњење дела сајбер-насиља, чија је жртва у конкретном случају била госпођа Володина, начин на који су они заправо решавали ово питање – посебно оклевање да се отвори кривични поступак и спорост истраге која је резултирала некажњавањем починиоца – открива неиспуњавање својих позитивних обавеза заштите приватног живота апликанткиње. Стога је једногласно утврђена повреда члана 8 Конвенције.

6. Нормативни оквир осветничке порнографије у Републици Србији

Република Србија није инкриминисала кривично дело под називом осветничка порнографија. Ипак, увидом у Кривични законик¹⁰ могуће је пронаћи кривична дела под која би могло да се подведе спорно понашање. Та кривична дела су: неовлашћено фотографисање (члан 144), неовлашћено објављивање и приказивање туђег списка, портрета и снимка (члан 145), полно узнемиравање (члан 182а) и приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетних лица за порнографију (члан 185). Стога у наредним пасусима представимо елементе бића наведених кривичних дела како бисмо

¹⁰ Кривични законик, Сл. гласник РС, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

установили да ли је њима пружена адекватна заштита од понашања какво је осветничка порнографија.

Биће кривичног дела неовлашћено фотографисање састоји се од неовлашћеног сачињавања фотографског, филмског, видео или другог снимак неког лица, при чему се осетно задире у његов лични живот, или у предаји или показивању трећем лицу или на други начин омогућавању да се са снимком упозна. Прописана је новчана казна или казна затвора до једне године. Поред основног облика, постоји и тежи облик који се огледа у томе да ово дело учини службено лице у вршењу службе, при чему ће извршилац бити кажњен затвором до три године.

На основу анализе бића овог кривичног дела можемо да закључимо да је објекат заштите интима човека. Радња извршења је алтернативно одређена. Уколико бисмо ово кривично дело посматрали кроз призму осветничке порнографије, видели бисмо да постоји делимично (не)поклапање са објављивањем експлицитних слика или снимака без претходне дозволе другог лица са мотивом освете. Наиме, код осветничке порнографије, како је она инкриминисана у другим државама, суштина је у објављивању или дистрибуирању експлицитне фотографије са мотивом освете. Код кривичног дела неовлашћено фотографисање радња је одређена алтернативно, при чему се неке од радњи поклапају са осветничком порнографијом – показивање или на други начин омогућавање да се са снимком упозна. Полазећи од чињенице да се осветничка порнографија најчешће врши путем интернета, односно друштвених мрежа (погледати истраживања из главе под називом Карактеристике осветничке порнографије), поставља се питање да ли интернет и друштвене мреже могу да буду један од начина извршења овог кривичног дела. Мишљења смо да могу бити, чиме би била пружена свеобухватнија заштита појединцима од објављивања експлицитних слика. Исто тако, код кривичног дела осветничка порнографија не тражи се да снимак осетно задире у лични живот особе на снимку. Исто тако, спорно је непостојање мотива освете. Иако би ово могло да се надомести применом члана 54 КЗ. Наиме, у њему је прописано да се приликом одмеравања казне посебно води рачуна о побудама из којих је дело учињено. Тако би освета могла да се подведе као отежавајућа околност приликом одмеравања казне.

Када је реч о другом кривичном делу под називом неовлашћено објављивање и приказивање туђег списка, портрета и снимка из члана 145 КЗ, треба навести да се дело састоји од објављивања или приказивања списка, портрета, фотографије, филма или фонограма личног карактера без пристанка лица које је спис саставило или на кога се спис односи,

односно без пристанка лица које је приказано на портрету, фотографији или филму или чији је глас снимљен на фонограму или без пристанка другог лица чији се пристанак по закону тражи и тиме осетно задире у лични живот тог лица. За извршење овог дела предвиђена је новчана казна или казна затвора до две године. Анализом бића овог кривичног дела, долазимо до закључка да је радња извршења сложена. Другим речима, постоје две алтернативне радње – објављивање или приказивање. И код овог кривичног дела неопходно је постојање осетног задирања у лични живот пасивног субјекта (жртве). Упоређивањем бића овог кривичног дела са осветничком порнографијом, може се констатовати да углавном постоји поклапање са тиме да неко објављује експлицитне слике без пристанка са мотивом освете. Као и код претходно анализираних дела, поставља се питање да ли интернет и друштвене мреже могу да буду средство извршења. Одговор је потврдан. Што се тиче мотива извршења овог кривичног дела, можемо као и код претходног применити члан 54 КЗ како би се извршила осветничка порнографије теже казнио.

Наредно кривично дело које ће бити предмет наше пажње јесте полно узнемиравање из члана 182а КЗ. Наиме, оно се састоји у полном узнемиравању другог лица. За такво понашање предвиђена је новчана казна или казна затвора до шест месеци. Уколико је дело учињено према малолетном лицу, учинилац ће се казнити затвором од три месеца до три године. Законодавац је у ставу три истог члана одредио шта се сматра полным узнемиравањем. Тако се под полным узнемиравањем подразумева свако вербално, невербално или физичко понашање које има за циљ или представља повреду достојанства лица у сфери полног живота, а које изазива страх или ствара непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење. Уједно, наглашено је да се гоњење за ово кривично дело предузима по предлогу. Поставља се питање да ли би осветничка порнографија могла да се подведе под полно узнемиравање како је то одредио законодавац. Тумачењем можемо закључити да би се осветничка порнографија могла подвести под полно узнемиравање, јер несумњиво производи штетне последице како је то навео законодавац. Поздрављамо решење да се већи степен кривичноправне заштите у смислу прописане казне обезбеди за малолетнике, јер су они добрим делом корисници интернета и друштвених мрежа, те знатно раније ступају у сексуалне односе, што све може резултирати прављењем, слањем и нежељеним публикувањем и објављивањем експлицитних слика.

Последње кривично дело које треба анализирати јесте приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетних лица за порнографију из члана 185 КЗ. Наиме, код овог

кривичног дела постоји више облика. Ипак, предмет наше пажње биће само облици из ставова 4 и 5. Први облик се састоји од прибављања за себе или другог, поседовања, продаје, приказивања, јавног излагања или електронски или на други начин чињења доступним слике, аудио-визуелних или других предмета порнографске садржине насталих искоришћавањем малолетног лица. Прописана је казна затвора од три месеца до три године. Други облик се односи на кажњавање лица које помоћу средстава информационих технологија свесно приступи сликама, аудио-визуелним или другим предметима порнографске садржине насталим искоришћавањем малолетног лица. За овакво инкриминисано понашање прописана је новчана казна или казна затвора до шест месеци. Законодавац је у ставу 6 одредио шта се сматра предметима порнографске садржине насталим искоришћавањем малолетног лица (дечија порнографија). Тако се овим предметима сматра сваки материјал који визуелно приказује малолетно лице које се бави стварним или симулираним сексуално експлицитним понашањем, као и свако приказивање полних органа детета у сексуалне сврхе. На крају овог члана предвиђена је мера безбедности одузимање предмета ближе регулисана чланом 87 КЗ. Посматрањем наведених облика овог кривичног дела кроз призму осветничке порнографије, можемо констатовати да је овим кривичним делом пружена кривичноправна заштита малолетном лицу (лицу које није навршило 18 година живота сходно ставу 10 члана 112 КЗ) од приказивања, јавног излагања или електронски или на други начин чињења доступним слике, аудио-визуелних или других предмета порнографске садржине. Потребно је нагласити да код овог облика кривичног дела није битан мотив, те не постоји у целости поклапање са осветничком порнографијом. Анализа другог наведеног облика указује да нема поклапања са осветничком порнографијом, али је његова инкриминација битна, јер доприноси спречавању даље виктимизације малолетног лица чије су експлицитне слике, аудио-визуелни или други предмети порнографске садржине, у смислу да се друге особе упознају са садржином дечије порнографије.

7. Борба против осветничке порнографије

Постоји неколико начина како би се заштитили од осветничке порнографије. Наиме, стручњаци за борбу против овог феномена наводе низ мера превенције. Прва мера огледа се у томе да никада не правимо експлицитне фотографије или видео-снимке. Тиме обезбеђујете заштиту која траје чак и ако неко дође у посед вашег телефона или успе да разбије шифру коју користите на телефону. Опасност се нарочито повећава ако постоји синхронизација са рачунаром или клаудом. На тај начин увек постоје три

копије ваших експлицитних слика. Друга мера се огледа да, чак ако имате такве слике, их не шаљете ником, без обзира колико поверења имате у свог партнера, јер већ сутрадан је могуће да дође до поремећаја у вашим односима, чиме себе директно угрожавате. Наредна мера превенције осветничке порнографије огледа се у томе да је потребно заштити своје уређаје одговарајућим софтверима. Уобичајено је да вируси нападају ваше уређаје, при чему је могуће да тиме хакери доспеју у посед ваших приватних фотографија. Постоје бројни антивирус програми који вам могу помоћи да спречите напад хакера. Уколико дође до раскида везе или једноставно пожелите да партнер не поседује ваше експлицитне слике, немојте да се плашите да затражите да се оне обришу. Стога се у томе огледа трећа мера превенције. Ако затражите да се експлицитне слике обришу, то би било најбоље да партнер уради пред вама како бисте били сигурни да је то урађено.¹¹

С тим у вези потребно је нагласити да је положај жртве додатно ојачан пресудом суда из немачког града Кобленца (Koblenz). Наиме, суд је одлучио да је интимне фотографије неопходно обрисати на крају везе ако је то затражено од партнера. У наведеном случају мушкарац из Хесена (Hesse) је направио неколико еротских фотографија своје партнерке уз њену сагласност. Након завршетка њихове везе, жена је захтевала брисање слика. Међутим, мушкарац је то одбио. На крају се тужбом обратила суду, при чему је битно истаћи да мушкарац није показао намеру да спорне слике репродукује или их стави на интернет. Суд је био става да би сагласност за коришћење и поседовање приватно снимљених голих слика могла бити повучена по основу личних права која се вреднују више од власничких права фотографа. Другим речима, тужена страна је била у обавези да обрише само голе или еротске слике своје партнерке, а не оне на којима је она потпуно одевена.¹² То значи да пристанак за коришћење и поседовање приватно снимљених голих слика може да буде повучен од стране бившег партнера на основу личних права која се више цене него власничка права фотографа. Суд се позвао на чланове 1(1) и 2(1) немачког Устава. У члану 1(1) прописана је неповредивост људског достојанства, док у члану 2(1) да свако лице има право на слободан развој своје личности све док се не крше права других. Суд је у право личности подвео интимну сферу. Заштита која

11 Према: <https://www.pandasecurity.com/en/mediacenter/security/security-tips-revenge-porn/>. Преузето: 9. 11. 2022. године.

12 Према: <https://www.theguardian.com/technology/2014/may/22/revenge-porn-victims-boost-german-court-ruling>. Преузето: 9. 11. 2022. године.

се пружа интимној сфери била је важнија од било које заштите ауторских права или права која су дата фотографу бившег љубавника.¹³

Ова одлука је веома битна, јер омогућава да се спречи било каква штета пре евентуалног објављивања експлицитних слика и видео-записа. Како бисмо подупрели значај ове пресуде, навешћемо пример исто из Немачке. Реч је о пару из Дизелдорфа (Düsseldorf). Она је била хонорарни модел, док је њему био хоби фотографисање. Тако је настало на стотине фотографије, између осталог и из спаваће собе. До развода је дошло током 2010. године, услед вишеструког агресивног понашања мушкарца. Након развода, бивша супруга је открила да су њене интимне фотографије подељење на друштвеној мрежи, уз навођење да је почела да снима порно филмове. Иако је тражила правну заштиту, било је очигледно да је већ дошло до извршења осветничке порнографије. Доношењем пресуде из Кобленца, положај особа чије интимне фотографије или видео-записи постоје је знатно ојачан, јер могу да траже њихово брисање одмах након прекида везе.¹⁴

Дељење шифре за приступ телефону са неким другим може бити ризично. Стога је најбоље то не радити како бисте смањили могућност да неко злоупотреби ваше поверење. Уколико радите нешто на телефону, таблети или компјутеру, кад год се удаљите закључајте их, јер је потребно само неколико минута да неко приступи вашим фотографијама и видео-записима. Закључавањем уређаја, ретко ко би се усудио да искористи ваше одсуство. Мера превенције се може огледати и у томе да се експлицитне слике и видео-записи чувају у посебном фолдеру под шифром. Најбоље би било да се такви фолдери складиште на екстерном хард диску чиме додатно повећавате безбедност од нежељеног објављивања ваших слика. Једна од мера која може да вас заштити од осветничке порнографије односи се на то да ако се бавите фото моделингом, те вас неко фотографише у ласцивним позама, замолите дату особу да попуни образац којим се врши пренос ауторских права на вас. Тако ћете бити у знатно бољој позицији да ако дође до објављивања таквих слика себе заштитите подношењем захтева да се такве слике уклоне са интернета. Следећа мера односи се на проактивно одржавање позитивног имиџа на друштвеним мрежама, при чему је потребно брисати све оно што тај имиџ може да наруши. Наиме, стручњаци за превенцију истичу да одржавање позитивног имиџа може умањити штету насталу евентуалним објављивањем експлицитних фотографија

13 Према: <https://jezebel.com/german-court-rules-man-must-delete-naked-photos-of-his-1583282543>. Преузето: 9. 11. 2022. године.

14 Према: <https://www.theguardian.com/technology/2014/may/22/revenge-porn-victims-boost-german-court-ruling>. Преузето: 9. 11. 2022. године.

на интернету.¹⁵ Последња мера превенције се односи на регистрацију за коришћење опције на Google претраживачу под називом Google alerts која вам омогућава да одмах сазнате ако је неко окачио вашу фотографију.¹⁶ С тим у вези компанија Google, као власник најчешће употребљаваног интернет претраживача, 2015. године је постала свесна да су слике осветничке порнографије штетне за појединце, те деградирају жртве, претежно жене. Између осталог је наведено да ће компанија поштовати захтеве људи да уклони голе или сексуално експлицитне слике које се деле без њиховог пристанка из резултата Google претраге. Очигледно је да ће напори компаније ограничити штету узроковану осветничком порнографијом. Ипак, и даље ће спорни садржај постојати на појединим веб локацијама, што би омогућило његову даљу дистрибуцију (Vjarnadóttir, 2016, стр. 215). Исто тако, компанија Мета, власница друштвених мрежа Facebook и Инстаграм, је 2019. године покренула програм за борбу против осветничке порнографије.¹⁷

8. Закључак

Развој савремених технологија довео је, поред несумњиво великих бенефита за свакодневни живот, и до бројних могућности за злоупотребу. Довољно је навести deepfake и revenge porn као нове облике насиља над женама. Осветничка порнографија изазива бројне негативне последице. Чак и поред свих мера превенције и умањења штете веома је тешко уклонити све спорне слике са интернета и друштвених мрежа. Како би се водила ефикасна борба против осветничке порнографије неопходно је спровести едукацију пре свега особа женског пола, јер је ова врста насиља управљења углавном према њима, какви су све ризици слања експлицитних фотографија и видео-снимака другим особама, али и едуковати особе мушког пола, као најчешће извршиоце осветничке порнографије, о томе да је такво понашање неприхватљиво и да ће они бити за то санкционисани. Посебну пажњу треба посветити ученицима основних и средњих школа, јер су они велики конзументи садржаја на интернету, али и корисници друштвених мрежа, при чему се не либе да шаљу једни другима експлицитне слике.

15 Према: <https://www.reputationdefender.com/blog/privacy/how-to-protect-yourself-from-revenge-porn>. Преузето: 9. 11. 2022. године

16 Према: <https://revengepornhelpline.org.uk/information-and-advice/step-by-step-guides/how-to-set-up-a-google-alert/>. Преузето: 9. 11. 2022. године.

17 Према: <https://www.cncb.com/2019/03/15/facebook-ai-tool-detects-revenge-porn-before-its-reported.html>, Преузето: 9. 11. 2022. године.

Како би се у Републици Србији извршиоци осветничке порнографије адекватно казнили, биће неопходно изменити анализирана кривична дела или увести ново кривично дело. Ипак, треба бити објективан па истаћи и да постојећи нормативни оквир (не) пружа кривичноправну заштиту, али да се очекује да законодавац следи тренд у другим државама, те инкриминише посебно кривично дело под називом осветничка порнографија. Поставља се питање зашто постојећа решења у Кривичном законнику не пружају адекватну заштиту. Разлог лежи у чињеници да до заштите долази посредним путем – тумачењем одредби, при чему заштита није свеобухватна. Стога, како би се повећао степен заштите од објављивања експлицитних слика без дозволе особе која је на њима, очекује се да законодавац што скорије предузме одговарајуће кораке.

Библиографија

Vjarnadóttir, M. R., Does the Internet Limit Human Rights Protection? The Case of Revenge Porn, *Jipitec*, no. 7, 2016.

Buturugă v. Romania, app. no. 56867/15.

Davidson, J., Livingstone, S., Jenkins, S., Gekoski, A., Choak, C., Ike, T., Phillips, K., Adult Online Hate, Harassment and Abuses: A Rapid Evidence Assessment, University of East London, 2019, p. 45.

Eaton, A., Jacobs, H., Ruvalcaba, Y., Nationwide online study of nonconsensual porn victimization and perpetration a summary report, Cyber Civil Rights Initiative, Inc. Florida International University, Department of Psychology, 2017.

Кривични законик, Сл. гласник РС, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

Mak, L., What Is Doxing? Is It Legal and How Do You Prevent It? Према: <https://vpnoverview.com/internet-safety/cybercrime/what-is-doxing/>. Преузето 31. 10. 2022. године.

Pina, A., Holland, J., James, M., The Malevolent Side of Revenge Porn Proclivity: Dark Personality Traits and Sexist Ideology, *International Journal of Technoethics*, no. 8, 2017.

<http://www.statisticbrain.com/domestic-violence-abuse-stats/>. Преузето 7. 11. 2021. године.

<https://jezebel.com/german-court-rules-man-must-delete-naked-photos-of-his-1583282543>. Преузето 9. 11. 2022. године.

<https://revengepornhelpline.org.uk/information-and-advice/step-by-step-guides/how-to-set-up-a-google-alert/>. Преузето 9. 11. 2022. године.

<https://www.cagoldberglaw.com/states-with-revenge-porn-laws/>. Преузето 31. 10. 2022. године.

<https://www.cnbc.com/2019/03/15/facebook-ai-tool-detects-revenge-porn-before-its-reported.html>. Преузето 9. 11. 2022. године.

<https://www.coe.int/en/web/cyberviolence/-/france-digital-republic-law-sanctions-against-revenge-porn>. Преузето 3. 11. 2022. године.

<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/revenge-pornography-guidelines-prosecuting-offence-disclosing-private-sexual>. Преузето 2. 11. 2022. године.

<https://www.findlaw.com/criminal/criminal-charges/revenge-porn-laws-by-state.html>. Преузето 31. 10. 2022. године.

<https://www.gov.uk/government/publications/domestic-abuse-bill-2020-factsheets/threats-to-disclose-private-sexual-photographs-and-films>. Преузето 2. 11. 2022. године.

<https://www.pandasecurity.com/en/mediacenter/security/security-tips-revenge-porn/>. Преузето 9. 11. 2022. године.

<https://www.reputationdefender.com/blog/privacy/how-to-protect-yourself-from-revenge-porn>. Преузето 9. 11. 2022. године.

<https://www.theguardian.com/technology/2014/may/22/revenge-porn-victims-boost-german-court-ruling>. Преузето 9. 11. 2022. године.

<https://www.theguardian.com/technology/2014/may/22/revenge-porn-victims-boost-german-court-ruling>. Преузето 9. 11. 2022. године.

Ruvalcaba, Y., Eaton, A. A., Nonconsensual pornography among U.S. adults: A sexual scripts framework on victimization, perpetration, and health correlates for women and men, *Psychology of Violence*, 10(1), 2020.

Volodina v. Russia (no. 2), app. no. 40419/19.

Volodina v. Russia, app. no. 41261/17.

*Darko Dimovski, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš
Republic of Serbia*

REVENGE PORNOGRAPHY: CRIMINOLOGICAL AND CRIMINAL LAW ASPECTS

Summary

The propensity to violence is inherent in every society. The development and growing use of modern technologies has lately provided another instrument for victimization of women on an unprecedented scale. This instrument is reflected in the emergence of deepfake and revenge porn as new forms of violence against women. The subject matter of analysis in this paper is revenge pornography, which will be observed from the criminological and criminal law perspectives. In the first part of the paper, after presenting the definition of the concept of revenge pornography, the author elaborates on the key characteristics of revenge pornography as an instrument for the victimization of women. The second part of the paper provides an overview of the normative solutions on this subject matter in certain countries. Given the fact that revenge pornography has been the subject matter of analysis of the European Court of Human Rights in Strasbourg, the author analyzes the ECtHR case law on this issue. In the next part, the author presents the normative framework on this issue in the Republic of Serbia, viewed through the prism of revenge pornography. The final part of the paper focuses on the fight against revenge pornography, with the aim of providing adequate protection to female victims of this criminal offence. It is the only way to increase women's security and confidence that state bodies will provide adequate protection against the misuse of modern technologies.

Keywords: *revenge pornography, violence, women, Republic of Serbia.*

Др Вук Цуцић,*
Редовни професор,
Правни факултет, Универзитет у Београду
Република Србија

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
DOI: 10.5937/zrpf1-43808

UDK: 35.077.3(497.11)(094.5.072):342.4(497.11)

UDK: 342.565.2(497.11)

Рад примљен: 03.04.2023.

Рад прихваћен: 25.04.2023.

НЕУСТАВНОСТ ЗАКОНА О ОПШТЕМ УПРАВНОМ ПОСТУПКУ – УСТАВНИ СУД КАО 'ПОЗИТИВНИ ЗАКОНОДАВАЦ' **

Апстракт: Уставни суд је огласио неуставном одредбу чл. 178, ст. 3 ЗУП, којом је одређен објективни рок за понављање управног поступка. Уставни суд је утврдио да је постојање поменутог рока неуставно у односу на два од 12 разлога за понављање поступка, конкретно, кад до понављања поступка долази услед тога што су Уставни суд по уставној жалби или Европски суд по представци утврдили да је решењем донетим у управном поступку повређено неко Уставом или Европском конвенцијом зајемчено право. Нажалост, одредба чл. 178, ст. 3 ЗУП прописивала је објективни рок за свих 12 разлога за понављање поступка. Њеним уклањањем је Уставни суд изашао из своје улоге 'негативног законодавца', те уместо законодавца извршио правно-политички избор, уклањајући и делове норме који нису несагласни са Уставом. Аутор критички сагледава предметну одлуку Уставног суда, са становишта њеног обима, њене правне основаности и њених последица. Критици је подвргнута и улога законодавца, који је пропустио прилику да измени односну одредбу током шест месеци које му је на располагању оставио Уставни суд.

Кључне речи: Уставни суд, понављање поступка, Закон о општем управном поступку.

* vukcucic@ius.bg.ac.rs

** Рад је израђен у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Савремени проблеми правног система Србије“.

1. Увод

Уставни суд Србије утврдио је да одредба чл. 178, ст. 3 Закона о општем управном поступку¹ („ЗУП“) није у сагласности са Уставом и потврђеним међународним уговором.² Наведеном одредбом био је прописан објективни рок за понављање управног поступка, који је износио пет година од коначности решења донетог у поступку чије се понављање тражи. Објективни рок односио се на свих 12 разлога за понављање поступка, који су прописани у чл. 176, ст. 1 ЗУП. Уставни суд је утврдио да је објективни рок неуставан само у односу на два од тих 12 разлога, конкретно, кад се поступак понавља зато што је Уставни суд у истој управној ствари, у поступку по уставној жалби, утврдио повреду или ускраћивање људског или мањинског права и слободе зајемчене Уставом, а истовремено није поништио оспорено решење,³ и кад се поступак понавља зато што је Европски суд за људска права у истој управној ствари накнадно утврдио да су права или слободе подносиоца представке повређена или ускраћена.⁴

Неуставност објективног рока из чл. 178, ст. 3 ЗУП није утврђена у односу на преосталих 10 разлога за понављање поступка. Штавише, Уставни суд је изричито разматрао неуставност поменутог рока у односу на још три разлога за понављање поступка и утврдио да у односу на њих он није несагласан са Уставом и потврђеним међународним уговорима.⁵ Упркос томе, Уставни суд је укинуо одредбу о објективном року у односу на све разлоге за понављање поступка.

Да ли Уставни суд може да укида законске норме које нису несагласне са Уставом и потврђеним међународним уговорима? Да ли Уставни суд то може да уради онда кад је то неопходно ради уклањања норме или њеног дела који јесте несагласан са Уставом и потврђеним међународним уговорима?

1 „Службени гласник РС“, бр. 18/16, 95/18 – аутентично тумачење, 2/23 – одлука УС.

2 Одлука Уставног суда IУз-253/2018 од 30. 6. 2022, „Службени гласник РС“, бр. 2/23.

3 Чл. 176, ст. 1, тач. 11 ЗУП.

4 Чл. 176, ст. 1, тач. 12 ЗУП.

5 Решење о покретању поступка у предмету Уставног суда IУз-253/2018 од 28. 10. 2021. Реч је о разлозима из чл. 176, ст. 1, тач. 8–10 ЗУП, у којима стоји да се поступак понавља: 8) ако је решење донето на основу лажне исправе или лажног исказа сведока или вештака или као последица другог кривичног дела; 9) ако се решење заснива на пресуди суда или одлуци другог органа која је касније правноснажно преиначена, укинута или поништена; 10) ако је надлежни орган накнадно и у битним тачкама друкчије правноснажно одлучио о претходном питању на коме је решење засновано.

Редови који следе критички сагледавају одлуку Уставног суда којом је утврђена несагласност чл. 178, ст. 3 ЗУП са Уставом и потврђеним међународним уговорима, како са становишта њеног обима, тако и са становишта њене правне основаности.

2. Уставни суд као 'позитивни законодавац'

У уставноправној теорији, још је Келзен Уставни суд назвао 'негативним законодавцем' (Vigano, 2018: 1). За разлику од 'позитивних законодаваца' (или прецизније, нормотвораца на различитим нивоима јавне власти), на првом месту Народне скупштине, који доносе општенормативне акте, те врше правно-политичке изборе при стварању општих правних правила, Уставни суд је овлашћен искључиво да чува јединство правног поретка, те да уклања норме ниже правне снаге које нису у сагласности са нормама више правне снаге (*Ibid.*). Таква подела надлежности проистиче из различитих улога, које у систему поделе власти имају Уставни суд и органи јавне власти који су овлашћени да обављају општенормативну делатност.

У предметној ствари, Уставни суд је за себе преузео улогу и 'позитивног законодавца' у делу у којем је направио свестан правно-политички избор да измени ЗУП и у делу у којем он није био несагласан са Уставом и потврђеним међународним уговорима. Конкретно, Уставни суд је укинуо објективни рок за понављање поступка код 10 разлога⁶ код којих се постојање таквог рока није сукобљавало са актима више правне снаге.

Заузимајући став да је постојање објективног рока за понављање у два наведена случаја несагласно са Уставом и потврђеним међународним уговорима (оправданост тог става се разматра у наредном одељку), Уставни суд се, заправо, нашао у ситуацији у којој је морао да начини избор између две, једнако неправне алтернативе – да у правном поретку остави норму за коју сматра да је несагласна са нормом више правне снаге или да из правног поретка уклони норму за које не сматра да су супротстављене актима више правне снаге. Уставни суд је изабрао другу опцију.

Сматрамо да позитивно право не нуди решење проблема с којим Уставни суд суочио. Треба додатно нагласити да је, у границама постојећег законског оквира, Уставни суд предузео једину доступну меру, којом је дата 'пат позиција' могла да се правно ваљано расплете. Наиме, Уставни суд је, ослањајући се на Закон о Уставном суду⁷ одложио објављивање своје одлуке за шест месеци од дана њеног доношења, те је истом

6 Чл. 176, ст. 1, тач. 1–10 ЗУП.

7 „Службени гласник РС“, бр. 09/07, 99/11, 18/13 – одлука УС, 103/15 и 40/15 – др. закон.

приликом ту одлуку заједно са решењем о одлагању објављивања доставио Народној скупштини, то јест, доносиоцу предметног општег акта.⁸ Народна скупштина је, нажалост, пропустила дату прилику да чл. 178, ст. 3 ЗУП усклади са одлуком Уставном суда, то јест, са Уставом и потврђеним међународним уговорима, иако то не би представљало нарочити законодавни изазов.⁹

De lege ferenda, законодавац би требало да размотри могућа решења за излаз из оваквих ситуација. Давање овлашћења Уставном суду да одложи објављивање своје одлуке, те да, самим тим, одложи престанак важења одредбе чија је несагласност са вишим правним актом утврђена, представља добру основу за решавање проблема. Ипак, види се да то решење захтева ангажовање творца правне норме на усклађивању норме са вишим правним актом, као што се види и да то ангажовање може изостати.

Са становишта принципа поделе власти и односа Уставног суда према органима јавне власти који усвајају опште правне акте, а посебно према Народној скупштини, законско решење по којем се обавезују творци норми да исте ускладе са вишим правним актима делује правично, али не увек и изводљиво. Прописивање правних санкција не би имало ни смисла ни дејства узимајући у обзир положај ових органа. Ослањање на политичку одговорност не делује као ишта делотворније законско решење.

Једнако неквалитетно, а можда и неуставно, било би и законско решење при којем се Уставном суду не дозвољава да у оваквим ситуацијама уклања норме несагласне са нормама више правне снаге. Потенцијал за злоупотребу власти би у том случају био неприхватљиво висок.

На средини пута, између чекића и наковња, могло би се размишљати о прописивању консултативног механизма, који би подразумевао обавезу Уставног суда да укаже на немогућност опстајања у правном поретку норме која је несагласна са вишим правним актима, уз упозорење творцу норме да уклањање такве норме нужно подразумева и уклањање одредби или дела одредби које нису несагласне са вишим правним актима. Уз остављање разумног рока¹⁰ за усклађивање оспореног акта са актом више правне снаге,

8 Чл. 58, ст. 4 и 5 Закона о Уставном суду.

9 Одредба чл. 178, ст. 3 ЗУП, која је престала да важи, гласила је: „Када истекне пет година од када је странка обавештена о коначном решењу, више не може да се захтева понављање поступка, нити орган може да понови поступак по службеној дужности.” Довољно би било да је одредба измењена тако што би на њеном крају била обрисана тачка, стављена запета и додате речи: „ако је основ за понављање неки од разлога из чл. 176, став (1) тач. 1) – 10) овог закона.”

10 У том смислу поставља се и питање да ли би постојећих шест месеци, колико се може одложити објављивање одлуке Уставног суда, увек било довољно за спровођење

то би, с једне стране, дало прилику творцу норме да сачува делове акта који нису несагласни са вишим правним актима, док би, с друге стране, у случају изостанка реакције творца норме, подразумевало његов имплицитни правно-политички избор да и делови акта који нису несагласни са вишим правним актима буду уклоњени из правног поретка. Уставни суд би онда остао 'негативни законодавац', а творац норме 'позитивни законодавац', било да своју општенормативну делатност врши изричито (изменом акта), било да је врши прећутно (изостајањем реакције на позив Уставног суда).

Упоредно уставно право нуди још једно могуће решење – доношење интерпретативних одлука од стране уставног судства. Реч је о одлукама којима се одређује тумачење оспорене одредбе које је у сагласности с вишим правним актима, искључујући истовремено друга, са актима више правне снаге несагласна тумачења дате одредбе (Vercholz, 2017: 34). Таква једна интерпретативна одлука је могла у датом случају постићи жељени циљ – остављање одредбе чл. 178, ст. 3 ЗУП у правном поретку, уз тумачење да се објективни рок не примењује у два спорна случаја (чл. 176, ст. 1, тач. 11 и 12 ЗУП).¹¹

3. Правна (не)основаност става о неуставности Закона о општем управном поступку

3.1. Опис случаја

Уставни суд је утврдио да несагласност чл. 178, ст. 3 ЗУП с Уставом¹² и Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода („Европска конвенција“)¹³ произлази из чињенице да је њом утврђен

потребне нормативне интервенције.

11 Притом би и Уставни суд задржао улогу 'негативног законодавца', јер не би уклањао делове норме који су сагласни са Уставом и потврђеним међународним уговорима.

12 Устав Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 98/06 и 115/21.

13 Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, измењене у складу са Протоколом број 11, Протокола уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 4 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода којим се обезбеђују извесна права и слободе који нису укључени у Конвенцију и Први протокол уз њу, Протокола број 6 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне, Протокола број 7 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 12 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода и Протокола број 13 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне у свим околностима, „Сл. лист СЦГ – Међународни уговори“, бр. 9/03, 5/05 и 7/05 – испр. и „Сл. гласник РС – Међународни уговори“, бр. 12/10 и 10/15.

објективни рок за два разлога за подношење захтева за понављање поступка, односно понављање поступка од стране надлежног органа управе. Конкретно је реч о разлозима прописаним у чл. 176, ст. 1, тач. 11 и 12 ЗУП. Њима је прописано да се поступак који је окончан решењем против којег не може да се изјави жалба (коначно решење) понавља, између осталог, ако је Уставни суд у истој управној ствари, у поступку по уставној жалби утврдио повреду или ускраћивање људског или мањинског права и слободе зајемчене Уставом, а истовремено није поништио оспорено решење (тачка 11) и ако је Европски суд за људска права у истој управној ствари накнадно утврдио да су права или слободе подносиоца представке повређена или ускраћена (тачка 12).

Уставни суд је заузео став да постојање таквог објективног рока није у сагласности са Уставом и Европском конвенцијом зато што „странка ни на који начин не може да утиче на то да се поступак заштите њених зајемчених права пред Уставним судом и Европским судом за људска права („Европски суд“) оконча пре истека рока прописаног оспореном одредбом члана 178. став 3. Закона, а окончање тих поступака је услов за подношење захтева за понављање поступка.”¹⁴

Доследно наведеном схватању, Уставни суд је решењем одбио иницијативу за оцену сагласности чл. 178, ст. 3, ЗУП са Уставом и Европском конвенцијом у вези са три друга разлога за понављање поступка, прописана у чл. 176, ст. 1, тач. 8-10 ЗУП,¹⁵ јер у њима понављање поступка зависи од доношења одлука домаћих судова и/или органа управе. На убрзање поступка и доношење одлука пред домаћим судовима и органима управе, следећи рацио одлуке Уставног суда, странка може да утиче користећи механизме прописане Законом о заштити права на суђење у разумном року.¹⁶

Уставни суд у одлуци наводи и да ово није први пут да се из правног поретка уклањају одредбе о објективном року за понављање поступка, а у вези са одлукама Уставног суда и Европског суда. Истоветне одредбе су

14 Одлука Уставног суда IУз-253/2018 од 30. 6. 2022, „Службени гласник РС“, бр. 2/23.

15 Решење о покретању поступка у предмету Уставног суда IУз-253/2018 од 28. 10. 2021. Реч је о разлозима из чл. 176, ст. 1, тач. 8-10 ЗУП, у којима стоји да се поступак понавља: 8) ако је решење донето на основу лажне исправе или лажног исказа сведока или вештака или као последица другог кривичног дела; 9) ако се решење заснива на пресуди суда или одлуци другог органа која је касније правноснажно преиначена, укинута или поништена; 10) ако је надлежни орган накнадно и у битним тачкама друкчије правноснажно одлучио о претходном питању на коме је решење засновано.

16 „Службени гласник РС“, бр. 40/2015.

интервенцијом Уставног суда претходно уклоњене из Закона о парничном поступку¹⁷ и Закона о прекршајима.¹⁸

3.2. Одредбе Устава и Европске конвенције у односу на које је процењиван чл. 178, ст. 3 Закона о општем управном поступку

Решење којим је покренут поступак пред Уставним судом, као и одлука којом је утврђена неуставност чл. 178, ст. 3 ЗУП не пружају јасну и доследну идеју о правном основу за утврђивање неуставности предметне одредбе.

Недоследност одлука Уставног суда у овом предмету огледа се у навођењу различитих одредби Устава и Европске конвенције с којима наведена одредба, наводно, није у сагласности. Наиме, Уставни суд и у решењу и у одлуци донетим у овом предмету,¹⁹ као релевантне за одлучивање наводи одредбе чл. 22, ст. 1, чл. 32, ст. 1 и чл. 36 Устава,²⁰ одредбе чл. 6, ст. 1 и чл. 13 Европске конвенције,²¹ али се приликом утврђивања несагласности чл. 178, ст. 3 ЗУП даље не позива на чл. 6, ст. 1 Европске конвенције. Даље, Уставни суд на једном месту у одлуци констатује да је чл. 13 Европске конвенције

17 Одлука Уставног суда IУз-147/2012 од 21. 2. 2013, „Службени гласник РС“, бр. 74/13.

18 Одлука Уставног суда IУз-25/2018 од 7. 4. 2022, „Службени гласник РС“, бр. 112/22.

19 Одлука и решење су преузети из базе судске праксе Уставног суда (<http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, приступљено 23. 3. 2023). Странице и пасуси одлуке и решења нису нумерисани, те се само код дословних цитата наводи одакле су преузети (да ли из одлуке или из решења) и без навођења одговарајуће странице и пасуса.

20 Свако има право на судску заштиту ако му је повређено или ускраћено неко људско или мањинско право зајемчено Уставом, као и право на уклањање последица које су повредом настале (члан 22, став 1 Устава). Свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега (члан 32, став 1 Устава). Јемчи се једнака заштита права пред судовима и другим државним органима, имаоцима јавних овлашћења и органима аутономне покрајине и јединица локалне самоуправе. Свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу (члан 36).

21 Свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона (члан 6, став 1 Европске конвенције). Свако коме су повређена права и слободе предвиђени у овој конвенцији има право на делотворан правни лек пред националним властима, без обзира јесу ли повреду извршила лица која су поступала у службеном својству (члан 13 Европске конвенције).

једна од одредаба с којима чл. 178, ст. 3 ЗУП није у сагласности,²² док на другом месту позивање на ту одредбу изостаје.²³

Упркос описаној недоследности и створеној конфузији, свака од наведених одредаба више правне снаге од уклоњене норме ЗУП треба да буде анализирана, као потенцијални правни основ за доношење одлуке Уставног суда.

Одредбе чл. 32 Устава и чл. 6 Европске конвенције гарантују право на правично суђење. Право на правично суђење подразумева да приликом одлучивања о нечијим правима, обавезама или казненој одговорности треба да одлучује законом установљен, независан и непристрасан суд и то на јавној расправи, у правичном поступку (то јест, поступку са одговарајућим процесним гаранцијама) и у разумном року.²⁴

Да би странка била у могућности да (посредно) оспори управни акт уставном жалбом пред Уставним судом или представком пред Европским судом, мора претходно да исцрпи сва расположива правна средства, укључујући и тужбу пред Управним судом.²⁵ Управни суд и поступак

22 „Уставни суд налази да наведено законско решење није сагласно са Уставом утврђеним начелом да свако има право на судску заштиту, ако му је повређено или ускраћено неко људско или мањинско право зајемчено Уставом, као и право на уклањање последица које су том повредом настале (члан 22, став 1 Устава), будући да се у тим случајевима прописано правно средство не може сматрати делотворним са становишта члана 13 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.”

23 „Имајући у виду све наведено, Суд је утврдио да се одредбом члана 178. став 3. у вези са чланом 176. став 1. тач. 11) и 12) Закона о општем управном поступку, доводи у питање остваривање других права зајемчених Уставом, односно задире у суштину Уставом зајемчених права, и то конкретно права на правично суђење и права на правно средство из чл. 32. и 36. Устава. Ово стога што, у ситуацији када странка не може утицати на временско ограничење поступка пред Уставним судом, односно Европским судом за људска права, објективни рок од пет година за понављање управног поступка од дана када је странка обавештена о коначном решењу, доводи у питање уставну гаранцију из члана 22. став 1. Устава, односно могућност уклањања последица које су повредом настале кад Уставни суд у истој управној ствари, у поступку по уставној жалби утврди повреду или ускраћивање људског или мањинског права и слободе зајемчене Уставом, а истовремено није поништио оспорено решење, односно кад Европски суд за људска права у истој управној ствари накнадно утврди да су права и слободе подносиоца представке повређена или ускраћена.”

24 Више о појму независног и непристрасног суда у пракси Европског суда, в. (Савет Европе, 2018: 49–62). О појму права на правично суђење у управном праву, в. (Цуцић, 2009а).

25 Уколико судска заштита није обезбеђена пред Управним судом, онда мора да буде обезбеђена пред другим судом, сагласно чл. 198, ст. 2 Устава, примера ради у радном

пред Управним судом, начелно посматрано, пружају потребне гаранције правичног суђења (Цуцић, 2009б).

Постоје две додатне сметње ослањању на право на правично суђење приликом оцене уставности рокова за понављање поступка. Прва, није уопште реч о суду, већ о органу управе, то јест, није реч о судском, већ о управном поступку. Уставни суд се раније ослањао на право на правично суђење ради уклањања објективних рокова за понављање поступка, али је то чинио у судским поступцима – парничном и прекршајном. Чињеница да се овде ради о управном поступку, делује да није уважена. Друга, ако би се сматрало да и ванредна правна средства, а понављање поступка је такво правно средство, треба да испуне све услове прописане у чл. 32 Устава и чл. 6, ст. 1 Европске конвенције, онда би то значило да и поступци по ванредним правним средствима треба да осигурају стандарде правичног суђења попут одржавања усмене расправе и могућности оспоравања утврђеног чињеничног стања.²⁶ То засигурно није случај са ванредним правним средствима, како у управном праву, тако и у неким другим гранама права. Као пример наводимо захтев за преиспитивање судске одлуке,²⁷ који се у управном спору изјављује Врховном касационом суду, и ревизију, која се у парничном поступку изјављује истом суду.²⁸

Одредбе чл. 36 Устава и чл. 13 Европске конвенције гарантују право на правно средство. Чл. 36, ст. 2 Устава прописује да свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу, док чл. 13 Европске конвенције предвиђа да свако коме су повређена права и слободе предвиђени у овој конвенцији има право на делотворан правни лек пред националним властима, без обзира јесу ли повреду извршила лица која су поступала у службеном својству. Већ језичко тумачење наведених норми указује на чињеницу да се њима захтева приступ једном правном средству, једном поступку у којем ће се преиспитати одлука којом је одлучено о нечијим правима, обавезама или на закону заснованим интересима.²⁹ Одредба чл. 36, ст. 2 Устава користи везник „или”, док норма чл. 13

спору, Димитријевић, 2022: 475.

26 Члан 6 Европске конвенције не гарантује чак ни право на жалбу (Mole, Narby, 2006: 8). Тим пре не уређује процесне гаранције у поступку по ванредним правним средствима.

27 Чл. 49 Закона о управним споровима, „Службени гласник РС”, бр. 111/09.

28 Чл. 403 Закона о парничном поступку, „Службени гласник РС”, бр. 72/11, 49/13 – одлука УС, 74/13 – одлука УС, 55/14, 87/18 и 18/20.

29 Упоредити са Бјеличић, 2023.

Европске конвенције користи једнину,³⁰ што упућује на закључак да је само једно правно средство довољно ради остваривања зајемченог права на правно средство. До таквог закључка дошао је и Уставни суд у тренутку започињања поступка оцене уставности чл. 178, ст. 3 ЗУП. У решењу којим се поступак започиње наводи се да „уставно јемство из члана 36. став 2. Устава гарантује, пре свега, двостепеност у одлучивању, што значи да не постоји уставна обавеза законодавца да пропише ванредна правна средства, из чега следи да законско уређивање броја и врсте ванредних правних средстава, услова под којима се и разлога из којих се могу изјавити, могу трпети ограничења.”³¹ Уставни суд, очигледно, накнадно одступа од датог схватања.

Преостаје да се испита основаност позивања на чл. 22, ст. 1 Устава. Та одредба прописује да свако има право на судску заштиту ако му је повређено или ускраћено неко људско или мањинско право зајемчено Уставом, као и право на уклањање последица које су повредом настале. Првим делом цитиране одредбе гарантује се судска заштита, такође гарантована правом на правично суђење (чл. 32 Устава) и, специфично у односу на управне акте, одредбом чл. 198, ст. 2 Устава.³² Њена 'додата вредност' огледа се у гарантовању права на уклањање последица које су настале повредом неког људског или мањинског права загарантованог Уставом. Позивање на чл. 22, ст. 1 Устава је такође упитно. Разлог томе је чињеница да се налази у одредби којом се гарантује судска заштита лицу којем је људско или мањинско право загарантовано Уставом повређено. Проистиче да и уклањање последица треба да се догоди у поступку судске заштите, а не у поступку по ванредном правном средству у управном поступку.

Позивање на чл. 22, ст. 1 Устава открива још једну, значајнију ствар. Наиме, ако до понављања управног поступка поводом ова два разлога дође, не постоји препрека да орган у поновљеном поступку уклони последице повреде права, укидањем или поништавањем решења које је донето у првобитном поступку. Кад говори о немогућности уклањања последица повреде права, Уставни суд, заправо, мисли на поступке покренуте поводом

30 Европски суд је у својој пракси потврдио да гаранције пружене у чл. 13 Европске конвенције су „у потпуности апсорбоване” гаранцијама које пружа чл. 6 Европске конвенције, предмет *Aigeu* против Ирске, представка бр. 6289/73, 9. 10. 1979, пасус 35.

31 Решење о покретању поступка у предмету Уставног суда IУз-253/2018 од 28. 10. 2021.

32 Чл. 198, ст. 2 Устава гласи: „Законитост коначних појединачних аката којима се одлучује о праву, обавези или на закону заснованом интересу подлеже преиспитивању пред судом у управном спору, ако у одређеном случају законом није предвиђена другачија судска заштита.”

уставне жалбе пред Уставним судом или представком пред Европским судом. Понављање поступка служи оживотворењу одлука донетих у тим поступцима, којима је утврђена повреда неког Уставом или Европском конвенцијом зајемченог права. У случају предугог трајања поступка пред Уставним судом или Европским судом, објективни рок за понављање поступка може онемогућити спровођење њихових одлука. Да је посреди бојазан Уставног суда за функционисање уставне жалбе, може се назрети и из његовог навода да „према ставу Европског суда, уставна жалба у Републици Србији је делотворно правно средство за заштиту слобода и права грађана, док је вођење поступка пред Уставним судом услов за обраћање Европском суду за људска права”.³³

Дакле, ако је одредба чл. 178, ст. 3 ЗУП била у ствари несагласна са чл. 22, ст. 1 Устава због тога што, под одређеним условима, може онемогућити извршење одлука Уставног суда по уставној жалби или одлука Европског суда, онда се мора сагледати и потенцијал правног средства понављања (управног) поступка да омогући уклањање последица повреда Уставом зајемчених права.

3.3. Извршење одлука Уставног суда и Европског суда за људска права понављањем управног поступка

Уставни суд је утврдио неуставност објективног рока за понављање управног поступка како би осигурао извршење одлука Уставног суда по уставној жалби и Европског суда, а све ради уклањања последица повреде Уставом зајемчених права. Таква одлука била би оправдана уз кумулативно испуњење три услова – да је понављање поступка неопходно за извршење одлука Уставног суда и Европског суда, да је понављање поступка довољно за њихово извршење и да не постоји други начин за њихово извршење. Ипак, то није случај.

Понављање поступка ради извршења одлука Уставног суда и Европског суда у одређеним случајевима није неопходно.

Наиме, начело правноснажности решења, као једно од основних начела општег управног поступка, прописује да решење против кога не може да се изјави жалба, нити покрене управни спор (правноснажно решење), а којим је странка стекла одређена права, односно којим су јој одређене обавезе, може да се поништи, укине или измени само у случајевима који су законом одређени.³⁴ Начело правноснажности у управном поступку је

33 Одлука Уставног суда IУз-253/2018 од 30. 6. 2022, „Службени гласник РС“, бр. 2/23.

34 Чл. 14 ЗУП.

утолико специфично што, сагласно цитираној одредби, само позитивни управни акти, то јест, управни акти којим је странка стекла одређена права, односно којим су јој одређене обавезе, морају да буду уклоњени коришћењем ванредних правних средстава (било из ЗУП, било из неког посебног закона), како би се о истој управној ствари могло поново одлучивати. Исто не важи за негативне акте, то јест, акте којима је одбијен захтев странке или жалба или неко друго правно средство које је странка изјавила. Накнадним доношењем позитивног управног акта у истој управној ствари се ранији негативни управни акт фактички укида (Милков, 2012: 30). Негативни управни акти, за чије уклањање би странка била заинтересована су решења којим је одбијен њен захтев да јој се призна или увећа неко право или којим је одбијен њен захтев да јој се укине или умањи нека обавеза. Дакле, странка може и без претходног уклањања таквог негативног, одбијајућег управног акта, да захтева решавање исте управне ствари. Уколико би странка издејствовала одлуку Уставног суда или Европског суда,³⁵ којом је утврђено да јој је повређено неко Уставом, односно Европском конвенцијом зајемчено право, могла би да је искористи у новом поступку, поводом исте управне ствари.

У пракси Европског суда понављање поступка као неопходна мера за извршење његових одлука јављало се само у кривичној материји (European Court of Human Rights, 2021: 22–23). Ни ту се, дакле, понављање управног поступка не јавља као нужност.

Понављање поступка у одређеним случајевима неће бити довољна за уклањање последица повреде Уставом зајемчених права.

То ће, на првом месту, бити случај кад је отклањање последица могуће искључиво путем накнаде штете. Накнада штете се досуђује у самом поступку пред Уставним судом³⁶ или Европским судом.³⁷

35 Чл. 46 Европске конвенције о људским правима прописује да су одлуке Европског суда обавезујуће за државе потписнице конвенције. Исто произлази и из чл. 18, ст. 3 Устава, који прописује да се одредбе о људским и мањинским правима тумаче у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење. То значи да је тумачење Европског суда у погледу примене Европске конвенције у конкретном случају обавезујуће.

36 Чл. 89, ст. 3 Закона о уставном суду.

37 Према чл. 41 Европске конвенције о људским правима, када Европски суд утврди прекршај Европске конвенције или протокола уз њу, а унутрашње право државе уговорнице омогућава само делимичну одштету, Европски суд ће, ако је то потребно, пружити правично задовољење оштећеној страни.

Други случај где понављање поступка није адекватно јесу предмети у којима је странкама утврђена одређена новчана обавеза. Отклањање последица такве повреде било би теоријски могуће понављањем поступка, али не би било економично. До враћања новца могло би да дође тако што би орган у поновљеном поступку поништио решење из првобитног поступка. Тад би странка могла у парничном поступку да потражује оно што је, поништавањем управног акта, остало без основа за стицање.

Трећу ситуацију чинили би сви они случајевима у којима укидање предметног решења не би уклонило последице повреде права. Примера ради, укидање не би уклонило повреду права на мирно уживање имовине ако је решењем наложено плаћање јавних дажбина, а решење је већ извршено. У таквом случају би помогло само поништавање управног акта којим је таква обавеза наложена, јер би само у тој ситуацији отпао основ стицања јавних прихода и могао би да се захтева њихов повраћај (што би отворило могућност за њихово потраживање у парничном поступку). Истичемо ову могућност зато што је законодавац оставио органу дискреционо овлашћење да одлучи да ли ће у поновљеном поступку решење из првобитног поступка поништити или укинути.³⁸ Како поништавање није обавезно у случају понављања поступка због утврђивања повреде права од стране Уставног суда и Европског суда, тако не постоји гаранција да ће њихова одлука бити извршена у ситуацији у којој је поништавање једини начин за уклањање повреде права.

Описане ситуације би се односиле на решења којима је странци утврђена неновчана обавеза трајног карактера (по правилу, неко трпљење), која би се укидањем решења окончала. Чак је и то упитно зато што Закон о уставном суду прописује да ће се обуставити започето извршење правноснажних појединачних аката донетих на основу прописа који се више не могу примењивати, то јест, прописа за које је установљена несагласност са актима више правне снаге.³⁹

Кад се испод наведеног подвуче црта, готово да не преостају ситуације у којима би понављање управног поступка било нужно и довољно за извршење одлуке Уставног суда и Европског суда.

³⁸ Чл. 182, ст. 3 ЗУП прописује да по понављању поступка, надлежни орган може оставити на снази коначно решење или донети ново решење којим се, с обзиром на околности случаја, коначно решење поништава или укида. Дакле, остављена је најшира дискреција, у којој орган само води рачуна о околностима случаја. Томић наводи неке од елемената које орган нарочито треба да узме у обзир, као што су могућност уклањања произведених правних учинака, да је разлог понављања узрокован понављањем странке или органа (Томић, 2009: 320).

³⁹ Чл. 60, ст. 3 Закона о Уставном суду.

Напокон, свему наведеном треба додати и чињеницу да овлашћења Уставног суда у поступку по уставној жалби нуде знатно више могућности за уклањање повреде Уставом зајемчених права од оних које нуди понављање управног поступка. Наиме, када Уставни суд утврди да је оспореним појединачним актом или радњом повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом, може поништити појединачни акт, забранити даље вршење радње или одредити предузимање друге мере или радње којом се отклањају штетне последице утврђене повреде или ускраћивања зајемчених права и слобода и одредити начин правичног задовољења подносиоца.⁴⁰ Одлуком којом се усваја уставна жалба Уставни суд ће одлучити и о захтеву подносиоца уставне жалбе за накнаду материјалне, односно нематеријалне штете, када је такав захтев постављен, с тим што Уставни суд, када је захтев усвојен, одређује у одлуци орган који је обавезан да исплати накнаду материјалне или нематеријалне штете и одређује рок од четири месеца од дана достављања одлуке том органу у коме он добровољно може да плати накнаду штете.⁴¹ Томе свему треба додати и могућност да Уставни суд поништи одлуку Управног суда, којом је оспорено релевантно решење, што би заузврат довело до поништавања оспореног акта и, ако је то неопходно, доношење новог управног акта. Дакле, Уставном суду на располагању стоји широк дијапазон овлашћења којима би осигурао уклањање свих могућих последица повреде Уставом зајемчених права.

Изнето доводи у сумњу оправданост одлуке о утврђивању неуставности чл. 178, ст. 3 ЗУП.

4. Последице одлуке о неуставности Закона о општем управном поступку

Поред укидања објективног рока за понављање поступка у оним случајевима где је сам Уставни суд оценио да нису несагласни са Уставом и Европском конвенцијом (чл. 176, ст. 1, тач. 1–10 ЗУП, в. одељак 1), Уставни суд је укидањем одредбе чл. 178, ст. 3 ЗУП, с једне стране, супротно намери законодавца, снизио ниво правне сигурности, док је с друге стране створио основ за повреде чл. 6 Европске конвенције у будућности.

У литератури се наглашава да, за разлику од Закона о општем управном поступку из 1997. године, ЗУП је у чл. 178, ст. 2 дефинисао субјективни рок за понављање поступка, који важи и за орган, кад поступак понавља по службеној дужности. Наводи се да разлог томе лежи у намери спречавања

40 Чл. 89, ст. 2 Закона о Уставном суду.

41 Чл. 89, ст. 3 Закона о Уставном суду.

могуће злоупотребе овлашћења, која би постојала ако би овлашћено службено лице сазнало за постојање разлога за понављање поступка по службеној дужности одмах по коначности решења, али неразумно дуго чекало са понављањем поступка. Ово не би морало да буде последица злоупотребе, у смислу намере овлашћеног службеног лица да тиме нанесе штету странци, већ и последица лошег рада и немара истог (Томић, Миловановић, Цуцић, 2017: 194). Произлази да је намера законодавца била да повећа ниво правне сигурности код понављања поступка, нарочито узимајући у обзир дужину објективног рока у којем је било могуће коришћење овог ванредног правног средства. Након интервенције Уставног суда, не само што више не постоји објективни рок за понављање поступка, већ код 10 разлога за понављање једино ограничење представља субјективни рок. Доказивање тренутка у којем је странка сазнала или од којег је била у могућности да истакне неки од разлога за понављање поступка може бити знатно отежано, а у неким случајевима и немогуће (на пример, кад је лице које је могло да има својство странке, а није му пружена прилика да учествује у поступку, сазнало да је поступак вођен и да је решење донето). Штавише, још ће бити теже странкама да докажу кад је орган сазнао за постојање разлога за понављање поступка.⁴²

Уклањањем објективног рока за понављање поступка по службеној дужности, Уставни суд је Републику Србију изложио ризику повреде Европске конвенције у будућности. Наиме, Европски суд је у случају *Brumarescu* против Румуније⁴³ утврдио повреду чл. 6, ст. 1 Европске конвенције због тога што је јавни тужилац без временског ограничења могао да покрене поступак преиспитивања правноснажне судске одлуке. У нашем случају орган управе, који је орган јавне власти попут јавног тужиоца у поменутом предмету, такође може без временског ограничења (изузимајући субјективни рок, који зависи од њега самог) да понавља поступке на основу врло широко одређеног круга разлога.

5. Закључак

Уставни суд је огласио неуставним одредбу чл. 178, ст. 3 ЗУП, којом је одређен објективни рок за понављање управног поступка. Уставни суд је утврдио да је постојање поменутог рока неуставно у односу на два од 12

42 Поређења ради, управо због немогућности доказивања кад је орган предузео прву радњу у циљу вођења поступка, што се раније сматрало тренутком отпочињања управног поступка, промењен је начин покретања поступка по службеној дужности, тако да се захтева обавештавање странке о акту о покретању поступка.

43 Европски суд за људска права, предмет *Brumarescu* против Румуније, представка бр. 28341/95, од 28. 10. 1999, пасуси 61-62.

разлога за понављање поступка, конкретно, кад до понављања поступка долази услед тога што су Уставни суд по уставној жалби или Европски суд по представци утврдили да је решењем донетим у управном поступку повређено неко Уставом или Европском конвенцијом зајемчено право.

Нажалост, одредба чл. 178, ст. 3 ЗУП прописивала је објективни рок за свих 12 разлога за понављање поступка. Њеним уклањањем је Уставни суд изашао из своје улоге 'негативног законодавца', те уместо законодавца извршио правно-политички избор, уклањајући и делове норме који нису несагласни са Уставом.

Уставни суд се при доношењу одлуке о неуставности ЗУП ослањао на своје раније одлуке, којима су истоветне одредбе о објективном року за понављање поступка уклоњене из Закона о парничном поступку и Закона о прекршајима. Уставни суд је том приликом занемарио чињеницу да се овде не ради о судском, већ о управном поступку, те се, сматрамо без основа, позивао на несагласност ЗУП са одредбама Устава и Европске конвенције, којима се гарантује право на правично суђење, судску заштиту и правно средство (чл. 22, 32 и 36 Устава и чл. 6 и 13 Европске конвенције).

Друга премиса на којој је Уставни суд засновао своју одлуку представља уверење да је укидање објективног рока за понављање управног поступка било неопходно како би се омогућило уклањање последица повреда права, које су утврдили Уставни суд или Европски суд. Сматрамо ту премису неодрживом зато што, како је раније образложено, понављање поступка у већини ситуација није ни неопходно, нити довољно за отклањање последица повреде Уставом или Европском конвенцијом зајемчених права. Уз то, могућности за уклањање последица повреде права, које стоје на располагању Уставном суду у поступку по уставној жалби вишеструко надилазе оне које постоје код понављања управног поступка.

Свему треба додати и чињеницу да је остављањем само субјективног рока, у пракси тешко доказивог, снижен ниво правне сигурности, као и чињеницу да је у својој пракси Европски суд сматрао повредом чл. 6 Европске конвенције постојање временски неограничене могућности службеног уклањања аката који су стекли својство правноснажности. Управо је уклањањем објективног рока таква могућност остављена органу који по службеној дужности понавља управни поступак.

Најзад, не треба поштедети критике ни законодавца. Уставни суд је одложио објављивање одлуке о неуставности ЗУП за шест месеци, а Народна скупштина није искористила ту прилику да измени одредбу чл. 178, ст. 3 ЗУП, тако да објективни рок остане барем код преосталих 10 разлога за понављање управног поступка.

Литература/References

Bercholz, J. (2017). *Las sentencias interpretativas y el control de constitucionalidad - Su utilización por el Tribunal Constitucional de España*. Преузето 27. 5. 2023. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p31.pdf

European Court of Human Rights. (2021). *Guide on Article 46 of the European Convention on Human Rights – Binding Force and Execution of Judgments*. Strasbourg: Council of Europe/European Court of Human Rights.

Mole, N. Harby, C. (2006). 2. ed. *The Right to a Fair Trial – A Guide to the Implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe.

Vigano, F. (2018). *Constitutional Courts as Negative Legislators? Some Thoughts on the Italian Experience from a Criminal Law Scholar's Perspective*. Преузето 27 .5. 2023. https://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_relazioni/1013_G/relazione_praga_20200302152256.pdf

Бјеличић, С. (2023). *Случај неуставности одредбе Закона о општем управном поступку – објективни рокови као препрека ванредним правним лековима*. Преузето 27. 5. 2023. <https://www.otvorenavratapravosudja.rs teme/ustavno-pravo/slucaj-neustavnosti-odredbe-zakona-o-opstem-upravnom-postupku-objektivni-rokovi-kaao-prepreka-vanrednim-pravnim-lekovima>.

Милков, Д. (2012). *Управно право II – Управна делатност*. Нови Сад: Универзитет у Новом Саду – Правни факултет.

Савет Европе. (2018). 2. издање. *Заштита права на правично суђење по Европској конвенцији о људским правима*, (приредио: Vitkauskas, D.) Београд: Савет Европе – Канцеларија у Београду.

Томић, З. (2009). *Опште управно право*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Цуцић, В. (2009а). Примена права на правично суђење у управном спору, *Правни живот*, 10/2009, 261–271.

Цуцић, В. (2009б). Стразбуршки стандарди у управном спору, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2009, 247–272.

Судске одлуке

Case Airey v. Ireland, Application no. 6289/73, *European Court of Human Rights*.

Case Brumarescu v. Romania, Application no. 28341/95, 28.10.1999, *European Court of Human Rights*.

Одлука Уставног суда IУз-147/2012 од 21. 2. 2013, „Службени гласник РС“, бр. 74/13.

Одлука Уставног суда IУз-25/2018 од 7. 4. 2022, „Службени гласник РС“, бр. 112/22.

Одлука Уставног суда IУз-253/2018 од 30. 6. 2022, „Службени гласник РС“, бр. 2/23.

Решење о покретању поступка Уставног суда IУз-253/2018, 28. 10. 2021.

Правни акти

Закон о општем управном поступку. *Службени гласник РС, бр. 18/16, 95/18, 2/23.*

Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, измењене у складу са Протоколом број 11, Протокола уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 4 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода којим се обезбеђују извесна права и слободе који нису укључени у Конвенцију и Први протокол уз њу, Протокола број 6 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне, Протокола број 7 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 12 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода и Протокола број 13 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне у свим околностима. *Сл. лист СЦГ – Међународни уговори, бр. 9/03, 5/05 и 7/05 и Сл. гласник РС – Међународни уговори, бр. 12/10 и 10/15.*

Закон о управним споровима. *Службени гласник РС, бр. 111/09.*

Закон о Уставном суду. *Службени гласник РС, бр. 09/07, 99/11, 18/13 103/2015, 40/15.*

Закон о парничном поступку. *Службени гласник РС, бр. 72/11, 49/13, 74/13, 55/14, 87/18, 18/20.*

Устав Републике Србије, *Службени гласник РС, бр. 98/06, 115/21.*

*Vuk Cucić, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Belgrade
Republic of Serbia*

UNCONSTITUTIONALITY OF THE GENERAL ADMINISTRATIVE PROCEDURE ACT: THE CONSTITUTIONAL COURT AS THE 'POSITIVE LEGISLATOR'

Summary

The Constitutional Court of Serbia declared Article 178(3) of the General Administrative Procedure Act (GAPA) unconstitutional. This provision sets an objective deadline for reopening of the administrative procedure. The Constitutional Court found that this deadline is unconstitutional when the procedure is reopened as a result of the Constitutional Court decision on constitutional appeal or the ECtHR judgment determining that a decision rendered in an administrative proceeding violated a right guaranteed by the Constitution or the European Convention on Human Rights (ECHR). Unfortunately, the said GAPA provision prescribed an objective deadline for other 10 reasons for reopening of the procedure. By declaring this provision unconstitutional, the Constitutional Court stepped out of its role of the 'negative legislator' and made a legislative choice instead of the legislator, by removing parts of the norm that are not inconsistent with the Constitution. When making this decision, the Constitutional Court relied on its previous decisions, which removed the same provisions on the objective deadline for reopening of the civil litigation and misdemeanor proceedings. The Constitutional Court ignored the fact that this is an administrative procedure and, erroneously, referred to the inconsistency of the GAPA with the provisions of the Constitution and the ECHR, which guarantee the right to a fair trial, judicial protection and legal remedy. The second, equally unfounded, premise on which the Constitutional Court based its decision is the belief that the abolition of the objective deadline for reopening of the administrative procedure was necessary in order to enable the removal of the consequences of violations of the rights determined by the Constitutional Court or the ECtHR. By leaving only a subjective deadline, which is difficult to prove in practice, the level of legal certainty has been lowered. Finally, in its case law, the ECtHR considered that the existence of a limitless possibility of the official removal of final legal acts constituted a violation of Article 6 of the ECHR. The Constitutional Court's abolition of the objective deadline for reopening of the procedure has made this possible.

Keywords: *Constitutional Court, procedure reopening, Law on General Administrative Procedure.*

Srdan Radulović,* LL.D.,

Assistant Professor,

*Faculty of Law, University of Priština, Temporary Head Office in Kosovska Mitrovica
Republic of Serbia*

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/zrpfm1-44497

UDK: 336.748.14:[336.74:004.738.5

Раd примљен: 03.06.2023.

Раd прихваћен: 28.06.2023.

ON THE DEFLATIONARY NATURE OF BITCOIN

Abstract: *Bitcoin was presented at the end of 2008 but the question still remains whether it is a form of money or something entirely different. Bitcoin was not designed with the aim to create money in a strict sense but primarily with the intention to make the transfer of value as effective as possible. Yet, Bitcoin has a capacity to take on the role of money, and that capacity was recognized in court cases. In this regard, the paper presents the results of the primarily empirical but also theoretical research conducted previously on the volatile but still very deflationary nature of Bitcoin and its effect on monetary obligations. The idea that cryptocurrencies can be also used as a hedging instrument to prevent the negative effects of domestic currency depreciation might be controversial for a number of reasons, one of which is certainly the volatile nature of bitcoin "price". We stress that periodic depreciation of its value does not mean that bitcoin is inflationary. On the contrary, bitcoin is deflationary by nature, which is evident in different in-built mechanisms and new ways of application. In this paper, the author uses different analytical method techniques to single out and describe various deflatory mechanisms, both preprogramed and factual ones. The author also applies the synthetical method and its techniques, primarily abstraction and generalization, to sum up the data confirming the main hypothesis that bitcoin is by nature deflationary despite its volatility and, therefore, it can be used as a hedging mechanism.*

Keywords: *Bitcoin, monetary obligations, contract, currency clauses, cryptocurrency clauses deflation.*

* srdjan.radulovic@pr.ac.rs

1. Introduction

The evolution of the money is inseparably tied to the technological progress, although money evolved significantly slower because of the legal or cultural constraints (Calcaterra, Kaal, Rao, 2020: 202-203). Naturally, the emergence of digital technology prompted the idea of generating cash-like asset¹ which can be deposited and transferred in a digital format. Interestingly enough, the third industrial revolution revived the theory that private entities, if permitted, are capable of providing at least as trustworthy “coins” as those that are created by the state (Hayek, 1976: 24). As complex hi-tech infrastructure allowing completely transparent and predetermined issuance gradually developed, the theory seemed less utopian (Syropyatov, 2021: 324). The third industrial revolution brought about exciting projects, some of which came out to be very successful, and these, depending on historical interpretation, initiated the fourth or even fifth big alteration of money (Radulović, 2021: 30). It is considered that DigiCash sets both technical and ideological background for modern digital currencies (Turudić, Milić & Štulina, 2017: 193; Roth, 2015: 528). Yet, none of the earlier projects, mostly because of their inefficient centralized infrastructure (Cavalihero, Cavalihero, 2022: 209), became nearly as successful as the most radical one (Hutchinson & Dowd, 2015: 357) – “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System” (Nakamoto, 2008: 1-9).

Bitcoin is the first successful example of demonopolization of fiat currency market through gradual implementation of money issued by private entities (Syropyatov, 2021: 319-320). As contemporary society strives to decentralized solutions for human interaction (Calcaterra, Kaal, Rao, 2020: 193), in almost perfect environment for its success (Đorđević, 2018: 96), Bitcoin² proved to be a useful economic (Đorđević, 2018: 100) but also legal instrument³.

1 For more on different money-like assets, see: Karame & Androulaki, 2016: 11-13.

2 In this article, in order to accurately distinguish Bitcoin as the operating software, system or network from bitcoin as a digital asset (data or currency of some value), we will refer to Bitcoin as a system by using capital letter “B” and to bitcoin as an asset by using a lowercase letter “b” (Antonopoulos, 2014: xvii, 18, 116; Cvetković, 2018: 120; Hutchinson & Dowd, 2015: 357 fn.).

3 As of June 2021, El Salvador became the first country to legally recognize Bitcoin as a legal tender in almost full capacity, support it with technically impressive digital infrastructure (customized wallet, specialized government exchange platform, different free applications, and even special network), and introduce various incentives to promote this quite interesting experiment (Ley Bitcoin, *Diario Oficial* ES, 110/2021, Decreto No 57). The Central African Republic was the second national economy to introduce Bitcoin as a legal tender and reserve currency (République Centrafricaine Cryptomonnaie, *Journal Officiel* CAF, 22/2022).

Strictly speaking, Bitcoin is neither a commodity nor currency (Abramowicz, 2015: 3). Bitcoin is not money. It is a payment system. A solid argument can be made that Bitcoin is actually an institution or a platform that creates and enforces property rights (Abramowicz, 2015: 3). But then, jurisprudence established that bitcoin has the capacity to take the role of money (Raskin, 2015: 980). So, if we think of it as money, it is a form of “outside money” (Garrat, Wallace, 2018: 1887), which is especially appreciated among monetary users that are already accustomed to cashless electronic economic environments (Dimitrijević, 2018: 224-225)⁴.

In-depth analysis confirms that bitcoin value is highly volatile in both short and longer periods (Baur, Dimpfl, 2021: 2663–2683). Yet, young currency is expected to be volatile (Đorđević, 2018: 100). The list of reasons for its volatility is well described (Mirjanich, 2014: 223; Syropyatov, 2021: 320-322, 326-327). A solid argument can also be made that volatility was higher at the beginning, which ultimately can be good news for the potential of the Bitcoin to evolve into a (more) stable currency (Baur, Dimpfl, 2021: 2668-2669).

Still, in times when its volatile nature comes to the fore, it is highly important to understand what the deflationary nature of bitcoin actually means. Volatility is a phrase that describes how much the value of a medium of exchange changes over time, or precisely at what rate. If we think of deflation as appreciation of value induced by discrepancy in supply and demand that drives up the exchange rate of a currency (Antonopoulos, 2014: 180), bitcoin is deflationary by nature but still volatile. Different mechanisms make it resilient to inflation. This is true even though bitcoin is a speculative asset, or at least can be interpreted as such (Šoja, Senarathne, 2019: 46), because it is not backed up by any asset or guarantee (Šoja, Senarathne, 2019: 46), and it does not represent the current state of a country’s economy (Vareško, Deković, 2022: 91). Specifically, bitcoin value is not immune to its own depreciation, sudden appreciation, and various kinds of manipulation. At this point, it is almost impossible to prevent them because the Bitcoin system operates as a free and essentially unregulated⁵ market. The

4 Electronic money is a form of digital money and a phase in its evolution, and so are cryptocurrencies; yet, cryptocurrency is not electronic money and should be confused with electronic money (Dimitrijević, 2018: 228).

5 Although there are national regulations (Cvetković, 2018: 127128; Zebec, 2018: 90-93), as well as international regulations (Cvetković, 2018: 126-127; Mijatović, 2022: 95-100), Bitcoin, both as a system and currency, is absolutely immune to both national and international regulations. However, there is a dose of optimism that stable coins, conceptually speaking, can underscore that technology-driven optimization of policy making is actually possible in complex monetary systems (Calcaterra, Kaal, Rao, 2020: 194). But, the adequate model first has to be discovered by the jurisprudence (Raskin, 2015: 972) and then confirmed in a safer environment, such as “Sandbox” or “Innovation Hubs” (Jović, Nikolić, 2022: 48-51).

time cost of Bitcoin usage (Garrat, Wallace, 2018: 1889) is a real danger and, on top of that, bitcoin value is almost entirely unpredictable (Garrat, Wallace, 2018: 1896; Syropyatov, 2021: 320). It makes it even more difficult to defend the hypothesis of its deflationary nature.

Be as it may, even when its price drops dramatically, it does not mean that the bitcoin is inflationary. This is crucial to understand if we aim to clarify the properties and legal nature of monetary obligations nominated in bitcoin, and especially if we intend to regulate them properly. In that sense, this paper is merely an introduction into this subject matter.

2. Fixed supply

Bitcoin is an open-source software that uses decentralized network design (Caetano, 2015: 103-104; Đorđević, 2018: 97)⁶. Accurately, it is electronic, bidirectional, decentralized (Đorđević, 2018: 97) payment system based on cryptographic proof (Nakamoto, 2008:1), developed with the aim of excluding accredited intermediaries through the concept of “digital trust” (Cavalheiro, Cavalheiro, 2022: 207; Horvatić, Tafra: 2022 108-109; Syropyatov, 2021: 325), without compromising security and privacy during transaction⁷, at lower costs and as fast as possible (Roth, 2015: 529).

To make the transfer of value possible, value had to be linked to an asset inside the system. As the system is fully digitalized, this asset could only exist in digital form, *i.e.* units of virtual currency represent a value (Đorđević, 2018: 97). It is a common misconception that the name of this asset is Bitcoin. Bitcoin is a peer-to-peer monetary network, it is a program, software, a platform, but not currency. Bitcoin as a currency does not exist outside or anywhere inside the network (Cvetković, 2018: 124). The basic unit of this paying system is the *Satoshi*, a digitalized piece of information that is permanently linked to the digital platform (Antonopoulos, 2014: xvii, 18, 116). Nonetheless, although technically incorrect, it has become a norm to use bitcoin as a unit with ratio to Satoshi of 1:100.000.000 (Radulović, 2021: 32).

To grasp this concept, we can compare bitcoin to traditional ways of performing monetary obligations (Cvetković, 2018: 121; Đorđević, 2018: 100-102). By

6 There is a natural tendency toward monopoly in the Network (Hutchinson & Dowd, 2015: 364-368). Yet, the possibility of creating absolute monopoly is only a theoretical one. As the entire community of enthusiasts is actively using the room left for improving the Network, there is number of mining protocol propositions (“getblocktemplate” being the most successful one), which prevent centralization.

7 Privacy and security are not synonyms. These are two different aspects of payment systems effectiveness, each with distinctive individual features (Karame, Androulaki, 2016: 14-17).

its characteristics, bitcoin is essentially somewhere between gold and dollar (Syropyatov, 2021: 323), but the primary idea was to create a digital asset which mimics gold. The easiest way to make a newly created asset valuable is to make it rare. Thus, Bitcoin network protocols are set up in a way to make the total supply carefully calculated, finite and limited⁸. By fixing the overall number of bitcoin in circulation to 21.000.000, the initial issuer and inventor resolved two major problems – additional issuing and counterfeiting (Garrat, Wallace, 2018: 1887). Thus, “printing” new money in the Bitcoin network beyond the expected issuance rate is impossible, which means that bitcoin as a currency cannot be inflated (Antonopoulos, 2014: 2).

Since Bitcoin is a software, it is “nothing more” than a set of preprogrammed rules. As these can be updated, technically there is a possibility to change the source code to allow a quantitative increase of coin supply. Yet, as we see it, this is only theoretically possible. Why?

Bitcoin is constructed on revolutionary technology called blockchain. Blockchain is a digital database that contains information on every change in the network (Цветковић, 2020: 128; Teomete Yalabik, Yalabik, 2019: 37). Once entered and confirmed, data on change that happened becomes permanently stored into a block, which is then linked to the existing chain where blocks are uniformly ordered, chronologically timestamped, substantially immutable (Цветковић, 2020: 129; Catanzaro & Kain, 2020: 52; Horvat, Tafra, 2022: 108)⁹. The chain of added blocks is distributed through the network, and its management is entirely consensus-based (Radulović, 2021: 36), which means that no one exerts control over it (Magnuson, 2022: 883)¹⁰. This is a very important point because every block in the chain contains a certain number of bitcoin, and the total supply

8 It is estimated that there are 171000 metric tons of gold in the world (Đorđević, 2018:101), but it is only a presumption. On the other hand, the Bitcoin system is not based on any similar presumption. The system creators went step further and offered cryptographic assurance of its limited supply (Cvetković, 2018: 121). This means that there is no danger of any unexpected discoveries of commodity that can bring instability to the monetary regime (Cachanosky, 2019: 371). Also, unlike gold, it is impossible to temper with bitcoin “purity” and thus compromise the idea of its limited supply (Cvetković, 2018:121).

9 Bitcoin employs blockchain as a public ledger containing the full record of all public transactions in the history of the Bitcoin network (Cavalihero, Cavalihero, 2022: 209). In that context, it is interesting that bitcoin that was seized in the “*Silk Road*” case was transferred to the FBI wallet (lFfmbHfnpaZjKFvyilokTjJusN455paPH) by nodes through regular verification procedure on the Bitcoin’s blockchain; moreover, this transfer, but also later auction of coins and their transfer to buyers, is fully transparent and can be traced through a simple check of changes in the chain (Raskin, 2015: 982-983).

10 Satoshi Nakamoto withdrew from the public in April 2011 leaving the responsibility of developing the code and network to a thriving group of volunteers (Antonopoulos, 2014: 4).

gradually increases by consensually adding new blocks¹¹, but not more than 13.230.000 of them.

In traditional economic systems, monetary authority guarantees the quality, quantity and value of money, and banks and other intermediaries exercise control over transactions (Pernice, 2021: 770). Bitcoin functions as a protocol, *i.e.* a set of preprogramed governing rules (Raskin, 2015: 971) without a referee (Abramowicz, 2015: 3). In the Bitcoin network, there is no central authority of any kind that oversees and manages the platform (Catanzaro, Kain, 2020: 52; Teomete Yalabik, Yalabik, 2019: 37). First, this means that there is no single point of failure (Hutchinson & Dowd, 2015: 359). Second, there is no need for third trusted party to conduct the registration process and/or to guarantee accuracy of transaction balances, all of that for the reason that trust in network is based on cryptography as a science (Cvetković, 2018: 121; Dinić, 2014: 110; Đorđević, 2018: 97; McGinnis, 2020: 60; Raskin, 2015: 974)¹². This is where this ingenious concept comes to the fore: management is assigned to the Network itself, actually to computers that perform the transaction verification process (Đorđević, 2018: 98; Hutchinson & Dowd, 2015: 360). It follows that the system is almost entirely self-regulating and fully decentralized. Further, not only initiated transactions but any *other change in the network has to be a result of consensus among all individual participants in the network* (author's emphasis). Thus, in order to change the source code after the obligatory community debate is closed, it is necessary that majority of nodes in the network express their approval. With tens of thousands of nodes running the network, it is safe to assume that it is almost impossible to reach a consensus to change the core code protocol, especially the part that makes this system superior to most crypto projects.¹³

This protocol makes bitcoin superior to other crypto projects. Namely, in the early 1970s, it was clear that there might not be a necessity or any advantage (at least not anymore)¹⁴ in unquestioned and universally accepted government pre-

11 In analogy with Friedman's "Island of stone money", Bitcoin operates via decentralized (digitalized) collective memory (Hutchinson & Dowd, 2015: 358).

12 Trust in the network depends on the functioning of majority mining computers in the network. The logical conclusion arising from this fact indicates that the increased volume of bitcoin transactions implies higher security; increasing the volume of the network, increases the trust (Dinić, 2014: 110).

13 Observing the history of attempts to initiate even "smaller" technical (protocol) changes embodied in the Bitcoin hard forks (Bitcoin XT, Bitcoin Classic, SegWit), we can see that none of these projects (not even "BitcoinCash") surpassed the success and acceptance rate of Bitcoin fork.

14 Following more than 2000 years' long history of governments prerogative of issuing money, the Nobel prize laureate Hayek enumerated legitimate reasons for reserving the monopoly of issuing money for state institutions (Hayek, 1976: 21-26).

rogative of producing money, and that it might be harmful for national economy development if currency competitiveness is not endorsed (Hayek, 1976: 20). Specially, this refers to national economies that are fully dependent on foreign currency, which was the case in El Salvador (fully relying on USD).

We can go even further. Solid arguments can be made to support the claim that the governments absolute control over money can even be interpreted as a form of oppression, no less than the denial of civil liberties (McGinnis, 2020: 60). Although it is “complementary currency” (Pernice, 2021: 769), bitcoin is the most powerful weapon in what seems to be “fundamental assault” on the remains of this outdated oppressive idea in modern monetary order (McGinnis, 2020: 61).

If there is any truth in this bold claim, then limited supply is the single most important feature that makes bitcoin if not superior then at least competitive to fiat currencies¹⁵. This is especially true if we bear in mind the collective abolition of Bretton Woods monetary arrangement and the gold standard which, according to economic experts (Syropyatov, 2021: 324), started the inflationary era in economic history. Therefore, there is no economic or legal logic to justify the transformation of the system from “digital gold” to disunited quasi-democratic fiat monetary order, especially among nodes who are generally true “decentralized finance” enthusiasts¹⁶.

3. Halving

The creator(s) of Bitcoin aimed to make a digital asset that behaves like gold¹⁷. Thus, they made an ideological decision not to release all bitcoin in circulation at once (Cachanosky, 2019: 371). The total number of bitcoin is predetermined, but the schedule of its creation is fixed (Raskin, 2015: 971) because the network was set up so that it can gradually build up the coin supply at a decreasing rate through the process called “mining”.

15 The idea of Bitcoin is deeply rooted in the Austrian economic school of thought which is renowned for its harsh criticism of governments interventions which actually worsen the economic and business cycles and cause substantial inflation (Zebec, 2018:89).

16 The Bitcoin network does not enforce protocols and rules to members who disagree with them. It allows them to safely take separate ways by initiating so-called hard fork. There is even a special piece of software called Git built in the network, created to make forking of source code available to users (Caetano, 2015:104-105). The result is more than hundred (more or less known and successful) projects in the crypto space which are started in this way – as a Bitcoin fork (Caetano, 2015: 104).

17 “The Bitcoin rule, logo and wording suggest that the project is inspired in the gold standard. Consider, for instance, that Bitcoins are produced through a process called “mining” with diminishing returns that mimics gold extraction from the underground, and that the logo is a gold coin” (Cachanosky, 2019: 371).

The responsibility to add verified transactions into a block and update the chain of blocks is entrusted to a special group of network participants – miners. To complete the delegated task, miners must solve a series of complex mathematical problems, which requires immense computing power. To incentivize them to make their computing power available for the network purposes, “double reward” system was built in the Bitcoin protocol. First, a miner collects a small percentage of each transaction that is written in a newly created block. On top of that, the “winning” miner receives new bitcoin from the network as a reward when the “coin base” transaction is placed into a new block (Antonopoulos, 2014: 115; Hutchinson & Dowd, 2015: 361; Nakamoto, 2008:4). It means that the issuer of bitcoin is not a bank, government, supra-government institution, individual or company; the issuers are users themselves (Dinić, 2014: 110). On 3rd January 2009, the “genesis block” was mined (Horvatić, Tarfa, 2022:107-108). Miner(s) of this block received 50 bitcoins. From that moment on, every time a new block was created, a miner received 50 newly created bitcoins.

The total supply increases gradually, but not at the same speed. As already noted, each block contains a certain number of bitcoins, and the total supply of coins increases by adding new blocks. However, the blocks do not have the same capacity, i.e. they do not contain the same amount of bitcoin. The network is preprogramed, first to cut miners reward by 50% with every 210.000 added blocks, but also to adjust the complexity of mathematical problem to the amount that is already mined, so that a new 1MB block containing roughly 4000 written transactions (Horvatić, Tafra, 2022:109) is created every ten minutes on average (Antonopoulos, 2014:2, 177-178; Đorđević, 2018:97-98; Raskin, 2015:976; Roth, 2015:528). Simple mathematics shows that the mining reward decreases roughly every four years. Since 11th May 2020, mining reward per block is 6.25 bitcoins. The rate at which new blocks (hence bitcoin) are added to the existing chain gradually decreases (until it reaches the number of 21.000.000).

The act of cutting off a miner’s reward by half is called “halving”. The idea behind the process of halving was to make bitcoin mimic gold even when it comes to the dynamic of its excavation (Đorđević, 2018: 98). From the economic and legal standpoint, through the process of halving, the deflationary nature of bitcoin comes to the fore because the already limited supply of coins is further reduced. For the purpose of comparison, at the time of writing this paper, more than 18,5 million (out of 21 million) bitcoin was released in circulation, but the last bitcoin will be released in circulation once block 13.230.000 is mined. Following the dynamic of the Network, it is estimated that this will happen approximately in the year 2137 (Antonopoulos, 2014:178; Raskin, 2015:976). This means that inflation percentage is controlled, not only through supply that is finite but also through 64 halving events, after which the circulation rate of a new bitcoin decreases.

3. Superhalving

Bitcoin was first recognized as money on the basis of the regulatory standpoint by the Financial Crimes Enforcements Network (Mirjanich, 2014: 214), then in judicial practice in the famous “*Silk Road*” cases (Raskin, 2015: 981-982; Zebec, 2018: 89) and in *SEC vs Shavers* case (Raskin, 2015: 979-980). Yet, although it is not wrong to think of bitcoin as a currency, as already noted, we like to think of Bitcoin as a payment system. It was the original idea (Syropyatov, 2021: 325) and Bitcoin was actually used in that capacity in first years, mostly for small online transactions (Vareško, Deković, 2022: 91).

The true potential of this system, which is impressive *per se*, can be fully comprehended only if it is perceived as part of the future decentralized financial system (DeFi). In his numerous lectures and interviews, Antonopoulos provides a great analogy by comparing the DeFi space with the Internet from early days. In that analogy, Bitcoin is compared to e-mail which was the first and (for a long time) single functional application on the Internet. In the DeFi space, Bitcoin is the first and (in many ways) the most important but not the only functional application. Precisely, the way the Bitcoin network uses the distributed ledger technology is nothing but one possible representation of true potential of incredible piece of computer engineering called a blockchain. Having in mind the countless functions of the Internet today, this analogy offers the best insight into the scale and the potential of the DeFi space.

Using this and other related technologies certainly goes way beyond the creation of different payment and even financial systems. Blockchain technology and cryptocurrencies, decentralization protocols in general, are part of a long-term proliferation cycle and they have an opportunity and capacity to further expand the innovation and opportunities that started in the early years of the Internet (Calcaterra, Kaal, Rao, 2020:204; Syropyatov, 2021:320). From the legal standpoint, there is no doubt that blockchain technology will reorganize any activity which requires public display of information (Cvetković, 2018:122). It also has a capacity to reorganize all decision-making activities of the slow and expensive state apparatus through a peer-to-peer decision making process (Abramowitz, 2015:7-9). It challenges the conventional assumption that centralized institutions, such as legislatures and courts, are needed to produce law of sufficient clarity to be workable (Abramowitz, 2015:9). Finally, it has been proven that blockchain technology is essential for future development of the present-day mainstream ideas, like IoT (Internet of Things) and IoE (Internet of Everything) (Horvat, Tafra, 2022:108). Thus, as impressive as they are, even the DeFi space, IoT or IoE will be just fragments, or applications of the so-called “Web 3.0”.

Yet, if we consider it strictly from the monetary standpoint, we believe that the existing centralized financial system is outdated, inefficient, incredulous, and needlessly expensive; as such, it will be replaced by a more efficient economic structure. It has been scientifically proven that the current size of cryptocurrency market and its growing strength has the capacity to disrupt the entire financial system (Vareško, Deković, 2022:91). From the ideological standpoint, the DeFi system seems to be the most obvious replacement. However, at this moment, more than a decade after the Bitcoin network became fully operational, the DeFi structure sounds a bit futuristic. Yet, the contours of the system are now clearly visible. Certain parts of the system are more than functional, and effects they create bring into life the basic idea of DeFi. It is visible in the process called “superhalving”.

To our knowledge, the term superhalving was used for the first time in a newsletter that the world renowned expert on cryptocurrencies Teeka Tiwari sent to his readers and subscribers. To explain his discovery, he used the analogy with halving. Superhalving refers to decreasing the number of coins in circulation but, unlike halving, superhalving is not tied to the Bitcoin code. According to Mr. Tiwari, it is a hypothetical situation related to the opportunities that miners now have in the DeFi ecosystem (Tiwari, 2021).

Miners provide computing power necessary to keep the Bitcoin blockchain operative, and the rationale for allocating their computing resources to the Network comes in the form of a newly released bitcoin. Until recently, miners were not in a position to hold coins they were rewarded with. To stay in the “race” for new coins in the environment of perpetually growing competition, they had no other choice but to sell earned coins to fund the upgrade of computing resources for further operations. This was their only option because ownership of any kind of crypto-asset was not gateway to (traditional) sources of capital (Tiwari, 2021).

Nowadays, the situation is remarkably different. First, financial institutions are now highly involved in the crypto-market (Magnuson, 2022: 884). They offer financial services and create highly profitable spaces for their clients related to Bitcoin, Ethereum, and other projects. Second, exchange traded funds, crypto-exchanges and miners, all catering to the cryptocurrency industry, have developed into major industries themselves (Magnuson, 2022: 884). According to Tiwari, miners are able for the first time to raise money through capital markets. According to his study, miners and crypto-companies have already raised more than ten times more capital for their future ventures than in previous years (Tiwari, 2021).

Furthermore, miners nowadays do not even have to have access to investment banks, capital funds or other selected institutional or individual investors. Similarly to Bitcoin, the DeFi is a monetary inclusive space in the absolute sense. Via alternative blockchain-based decentralized model of finance, it is possible to bypass unnecessary intermediaries and to step into virtual peer-to-peer capital relations. It is possible to borrow, save, schedule payment, trade, purchase insurance, invest, prove ownership, and even automatically rebalance a portfolio on the financial market which is always open, fully decentralized, remarkably safe, and almost completely immune to human errors. By means of the innovative investment apparatus, this financial ecosystem makes capital raising simple, informal, straight forward, and thus cheaper for miners across the globe, and anyone who wants to finance their future ideas and ventures. Through cryptocurrencies, smart contracts and tokens created on various blockchain platforms for potential investors and funders, regardless of where they are currently located, miners can provide the necessary capital for updating their mining equipment or other activities. It further means that miners do not have to immediately sell bitcoin they received as a mining reward. They can now hold it (which they do most of the times) with the intention to allocate their portfolio, realistically expecting its price to increase. This means even less coins in circulation, consequently reduced supply, and finally lowered inflation rate. In short, this is the process of superhalving.

We find the idea of superhalving to be very interesting. Still, although it was well elaborated, we believe that this phenomenon can and should be interpreted in a broader sense than suggested by Tiwari. It does not have to be strictly related only to the construction of a new crypto-financial digital world and opportunities in it. Other circumstances may create a similar effect and cause a decrease of the bitcoin volume. They should be researched under the same nominator, *i.e.* superhalving. In that context, we may mention two circumstances which have the greatest deflationary impact on the market.

First, in a technical sense, Bitcoin can be interpreted in various ways: as a software, as a network, as an application. In the economic sense, bitcoin can take over the role of currency, a payment system, a (digital) asset, and even the role of merchandise or commodity (Cvetković, 2018:129-133; Pernice, 2021:772). Considering its applicability and its role in general, different studies undoubtedly confirmed that bitcoin has constantly evolved¹⁸ (Vareško, Deković, 2022:91). It has become more diverse and globalized (Karabulut, Sari, 2022: 56). Given that the idea behind creating this system was to make a transfer of value as efficient as possible, *i.e.* to make the payment system effective, the growing spread of bit-

18 It is undoubtedly confirmed by the comprehensive study on the number of patents related strictly to Bitcoin and its chain (Cavalhiero, Cavalhiero, 2022: 211-216).

coin confirms that it can be characterized as a collectively recognized medium of exchange (Pernice, 2021:777). However, at this point, there are crypto-projects that allow more efficient, faster and less expensive allocation of value; so, bitcoin is rarely used for that purposes. Yet, bitcoin has a number of superior features (it is rare; it has limited supply and timely lowered issuance rate; it allows privacy, confidentiality and is thus immune to seizure; it is easily “portable”, easy to store and requires low or no maintenance; it is rather simple to use, and it is not someone’s liability. Due to these features, bitcoin behaves like digital gold, and is mostly used as a store of value. In other words, despite its obvious volatility, both the deflationary design of Bitcoin and its decentralized and global nature enhance its store of value properties (Baur, Dimpfl, 2021:2681). Thus, most of the time, bitcoin is more demanded as an asset than as a currency, so it mostly behaves as a store of value (Đorđević, 2018:100). This especially becomes evident in times of economic, geopolitical, or health crises such as one caused by the SARS-CoV-2 pandemic, or an ongoing energy crisis.

This is why individuals, big financial institutions, companies and even some governments include a certain amount of bitcoin into their portfolios to protect their savings and investments. They hedge against inflation as it is expected that gold-like assets behave contrary to stocks and fiat currencies in times of crises. Scientific research confirms that the diversification of portfolios through bitcoin (if traditional assets are also included) can be a great investment choice even for those investors who are not inclined to take higher risks (Syropyatov, 2021:323; Šoja, Senarathne, 2019:54-58). This means that all those entities do not purchase bitcoins (or rarely mine them) with the intention to use them for payment or transfer of value. They prefer long-time holding over engaging in transactions and releasing it into circulation, which leads to the overall supply reduction. As this is a natural tendency in the network, it is safe to say that this is also a type of superhalving.

Finally, there is another tendency in the crypto ecosystem that can be interpreted as a form of superhalving, and thus a deflationary mechanism, although it is quite accidental. As already noted, bitcoin is rather simple to use, store, and maintain. However, a certain degree of practical knowledge is necessary. Bitcoin can become unreachable if the “wallet”(the hard or online one) is mismanaged. The most common way to make a bitcoin inaccessible is to lose it.

In effect, it is impossible to lose a bitcoin because coins are permanently linked to the network. At any time, the Network participants can determine at what address every single coin is located. But then, private keys that allow access to coins stored to a certain address are the “symbol” of ownership (Raskin, 2015: 977, 1002), and they can be lost (Hutchinson Dowd, 2015:361). Bitcoin wallets,

especially the hard ones, can also be lost. As estimated, about 20% of bitcoins that are released into circulation have become permanently unavailable (Mijatović, 2022:103). Further, it is reasonable to expect that more bitcoins will be “lost” over a course of time; therefore, the actual supply of bitcoin, although unknown due to the risk of permanent loss (Hutchinson & Dowd, 2015: 361), is definitely smaller than it is preprogrammed and will get gradually reduced. This makes a bitcoin even more deflationary than previously projected.

4. Conclusions

It is a well-known fact that money is usually, but not necessarily, subjected to a state monopoly (Pernice, 2021: 773). Until recently, the general public was not prepared to question the dogma of the governments prerogative of “producing” money (Hayek, 1976:20). Nowadays, the general public is not eager to unquestionably accept the *lex monetae* concept and governments monopoly on issuing money. Competitive ideas are well formulated, and relevant sources are just “a few clicks away”. Still, the idea presented in a white paper titled “*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*” is undeniably the most thought-provoking one. The recently conducted comprehensive statistical analysis confirms that this is the general opinion in academic circles (Karabulut, Sari, 2022: 58-66). Even the critics of the Bitcoin tecno-economic architecture agree that Bitcoin undeniably demonstrates the practical possibility of fully decentralized monetary system based primarily on distributed trust (Hutchinson & Dowd, 2015:380).

Although stable coins are referred as “Hayek’s money” (Syropyatov, 2021: 322-323), those backed up by precious metals (such as gold) but primarily those backed up by parent fiat currencies, cannot be used for the final implementation of Hayek’s theory in real economy (Syropyatov, 2021: 328). We believe that it is the Bitcoin that is the actual embodiment of the old idea of issuing *different* kinds of money which represent different abstract units fluctuating in their value relative to one another (Hayek, 1976: 25), and that are clearly distinguishable by different denominations among which public could choose freely (Hayek, 1976: 21). The entire Bitcoin system promotes this idea in a way like no other money-like asset has ever done before. Moreover, relying entirely on advanced technological concepts, Bitcoin does not depend on governments’ permission of any kind and is not limited by state borders¹⁹. This intriguing system has been stress-tested numerous times. Although it is not fully stable and is far from perfect, all turbulations have made the system only more resilient. This can-

19 It was recorded that even in 1999 Milton Friedman stated that the one thing that’s missing, but that will soon be developed, is a reliable e-cash: a method whereby on the Internet you can transfer funds from A to B without A knowing B or B knowing A (Zebec, 2018: 88).

not be said about its direct competitors – government issued currencies. Quite the opposite. In a short period of time, specifically from the moment when the World Health Organization recognized the outbreak of the SARS-CoV-2 pandemic triggered by a new type of coronavirus, the bitcoin was transformed from a subcultural phenomenon into the most popular and appreciated (digital) asset in not more than a few months. The very nature of the SARS-CoV-2 pandemic, primarily the need to limit physical contact, favoured the digitalization of all models of performing day-to-day activities and consequently created a perfect environment for all crypto-projects (Mijatović, 2022:94). Yet, the very fact that a bitcoin on a free market is about 20.000 times more valuable than USD suggests that there is more to it. This is true regardless of whether bitcoin is perceived as money or not.

The theory of competitive currencies, particularly currencies that are not issued by a state or any central authority, proves to be sustainable at least. Actually, if we have a centralized and coercive order on the one hand and a voluntary and decentralized system on the other hand (McGinnis, 2020: 59), it appears that “a voluntary agreement to use a specific item as a means of payment” (Đorđević, 2018:97; McGinnis, 2020:61) can even be superior to the “currency monopoly” dogma. Yet, as we see it, detection of deflationary mechanisms built in Bitcoin source code, and recognizing them as immutable by general public, is the biggest secret to its success. Obviously, this is not the only interesting feature of the Bitcoin system but, in times of crises such as the one triggered by SARS-CoV-2 virus and its numerous variants, those features come to fore, especially when compared to the mode of operation of “imperative” currencies. Anyhow, this observation has been supported by judicial practice. In certain cases, courts precisely stated that bitcoin is deflationary by nature and that it could be a better store of value than numerous legal currencies around the world which are very susceptible to inflation (Pernice, 2021: 778).

The Bitcoin system questions the universally accepted idea of state sovereignty on the subject of money issuance. Theoretically, Bitcoin does not undermine monetary sovereignty; in effect, the community can even contribute to the exercise of this type of sovereignty by giving trust to a means of exchange other than legally imposed ones (Pernice, 2021: 775). It is natural that this approach seems suspicious, even more so because this system does not offer answers to all the questions arising in the completely decentralized and unregulated free currency market. Still, this is a fascinating financial assemblage. Numerous technological and economical features make it appealing for all those who are eager to explore possible alternatives to state supremacy in this field. The question whether those alternatives are sustainable, and to what extent, remains to be answered. Yet, we truly believe that deflationary mechanisms, even simple ones

like those built in the Bitcoin system, must be welcomed as parameters in the current or the next phase of both money and monetary obligations evolution.

References

Abramowicz, M. B. (2015). Peer-to-Peer Law, Built on Bitcoin. *GWU Law School Public Law Research Paper 2015-9, GWU Legal Studies Research Paper*. No. 2015-9, Retrieved 02 March 2023 from <https://ssrn.com/abstract=2573788> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2573788>

Antonopoulos, M. A. (2014). *Mastering Bitcoin: Unlocking Digital Cryptocurrencies*. Sebastopol: O'Reilly Media, Inc

Baur, D. G., Dimpfl, T. (2021). The volatility of Bitcoin and its role as a medium of exchange and a store of value. *Empirical Economics*. 61 (5). 2663–2683.

Cachanosky, N. (2019). Can Bitcoin become money? The monetary rule problem. *Australian Economic Papers*. 58 (4). 365–374.

Caetano, R. (2015). *Learning Bitcoin*. Birmingham: Packt Publishing

Calcaterra, C., Kaal, W. A., Rao, V. (2020). Stable Cryptocurrencies. *Washington University Journal of Law & Policy*. 61, 193-227

Catanzaro, Z. L., Kain, R. (2020). The Revolution Will Be Memorialized: Selected Blockchain-Based Smart Contract Use Cases. *Florida Bar Journal*. 94 (5). 52–56

Cavalheiro, G. M. do C., Cavalheiro, M. B. (2022). Assessing technological trends through patent landscaping: The case of Bitcoin. *Journal of World Intellectual Property*. 25 (1). 206–219

Cvetković, M. (2018). Novčane obaveze i kriptovalute. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 57 (81). 119-138

Цветковић, П. (2020). Блокчејн као правни феномен – уводна разматрања. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 59 (87). 127-144

Dimitrijević, M. (2018). Elektronski novac u savremenom monetarnom pravu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 57 (81). 221-236

Dinić, V. (2014). Bitkojn kao decentralizovana valuta. *Bankarstvo*. 43 (2). 108-137

Đorđević, A. (2018). The Application of Advanced Technologies in the Field of International Finances: Bitcoin Phenomenon. *Ekonomika*. 64 (1). 95-104

Garratt, R., Wallace, N. (2018). Bitcoin 1, Bitcoin 2,: An Experiment in Privately Issued outside Monies. *Economic Inquiry*. 56(3). 1887-1897

Hayek, F. A. (1976). *Denationalization of Money (An Analysis of the Theory and Practice of Concurrent Currencies)*. London: The Institute of Economic Affairs. Retrieved 10 March 2023 from <https://iea.org.uk/wp-content/uploads/2016/07/Denationalisation%20of%20Money.pdf>

Horvatić, H., Tafra, V. (2022). Identifikacija komercijalne blockchain tehnologije te izazovi i opasnosti primjene kroz konkretne primjere. *Obrazovanje za poduzetništvo - E4E*. 12 (2), 105-120

Hutchinson, M., Dowd, K. (2015). Bitcoin Will Bite the Dust. *CATO Journal*. 35 (2). 357–38. Retrieved 1 March 2022; <https://www.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/cato-journal/2015/5/cj-v35n2-12.pdf>

Jović, Ž., Nikolić, I. (2022). The Darker Side of Fintech: the Emergence of New Risks. *Zagreb International Review of Economics & Business*. 25 (SCI). 46-63

Karabulut, T. Sari, S.S. (2022). The attitude of academic staff towards Bitcoin. *Ekonomski vjesnik*. 35 (1), 55-67

Karame, G., Androulaki, E. (2016). *Bitcoin and Blockchain Security*. Boston, London: Artech House

Magnuson, J. W. (2022). The Failure of Market Efficiency. *Brigham Young University Law Review*. 48 (3). 827-908 Retrieved 21 April 2023 from https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4096270

McGinnis, J. O. (2020). Bitcoin's Nature and Its Future. *Harvard Journal of Law & Public Policy*. 43 (1). 59–66. Retrieved 11 February 2022 from <https://ezproxy.nb.rs:2076/login.aspx?direct=true&db=aph&AN=141404064&site=eds-live>

Mijatović, N. (2022). Pravna (ne)uređenost kriptovaluta i njihov utjecaj na industriju osiguranja. *Hrvatski časopis za OSIGURANJE*. (6). 93-106

Mirjanich, N. (2014). Digital Money: Bitcoin's Financial and Tax Future despite Regulatory Uncertainty. *DePaul Law Review*. 64 (1). 213–248

Nakamoto, S. (2008). *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. [Electronic version]. Retrieved 29 January 2021 from <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>

Pernice, C. (2021). Bitcoin: Civil Law Topics and Issues. *Italian Law Journal*. 7 (2). 769–802

Radulović, S. (2021). Bitcoin and Cryptocurrency Clauses. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 60 (93). 29-44

Raskin, M. I. (2015). Realm of the Coin: Bitcoin and Civil Procedure. *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*. 20 (4). 969–1011

Roth, N. (2015). An Architectural Assessment of Bitcoin: Using the Systems Modeling Language. *Procedia Computer Science*. 44. 527-536.

Syropyatov, V. A. (2021). Stablecoins as an implementation of Hayek's private money theory. *Russian Journal of Economics and Law*. (2). 318–331. Retrieved 10 March 2023, from <https://doi.org/10.21202/1993-047X.15.2021.2.318-331>

Šoja, T., Senarathne, C. W. (2019). Bitcoin i diversifikacija portfolija - perspektiva globalnog investitora. *Bankarstvo*. 48 (4), 44-63

Teomete Yalabık, F., Yalabık, İ. (2019). Anonymous Bitcoin v enforcement law. *International Review of Law, Computers & Technology*. 33(1), 34–52 Retrieved 13 January 2023 from <https://ezproxy.nb.rs:2076/login.aspx?direct=true&db=buh&AN=134805585&site=eds-live>

Tiwari, T. (2021). The Super Halving Explained. *Palm Beach Daily*, editors letter to subscribers dated 18.05.2021.

Turudić, D.A., Milić, J., Štulina, K. (2017) Korištenje kripto valuta u međunarodnom poslovanju. *Zbornik sveučilišta Libertas*. 1-2 (1-2). 191-210

Vareško, A., Deković, D. (2022). Utjecaj pandemije COVID 19 na povezanost kretanja cijena bitcoina i vodećih svjetskih burzovnih indeksa. *Zbornik radova Međimurskog veleučilišta u Čakovcu*. 13 (2). 89-99

Zebec, S. (2018). Pravna regulacija bitcoina i ostalih virtualnih valuta u nekim neeuropskim zemljama i hrvatskom zakonodavstvu. *Zbornik radova Međimurskog veleučilišta u Čakovcu*. 9 (1). 87-91

*Др Срђан Радуловић,
Доцент,
Правни факултет, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у
Косовској Митровици
Република Србија*

О ДЕФЛАТОРНОЈ ПРИРОДИ БИТКОИНА

Резиме

Виртуелни систем за плаћање Биткоин представљен је крајем 2008. године. Ипак, и данас недостају одговори на нека од фундаменталних питања. Једно од тих питања је да ли је Биткоин заиста новац или нешто сасвим друго.

Биткоин као систем примарно је дизајниран не са циљем да се створи „нова врста новца“ у најужем смислу већ са циљем да се створи платформа која обезбеђује да се трансфер вредности изврши на што је ефикаснији начин могуће. Ипак, иако то није суштински, биткоин има капацитет да преузме улогу новца, а тај капацитет је препознат и у судским одлукама. Препознајући и уважавајући тај капацитет, у овом раду презентујемо резултате претежно емпиријског истраживања спроведеног претходно о нестабилној, али опет изразито дефлаторној природи биткоина и њеном утицају на новчане облигације. Конкретно, иако би идеја могла бити контроверзна из више разлога, а волатилна природа „цене“ биткоина је свакако један од њих, сматрамо да периодична депресијација његове вредности не значи да је биткоин инфлаторан. Напротив, биткоин је дефлаторан по природи. Различити уграђени механизми, али и нови начини примене истичу ту природу. Дакле, у раду користимо различите технике аналитичког метода, најпре да издвојимо различите дефлаторне механизме, како оне програмиране тако и оне фактичке, а затим и да их опишемо. Даље, у раду користимо синтетичке методе, најпре генерализацију и апстракцију, да сумирамо резултате истраживања који потврђују као тачну полазну хипотезу да је биткоин по природи изразито дефлаторан и поред његове нестабилности, те да се може користити као заштитни механизам у монетарним облигацијама.

Кључне речи: *Биткоин, новчане облигације, уговор, валутне клаузуле, криптовалутне клаузуле, дефлација.*

II РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА

Босилка Чубриловић Стаменић*
Виши асистент,
Правни факултет, Универзитет у Бањој Луци
Република Српска

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
DOI: 10.5937/zrpf1-44616

UDK: 628.1:341.223.2](497.6)
UDK: 556.1:005]:34(497.6)
Раd примљен: 03.06.2023.
Раd прихваћен: 30.08.2023.

ВОДЕ КАО ПРЕДМЕТ КОНЦЕСИЈЕ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Апстракт: Интересовање за тему коришћења вода по систему концесија у домаћем законодавству, аутору је побудила Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине у предмету бр. У-16/20. Анализа наведене одлуке отворила је шири простор за промишљање, те је предочени чланак настао као плод истраживања ове тематике. Раd је методолошки заснован на нормативној анализи Закона о концесијама, те Закона о стварним правима, који има функцију кровног законодавног акта, када се дискутује о стварноправним институтима у Републици Српској. Иако се у првом дијелу рада бавимо посебним правним уређењем појединих врста ствари и дефинисањем појмова воде, водних добара и водних објеката, као предмета права својине, у фокусу рада су ипак релевантна питања везана за воде, као концесионо добро. Предмет концесије може бити право обављања широког опсега привредних дјелатности, а када су у питању воде, најчешће се ради о коришћењу јавног водног добра (воде за технолошки процес у обављању привредних дјелатности, воде и водног земљишта за коришћење хидроакмулација, купалишта, рибњака, водног земљишта за реализацију неке од привредних дјелатности, као и вађење материјала из водотока). Поред наведеног, енергетски потенцијал воде може да се користи и када је објекат концесије изградња и коришћење енергетских постројења, као једног од најважнијих економских аспеката експлоатације вода. У последњем дијелу рада обрађена је пракса Уставног суда, преваходно у вези са институтом концесија, али и једним ширим питањем које се све више потенцира у домаћој јудикатури, а то је концепт „државна имовина“.

Кључне ријечи: концесија, воде, ВОТ модел, „државна имовина“, јавна својина.

* bosiljka.cubrilovic-stamenic@pf.unibl.org

1. Увод

У Републици Српској (РС) област концесија уређена је Законом о концесијама¹ који је, уз извијесне измјене и допуне, на снази од 2013. године. Законом је поближе регулисана материја која се односи на предмет и надлежност за додјелу концесија, политику додјеле концесија, начин и поступак додјеле концесија, елементе уговора о концесији и престанак уговора о концесији, права и обавезе концесионара и концедента и друга питања од значаја за остваривање концесија, с тим да ћемо се у овом раду бавити искључиво концесијама у контексту искоришћавања вода, као природног ресурса. Концесија је право обављања привредних дјелатности коришћењем јавних добара, природних богатстава и других добара од општег интереса, као и право на обављање дјелатности од општег интереса, а то право се уз плаћање концесионе накнаде уступа концесионару на одређено вријеме, под условима прописаним ЗоК.

Успостављање концесионог система у националном праву имало је за циљ креирање подстицајаног правног оквира за привлачење страних и домаћих инвестиција, уз истовремено инсистирање на одговорном управљању природним богатствима и општим добрима. Република Српска располаже значајним капацитетима и природним ресурсима, који уз правилну употребу умногоме могу да допринесу развоју и јачању домаће привреде.

На овом мјесту укратко ћемо изложити систематику рада који је подијељен у три цјелине. У првом дијелу рада аутор настоји да прецизира поједине врсте ствари, сходно њиховом посебном правном регулисању. Дефинисани су институти опште добро, јавно добро и добро од општег интереса, онако како је то нормирано позитивним законодавством РС. За дискусију о концесијама круцијално је схватање разлика између ових појмова, јер поједине врсте ствари због својих особина или правне регулативе нису подобне да буду објекат права својине и других стварних права. Такође, аутор прави дистинкцију између појмова воде, водна добра и водни објекти, као потенцијалних објеката права својине, односно предмета концесије. У централном дијелу рада, обрађена је тема коришћења вода по моделу концесија у праву РС. Воде су опште добро које је под посебном заштитом државе (ентитета), те се користе под условима и на начин које обезбјеђује њихову рационалну употребу. Према домаћем позитивном законодавству, воде се могу користити у режиму концесија и у режиму јавно-приватног партнерства, с тим да је овај први модел нешто више заступљен у пракси. Овдје смо се бавили и појмом, предметом и различитим врстама концесија, са посебним освртом на ВОТ модел који је најчешће коришћени

1 Закон о о концесијама (ЗоК), *Сл. гласник РС*, 59/13, 16/18, 70/20 и 111/21.

модел пројектног финансирања инфраструктурних пројеката. На концу, анализирана је пракса Уставног суда Босне и Херцеговине (Уставни суд), демистификована конструкција „државна имовина“, као и њено довођење у везу са надлежностима за додјелу концесија, те је извршена детаљнија разрада одлуке донијете у предмету бр. У-16/20².

2. Претходно разјашњење – посебно правно уређење појединих врста ствари

Ствари су материјални дијелови природе, који могу бити у својини физичког или правног лица (чл. 5, ст. 1 Закона о стварним правима³). Међутим, постоје ствари које због својих особина или правног регулисања нису подобне да буду објекат права својине и других стварних права. Закон о стварним правима све ствари нормира на општи и посебан начин.

Општи режим стварноправног уређења обухвата универзална правила која се примењују на све врсте ствари над којима физичко или правно лице може да има право својине. С друге стране, посебно уређење стварних права представља изузетак од овог општег режима и односи се искључиво на одређене врсте ствари које су од ширег друштвеног значаја, попут: општих добара, јавних добара и добара од општег интереса. Између ових добара никако не можемо ставити знак једнакости, иако су, неријетко, границе врло флуидне. Потенцијални проблем код разграничења наведених појмова представља чињеница да ЗСП, али и други посебни закони⁴, не дефинишу концепт општег добра, јавног добра и добра од општег интереса, већ су поједине врсте ствари наведене *exempli causa*. Сходно томе, из праксе Уставног суда произилазе различита, често неадекватна, тумачења ових појмова, која за крајњи резултат имају погрешну примјену правних правила за посебне врсте ствари.

Нису објекат права својине и других стварних права они дијелови природе који по својим особинама не могу бити у власти физичког или правног лица појединачно, него су на употреби свима под једнаким условима (чл. 7, ст. 1 ЗСП). Дакле, општа добра (*res communes omnium*) као што су ваздух, вода у ријекама, изворима, језерима и мору, нису уопште ствари, односно нису пододбна да буду објекат својине, јер не испуњавају физички услов (не могу бити у људској власти), али ни правни услов (*res extra commercium*). Општа

2 Одлука Уставног суда БиХ бр. У-9/19, *Службени гласник*, 16/20.

3 Закон о стварним правима (ЗСП), *Сл. гласник РС*, 124/2008, 3/2009 – испр. 58/09, 95/11, 60/15, 18/16 – одлука УС, 107/19, 1/21 – одлука УС и 119/21 – одлука УС.

4 Закон о водама (ЗВ), *Сл. гласник РС*, 50/06, 92/09, 121/12 и 74/17; Закон о рударству, *Сл. гласник РС*, 62/18; Закон о ловству, *Сл. гласник РС*, 60/09 и 50/13 и др.

добра су „...само једна подврста добара од општег интереса...” (Бабић, Медић, Хашић, Повлакић, Велић, 2011: 145). Општа добра не могу бити ни у својини државе, њима само управља држава или неки субјект јавне власти, али не као власник, већ као империјум (Gavella, 2011: 137). Иако општа добра не могу бити у власти физичког или правног лица, сви субјекти права их могу употребљавати под једнаким условима. На општим добрима се може успоставити и одређени стварноправни однос издвајањем појединих сегмената општег добра, након чега они постају предмет својине и других стварних права (чл. 7, ст. 3 ЗСП). Тако нпр. слободни дијелови природе, као што је вода у ријеци, начелно не могу бити у људској власти, све док се вода из ријеке не издвоји у посебан чанак (посуду), када прелази у својину лица које ју је издвојило. Такође, ЗоК регулисана је могућност да концент (Влада РС, у име РС или скупштина јединице локалне самоуправе, у име јединице локалне самоуправе) на одређени временски период и уз плаћање концесионе накнаде уступи концесионару (привредно друштво) на употребу и коришћење неко опште добро. Иако се налазе у несвојинском правном режиму, општа добра се уписују као својина РС, а такав упис има декларативан карактер, јер својство општег добра ствари стичу на основу саме своје природе, без доношења посебног акта о проглашењу општег добра (Бабић, Јотановић, 2020: 265).

Јавна добра су ствари које су по закону намијењене да служе свима под једнаким условима, као што су: јавни путеви, улице, тргови и друго (чл. 7, ст 2 ЗСП). Јавна добра (*res publicae*) су у истом правном режиму као и општа добра, јер нису пододна да буду објекти стварноправних односа, с тим да јавна добра не испуњавају правни услов. Дакле, по својим природним карактеристикама јавна добра би могла бити предмет права својине, али им је правни поредак одузео својство објекта, а право својине и друга стварна права не могу егзистирати без објекта (предмета). Управо у овом сегменту можемо да идентификујемо дистинкцију између општих и јавних добара – оно што по својој природи не може бити објекат стварноправног односа је опште добро, а оно што је законом намијењено за општу употребу свих представља јавно добро (Бабић et. al. 2011: 146).

Добра од општег интереса, за разлику од општих и јавних добара, имају другачији правни статус. Она су *genus proximum*, јер поред општих, обухватају и низ других добара, природних ресурса, ствари које су подвргнуте посебном правном режиму. Добра од општег интереса, а која нису општа добра, јесу ствари у грађанскоправном смислу (грађевинска земљишта, пољопривредна земљишта, шуме и шумска земљишта, заштићени дијелови природе, биљни и животињски свијет, ствари од

културног, историјског и еколошког значаја⁵), те могу бити објекат стварних права. Да би одређена ствар била добро од општег интереса, као таква треба да буде проглашена посебним законом (чл. 2, ст 2 ЗСП). Закон о стварним правима није мјеродаван за одређивање да ли је нека ствар добро од општег интереса, његова улога је да створи правни оквир за режим који се примјењује на стварима које су примјеном *lex specialis* проглашене добрима од општег интереса.⁶

3. Воде, водна добра и водни објекти као предмет права својине

Воде представљају природно богатство које се користи под условима и на начин који обезбјеђује њихову рационалну употребу. У националном законодавству, воде су дефинисане као опште добро које је под посебном заштитом РС (чл. 8 ЗВ, у вези са чл. 7, ст. 1 ЗСП). За разумијевање правног статуса вода, неопходно је да укажемо на разлике између појмова воде, водно добро и водни објекти. У смислу ЗВ, „вода“ означава *сву воду у унутрашњости Републике Српске, која је стајаћа или текућа по површини земље и свака подземна вода ближе земљи дуж базне линије границе територије* (чл. 4, ст 1, т. 1 ЗВ). Дакле, под концептом „вода“ подводимо сва водна тијела у унутрашњости РС: површинске воде, подземне воде, ријеке и језера.⁷ За разлику од воде, „водно добро“ подразумева *водно земљиште, воде и водне објекте, који због свог нарочитог значаја јесу добра од општег интереса и под посебном су заштитом* (чл. 9, ст 1 ЗВ). Дакле, водно добро представља јединство водног земљишта, воде и објеката који су у чврстој вези са земљиштем. На основу претходно наведеног, прилично је јасна тачка раздвајања појмова вода и водно добро, као и њихов потпуно другачији правни статус. За разлику од вода у морима, ријекама, језерима, изворима које су опште добро, те стога не могу бити објекат права својине, водно добро, као добро од општег интереса, може бити предмет стварних права, па самим тим и у својини титулара права. Потенцијални проблем може да представља колизија у регулацији правног

5 Види чл. 8, ст. 1 ЗСП, у вези са чл. 59 Устава Републике Српске (Устав РС), *Сл. гласник РС*, 21/1992 – пречишћен текст, 28/1994 – Амандмани XXVI-XLIII, 8/1996 – Амандмани XLIV-LI, 13/1996 – Амандман LII, 15/1996 – испр., 16/1996 – Амандман LIII, 21/1996 – Амандмани XLIV-LI, 21/2002 – Амандмани LIV-LXV, 26/2002 – испр., 30/2002 – испр., 31/2002 – Амандмани XCIII-XCVIII, 69/2002 – Амандмани XCIX-CIII, 31/2003 – Амандмани CIV и CV, 98/2003 – Амандмани CVI-CXII, 115/2005 – Амандман CXIV, 117/2005 – Амандмани CXV-CXXI и 48/2011 – Амандман CXXXII и *Сл. гласник БиХ*, 73/2019 – одлука УС БиХ.

6 Више о овим питањима (Gavella, 2012: 1445–1490; Јотановић, 2015: 187–207).

7 Сви појмови су дефинисани Основним одредбама закона, чл. 4, ст. 1, т. 2–5 ЗВ.

режима вода (у ријекама, изворима, језерима, морима), јер је у ЗСП⁸ вода нормирана као опште добро, док је у ЗВ, вода, као саставни дио концепта водно добро, регулисана као добро од општег интереса (упор. чл. 7, ст. 1 ЗСП и чл. 9, ст. 1 ЗВ).

Друга категорија за уређење права и обавеза субјеката права јесте „јавно водно добро“, које чине сви сегменти водног добра, као што су: земљишне честице, водни или хидротехнички објекти, ријеке и потоци са дефинисаним морфолошким, геолошким и хидролошким садржајем, који су до дана ступања на снагу овог закона били уписани у земљишним књигама, односно катастру непокретности као јавно водно добро од општег интереса или су дефинисани у другим документима јавног карактера, односно који су на основу закона постали државна својина (чл. 10, ст. 1 ЗВ). Нормирано на овакав начин, јавно водно добро је добро од општег интереса у својини РС. Овлашћења управљања јавним водним добром врше органи управе, јавна установа или надлежни субјекти са јавним овлашћењима, у оном обиму и на начин како им је законом или другим актима надлежног органа пренесено у надлежност (чл. 10, ст. 3 ЗВ). Припадност јавном водном добру утврђује се на основу уписа у јавне евиденције. Јавно водно добро не може бити предмет промета, али трећа лица могу бити закупци или концесионари (чл. 11, ст. 1 и 3 ЗВ).

И последња релевантна група јесу „водни објекти“. *Водни објекти и системи, заједно са припадајућом опремом који чине техничку, односно технолошку цјелину, служе за уређење водотока и других вода, заштиту од штетног дјеловања вода, захватања вода ради њиховог намјенског коришћења, за праћење стања вода и за заштиту вода од загађивања и одржавање акватичних екосистема* (чл. 14 ЗВ). С обзиром на то која је њихова намјена, водни објекти могу бити: заштитни, објекти за заштиту од ерозија и бујица, водни објекти за одводњавање и водни објекти за коришћење и искоришћавање вода. Својински статус ових објеката првенствено зависи од њихове намјене, па су тако заштитни водни објекти у својини РС, а остали само уколико то буде утврђено посебном одлуком надлежног органа управе (чл. 16, ст. 1–2 ЗВ). Изузетак од овог правила односи се на објекте за заштиту од ерозија и бујица, водне објекте за одводњавање, водне објекте за коришћење и искоришћавање вода, који могу бити и у својини јединице локалне самоуправе, односно у својини физичких и правних лица, који имају својину над земљиштем на коме је изграђен водни објекат (чл. 16, ст. 2–3 ЗВ).⁹

8 Исто и у чл. 8, ст. 1 ЗВ.

9 О управљању водама, водним добрима и водним објектима (Радић, 2021: 64–66).

Након што смо разријешили разлике између појмова воде, водно добро и водни објекти, у наставку рада биће говора о коришћењу (употреби) вода по моделу концесија у домаћем праву.

4. Коришћење вода у режиму концесија

Цијенећи значај вода као општег добра, позитивним законодавством прецизиран је појам коришћења вода, као поступак захватања, црпљења и употребе површинских и подземних вода за различите намјене (снабдијевање водом за пиће, санитарне и технолошке потребе, наводњавање и друго), односно искориштавање водних снага за производњу електричне енергије и друге погонске потребе, за узгој рибе, за пловидбу као и за спорт, купање, рекреацију и друге сличне намјене. Приступ води је основно људско право, те је важно апострофирати да је свакоме дозвољена тзв. општа употреба вода, односно сваком лицу је дозвољено да користи воде обичним начином који не захтијева посебне направе и не искључује друге од једнаког коришћења.¹⁰ У супротном, неопходна је сагласност или дозвола надлежног органа (чл. 50, ст. 1 и чл. 51, ст. 1 ЗВ).

Воде се могу користити у режиму концесија и у режиму јавно-приватног партнерства,¹¹ с тим да ћемо на овом мјесту анализирати само правне аспекте коришћења вода по моделу концесија. Правни оквир за регулисање ове материје чини чл. 59, ст. 2 Устава РС, који прописује да се законом уређује заштита, коришћење, унапређивање и управљање добрима од општег интереса, као и плаћање накнаде за коришћење добара од општег интереса и градског грађевинског земљишта, затим ЗоК (чл. 6, ст. 1, т. б) који нормира предмет концесија, као и релевантне одредбе ЗВ¹². Дакле, за свако коришћење вода које прелази опсег опште употребе, односно слободног коришћења воде, титулар мора добити посебну дозволу у виду концесије. Један од разлога за то је и чињеница да усљед прекомјерног или коришћења вода без надзора, може доћи до озбиљних посљедица по животну средину. Посматрано са историјског аспекта, под појмом концесије подразумијевала се одређена привилегија, али је израз временом попримио прецизнију

¹⁰ „Сви људи, без обзира на степен развоја друштва, те социјалне и економске услове у којима живе, имају право на приступ пијаћој води у квантитету и квалитету који одговара њиховим основним потребама.“ (прев. аут). (II Community Water Supply). Report of the United Nations Water Conference. Преузето 30. 3. 2022. <https://www.ielrc.org/content/e7701.pdf>.

¹¹ Закон о јавно-приватном партнерству у Републици Српској, *Сл. гласник РС*, 59/09, 63/11 и 68/20.

¹² Види нпр. чл. 11, ст. 3, чл. 115, чл. 138 ЗВ и др.

конотацију, па данас овај институт представља класично уступање одређеног права физичком или правном лицу, од стране државе која иступа са позиције суверенитета (*iure imperii*). Иако концесија није нов правни институт, о њеној правној природи егзистирају различите теорије. Постоје становишта да је концесиони посао административне природе, тј. да се даје у форми управног акта, те да се не ради о приватно-правном, већ о јавно-правном односу између државе као носиоца јавне власти и привредног друштва. Друго схватање представља теорија о уговорној природи концесије, са образложењем да је правни основ концесије уговор између концедента и концесионара, док је по трећем мишљењу концесиони посао, правни посао мјешовите природе (Ђурђевић, 2004: 400–401). Иако држава може преносити одређена управна права на приватни сектор (привредна друштва) кроз концесије, она и даље задржава свој основни суверенитет над тим ресурсима. Дакле, узевши у обзир кумулативне чињенице да је држава једна од уговорних страна у уговору о концесији, а да је предмет уговора обављање привредне дјелатности од јавног интереса, у овом раду приклонили смо се првој теорији, према којој држава као концесионар иступа са позиције суверенитета.

Концесија (lat. *concession* – уступање, допуштење, давање повластице) је право обављања привредних дјелатности коришћењем јавних добара, природних богатстава и других добара од општег интереса, као и право на обављање дјелатности од општег интереса, а то право се уступа концесионару на одређено вријеме, уз плаћање концесионе накнаде (чл. 2 ЗоК). Дакле, ради се о праву које титулару омогућује да користи одређене ресурсе или да врши дјелатности од општег интереса уз плаћање одговарајуће новчане накнаде, при чему концесионар сноси ризик везан за економску експлоатацију предмета концесије. Концесионар је дужан да концеденту плаћа концесиону накнаду у износу и на начин утврђен ЗоК и уговором о концесији. Концесионална накнада је обавезан елемент уговора о концесији, новчаног је карактера, а састоји се из: 1. накнаде за уступљено право, која се плаћа једнократно при закључивању уговора о концесији и 2. концесионе накнаде за коришћење. Зависно од предмета концесије, концесионална накнада за коришћење изражава се процентуално у односу на годишњи приход остварен од обављања концесионе делатности, или по јединици мјере. Концесионална накнада за уступљено право приход је буџета РС, односно буџета јединице локалне самоуправе, зависно од надлежности за додјелу концесије (чл. 29 ЗоК).

Правни основ за регулисање међусобних права и обавеза представља уговор о концесији закључен у писаној форми између концедента, с

једне стране, и концесионара као изабраног најповољнијег понуђача,¹³ с друге стране. Уговор о концесији се закључује на рок који не може бити дужи од 50 година (у пракси је већина уговора додијељена на 30 година, са могућношћу да се у преговарачком поступку продужи рок трајања уговора). Рок концесионог уговора одређује се у зависности од предмета концесије, времена потребног за поврат уложеног капитала и остваривања планиране добити на основу концесионе дјелатности.¹⁴

Предмет концесије може бити право обављања широког опсега привредних дјелатности, с тим да се најчешће ради о областима које државни органи из одређених разлога не могу или неће да врше самостално, те их преносе на друго лице уз одговарајућу новчану накнаду.¹⁵ На тај се начин оставарују јавни интереси али и обезбјеђује функционисање јавних служби и привредни развој. Када су у питању воде, предмет концесије може бити коришћење јавног водног добра [воде за технолошки процес у обављању привредних дјелатности, воде и водног земљишта за коришћење хидроакумулација, купалишта, рибњака, водног земљишта за реализацију неке од привредних дјелатности или за реализацију других предмета концесије, као и вађење материјала из водотока (шљунка, пијеска, камена) према програму уређења водотока (чл. 6, ст 1, т. б. ЗоК)]. Поред овога, енергетски потенцијал воде може да се користи и када је објекат концесије изградња и коришћење енергетских постројења, као једног од најважнијих економских аспеката експлоатације вода.

Концесије којима се предвиђа изградња или реконструкција објеката, постројења или погона све више се реализују по BOT моделу [изгради – користи – предај (енг. *Build – Operate – Transfer*)], што подразумева изградњу или реконструкцију и финансирање комплетног објекта, постројења или погона, његово коришћење и предају у својину концеденту у уговореном року. BOT модел је најчешће коришћени модел пројектног финансирања инфраструктуре, с тим да су се у пословној пракси обликовали и други облици пројектног финансирања као што су: BOOT посао [изгради –

13 Понуђач је свако домаће или страно правно или физичко лице, конзорцијум два или више уговором повезаних правних лица, који је доставио понуду у поступку додјеле концесије (чл. 5, ст. 1, т. г. ЗоК).

14 Комисија за концесије РС води регистар уговора о концесијама који представља јединствену евиденцију уговора о концесијама додијељеним на територији РС. Уговор о концесији се обавезно уписује у регистар уговора о концесијама. Регистар уговора о концесијама садржи податке о називу концесионара, називу концедента, предмету концесије, висини концесионе накнаде, датуму закључења концесионог уговора и периоду трајања концесије. (чл. 35 ЗоК).

15 Свеобухватан предмет концесија у праву РС регулисан је чл. 6 ЗоК.

имај у својини – управљај – пренеси (енг. *Build – Own – Operate – Transfer*)), BOT посао [модернизуј – управљај – пренеси (енг. *Moderate – Operate – Transfer*)], ROT посао [реновирај – управљај – пренеси (енг. *Refurbish – Operate – Transfer*)] и др. Тако и чл. 7, ст. 2 ЗоК нормира да је дозвољено уговарање и других модела за реализацију концесија, у складу са Документом о политици додјеле концесија¹⁶ и предметом концесија. Под утицајем UNICITRAL правила све ове модалитете можемо подвести под генерични појам „приватно финансирање инфраструктурних пројеката“ (енг. *Privately Financed Infrastructure Projekts – PFIP*). У основи, под њим се подразумевају сви облици улагања у јавне инфраструктурне објекте, при чему финансирање и ризик пословног неуспјеха преузима привредно друштво. Оно то остварује по основу добијене концесије од стране државне или локалне власти за изградњу и управљање инфраструктурним објектом (Дивљак, 2006: 277). Дакле, BOT модел финансирања омогућава држави (у конкретном случају РС, као ентитету) да без ангажовања финансијских средстава постане титулар значајних инфраструктурних објеката, с тим да у уговореном року нема право да их експлоатише, јер то чини концесионар који кроз остварену добит враћа уложени капитал. С друге стране, овај модел пројектног финансирања инфраструктуре омогућује и приватном сектору да се укључи у финансирање, изградњу, санацију, проширење, функционисање и одржавање пројеката, које уобичајено финансира и којима управља РС, те сходно томе можемо рећи да су на овај начин свој интерес нашли сви учесници. По истицању рока предвиђеног уговором о концесији и по повраћају инвестиције, врши се трансфер свих постројења у оквиру BOT пројекта према РС, с тим да та постројења треба да буду у добром стању и неоптерећена. У многим земљама концесије за коришћење воде користе се у сврху побољшања квалитета воде, унапређења инфраструктуре, као и за финансирање нових пројеката. Међутим, да би се избјегли негативни аспекти (нпр. успостављање монопола на тржишту, повећање цијена воде за потрошаче, те ограничавања права локалних заједница на коришћење воде), неопходно је осигурати законитост и транспарентност у поступку додјеле концесија.

На концу овог дијела рада, направимо кратак осврт на тему о којој се много говори у јавности. Ради се о потенцијалном увођењу мораторијума

16 Документ о политици додјеле концесија садржи опис привредних и других области у којима се могу додјеливати концесије, циљеве и приоритете, врсте BOT и других модела за додјелу концесије, елементе за израду студије, као и мјере и активности које се предузимају ради остваривања дугорочних циљева у области концесија, утврђених стратешким и другим планским документима. Види више: Документ о политици додјеле концесија. Преузето 13. 2. 2023. https://koncesije-rs.org/wp-content/uploads/2019/06/Politika_dodjela-Cir.pdf.

на изградњу и експлоатацију малих хидроелектрана (МХЕ) због све веће забринутости о њиховим негативним ефектима на животну средину.¹⁷ У фебруару 2021. године, Република Српска је донијела кључан документ у овом контексту – Декларацију о заштити ријека у Републици Српској (Декларација). Ова Декларација није само симболичан документ, већ поставља конкретне смјернице и обавезе: 1. замрзавање додјеле нових концесија – Влада РС је обавезна да обустави све нове захтјеве за додјелу концесија за МХЕ док се не изврши темељна анализа свих претходно потписаних уговора о концесијама из периода 2005–2020. године. (остављен рок од шест мјесеци) и 2. преусмјеравање подстицаја – Декларација сугерише да би Народна скупштина РС требало да у новој регулативи о обновљивим изворима енергије минимизира давање јавних подстицаја специфично за МХЕ. Уместо тога, фокус би требало да буде на подстицању производње електричне енергије кроз друге, еколошки прихватљивије, обновљиве изворе енергије. Међутим, иако представља корак напред, Декларација нема обавезујућу правну моћ, што значи да њено спровођење зависи од политичке воље и притиска јавности. То је постало јасно на примјеру МХЕ „Самар“ гдје је, упркос постојању Декларације, Влада РС дала зелено свјетло за њену изградњу. Ситуација се додатно закомпликовала када је Окружни суд у Бањој Луци, по тужби једног удружења који се бави промоцијом и очувањем здраве животне средине, интервенисао и поништио еколошку дозволу за ову МХЕ, али радови на изградњи су настављени, уз додатну подршку Регулаторне комисије за енергетику.¹⁸ Након доношења одлуке од стране Окружног суда у Бањој Луци, надлежно министарство је уложило ванредни правни лијек, односно захтјев за

17 У БиХ је у претходном периоду изграђено 108 малих хидроелектрана, од чега је 65 у ФБиХ, 43 у РС и у припреми је изградња додатних 338 МХЕ. Види: *Zabrana izgradnje malih hidroelektrana na Zapadnom Balkanu – Uperedna analiza moratorijuma i zabrane izgradnje malih hidroelektrana u Bosni i Hercegovini, Crnoj Gori i Srbiji*. Преузето 7. 2. 2023. <https://www.reri.org.rs/wp-content/uploads/2022/01/Uperedna-analiza-moratorijuma-i-zabrane-izgradnje-malih-hidroelektrana-u-Bosni-i-Hercegovini-Crnoj-Gori-i-Srbiji.pdf>, 4.

18 Рјешење о продужењу прелиминарног права на подстицај за производњу електричне енергије – МХЕ „Самар“. Преузето 15. 2. 2023. <https://reers.ba/wp-content/uploads/2021/11/Rjesenje-o-produzenju-preliminarnog-prava-na-podsticaj-za-proizvodnju-elektricne-energije-MHE-Samar-cirilica-1.pdf>. Накнадно је Регулаторна комисија за енергетику РС у априлу 2022. године одбила захтјев за продужење прелиминарног права на подстицај, као неоснован. Рјешење о одбијању захтјева за одобрење прелиминарног права на подстицај – МХЕ „Самар“. Преузето 15. 2. 2023. <https://reers.ba/wp-content/uploads/2022/04/Rjesenje-o-odbijanju-zahtjeva-za-odobrenje-preliminarnog-prava-na-podsticaj-MHE-Samar-cirilica.pdf>.

преиспитивање судске одлуке, па је овај случај тренутно пред Врховним судом РС и још увијек се чека његов правни исход.¹⁹

Осим овог конкретног случаја, постоји још један законски аспект који је изазвао контроверзе. Актуелни закон дозвољава преношење и продају уговора о концесијама, као и промјене у власничкој структури концесионара. Ове одредбе пружају прилику за спекулације, где се концесије често прибављају с примарном намјером продаје, а не стварне изградње и експлоатације ресурса. Ово може довести до ситуације где се примарни циљеви, попут заштите животне средине, занемарују у корист финансијске добити. Да би се наведено избјегло, неопходно је преиспитати и евентуално ревидирати постојеће законске одредбе. Сматрамо да ограничење преноса својинских права није добро рјешење, али би свакако требало да се предуприједи понашање које омогућава изигравање слова закона.

5. Пракса Уставног суда по питању „државне имовине“

Надлежности институција БиХ дефинисане су чл. III, т. 1 Устава БиХ²⁰ по принципу позитивне енумерације. Истим чланом, у т. 3 предвиђено је да ентитетима припадају све владине функције и овлашћења која нису Уставом БиХ изричито повјерена институцијама БиХ. То значи да је у јурисдикцији ентитета и Брчко Дистрикт БиХ, све оно што *explicite* није у надлежности институција на државном нивоу. Важно је нагласити да на нивоу БиХ не постоји пропис који регулише стварноправне односе, јер су закони из овог домена у искључивој надлежности ентитета и Брчко Дистрикта БиХ.²¹ Ово је потврђено и у Одлуци Уставног суда бр. У-1/11²²,

19 Више о економској оправданости концесионих накнада за МХЕ, види: Analiza ekonomske opravdanosti koncesionih naknada i podsticaja za male hidroelektrane na teritoriji Bosne i Hercegovine. Преузето 16. 2. 2023. <https://czzs.org/wp-content/uploads/2018/11/Analiza-MHE1.pdf>.

20 Устав БиХ је саставни дио Општег оквирног споразума за мир у БиХ (Дејтонски мировни споразум). Преузето 23. 2. 2023. <https://www.paragraf.ba/propisi/bih/ustav-bosne-i-hercegovine.html>.

21 Поред ЗСП који се примјењује на територији РС, види и Закон о стварним правима, *Службене новине ФБиХ*, 66/13, 100/13 и 32/19 – одлука УС, као и Закон о власништву и другим стварним правима Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине, *Сл. гласник Брчко Дистрикта БиХ*, 11/01, 8/03, 40/04, 19/07, 26/21 и 44/22.

22 Одлука бр. У-1/11, *Службени гласник БиХ*, 73/12. Иначе, овај предмет се тичао уставне надлежности РС за регулисање правне материје која је предмет Закона о статусу државне имовине која се налази на територији Републике Српске и под забраном је располагања, *Службени гласник РС*, 135/10, наметнут од стране Високог представника за БиХ.

у којој је наведено сљедеће: „Уставни суд се слаже с мишљењем Народне скупштине РС да Устав БиХ не садржи експлицитну одредбу која утврђује надлежност БиХ да регулише питање државне имовине која припада БиХ...“. Расправљајући о расподјели надлежности између појединих нивоа власти у БиХ, Уставни суд је донио низ контроверзних одлука, а на овом мјесту ћемо апстраховати само неке од њих којима се задире у својинскоправне односе, па сам тим и у питање концесија.²³ У наведеним одлукама Уставни суд, најблаже речено, узурпира основне постулате стварноправног уређења РС и БиХ, те прави низ кардиналних грешака које су резултат погрешног тумачења релевантних прописа. Тако је овај суд, ван оквира својих ингеренција, установио нову правну категорију „државна имовина“, као посебан облик својине. У предмету бр. У-1/11, у т. 62 образложења одлуке наводи се: „Државна имовина, иако је то облик власништва који је по својој структури сличан грађанскоправном приватном власништву, представља посебан правни концепт, те, из тог разлога, ужива посебан статус. Државна имовина је карактеристична по јавноправној природи односа субјеката и кориштења те имовине, као и њезиног титулара. Она обухвата, с једне стране, покретне и непокретне ствари које су у рукама јавне власти и које јој служе ради вршења те власти, с друге стране, она може обухватити 'јавно добро' (морска вода и морско дно, ријечна вода и ријечна корита, језера, планине и друга природна богатства, јавна саобраћајна мрежа, саобраћајна инфраструктура итд.). Оно, по својој природи, приоритетно служи свим људима у држави.“

Премиса од које полази Уставни суд да је „државна имовина“ облик својине који је само сличан грађанскоправној приватној својини, те да представља посебан правни концепт, напосто не стоји. Прву теоријску нелогичност у овој констатацији представља чињеница да суд ставља знак једнакости између појмова „имовина“ и „својина“. Иако је имовина (*patri-
monium*) вишезначан израз који се лаички често поистовјећује са својином, а нерјетко и са појмом ствари, концепт имовине је далеко шири и не може се свести само на право својине. Како наводи проф. Водинелић, имовина „...представља неки шири или ужи скуп, неку групацију права и обавеза одн. имовинских права или права и обавеза у оквиру свеукупности права и обавеза“ (Vodinielić, 2012: 272). За разлику од имовине, право својине је једно од неколико стварних права, из кога, истина, произлази највиша правна и фактичка власт на ствари (држање, коришћење, односно употреба и располагање), али имовина је ипак *genus proximum*, институт који је по свом садржају шири од појма својине.

23 Одлука бр. У-9/19; Одлука бр. У-16/20, Службени гласник БиХ, 49/21.

Надаље, говори о „државној имовини“ као посебном правном концепту, различитом од грађанскоправне приватне својине, резон је противан закону који регулише материју стварних права (ЗСП), а који право својине нормира по принципу једноврсности. Право својине се не може дијелити по овлашћењима између различитих субјеката, као што је то било у феудализму, јер, само је једна врста права својине, без обзира о којем се носиоцу права ради (чл. 3, ст. 2 ЗСП). Закон о стварним правима предвиђа и то да РС, јединица локалне самоуправе, јавно предузеће, јавна установа и друге јавне службе које су носиоци права својине јавног права имају као власници у правним односима исти положај као и други власници, ако посебним законом није другачије одређено (чл. 22, ст. 1 ЗСП). Начелно говорећи, за садржај права својине је сасвим ирелевантно ко је носилац права, јер је само једна врста права својине и било који титулар (субјекат јавног или приватног права) има иста овлашћења.

У горенаведеној одлуци, Уставни суд погрешно дефинише и појам јавног добра, под који подводи морску воду и морско дно, ријечну воду и ријечна корита, језера, планине и друга природна богатства, јавну саобраћајну мрежу, саобраћајну инфраструктуру итд. Евидентно је да суд под исти правни режим ставља општа и јавна добра, не правећи суштинску разлику између њих. Узевши у обзир појашњења из првог дијела овог рада, општа добра не могу бити предмет права својине, па је нејасно на основу чега Уставни суд тврди да је вода у морама, ријекама, језерима својина државе, односно „државна имовина“.

Свунелогичност судске праксе поткријепићемо са још два става које је заузео Уставни суд: 1) рјешавајући спор у вези са одлукама о концацијама у погледу концесионог добра и надлежности за њихово доношење, суд у предмету У-16/20, у т. 31 образложења одлуке, изричито наводи да не постоји закон који је донесен на нивоу БиХ којим би било регулисано питање статуса „државне имовине“ („...у вези са статусом државне имовине, у којима није донесен закон на нивоу Босне и Херцеговине којим би било регулисано питање статуса државне имовине...“) и 2) у предмету У-1/11, т. 63 образложења суд констатује: „*Мада Устав Босне и Херцеговине дијели надлежности између државе и ентитета, он не садржи нити једну одредбу која се односи на државну имовину*“. На основу цитираних сентенци, јасно проистиче да је институт „државна имовина“ неуставан и незаконит, да не постоји нити један позитивни пропис који дефинише појам и/или прецизира садржај појма „државна имовина“, да је то измишљена конструкција чији је креатор сам Уставни суд, а не уставотворац нити законодавац, те да не може бити дио позитивног законодавства БиХ (ентитета и Брчко Дистрикта БиХ). Начелно говорећи, у европско-континенталном правном систему

судска пракса представља примјену а не стварање правних норми, те стога није формалан извор права (судови суде на основу Устава и закона, чл. 121, ст. 2 Устава РС). Иако је примјетна тенденција да и у европско-континенталном правном систему судови све више имају креативистичку улогу, ипак наглашавамо да је Уставни суд у овом случају изашао ван креативистичких оквира и ставио се у функцију законотворца, што је свакако неприхватљиво са правног аспекта.

6. Концесије у пракси Уставног суда

Реферишући се на закључке изведене у претходном дијелу рада [не постоји закон који је донесен на нивоу БиХ којим би било регулисано питање статуса „државне имовине“, као и то да су воде општа добра (а не јавна добра, по тврдњама Уставног суда)], детаљније ћемо се позабавити питањем концесија у пракси Уставног суда на примјеру предмета У-16/20.

Наводни спор у вези надлежности између БиХ и РС за доношење одлука о концесијама у погледу концесионог добра, настао је поводом Одлуке о утврђивању услова за додјелу концесије путем преговарачког поступка за изградњу и коришћење три ХЕ: „Бук Бијела“, „Фоча“, те „Паунци“, на ријеци Дрини, општина Фоча.²⁴ Подносиоци захтјева (24 члана Представничког дома Парламентарне скупштине БиХ), навели су да се спор односи на питање уставноправне обавезе ентитетских власти да поштују Устав БиХ и подјелу надлежности између државе и ентитета, те су се позвали на одлуке Уставног суда²⁵ у којима је заузет став да ентитети немају право управљања и располагања државном имовином, а што укључује

24 Одлука о утврђивању услова за додјелу концесије путем преговарачког поступка за изградњу и коришћење ХЕ „Бук Бијела“ на ријеци Дрини, општина Фоча, бр. 04/1-012-2-472/16 од 4. марта 2016, *Сл. гласник РС*, 20/16, Рјешење о додјели концесије за изградњу и коришћење ХЕ „Бук Бијела“ на ријеци Дрини, општина Фоча, бр. 04/1-012-2-1099/16 од 20. маја 2016, *Сл. гласник РС*, 42/16 и Уговор о концесији број 05.05/012-274-16/16 од 3. јуна 2016; Одлука о утврђивању услова за додјелу концесије путем преговарачког поступка за изградњу и коришћење ХЕ „Фоча“ на ријеци Дрини бр. 04/1-012-2-81/19 од 10. јануара 2019, *Сл. гласник РС*, 4/19, Рјешење о додјели концесије за изградњу и коришћење ХЕ „Фоча“ на ријеци Дрини бр. 04/1-0122-221/19 од 24. јануара 2019, *Сл. гласник РС*, 9/19 и Уговор о концесији бр. 05.05/360-2-24/19 од 19. фебруара 2019; Одлука о утврђивању услова за додјелу концесије путем преговарачког поступка за изградњу и коришћење ХЕ „Паунци“ на ријеци Дрини број 04/1-012-2-80/19 од 10. јануара 2019, *Сл. гласник РС*, 4/19, Рјешење о додјели концесије за изградњу и коришћење ХЕ „Паунци“ на ријеци Дрини бр. 04/1-012-2-214/19 од 24. јануара 2019, *Сл. гласник РС*, 9/19 и Уговор о концесији бр. 05.05/360-2-22/19 од 19. фебруара 2019. (даље: оспорени акти).

25 Види нпр. одлуку у предмету У-9/19.

и успостављање концесије на државној имовини. Даље наводе „*како се види из спорних одлука, рјешења и уговора, власти ентитета РС додјељују концесију за коришћење водних потенцијала ријеке Дрине без обзира на то што ти потенцијали, према досадашњим ставовима Уставног суда БиХ, чине државну имовину... Уставни суд БиХ је утврдио и да право располагања државном имовином, па и овдје спорним водним потенцијалима ријеке Дрине, све до доношења закона о статусу државне имовине на нивоу БиХ има искључиво држава БиХ*“. Дакле, у конкретном случају подносиоци захтјева тврде да постоји спор између БиХ и РС који је настао доношењем оспорених аката од стране РС, за који РС наводно није надлежна јер се ради о додјели концесија на концесионом добру које је „државна имовина“, те је сходно томе надлежна власт на нивоу БиХ, а не на нивоу ентитета. Подносиоци захтјева су предложили да Уставни суд усвоји њихов захтјев, утврди да су оспорени акти неуставни, да их стави ван снаге, као и да обавезе Владу РС да поништи све супсидијарне одлуке и активности које су засноване на оспореним актима. Такође, предложено је да Уставни суд донесе привремену мјеру којом би се обуставила примјена оспорених одлука.

Примјећујемо да је у овом захтјеву спорно неколико хипотеза. Као прво, Закон о концесијама БиХ²⁶ не нормира ко је овлаштени субјект за покретање спора из надлежности Комисије за концесије, као ни начин покретања истог, што потврђује и суд у т. 32 образложења одлуке када наводи да „*Уставни суд примјећује да Закон о концесијама Босне и Херцеговине не садржи посебне одредбе којима би се утврдио начин и овлашћени субјект за покретање спора из надлежности Комисије за концесије Босне и Херцеговине у својству Заједничке комисије за концесије. Дакле, постоји правна празнина коју Уставни суд мора, сходно томе, попунити*“. Дакле, иако ЗоК БиХ не нормира ко је овлаштени субјект за покретање спора из надлежности Комисије за концесије БиХ (у својству Заједничке комисије за концесије), нити начин покретања истог, Уставни суд се упушта у расправљање овог питања, попуњавајући правне празнине у позитивним актима. У надлежности Уставног суда је да тумачи законодавна рјешења и идентификује правне празнине, али његова примарна функција није да „попуњава“ те празнине у смислу креирања нове норме. Сматрамо да би на овом мјесту било примјереније да је кроз своје одлуке Уставни суд указао на потребу за таквим промјенама. Право и дужност креирања и мијењања закона лежи искључиво на законодавној власти.

Друго, Уставни суд није надлежан да одлучује о спору о концесијама јер је, како је то и у одговору на захтјев наведено, „...*додјела концесија иницијално*

26 Закон о концесијама БиХ (ЗоК БиХ), *Сл. гласник БиХ*, 32/02 и 56/04.

и примарно уређена законима, а секундарно и деривативно подзаконским актима. Законодавна надлежност у регулисању концесија подијељена је између Босне и Херцеговине и ентитета. (...) У складу с тим, концесије су законски уређене Законом о концесијама Босне и Херцеговине, Законом о концесијама Републике Српске, Законом о концесијама Федерације БиХ, законима о концесијама кантона у Федерацији БиХ". Законом о концесијама БиХ, уређен је начин рјешавања спора који потенцијално настане између БиХ и/или РС приликом додјеле концесије на концесионим добрима (чл. 4, ст. 3). Дакле, спор између БиХ и РС своди на питање да ли је БиХ искључиво надлежна за додјелу концесија на свим природним ресурсима у БиХ која се могу ставити у функцију концесионог добра. Сматрамо да овакав став нема упориште ни у Уставу БиХ, а ни у законима којима је регулисана област концесија, јер концесионо добро у конкретном случају није „државна имовина“, у смислу одлука Уставног суда (т. 12 образложења одлуке).

И треће, питање надлежности за регулисање статуса „државне имовине“ не може се прелијевати на питања надлежности за додјелу концесија. Ове двије области имају различите правне основе и не би требало да се преплићу. Надлежност за додјелу концесија регулисана је законима на државном и ентитетском нивоу, а у складу са подјелом надлежности која произлази из Устава БиХ. С друге стране, не постоји законски оквир који регулише питање „државне имовине“, већ само неконзистентно тумачење и пракса Уставног суда, која није извор права.

У закључку Дјелимичне одлуке о допустивости и меритуму, Уставни суд је оставио одговарајући рок за рјешавање спора од најдуже три мјесеца од дана достављања одлуке Комисији за концесије БиХ, у својству Заједничке комисије за концесије. Увидом у Рјешење од 3. децембра 2021. и Рјешење од 19. јануара 2023, јасно произилази да Комисија за концесије БиХ, у својству Заједничке комисије за концесије још увијек није извршила Дјелимичну одлуку Уставног суда БиХ бр. У-16/20 од 16. јула 2021, те ово питање и даље стоји отворено пред правосудним органима.

7. Закључак

Воде представљају природно богатство које има непроцењив значај за опстанак и развој друштва. Под посебном заштитом РС, ови ресурси су не само еколошки важни, већ такође и економски, културно и социјално. Закон о концесијама у РС детаљно дефинише услове и оквире у којима приватни и јавни сектор могу користити ове ресурсе. Кроз додјелу концесија, дозвољено је коришћење и управљање водама уз одговарајућу

накнаду, али и уз стриктне услове који обезбеђују одрживост и дугорочну заштиту водених ресурса.

На глобалном нивоу, концесије представљају средство које доприноси различитим циљевима: од унапређења квалитета воде и заштите екосистема, до развоја инфраструктуре и стимулисања инвестиција у водoprивредне пројекте. Оне такође играју важну улогу у мобилисању приватног капитала за финансирање великих пројеката који би били финансијски неприступачни за јавни сектор сам по себи. Да би се избјегли негативни аспекти коришћена овог модела пројектног финансирања инфраструктурних пројеката, неопходно је осигурати законитост и транспарентност у поступку додјеле концесија. Једнако важно је и да се правосудни органи приликом доношења одлука крећу у оквирима надлежности које су успостављене, не само између три гране власти већ и између појединих нивоа власти у БиХ. Из наведених примјера видјели смо да Уставни суд у појединим одлукама негира основне постулате стварноправног уређења РС и БиХ. Уставни суд је допустио себи да преузме улогу законодавца: као прво, нормирајући институт „државна имовина“ који не постоји у позитивним прописима РС и БиХ и друго, третирајући „државну имовину“ као посебан облик права својине, која има специјалан правни статус. Надаље, Уставни суд под исти правни режим ставља општа и јавна добра, не правећи суштинску разлику између њих. Како општа добра не могу бити предмет права својине, нејасно нам је на основу којих правних чињеница Уставни суд тврди да је вода у морима, ријекама, језерима својина државе, односно „државна имовина“. Проблематично је и то што су одлуке у вези регулисање статуса „државне имовине“ директно утицале на питања надлежности за додјелу концесија. Такве одлуке могу да имају значајне правне и метаправне консеквенце на функционисање цјелокупног система у РС и БиХ.

Литература / References

Бабић, И. Медић, Д. Хашић, Е. Повлакић, М. Велић, Л. (2011). *Коментар Закона о стварним правима Републике Српске*. Сарајево: Привредна штампа.

Бабић, И. Јотановић, Р. (2020). *Грађанско право, Књига 2 – Стварно право*. Бања Лука: Правни факултет Универзитета у Бањој Луци.

Боројевић, К. (2015). Поступак додјела концесија према Закону о концесијама Републике Српске. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 69(LIV). 295–311.

Vassileva, A. Ignjatijević S. (2020). BOT (build-operate transfer) projects as a successful model of public-private partnership. *Revizor*. 23(91–92). 23–36.

Vodinečić, V. V. (2012). *Građansko pravo: uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union.

Дивљак, Д. (2006). BOT модел пројектног финансирања инфраструктуре. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 3. 275–288.

Ђурђевић, Д. (2004). Концесије. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 2(XXXVIII). 389–409.

Јотановић, Р. (2015). Посебно правно регулисање за одређене врсте ствари у праву Републике Српске. *Правна ријеч*. 43(XII). 187–207.

Gavella, N. (2012). Građansko pravo i posebna pravna uređenja za određene vrste dobara. *Zbornik Pravnog fakulteta Univerziteta u Zagrebu*. 62(5–6). 1445–1490.

Радић, Д. (2021). *Правно уређење природних ресурса у Републици Српској*. Бања Лука: Правни факултет Универзитета у Бањој Луци.

Устав Републике Српске, *Сл. гласник РС*, бр. 21/1992 – пречишћен текст, 28/1994 – Амандмани XXVI–XLIII, 8/1996 – Амандмани XLIV–LI, 13/1996 – Амандман LII, 15/1996 – испр., 16/1996 – Амандман LIII, 21/1996 – Амандмани XLIV–LI, 21/2002 – Амандмани LIV–LXV, 26/2002 – испр., 30/2002 – испр., 31/2002 – Амандмани XCIII–XCVIII, 69/2002 – Амандмани XCIX–CIII, 31/2003 – Амандмани CIV и CV, 98/2003 – Амандмани CVI–CXII, 115/2005 – Амандман CXIV, 117/2005 – Амандмани CXV–CXXI и 48/2011 – Амандман CXXII и *Сл. гласник БиХ*, бр. 73/2019 – одлука УС БиХ.

Закон о концесијама, *Сл. гласник РС*, бр. 59/13, 16/18, 70/20 и 111/21.

Закон о концесијама БиХ, *Сл. гласник БиХ*, 32/02 и 56/04.

Закон о стварним правима, *Сл. гласник РС*, бр. 124/2008, 3/2009 – испр., 58/2009, 95/2011, 60/2015, 18/2016 – одлука УС, 107/2019, 1/2021 – одлука УС и 119/2021 – одлука УС.

Закон о водама, *Сл. гласник РС*, 50/06, 92/09, 121/12 и 74/17.

Закон о рударству, *Сл. гласник РС*, 62/18.

Закон о ловству, *Сл. гласник РС*, 60/09 и 50/13.

Закон о јавно-приватном партнерству у Републици Српској, *Сл. гласник РС*, 59/09, 63/11 и 68/20.

Закон о стварним правима, *Службене новине ФБиХ*, 66/13, 100/13 и 32/19 – одлука УС.

Закон о власништву и другим стварним правима Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине, *Сл. гласник Брчко Дистрикта БиХ*, 11/01, 8/03, 40/04, 19/07, 26/21 и 44/22.

Устав БиХ. Преузето 23. 2. 2023. <https://www.paragraf.ba/propisi/bih/ustav-bosne-i-hercegovine.html>.

Analiza ekonomske opravdanosti koncesionih naknada i podsticaja za male hidroelektrane na teritoriji Bosne i Hercegovine. Преузето 16. 2. 2023. <https://czzs.org/wp-content/uploads/2018/11/Analiza-MHE1.pdf>.

Документ о политици додјеле концесија. Преузето 13. 2. 2023. https://koncesije-rs.org/wp-content/uploads/2019/06/Politika_dodjela-Cir.pdf.

Рјешење о продужењу прелиминарног права на подстицај за производњу електричне енергије – МХЕ „Самар“. Преузето 15. 2. 2023. <https://reers.ba/wp-content/uploads/2021/11/Rjesenje-o-produzenju-preliminarnog-prava-na-podsticaj-za-proizvodnju-elektricne-energije-MHE-Samar-cirilica-1.pdf>.

Zabrana izgradnje malih hidroelektrana na Zapadnom Balkanu – Uperedna analiza moratorijuma i zabrane izgradnje malih hidroelektrana u Bosni i Hercegovini, Crnoj Gori i Srbiji. Преузето 7. 2. 2023. <https://www.reri.org.rs/wp-content/uploads/2022/01/Uperedna-analiza-moratorijuma-i-zabrane-izgradnje-malih-hidroelektrana-u-Bosni-i-Hercegovini-Crnoj-Gori-i-Srbiji.pdf>.

Report of the United Nations Water Conference. Преузето 30. 3. 2022. <https://www.ielrc.org/content/e7701.pdf>.

Одлука Уставног суда БиХ, бр. У-1/11, *Службени гласник БиХ*, 73/12.

Одлука Уставног суда БиХ, бр. У-9/19, *Службени гласник БиХ*, 16/20.

Одлука Уставног суда БиХ, бр. У-16/20, *Службени гласник БиХ*, 49/21.

Одлука о утврђивању услова за додјелу концесије путем преговарачког поступка за изградњу и коришћење ХЕ „Бук Бијела“ на ријеци Дрини, општина Фоча, бр. 04/1-012-2-472/16 од 4. марта 2016, *Сл. гласник РС*, 20/16.

Одлука о утврђивању услова за додјелу концесије путем преговарачког поступка за изградњу и коришћење ХЕ „Фоча“ на ријеци Дрини бр. 04/1-012-2-81/19 од 10. јануара 2019, *Сл. гласник РС*, 4/19.

Одлука о утврђивању услова за додјелу концесије путем преговарачког поступка за изградњу и коришћење ХЕ „Паунци“ на ријеци Дрини број 04/1-012-2-80/19 од 10. јануара 2019, *Сл. гласник РС*, 4/19.

Рјешење о додјели концесије за изградњу и коришћење ХЕ „Бук Бијела“ на ријеци Дрини, општина Фоча, бр. 04/1-012-2-1099/16 од 20. маја 2016, *Сл. гласник РС*, 42/16.

Рјешење о додјели концесије за изградњу и коришћење ХЕ „Фоча“ на ријеци Дрини бр. 04/1-0122-221/19 од 24. јануара 2019, *Сл. гласник РС*, 9/19.

Рјешење о додјели концесије за изградњу и коришћење ХЕ „Паунци“ на ријеци Дрини бр. 04/1-012-2-214/19 од 24. јануара 2019, *Сл. гласник РС*, 9/19.

Уговор о концесији бр. 05.05/012-274-16/16 од 3. јуна 2016.

Уговор о концесији бр. 05.05/360-2-24/19 од 19. фебруара 2019.

Уговор о концесији бр. 05.05/360-2-22/19 од 19. фебруара 2019.

*Bosiljka Čubrilović Stamenić,
Senior Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Banja Luka
Republika Srpska*

**WATER USAGE UNDER THE CONCESSION MODEL
IN THE LAW OF REPUBLIKA SRPSKA**

Summary

The author's interest in water usage under the concession model envisaged in the domestic legislation of Republika Srpska was sparked by the Decision of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina in Case No. U-16/20. The analysis of this decision has paved the way for broader reflection, leading to further research which resulted in the creation of this article. Methodologically, the paper is rooted in the normative analysis of the Concessions Act and the Real Rights Act, the latter being the primary legislative act when discussing real property institutions in Republika Srpska. While the initial segment of this article addresses the specific legal regulation of certain kinds of properties and delineates the concepts of water, water assets, and water entities as subjects of property rights, the main focus is on pertinent issues related to water as the subject matter of concession. The scope of concession can encompass a vast array of economic activities. In the context of water, it typically pertains to the utilization of public water assets (e.g., water for technological processes in economic activities, water and waterfronts for hydro reservoirs, swimming pools, ponds, waterfronts for conducting certain economic tasks, and extraction of materials from waterways). Furthermore, the energy potential of water can be tapped when the objective of concession is the construction and operation of energy plants, which stand as one of the paramount economic facets of water utilization. The concluding section delves into the Constitutional Court's practices regarding the concession institution, as well as the notion of "state property" as an increasingly emphasized topic in domestic jurisprudence.

Keywords: *concession, water, Build-Operate-Transfer (BOT) model, "state property", public property.*

Љубана Сладић*

Виши асистент,

Правни факултет, Универзитет у Источном Сарајеву

Република Српска

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/zrpf1-44547

UDK: 343.272:629.331](491.6)

UDK: 343.232:347.952.4](491.6)

Раd примљен: 17.05.2023.

Раd прихваћен: 22.08.2023.

ОДУЗИМАЊЕ ВОЗИЛА У ПРЕКРШАЈНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Апстракт: Одузимање предмета представља једну од заштитних мјера предвиђену нормама прекршајног права, а њоме се могу одузети предмети употријебљени за извршење прекршаја, они који су намијењени за извршење прекршаја као и они који су настали извршењем прекршаја. Аутор рада анализира ову заштитну мјеру из угла права својине лица коме је изречена ова заштитна мјера, посебно уважавајући и истичући критеријуме Европског суда за људска права у својој пракси, а које прихватају и уставни судови држава у региону. Предмет одузимања ове заштитне мјере може бити и возило, с тим што у области саобраћајних прекршаја ова мјера поприма особине својеврсне казне, што аутор посебно анализира у овом раду.

Кључне ријечи: одузимање предмета, прекршаји, право својине, возило, саобраћајни прекршаји.

* ljubana.sladic@pravni.ues.rs.ba

1. Увод

Начелно, правни систем својим нормама штити људска права и слободе, али постоје ситуације у којима се, зарад остваривања неких других циљева, таква права и слободе грађанима ограничавају или одузимају. Једно од таквих права, право својине, односно право на имовину, гарантује се и штити нормама међународног и унутрашњег права, али се истовремено тим истим нормама може и ограничити.

У овом раду, пажња ће се усмјерити на случајеве када прекршајно право својим нормама утиче на остваривање права својине и то заштитном мјером одузимања предмета, чијом се примјеном титулар права својине може у потпуности лишити тог права на одређеном предмету, привремено или трајно. На који начин и под којим условима је то могуће, каква је особеност возила као одузимања предмета као и каква је правна природа одузимања возила за учињени саобраћајни прекршај у судској пракси Републике Српске, питања су на која ће се дати одговор у наставку рада.

2. Одузимање предмета

Одузимање предмета представља једну од заштитних мјера коју предвиђа систем прекршајних санкција Републике Српске. У питању је једина мјера стварног карактера (Павловић, 2013: 93). За разлику од такве позитивноправне класификације, у упоредном праву наилазимо и на казну одузимања предмета, као што је у праву Њемачке, Хрватске и Швајцарске или на истоимену мјеру *sui generis*, попут права Бугарске и Француске (Јовашевић, 2016, 82–85). Овом заштитном мјером могу се одузети предмети који су употријебљени или су били намијењени за извршење прекршаја, али из неког разлога ипак нису употријебљени као и предмети који су настали извршењем прекршаја, ако су својина окривљеног лица. Међутим, имајући у виду да припремне радње као стадијум у остварењу дјела нису кажњиве у прекршајном праву, не би било оправдано одузимање предмета који су били намијењени за извршење прекршаја, али нису употријебљени (Вуковић, 2021: 106).

Поред услова да се ради о предметима који су употријебљени за извршење прекршаја или су настали извршењем прекршаја, потребно је да се предмет налази и у својини окривљеног лица.¹ Међутим, ови предмети могу се одузети и онда када се не налазе у својини окривљеног лица, уколико то налажу интереси опште безбједности, чувања живота и здравља људи,

1 Чл. 61, ст. 1 Закона о прекршајима, *Сл. гласник Републике Српске*, бр. 63/14, 36/15 – одлука УС, 110/16, 100/17, 19/21 – одлука УС.

сигурност робног промета или разлози јавног морала, као и у другим случајевима предвиђеним законом.²

У пракси, наведени предмети се најчешће привремено одузимају приликом откривања прекршаја или током спровођења неких доказних радњи (попут претресања просторија и лица) за потребе прекршајног поступка, од стране полицијских службеника, а у складу са овлашћењима која они имају на основу Закона о кривичном поступку³ и Закона о полицији и унутрашњим пословима. Фактички, органи унутрашњих послова могу да бирају да ли ће предмет привремено одузети према одредбама једног или другог законског прописа, што представља „нормативни дуалитет“ (Martinović, Parenta, 2021: 394). Лицу од кога се предмет привремено одузима издаје се потврда о привременом одузимању, а о привремено одузетим стварима полицијски органи воде посебну евиденцију. У теорији се поставља питање може ли се потврда о привременом одузимању предмета уопште побијати неким правним средствима. Суштински, право улагања жалбе или приговора као уобичајених редовних правних лијекова, то лице нема, али би се могло неформалним поднеском у виду молбе или дописа обратити надлежном органу који је вршио привремено одузимање или пак органу више инстанце, тражећи да се донесе другачија одлука о привремено одузетом предмету. (Martinović, Parenta, 2021: 383). Специфичност ове мјере огледа се у могућности њеног изрицања и у случају да се поступак не окончава одлуком којом се окривљени оглашава одговорним, под условом да је одузимање оправдано интересима опште безбједности или разлозима морала или у другим случајевима предвиђеним посебним законом. У овом случају, суд доноси посебно рјешење, на које окривљени може уложити жалбу у року од осам дана од дана пријема.⁴

Такође, законодавац за заштитну мјеру одузимања предмета не захтјева ни постојање опасности да ће предмет бити поново употребљен за извршење дјела. Довољно је само да се ради о предметима који су употребљени или су настали извршењем прекршаја и да се исти налазе у својини окривљеног, а под претходно поменутих условима могу се одузети и уколико се не налазе у његовој својини. Ипак, постоје схватања да је сврха изрицања ове заштитне мјере отклањање опасности од поновног вршења прекршаја (Бејатовић, 2018: 89). У кривичном праву пак смисао примјене ове мјере огледа се у томе да се одузимањем предмета отклоне услови који могу утицати на учиниоца да поново изврши кривично дјело (Дракић, 2005:

2 *Ибид.* Чл. 61, ст. 2.

3 Претресање стана, просторија и лица у прекршајном поступку се спроводи уз сходну примјену одредаба Закона о кривичном поступку. *Ибид.*, чл. 105, ст. 3.

4 Чл. 61, ст. 6 Закона о прекршајима.

127). Да услов опасности ипак није неопходан за одузимање предмета, потврђује и одредба којом суд може, на приједлог овлашћеног подносиоца захтјева, изрећи мјеру наплате новчане противвриједности предмета уколико окривљени уништи или отуђи предмете прекршаја прије или у току поступка или се предмети не могу обезбиједити. Иако законодавац не прецизира на који начин ће се одредити новчана противвриједност, у литератури се истиче да би то требала бити вриједност која одговара тржишној вриједности тог предмета у вријеме доношења одлуке којом се окончава прекршајни поступак (Вуковић, 2021: 106).

Изричући ову заштитну мјеру, суд може одлучити да ли ће се предмети уништити, предати одговарајућем овлашћеном органу или продати, у ком случају новац добијен продајом припада буџету Републике Српске или јединице локалне самоуправе. Уколико пак одлуком о одузимању нису обухваћени сви предмети који су претходно привремено одузети, судском одлуком се одређује њихово враћање власнику (Вуковић, 2021: 194).

Заштитна мјера одузимање предмета може се изрећи и непосредно на основу Закона о прекршајима, а може и другим прописом бити предвиђено њено обавезно или факултативно изрицање.⁵ У случају да одузимање предмета није предвиђено као обавезно, суд је дужан детаљно образложити у одлуци зашто сматра да је потребно извршити одузимање предмета на којем право својине има треће лице које није учесник у поступку, руководећи се разлозима опште сигурности и морала, како не би дошло до повреде права на имовину трећег лица (*Билтен судске праксе Суда БиХ*, 2018: 42). Ову заштитну мјеру треба разликовати од привременог одузимања предмета као доказа у прекршајном поступку или одузимања предмета ради обезбјеђења евентуалног потраживања (Љ. Митровић, 2014: 106).

3. Право својине и одузимање предмета

Право својине је стварно право које власнику даје овлашћење да слободно и по својој вољи ствар држи, користи и њоме располаже.⁶ На основу наведеног, закључује се да право својине обухвата државину односно посјед ствари, право коришћења или употребе ствари као и право располагања. Право својине и друга стварна права могу се ограничити или одузети против власникове воље само у јавном интересу и под условима предвиђеним законом, у складу са принципима међународног права.⁷

5 Тако Закон о оружју и муницији, *Сл. гласник Републике Српске*, бр. 26/16, 18/17, 31/18, 58/19, предвиђа одузимање предмета за низ прекршаја.

6 Члан 17 Закона о стварним правима, *Сл. гласник Републике Српске*, број 124/08, 3/09, 58/09, 95/11, 60/15, 18/16 – одлука УС, 107/19, 1/21 – одлука УС, 119/21 – одлука УС.

7 *Ибид.* чл. 2.

Ово право предвиђено је и уставом као највишим правним актом, у коме се наводи као право на имовину, без даљег прецизирања садржаја и евентуалног ограничења овог права, али се истим актом посебно истиче да се права и слободе предвиђени у Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода и у њеним протоколима директно примјењују у Босни и Херцеговини.⁸

У првом Протоколу уз Конвенцију за заштиту људских права и слобода, у члану 1 наводи се да свако физичко или правно лице има право на неометано уживање своје имовине те да нико не може бити лишен своје имовине, осим у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим начелима међународног права. Претходне одредбе, међутим, ни на који начин не утичу на право државе да примјењује такве законе које сматра потребним да би надзирала кориштење имовине у складу с општим интересима или да би осигурала наплаћивање пореза, других доприноса или казни.

Као што је већ претходно истакнуто, за изрицање заштитне мјере одузимања предмета, потребно је да се ради о предметима који су употреједљени или су настали извршењем прекршаја те да се они налазе у својини окривљеног лица. Уколико дође до одузимања предмета, власник ствари лишава се права својине над тим предметом односно лишава се права да ствар држи, користи и њоме располаже. С тим у вези, важно је истаћи да се у горе поменутом Протоколу говори о праву државе да примјењује законе, којима се предвиђају услови за ограничење или лишење права својине, а које сматра потребним да би осигурала наплаћивање пореза, других доприноса или казни. У овом међународном документу спомиње се само потреба наплаћивања казни као један од могућих разлога за ограничење права својине односно права на имовину те би се могла довести у питање усаглашеност законске одредбе којом је предвиђена ова заштитна мјера са поменутом одредбом првог Протокола јер се, према дословном тумачењу ове одредбе Протокола, право својине може ограничити само ради наплаћивања односно извршења казни, а не и других санкција. Ипак, ова одредба се у пракси шире тумачи па се горе поменута ограничења односе и на друге санкције, а не само на казне.

Европски суд за људска права сматра да је, за утврђивање да ли је дошло до повреде права својине у конкретном случају, потребно одговорити на три питања и то: да ли постоји посјед, да ли је дошло до ометања посједа те да ли је ометање било оправдано? Да би се ометање сматрало

⁸ Чл. 2, ст. 2 и 3 к). Устав БиХ. Преузето 4. 11. 2022. године. https://www.ustavnisud.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos.pdf.

оправданим, потребно је да је ометање учињено у складу са законом, да постоји легитиман циљ и да мора бити сразмјерно циљу којем се тежи (Harland, Roche, Strauss, 2003: 330).

Тако је, у одлуци Милосављевић против Србије⁹ Суд истакао да се право на имовину, предвиђено чланом 1 Првог протокола уз Конвенцију састоји од три правила, при чему се прво правило односи на мирно уживање имовине, друго правило предвиђа лишавање имовине под одређеним условима, а трећим правилом признаје се државама уговорницама право да контролишу коришћење имовине у складу са општим интересом. Наиме, подносилац представке у овом поступку тврдио је да му је повријеђено право на имовину јер му је било одузето возило одлуком Комисије за царинске прекршаје Царинарнице (која је према тада важећим прописима била надлежна за вођење поступка). Иако је прекршајни поступак био обустављен због наступања релативне застарјелости, донесена је одлука о одузимању возила јер је Царинарница стекла увјерење да је односно лице учинило царински прекршај, који се састојао у томе да је извршило увоз возила које се није могло увести у Републику Србију, а да о томе није обавијестило надлежне органе.

Након што се утврдило да је предмет, односно у овом случају, возило у својини тог лица те да је одузимање истог представљало мијешање у његово право на имовину, остаје да се утврди да ли је изрицање те заштитне мјере представљало лишавање имовине или пак контролу употребе имовине. Суд је у овом случају утврдио да се мијешањем у остваривање права на имовину, у складу са одредбама Царинског закона и Закона о прекршајима, тежило остварењу легитимног циља у општем интересу па је преостало још само да се утврди и да ли је постојао однос сразмјерности између средстава који су надлежни органи употријебили да би се постигао тај циљ и заштите права лица на мирно уживање имовине. Наводећи низ околности, суд је дошао до закључка да је одузимање возила у овом случају ипак представљало несразмјерну заплону те да је учиниоцу прекршаја учинила прекомјерни терет, чиме је дошло до повреде права на имовину из члана 1 првог Протокола уз Европску Конвенцију.

Проблем око евентуалне повреде права својине још се више компликује уколико се ради о одузимању предмета које нису у својини окривљеног. Законодавац дозвољава да се предмети употријебљени за извршење прекршаја или који су настали извршењем прекршаја одузму и када нису у својини окривљеног уколико то налажу интереси опште безбједности,

⁹ Пресуда Европског суда за људска права, представка бр. 15112/07, *Сл. гласник Републике Србије*, бр. 61/12.

чувања живота и здравља људи, сигурност робног промета или разлози јавног морала. То значи да се треће лице може лишити права својине над поменутиим предметима, а да можда није ни знало нити могло знати да су његови предмети, примјера ради, употријебљени за извршење прекршаја.¹⁰ Додатни проблем представља и пракса надлежних органа прекршајног поступка, према којој не позивају власника предмета (уколико он није учинилац прекршаја) да узме учешће у прекршајном поступку. Међутим, законски текст омогућава му да остварује право на накнаду штете од окривљеног. Трећа лица не могу истицати својински захтјев у односу на одузете предмете нити добити активну легитимацију у поступку који се води против учиниоца, али задржавају право на истицање облигационог захтјева (*Стручно-методолошко упутство о одузимању предмета у поступку инспекцијског надзора и прекршајном поступку*, 32).

Тако је Уставни суд Републике Хрватске, својом одлуком У-III-36100/2009 од 4. 11. 2014. године утврдио да је дошло до повреде права својине одузимањем возила. У овом поступку, суд је прво утврдио да је изрицањем заштитне мјере дошло до одузимања имовине, али да је то учињено као саставни дио поступка државне контроле и у складу са одредбама Царинског закона, као и да је имало легитиман циљ јер је служило спречавању неконтролисаног илегалног увоза возила из иностранства са фалсификованим документима. Потом је било потребно утврдити да ли је постигнута разумна равнотежа односно сразмјерност између захтјева општег интереса заједнице и захтјева заштите права својине односно лица, при чему постизање ове праведне равнотеже/сразмјерности зависи од неколико чинилаца, укључујући понашање власника имовине, као и степен пропуста односно непажње које је у конкретном случају показао. Суд је закључио да је одузимање возила у конкретном случају представљало прекомјеран терет власнику јер му возило није враћено у посјед, а за његово одузимање није остварио накнаду штете иако је возило купио у доброј вјери и није ни учествовао у незаконитим активностима јер је био власник односног возила, али не и учинилац прекршаја.

10 У одлуци бр. АП 2180/17 од 19. 9. 2019. године, Уставни суд БиХ је констатовао да је у првостепеном и другостепеном поступку учињена повреда права на правично суђење трећег лица као власника одузетог возила, за прекршај који је учинио окривљени јер треће лице као власник одузетих ствари, све до доношења одлуке о одузимању не може ни знати да ли ће његови предмети, који су употријебљени за извршење прекршаја или су намијењени за извршење прекршаја, бити одузети нити може на било који начин предложеним доказима да утиче на одлуку суда како би заштитило своју имовину. Пошто је утврдио да је повријеђено право на правично суђење, Суд је сматрао да није потребно одлучивати односно разматрати наводе о томе да ли је учињена повреда права на имовину, на коју се треће лице у својој апелацији, такође, позивало.

Заштитна мјера одузимања предмета може се односити не само на потпуно одузимање предмета него и дјелимично. До дјелимичног одузимања предмета који су употријебљени или су били намијењени за извршење прекршаја или који су настали извршењем прекршаја може доћи уколико побуде или друге околности под којима је прекршај учињен указују да није оправдано да се предмет одузме у цјелини.¹¹ Оваква законска формулација подразумијева да се током поступка од стране окривљеног лица доставе докази о оправданости његовог поступања, а које доказе би цијенио суд при доношењу одлуке о (дјелимичном) одузимању предмета. Уколико суд утврди да је доказана оправданост поступања окривљеног у конкретном случају, донијеће одлуку о сразмјерном умањењу износа који се одузима. Ако, ипак, такви докази не буду достављени или суд оцијени да оправданост није доказана, и поред достављених доказа, донијеће одлуку о потпуном одузимању предмета.¹² У пракси, дјелимично одузимање односи се, најчешће, на новчани износ, али то могу бити и друге дјељиве ствари.

Позитивно прекршајно право, као што је већ истакнуто, предвиђа и то да, уколико се предмети који се требају одузети овом заштитном мјером униште или отуђе прије или у току поступка или се они из неког разлога не могу обезбиједити, окривљеном може бити наложено да плати њихову новчану противвриједност. То даље значи да, уколико у одређеном року поступи по одлуци суда и исплати новчану противвриједност поменутих ствари, а они се накнадно пронађу или појаве, он на њима и даље може остваривати право својине у пуном обиму.

4. Особеност возила као предмета одузимања

Заштитна мјера одузимања предмета може се односити и на возило уколико је оно употријебљено за извршење прекршаја или је било намијењено за извршење прекршаја¹³ и уколико се налази у својини окривљеног лица.

11 Чл. 61 Закона о девизном пословању, *Сл. гласник Републике Српске*, бр. 96/03, 123/06, 92/09, 20/14, 20/18.

12 У одлуци Уставног суда Републике Србије, бр. Уж 8449/17 од 18. 6. 2020. године, а у вези са девизним прекршајем, за које законодавац Србије, као и законодавац Републике Српске, предвиђа могућност дјелимичног одузимања предмета, Суд је утврдио да, ипак, потпуно одузимање предмета прекршаја за окривљеног не представља прекомјеран терет те да је „изречена заштитна мера, као мера у циљу заштите јавног интереса, сразмерна заштити права подносиоца на мирно уживање имовине“ те да му у конкретном случају није повријеђено право на имовину.

13 Овдје не спомињемо возило као предмет настао извршењем прекршаја јер тешко можемо замислити прекршај чијим извршењем може доћи до настанка возила. Такође, и поред тога што законски текст предвиђа могућност одузимања предмета који је

У пракси највише недоумица тиче се одузимања предмета који није непосредно средство извршења, али је у некој вези са њим, попут моторних возила (Вуковић, 2021: 530).

Као доказ да се возило налази у својини окривљеног лица могу нам послужити потврда о регистрацији или евентуално нека друга допунска документација, попут уговора о купопродаји и слично. Имајући у виду да се возило сматра предметом који се користи свакодневно за обављање различитих активности, а уз то, често има и велику тржишну вриједност, његово одузимање далеко теже погађа учиниоца прекршаја него казна или нека друга санкција.

Веома је важно утврдити да ли се одређени предмет, тачније возило, може подвести под појам предмета употријебљеног за извршење прекршаја. Предмети употријебљени за извршење дјела односно прекршаја су она средства којима је остварена радња дјела или је пак радња дјела са тим средством најближе повезана. И поред овог прецизног теоријског одређења, у судској пракси наилази се на различита тумачења и поступања па је тако у неким случајевима долазило до одузимања возила које је учиниоцу служило за транспорт и недозвољени прелазак државне границе, али не и у случају када је употријебљено за превоз дроге, из разлога што возило није било посебно преправљено и прилагођено преносу те супстанце (Вуковић, 2021: 530).

У прекршајном праву наилазимо на неколико прекршаја за које се изричито предвиђа заштитна мјера одузимање превозног средства. Тако у области царинских прекршаја, превозно односно преносно средство биће одузето уколико је изграђено, прилагођено, измијењено или подешено на било који начин у сврху скривања робе која је предмет прекршаја,¹⁴ а за чији је превоз односно пренос искориштено. Према овој законској одредби, ради се о обавезном одузимању превозног односно преносног средства које је изграђено, прилагођено, измијењено или подешено на било који начин како би се сакрила роба која је предмет одређених прекршаја, а за чији је превоз односно пренос у конкретном случају било и употријебљено. Није неопходно испуњење било каквог субјективног услова који се односи на

био намијењен за извршење прекршаја, због некажњивости припремних радњи, не би било оправдано одузети возило које је било намијењено за извршење прекршаја.

14 Члан 35 Закона о царинским прекршајима БиХ, *Сл. гласник БиХ*, бр. 28/22, а прекршаји на које се односи одузимање су прекршаји из чл. 4 – забрањена роба и роба опасна по живот, чл. 5 – опојна дрога, оружје, муниција или експлозив), чл. 6 – унос или износ робе изван граничног прелаза, чл. 7 – скривена роба и чл. 8, ст. 1, тачка а) – непријављивање робе.

знање власника о томе да се превозно средство користи за превоз или пренос робе.¹⁵

У сљедећој законској одредби, предвиђено је факултативно изрицање заштитне мјере одузимања превозног односно преносног средства које је искључиво употријебљено за превоз односно пренос робе која је предмет наведених прекршаја. То значи да се може, али и не мора, одузети превозно или преносно средство које је искључиво употријебљено за превоз односно пренос робе која је предмет одређених прекршаја, при чему се не ради о превозним средствима која су посебно изграђена, прилагођена, измијењена или подешена за скривање робе.

Одузимање возила предвиђа се као заштитна мјера и за поједине прекршаје из области Закона о превозу у друмском саобраћају.¹⁶ Тако, за прекршај лицу које врши превоз, а не испуњава или престане да испуњава опште и посебне услове за вршење превоза, може се изрећи заштитна мјера одузимања возила, уколико је тим возилом учињен прекршај у поврату.¹⁷ У овом случају, ради се о факултативном изрицању заштитне мјере одузимања возила, при чему је неопходно да је прекршај учињен у поврату управо тим возилом. Са друге стране, предвиђено је обавезно изрицање ове заштитне мјере и то у виду трајног одузимања возила за прекршај лицу које врши превоз, који је према горе поменутом закону, забрањен.¹⁸ Као и у првом случају, за изрицање ове заштитне мјере потребно је да се ради о возилу којим је учињен прекршај у поврату, с тим да је овдје, као што је већ претходно истакнуто, ријеч о обавезном и трајном одузимању возила.

15 За разлику од овог рјешења, у Србији је Царинским законом предвиђено обавезно одузимање превозног средства које је коришћено за превоз робе која је предмет прекршаја, ако вриједност те робе прелази једну трећину вриједности превозног средства, када је власник тог превозног средства знао или могао знати да ће се оно користити за превоз робе која је предмет прекршаја. Чл. 272 Царинског закона, *Сл. гласник Републике Србије*, бр. 95/18, 91/19, 144/20, 118/21, 138/22.

16 Закон о превозу у друмском саобраћају, *Сл. гласник Републике Српске*, бр. 47/17.

17 *Ибид.* чл. 65, ст. 1, тач. 8. Општи и посебни услови за вршење превоза предвиђени су члановима 6, 7, ст. 1, 8, 9, 10. и 50, ст. 3.

18 *Ибид.* чл. 65, ст. 1, тач. 9. Забрањеним превозом сматра се превоз превиђен чланом 17, став. 2 и 3.

5. Одузимање возила због саобраћајног прекршаја – казна или заштитна мјера?

У прекршајној пракси Републике Српске, одузимање возила представља специфичну прекршајну санкцију,¹⁹ која се учиниоцу саобраћајног прекршаја може изрећи прекршајним налогом од стране овлашћеног органа или се може изрећи од стране суда, уколико је судски поступак покренут на основу захтјева за покретање прекршајног поступка или захтјева за судско одлучивање. Иако се нигдје у Закону о основима безбједности саобраћаја на путевима у Босни и Херцеговини²⁰ изрицање заштитне мјере одузимања предмета односно возила не предвиђа ни као обавезно ни као факултативно, у пракси се често предлаже изрицање заштитне мјере у виду одузимања возила од стране овлашћеног органа у иницијалном акту. До изрицање ове заштитне мјере, иако је превиђена као могућност, није долазило ни у кривичним поступцима који су се водили за тешка кривична дјела против безбједности јавног саобраћаја, у којима су посљедице управљања моторним возилом у алкохолисаном стању биле смртне (Хаџић, 2017: 62). Приједлогу за изрицање ове заштитне мјере обично претходи привремено одузимање возила, које се чини при откривању прекршаја, при чему се лицу од кога се возило привремено одузима о томе издаје потврда. Он на ту потврду нема право жалбе нити било каквог правног средства већ мора сачекати да о судбини његовог возила одлучи суд у одлуци којом се окончава прекршајни поступак.

У захтјеву за покретање прекршајног поступка или касније у току поступка, уколико је по издатом прекршајном налогу поднесен захтјев за судско одлучивање, овлашћени орган, уз приједлог да се окривљеном изрекне заштитна мјера одузимање предмета односно возила, некада истиче као релевантно да је лице вишеструки повратник у вршењу саобраћајних прекршаја те да има неплаћене новчане казне у Регистру.²¹ Одлуке судова у Републици Српској у погледу изрицања ове заштитне мјере и оцјене наведених околности су различите, па се тако може наићи и на одлуке којима је изречена заштитна мјера одузимања предмета у виду одузимања возила, при чему су релевантним сматране околности да је окривљени повратник у вршењу саобраћајних прекршаја и да има неплаћене казне у

19 Ову синтагму на овом мјесту користимо са разлогом јер би требало да се ради о заштитној мјери, али она у пракси поприма обресе казне за учињени прекршај.

20 Закон о основима безбједности саобраћаја на путевима у БиХ, *Сл. гласник БиХ*, бр. 6/06, 75/06, 44/07, 84/09, 48/10, 18/13, 8/17, 89/17, 9/18.

21 Регистар новчаних казни, трошкова принудне наплате и прекршајних евиденција је база података о изреченим санкцијама, мјерама, трошковима принудне наплате и осталим евиденцијама за прекршаје. Чл. 11, ст. 5 Закона о прекршајима.

Регистру.²² Поред таквих одлука, постоје и судске одлуке које су околност да се ради о повратнику у вршењу саобраћајних прекршаја исправно цијениле као отежавајућу при избору врсте и мјере казне а не заштитне мјере,²³ док се околност да лице има неплаћене казне у Регистру није уопште цијенила при одлучивању о санкцији. Да ли лице има или нема неплаћене новчане казне, односно евидентиран дуг у Регистру новчаних казни, не може бити одлучујућа околност при избору заштитне мјере одузимања предмета односно возила²⁴ јер је разлог за изрицање заштитних мјера отклањање

22 Тако у образложењу рјешења Основног суда у Бањалуци, бр. 71 0 Пр 344450 21 Пр од 13. 10. 2022. године у дијелу који се односи на заштитну мјеру одузимања предмета, наводи се „да је окривљени управљао предметним возилом прије стицања права на управљање, да је у критичном периоду извршио 13 прекршаја из области саобраћаја и да је на дан контроле у Регистру новчаних казни имао дуг у износу 9.970,00 КМ.“ У образложењу рјешења Основног суда у Прњавору, бр. 78 0 Пр 030164 19 Пр, од 8. 3. 2019. године, у дијелу који се односи на одузимање путничког моторног возила од окривљеног „као предмета који је кориштен раније за извршење прекршаја, суд је имао у виду чињеницу да је окривљени безуспјешно више пута кажњаван, да су према истом безуспјешно вишеструко изрицане заштитне мјере забране управљања моторним возилом „Б“ категорије и да се ради о окривљеном који не плаћа изречене новчане казне, што је видљиво из службене евиденције овог суда.“

23 У образложењу рјешења Основног суда у Градишци, бр. 72 0 Пр 089122 21 Пр 2 од 27. 10. 2021. године, између осталог, наводи се „што се тиче чињенице да окривљени има неплаћеног дуга у Регистру новчаних казни, по оцјени овог суда, исто није разлог за одузимање предмета-возила. Неплаћање новчаних казни је регулисано Законом о прекршајима РС па је тако чланом 231. Закона о прекршајима прописано да се правоснажно рјешење о прекршају или извршни прекршајни налог доставља Пореској управи ради принудне наплате. Уколико се ни на тај начин не изврши наплата, новчана казна се замјењује казном затвора тако да се због неплаћања новчане казне не могу одузимати предмети у прекршајном поступку јер би то значило да се учиниоцу прекршаја изричу двије санкције односно се да се исти 'дупло' кажњава јер су и заштитне мјере прописане као прекршајне санкције.“

У образложењу рјешења Основног суда у Бијељини, број 80 0 Пр 142403 Пр 22 од 26. 6. 2022. године наводи се „Иако је тачно је да је окривљени вишеструки повратник у чињењу саобраћајних прекршаја, те да има дуг у регистру новчаних казни, које околности је суд напријед и цијенио као отежавајуће на страни окривљеног, ради чега му је и изречена јединствена новчана казна у складу са законом, ове чињенице саме за себе, не могу бити законски основ нити разлог за одузимање возила.“

24 Чак се и у медијима свакодневно наилази на наслове да је лицу одузето возило због неплаћене новчане казне. *Одузето возило због дуга од 7.890 КМ у регистру новчаних казни.* Преузето 24. 12. 2022. године. https://www.glassrpske.com/cir/hronika/hronika_vijesti/oduzeto-vozilo-zbog-duga-od-7890-km-u-registru-novcanih-kazni/427896. Иста саопштења се налазе и на званичној страници Министарства унутрашњих послова РС, *Од лица А.В. одузето возило због дуга у регистру новчаних казни у износу од 9.970 КМ.* Преузето 24. 12. 2022. године, <https://mup.vladars.net/lat/index.php?vijest=25613&vrsta=saopstenja>.

стања и околности које омогућавају или подстичу учиниоца на извршење новог прекршаја.²⁵

Ради подстицања на плаћање новчане казне, законодавац предвиђа и низ „санкција“²⁶, које одређује надлежни орган односно суд и то тако што конкретном лицу које није платило казну неће дозволити: регистрацију или продужење важења регистрације моторног возила; промјену власника моторног возила; издавање или продужење важења возачке дозволе; учествовање на јавном тендеру; регистрацију, односно било коју промјену регистрације правног лица или регистрацију, односно било коју промјену регистрације предузетничке дјелатности, за учињени прекршај из области економског и финансијског пословања и издавање дозволе за набавку, држање и ношење оружја.²⁷

Са друге стране, начин поступања у случају неплаћене новчане казне предвиђа и сам Закон о прекршајима, којим се, у првом реду, одређује начин њене принудне наплате путем Пореске управе. Према одредбама тог закона, судови ће пратити извршење новчаних казни, трошкова прекршајног поступка и других мјера изречених рјешењем о прекршају. Уколико учинилац не плати новчану казну или трошкове прекршајног поступка, овлашћени орган или суд ће по истеку рока од годину дана, рачунајући од дана када су прекршајни налог или рјешење о прекршају постали коначни, правоснажни или извршни, доставити извршни налог Пореској управи да примијени поступак принудне наплате за било који износ евидентиран у Регистру, на исти начин на који је овлашћена за наплату пореских обавеза.²⁸

25 Чл. 58 Закона о прекршајима.

26 На овом мјесту кориштен је термин „санкције“ мада није у потпуности јасна правна природа овог института. Постоје и мишљења да се ради о правним посљедицама кажњавања за прекршаје, а Уставни суд Републике Србије дефинише их као „додатну казну“. У сваком случају, ове одредбе у Закону о прекршајима Србије, а које су сличне садржине као у Закону о прекршајима Републике Српске, престале су да важе јер их је Уставни суд својом одлуком, бр. Иуз 367/2013 од 3. 11. 2016. године, прогласио неуставним. Међутим, Уставни суд Републике Српске у својој одлуци, бр. У-14/14 од 29. 4. 2015. године дошао је до другачијег закључка, наводећи да су наведена ограничења легалан начин самозаштите Републике, као и њеног општег и финансијског интереса те да су она пропорционална сврси коју има прекршајно нормирање. У овој одлуци се даље наводи да предметна ограничења нису у функцији супституције извршног поступка, већ дозвољеног ограниченог притиска на одређено лице или субјекат да изврши своју обавезу, која му је правоснажним актом одређена.

27 Чл. 230 Закона о прекршајима.

28 *Ибид.* чл. 231.

Уколико пак новчана казна није плаћена у утврђеном року, а није наплаћена ни принудним путем на горе наведени начин, та новчана казна се без одгађања, а по истеку рока од три године, рачунајући од дана када су прекршајни налог или рјешење о прекршају постали коначни, односно правоснажни, замјењује казном затвора. Суд који је рјешењем изрекао новчану казну, по службеној дужности доноси рјешење о замјени новчане казне казном затвора, а за новчане казне изречене прекршајним налогом замјену суд извршава по писменом приједлогу овлашћеног органа који је издао прекршајни налог. Замјена новчане казне у казну затвора врши се тако што се за сваких почетих 50 КМ одређује један дан затвора, с тим што у том случају казна затвора не може бити краћа од једног дана, ни дужа од 60 дана.²⁹

Уколико би се пак прихватио став да је за одузимање возила одлучујуће то што лице има неплаћене новчане казне односно евидентиран дуг у Регистру новчаних казни, да ли би то значило да се лицу може одузети возило и онда када прекршај, за који му је изречена та новчана казна, није из области јавног саобраћаја. Примјера ради, да ли би било логично лицу кажњеном за царински прекршај и за који му је изречена новчана казна, при поновном вршењу царинског прекршаја и утврђивању да претходну новчану казну евидентирану у Регистар није платио, привремено одузети возило? Ако већ овлашћени орган инсистира да је околност да новчана казна није плаћена, релевантна за одузимање возила, онда би она требала бити примјењива код свих прекршаја. Пошто се из приложеног види да то није могуће и није логично, онда се лако дâ закључити да та околност не може бити од значаја при доношењу одлуке о одузимању предмета односно возила те је зато не предвиђа ни законодавац, а не би је требао прихватити ни суд.

Међутим, недавно су јавности представљене новине предвиђене преднацртом Закона о измјенама и допунама Закона о основима безбједности саобраћаја на путевима у Босни и Херцеговини, којим би полицијски службеници привремено одузимали возило од вшеструких повратника у чињењу најтежих прекршаја из области безбједности саобраћаја, а суд би одлучивао о њиховом трајном одузимању.³⁰ Према овом преднацрту,

29 *Ибид.* чл. 235.

30 Усвајање сличних законских рјешења планирано је и у Републици Србији, гдје је према посљедњем нацрту измјена Закона о безбједности саобраћаја на путевима, предвиђено одузимање возила за учиниоце одређених прекршаја (попут вожње без возачке дозволе, вожње током трајања мјере забране управљања возилом итд.) али и за лица која учине неки тежи прекршај, а која су у претходне двије године већ кажњавана за тај или неки други тежи прекршај.

вишеструким повратником сматра се лице које је у претходне двије године најмање три пута правоснажно кажњено због прекршаја попут вожње под дејством алкохола или дроге, одбијања тестирања на наведене супстанце, управљање возилом прије стицања возачке дозволе и вожња током трајања забране односно за вријеме док је одузета дозвола. Тешким прекршајем сматра се, у смислу овог преднацрта, и управљање нерегистрованим или технички неисправним возилом, али и одбијање ванредног техничког прегледа.

Уколико ова предложена рјешења буду усвојена и уграђена у законски текст, то би значило да бисмо у систему прекршајних санкција имали санкцију која, иако се сматра заштитном мјером, по својој природи и карактеристикама заправо представља посебну врсту казне. Околност да је лице повратник односно да је, како је већ горе наведено, био у претходне двије године најмање три пута кажњен, представља околност која се, у смислу ранијег кажњавања цијени приликом одмјеравања казне.³¹ Стога иста околност која се односи на раније кажњавање не би требала бити релевантна нити се узимати у обзир приликом изрицања заштитне мјере одузимања возила. Уколико се пак те околности желе узети у обзир за одузимање возила, онда би одузимање возила требало предвидјети и прописати као казну, налик кривичном праву. Уколико би се законодавац одлучио за такво рјешење и одузимање возила одредио као казну, било би потребно извршити измјене и допуне Закона о прекршајима, имајући у виду да органи овлашћени за доношење прописа о прекршајима могу прописивати само санкције предвиђене Законом о прекршајима.³² То би, чак, значило да би првобитно требало учинити измјене и допуне Закона о прекршајима и у постојећи систем санкција унијети и казну одузимања возила, па тек онда горе наведена рјешења предложена у Преднацрту уградити у законски текст.

Међутим, уколико се законодавац одлучи да пропише одузимање возила као казну, већ на први поглед стиче се утисак да би таква казна могла бити неправична, тачније несразмјерна. Узимајући у обзир већ поменуте критеријуме Европског суда за људска права, неспорно је да би ова санкција имала своје законско упориште и да би служила остварењу легитимног циља, који се огледа у заштити безбједности саобраћаја и његових учесника, али се поставља питање да ли би био испуњен услов који се тиче сразмјерности између средстава која су надлежни органи употребили да би се постигао овај циљ и заштите права лица на мирно уживање имовине. Када се све скупа узме у обзир, чини се да, ипак, код такве казне не би био

31 *Ибид.* чл. 45, ст. 1.

32 *Ибид.* чл. 4, ст. 3.

испуњен услов сразмјерности и иста би представљала прекомјеран терет учиниоцу прекршаја те би довела до повреде његовог права на имовину.

Посебан проблем представља ситуација када се врши одузимање возила које није у својини окривљеног већ у својини неког другог лица. Тада се као разлози за одузимање наводе интереси опште безбједности, чувања живота и здравља људи, сигурност робног промета или разлози јавног морала, а посебно у пракси истиче и околност, коју законодавац нигдје не наводи, да се возило има сматрати опасном ствари у рукама окривљеног лица. У овом случају, не санкционишемо учиниоца прекршаја него лице које понекад није ни упознато са предметним прекршајем, а у потпуности може бити лишено права својине над својим возилом.³³ Одузимањем возила које припада другом лицу, а којим није угрожен други учесник у јавном саобраћају, нити је створена опасност за живот и имовину других учесника у саобраћају нити је дошло до нарушавања опште безбједности или морала у заједници гдје су предметни прекршаји учињени, само би се причинила штета другом лицу, а изрицање заштитне мјере не би остварило никакву сврху према окривљеном јер се не ради о његовом возилу.

6. Закључак

Заштитном мјером одузимања предмета у прекршајном праву одузимају се предмети који су употријебљени, који су били намијењени за извршење прекршаја или су настали извршењем прекршаја, уколико су у својини окривљеног, а могу се одузети и уколико нису у његовој својини уколико то налажу интереси опште безбједности, чувања живота и здравља људи, сигурност робног промета или разлози јавног морала. Овом заштитном мјером врши се ограничење права својине као апсолутног стварног права. Имајући у виду да се право својине гарантује како међународним тако и домаћим правним актима, потребно је веома прецизно и опрезно нормирати услове за изрицање ове заштитне мјере, пазећи при томе да се ограничење права својине врши у складу са законом, да постоји легитиман циљ и да је одузимање сразмјерно наведеном циљу.

Када је ријеч о одузимању возила односно превозног средства, оно се предвиђа као заштитна мјера за поједине прекршаје из области превоза у друмском саобраћају и царинске области. Међутим, до одузимања возила у пракси долази и због учињеног саобраћајног прекршаја, при

³³ У пракси, ово треће лице није у могућности ни да спријечи одузимање предмета нити да истиче било какве приговоре у вези са тим нити је у прилици да остварује право својине на том предмету, а у прекршајном поступку се, чак, ни не позива као оштећени нити као свједок.

чему није јасно да ли се ради о примјени и изрицању заштитне мјере одузимања предмета или о својеврсној казни. При томе се често у судским одлукама, као релевантна околност посебно истиче и апострофира то што је окривљено лице повратник у вршењу саобраћајних прекршаја и има неплаћене новчане казне односно дуг евидентиран у Регистру новчаних казни.

Та околност не би требала, нити смјела бити нешто што ће се цијенити приликом одлуке о заштитној мјери одузимања предмета, већ се иста може цијенити приликом избора врсте и мјере казне. За неплаћену казну сам законодавац предвидио је у нормама Закона о прекршају поступак принудне наплате путем Пореске управе или пак замјену неплаћене новчане казне казном затвора.

Међутим, недавно су јавности представљене новине предвиђене преднацртом Закона о измјенама и допунама Закона о безбједности саобраћаја на путевима у Босни и Херцеговини, којим би полицијски службеници привремено одузимали возило од вишеструких повратника у чињењу најтежих прекршаја из области безбједности саобраћаја, а суд би одлучивао о њиховом трајном одузимању. Уколико ова предложена рјешења буду усвојена и уграђена у законски текст, то би значило да бисмо у систему прекршајних санкција имали санкцију која, иако се сматра заштитном мјером, по својој природи и карактеристикама заправо представља посебну врсту казне, из разлога што узима у обзир ранија кажњавања. Стога, уколико се већ жели посебно цијенити околност ранијег кажњавања, онда би било боље рјешење предвидјети одузимање возила као казну, али би то захтијевало и измјене и допуне Закона о прекршајима, у дијелу који се односи на систем прекршајних санкција. У сваком случају, остаје нам да пратимо даљи ток процедуре усмјерене на измјену постојећих прописа из области саобраћаја па можда те измјене буду изабране као тема неког новог рада.

Литература

Библиографске референце

Бејатовић, С. (2018). *Основи прекршајног права (материјални, процесни и извршни аспекти)*. Београд: Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву и Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.

Вуковић, И. (2021). *Кривично право – општи део*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Вуковић, И. (2021). *Прекршајно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Дракић, Д. (2005). Сврха мера безбедности као кривичних санкција – сврха мера безбедности према Основном кривичном закону. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3 (vol. 39). 121–128.

Јовашевић, Д. (2016). Примена мере безбедности одузимања предмета. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 72 (LV). 71–91.

Martinović I., Parenta I. (2021). Privremeno oduzimanje predmeta kao policijska ovlast i dokazna radnja: nedorečena zakonska rješenja u kontekstu ustavnih i europskih standarda. *Policija i sigurnost*. 3(30). 376–396.

Митровић, Љ. (2014). *Прекршајно право*. Бања Лука: Паневропски универзитет Апеирон.

Павловић, М. (2013). Одузимање предмета као мера безбедности у кривичном законодавству Републике Србије. *Бранич*. 3–4. 93–103.

Стручно-методолошко упутство о одузимању предмета у поступку инспекцијског надзора и прекршајном поступку. Национална алијанса за локални економски развој, Norwegian Embassy, Министарство државне управе и локалне самоуправе Републике Србије.

Harland C. Roche R. Strauss E. (2003). *Komentar Evropske konvencije o ljudskim pravima prema praksi u Bosni i Hercegovini i Strasbourgu*. Сарајево: Графићар промет.

Хацић, Џ. (2017). Привремено одузимање возила у прекршајним поступцима у Федерацији Босне и Херцеговине. *Зборник радова Упоредна анализа прекршајног законодавства у БиХ и регији*. 59–65.

Правни документи и остали извори

Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода

Закон о оружју и муницији, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 26.2016, 18.2017, 31.2018 и 58.2019.

Закон о основима безбједности саобраћаја на путевима у Босни и Херцеговини, *Службени гласник БиХ*, бр. 6.2006, 75.2006, 44.2007, 84.2009, 48.2010, 18.2013, 8.2017, 89.2017, 9.2018.

Закон о превозу у друмском саобраћају, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 47.17.

Закон о прекршајима Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 63.2014, 36.2015, 110.2016, 100.2017, 19.2021.

Закон о стварним правима, *Службени гласник Републике Српске*, број 124.2008, 3.2009, 58.2009, 95.2011, 60.2015, 18.2016, 107.2019, 1.2021, 119.2021.

Закон о царинским прекршајима Босне и Херцеговине, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 28.22.

Царински закон, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 95. 2018, 91.2019, 144.2020, 118.2021, 138.2022.

Одузето возило због дуга од 7.890 КМ у регистру новчаних казни. Преузето 24.12.2022. године, <https://www.glassrpske.com/cir/hronika/vijesti/oduzeto-vozilo-zbog-duga-od-7890-km-u-registru-novcanih-kazni/427896>

Од лица А.В. одузето возило због дуга у регистру новчаних казни у износу од 9.970 КМ. Преузето 24. 12. 2022. године. <https://mup.vladars.net/lat/index.php?vijest=25613&vrsta=saopstenja>;

Устав БиХ. Преузето 4. 11. 2022. године [https://www.ustavnisud.ba/public/download/Ustav Bosne I Hercegovine bos.df](https://www.ustavnisud.ba/public/download/Ustav%20Bosne%20i%20Hercegovine%20bos.df).

Суд БиХ. (2018). *Билтен судске праксе Суда Босне и Хецеговине*. Бр. 8.

Одлука Уставног суда БиХ АП 2180/17.

Одлука Уставног суда Републике Србије Иуз-367/2013.

Одлука Уставног суда Републике Србије Уж 8449/17.

Одлука Уставног суда Републике Српске У-14/14.

Одлука Уставног суда Републике Хрватке У-III-36100/2009.

Пресуда Европског суда за људска права, Милосављевић против Србије, представка 15112/07. *Службени гласник РС*, бр. 61.2012.

Рјешење Основног суда у Бањалуци 71 0 Пр 344450 21 Пр.

Рјешење Основног суда у Бијељини 80 0 Пр 142403 22 Пр.

Рјешење Основног суда у Градишци, 72 0 Пр 089122 21 Пр 2.

Рјешење Основног суда у Прњавору 78 0 Пр 030164 19 Пр.

Ljubana Sladić,
Senior Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of East Sarajevo
Republika Srpska

CONFISCATION OF A VEHICLE IN MISDEMEANOR PROCEEDINGS IN REPUBLIKA SRPSKA

Summary

Confiscation of objects is a protective measure provided in misdemeanor law which may be applied to confiscate objects used in the commission of a misdemeanor, those intended for the commission of a misdemeanor, and those resulting from the commission of a misdemeanor. The imposition of this protective measure encroaches on the exercise of the property rights of the person who is the owner of the confiscated items, who may or may not be the person who owns the confiscated items. In this paper, the author analyzes this protective measure from the point of view of the property rights of the person who has been imposed this protective measure. In its practice, the European Court of Human Rights highlighted the criteria that must be taken into account when assessing whether property rights have been violated when imposing this protective measure. These criteria are also accepted and respected by the constitutional courts of the countries in the region. The object of confiscation can also be a vehicle, in case of a customs misdemeanor and a misdemeanor in the field of traffic violations. Pursuant to the new legal provisions on this matter, which are expected to enter into force in the near future, a vehicle may be confiscated from a person who has committed a traffic misdemeanor. The same measure may also be imposed on persons who are repeated traffic offenders, which actually gives this sanction the character of a punishment rather than a protective measure.

Keywords: *confiscation of objects, misdemeanors, property rights, confiscation of vehicles, traffic misdemeanor.*

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ (M51)

УПУТСТВО АУТОРИМА

Опште напомене	Рукопис рада компјутерски обрадити коришћењем програма <i>Word</i> , у фонту <i>Times New Roman</i> ћирилица (Serbian-Cyrillic), (осим оригиналних латиничних навода), величина фонта 12 pt , размак између редова 1,5. Формат странице треба да буде А4.
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 пројакат.
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 .
Достављања радова	Радови се предају путем онлајн система за електронско уређивање АСИСТЕНТ, https://asestant.ceon.rs/index.php/zrpf/index ПРИЛИКОМ ПРЕДАЈЕ РУКОПИСА ПОТРЕБНО ЈЕ ДА АУТОРИ ПОПУНЕ СВЕ ПОДАТКЕ О СЕБИ У РУБРИЦИ "МЕТАПОДАЦИ" (АФИЛИЈАЦИЈА, ЗВАЊЕ, СТАТУС, ИНСТИТУЦИЈА, ГРАД, ДРЖАВА), КАО И КЉУЧНЕ РЕЧИ ЗА РУКОПИС.

* Ови подаци уносе се само у случају да рад испуњава наведене услове (пројекат или саопштење)

УПУТСТВО ЗА ЦИТИРАЊЕ ЛИТЕРАТУРЕ

Навођење цитата треба урадити у тексту, као што је наведено у упутству. **Фус нота** користити само када је неопходно пружити додатно објашњење или пропратни коментар, као и у случају позивања на нормативни акт, службена гласила и одлуке судова.

Цитати и позиви на литературу у тексту и листа библиографских јединица на крају текста морају се у потпуности слагати. Сваки цитат из текста и позив на литературу мора да се нађе на листи библиографских јединица, односно, свака библиографска јединица наведена у литератури мора да се нађе у тексту. Позив на библиографске јединице наводи се у оригиналном писму, без превођења.

Врста рада	Референце – литература	Цитирање у тексту
Књига, 1 аутор	Келзен, Х. (2010). <i>Општа теорија права и државе</i> . Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.	(Келзен, 2010: 56)
Књига, Више аутора	Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Београд: Београдски центар за људска права.	Прво цитирање у тексту: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) Наредно цитирање у тексту: (Dimitrijević et al. 2007: 200)
Колективно ауторство	<i>Oxford Essential World Atlas</i> . (1996). 3.ed. Oxford: Oxford University Press.	(Oxford, 1996: 245)
Рад или део књиге која има приређивача	Nolte, K. (2007). <i>Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga</i> . U Pavlović, V. i Orlović, S. (Prir.). <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> . Београд: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289.	(Nolte, 2007: 280)
Чланак у часопису	Марковић, Р. (2006). Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед. <i>Анали Правног факултета у Београду</i> . 2(LIV). 5-46	(Марковић, 2006: 36)
Енциклопедија	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> . Vol. 2. Tokyo: Kodansha. 1-3.	(Pittau, 1983: 3)
Институција као аутор	Републички завод за статистику. (2011). <i>Месечни статистички билтен</i> . Бр. 11.	(Републички завод за статистику, 2011)
Прописи	Закон о основама система васпитања и образовања. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 62. 2004.	Фус нота: Чл. 12. Закона о основама система васпитања и образовања, <i>Сл. гласник РС</i> , 62/04
Судске одлуке	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 или <i>Otojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 или Одлука Уставног суда IY-197/2002. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 57. 2003.	Фус нота: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] или Одлука Уставног суда IY-197/2002
Електронски извори	Wallace, A.R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Преузето 15.11.2005. http://www.gutenberg.org/etext/2530 или European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	Навођење у тексту: (Wallace, 2001) Фус нота: European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp

ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M51)

UPUTSTVO AUTORIMA

Opšte napomene	Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa <i>Word</i> , u fontu <i>Times New Roman</i> ćirilica (Serbian-Cyrillic), (osim originalnih latinićnih navoda), velićina fonta 12 pt , razmak između redova 1,5. Format stranice treba da bude A4 .
Obim rada	Jedan autorski tabak - rad ne treba da ima više od 40.000 karaktera , odnosno 6.000 karaktera kada se radi o prikazima, uključujući razmake.
Jezik i pismo	Jezici na kojima se mogu objavljivati radovi su srpski, engleski, ruski, francuski i nemaćki.
Naslov rada	Naslov rada kucati velićinom fonta 14 pt, bold , Times New Roman Naslov rada priloži ti i na engleskom jeziku.
Autor(i)	Ne unositi ime(na) autora u tekst rada da bi se obezbedila anonimnost recenziranja. Podaci o autoru(ima) biće dostupni redakciji preko Asistent programa.
Podaci o projektu ili programu*	Na dnu prve stranice teksta, treba navesti u fusnoti sledeće: Naziv i broj projekta, naziv programa, naziv institucije koja finansira projekat.
Podaci o usmenom saopštenju rada*	Ako je rad bio izložen na naućnom skupu u vidu usmenog saopštenja pod istim ili slićnim nazivom, podatak o tome treba navesti u okviru posebne napomene na dnu prve strane teksta (fusnota).
Apstrakt	Apstrakt sadrži 100-250 reći.
Ključne reći	Ne više od 10 ključnih reći na srpskom i engleskom jeziku (Key words).
Napomena o anonimnosti	U tekstu se ne smeju koristiti izrazi koji upućuju ili otkrivaju identitet autora (npr. „o tome vide ti u našem radu...“ ili „...moj rad pod nazivom ...“ i slićno). Neophodno je izbrisati iz samog dokumenta bilo koju personalnu informaciju/ime koje upućuje na autora. Mogu se priloži ti dokumenti u ćijem opisu kao i tekstu nema personalnih informacija.
Struktura teksta	<ol style="list-style-type: none"> 1. Uvod 2. Podnaslov 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Podnaslov 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Podnaslov 3 3. Podnaslov 2 4. Zaključak <p>Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, bold.</p>
Literatura (References)	Piše se nakon teksta, kao posebna sekcija. Poredati sve jedinice azbućnim redom po prezimenu autora, a kod istog autora, po godini izdavanja (od najnovije do najstarije). Molimo autore da iskljuće komandu numbering, tj. bez brojeva ispred. (Pogledati tabelu na kraju uputstva).
Rezime (Summary)	Piše se na kraju teksta posle Literature, dućine do 2 000 karaktera (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/zrpfm/index PRILIKOM PREDAJE RUKOPISA POTREBNO JE DA AUTORI POPUNE SVE PODATKE O SEBI U RUBRICI "METAPODACI" (AFILIJACIJA, ZVANJE, STATUS, INSTITUCIJA, GRAD, DRŹAVA), KAO I KLJUĆNE REĆI ZA RUKOPIS.

* Ovi podaci unose se samo u slućaju da rad ispunjava navedene uslove (projekat ili saopštenje)



UPUTSTVO ZA CITIRANJE LITERATURE

Navođenje citata treba uraditi **u tekstu**, kao što je navedeno u uputstvu. **Fus note** koristiti samo kada je neophodno pružiti dodatno objašnjenje ili propratni komentar, kao i u slučaju pozivanja na normativni akt, službena glasila i odluke sudova.

Citati i pozivi na literaturu u tekstu i lista bibliografskih jedinica na kraju teksta moraju se u potpunosti slagati. Svaki citat iz teksta i poziv na literaturu mora da se nađe na listi bibliografskih jedinica, odnosno, svaka bibliografska jedinica navedena u literaturi mora da se nađe u tekstu. Poziv na bibliografske jedinice navodi se u originalnom pismu, bez prevodenja.

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>Omojudiv 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 <i>Guidelines for Authors</i> .
Summary	The summary shall be included at the end of the text, after the References. The summary shall not exceed 2.000 characters (including spaces) and it shall be submitted in both Serbian and English.
Tables, graphs, figures	Tables shall be prepared in <i>MS Word</i> or in <i>Excell</i> . Photos, graphs or figures shall be in jpg . format.
Copyright	The authors are obliged to sign a written consent on the transfer of copyright. The Author's Statement may be downloaded here .
Paper submission	The articles are to be submitted via online editorial management system ACICTEHT, http://aseestant.ceon.rs/index.php/zrpfm/index

* The data shall be included only if the paper is subject to such circumstances.

CITATION GUIDELINES

The citations should be included in the text, in line with the guidelines provided below. Footnotes shall be used only for additional explanation or commentary and for referring to the specific normative act, official journals, and court decisions.

In-text citations and reference entries shall fully comply with the list of bibliographic units in the References, provided at the end of the paper. Each in-text citation and reference entry shall be clearly cross-referenced in the list of bibliographic units and, vice versa, each bibliographic unit shall be entered in the text of the submitted paper. The referential sources shall be cited in the language and script of the original work (without providing an English translation).

Type of work	References	In-text citation
Book (a single author)	Jones, C. P. (1994). <i>Investments: Analysis and Management</i> . New York: John Wiley & Sons. Ltd.	(Jones, 1994: 123)
Book (a number of authors)	Osterrieder, H., Bahloul, H., Wright, G., Shafner, K., Mozur, M. (2006). <i>Joining Forces and Resources for Sustainable Development Cooperation among Municipalities – A Guide for Practitioners</i> . Bratislava: UNDP	First in-text citation: (Osterrieder, Bahloul, Wright, Shafner, Mozur, 2006: 31) A subsequent in-text citation: (Osterrieder et al., 2006: 45)
Joint authorship (a group of authors)	<i>Oxford Essential World Atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
An article or a chapter in a book with an editor	Scot, C., del Busto, E. (2009). Chemical and Surgical Castration. In Wright, R. G. (ed.), <i>Sex Offender Laws, Failed Policies and New Directions</i> (pp. 291-338). New York: Springer	(Scot, del Busto, 2009: 295)
Journal article	Sandler, J. C., Freeman, N. J. (2007). Tipology of Female Sex Offenders: A Test of Vandiver and Kercher. <i>Sex Abuse</i> . 19 (2). 73-89	(Sandler, Freeman, 2007: 79)
Encyclopedia	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha Encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institution (as an author)	Statistical Office of the Republic of Serbia, <i>Monthly statistical bulletin</i> , No. 11 (2011)	(Statistical Office RS, 2011)
Legal documents and regulations	Education Act, Official Gazette RS, No. 62 (2004)	Footnote: Article 12. Education Act, Official Gazette RS, 62/04
Court decisions	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905; or <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10; or Constitutional Court decision IY-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 IY-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