
UDK 34(058)



ISSN 2620-1674

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

ПРАВНИ ХОРИЗОНТИ

Година VII | Број 9 | 2024

LEGAL HORIZONS

Volume VII | N° 9 | 2024

Ниш, 2024.

ПРАВНИ ХОРИЗОНТИ

Издавач

Правни факултет Универзитета у Нишу

За издавача

Проф. др Небојша Раичевић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Милош Прица

Чланови Редакционог одбора:

Проф. др Ирена Пејић, Правни факултет Универзитета у Нишу,
Проф. др Срђан Голубовић, Правни факултет Универзитета у Нишу,
Проф. др Предраг Цветковић, Правни факултет Универзитета у Нишу,
Проф. др Марко Трајковић, Правни факултет Универзитета у Нишу,
Проф. др Горан Марковић, Правни факултет Универзитета у Источном
Сарајеву, Република Српска, Босна и Херговина,
Проф. др Милица Шутова, Правни факултет Универзитета „Гоце Делчев“
у Штипу (Северна Македонија),
Доц. др Ивана Канцељак, Правни факултет Универзитета у Загребу
(Хрватска),
Проф. др Александар Ђорђевић, Правни факултет Универзитета у Нишу,
Проф. др Душица Миладиновић-Стефановић, Правни факултет
Универзитета у Нишу,
Проф. др Сања Марјановић, Правни факултет Универзитета у Нишу

Секретар Редакционог одбора: др Филип Мирић

Преводи резимеа: Гордана Игњатовић (енглески)

Лектура: Александра Гојковић

Технички уредник: Владимир Благојевић

Штампа: Медивест Ниш

Тираж: 100

У току једне године објављују се две свеске часописа.

Часопис „Правни хоризонти“ индексан је у бази HeinOnline.

САДРЖАЈ

I ОДАБРАНЕ ТЕМЕ

Милена Јовановић-Затила, Сања Марјановић EUROPEAN CONSUMERS' PROTECTION IN DIESELGATE CASE: QUO VADIS, SERBIA?.....	9
Урош Здравковић, Љубица Николић КАРАКТЕРИСТИКЕ НАДОКНАДЕ ШТЕТЕ У РЕЖИМУ КОНВЕНЦИЈЕ УН О УГОВОРИМА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ.....	37
Славиша Ковачевић СУБЈЕКТИВНА ПЕРЦЕПЦИЈА ПОЛИТИЧКЕ ОДГОВОРНОСТИ	59
Александар Михајловић, Александар Мојашевић УЛОГА СОЦИЈАЛНОГ ПРЕДУЗЕТНИШТВА У СУЗБИЈАЊУ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ НА ТРЖИШТУ РАДА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ.....	75
Љубомир Тинтор, Александра Рабреновић ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ КАО ОСНОВА ЗА КВАЛИТЕТАН ЖИВОТ ОСОБА СА ИНВАЛИДИТЕТОМ: МЕЂУНАРОДНИ ИНСТРУМЕНТИ И ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА.....	105
Милош Васовић ПРАВИЛО О КОНТРОЛИСАНОЈ ИНОСТРАНОЈ КОМПАНИЈИ КАО АНТИАБУЗИВНА МЕРА У СРПСКОМ ПОРЕСКОМ ПРАВУ.....	123
Владимир Георгиев THE ENLARGEMENT OF THE EUROPEAN UNION: CRITICAL ASSESSMENT OF THE LEGAL CONDITIONS FOR ACCESSION.....	145
Димитрије Андрејић НЕЗАКОНИТИ ДОКАЗИ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ ДОБИЈЕНИ ПРИМЕНОМ ТОРТУРЕ ПРЕМА ОКРИВЉЕНОМ – ПРАВО И ПРАКСА.....	163

Алекса Дамњановић ОРГАНИ УПРАВЉАЊА У ПАРЛАМЕНТУ.....	183
Магдалена Крњаић УТИЦАЈ ИНВЕСТИЦИОНЕ АРБИТРАЖЕ НА ДРЖАВНУ РЕГУЛАТИВУ У ДОМЕНУ ЗАШТИТЕ ЈАВНОГ ИНТЕРЕСА.....	203
Јелена Катрина ПРИРОДНО ПРАВО КАО ОКВИР ЗА ОСТВАРИВАЊЕ ПРИРОДНИХ ПРАВА.....	221
Драгана Миловановић ОГРАНИЧЕЊЕ СЛОБОДЕ МАЛОЛЕТНИКА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ.....	237
Милена Голубовић ОБАВЕШТАЈНО-БЕЗБЕДНОСНИ СИСТЕМ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ.....	257
Милица Илић О РАЗДВАЈАЊУ МОНЕТАРНЕ И НАДЗОРНЕ ФУНКЦИЈЕ ЕВРОПСКЕ ЦЕНТРАЛНЕ БАНКЕ.....	271

II НАУЧНА КРИТИКА И ПРАВНА ПОЛИТИКА

Бојан Благојевић ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА И ВЛАСТИ.....	289
--	-----

III СЛОВО О ПОСЛЕНИЦИМА ПРАВНЕ НАУКЕ

Милош Прица ПРОФЕСОР СЛАВОЉУБ ПОПОВИЋ – ДЕЛАТНИК ВРЛИНЕ И АКАДЕМСКОГ ДОСТОЈАНСТВА.....	309
---	-----

IV ПОРУКЕ И ПУТОКАЗИ

Драган Станимировић ФРАНЦУСКА РЕВОЛУЦИЈА 1789. И САВРЕМЕНОСТ.....	323
Упутство ауторима.....	335

CONTENTS

I SELECTED TOPICS

- Milena Jovanović-Zatila, Sanja Marjanović**
EUROPEAN CONSUMERS' PROTECTION IN DIESELGATE CASE:
QUO VADIS, SERBIA?.....35
- Uroš Zdravković, Ljubica Nikolić**
CHARACTERISTICS OF DAMAGE COMPENSATION IN
THE REGIME OF THE UN CONVENTION ON CONTRACTS
FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG).....57
- Slaviša Kovačević**
SUBJECTIVE PERCEPTION OF POLITICAL RESPONSIBILITY.....74
- Aleksandar Mihajlović, Aleksandar Mojašević**
THE ROLE OF SOCIAL ENTREPRENEURSHIP IN COMBATING
DISCRIMINATION ON THE LABOR MARKET IN THE
REPUBLIC OF SERBIA.....103
- Ljubomir Tintor, Aleksandra Rabrenović**
LEGAL CAPACITY AS THE BASIS FOR ENSURING QUALITY
OF LIFE OF PERSONS WITH DISABILITIES: INTERNATIONAL
INSTRUMENTS AND PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT
OF HUMAN RIGHTS.....122
- Miloš Vasović**
CONTROLLED FOREIGN COMPANY AS AN ANTI-ABUSE
PROVISION IN SERBIAN TAX LAW.....143
- Vladimir Georgiev**
THE ENLARGEMENT OF THE EUROPEAN UNION:
CRITICAL ASSESSMENT OF THE LEGAL CONDITIONS
FOR ACCESSION.....161
- Dimitrije Andrejić**
ILLEGAL EVIDENCE OBTAINED BY TORTURE IN CRIMINAL
PROCEDURE LAW AND PRACTICE.....181
- Aleksa Damnjanović**
PARLIAMENTARY LEADERSHIP.....202

Magdalena Krnjić	
THE IMPACT OF INVESTMENT ARBITRATION ON STATE REGULATION IN THE DOMAIN OF PROTECTING THE PUBLIC INTEREST.....	219
Jelena Katrina	
NATURAL LAW AS A FRAMEWORK FOR EXERCISING NATURAL RIGHTS.....	235
Dragana Milovanović	
RESTRICTION OF MINORS' PERSONAL FREEDOM IN CRIMINAL PROCEEDINGS.....	255
Milena Golubović	
SECURITY AND INTELLIGENCE SYSTEM OF THE REPUBLIC OF SERBIA.....	270
Milica Ilić	
ON THE SEPARATION OF MONETARY AND SUPERVISORY FUNCTIONS OF THE EUROPEAN CENTRAL BANK.....	287

II SCIENTIFIC CRITICISM AND LEGAL POLICY

Bojan Blagojević	
ABUSE OF LAW AND POWER.....	308

III HOMAGE TO NOTEWORTHY LEGAL SCHOLARS

Miloš Prica	
PROF. SLAVOLJUB POPOVIĆ: A SCHOLAR OF VIRTUE AND ACADEMIC DIGNITY.....	321

IV LANDMARKS AND SIGNPOSTS

Dragan Stanimirović	
LA RÉVOLUTION FRANÇAISE DE 1789 ET LE TEMPS MODERNE.....	330
Guidelines for Authors.....	335

I
ОДАБРАНЕ ТЕМЕ

Prof. Milena Jovanović Zattila, LL.D.,¹

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Prof. Sanja Marjanović, LL.D.,²

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

UDK: 366.542/543(4-672EU)

UDK: 341.645(4-672EU)

UDK: 346.548(4-672EU)

UDK: 341.231.14-057.187

DOI: 10.5281/zenodo.14421801

Originalan naučni članak

Primljen: 23. 11. 2024.

Prihvaćen: 05. 12. 2024.

EUROPEAN CONSUMERS' PROTECTION IN DIESELGATE CASE: QUO VADIS, SERBIA?³

Abstract: *Digitalization has entered almost all branches of contemporary industry, including the automotive industry. The world's largest motor vehicle manufacturers are racing to improve the standards of electronic equipment intended both to improve vehicle performance and to meet (and even dictate) consumer needs. Part of the innovation related to vehicle performance is directly related to the obligation to protect the environment. During 2015 and 2016, thanks to the control performed by the US Environmental Protection Agency (EPA), the famous Dieseltgate scandal came to the public eye. On the global scale, it raised the issue of consumer protection for certain Volkswagen diesel vehicles, including recuperation of the affected vehicles from consumers, compensation for damage, issuing an extended emissions warranty, etc. Diesel engines in these vehicles turned out to be equipped with a defeat software for controlling harmful exhaust emissions. In the meantime, it was discovered that the faulty software was used not only by Volkswagen but also by many other manufacturers (Audi, Seat, Skoda, Volvo, Citroen, Hyundai, Renault). When collective consumer*

¹ milena@prafak.ni.ac.rs

² sanja@prafak.ni.ac.rs

³This paper is based on the authors' presentation given under the same title at the Scientific Conference "Digitalization and Law", held at the Faculty of Law, University of Niš, on 23-24 April 2021. It is slightly modified and updated with reference to new cases brought before the CJEU involving other car manufactures as well as the inadequate application of the Serbian Rulebook on the technical inspection of the vehicles, particularly in terms of the pollutant emissions control which was officially announced for July 2021 (after the initial presentation of this topic at the Conference). This paper is a result of a project funded by the Ministry of Science, Technological Development and Innovation of the Republic of Serbia, the Contract No. 451-03-65/2024-03/200120 dated 5 February 2024.

protection actions started being filed with the courts in the EU countries, the Court of Justice (CJEU) on several occasions ruled on important preliminary issues, including the interpretation of the concepts of “a defective device”, “emission control system”, and “place of the harmful event”. In 2020, in his opinion on the interpretation of the place of the harmful event in relation to the Brussels I recast Regulation, the EU Ombudsman referred to the problem of determining the circle of persons who must be considered direct victims, as well as the dilemma whether it includes consumers who are not in a contractual relationship with Volkswagen. Considering the ongoing European reflections of the Dieselpgate affair, and the traditional popularity of Volkswagen vehicles in Serbia, the authors of the paper examine the effectiveness of consumer protection in Serbia, from the perspective of Commercial Law and Private international Law.

Keywords: *Dieselpgate, consumer protection, pollutant emissions, defeat device, damage compensation, collective redress, place where the harmful event occurred or may occur.*

1. Introduction

The *Dieselpgate* affair (less frequently referred to as the *Emissiongate*) emerged almost ten years ago. What seemed to be a (time)limited controversy over illegal use of defeat software in certain diesel-motor vehicles (mostly cars), believed at that time to be manufactured only by the Volkswagen Group (hereinafter: VW), turned into a saga with still relevant and far-reaching consequences regarding not only the consumers’ protection but, consequently, the environment’s protection as well. Let us present the key facts.

In September 2015, the *Dieselpgate* scandal initially broke in the USA, where Environmental Protection Agency (EPA) has disclosed the software malfunction of an diesel engine aimed at controlling of the nitrogen oxide compounds emissions (hereinafter: pollutant emissions) when the vehicle is in motion. At that time, the EPA found that the car computer (the engine’s control unit) was actually turned off during when the vehicle was in motion under normal driving conditions. In fact, this control unit should have given instructions to the engine to run in a way which would keep the levels of nitrogen oxide within the legally prescribed limits. In other words, the software was deliberately tuned by the VW to deceive the control testing of the vehicle’s compliance with the allowed levels of pollutant emissions. Yet, the real levels of the pollutant emissions were extremely high - even 10-40 times higher (MacDougald, 2017: 83). In the automotive industry, defeat devices are prohibited under the United States environmental laws and regulations (MacDougald, 2017: 84).

The EPA also revealed that the Volkswagen AG (VW) admitted to installing undisclosed software in almost 500,000 diesel automobiles (MacDougald, 2017: 83). This software-fraud was aimed at obtaining an EU type approval which was mandatory for the lawful sale of the vehicles in the EU. In the USA, the VW was sentenced to pay the fine of 2,8 billion US dollars, along with various other substantial payments (Bertelli, 2021: 620-626). From the USA, the *Dieseldgate* spread worldwide. For example, the *Dieseldgate's* waves hit Australia, initiating mass litigation and collective redress of around 100,000 VW owners before the Australian Federal Court.⁴ The court settlement of up to 87 millions of Australian dollars was approved in April 2020, but, given the large number of claimants, the total amount reached the impressive number of 125 millions.⁵

In the EU, in 2016, the VW revealed to the members of the European Parliament the shocking number of vehicles equipped with the defeat device which were sold in the EU: about eight million vehicles sold in the EU as compared to around eleven million vehicles sold worldwide (BEUC-European Consumer Organization, 2022: 3). The scandal revealed the involvement of not only VW in the fraud but also of almost entire automotive industry (Audi, Seat, Skoda, Volvo, Citroen, Hyundai, Renault), via the cartel card rules.⁶ In 2017, the European Parliament adopted the Resolution on emission measurements in the automotive sector, which is significant in this case regarding the strong condemnation of commercial practices involving defeat devices in the automotive industry with further consequences to the air pollution.⁷

⁴ The collective redress was based on the breach of Australian 2010 Competition and Consumer Act. The Act was amended in 2024 (Act No. 38, 2024); available at <https://www.legislation.gov.au/C2004A00109/latest/text> (last accessed on 5.11.2024). In Australia, the consumers in the VW collective redress lawsuit were represented by the Australian Competition & Consumer Commission (ACCC). The VW appealed to the Full Court of the Federal Court in 2020. The appeal was dismissed in April 2021. The VW filed for special leave to appeal to the High Court in May 2021, but the legal recourse was also dismissed. See for details Australian Competition & Consumer Commission (2024), <https://www.accc.gov.au/media-release/high-court-denies-volkswagen-leave-to-appeal-125-million-penalty>, (last accessed on 5.11.2024).

⁵ Australian Competition & Consumer Commission (ACCC) release, <https://www.accc.gov.au/media-release/high-court-denies-volkswagen-leave-to-appeal-125-million-penalty>

⁶ European Commission Press Release on Antitrust: Commission fines car manufacturers, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3581

⁷ European Parliament Resolution of 27 October 2015 on emission measurements in the automotive sector (2015/2865(RSP)), *OJ C 355*, 20.10.2017. As it is emphasized in the Resolution, the European Parliament "*Strongly condemns any fraud by automobile manufacturers and urges companies to take full responsibility for their actions and to cooperate fully with the authorities in any investigations; deplores the fact that millions of consumers have been*

It further led to class action lawsuits in several EU Member States, with different outcomes, mostly depending on the differences related to the possibility of instituting mass litigation before national courts, which ultimately revealed the drawbacks of collective redress in the EU Member States. It also triggered the CJEU rulings on preliminary issues in several cases.

Bearing in mind that the *Dieseldgate* is not resolved yet and considering the numbers of proceedings before national courts in the EU Member States, as well as the page limit of this paper, the authors will discuss some highlights of this saga. First, we examine the most relevant CJEU preliminary rulings tackling the interpretation of the “defeat device” and point to some EU Private International Law aspects (interpretation of the “place where the harmful event occur or may occur”). As already noted, the VW is a e kind of a (sacred) “totem in the eyes of consumers” (Arbour, 2022: 670), which may also apply to consumers in the Republic of Serbia. Therefore, we discuss the main shortcomings of the consumer protection in Serbia in terms of the *Dieseldgate* case. Due to legal constraints, consumers in Serbia are most unlikely to initiate a collective redress lawsuit, which ultimately leads to consumers’ apathy.

2. The CJEU interpretation of the “defeat device” in terms of motor vehicle

In 2018, *Tribunal de grande instance de Paris* requested the CJEU preliminary ruling in case C-693/18⁸ with regard to the interpretation of “defeat device” in terms of Article 5(2) of Regulation 715/2007 on type approval of motor vehicles with respect to emissions from light passenger and commercial vehicles and on access to vehicle repair and maintenance information (hereinafter: Regulation 715/2007).⁹ Previously, the criminal proceedings against the

deceived and misled by false information regarding emissions from their vehicles” (under para. 1); thus expressly mentioning the VW and the number of acknowledged defeat devices vehicles sold in the EU (“*whereas VW has admitted to having installed defeat devices in at least 11 million of the diesel vehicles it has sold worldwide; whereas VW has announced that it will recall 8,5 million VW diesel vehicles in the EU following a decision of the German Federal Motor Transport Authority*”, para. O).

⁸ C-693/18, Judgment of the Court (Second Chamber) of 17 December 2020, ECLI:EU:C:2020:1040.

⁹ Regulation (EC) No 715/2007 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2007 on type approval of motor vehicles with respect to emissions from light passenger and commercial vehicles (Euro 5 and Euro 6) and on access to vehicle repair and maintenance information, *OJ L* 171 of 29.6.2007. A year later, the EU has adopted Commission Regulation (EC) No 692/2008 of 18 July 2008 implementing and amending Regulation (EC) No 715/2007 of the European Parliament and of the Council on type-approval of motor vehicles with respect to emissions from light passenger and commercial vehicles (Euro 5 and Euro 6) and on access

car manufacturer had been initiated before the Tribunal de grande instance de Paris for placing motor vehicles equipped with fraud-software on the French market. This defeat software was capable of adapting the controlling system of pollutant gas emissions to the detected driving conditions in order to pass the testing in the approval procedure.¹⁰ The Tribunal in Paris engaged an expert to analyse the results of the tests conducted by the local administrative authority in order to explain how the software operated and its effects on the increase in pollutant emissions by the vehicles equipped with that software.¹¹ The expert stated that the vehicles were fitted with a device which detected the approval procedure, modified the operation of the exhaust gas recirculation system for the purposes of that approval, and reduced pollutant emissions for the purposes of that procedure. In fact, the emission control systems of those vehicles had been manipulated in order to increase the opening of the EGR valve¹² when an approval phase was detected.¹³ The reduction in the opening of that valve under normal conditions of use of those vehicles reduced the effectiveness of the emission control system and resulted in an increase in pollutant emissions. However, if the operation of the EGR valve in normal conditions of use had been identical to its operation during the approval procedures, the vehicles concerned would have produced much less pollutant emissions.¹⁴ Without that manipulation,

to vehicle repair and maintenance information, *OJ L* 199 of 28.7.2008. The new Regulation lays down measures for the implementation of Articles 4, 5 and 8 of Regulation (EC) No 715/2007 (Article 1 of the Regulation 692/2008). Eventually, the Regulation 692/2008 was repealed by the Commission Regulation (EU) 2017/1151 of 1 June 2017 supplementing Regulation (EC) No 715/2007 of the European Parliament and of the Council on type-approval of motor vehicles with respect to emissions from light passenger and commercial vehicles (Euro 5 and Euro 6) and on access to vehicle repair and maintenance information, amending Directive 2007/46/EC of the European Parliament and of the Council, Commission Regulation (EC) No 692/2008 and Commission Regulation (EU) No 1230/2012 and repealing Commission Regulation (EC) No 692/2008, *OJ L* 175, 07/07/2017.

¹⁰ Arts. 34 para. 1 and 35 para. 1 (including Annex IV) of the Directive 2007/46/EC of the European Parliament and of the Council of 5 September 2007 establishing a framework for the approval of motor vehicles and their trailers, and of systems, components and separate technical units intended for such vehicles (*OJ L* 263 of 9.10.2007), as amended by Commission Regulation (EC) No 1060/2008 of 7 October 2008 (*OJ L* 292 of 31.10.2008) referred to the UNECE Regulation No. 83 (2006).

¹¹ Para. 39 of the CJEU Judgment of 17 December 2020.

¹² The EGR valve is an abbreviation standing for the Exhaust Gas Recirculation valve. It is a crucial component in modern engines with primary function to reduce harmful nitrogen oxide emissions.

¹³ Para. 40 of the CJEU Judgment of 17 December 2020.

¹⁴ Para. 93 of the CJEU Judgment of 17 December 2020.

the vehicles concerned would not have been approved. In 2020, the CJEU in its judgment has ruled:

“... a device which detects any parameter related to the conduct of the approval procedures...in order to improve the performance of the emission control system during those procedures, and thus obtain approval of the vehicle, constitutes a ‘defeat device’,..., even if such an improvement may also be observed, occasionally, under normal conditions of vehicle use.”

It should be noted that the notion of the defeat device envisaged in the Regulation 715/2007 heavily relies on the autonomous characterization introduced in the international law, more precisely, in the Regulation No 83 of the Economic Commission for Europe of the United Nations (hereinafter: UNECE Regulation No. 83).¹⁵ The UNECE Regulation No. 83 (2006) defines the defeat device as “...any element of design which senses temperature, vehicle speed, engine rotational speed, transmission gear, manifold vacuum or any other parameter for the purpose of activating, modulating, delaying or deactivating the operation of any part of the emission control system, that reduces the effectiveness of the emission control system under conditions which may reasonably be expected to be encountered in normal vehicle operation and use.”¹⁶ Similarly, Regulation 715/2007 prescribes an autonomous notion of defeat device as “...any element of design which senses temperature, vehicle speed, engine speed (RPM), transmission, gear, manifold vacuum or any other parameter for the purpose of activating, modulating, delaying or deactivating the operation of any part of the emission control system, that reduces the effectiveness of the emission control system under conditions which may reasonably be expected to be encountered in normal vehicle operation and use.”¹⁷

In a crucial subsequent case C-873/19,¹⁸ the CJEU ruled that:

“a defeat device can be justified...only where it is established that that device strictly meets the need to avoid immediate risks of damage or accident to

¹⁵ Regulation No 83 of the Economic Commission for Europe of the United Nations (UNECE) – Uniform provisions concerning the approval of vehicles with regard to the emission of pollutants according to engine fuel requirements, OJ 2006 L 375. The EU expressly refers to this Regulation in Article 3 and Annex II of the Council Decision 97/836/EC of 27 November 1997 with a view to accession by the European Community to the Agreement of the United Nations Economic Commission for Europe concerning the adoption of uniform technical prescriptions for wheeled vehicles, equipment and parts which can be fitted to and/or be used on wheeled vehicles and the conditions for reciprocal recognition of approvals granted on the basis of these prescriptions (‘Revised 1958 Agreement’), OJ 1997 L 346.

¹⁶ Para. 2.16 of the UNECE Regulation No. 83.

¹⁷ Article 3 para. 10 of the Regulation 715/2007.

¹⁸ C-873/19, Judgment of the Court (Grand Chamber) 8 November 2022, ECLI:EU:C:2022:857.

the engine, caused by a malfunction of a component of the exhaust gas recirculation system, of such a serious nature as to give rise to a specific hazard when a vehicle fitted with that device is driven. Furthermore, the 'need' for a defeat device, within the meaning of that provision, exists only where, at the time of the EC type-approval of that device or of the vehicle equipped with it, no other technical solution makes it possible to avoid immediate risks of damage or accident to the engine, which give rise to a specific hazard when driving the vehicle."¹⁹

This case is of paramount significance regarding consumer's protection within the framework of environment protection. Volkswagen marketed motor vehicles, in particular VW Golf Plus TDI vehicles, which were equipped with a Euro 5 generation EA 189-type diesel engine equipped with a valve for exhaust gas recirculation (EGR valve) in order to control and reduce pollutant emissions.²⁰ Since the software was decisive, the VW did not notify the Federal Motor Transport Authority, Germany (KBA) of the existence of such software in the EC type-approval procedure for those vehicles.²¹ The KBA ordered Volkswagen to remove that device and to take the necessary measures to ensure that the vehicles complied with the national legislation concerned and the EU legislation.²² The VW updated the software, but the pollutant emission purification by that recirculation system was fully effective only if the external temperature was above 15 degrees Celsius ("temperature window").²³ The KBA granted authorisation for the software and stated that the defeat devices still present in the vehicles concerned were lawful.²⁴ Consequently, *Deutsche Umwelthilfe* brought an action before the Administrative Court of Schleswig-Holstein in Germany (*Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht*), seeking annulment of the contested decision since the vehicles were still equipped with an unlawful defeat device, within the meaning of Article 5(2) of Regulation No 715/2007 (given that device becomes active when the average temperatures recorded in Germany are reached).²⁵ So, the question for the CJEU preliminary ruling concerned the interpretation of Article 5(2) of Regulation 715/2007 and clarification whether a defeat device within the meaning of Article 3(10) of that regulation may be

¹⁹ C-873/19, Judgment of the Court (Grand Chamber) 8 November 2022.

²⁰ C-873/19, para. 24 of Judgment of the Court (Grand Chamber) 8 November 2022.

²¹ C-873/19, para. 26 of Judgment of the Court (Grand Chamber) 8 November 2022.

²² C-873/19, para. 25 of Judgment of the Court (Grand Chamber) 8 November 2022.

²³ C-873/19, para. 27 of Judgment of the Court (Grand Chamber) 8 November 2022.

²⁴ C-873/19, para. 29 of Judgment of the Court (Grand Chamber) 8 November 2022.

²⁵ C-873/19, para. 31 of Judgment of the Court (Grand Chamber) 8 November 2022.

allowed under Article 5(2)(a) of that Regulation as an exception making the defeat device lawful. Considering that the software makes pollutant emission recirculation fully operational during driving only if outside temperatures are within the “temperature window”, one can observe that the conditions set in the ruling of the CJEU are not met in this case. Thus, as noted in the legal theory, the reasonable expectations of the consumer with regard to the nature of the goods and taking into account the public statements on its specific characteristics by (or on behalf of) the seller must prevail over the absence of limitations in the use of the involved cars (Bertelli, 2023: 1227).

Another cornerstone in terms of consumers protection is the CJEU’s ruling in the case 145/20,²⁶ where the request for a preliminary ruling was has been made in proceedings between DS, on the one hand, and Porsche Inter Auto GmbH & Co. KG and VW, on the other, concerning an application for annulment of a sales contract for a motor vehicle equipped with software reducing the recirculation of the vehicle’s pollutant emissions according to the outside temperature detected (the use of “temperature window”, again). The request for a preliminary ruling concerns the interpretation of Article 5(2) of Regulation 715/2007 and of Article 2(2)(d) and Article 3(6) of Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees.²⁷ Although this Directive is not longer in force,²⁸ the CJEU interpretation in this case is still relevant.²⁹ In that respect, the CJEU ruled “that a lack of conformity consisting of the presence, in a vehicle, of a defeat device, the use of which is prohibited under Article 5(2) of Regulation No 715/2007, is not to be classified as ‘minor’ even where the consumer would still have purchased that vehicle if he or she had been aware of the existence and operation of that device.”³⁰ The lack of conformity in this case appears as a direct consequence of the violation of a mandatory rule; therefore, its importance cannot be qualified as minor, and objective expectations based on the official certificates makes

²⁶ C-145/20, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 14 July 2022 (request for a preliminary ruling from the Oberster Gerichtshof, Austria)– *DS v Porsche Inter Auto GmbH & Co. KG, Volkswagen AG*, ECLI:EU:C:2022:572.

²⁷ Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, *OJ L* 171, 7.7.1999.

²⁸ Ammended by the Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC, *OJ L* 136, 22/05/2019.

²⁹ C-145/20, para. 3 of the Judgment of the Court (Grand Chamber) of 14 July 2022.

³⁰ C-145/20, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 14 July 2022.

the subjective expectations of each consumer to the defect totally irrelevant (Bertelli, 2023: 1232).

3. CJEU interpretation of the “place where the harmful event occurred or may occur” under Brussels I recast Regulation - case C-343/19

Several months before the CJEU ruled on the notion of defeat device in C-693/18, the same Court had given its interpretation of the *place where the harmful event occurred or may occur* in case C-343/19 involving the vehicle equipped with the defeat device.³¹ The request of the Austrian Regional Court (*Landesgericht Klagenfurt*) for a preliminary ruling concerns the interpretation of Article 7 (2) of the Brussels I recast Regulation³² to the extent in which the Brussels I recast regulates the international jurisdiction criteria for non-contractual obligation.³³ The original proceeding had been instituted for collective redress between the Austrian Consumer Protection Organization (*Verein für Konsumenteninformation*; hereinafter: the plaintiff or VKI) and Volkswagen (VW), having its registered office in Germany. This mass litigation against the VW tackled its liability for damage arising from the installation of software that manipulates data relating to pollutant emissions in vehicles. The vehicles in question were purchased by Austrian consumers in Austria.³⁴ The plaintiff stated that the “place where the harmful event occurred or may occur could” (as criteria for direct international jurisdiction envisaged in the Brussels I recast refer to Austria rather than Germany (where the VW has its seat) since the sales contract were concluded in Austria, and the payment of the purchase price and the transfer or delivery of the vehicles in question also took place in Austria.³⁵ Further on, the case involves initial damage that confers jurisdiction to the Austrian court since the damage includes reduction in the value of the vehicle of each consumer concerned. The damage was sustained at the date of purchase and delivery of the vehicles in Austria.³⁶ According to the VKI, the conduct of VW took effect for the first time and directly caused damage to the consumers concerned in

³¹ C-343/19, Judgment of the Court (First Chamber) of 9 July 2020, ECLI:EU:C:2020:534.

³² Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ 2012 L 351.

³³ Brussels I recast Regulation covers rather broad cross-border civil and commercial matters regarding the direct international jurisdiction, see Article 1 of the Brussels I recast Regulation.

³⁴ C-343/19, para. 8 of the Judgment of the Court (First Chamber) of 9 July 2020.

³⁵ C-343/19, para. 10 of the Judgment of the Court (First Chamber) of 9 July 2020.

³⁶ Ibid.

Austria. The plaintiff claimed that VW should be ordered to pay over three million EUR and associated costs while being declared liable for all damage that is not yet quantifiable and could occur in the future.³⁷ In its application, the VKI relied on the fact that the 574 consumers joined their claims in the collective redress proceeding regarding new or used vehicles purchased in Austria before the disclosure of VW's manipulation of gas emissions from those vehicles.³⁸ The plaintiff argued that those engines were equipped with a defeat device which is unlawful under Regulation 715/2007 because the software manipulates the data relating to those emissions and makes it possible to deceive the controlling tests when measurements of pollutant emissions are being taken, but a significantly higher level of pollutants was actually emitted when the vehicle is in motion.³⁹ Thus, by using that manipulative software, the VW was able to obtain the type approval envisaged in the EU legislation for vehicles with this type of engine.⁴⁰

In order to bring the lawsuit before the court, the plaintiff relied on Article 7 (2) of the Brussels I recast Regulation which envisages the international jurisdiction criteria for non-contractual obligations: *the place where the harmful event occurred or may occur*. The referring court also commented on the CJEU's previous ruling in the *Universal Music International Holding* case,⁴¹ since this ruling could be understood to be in favour of Germany as the place where the vehicle was bought and the damage occurred.⁴²

As repeatedly held by the CJEU in its case-law concerning this provision of the Brussels I (now - recast), the concept of *the place where the harmful event occurred* is intended to cover both the place where the damage occurred and the place of the event giving rise to it, with the result that the defendant may be sued, at the option of the applicant, in the courts for either of those places.⁴³ The concept of the *place where the harmful event occurred* cannot include every place where the adverse consequences of an event, if the direct damage actually occurred elsewhere. Consequently, the *place where the harmful event*

³⁷ C-343/19, para. 7 of the Judgment of the Court (First Chamber) of 9 July 2020.

³⁸ C-343/19, para 8. of the Judgment of the Court (First Chamber) of 9 July 2020.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ *Case Universal Music International Holding*, C-12/15, Judgment of the Court (Second Chamber) of 16 June 2016, EU:C:2016:449.

⁴² C-343/19, para. 15 of the Judgment of the Court (First Chamber) of 9 July 2020.

⁴³ As CJEU has already explained in the case *Zuid-Chemie*, C-189/08, Judgment of 16 July 2009, EU:C:2009:475, and in the case *Tibor-Trans*, C-451/18, Judgment of 29 July 2019, EU:C:2019:635.

occurred cannot include the place where the victims have suffered *financial damage* following initial damage arising in another State.⁴⁴ When interpreting the corresponding provisions of the Brussels Convention⁴⁵ (as the Brussels I recast's first predecessor), the CJEU had already ruled that damage which appears as the indirect consequence of the harm initially suffered by the direct victims of damage and which occurred at a place different from that where the indirect victim subsequently suffered harm cannot establish jurisdiction under *place where the harmful event occurred*.⁴⁶

In the present case, the disclosure of the manipulative software relating to pollutant emissions made a defective vehicle, so the vehicle now has a lower value.⁴⁷ The CJEU concluded that "where vehicles equipped by their manufacturer with software that manipulates data relating to exhaust gas emissions are sold, the damage suffered by the final purchaser is neither indirect nor purely financial and occurs when such a vehicle is purchased from a third party."⁴⁸ The CJEU referred to the observation of the European Commission that the claim for damages expressed in euros does not mean that the damage is purely financial.⁴⁹ Following this observation, the CJEU considered that this case concerns material damage "resulting from a loss in value of each vehicle concerned and stemming from the fact that, with the disclosure that software which manipulates data relating to exhaust gas emissions was installed, the purchaser received, in return for the payment made to purchase such a vehicle, a vehicle which is defective and, accordingly, has a lower value."⁵⁰ Further on, the CJEU explained that when the vehicles originally equipped "with software that manipulates data relating to exhaust gas emissions are sold, the damage suffered by the final purchaser is neither indirect nor purely financial and occurs when such a vehicle is purchased from a third party."⁵¹ Finally, a motor vehicle manufacturer established in a Member State and "engaging in unlawful tampering with vehicles sold in other Member States may reasonably expect to be sued in the courts of those

⁴⁴ CJEU has already taken the same standpoint in the case *Marinari*, C-364/93, Judgments of 19 September 1995, EU:C:1995:289 and in the case *Tibor-Trans*.

⁴⁵ Article 5(3) of the 1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters *OJ L 299*, 31.12.1972.

⁴⁶ Case *Dumez France and Tracoba*, C-220/88, Judgment of 11 January 1990, EU:C:1990:8.

⁴⁷ C-343/19, paras. 29-31 of the Judgment of the Court (First Chamber) of 9 July 2020.

⁴⁸ C-343/19, para. 35 of the Judgment of the Court (First Chamber) of 9 July 2020.

⁴⁹ C-343/19, para. 33 of the Judgment of the Court (First Chamber) of 9 July 2020.

⁵⁰ C-343/19, para. 34 of the Judgment of the Court (First Chamber) of 9 July 2020.

⁵¹ C-343/19, para. 35 of the Judgment of the Court (First Chamber) of 9 July 2020.

States”⁵² - such manufacturer must anticipate that damage may occur at the place where the vehicle in question has been purchased.⁵³ Finally, the CJEU ruled that the relevant provision of the Brussels I recast on *place where the harmful event occurred* should be interpreted in such a way that a manufacturer which unlawfully equipped its vehicles with software manipulating data on exhaust gas emissions in one Member State before those vehicles are purchased from a third party in another Member State could be sued in that latter Member State as a place where the damage occurred.⁵⁴

4. CJEU interpretation in the case C-100/21

Although the Diesel scandal is mostly associated with VW, the most recent CJEU judgment rendered in case of the defeat device (a vehicle) involved the Mercedes-Benz. In the case C-100/21,⁵⁵ the request for a preliminary ruling was made in proceedings between QB and Mercedes-Benz Group AG, formerly Daimler AG, concerning the right to compensation and the calculation of the amount of damages which Mercedes-Benz owes to a QB (an individual - consumer) on account of his purchase of a diesel vehicle equipped with manipulated software (also aimed at reducing the recirculation of pollutant gases depending on the outside temperature).⁵⁶ The consumer seeks compensation for damage allegedly caused by a “temperature window” (again!). The

⁵² The CJEU referred to its previous cases of *Kolassa*, C-375/13, Judgments of 28 January 2015, EU:C:2015:37, and of *Löber*, C-304/17, Judgments of 12 September 2018, EU:C:2018:701.

⁵³ C-343/19, para. 37 of the Judgment of the Court (First Chamber) of 9 July 2020.

⁵⁴ C-343/19, Judgment of the Court (First Chamber) of 9 July 2020.

⁵⁵ C-100/21, Judgment of the Court (Grand Chamber), 21 March 2023, ECLI:EU:C:2023:229.

⁵⁶ The request for a preliminary ruling concerns the interpretation of Article 18(1), Article 26(1) and Article 46 of Directive 2007/46/EC of the European Parliament and of the Council of 5 September 2007 establishing a framework for the approval of motor vehicles and their trailers, and of systems, components and separate technical units intended for such vehicles, as amended by Commission Regulation (EC) No 385/2009 of 7 May 2009, read in conjunction with Article 5(2) of Regulation (EC) No 715/2007 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2007 on type approval of motor vehicles with respect to emissions from light passenger and commercial vehicles (Euro 5 and Euro 6) and on access to vehicle repair and maintenance information (OJ 2007 L 171, p. 1), and of the second paragraph of Article 267 TFEU. The Directive 2007/46/EC was repealed by Regulation (EU) 2018/858 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 on the approval and market surveillance of motor vehicles and their trailers, and of systems, components and separate technical units intended for such vehicles, amending Regulations No 715/2007 and (EC) No 595/2009 and repealing Directive 2007/46, OJ L 151, 14.6.2018, with effect from 1 September 2020. However, taking into account the date of the facts of the dispute in the main proceedings, the previous Directive remains applicable.

referring court asked the CJEU to determine whether the Directive 2007/46/EC read in conjunction with the Regulation No 715/2007 protects only the public interest or the interests of individual purchasers of vehicles, as well.

The CJEU stated that the aforesaid Directive requires manufacturers to issue a “certificate of conformity” to the individual purchaser of a vehicle, as an evidence that “a vehicle belonging to the series of the type approved ...complied with all regulatory acts at the time of its production.”⁵⁷ Consequently, the CJEU concluded that an consumer (purchaser) can reasonably expect that the vehicle complies fully with relevant EU legislation.⁵⁸ The CJEU recognized the relevant EU legislation as “protecting, in addition to public interests, the specific interests of the individual purchaser of a motor vehicle vis-à-vis the manufacturer of that vehicle where that vehicle is equipped with a prohibited defeat device.”⁵⁹

The CJEU also answered the question whether the infamous “temperature window” falls under a notion of a defeat device within the meaning of the Regulation 715/2007. Similarly, the Court was asked to clarify whether the relevant EU legislation oblige the purchaser of a vehicle to accept offsetting the benefit of the actual use made of the motor vehicle where he or she seeks, by way of compensation based on tortious liability, reimbursement from the manufacturer of the purchase price of a vehicle placed on the market by the manufacturer with a prohibited defeat device against return and transfer of ownership of the vehicle.

Firstly, with reference to earlier case law, the CJEU stated that a “temperature window” might fall within the definition of defeat device under the Regulation, if none of the exceptions to that prohibitions were met (which should be interpreted strictly, leaving the necessary factual assessments to the referring court). Secondly, the CJEU ruled that the

“EU law must be interpreted as meaning that, in the absence of provisions of EU law governing the matter, it is for the law of the Member State concerned to determine the rules concerning compensation for damage actually caused to the purchaser of a vehicle equipped with a prohibited defeat device, within the meaning of Article 5(2) of Regulation No 715/2007, provided that that compensation is adequate with respect to the damage suffered.”

Although this ruling leaves many EU law interpretation issues to national courts, the potential implications of this judgement are far-reaching as it

⁵⁷ C-100/21, Paras. 80 and 81 of the Judgment of the Court (Grand Chamber), 21 March 2023.

⁵⁸ C-100/21, Para. 82 of the Judgment of the Court (Grand Chamber), 21 March 2023.

⁵⁹ C-100/21, Judgment of the Court (Grand Chamber), 21 March 2023.

obliges the Member States to *de facto* harmonize the consumer's protection legislation on national law level in such cases.

5. The position of consumers in Serbia in terms of the *Dieselgate* case

In comparison to evolving cases of consumer protection in the EU and world-wide within the never-ending-*Dieselgate* story, the situation in Serbia could almost indicate that nothing important has happened. The defeat vehicles, environment's protection and consumer's right to seek reimbursement do not seem to bother the purchasers of diesel vehicles in Serbia. Pursuant to the data provided in personal communication of the authors with the National Organization for Consumers Protection, there are no registered cases on this matter, nor has any purchaser contacted them for information. In 2015, when the *Dieselgate* emerged, the Traffic Security Agency acknowledged that 7,885 (VW) vehicles could be affected by the scandal, but the actual number could be much higher.⁶⁰ Although the Consumers Protection Act (2021)⁶¹ was drafted to correspond to the relevant EU legislation (Jovanović Zattila, 2022: 148-160), there are no cases involving car manufacturers involved in the *Dieselgate* case accused of a deceptive commercial activity envisaged in Article 18 in conjunction with Article 19 § 1 of the Consumers Protection Act (2021).

As it was emphasized in the analyzed CJEU cases, all of the main proceedings were instituted as a mass litigation where the consumers were represented by the relevant consumers protection organization. In a lawsuits initiated by collective redress, a defendant is not confronted with one claimant but either with a representative entity representing the interests of a group of claimants, or with a formal joinder of plaintiffs or a group of individual plaintiffs (Bosters, 2017: 2). In some EU member states, the collective reimbursement of pecuniary damages involves two stages: first, the declaratory judgment on a tort or contractual breach has to be rendered in a mass litigation case; second, that judgment is a legal ground for individual actions in order to establish the causal link and damages (Bosters, 2017: 5). At the level of the EU law, piecemeal legislation on individual issues and enforcement techniques are enacted as a consequence of a debate on collective redress at EU level over consumers and competition law, including the balance between public and private enforcement and the balance in enforcement jurisdiction between EU level and the national level of Member States which differently approach to

⁶⁰ See the example of Slovenia and the influence of their national Traffic Safety Agency on the environment protection and approval procedure in: Svetina, Zajc, Popović, 2012: 94-98.

⁶¹ The Consumers Protection Act, *Official Gazette of the RS*, 88/2021.

the balance between public and private enforcement at the national law level (Hodges, Voet, 2018: 12). The collective redress is perceived as having the capacity to improve access to justice in the EU; thus, the EU has tried to boost its implementation in Member States (Pato, 2019: 45). In terms of the national legislations of EU member states, various instruments of collective redress are available, but many national collective redress tools are still defective (Pato, 2019: 47). In order to remedy these deficiencies, different reform processes have taken place since 2012, sharing similar patterns: extension of the scope of application of collective redress, ADR mechanisms and opt-out-based systems (Pato, 2019: 47).⁶² In 2017, after the emergence of *Dieselgate* case, the European Commission announced a “New deal for consumers” to promote fairer and more efficient rules for consumers, which was officially published on 11 April 2018, bringing two pieces of legislation and several documents: findings of the Fitness Check of EU Consumer and Marketing Law of May 2017;⁶³ the evaluation of the 2011 Consumer Rights Directive, the report on collective redress of January 2018; the revision of the Consumer Protection Cooperation (CPC) Regulation;⁶⁴ the Directive on consumer ADR;⁶⁵ Communication from the Commission detailing its action plan,⁶⁶ a new proposal for a Directive on representative actions for the protection of collective interests of consumers aimed at facilitating consumer redress in mass harm situations;⁶⁷ and a proposal for a Directive on better enforcement and modernisation of EU consumer protection rules aimed at introducing several targeted amendments to substantive consumer rules laid down in

⁶² For more on the national collective redress mechanisms in the EU Member States, see: Pato, 2019: 47 *et seq.*

⁶³ European Commission/EC (2017) Press release on the conclusions of the 2017 Fitness check: European Commission lays the groundwork for future action in EU consumer law, 29 May 2017; https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_17_1448

⁶⁴ EU Regulation 2017/2394 of the European Parliament and of the Council of 27 December 2017 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws and repealing Regulation No 2006/2004 [2017], *OJ L* 345, 27.12.2017

⁶⁵ Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes [2013] *OJ L* 165, 18.6.2013,

⁶⁶ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, A New Deal for Consumers, COM (2018) 183/3, April 2018.

⁶⁷ Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on representative actions for the protection of the collective interests of consumers, and repealing Directive 2009/22/EC, COM (2018) 184/3.

four different directives⁶⁸ (Biard, 2018: 197).⁶⁹ As noted in the legal theory, there are three pillars regarding the collective redress in the EU: the first one is the collective instrument for the recovery of damage or other consumers redress, such as reimbursement or reduction of the sales price, or repair (in a large number of EU Member States); the second and the third pillar are a mechanism of mass settlement entered by the parties to a *pending* mass litigation, and a parallel ‘standalone’ mechanism for a collective settlement entered into outside a collective action (Stadler, Jeuland, Smith, 2020: 92).

The latest intervention is the EU Directive (EU) on representative actions for the protection of collective interests of consumers (the RAD Directive).⁷⁰ The RAD Directive requires Member States to enact or amend at least one procedural mechanism by June 2023; this mechanism has to meet minimum standards set out in the RAD Directive, in order to enable consumers to seek collective redress against a business through breaches of the EU consumer laws. The Directive identifies two types of representative actions: domestic and cross-border. Member States must ensure that there is at least one domestic representative action mechanism which allows to seek injunctive and redress measures pursuant to the Directive. As noted, a certain degree of latitude concerning the implementing method in the EU states could open the door to a forum shopping (Fairgrieve, Salim, 2022: 469). However, in the EU legal theory, there is still a standpoint that different landscape of legal and institutional provision for private enforcement in the EU is inevitable as well as it is inevitable that patterns in the different EU Member States regarding competition litigation will continue to vary (Roger, 2014: 300). Yet, the full impact of the RAD Directive will show whether these predictions will be fulfilled and to which extent.

In Serbian legal system, the collective redress was introduced for the first time in the Consumers Protection Act (2010).⁷¹ This Act introduced the judicial proceedings for the protection of consumer’s rights; the consumer could

⁶⁸ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993, Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council, Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards better enforcement and modernisation of EU consumer protection rules, COM (2018) 185/3.

⁶⁹ See details and the impact of the “New deal for consumers” in: Biard, 2018: 199-203.

⁷⁰ Directive (EU) 2020/1828 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2020 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers and repealing Directive 2009/22/EC, *OJ L* 409, 4.12.2020. The RAD Directive came into force on 24 December 2020.

⁷¹ The Consumers Protection Act, Official Gazette of the RS, 73/2010.

be represented by the professional consumers protection organizations.⁷² The second piece of legislation which regulated the collective redress was the Contentious Proceedings Act (2011), which is no longer in force.⁷³ Pursuant to the latter, the consumers could have been represented by the professional organizations, if this activity was aimed at protecting the common interests and rights of a greater number of citizens who suffered damage by the actions of the defendant (Jovanović Zattila, Vukadinović, 2017: 19). The first (and so far the only) mass litigation was initiated in 2013 before the Third Basic Court in Belgrade, when the professional organization “Efektiva” represented ten thousand consumers in the main proceeding against three banks on the issue of the impermissible contracting of the currency clause in Swiss francs and unilateral change of the interest rate. In 2013, the Serbian Constitutional Court rendered the decision that the provisions in Chapter XXXVI of the Contentious Proceedings Act (2011) were unconstitutional.⁷⁴ Under the current Consumers Protection Act (2021), the protection of citizens’ collective interests in administrative proceedings is envisaged in Chapter XIV of this Act.⁷⁵ The collective redress is still not (re)introduced⁷⁶ in the latest Contentious Proceeding Act.⁷⁷

When it comes to the Serbian Private International Law (PIL), the direct international jurisdiction against the car manufacturers involved in the *Dieselgate*, could be based on Articles 53 (non-contractual obligations) and 55 (contractual obligation) of the 1982 PIL Act.⁷⁸ In terms of non-contractual obligations, the criteria in Article 53 refers to prorogation of jurisdiction or the *forum loci damni*. The latter criteria is formulated in a way that it corresponds to the CJEU preliminary ruling on interpretation of Article 7(2) of the Brussels I recast Regulation (C-343/19). The criteria laid down in Article

⁷² Article 137 of the Consumers Protection Act (2010).

⁷³ Collective redress was regulated in Arts. 494-505, Chapter XXXVI (“Proceeding for protection of citizens’ collective rights and interests”) of the Contentious Proceedings Act, Official Gazette of the RS, 72/2011.

⁷⁴ Decision of the Constitutional Court, Ulz number 51/2012 of 23.5.2013, Official Gazette of the RS, 49/2013. See details in Protić, Grga, 2022: 23-24.

⁷⁵ Arts. 170-180 of the 2021 Consumers Protection Act.

⁷⁶ For example, Croatia introduced the collective redress following the reception of the EU legislation. See details in Pavlović, 2015: 801-803.

⁷⁷ The Contentious Proceedings Act, *Official Gazette of the RS*, 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014, 87/2018, 18/2020 and 10/2023.

⁷⁸ The Act on Resolving Conflict of Laws with the Regulations of other Countries (1982 PIL Act), Official Gazette of the SFRY 43/82 and 72/82-corr, *Official Journal of the FRY* 46/96, and *Official Gazette of the Republic of Serbia* 46/2006.

55 of the 1982 PIL Act refers to the disputes against a legal entity having its seat abroad. In this case, the criteria could be the fact that the obligation was created or must be performed in Serbia, provided that the legal entity has its representative office or agency in Serbia or if the seat of the legal entity to which it entrusted the conduct of its business is in Serbia. Since most of the car manufacturers involved in the *Dieseldgate* case have representative office or agency in Serbia, this criteria could fit into disputes over contractual liability. In respect of the applicable law, Article 28 of the 1982 PIL Act applies to the non-contractual obligations, while Arts. 19 and 20 of the 1982 PIL Act envisage applicable law to contracts. In a matter of non-contractual obligations, the application of *lex loci delicti commissi* and *lex loci damni* is alternatively set, depending on the most favourable law for the person who suffered damage. When it comes to contracts, party autonomy⁷⁹ and exception clause⁸⁰ are envisaged as primary solutions, while the objective connecting factor for contract on sale leads to the application of the law of the place where the seller was domiciled or had its seat at the time of the receipt of the offer.⁸¹ Potentially, all three solutions could refer to the foreign law as applicable in case of purchase of vehicles from a car manufacturer seated abroad. Nevertheless, as long as collective redress remains excluded from the court proceedings, the consumers are left on their own against a vehicle manufacturer as a dominant party. Hence, the possibility to submit a collective redress could be discussed as a safeguard of a weaker party protection principle as a general legal principle in the Serbian legal order. Bearing in mind that a vehicle manufacturers involved in the *Dieseldgate* case have their seats abroad, the need for reinstating the collective redress in the court proceedings especially comes to the fore in cross-border cases. This type of dispute does not only raise an issue of international jurisdiction and applicable law but it also necessarily involves the recognition and enforcements of Serbian court decision abroad. In terms of cross-border collective redress, the CJEU rendered a decision in the case C-498/16 *Schrems v Facebook Ireland Ltd.*⁸² In a nutshell, the Court dismissed an attempt to bring a class action on behalf of 25,000 consumers before Austrian courts since Brussels I Regulation (then in force)⁸³ “does not provide specific provisions on the assignment

⁷⁹ Article 19 of the 1982 PIL Act.

⁸⁰ Article 20 para. 1 of the 1982 PIL Act.

⁸¹ Article 20 para. 1(1) of the 1982 PIL Act.

⁸² Case C-498/16, *Maximilian Schrems v Facebook Ireland Limited*, Judgment of the Court (Third Chamber) of 25 January 2018, EU:C:2018:37.

⁸³ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *OJL* 12, 16.1.2001.

of claims or procedures for collective redress... The application of the consumer forum in cases of collective action is the object of heated debate”.⁸⁴

Bearing in mind that Serbia is importing used cars mostly from the EU and the fact that the provisions on the rigid control of pollutant emissions of the Rulebook on technical inspection of vehicles⁸⁵ are still not completely applied (in terms of pollutant emission control), one can expect that the awareness of the *Dieseldgate* consequences will become apparent in Serbia at the time when this control becomes fully applied within the vehicle registration procedure. The rigid control of the pollutant emissions was first announced for July 2021, but it was postponed.⁸⁶ As a result, the limitation period for damage reimbursement may expire.⁸⁷

6. Conclusion

Diesel cars have a significant impact on the environment and public health all around a globe, including Serbia. In this regard, the consumers protection and environment protection are intricately interconnected (Jovanović Zattila, 2011: 232). The full effects of the *Dieseldgate* saga could have already occurred if the KBA in the analyzed case C-873/19 had actually revoked the EC type-approval for the vehicle type at issue. It would inevitably cause the ban on circulation of the defeated vehicles on EU roads (Bertelli, 2023: 1226). Although it has not occurred yet, such a scenario does not seem to be quite impossible in the future as, in November 2024, the CJEU assessed two additional cases, this time against Mercedes-Benz.⁸⁸ Once again, these cases entail the use of “temperature window” which was previously declared illegal. The forthcoming CJEU rulings against Mercedes-Benz in these cases could

⁸⁴ Opinion of Advocate General Bobek in Case C-498/16 *Schrems v Facebook Ireland Ltd*, 14 November 2016, EU:C:2017:863, para. 121.

⁸⁵ Article 34 para. 1(7) of the Rulebook on technical inspection of vehicles, *Official Gazette of the RS*, 31/2018, 70/2018 and 62/2022.

⁸⁶ It was estimated that 100,000 vehicles would not pass the pollutant emissions test in Serbia. See: Paragraf (2021). *Pravilnik o tehničkom pregledu vozila* (Rulebook on technical inspection of vehicles), 31.1.2021; <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/080221/080221-vest9.html>

⁸⁷ The 2021 Consumers Protection Act envisages the objective limitation period of 10 years from the day the manufacturer put the defective product on the market (Article 63).

⁸⁸ C-251/23 (Case C-251/23, Mercedes-Benz Group: Request for a preliminary ruling from the *Landgericht Duisburg* (Germany) lodged on 19 April 2023 — *OB v Mercedes-Benz Group AG*, *OJ C* 296, 21.8.2023) and C-308/23 (Case C-308/23, Mercedes-Benz Group: Request for a preliminary ruling from the *Landgericht Duisburg* (Germany) lodged on 17 May 2023 — *YV v Mercedes-Benz Group AG*, *OJ C* 296, 21.8.2023).

render millions of Euro 5 and Euro 6 diesel cars illegal to drive, of which more than 8 million vehicles only in the EU.⁸⁹ Some of the consumers protection organizations in the EU member states have already recommended to the diesel car owners (especially for the models from 2014 onwards) to pursue the consumer rights of a fair compensation.⁹⁰

Meanwhile, the consumers in Serbia remain unconcerned by all of these facts. Still liberal control of pollutant emissions within the vehicle registration procedure and non-existence of the collective redress in court proceedings lead to a conclusion that Serbia could become the graveyard of the vehicles equipped with defeat devices (including used vehicles imported from the EU), if the predictions after these two new CJEU cases come true. However, it should be born in mind that Serbia is obliged by the Stabilization and Association Agreement with the EU⁹¹ to align its laws more closely with the EU legislation. It means that Serbia has agreed to ensure that its existing laws and future legislation will become compatible with the EU *acquis* and that such laws will be properly implemented and enforced,⁹² including the consumers protection and possibility to (re)introduce the collective redress in court proceedings in line with the RAD Directive. Finally, the *Dieselpgate* saga and possibility that diesel cars equipped with the defeat software eventually become illegal to drive could turn the famous lyrics into “Oh, Lord, don’t you buy me a Mercedes-Benz!”

Literature

Arbour, M-E. (2022). The Volkswagen Scandal at the CJEU: Defeat Devices between the Conformity Guarantee and Environment Law. *European Journal of Risk Regulation*, 13(2022). 670-681.

Bertelli, F. (2023). The Dieselpgate Returns at the CJEU: Lack of Conformity, EU Consumers’ Rights and Responsibility, *European Review of Private Law*. 6-2023. 1221-1244.

⁸⁹ According to the predictions of the professional organizations for consumers protection (Dieselpgate Legal, 2024), ECJ Ruling could trigger early ban on millions of diesel cars. For more, see: Dieselpgate Legal (2024), ECJ Ruling could trigger early ban on millions of diesel cars, August 2022; <https://dieselpgate.legal/news/ecj-ruling-could-trigger-early-ban-on-millions-of-diesel-cars>, (last accessed on 20 November 2024).

⁹⁰ For details, see: Dieselpgate Legal (2024).

⁹¹ Stabilisation and Association Agreement, *Official Gazette of the RS - International Treaties*, 83/2008 [Stabilisation and Association Agreement between the European Communities and their Member States of the one part, and the Republic of Serbia, of the other part, *OJ L* 278, 18 October 2013].

⁹² Article 72 para. 1 of the Stabilisation and Association Agreement.

Biard, A. (2018).? Collective redress in the EU: a rainbow behind the clouds? *ERA Forum*. 19(2018): 189–204.

Bosters, Th. (2017). *Collective Redress and Private International Law in the EU*. The Hague: Asser Press, Springer.

Fairgrieve, D, Salim, Rh. (2022). Collective redress in Europe: Moving forward or Treading Water . *International and Comparative Law Quarterly*. 71(2022): 465–479.

Hodges, Ch, Voet, S. (2018). *Delivering Collective Redress: New Technologies*, Oxford: Hart Publishing.

Jovanović Zattila, M. (2022). *Pravo potrošača*. Niš: Pravni fakultet Univerziteteta u Nišu.

Jovanović Zattila, M, Vukadinović, R. (2017). Collective redress in consumer protection in EU and SEE countries emphasizing cross-national comparisons, issues of commonality and difference - National Report Serbia. In: V. Efremova (ed), *Collective redress in consumer protection in European Union and South East Europe - comparative study*. Skopje: Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH.

Jovanović Zattila, M. (2011). Mere kolektivne zaštite potrošača - *pro et contra*. *Pravo i privreda*. 7-9(2011): 216-234.

MacDougald, J. A. (2017), United States of America. in: M. Frigessi di Rattalma (ed). *The Dieselgate, A Legal Perspective*. Springer. 83-112.

Pato, A. (2019). *Collective Redress Mechanisms in the EU*. Oxford: Hart Publishing.

Protić, D, Grga, K. (2022). Izveštaj o potrebi rešavanja problema masovnih parnica i mogućnostima uvođenja kolektivne tužbe u pravni poredak Republike Srbije. Beograd: Centar za evropske politike/CEP, <https://www.otvorennavratapравосудја.rs/media/otvorena-vrata-pravосудјасpecial-reportciklus-2021.pdf>.

Pavlović, M. (2015). Značaj tužbe za zaštitu kolektivnih interesa i prava. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*. 3(52).799- 818.

Rodger, B. J. (2014). *Competition Law: Comparative Private Enforcement and Collective Redress across the EU*. The Hague: Kluwer Law International.

Stadler, A, Jeuland, E, Smith, V. (2020). Introduction: collective redress. In: A. Sadler, E. Jeuland, V. Smith (eds), *Collective and Mass Litigation in Europe Model Rules for Effective Dispute Resolution*. Edward Elgar Publishing.

Tomaz, S, Zajc, Lj, Popović, V. (2012). The influence of Slovenian Traffic safety Agency on motor vehicle legislation. *Journal of Applied Engineering Science*. 2 (10). 93-98.

Legislation

Act on Resolving Conflict of Laws with the Regulations of other Countries (1982 PIL Act), *Official Gazette of the SFRY* 43/82 and 72/82-corr, *Official Journal of the FR Yugoslavia* 46/96, and *Official Gazette of the Republic of Serbia* 46/2006.

Australian 2010 Competition and Consumer Act, amended in 2024 (Act No. 38, 2024); available at <https://www.legislation.gov.au/C2004A00109/latest/text>, last accessed on 5.11.2024.

Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, *OJ L* 299, 31.12.1972.

Commission Regulation (EC) No 692/2008 of 18 July 2008 implementing and amending Regulation (EC) No 715/2007 of the European Parliament and of the Council on type-approval of motor vehicles with respect to emissions from light passenger and commercial vehicles (Euro 5 and Euro 6) and on access to vehicle repair and maintenance information, *OJ L* 199 of 28.7.2008.

Commission Regulation (EU) 2017/1151 of 1 June 2017 supplementing Regulation (EC) No 715/2007 of the European Parliament and of the Council on type-approval of motor vehicles with respect to emissions from light passenger and commercial vehicles (Euro 5 and Euro 6) and on access to vehicle repair and maintenance information, amending Directive 2007/46/EC of the European Parliament and of the Council, Commission Regulation (EC) No 692/2008 and Commission Regulation (EU) No 1230/2012 and repealing Commission Regulation (EC) No 692/2008, *OJ L* 175, 07/07/2017.

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, A New Deal for Consumers, COM (2018) 183/3, April 2018.

Consumers Protection Act, *Official Gazette of the RS*, 88/2021.

Consumers Protection Act, *Official Gazette of the RS*, 73/2010.

Contentious Proceedings Act, *Official Gazette of the RS*, 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014, 87/2018, 18/2020 and 10/2023.

Contentious Proceedings Act, *Official Gazette of the RS*, 72/2011.

Council Decision 97/836/EC of 27 November 1997 with a view to accession by the European Community to the Agreement of the United Nations Economic

Commission for Europe concerning the adoption of uniform technical prescriptions for wheeled vehicles, equipment and parts which can be fitted to and/or be used on wheeled vehicles and the conditions for reciprocal recognition of approvals granted on the basis of these prescriptions ('Revised 1958 Agreement'), *OJ* 1997 L 346.

Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, *OJ L* 171, 7.7.1999.

Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC, *OJ L* 136, 22/05/2019.

Directive (EU) 2020/1828 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2020 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers and repealing Directive 2009/22/EC, *OJ L* 409, 4.12.2020; the RAD Directive entered into force on 24 Dec. 2020.

Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes [2013] *OJ L* 165, 18.6.2013.

Directive 2007/46/EC of the European Parliament and of the Council of 5 September 2007 establishing a framework for the approval of motor vehicles and their trailers, and of systems, components and separate technical units intended for such vehicles (*OJ L* 263 of 9.10.2007), as amended by Commission Regulation (EC) No.1060/2008 of 7 Oct. 2008, *OJ L* 292 of 31.10.2008.

European Parliament Resolution of 27 October 2015 on emission measurements in the automotive sector (2015/2865(RSP)), *OJ C* 355, 20.10.2017.

Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on representative actions for the protection of the collective interests of consumers, and repealing Directive 2009/22/EC, COM (2018) 184/3.

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993, Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council, Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards better enforcement and modernisation of EU consumer protection rules, COM (2018) 185/3.

Regulation 2017/2394 of the European Parliament and of the Council of 27 December 2017 on cooperation between national authorities responsible for

the enforcement of consumer protection laws and repealing Regulation No 2006/2004 [2017], *OJ L* 345, 27.12.2017.

Regulation (EC) No 715/2007 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2007 on type approval of motor vehicles with respect to emissions from light passenger and commercial vehicles (Euro 5 and Euro 6) and on access to vehicle repair and maintenance information, *OJ L* 171 of 29.6.2007.

Regulation No 83 of the Economic Commission for Europe of the United Nations (UNECE) – Uniform provisions concerning the approval of vehicles with regard to the emission of pollutants according to engine fuel requirements, *OJ* 2006 L 375.

Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *OJ* 2012 L 351.

Regulation (EU) 2018/858 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 on the approval and market surveillance of motor vehicles and their trailers, and of systems, components and separate technical units intended for such vehicles, amending Regulations No.715/2007 and EC/No.595/2009 and repealing Directive 2007/46, *OJ L* 151, 14.6.2018, (effective from 1 Sept. 2020).

Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *OJ L* 12, 16.1.2001.

Regulation No 83 of the Economic Commission for Europe of the United Nations (UNECE) -Uniform provisions concerning the approval of vehicles with regard to the emission of pollutants according to engine fuel requirements, *OJ L* 42, 15.2.2012.

Rulebook on technical inspection of vehicles, *Official Gazette of the RS*, 31/2018, 70/2018 and 62/2022

Stabilisation and Association Agreement between the European Communities and their Member States of the one part, and the Republic of Serbia, of the other part, *Official Gazette of the RS - International Treaties*, 83/2008 [*OJ L* 278, 18 October 2013].

Case-law

C-220/88, *Dumez France and Tracoba*, Judgment of 11 January 1990, EU:C:1990:8.

C-364/93, *Marinari*, Judgments of 19 September 1995, EU:C:1995:289

C-189/08, *Zuid-Chemie*, Judgment of 16 July 2009, EU:C:2009:475

C-375/13, *Kolassa*, Judgments of 28 January 2015, EU:C:2015:37

C-12/15, Case *Universal Music International Holding*, Judgment of the Court (Second Chamber) of 16 June 2016, EU:C:2016:449.

C-498/16, *Maximilian Schrems v Facebook Ireland Limited*, Judgment of the Court (Third Chamber) of 25 January 2018, EU:C:2018:37.

C-304/17, *Löber*, Judgments of 12 September 2018, EU:C:2018:701.

C-451/18, *Tibor-Trans*, Judgment of 29 July 2019, EU:C:2019:635.

C-693/18, Judgment of the Court (Second Chamber) of 17 December 2020, ECLI:EU:C:2020:1040.

C-343/19, Judgment of the Court (First Chamber) of 9 July 2020, ECLI:EU:C:2020:534.

C-873/19, Judgment of the Court (Grand Chamber) 8 November 2022, ECLI:EU:C:2022:857.

C-145/20, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 14 July 2022, ECLI:EU:C:2022:572.

C-100/21, Judgment of the Court (Grand Chamber), 21 March 2023, ECLI:EU:C:2023:229.

C-251/23, Mercedes-Benz Group: Request for a preliminary ruling from the Landgericht Duisburg (Germany) lodged on 19 April 2023 — OB v Mercedes-Benz Group AG, *OJ C 296*, 21.8.2023)

C-308/23, Mercedes-Benz Group: Request for a preliminary ruling from the Landgericht Duisburg (Germany) lodged on 17 May 2023 — YV v Mercedes-Benz Group AG, *OJ C 296*, 21.8.2023).

Decision of the Constitutional Court, UIz number 51/2012 of 23.5.2013, published in the *Official Gazette of the RS*, 49/2013. See details in Protić, Grga, 2022: 23-24.

Internet sources

Australian Competition & Consumer Commission-ACCC (2021). High Court denies Volkswagen leave to appeal \$125 million penalty, 12.12.2021, <https://www.accc.gov.au/media-release/high-court-denies-volkswagen-leave-to-appeal-125-million-penalty>, (last accessed on 5.11.2024).

BEUC-European Consumer Organization (2022). Seven years of Dieselgate, A never-ending story, BEUC-X-2022-130, 12/12/2022, https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/BEUC-X-2022-130_Dieselgate_7th_report.pdf, (last accessed on 10.10.2024).

Dieselgate Legal (2022), ECJ Ruling could trigger early ban on millions of diesel cars, Aug. 2022; <https://dieselgate.legal/news/ecj-ruling-could-trigger-early-ban-on-millions-of-diesel-cars> (last accessed on 10.10.2024).

European Commission (2012). Press Release on Antitrust: Commission fines car manufacturers, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3581, last accessed on 10.10.2024.

European Commission (2017). Press release of on the conclusions on the 2017 Fitness check: European Commission lays the ground work for future action in EU consumer law, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_17_1448, (last accessed on 10.10.2024).

Paragraf.rs (2021). Pravilnik o tehničkom pregledu vozila (Rulebook on technical inspection of vehicles), 31.1.2021; <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/080221/080221-vest9.html> (last accessed on 10.11.2024).

Др Милена Јовановић Zattila,
Редовни професор,
Правни факултет Универзитета у Нишу

Др Сања Марјановић,
Ванредни професор,
Правни факултет Универзитета у Нишу

ЕВРОПСКА ЗАШТИТА ПОТРОШАЧА У СЛУЧАЈУ ДИЗЕЛГЕЈТ: QUO VADIS, СРБИЈА?

Резиме

Дизелгејт скандал отвора многа питања о заштити потрошача не само у Европској унији, већ широм света. Одлуке Суда правде ЕУ у којима је давао тумачења поводом претходних питања о манљивом уређају и месту где се доводио штетни догађај дале су смернице за даља тумачења и примену законодавства ЕУ о заштити потрошача. Такође, положај потрошача који на супротној страни има гиганте ауто индустрије указује на неопходност колективних тужби. Исто важи и за Републику Србију и њен правни систем у материји заштите потрошача, као и међународног приватног и процесног права. Наиме, апатија која влада у погледу афере Дизелгејт у Србији једино се може објаснити недостатком пуне контроле емисија издувних гасова, што би иначе водило немогућности регистрације возила са последицама у погледу права потрошача. Међутим, потрошачи у Србији су већ сада погођени услед штете коју трпе због умањења вредности возила, а да тога, највероватније, нису ни свесни. Будући да су спорови са произвођачима возила обухваћених Дизелгејт скандалом нужно прекогранични, као и то да ЗРСЗ предвиђа основе међународне надлежности који се могу искористити за заснивање надлежности домаћих судова у овим случајевима, немогућност подношења колективних тужби ипак битно ремети начело заштите слабије стране као општег правног принципа и право на приступ правди.

Кључне речи: Дизелгејт, заштита потрошача, штетне емисије издувних гасова, манљиви софтвер, накнада штете, одговорност произвођача.

Др Урош Здравковић,¹
Ванредни професор,
Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 347.426.6:347.751

UDK: 339.542(100)"1980"

UDK: 341.241.8

Др Љубица Николић,²
Редовни професор,
Правни факултет Универзитета у Нишу

DOI: 10.5281/zenodo.14422603

Оригиналан научни чланак

Примљен: 05. 10. 2024.

Прихваћен: 29. 11. 2024.

КАРАКТЕРИСТИКЕ НАДОКНАДЕ ШТЕТЕ У РЕЖИМУ КОНВЕНЦИЈЕ УН О УГОВОРИМА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ³ ⁴

Апстракт: Предмет анализе рада су опште карактеристике права на надокнаду штете у случају повреде уговора о међународној продаји робе у режиму Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе. Циљ истраживања је да се домаћој научној и стручној јавности пружи један целовит преглед проблема надокнаде штете код уговора о међународној продаји робе. У фокусу рада су чланови 74 и 77 поменуте Конвенције, затим доступна судска и арбитражна пракса, као и одговарајући ставови у домаћој и страниој литератури. Право на надокнаду штете издвајају четири карактеристике: 1) штета се исказује у монетарној форми; 2) надокнађује се само штета која је настала као последица повреде уговора – притом није од значаја о каквој се повреди уговора ради; 3) надокнађује се стварна штета и изгубљена добит и 4) уговорна страна може потраживати само ону штету која је била предвидива као последица евентуалне повреде уговора у моменту његовог закључења. Страна која истиче свој захтев за надокнаду штете мора предузети све мере за умањење штете које би, у датим околностима, у доброј вери предузео разумни поверилац.

¹uros@prafak.ni.ac.rs

²ljubica@prafak.ni.ac.rs

³Рад је изложен на међународној научној конференцији „Legal Challenges in the 21st Century” која је одржана у Охрид у од 16-19. маја 2024. године у организацији *Iuridica Prima* - Institute for Legal and Economic Research and Education.

⁴Рад је настао као резултат истраживања на пројекту „Одговорност у правном и друштвеном контексту” који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2021-2025. године.

Ако тако не поступи, друга страна може захтевати смањење накнаде у висини износа губитка који је могао да се избегне.

Кључне речи: надокнада штете, Бечка конвенција, Право међународне продаје робе.

1. Уводна разматрања

Право на надокнаду штете је једно од основних правних средстава које стоји на располагању уговорној страни приликом повреде уговора о међународној продаји робе. Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе⁵ (у даљем тексту: Конвенција, Бечка конвенција) уређује право на надокнаду штете посредством чланова 74-77. Ове одредбе Конвенције предвиђају опште карактеристике права на надокнаду штете, као и методе за израчунавање штете приликом раскида уговора.

Члан 74 Конвенције гласи: „Накнада штете за повреду уговора коју је починила једна страна равна је суми која одговара претрпљеном губитку и измаклој добити који су услед повреде настали за другу страну. Ова накнада не може бити већа од губитка који је страна која је повредила уговор предвидела или је морала предвидети у тренутку закључења уговора као могућу последицу повреде уговора, с обзиром на чињенице које су јој тада биле познате или морале бити познате.“

Члан 74 успоставља општу формулу за израчунавање штете која се примењује у свим случајевима када било која уговорна страна има право на њену надокнаду. На подлози наведеног члана, право на надокнаду штете проистиче из повреде уговора и односи се на све материјалне губитке који су настали као последица повреде уговора. Притом, није од значаја да ли страна која је претрпела повреду изјављује раскид или жели да уговор остане на снази. Важно је једино да је наступила повреда уговора: због тога се надокнада штете најчешће комбинује са неким другим правним средством, као што је захтев за извршење, или раскид уговора (Вукадиновић, 554: 2012).

Предмет овог рада се састоји у анализи основних карактеристика надокнаде штете у режиму поменуте Конвенције. Те карактеристике се односе на све ситуације када уговорна страна има право да захтева

⁵ Конвенција је донета 11. априла 1980. године у Бечу, а ступила је на снагу 01. јануара 1988. године. Конвенцију је до сада ратификовало 97 држава. Социјалистичка Федеративна Република Југославија ратификовала је Конвенцију 1984. године („Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, бр. 10-1/84). Република Србија примењује Конвенцију, као један од правних следбеника СФРЈ.

надокнаду штете. У том смислу, тежиште расправе се ослања на члан 74 Конвенције. Чланови 75 и 76 такође уређују област надокнаде штете, али се примењују искључиво у ситуацијама када је уговор раскинут. Предмет ових чланова се односи на методе обрачуна штете када је дошло до раскида уговора и завређује посебну пажњу која би се морала манифестовати у форми засебног рада. Уговорна страна која је претрпела штету ће увек уживати право на њену надокнаду, кроз смисао позивања на члан 74. Стога разлика између члана 74 Конвенције са једне, и чланова 75 и 76, са друге стране, се састоји у томе што прва одредба уређује право на надокнаду штете услед повреде уговора уопште, док друге две одредбе уређују право на надокнаду штете услед раскида (*Emre Ay*, 2023:152).

Поред члана 74, рад се бави и чланом 77 Конвенције, који предвиђа обавезу за уговорну страну да предузме мере за смањење штете. Попут члана 74, и члан 77 се примењује на све ситуације у којима је дошло до повреде уговора, без обзира да ли је уговор раскинут или није.

Полазиште Конвенције је засновано на принципу пуне компензације за уговорну страну која је претрпела повреду уговора.⁶ Мора се, додуше, признати да значење синтагме „пуна компензација“ није до краја разјашњено. Ипак, у контексту Бечке конвенције се ова синтагма треба тумачити кроз призму губитка економске користи (*Schwenzer, Hagem*, 2008: 93). Примарни циљ компензације је стављање оштећене стране у материјалну позицију у којој би била да је друга уговорна страна ваљано извршила уговор: акценат је на заштити интереса очекивања, тј. позитивног уговорног интереса. Секундарни циљ компензације се огледа у надокнади трошкова које је уговорна страна разумно поднела ослањајући се на уговор.⁷

Требало би, на крају уводних излагања, поменути и то да уговорне стране могу, на подлози члана 6 Конвенције, да искључе примену члана 74, односно да другачије уреде питање надокнаде штете.⁸ Пуноважност

⁶ Пресуда Врховног суда Аустрије у предмету *Cooling device*, бр. 70b 301/01t од 14. јануара 2002. године (CLOUT case No. 541); Одлука Међународног арбитражног суда Савезне привредне коморе у Бечу у предмету *Rolled metal sheets*, бр. SCH-4366 од 15. јуна 1994. године (CLOUT case No. 93).

⁷ Пресуда Врховног суда Аустрије у предмету *Cooling device*, бр. 70b 301/01t од 14. јануара 2002. (CLOUT case No. 541).

⁸ Члан 6 Конвенције предвиђа тзв. *opting out* принцип: „Стране могу искључити примену ове конвенције или, под резервом одредби члана 12, одступити од било које од њених одредби или изменити њихово дејство.“

одредби којима стране другачије уређују надокнаду штете је предмет процене меродавног домаћег права, на основу члана 4(а) Конвенције.⁹

2. Штета као последица повреде уговора

Уговорна страна ће имати право на надокнаду штете уколико је штета настала као последица повреде уговора. Иако члан 74 Конвенције помиње само повреду уговора, право на надокнаду штете постоји и када дође до неизвршења обавезе која проистиче и из саме Конвенције.¹⁰

Право на надокнаду штете на основу члана 74 постоји уколико је штета настала као последица било какве повреде уговора. Није неопходно да повреда буде одређеног интензитета нити да буде битна. Конвенција не предвиђа ни кривицу као услов за постојање права на надокнаду штете (UNCITRAL, 2016: 335). Кривицу као услов не предвиђа члан 74, а то не чине ни чланови 45 и 61 Конвенције, који уређују правна средства купца, односно продавца, за случај повреде уговора.¹¹

Конвенција помиње и изузетке када страна која је повредила уговор неће бити обавезна да надокнади штету. Тако Конвенција најпре предвиђа да купац нема право на надокнаду штете, без обзира што је продавац повредио уговор: према члану 44 Конвенције, купац који није благовремено обавестио продавца о несаобразности на роби, или о потраживањима трећих лица на роби, имаће право на надокнаду штете, али не и за изгубљену добит, уколико има разумно објашњење што није послао обавештење. Међутим, ако купац нема разумно објашњење за свој пропуст, неће имати ни право на надокнаду штете.¹² Поред овог

⁹ На основу ове одредбе, Конвенција се не примењује на пуноважност одредби у уговору. Видети пресуду Вишег народног суда у Хангзоу (Кина) у предмету *Globtransbat Ltd v. Hangzhou Fuxing Group Co. Ltd* од 30. октобра 2014. године; пресуда Вишег регионалног суда у Целеу (Швајцарска) у предмету *Vacuum cleaners*, бр. 3 U 246/97 од 02. септембра 1998. (CLOUT case No. 318); пресуда Округног суда у Хајлброну (Немачка) у предмету *Film coating machine*, бр. 3 KfH O 653/93, од 15. септембра 1997. (CLOUT case No. 345).

¹⁰ Пресуда Округног суда у Франкфурту у предмету *Italian shoes*, бр. 32 C 1074/90-41, од 31. јануара 1991. године (CLOUT case No. 51) (купцу је суд признао право на надокнаду штете пошто га продавац није одмах обавестио да је суспендовао испоруку у складу са чланом 71(3) Конвенције).

¹¹ Пресуда Вишег регионалног суда у Минхену у предмету *Stolen car*, бр. 7 U 4969/06 од 05. марта 2008. (CLOUT case No. 1233).

¹² Продавац се свакако не може позивати на овај пропуст купца кад се недостатак саобразности односи на чињенице које су му биле познате или му нису могле бити непознате, а он их није открио купцу, односно када је знао за право или потраживање

изузетка, Конвенција, посредством члана 79 предвиђа да страна која се може ослободити од одговорности за неизвршење неће бити обавезна да надокнади штету другој страни због повреде уговора.¹³

Иако члан 74 Конвенције не предвиђа на којој страни лежи терет доказивања у погледу постојања и износа штете, судска и арбитражна пракса је установила да из Конвенције проистиче општи принцип према коме страна која потражује надокнаду штете мора да докаже и постојање те штете.¹⁴ Са друге стране, на саму процедуру доказивања штете и њене висине, примениће се меродавно национално право,¹⁵ односно процедурална правила изабраног форума (UNCITRAL, 2016: 337). Неке одлуке се позивају и на меродавно национално парнично законодавство у погледу терета и стандарда доказивања.¹⁶

трећег лица и њихову природу (чланови 40 и 43 Конвенције).

¹³ Страна која није извршила своје обавезе дужна је да обавести другу страну о сметњи и утицају сметње на њену могућност да изврши обавезу. Ако обавештење не стигне другој страни у разумном року пошто је страна која није извршила сазнала или морала сазнати за сметњу, та страна одговара за штету до које је дошло због непријема обавештења.

¹⁴ Пресуда Међународног арбитражног суда при Трговачко-индустријској комори Белорусије у предмету бр. 1372/44-14 од 22. октобра 2015. године (CLOUT case No. 1710); пресуда Привредног суда Кантона Аргау у Швајцарској у предмету *Cutlery* бр. OR.96.00013 од 26. септембра 1997. (CLOUT case No. 217); одлука Арбитражног суда Међународне привредне коморе бр. 7645 из марта 1995. године; пресуда Апелационог суда у Рену (Француска) у предмету *SA H. v. SA G.* од 09. маја 2012. (CLOUT case No. 1511); одлука Међународног арбитражног трибунала при Привредно-индустријској комори Руске федерације бр. 406/1998 од 06. јуна 2000. (CLOUT case No. 476); пресуда Вишег регионалног суда у Бамбергу (Немачка) у предмету бр. 3 U 83/98 од 13. јануара 1999. (CLOUT case No. 294); пресуда Апелационог суда у Греноблу у предмету *SARL Ego Fruits v. La Verja*, бр. RG 98/02700 од 04. фебруара 1999. (CLOUT case No. 243); пресуда Вишег регионалног суда у Целеу (Швајцарска) у предмету *Vacuum cleaners*, бр. 3 U 246/97 од 02. септембра 1998. (CLOUT case No. 318); одлука Међународног арбитражног трибунала при Привредно-индустријској комори Руске федерације бр. 407/1996 од 11. септембра 1998. (CLOUT case No. 467); пресуда Кантоналног суда у Цириху у предмету *Printing products*, бр. HG050430, од 25. јуна 2007. (CLOUT case No. 935).

¹⁵ Пресуда Округног суда у Сану (Швајцарска) у предмету *Transport of spirits*, бр. T 171/95 од 20. фебруара 1997. (CLOUT case No. 261) (Суд је применио домаће меродавно право приликом утврђивања износа штете); пресуда Округног суда Северног дистрикта Њујорк у предмету *Delchi Carrier, SpA v. Rotorex Corp.* од 09. септембра 1994. (CLOUT case No. 85); пресуда Апелационог суда САД - 2nd Circuit у предмету *Delchi Carrier SpA v. Rotorex Corp.* од 06. децембра 1995. (CLOUT case No. 138); пресуда Округног суда Источног дистрикта Пенсилваније у предмету *ECEM European Chemical Marketing B.V. v. The Puro-lite Company* од 29. јануара 2010. Године.

¹⁶ Пресуда Апелационог суда у Нансију (Француска) у предмету *O. v. P.* од 06. новембра

Право на надокнаду штете може да буде предмет поравнања у судском или арбитражном поступку, иако Конвенција не уређује то питање (UNCITRAL, 2016: 338), уколико се на подлози одредби Конвенције установи да су обе уговорне стране претрпеле штету.¹⁷

3. Методе обрачуна висине штете и врсте штете

Конвенција не предвиђа експлицитно методе обрачуна висине штете. Прва реченица члана 74 наводи да је накнада штете за повреду уговора коју је починила једна страна равна суми која одговара претрпљеном губитку и измаклој добити који су услед повреде настали за другу страну. Синтаagma *равна суми* указује на правило да се штета надокнађује у монетарној форми, односно у новцу.

Када је конкретно у питању обрачун висине штете, судови су наклоњени примени меродавног материјалног права.¹⁸ Приликом те активности, приметно је да судови заузимају различите ставове и примењују методе у зависности од правног система којем су подређени. Ово може произвести одређену несигурност у међународној трговини, имајући у виду значај питања и потребу једнообразног тумачења Конвенције у духу њеног међународног карактера (Ehlers, 2013: 19).

Када су у питању врсте штете, тежиште Конвенције је на материјалној штети. Конвенција, додуше, не предвиђа експлицитно да уговорна страна има право само на надокнаду материјалне штете. Иако надокнада нематеријалне штете није у фокусу Конвенције, она понекад може

2013. (CLOUT case No. 1506); пресуда Округног суда у Сану (Швајцарска) у предмету *Spirits* бр. Т 171/95 од 20. фебруара 1997. (CLOUT case No. 261); пресуда Округног суда Северног дистрикта Њујорк у предмету *Delchi Carrier, SpA v. Rotorex Corp.* од 09. септембра 1994. (CLOUT case No. 85).

¹⁷ Пресуда Вишег регионалног суда у Минхену у предмету *Italian cars*, бр. 7 У 3771/97 од 28. јануара 1998. (CLOUT case No. 288); пресуда Вишег регионалног суда у Кобленцу у предмету *Computer equipment*, бр. 2 У 1230/91 од 17. септембра 1993. (CLOUT case No. 281); пресуда Привредног суда у Цириху у предмету *Retail fashion clothes case* бр. НГ040374 од 22. децембра 2005. (CLOUT case No. 908); пресуда Вишег регионалног суда у Хаму (Немачка), бр. 11 У 1991/94, од 09. јуна 1995. (CLOUT case No. 125); пресуда Вишег регионалног суда у Хамбургу у предмету *Jeans*, бр. 1 У 31/99 од 26. новембра 1999. године (CLOUT case No. 348); пресуда Вишег регионалног суда у Целеу (Швајцарска) у предмету *Vacuum cleaners*, бр. 3 У 246/97 од 02. септембра 1998. (CLOUT case No. 318); пресуда Вишег регионалног суда у Минхену у предмету *Leather goods*, бр. 7 У 2070/97 од 09. јула 1997. године (CLOUT case No. 273).

¹⁸ Пресуда Врховног суда Аустрије у предмету *Jewelry* бр. 1 Об 292/99v од 28. априла 2000. године (CLOUT case No. 427); пресуда Апелациног суда САД - 2nd Circuit у предмету *Delchi Carrier SpA v. Rotorex Corp.* од 06. децембра 1995. године (CLOUT case No. 138).

постојати као последица повреде уговора. На пример, једна страна може трпети штетне последице по своју репутацију услед повреде уговора са којом се суочила. У Мишљењу Саветодавног већа Конвенције се изричито наводи да уговорна страна има право на надокнаду штете која је настала услед нарушене репутације (*CISG - AC Opinion No. 6, 2007: 1, 10-11*). Пракса тумачења по овом питању је различита. Са једне стране, постоје пресуде где су судови начелно признавали право странама на надокнаду нематеријалне штете на име нарушене репутације, под условом да стране то докажу,¹⁹ док са друге стране постоје и одлуке којима се одбија захтев стране за надокнаду такве штете.²⁰

Понекад се може десити да страна која трпи штету услед повреде уговора сопственим радњама или пропустом допринесе настанку штете. Стога се може поставити и питање подељене одговорности за штету, односно питање правичности додељивања оштећеној страни износа који одговара пуној компензацији. Конвенција предвиђа право на надокнаду штете и методе обрачуна штете у ситуацији када такву штету проузрокује једна од уговорних страна. Конвенција не уређује ситуацију када је штета настала као последица садејства радњи или пропуста обе уговорне стране. Конвенција ово питање посредно уређује путем члана 77, који предвиђа обавезу за оштећену страну да предузме разумне мере за смањење настале штете (о чему ће бити речи касније у раду). Међутим, ова обавеза се подразумева у случају када је штета већ настала услед повреде уговора коју чини друга страна. Остаје, дакле, недоречено како ће се обрачунати висина штете када је оштећена страна допринела њеном иницијалном настанку пре повреде, или током повреде уговора (*Eiselen, 2005: 33*). У арбитражној пракси се по овом питању наилази на став да би одговорност за штету требало расподелити применом меродавног националног права.²¹ Мишљења

¹⁹ Пресуда Привредног суда Кантона Цирих у предмету *Art books*, бр. HG970238, од 10. фебруара 1999. године (CLOUT case No. 331); пресуда Апелационог суда у Греноблу у предмету *Société Calzados Magnanni v. SARL Shoes General International (SGI)* од 21. октобра 1999. године (CLOUT case No. 313); пресуда Провинцијског суда Барселоне у предмету *Conformity of textile* од 20. јуна 1997. (CLOUT case No. 210).

²⁰ Одлука Међународног арбитражног трибунала при Привредно-индустријској комори Руске федерације бр. 304/93 од 03. марта 1995. године (Арбитража је одбила захтев за надокнаду моралне штете, сматрајући да право на надокнаду таквог типа штете није предвиђено Конвенцијом); пресуда Трибунала у Модени (Италија) у предмету *Tehran Parand v. SAPI Spa.* од 19. фебруара 2014. године (CLOUT case No. 1454) (Трибунал је навео да штета услед нарушене репутације не може бити предвидива).

²¹ Одлука Арбитражног суда Бугарске трговачко-индустријске коморе бр. 56/1995 од 24. априла 1996.

смо да би у том случају судови или арбитраже свакако требало да израчунају удео доприноса оштећене стране у настанку штете, и да за тај износ умање висину штете која се може признати оштећеној страни.

Иако Конвенција полази од принципа пуне компензације, често није могуће обрачунати целокупан износ штете. Наиме, неке штетне последице повреде уговора се не морају појавити у моменту захтева за надокнаду штете, али се свеједно може јасно предвидети да ће се такве последице појавити у будућности. У тој ситуацији, уговорна страна је лимитирана у погледу свог права, јер према одредбама Конвенције она не може захтевати надокнаду будуће штете, већ само оне која је већ настала (*Eiselen*, 2005: 32).

Постоје и одредбе Конвенције које изричито искључују њену примену за одређени вид штете. Тако се у члану 5 Конвенције наводи да се она не примењује на одговорност продавца за смрт или телесне повреде које би роба проузроковала било ком лицу. На основу тога, продавац неће бити одговоран ни за штету која је настала услед смрти или телесне повреде.

Одредбе Конвенције, па и оне које уређују одговорност за штету и њену надокнаду, примењују се искључиво на права и обавезе које проистичу из уговора о међународној продаји робе: штета која настане као последица вануговорне активности неке од страна не може се надокнађивати позивањем на одредбе Конвенције (*Mazzacano*, 2013: 83). Страна може имати право само на надокнаду оних трошкова који су у вези са повредом уговора и који су били предвидиви. Трошкови који нису настали као последица повреде уговора не могу се надокнађивати позивањем на одредбе Конвенције. Тако је у једном случају Суд одбио захтев тужиоца за надокнаду трошкова учињених током преговора за закључење уговора: како је наведено у пресуди, ти трошкови би свакако настали, и немају везе са потоњом повредом уговора, а осим тога, друга страна не може разумно предвидети такве трошшкове.²²

Конвенција у члану 74 не предвиђа да ли се у штету урачунавају губици настали услед девалвације валуте у којој је требало да се изврши плаћање. Продавац се може суочити са знатном штетом у смислу девалвације валуте уколико купац задоцни са плаћањем цене. Постоји неколико одлука где је наведено да оштећена страна има право на надокнаду штете која је настала као последица неплаћања или задоцнелог плаћања цене. Ова штета се може испољити у промени

²² Пресуда Апелационог суда у Шчећину (Пољска) у предмету *H. M. (Danish Buyer) v. Joint Stock Company in S. (Polish Seller)* од 07. фебруара 2013. године (CLOUT case No. 1588).

девизног курса или у девалвацији валуте у којој цена треба да се плати.²³ Са друге стране, у неким одлукама су одбијани захтеви за надокнаду штете услед промене девизног курса или девалвације валуте, уз образложење да се ради о штети која не може бити предвидива.²⁴

У штету се урачунавају и трошкови који су настали код једне уговорне стране, а који су учињени због повреде уговора од друге стране. Ти трошкови морају бити разумни и морају бити предвидиви код уговорне стране која је повредила уговор.²⁵ Такви трошкови код купца могу бити разноврсни, а најчешће обухватају трошкове контроле несаобразне робе, затим трошкове складиштења и чувања несаобразне робе, трошкове превоза и царињења несаобразне робе која се враћа продавцу, итд (UNCITRAL, 2016: 335). Купцу могу бити признати и трошкови поправке несаобразне робе.²⁶ Продавац такође може имати право на надокнаду трошкова складиштења и чувања робе коју није испоручио због повреде уговора од стране купца, затим трошкове преправке машине како би је продао другом купцу²⁷ итд.

4. Питање надокнаде судских и адвокатских трошкова

Када је у питању надокнада штете која је настала на име трошкова заступања од стране адвоката, треба разликовати две ситуације.

²³ Пресуда Окружног суда у Роермонду (Холандија) у предмету *Gruppo IMAR S.p.A. v. Protech Horst BV* од 06. маја 1993. године; пресуда Кантоналног Суда Кантоне Вале (Швајцарска) у предмету *Fiberglass composite materials* од 28. јануара 2009. године.

²⁴ Пресуда Привредног суда Кантона Цирих у предмету *Sunflower oil*, бр. HG950347 од 05. фебруара 1997. (CLOUT case No. 214).

²⁵ Пресуда Врховног суда Аустрије у предмету *Cooling device*, бр. 70b 301/01t од 14. јануара 2002. године (CLOUT case No. 541); пресуда Савезног суда Немачке у предмету *Stainless steel wire* бр. VIII ZR 300/96 од 25. јуна 1997. године (CLOUT case No. 235) (Суд је утврдио да трошкови пренамене машине коју је спровео купац нису разумни имајући у виду вредност робе која је била предмет уговора (метална жица), а коју је требало прерадити том машином); одлука Међународног арбитражног трибунала при Привредно-индустријској комори Руске федерације бр. 375/93 од 09. септембра 1994. године.

²⁶ Пресуда Врховног суда Аустрије у предмету *Cooling device*, бр. 70b 301/01t од 14. јануара 2002. године (CLOUT case No. 541); пресуда Апелациног суда САД - 2nd Circuit у предмету *Delchi Carrier SpA v. Rotorex Corp.* од 06. децембра 1995. године (CLOUT case No. 138); пресуда Вишег регионалног суда у Дизелдорфу у предмету 17 U 73/93 од 02. јула 1993. године (CLOUT case No. 49); одлука Кинеске међународне економске и трговинске арбитражне комисије у предмету *Diesel generator* од 31. маја 2006. (CLOUT case No. 1117).

²⁷ Одлука Арбитражног суда Међународне трговачке коморе бр. 7585 из 1992. године (CLOUT case No. 301).

Прва се односи на трошкове заступања ван судског или арбитражног поступка, док се друга односи на трошкове настале у оквиру поступака пред судом или арбитражом. Судови и арбитраже су били склони да странама признају и адвокатске трошкове који су настали ван судског или арбитражног поступка, позивајући се на члан 74 Конвенције (попут трошкова опомене или истицања потраживања преко адвоката и сл).²⁸ Са друге стране, када је у питању надокнада трошкова насталих приликом вођења судског или арбитражног поступка, приметно је размимоилажење у ставовима. У доктрини постоји став да адвокатски трошкови настали због вођења парнице потпадају под окриље дефиниције штете у Бечкој конвенцији: такве трошкове уговорна страна може захтевати на основу материјалних одредби Конвенције које уређују право на надокнаду штете (*Diener*, 2008: 62). Међутим, према мишљењу Саветодавног већа Конвенције, трошкови заступања у оквиру парнице не могу се уврстити у штету у складу са чланом 74 Конвенције: такве трошкове странка може остваривати на основу процесних правила форума пред којим се води парница (CISG - AC Opinion No. 6, 2006: 1, 9). У судској пракси се такође наилази на исти став: питање надокнаде парничних трошкова (укључујући и трошкове заступања) је у домену меродавног права процедуре. Странка која је успела у парници има право да тражи трошкове вођења поступка у складу са тим правилима, а не да се позива на одредбе Конвенције. Конвенција уређује материјалноправне аспекта права на надокнаду штете: у фокусу је она штета која је настала као последица повреде уговора, а не као последица вођења парнице (*Felemegas*, 2003: 94).²⁹ У судској пракси се наилази и на аргумент да судски трошкови, као и остали трошкови у вези са вођењем парнице, нису предвидиви, а предвидивост штете је услов да би се она надокнадила на основу члана 74 Конвенције.³⁰ Услед постојећег неслагања у погледу

²⁸ Пресуда Окружног суда у Берлину у предмету *Fabrics* бр. 103 O 213/02 од 21. марта 2003. године (CLOUT case No. 634) (Суд је признао право тужиоцу на трошкове опомене сачињене од стране адвоката); пресуда Привредног суда Кантона Аргау (Швајцарска) у предмету OR.97.00056 од 19. децембра 1997. (CLOUT case No. 254) (Суд је признао тужиоцу вансудске трошкове заступања). Вансудски трошкови заступања признати су и у следећим одлукама: пресуда Вишег регионалног суда у Дизелфорфу у предмету *Engines for lawn-mowers* бр. 6 U 152/95 од 11. јула 1996. (CLOUT case No. 169); пресуда Апелационог суда у Хертонгебошу (Холандија) у предмету *De Vos en Zonen v. Reto Recycling* од 27. новембра 1991. године, итд.

²⁹ На основу пресуде Апелационог суда САД за Седми округ у предмету *Zapata Hermanos Sucesores v. Hearthside Baking Company* од 19. новембра 2002. године (Nos. 01-3402, 02-1867 and 02-1915.), коју коментарише цитирани аутор.

³⁰ Пресуда Окружног суда за Средњи дистрикт Пенсилваније у предмету *Minh Dung Aluminum Co., Ltd. v. Aluminum Alloys Mfg. LLC* од 02. августа 2021. године (CLOUT case

права на надокнаду адвокатских трошкова, странама се препоручује да ово питање уреде посебном уговорном одредбом, уколико желе да предупреду ризик од каснијег тумачења од стране суда или арбитраже (*Hidy, Diener, 2019-20: 38*).

5. Надокнада изгубљене добити

Прва реченица члана 74 Конвенције изричито предвиђа да право на надокнаду штете, осим стварне штете, обухвата и изгубљену добит. Штета у виду изгубљене добити често подразумева предвиђање цене коју ће роба имати у будућности и због тога са собом носи и дозу несигурности.³¹ Зато се може десити да се признати износ изгубљене добити не подудари са износом изгубљене добити који је заиста настао. Купац ће, на пример, моћи да потражује штету на име изгубљене добити услед неиспоруке, или испоруке несаобразне робе, уколико је намеравао да ту робу препрода. Друга ствар је на који начин би купац могао да докаже висину изгубљене добити. Њему ће то бити лакше уколико поседује наруџбенице од трећих лица, или слична доказна средства (*Saidov, 2006: 31*). У супротном, ово питање може бити подвргнуто слободној процени суда или арбитраже и купцу ће свакако бити теже да докаже износ изгубљене добити.

У судској и арбитражној пракси има више случајева где се обрачунавала изгубљена добит. Тако је у једном случају Суд уподобио износ изгубљене добити са уобичајеном маржом купца приликом препродаје робе.³² У једном другом случају, Суд је признао разлику између трошкова производње по јединици производа путем машине са дефектом, и трошкова који би постојали да је продавац испоручио машину без дефекта.³³ У једном арбитражном поступку, арбитража је установила да се као изгубљена добит може сматрати маржа купца, под условом да је продавац знао за ту маржу.³⁴ У једном случају, Суд је навео да се као доказ о висини изгубљене добити могу признати поруџбине муштерија које су упућене купцу, а које он није могао да испуни услед продавчеве

No. 1962).

³¹ Пресуда Вишег регионалног суда у Бранденбургу у предмету *Beer* од 18. новембра 2008. године.

³² Пресуда Савезног суда Швајцарске у предмету *Watches* од 17. децембра 2009. године.

³³ Пресуда Грађанског суда у Базелу у предмету *Packaging machine* од 08. новембра 2006. године.

³⁴ Одлука Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије у предмету *Тролејбус* од 30. октобра 2006. године.

повреде уговора.³⁵ Уколико је купац имао већ уговорену препродајну цену са трећим лицем, њему ће на име изгубљене добити припасти право на разлику између такве уговорене цене и цене која је уговорена са продавцем.³⁶

Право на надокнаду изгубљене добити трпи и одређене изузетке. Наиме, на подлози члана 44 Конвенције, купац који није послао продавцу адекватно обавештење о несаобразности робе или о правним манама на роби може снизити цену у складу са чланом 50 или захтевати накнаду штете, изузев за изгубљену добит, ако има разумно оправдање што није послао тражено обавештење.

6. Предвидивост штете

Друга реченица члана 74 Конвенције лимитира штету на онај износ који је био предвидив код друге уговорне стране: „Накнада штете не може бити већа од губитка који је страна која је повредила уговор предвидела или је морала предвидети у тренутку закључења уговора као могућу последицу повреде уговора, с обзиром на чињенице које су јој тада биле познате или морале бити познате.“

Критеријум предвидивости је мешовитог карактера: он укључује како субјективни – да је штетник предвидео штету, тако и објективни елемент – да је штетник морао предвидети штету (Ђирић, 2018: 209). Концепт предвидивости се подудара са концептом одговорности – уговорна страна може бити одговорна само за ону штету коју је предвидела или морала предвидети у тренутку закључења уговора. Предвидивост на страни штетника као елемент за постојање одговорности за штету установљен је у енглеском праву,³⁷ мада је заступљен и у континенталним правима, попут француског (Honnold, 1999: 446, 447).

Приликом оцене предвидивости узимају се прво у обзир објективне околности случаја, попут чињенице да је страна која је повредила уговор несумњиво могла предвидети износ штете – уколико јој је оштећена страна, на пример, пре закључења уговора јасно предочила

³⁵ Пресуда Провинцијског суда Барселоне у предмету *Conformity of textile* од 20. јуна 1997. (CLOUT case No. 210).

³⁶ Пресуда Провинцијског суда у Мурсији (Шпанија) у предмету *Crane*, бр. 00408/2010 од 15. јула 2010. (CLOUT case No. 1033).

³⁷ У пресуди у предмету *Hadley v. Baxendale* из 1854. године. Наведено у: Honnold, 1999: 446.

чињенице на основу којих се може тако нешто предвидети. Продавцу може бити позната чињеница да купац купује робу ради препродаје трећем лицу. У том случају, од продавца се очекује да предвиди штету за купца у виду изгубљене добити која би се остварила од препродаје (Ishida, 2022: 249-250). Притом, није потребно да друга уговорна страна предвиди тачан износ штете и све детаље који се тичу штете.³⁸ Уколико не постоје довољно јасни објективни показатељи да је уговорна страна предвидела штету, приступа се критеријуму разумног лица. Уколико би разумно лице у истим околностима предвидело наступање штете и њен износ, онда се може утврдити и да је уговорна страна могла предвидети то исто.

Приликом процене предвидивости не сме се излазити из оквира разумне далекосежности и антиципације. Од продавца се не може очекивати да зна све услове уговора који купац закључује са трећим лицима, уздајући се у извршење уговора од стране продавца.³⁹ Услед тога, често је неопходно правити разлику између типичног и нетипичног уговорног интереса. Уколико је уговорни интерес типичан, за оштећену страну ће бити лако да докаже предвидивост штете. Уколико је продавцу познато да се купац бави препродајом робе, онда је продавац могао предвидети намеру купца да робу препрода: изгубљена добит у виду профита од препродаје се може сматрати као износ штете који је за продавца био предвидив.⁴⁰ Насупрот томе, оштећена страна ће теже доказати предвидивост штете која је настала услед неког нетипичног уговорног интереса. Тако, на пример, продавац није могао предвидети изгубљену добит коју је купац имао због тога што није изнајмио трећем лицу машину која је била предмет уговора.⁴¹ Што је садржајнија и

³⁸ Пресуда Врховног суда Аустрије у предмету *Cooling device*, бр. 70b 301/01t од 14. јануара 2002. године (CLOUT case No. 541); пресуда Вишечланог првостепеног суда у Атини у предмету *Bullet-proof vest*, бр. 4505/2009 из 2009. године; пресуда Федералног суда Аустралије у предмету *Castel Electronics Pty Ltd v. Toshiba Singapore Pte Ltd* од 20. априла 2011. године (CLOUT case No. 1132).

³⁹ Одлука Међународног арбитражног трибунала при Привредно-индустријској комори Руске федерације бр. 406/1998 од 06. јуна 2000. године (CLOUT case No. 476).

⁴⁰ Пресуда Вишег суда у Љубљани у предмету *VSL Sodba in sklep I Cpg 285/2019 29 October 2019; and VSL Sodba I Cpg 677/2020* од 05. јануара 2021. године (CLOUT case No. 2109); пресуда Високог народног суда града Тијанина (Народна Република Кина) у предмету *Canada Teda Enterprises Inc. v. Shanxi Weite Food Co. Ltd* од 23. марта 2007. године; пресуда Вишег регионалног суда у Келну у предмету *Used car* бр. 22 U 4/96 од 21. марта 1996. године (CLOUT case No. 168); пресуда Округног суда у Ахену (Немачка) у предмету бр. 43 O 136/92 од 14. маја 1993. године (CLOUT case No. 47).

⁴¹ Одлука Кинеске међународне економске и трговинске арбитражне комисије бр.

учесталија комуникација између страна у погледу извршења уговора, то су стране упућеније са потенцијалним проблемима који могу настати услед неизвршења уговора: у једном случају арбитража је установила да је продавац могао да предвиди штету коју је претрпео купац, јер су стране интензивно комуницирале у вези проблема снабдевања са којим се купац суочавао.⁴²

7. Обавеза предузимања мера за смањење штете

Страна која се суочила са настанком штете дужна је да предузме разумне мере ради смањења губитка. Ову обавезу предвиђа члан 77 Конвенције који гласи: „Страна која се позива на повреду уговора дужна је предузети све мере које су према околностима разумне да би се смањило губитак, укључујући и измаклу добит, проузрокован таквом повредом. Ако тако не поступи, друга страна може захтевати смањење накнаде у висини износа губитка који је могао да се избегне.“

Страна која истиче свој захтев за надокнаду штете мора предузети све мере за умањење штете које би, у датим околностима, у доброј вери предузео разумни поверилац.⁴³ Члан 77 Конвенције не уређује експлицитно када наступа обавеза стране да предузме мере за умањење штете. Неколико судских и арбитражних одлука говоре да оштећена страна није дужна да предузима такве мере пре него што је уговор раскинут (тј. током времена када страна може захтевати извршење уговора).⁴⁴ Међутим, ове одлуке су се бавиле предметима у околностима када је уговор раскинут. Не можемо, стога, извући закључак да се обавеза умањења штете активира само онда када је уговор раскинут. Уговорна страна увек има право на надокнаду штете која је настала као последица повреде уговора, без обзира да ли је уговор раскинут или није. Ипак, у пракси се најчешће тумачи члан 77 Конвенције у контексту надокнаде штете након раскида уговора, када се обавља супститутивна трансакција или када се штета обрачунава методом текуће цене

75 од 20. јуна 1991..

⁴² Одлука арбитражног суда Привредне коморе Хамбурга у предмету *Chinese goods* од 21. марта 1996. (CLOUT case No. 166).

⁴³ Пресуда Врховног суда Аустрије у предмету *Propane gas*, бр. 10 Ob 518/95, од 06. фебруара 1996. године (CLOUT case No. 176).

⁴⁴ Пресуда Вишег регионалног суда у Брауншвајгу (Немачка) у предмету *Deer meat*, бр. 2 U 27/99 од 28. октобра 1999. године (CLOUT case No. 361); пресуда Вишег регионалног суда у Дизелдорфу у предмету *Winter shoes*, бр. 17 U 146/93, од 14. јануара 1994. године (CLOUT case No. 130); одлука Кинеске међународне економске и трговинске арбитражне комисије у предмету *Vitamin C* од 18. августа 1997.

(на подлози чланова 75 и 76). Уговорна страна свакако има обавезу да предузме мере за смањење штете у разумном року након што је штета настала, узимајући у обзир околности случаја.

Судови и арбитраже су се у већем броју случајева бавили оцењивањем мера за смањење штете предузетих од стране купца. Из праксе случајева где су мере купца оцењене као сагласне са чланом 77 могу се издвојити: супститутивна трансакција коју је купац обавио у разумном року и уз разумну цену, како би набавио замену за робу која није испоручена;⁴⁵ подношење захтева за добијање специјалне дозволе од власти за ре-експорт несаобразне робе;⁴⁶ употреба сопствених залиха робе ради производње, када продавац касни са испоруком;⁴⁷ прихватање опције смањење цене уместо опције да врати назад продавцу несаобразну робу;⁴⁸ растављање машине ради продаје њених делова, у ситуацији када се машина не може користити или препродати.⁴⁹ Поред наведених, из праксе се могу издвојити и случајеви када су судови и арбитраже закључили да купац није предузео разумне мере за смањење штете: пропуштање купца да правилно прегледа робу и да обавести продавца о несаобразности;⁵⁰ пропуст купца да обустави коришћење памупра за боце након што је открио да су пампури неадекватни;⁵¹ набавка заменске робе изван локалног тржишта;⁵² наставак производње три дана након што је откривен дефект на испотрученој машини.⁵³

⁴⁵ Пресуда Апелационог суда у Генту у предмету *N.V. Maes Roger v. N.V. Kapu Reynolds* од 10. маја 2004. године; (CLOUT case No. 681); одлука Кинеске међународне економске и трговинске арбитражне комисије у предмету *Vitamin C* од 18. августа 1997. године; одлука Кинеске међународне економске и трговинске арбитражне комисије у предмету *Oxytetracycline* од 15. новембра 1996. године.

⁴⁶ Пресуда Окружног суда у Хертогенбошу у предмету *Malaysia Dairy Industries v. Dairex Holland* од 02. октобра 1998. године.

⁴⁷ Одлука Арбитражног суда Међународне трговачке коморе бр. 8740 од октобра 1996. године.

⁴⁸ Пресуда Вишег регионалног суда у Кобленцу у предмету *T-Shirts* од 19. Октобра 2006. године.

⁴⁹ Пресуда Привредног суда у Сент Галену у предмету *Sizing machine* од 03. децембра 2002 (CLOUT case No. 886).

⁵⁰ Одлука Међународног арбитражног трибунала при Привредно-индустријској комори Руске федерације бр. 54/1999 од 24. јануара 2004. године.

⁵¹ Пресуда Савезног суда Немачке у предмету бр. VIII ZR 121/98 од 24. марта 1999. (CLOUT case No. 271).

⁵² Пресуда Вишег регионалног суда у Целеу (Швајцарска) у предмету *Vacuum cleaners*, бр. 3 U 246/97 од 02. септембра 1998. године (CLOUT case No. 318)

⁵³ Пресуда Апелационог суда у Рену (Француска) у предмету *Brassiere cups* од 27.

Када је у питању позиција продавца, различите мере се могу тумачити као неопходне и разумне ради умањења штете, попут одржавања машине која није испоручена због повреде уговора од стране купца.⁵⁴ Такође, продаја робе другом купцу се тумачи као мера за умањење штете.⁵⁵ Са друге стране, судови и арбитраже су, на пример, у следећим ситуацијама закључили да продавац није предузео разумне мере за умањење штете: продаја робе другом купцу по цени нижој од оне коју је понудио купац након што је повредио уговор;⁵⁶ пропуст продавца да обави супститутивну трансакцију више од шест месеци;⁵⁷ пропуст да предузме правне радње ради предупређења изрицања новчане казне од стране органа власти;⁵⁸ куповина репроматеријала за производњу робе упркос томе што је продавац знао да купац неће извршити своје обавезе⁵⁹, итд.

Очекивање у погледу предузимања мера ради смањења штете мора бити разумно. Не може се од стране неразумно очекивати да по сваку цену и у свакој ситуацији предузима мере како би се смањила штета коју је проузроковала друга страна. Тако, на пример, у случају када продавац доцни са испоруком робе, купац неће бити у обавези да снабдева своје купце из постојећих залиха, уколико су те залихе предодређене за друге купце.⁶⁰

маја 2008. (CLOUT case No. 1029).

⁵⁴ Одлука Арбитражног суда Међународне трговачке коморе бр. 7585 из 1992. (CLOUT case No. 301).

⁵⁵ Пресуда Вишег регионалног суда у Дизелдорфу у предмету *Winter shoes*, бр. 17 U 146/93, од 14. јануара 1994. године (CLOUT case No. 130); пресуда Вишег регионалног суда у Хаму у предмету *Wrapped bacon*, бр. 19U 97/91 од 22. септембра 1992. године (CLOUT case No. 227).

⁵⁶ Пресуда Врховног суда Шпаније у предмету *Internationale Jute Maatschappij BV v. Marin Palomares SL* од 28. јануара 2000. године (CLOUT case No. 395); пресуда Апелационог суда у Антверпену у предмету *N.V. Secremo v. Helmut Papst* од 22. јануара 2007. године.

⁵⁷ Пресуда Апелационог суда у Антверпену у предмету *GmbH Lothringer Gunther Grosshandelsgesellschaft für Bauelemente und Holzwerkstoffe v. NV Fepeco International* од 24. априла 2006. године.

⁵⁸ Одлуке Међународне трговачке арбитраже при Трговинској комори Украјине у предмету *Lavatory paper* од 27. октобра 2004. године (CLOUT case No. 1082) и у предмету *Automobile tires* од 27. октобра 2004.

⁵⁹ Одлука Кинеске међународне економске и трговинске арбитражне комисије у предмету *Aluminium oxide* од 29. септембра 1997. (CLOUT case No. 861).

⁶⁰ Пресуда Округног суда у Арнхему (Холандија) у предмету *Skoda Kovarny v. B. van Dijk Jr. Staalhandelmaatschappij B.V* од 01. марта 2006. године.

Друга реченица члана 77 Конвенције наводи да страна-штетник може захтевати смањење накнаде у висини износа губитка који је могао да се избегне. Из ове одредбе произлази да страна која је повредила уговор има право да у судском или абитражном поступку тражи да се штета коју потражује тужилац умањи за онај износ за који би штета била умањена да су предузете разумне мере за њено умањење. У том случају, судови или арбитраже најчешће конструишу одговарајућу хипотетичку ситуацију у којој је страна могла да предузме разумне мере за умањење штете.⁶¹

Иако се у првој реченици члана 77 Конвенције наводи да је страна која се позива на повреду уговора дужна да предузме мере за умањење штете, из овога ипак не проистиче да та страна има обавезу да тако нешто учини, како би се створио услов за остваривање права на надокнаду штете. На туженој страни је да води рачуна о повреди ове обавезе и да евентуално истакне приговор у погледу дела штете који се могао избећи. Међутим, у судској и арбитражној пракси нема јединственог става по овом питању, као ни по питању терета доказивања. Према тумачењу судова, терет доказивања да су могле бити предузете разумне мере за умањење штете лежи на туженој страни која се на ту околност позива:⁶² уколико се тужена страна не позове на ову околност, нити докаже да су могле бити предузете разумне мере за умањење штете, суд ће доделити целокупни износ штете тужилачкој страни. Један арбитражни трибунал је, са друге стране, навео да арбитража по службеној дужности треба да утврди да ли је оштећена страна предузела све разумне мере за смањење штете, и да износ штете умањи уколико утврди да такве мере нису предузете.⁶³ Постоји и трећи пример, где је арбитражни трибунал од оштећене стране тражио да докаже да је предузела разумне мере ради умањења штете.⁶⁴

⁶¹ Одлуке Кинеске међународне економске и трговинске арбитражне комисије у предмету *Peanut kernel* из јуна 1999. године и предмету *Moly-oxide* од 28. новембра 1996. године.

⁶² Пресуда Федералног суда Аустралије у предмету *Castel Electronics Pty Ltd v Toshiba Singapore Pte Ltd* од 20. априла 2011. године (CLOUT case No. 1132); пресуда Савезног суда Швајцарске у предмету *FCF S.A. v. Adriafile Commerciale S.r.l.* од 15. септембра 2000. године; одлука Међународног арбитражног трибунала при Привредно-индустријској комори Руске федерације у предмету бр. 186/2003 од 17. јуна 2004.; пресуда Привредног суда у Сент Галену у предмету *Sizing machine* од 03. децембра 2002 (CLOUT case No. 886).

⁶³ Одлука арбитражног суда Међународне трговачке коморе бр. 9187 из јуна 1999. године.

⁶⁴ Одлука Међународног арбитражног трибунала при Привредно-индустријској комори Руске федерације бр. 105/2005 од 13. априла 2006. године.

Страна ће имати право на надокнаду трошкова које је поднела са циљем предузимања разумних мера за смањивање штете.⁶⁵ Судови и арбитраже неће признати трошкове који нису били нужни и разумни у датим околностима. Тако је у једном случају Суд одбио захтев купца за надокнаду трошкова адаптације машине која је требало да процесуира несаобразну робу. Према ставу Суда, трошкови адаптације су били непропорционални цени коју је купац платио за робу.⁶⁶ У једном другом случају, купац је одлучио да препрода несаобразну робу, па је за свог купца обезбедио превод упутства за коришћење машине. Након тога купац је захтевао од продавца трошкове превођења упутства. Суд је одбио захтев, јер купац није о томе обавестио продавца, који је већ имао одговарајући превод упутства, који је могао да достави купцу.⁶⁷

8. Закључак

Чланови 74 и 77 Конвенције на довољно јасан начин уређују основна питања надокнаде штете код повреде уговора о међународној продаји робе. Иако се не примећује нека посебна нејасноћа нити недореченост у формулацији наведених чланова Конвенције, богата судска и арбитражна пракса је дала велики допринос у интерпретацији и елаборацији ових одредби. Притом, доктрина континуирано учествује у разради овог питања, које је стално актуелно. Иако око неких аспеката постоје одређена размимоилажења унутар судске и арбитражне праксе, па и унутар доктрине, можемо ипак закључити да око најважнијих тачака постоји консензус. На основу претходних излагања и анализе, можемо констатовати неколико важних закључака у погледу основних карактеристика права на надокнаду штете у режиму Бечке конвенције.

Прво, право на надокнаду штете произлази из две чињенице између којих постоји каузалитет. Прва чињеница представља повреду уговора. Друга представља настанак штете. Притом, настанак штете мора бити у узрочно-последичној вези са повредом уговора. Да би се остварило право на надокнаду штете услед повреде уговора није неопходно да постоји кривица код штетника. Такође, није неопходно да повреда буде одређеног интензитета – било каква повреда уговора (обична или

⁶⁵ Пресуда Привредног суда у Сент Галену у предмету *Sizing machine* од 03. децембра 2002 (CLOUT case No. 886).

⁶⁶ Пресуда Савезног суда Немачке у предмету *Stainless steel wire* бр. VIII ZR 300/96 од 25. јуна 1997. (CLOUT case No. 235).

⁶⁷ Пресуда Окружног суда у Дармштату (Немачка) у предмету *Video recorders*, бр. 10 O 72/00 од 09. маја 2000. године (CLOUT case No. 343).

битна) је довољна да би се активирало право на накнаду штете, под условом да је штета настала као последица те повреде.

Друго, штета се исказује у монетарној форми – новцу. Надокнада штете мора бити равна суми која одговара претрпљеном губитку и измаклој добити који су услед повреде настали за другу страну.

Треће, оштећена страна има право на надокнаду претрпљеног губитка и измакле добити. Тежиште Конвенције је на надокнади материјалне штете, иако неки судови и арбитраже признају и право на надокнаду нематеријалне штете (на пример на име нарушене репутације).

Четврто, надокнађује се само она штета коју је страна која је повредила уговор предвидела или је морала предвидети у тренутку закључења уговора као могућу последицу повреде уговора, с обзиром на чињенице које су јој тада биле познате или морале бити познате. Приликом процене предвидивости не сме се излазити из оквира разумне далекосежности и антиципације. Уколико не постоје довољно јасни објективни показатељи да је уговорна страна предвидела штету, приступа се критеријуму разумног лица. Уколико би разумно лице у истим околностима предвидело наступање штете и њен износ, онда се може утврдити и да је уговорна страна могла предвидети то исто.

Пето, страна која истиче свој захтев за надокнаду штете мора предузети све мере за умањење штете које би, у датим околностима, у доброј вери предузео разумни поверилац. Ако тако не поступи, друга страна може захтевати смањење накнаде у висини износа губитка који је могао да се избегне.

Литература

CISG Advisory Council. (2007). *CISG-AC Opinion No. 6, Calculation of Damages under CISG Article 74*.

Ehlers, A. (2013). Establishing a Uniform Interpretation of the CISG: A Case Study of Article 74. *Nordic Journal of Commercial Law*. 2013#2. 1-35.

Eiselen, S. (2005). Unresolved Damages Issues of the CISG: A Comparative Analysis. *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*. 38. 32-46.

Ay, Emre Y. (2023). Types of damages under the CISG. *Facta Universitatis Series: Law and Politics*. 21/2. 151-161

Felemegas, J. (2003). An Interpretation of Article 74 CISG by the U.S. Circuit Court of Appeals. *Pace Int'l L. Rev.* 15. 91-147.

Honnold, J. (1999). *Uniform Law For International Sales Under The 1980 United Nations Convention*. 3d ed. Kluwer Law International.

Ishida, Y. (2022). What Does "Foreseeable" Mean? The Scope of Damages Under CISG Articles 74–77: Reasonability Principle of Foreseeability - We Don't Need a Crystal Ball. *Journal of Law and Commerce*. 40/2. 235-280.

Diener, K.W. (2008). Recovering Attorneys' Fees under CISG: An Interpretation of Article 74. *Nordic Journal of Commercial Law*. 2008/1. 1-65.

Mazzacano, P. (2013). Damages Under the UN Sale of Goods Convention. *Revue Canadienne De Droit International*. 9/2. 82-85.

Mcgarvey H. K., Diener, K.W. (2019-2020). Damages Under CISG: Attorneys' Fees and Other Losses in International Commercial Law. *Journal of Transnational*. 29. 1-75.

Saidov, D. (2006). Standards of Proving Loss and Determining the Amount of Damages. *Journal of Contract Law*. 22. 27-53.

Schwenzer, I., Hachem, P. (2008). The Scope of the CISG Provisions on Damages. U Saidov, D., Cunnington, R. (eds.). *Contract Damages - Domestic and International Perspectives*. Oxford. 91-105.

UNCITRAL. (2016). *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. New York: United Nations.

Вукадиновић, Р. (2012). *Међународно пословно право*. Крагујевац: Удружење за Европско право – Центар за право ЕУ.

Ђирић, А. (2018). *Међународно трговинско право – Посебни део*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.

Prof. Uroš Zdravković, LL.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

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

CHARACTERISTICS OF DAMAGE COMPENSATION IN THE REGIME OF THE UN CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG)

Summary

The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) governs the right to compensation for damage (Articles 74-77 CISG). These provisions of the Convention envisage the general characteristics of the right to compensation for damage, as well as the methods for calculating damages upon termination of the contract. The starting point of the Convention is based on the principle of full compensation for the contracting party that has sustained a breach of contract. The contracting party will have the right to compensation for damage if the damage occurred as a result of a breach of contract. The right to compensation for damage exists if the damage occurred as a result of any breach of contract. It is not necessary for the breach to be of a certain intensity or to be substantial.

The damage is expressed in monetary form (money), and the injured party has the right to compensation for the actual damage and lost profit. The focus of the Convention is on the compensation of material damage, although some courts and arbitrations also recognize the right to compensation for non-material damage (for example, in case of harmed reputation). The injured party may be compensated only for the damage that the breaching party foresaw or had to foresee as a possible consequence of the breach of contract at the time of concluding the contract, in line with the facts that the party knew or should have known at the time.

The party asserting its claim for damages must take all measures to reduce the damage that, under the given circumstances, a reasonable creditor would take in good faith. If he fails to do so, the other party may request a reduction in compensation in the amount of the loss that could have been avoided.

Keywords: damage compensation, CISG, Law on International Sale of Goods.

Др Славиша Ковачевић,¹
Ванредни професор,
Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 321.015
UDK: 316.334:005.35
UDK: 32-051:347.56

DOI: 10.5281/zenodo.14422701

Оригиналан научни чланак

Примљен: 20. 11. 2024.

Прихваћен: 29. 11. 2024.

СУБЈЕКТИВНА ПЕРЦЕПЦИЈА ПОЛИТИЧКЕ ОДГОВОРНОСТИ²

Апстракт: Политичка одговорност се схвата субјективно, ограничено, интересно, идеолошки. У овом раду истражујемо сталну и видљиву потребу актера на политичкој позорници да тумаче појаве поједностављеним толерисањем политичке неодговорности. Појединачни и посебни интересни идентитети уносе субјективност тако да не постоји свест о равнотежи појединачног, посебног и општег, не постоји осећај за другог или за другачије потребе и интересе. Поређење са другима има сврху задовољавања егоистичких преференција. Између алтруизма и интересно посесивног индивидуализма ствара се велика психичка конфузија које се изражава у фокусу ограниченог деловања појединца. Постмодерна партикулација универзалног друштва отвара пут селективној перцепцији политичке стварности и субјективно артикулисаним критеријумима политичке одговорности.

Кључне речи: одговорност, субјективност, интерес, моћ, хипер-реалност.

1. Партикуларност политике и одговорност

Утврђивање политичке одговорности често полази од различитих критеријума. Постоје прескриптивни аспекти одговорности, нормативни критеријуми одговорности, што не значи да се утврђивање

¹slavisa@prafak.ni.ac.rs

²Рад је резултат истраживања на пројекту „Одговорност у правном и друштвеном контексту“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2021–2025. године.

одговорности врши објективним, научним или морално и правно ваљаним критеријумима (Marinković, 2021). Али, у пракси, политичка одговорност је далеко од објективности, универзалности, непристрасности, рационалности (Матић 1988:312). Реалност политике је простор за субјективни доживљај и практиковање неодговорности. Политика је утиснула своје селективне критеријуме и мерила у свест људи. Политика је увек субјективни доживљај различитих групних структура (Лазин, 1994; 59). Политика је партикуларна свера конфликта, идентитета, интереса. Утврђивање политичке одговорности често је комплексан и субјективан процес, подложен различитим тумачењима и вредносним судовима. Постоји неколико релевантних разлога субјективно-перцептивног утврђивања политичке одговорности.

Различити погледи на политичке приоритете. Људи могу имати различите приоритете, потребе, интересе и вредности када је у питању политика. Оно што једна особа сматра неопходним коракком може бити нешто сасвим другачије за другу особу. Стога, оцена политичке одговорности може зависити од индивидуалних ставова и уверења. Различити погледи на политичке приоритете могу допринети **субјективности** у оцени политичке одговорности и отежати постизање апсолутне објективности. Када људи имају различите политичке приоритете, често ће тумачити поступке политичких лидера и странака кроз призму властитих вредности, уверења и интереса. То може резултирати дивергентним оценама о томе шта представља одговорно политичко понашање.

Релативност приоритета. Оно што је за једну групу људи кључни политички приоритет може бити мање важно или чак супротно приоритетима за друге групе. Ово може довести до супротних оцена о томе како се политички лидери носе са својим одговорностима у вези са одређеним питањима. Овај критеријум приоритета зависи од идеолошког и вредносног система, искуства у политици и когнитивног капацитета перцепције.

Поларизација и селективна пажња. У политички поларизованим окружењима, људи могу имати тенденцију да своје политичке лидери оцењују екстремније, било позитивно или негативно, у складу са сопственим политичким опредељењем. То може довести до мањка објективних процена. Са друге стране, људи често придају већи значај питањима која су им лично важнија или релевантна. Када се лидери баве питањима која су мање битна за одређену групу, они се могу перципирати као мање одговорни, иако други можда имају другачије приоритете. Такође је прустна тенденција код људи да траже информације

које потврђују њихове постојеће ставове и уверења (потврђивање), а избегавају информације које их доводе у питање (пристрасност потраге за информацијама). Ово може отежати објективну анализу политичких лидера.

Иако различитости у политичким приоритетима могу допринети субјективности, важно је подстицати отворен дијалог и размену различитих перспектива како би се постигао што објективнији поглед на политичку одговорност. То укључује пажљиву анализу чињеница, разумевање различитих тачака гледишта и настојање да се признају и размотре различите вредности и интереси у политичком процесу .

2. Политичка припадност и пристрасност

Људи често процењују политичку одговорност са становишта своје политичке припадности или пристрасности (*Berry Tholen, 2018; 29*). Страначка припадност или идеолошке преференције могу утицати на то како људи виде поступке политичких лидера или странака. Сама политичка припадност и пристрасност смањују критеријуме одговорности. Политичка припадност и пристрасност могу значајно утицати на критеријуме одговорности и довести до субјективности у процени политичке одговорности. Када појединац снажно припада одређеној политичкој групи или има изражене пристрасности према одређеним политичким ставовима или идеологијама, постоји опасност да ће њихова перцепција одговорности бити обојена тим факторима.

Благонаклоност према лидерима из властите странке. Особе често имају већу толеранцију према понашању лидера из њихове властите политичке групације. Они могу оправдати или минимизовати одговорност својих лидера за одређене поступке, док су мање спремни признати одговорност лидерима из супротстављених политичких група. Као супротност јављају се оштре критике према супарничким лидерима. Људи често показују већу спремност да критикују и оцењују одговорност лидера супротстављених политичких групација. То може резултирати непропорционалним проценама одговорности, где се критеријуми примењују строжије према политичким супарницима или конкурентима.

Одбијање самокритике и пренос одговорности. Припадници одређене политичке групе могу бити мање склони критичком размишљању о поступцима својих лидера из страха од сламања политичке кохезије или избегавања сукоба с властитим политичким заједницама. Свака

припадност подразумева смањен осећај критике према сопственој групи, док су претерано критични или критизерски настројени према супротним позицијама. Особе с политичком пристрасношћу понекад су склони преносити одговорност за нежељене догађаје или одлуке на друге факторе или субјекте, док истовремено одбијају признати одговорност за сличне ствари када су у питању лидери из њихове политичке групе. Смањен осећај одговорности према блиским политичким уверењима и ставовима је изразито обележје вредновања у политици.

Разумевање ових тенденција може помоћи у разматрању субјективности у проценама политичке одговорности и потакнути појединце да се труде да примене објективне критеријуме када процењују поступке политичких лидера, без обзира на своје политичке афинитете. Смањена или субјективна перцепција политичке одговорности условљена је различитим факторима почев од усвојених уверења која су стечена у дужим процесима социјализације и индоктринације. Обликовање перцепције одговорности условљено је и неким објективним околностима (Belančić, 1994;37).

3. Медијски утицај и пропаганда

Начин на који се политички догађаји представљају у медијима може утицати на перцепцију политичке одговорности. Медијски извештаји могу бити пристрасни или фокусирани на одређене аспекте догађаја, што утиче на јавно мњење. Медијски извештаји су **претежно пристрасни и одозго контролисани**. Медији често могу бити изложени пристрасности и контролисању из виших инстанци. Ево неколико разлога због којих се то може догађати:

Велики број медија је у **власништву одређених корпорација**, појединачна или политичких групација утиче на редакцију и уређивачку политику медија, посебно ако власници имају одређене интересе или ставове. Политика може имати утицај на медије путем политичког притиска или пристрасних политичких интереса. Власти или политичке странке могу покушати контролисати медијски наратив како би промовисали одређене поруке или спречили објављивање информација које им нису наклоњене.

Медији се често финансирају оглашивачима па ова економска зависност може утицати на уређивачке одлуке (Беланџић, 2005;158). У неким случајевима, медији могу избегавати објављивање прича које би могле одбити оглашиваче или друге финансијере. Идеолошка пристрасност

новинара или идеолошко политичка опредњељења новинара или политичка аутоцензура утиче на то да новинари, иако теже професионалној неутралности, такође могу бити подложни својим личним уверењима или идеологијама које могу утицати на начин на који извештавају о догађајима.

У борби за привлачење пажње читалаца, медији се понекад одлучују за сензационализам или “кликабилне” наслове. Ово може довести до изобличења стварности и пренаглашавања одређених аспеката приче.

Иако постоје медији који се труде одржавати професионалну новинарску етику, промовисати различите перспективе и пружати објективно извештавање, ипак, пристрасност и контрола у медијима представљају реалне изазове за слободу штампе и квалитет новинарства. Како би се смањила пристрасност и побољшала објективност, важно је подржавати медијску писменост, подржавати независне медије, и промовисати транспарентност у раду медијских организација. Такође, разноликост извора информација може помоћи у стварању свеобухватнијег и балансиранијег приказа догађаја.

Сложеност политичких питања. Политика често обухвата сложена питања која немају једноставна решења (*Beardsworth, 2015;81*). Стога, оцена политичке одговорности може зависити од тога како људи разумеју и тумаче сложене политичке ситуације. Политика често обухвата сложена и мултифакторска питања која немају једноставна решења. Различити људи могу имати различита тумачења истих политичких догађаја или одлука, што доводи до различитих оцена политичке одговорности. Политика укључује низ процеса, институција и актера, а одлуке су често резултат компромиса и преговора. Сложеност ових процеса може отежати јасно приписивање одговорности за одређене догађаје или резултате.

Људи могу имати различита разумевања проблема или изазова с којима се политика суочава. То може произаћи из различитих животних искустава, образовања или идеолошких уверења, погледа на свет, што утиче на то како виде узроке и последице одређених ситуација. Различите идеолошке и интересне перспективе могу довести до супротних оцена политичке одговорности. Оно што једна идеолошка група сматра прихватљивим решењем, друга може сматрати неприхватљивим, и обрнуто.

Политички контекст може се мењати током времена, што додатно компликује оцену одговорности (*Langer and Rodin, 1976;194*). Оно што може

бити одговорно понашање у једном контексту може изгледати другачије у другачијим околностима. Медијско извештавање додатно отежава разумевање сложених политичких питања. Новинарски избори у наглашавању одређених аспеката догађаја или поједностављивање комплексних питања могу утицати на перцепцију јавности, ставове јавног мњења и оцену политичке одговорности.

Оцена политичке одговорности често зависи од способности појединаца да анализирају и интерпретирају информације, разумеју контекст, и сагледају различите перспективе. Промовисање медијске писмености, критичког размишљања и отвореног дијалога може допринети бољем разумевању сложености политичких питања и оцени одговорности на начин који је што објективнији и информативнији.

Променљивост времена. Становишта о политичкој одговорности могу се мењати током времена. Оно што се данас сматра одговорним потезом може се сутра другачије оцењивати у светлу нових информација, промењених околности или перспектива. Критеријуми одговорности у политици, као и у другим сферама друштва, могу се мењати током времена из различитих разлога. Друштва пролазе кроз промене током времена, укључујући промене у вредностима, нормама и очекивањима. Оно што се сматрало одговорним или неодговорним у прошлости може се разликовати од данашњих друштвених стандарда.

Политика и законодавство. Политика и законодавство се такође мењају током времена како би одражавали нове изазове, промене у друштву и еволуцију политичких приоритета. Очекивања у вези са одговорношћу лидера могу бити обликована новим законима или променама у политичким правилима. Реформе у политичким институцијама или промене у начину вођења политичких организација такође могу утицати на критеријуме одговорности. Институционалне промене могу поставити нове стандарде и процедуре које лидери требају следити.

Технолошки напредак и глобални догађаји. Технолошки напредак може утицати на то како се информације шире и како су доступне грађанима. Брза размена информација путем друштвених медија и других платформи може утицати на брзину и обим процене одговорности лидера. Велики глобални догађаји, као што су економске кризе, пандемије или међународни конфликти, могу довести до промене приоритета и очекивања у вези са одговорношћу лидера.

Промене у перцепцији јавности. Јавно мњење може бити подложно променама услед догађаја, медијског извештавања или промена у друштвеним нормама. Очекивања јавности у вези са одговорношћу лидера могу се обликовати на основу тих промена. Повећана транспарентност и доступност информација могу утицати на начин на који се оцењује одговорност лидера. Грађани имају већи приступ информацијама, што може променити начин на који се лидери перципирају.

Све ове промене указују на динамичност политичког окружења и друштва у целини (Ромчевић, 2019; 18). Као резултат тога, стандарди и очекивања у вези са одговорношћу лидера често се прилагођавају како би одражавали актуелне околности и потребе заједнице.

Пропаганда. Пропаганда и дезинформације могу значајно утицати на перцепцију политичке одговорности (Шушњић, 2011). Неистините информације или искривљавање чињеница могу довести до погрешних закључака о политичким лидерима или странкама. Ефекти или последице пропаганде и дезинформација смањују перцепцију одговорности и повећавају субјективност. Пропаганда и дезинформације могу имати озбиљне последице на политички процес, укључујући смањење перцепције одговорности и повећање субјективности у процени политичких лидера или странака.

Пропаганда често има циљ да **замагли или изобличи стварност** како би промовисала одређени наратив или циљ. Ово може довести до тога да људи губе јасноћу у вези са стварним догађајима и одлукама, што отежава тачну процену одговорности. Дезинформације могу резултирати стварањем потпуно лажних наратива или догађаја који нису засновани на стварним чињеницама. Када се људи излажу оваквим лажима, то може значајно утицати на њихову перцепцију одговорности лидера.

Пропаганда често има тенденцију да појачава постојеће поделе и **поларизацију** у друштву. Када људи конзумирају пропаганду која је усмерена на јачање њихових постојећих ставова, могу постати мање отворени за објективно оцењивање одговорности политичких лидера. Дезинформације могу довести до смањења поверења грађана у медијске изворе. Када људи не могу поуздано разликовати између истинитих информација и дезинформација, то може отежати објективно процењивање одговорности лидера.

Пропаганда и дезинформације могу бити оруђа за манипулацију јавним мњењем. Људи изложени манипулативним информацијама могу имати промењене ставове и очекивања у вези са одговорношћу политичких

лидера. Фокусирање на лажне или небитне информације може одвратити пажњу од стварних кључних питања и одлука које би требало пажљиво процењивати у вези са одговорношћу лидера.

Судбина дијалог. Када људи конзумирају пропаганду која подржава њихове постојеће ставове, могу постати мање спремни на конструктиван дијалог са особама које имају другачија мишљења. То може смањити способност друштва да критички процењује одговорност политичких лидера. Борба против пропаганде и дезинформација захтева јачање медијске писмености, промовисање транспарентности у извештавању, и развијање механизма за откривање и сузбијање лажних информација. Ове иницијативе могу допринети јачању објективности и смањењу негативних ефеката пропаганде на политичку свест и одговорност.

Због ових фактора, процена политичке одговорности често захтева пажљиву анализу контекста, различитих извора информација и отворен дијалог међу грађанима. Објективност у оцени политичке одговорности може бити тешка, али свестран приступ и критичко размишљање могу помоћи у добијању што објективније слике. Различити погледи на политичке приоритете смањују објективну одговорност и утичу на парцијално, селективно и променљиво схватање одговорности: толерисање неодговорности или неодговорно утврђивање одговорности.

4. Друштвени оквири субјективности

Стара, традиционална друштва су била једноставнији свет за појединце (Giddens, 2005). Данашњи живот је далеко сложенији. У стара времена живот је често био једноставнији и мање сложен за појединце у многим аспектима. Традиционална друштва су често имала јасна правила и очекивања која су регулисала живот људи, од одеће коју су носили до улога које су играли у породици, заједници и политици. Исто тако, друштва су била често просторно ближа, са јасно дефинисаним мрежама породичних и заједничких веза. Са друге стране, данашњи живот је значајно сложенији. Глобализација, технологија и брзи темпо живота довели су до нових изазова и могућности. Људи су изложени разноликости мишљења, образовања и могућности, а комуникација је сада могућа у реалном времену широм света. Овај сложенији свет доноси и нове предности као што су већа слобода избора, више могућности за лични и професионални развој, али и изазове као што су трка са временом, и нове друштвене динамике. Тиме се ствара потреба за приспособљавањем и учењем како бисмо се снашли у овом новом, сложенијем окружењу и одговорили на изазове који нам се постављају.

Перцепција сложеног света ствара одређено стање психе, свести. Аграрна и стара урбана друштва је искусствено спознатљивија средина која има устаљен начин живота који је статичан, репетитиван, похрањен, са јасним улогама и понашањем. У аграрним и старим урбаним друштвима живот је често био спознатљивији и статичнији у многим аспектима. Ова врста друштва карактерисала се устаљеним начином живота који је био веома структуриран и предвидљив. Економски живот је често био базиран на пољопривреди или занатству, што је доводило до репетитивних активности и радних задатака који су се понављали сезонски или дневно. У таквим друштвима, улоге и понашање људи била су јасно дефинисана и преношена унапред кроз генерације. Људи су имали стабилне улоге у својим породицама и заједницама, често са јасно дефинисаним друштвеним статусима и одговорностима. Ова врста устаљености и предвидљивости може да донесе осећај сигурности и стабилности у људским односима и животним околностима. Људи су често били више утемељени у својим заједницама и имали јасну идентификацију са њима.

Са уводом индустријализације, глобализације и модернизације, овакви устаљени начини живота постају ређи. Савремени свет је донео нове динамике, брзе промене и неизвесности које могу да утичу на стање психе и свести. Истраживање нових технологија, међусобна конективност и разноврсни изазови доводе до комплекснијег и динамичнијег окружења у којем је потребно адаптирати се и учити нове начине сналажења: **идеологија промене**. Тако, перцепција сложености савременог света може довести до различитих стања психе и свести, укључујући изазове у приспособљавању, управљању стресом и проналажењу смисла у окружењу које је могуће мање структурирано и предвидљиво у односу на традиционалне контексте.

Индустријска и постиндустријска друштва односно постиндустријско, информатичко, дигитализовано друштво ставља пред појединца свеколико разноврсни, сложени, неразумљив, нејасан свет. Индустријска, постиндустријска и информатичка (дигитализована) друштва донеле су значајне промене у начину на који живимо и како схватамо свет око себе.

У периоду индустријске револуције, фокус је био на индустријализацији и масовној производњи. Људи су се често налазили у радничким окружењима са јасно дефинисаним радним улогама и структурама. Живот је био организован у оквирима фабричког рада и посебних привредних сектора. **Постиндустријска друштва** - до прелаза са индустријске

на знањевну економију, где се акценат ставља на услуге, технологију и информације. Развој технологије и унапређења у комуникацијама довели су до веће слободе и могућности за лични развој, али и до нових изазова управљања информацијама и брзе промене. **Информатичко и дигитализовано друштво** је друштво где се технологија и информације интегришу у свакодневни живот на још дубљи начин. Промене су брже, подаци доступнији, а друштвена мрежа света шира и побржана (Turen, 2011:77). Људи су изложени разноликим информацијама и погледима, што може довести до сложеније перцепције света и изазова у разумевању шире слике. У оваквим друштвима, појединци су често изложени разним, разноврсним и често неразумљивим аспектима живота. Сложени околности и константне промене могу изазвати стања нераздевања или нејасности у психи, поготово ако се не развије способност да се адаптира и усваја нове информације. У сваком случају, ове трансформације у друштву захтевају од појединца да развије способности за учење, приспособљавање и креативно решавање проблема како би се успешно носио са сложеностима модерног света.

Одговор на нову и непознату стварност често је праћен **неуротичним реакцијама**. Савремени човек се суочава са тешкоћама у разумевању света који му се свакодневно приказује преко малих екрана. Тај свет му је углавном несхватљив, па га поједностављује, ограничава и своди на своје разумљиве оквире. Међутим, стварност у којој живи – његова непосредна средина – није иста као она коју види на екрану. Оне се разликују: једноставност свакодневице насупрот сложености и разноврсности медијски представљеног света.

Та разлика може, али не мора, бити подстицај за учење и развој појединца или групе. Са једне стране, свет приказан на екрану постаје извор знања и напретка, а са друге стране, несигурности, страха и неурозе. Једноставно речено, важно је утврдити да ли процес учења стабилизује појединчев поглед на свет или га додатно нарушава и компликује. Такође, поставља се питање да ли претходна искуства у учењу представљају ограничење или основу за флексибилнији однос према новим искуствима.

На то утичу многи фактори, укључујући структуру личности, начин на који је социјализована, али и индивидуализована, као и степен отворености човекове психе – посебно отвореност ега и суперега. Ови аспекти, заједно са виталношћу и начином на који појединац доживљава свет око себе, обликују његову способност да прихвати и разуме различитости. Унутрашњи свет човека у великој мери рефлектује спољашњу

стварност – то је прилагођена и перципирана слика спољашњег света, прожета изазовима који долазе из његове околине и обликована његовим лично проживљеним искуствима.

Позната теза о хиперреалности и симулакруму помаже у разумевању начина на који се свет мења у човековој свести. Реч је о јединственом свету који се доживљава на различите начине – из различитих углова, кроз разнолика чула и уз помоћ различитих посредника. Бодријар развија своју теорију да у савременом друштву постоји свет који није заснован на реалности, већ на симулацијама – репродукцијама које немају аутентичну везу са стварним светом (*Beardsworth, 2015; 78-79*). Он објашњава концепт симулакрума као репрезентацију која више не одражава стварност, већ ствара нову „реалност“ која постаје доминантна. **Хипер-реалност** је стање у којем разлика између стварног и симулираног нестаје, јер симулације почињу да замењују саму реалност. Ови посредници играју кључну улогу у интерпретацији и тумачењу света, а њихова улога варира од субјективног до објективнијег приступа. Процеси тумачења крећу се на спектру од лажи до истине, од искривљавања стварности до представљања чињеница, и од манипулације до подстицања социјализације и индивидуализације. Посредници, на тај начин, обликују наше разумевање света и одређују колико ће то разумевање бити аутентично или изманипулисано.

Данас видимо различите интерпретације света – плурализам. Свет се гледа и доживљава на различите начине, различитим спознајним моћима, различитим идеологијама, интересима, средствима. Та различитост и одсуство општије сагласности – представља згодну прилику за манипулацију.

Начин или пут до срца гласача је тежак, различит. Као што свака болест има свој начин борбе и лечења, као што је начин борбе саобразан природи болести, тако је и начин придобијања гласача, обликовања политичке воље, убеђивања, различит обзиром на различите факторе. Природа изазова одговара природи одговора. Какав изазов, такав треба да буде и одговор. Ако је изазов свакој опозицији власт, онда се природа власти, природа њене подршке мора дефинисати, објаснити и разумети, да би, у ситуацијама више опозиционих партија, створена заједничка опозициона свест. Дефинисати власт значи дефинисати њену политичку, идеолошку, интересну, психичку природу, дефинисати изворе њене подршке, њене ресурсе, али оно што је важно, треба утврдити когнитивну мапу бирачког тела, односно треба утврдити врсте политичких ставова и оријентација, дистрибуцију ставова и оријентација,

њихово позиционирање, колико су оне променљиве а колико су релативно трајне, колико су укореење а колико су површинске.

Из овога следе нека важна питања: како изучити психологију бирача, како утицати на бираче, како их убедити, уверити, које вештине јавног општења имају највише изгледа да постигну ефекат, да ли је друштво спремно за промене или није? Нова формула легитимитета је преобликовање бирачке воље, покреће апстинента и неактивних, да колебљиве увере, придобију, ре-социјализацију. Ако је монополисан јавни простор контролом медиј односно телевизије, треба снаге и воље да се пронађе нови, другачији пут до бирачког, гласачког срца. Анализирајте народ, проучите га добро, дубоко промислите, и наћићете пут до њихове психе.

5. Критичке рефлексije

Емпиристичке дескриптивне генерализације захтевају дубље, есенцијалне увиде у кризу политичке одговорности, која је изазвана субјективним перцепцијама јавности и пристрасним аутолегитимацијама владавине. Под утицајем предрасуда, доминације и посесивних интереса, онемогућава се испољавање суштинских вредности као што су слобода и одговорност. У таквом амбијенту, где моћни безусловно бране своје позиције, свака манифестација супротног става наилази на реакцију која често носи озбиљне последице. Уместо промоције слободе и истине, такве структуре подстичу страх и конформизам, док се дубинско, рационално и критичко промишљање своди на минимум. За разумевање дубљих узрока ових појава потребан је приступ који бисмо могли назвати „методолошким скенером“. То је алат научног мишљења који омогућава продор у суштину догађаја, појава и понашања како би се открило шта заиста стоји у њиховој основи. Таква анализа је неопходна, јер закопане структуре предрасуда, моћи и интереса делују разорно, разграђујући слободну, истинујућу и мудру мисао, често безобзирно погађајући свакога ко им се нађе на путу.

Последице таквих деформација осећају се на нивоу појединца и друштва. Нормалан човек, суочен са овим теретом, тешко га може поднети без губитка свог интегритета. Онај ко се, међутим, прилагођава ненормалним условима, сам постепено постаје део те патологије. Ова појава „нормализације ненормалног“ представља процес у коме се патолошко, агресивно и деструктивно приказује као прихватљиво или чак пожељно. Тај феномен се оправдава, промовише и шири, узрокујући деструкцију не само друштвеног окружења већ и саме људске природе. „Психичке епидемије“ предрасуда и егоцентризма разарају сваки здрав

аспект природе и друштва. Њихова последица је постепено урушавање етичких и моралних стандарда, гашење слободе мисли и претварање заједница у друштва која служе искључиво интересима мале групе моћника. У том контексту, неопходно је не само препознати ове појаве већ и активно радити на њиховом отклањању кроз културу дијалога, подстицање слободног критичког мишљења и јачање друштвених вредности које воде ка истинској хуманости.

Живимо у времену у којем се колективна неуротична стања све више одражавају на понашање и функционисање друштва у целини. Осећаји као што су завист, агресија, порив за моћ и реактивни страхови добијају све више простора, док се предрасуде, фрустрације и патолошке структуре личности све чешће толеришу, па чак и подстичу. Таква клима омогућава ширење психичких епидемија које директно утичу на смањење критеријума одговорности, како на индивидуалном, тако и на колективном нивоу. У том контексту, морални дефицити личности постају не само изоловани изазови већ и системски проблеми. Склоност ка девијантном, преступничком и коруптивном деловању добија карактеристике општих друштвених одредница, чиме се урушавају основни етички и правни стандарди. Овде се не ради само о појединачним противправним поступцима који би могли бити случајни или изоловани. Напротив, у питању је доминантан облик понашања који је често учестан и дубоко укоренен у трајној криминалној оријентацији одређених појединаца и група.

Оваква патологија друштва изражава се кроз све ширу релативизацију морала и закона, где одређена понашања престају да буду санкционисана, а њихови актери се неретко доживљавају као „сналажљиви“ или чак прихватљиви. Истовремено, одговорност се све више замењује оправдањима и рационализацијама, што води ка деградацији друштвених вредности. У таквом окружењу, трајно криминална оријентација постаје не само лична аномалија већ и симптом шире друштвене кризе, која захтева дубоко преиспитивање и системске мере за превазилажење ових проблема.

Ово стање позива на потребу јачања индивидуалне и колективне свести, образовање и васпитање која подстиче одговорност и критичко размишљање, као и успостављањем механизма који ће вратити поверење у моралне и правне темеље друштва.

Савремено друштво социјализује своје појединце на **материјални пробитак** као основни орјентир мишљења и деловања. Појединачни и посебни интересни идентитети уносе субјективност тако да не постоји

свест о равнотежи појединачног, посебног и општег, не постоји осећај за другог или за другачије потребе и интересе. Поређење са другима има сврху задовољавања егоистичких преференција. Између алтруизма и интересно посесивни индивидуализма ствара се велика психичка конфузија које се изражава у фокусу ограниченог деловања појединца.

Очитледан је недостатак, непостојање над-личних настојања, универзално-моралних критеријума вредновања (евалуације). Свесно се умањује сопствена одговорност и пребацује одговорности на другог или "околности". Онај ко има моћ и ресурсе моћи, тај намеће критеријуме и мерила субјетивно доживљене одговорности, како код носилаца јавних институционалних улога тако и када је у питању субјективна перцепција грађана у утврђивању политичке одговорности власти. Морално посрнуће политике смањује рационално-критички капацитет појединца и група.

Они који су на дну, не морају се бојати пада, записао је Е. Замјетин у роману *Ми*. Кад је човек на дну онда, често се не види дно, осим ако је у питању „дно дна“ или ако не постоји доња граница дна. И дно има доње спратове. На жалост, трагично, ако не вежеш коња где ти газда каже, више немаш ни коња ни себе. Ништа се у историји није променило сем спољашности иза које остаје иста суштина: јачи увек само тлачи. Ко има храбрости и мудрости да се суочи, чека га освета власти и моћи. Осетио сам на својој кожи шта значи кад професор критикује власт. Догоди се суптилна освета моћника, анатемисање, медијски линч, одстрањивање, игнорисање. А критика само каже шта није добро и шта је лоше за појединца, групу, народ, државу.

Литература

Tholen, Berry (2018) *Political Responsibility as a Virtue*, PubMed Central, 20;43(1):22-34.

Belančić, Milorad (1994) *Fragments o smislu*, Beograd, ed. Trag. 33-40.

Belančić, Milorad (2005) *Odgođena demokratija*, Krug, Beograd (156-158)

Beardsworth, Richard (2015) *From Moral to Political Responsibility in a Globalized Age*, Ethics & International Affairs, 29, no. 1, pp.71-92.

Baudrillard, Jean. *Simulacra and Simulation*. Translated by Sheila Faria Glaser. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1994.

Langer, Ellen; Rodin, Judith (1976) „The Effects of Choice and Enhanced Personal Responsibility for the Aged: A Field Experiment in an Institutional Setting”, Journal of Personality and Social Psychology, 34(2): 191—198.

Матић, Подунавац (1988) *Политички систем – теорије и принципи*, FPN-IPS, Београд

Romčević, Branko (2019) *Odgovornost kao iskustvo nemogućeg*, Godišnjak FPN, 1/113-124.

Tanasije Marinković (2021) *Odgovornost predsednika republike za povredu ustava – zabrana uticaja na vršenje sudijske funkcije*, Београд, Cepris.

Slaviša Kovačević, PhD.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

SUBJECTIVE PERCEPTION OF POLITICAL RESPONSIBILITY

Abstract

Political responsibility is understood in narrow, subjective, interest-driven, and ideology-based terms. This paper explores the persistent and visible tendency of actors on the political stage to interpret phenomena through a simplified tolerance to a lack of political responsibility. Individual and particular interest-based identities give rise to subjectivity so that there is no awareness of the balance between the individual, the particular, and the general, nor is there a sense of consideration for differing needs and interests of others. Comparisons with others are primarily aimed at satisfying egoistic preferences. There is a significant psychological confusion between altruism and interest-driven possessive individualism, and this confusion is reflected in the limited actions of individuals. The post-modern articulation of a universal society paves the way for a selective perception of political reality and a subjectively articulated criterion of political responsibility.

Keywords: responsibility, subjectivity, interest, power, hyper-reality.

Александар Михајловић,¹
Истраживач сарадник,
Институт за упоредно право, Београд

Др Александар Мојашевић,²
Редовни професор,
Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 364:[316.647.82:331.5.021(497.11)

UDK: 331.101.24(497.11)

DOI: 10.5281/zenodo.14534980

Оригиналан научни чланак

Примљен: 21. 09. 2024.

Прихваћен: 30. 09. 2024.

УЛОГА СОЦИЈАЛНОГ ПРЕДУЗЕТНИШТВА У СУЗБИЈАЊУ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ НА ТРЖИШТУ РАДА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ³

Апстракт: Социјално предузетништво представља облик пословања код кога стицање профита није примарни циљ предузетника који обавља делатност од општег интереса, већ решавање конкретних социјалних тешкоћа са којима се суочава одређена друштвена група која је у повећаном ризику од дискриминације и социјалне искључености. Предмет овог рада јесте социјално предузетништво, као посебна форма обављања привредне делатности у циљу решавања проблема дискриминације друштвено осетљивих група на тржишту рада. Циљ истраживања јесте да се идентификују и анализирају различите врсте подстицаја за развој социјалног предузетништва које је законодавац предвидео у циљу унапређења положаја социјално угрожених друштвених група на тржишту рада у Републици Србији.

¹ e-mail: a.mihajlovic@iup.rs, ORCID: 0000-0001-8309-7896

Ово истраживање је настало у оквиру научноистраживачког рада Института за упоредно право који финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије према Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2024. години (евиденциони број: 451-03-66/2024-03/200049 од 05. 02. 2024).

² e-mail: mojasevic@prafak.ni.ac.rs, ORCID: 0000-0001-7424-3505

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

³ Овај рад по својој структури представља знатно измењену, допуњену и проширену верзију реферата изложеног под називом „Социјално предузетништво као иновативни начин за решавање проблема теже запошљивих друштвених група“ на Мађународној научној конференцији „Правни принципи у савременом праву“, која је одржана на Правном факултету Универзитета у Нишу, од 19. до 20. априла 2024. године.

Поред објашњења појма социјалног предузетништва, спроведена је и упоредноправна анализа идентификације друштвено осетљивих група у посебним прописима о социјалном предузетништву у државама Западног Балкана. Сем тога, приказани су и економски модели дискриминације на тржишту рада. У последњем делу рада аутори анализирају тренутно стање примене Закона о социјалном предузетништву у Републици Србији и различите врсте подстицаја за његов даљи развој. У закључку су отворена одређена питања од значаја за будућа истраживања у области социјалног предузетништва.

Кључне речи: *социјално предузетништво, социјално предузеће, друштвено осетљиве групе, статистичка дискриминација, Бекеров модел дискриминације (склоност ка дискриминацији), тржиште рада.*

1. Увод

Социјално предузетништво, као иновативна форма пословања, обједињује тржишни принцип функционисања привредних субјеката уз обавезну социјалну компоненту која доприноси решавању конкретних проблема и побољшању положаја осетљивих друштвених група (особе са инвалидитетом, припадници ромске националне мањине, жене жртве породичног насиља итд). Сложени друштвени односи и бројни изазови који су стављени пред државу када је реч о социјалној интеграцији, смањењу друштвене искључености и борби против дискриминације, утицали су на отпочињање партнерског односа између социјалних предузећа и државе, а у циљу унапређења положаја маргинализованих група лица.

У Републици Србији је тек 2022. године донет Закон о социјалном предузетништву (у даљем тексту: ЗСП)⁴, и на тај начин овај облик пословања добија посебан правни статус. Тиме се омогућава креирање посебних подстицаја за развој социјалног предузетништва, што доприноси остваривању његових различитих друштвених функција, укључујући и могућност запошљавања за теже запошљиве друштвене групе. Пре доношења овог закона, социјална предузећа фактички су постојала у Републици Србији, само су у погледу правне форме деловала најчешће као удружења грађана.⁵

⁴Закон о социјалном предузетништву, *Службени гласник РС*, 14/22

⁵На пример, добро је позната организација „LICEULICE“, чији чланови се баве продајом истоименог часописа, цегера и шоља. На главним улицама српске престонице често се могу срести особе обучене у униформи са називом ове организације које љубазно нуде пролазницима да купе поменути часопис, и на тај начин помогну њихов рад.

Предмет овог рада јесте социјално предузетништво као посебна форма обављања привредне делатности у циљу решавања проблема дискриминације друштвено осетљивих група на тржишту рада. Циљ истраживања јесте да се идентификују и анализирају различите врсте подстицаја за развој социјалног предузетништва које је законодавац предвидео у циљу унапређења положаја социјално угрожених друштвених група на тржишту рада у Републици Србији. Поред објашњења појма социјалног предузетништва, аутори су спровели упоредноправну анализу препознавања друштвено осетљивих група као примарних адресата ове привредне форме у законима о социјалном предузетништву у Републици Словенији, Републици Албанији, Републици Србији, Републици Српској и Брчко дистрикту Босне и Херцеговине. Аутори презентују два економска модела дискриминације на тржишту рада, и објашњавају да тржиште само по себи није довољан регулатор у борби против дискриминације у овој области, због чега посебан значај има комбиновање правних решења са одређеним привредним формама пословања. У последњем делу рада аутори анализирају тренутно стање примене ЗСП-а у Републици Србији и различите врсте подстицаја за његов даљи развој. У раду ће бити примењени нормативни, упоредноправни и дескриптивни метод.

2. Појам и значај социјалног предузетништва

Почетак развоја социјалног предузетништва везује се за настанак капитализма у 18. и 19. веку, а током индустријске револуције, услед погоршања положаја радника, јача потреба за различитим облицима самопомоћи и удруживањем људи како би пребродили променљиве, и не увек у њиховом интересу, токове привреде у том периоду (Вукмировић et al. 2014: 8). У модерно доба, уз растуће потребе људи за различитим добрима и услугама, измењене обрасце живота, умањење социјалне сигурности, нове форме рада и слично, потреба за социјалним предузетништвом није смањена, штавише може се рећи и да је већа (Вукмировић et al. 2014: 9). На тлу Европе, прва формалноправно регистрована социјална предузећа настала су у Италији под називом *социјалне задруге* (итал. *cooperative sociale*)⁶, 1991. године, када је и донет закон у овој материји (Вукмировић et al. 2014: 9).

Социјална економија, која обухвата и социјално предузетништво, представља огроман потенцијал економског прогреса Европске уније, јер

⁶У њима се обједињују елементи класичне задруге и социјалног предузећа. Више о социјалним задругама и социјалним предузећима у Италији видети у: Масуга, 2016: 25-28.

је више од 13,6 милиона плаћених послова у овом сектору, што представља око 6,3% радне популације на тржишту Европске уније⁷, и 19,1 милион радно ангажованих људи, при чему се овај број односи на обављање плаћених и неплаћених послова, и више од 2,8 милиона различитих привредних субјеката (*Recent evolutions of the Social Economy in the European Union*, 2017: 66).

Понекада се погрешно појмови *социјално предузетништво* и *социјална економија* користе као синоними, иако је овај други предметно шири. *Социјална економија* се посматра као трећи сектор економије, поред приватног и државног, и специфичан је по томе што уз економске, укључује и социјалне активности које се обављају на комунално/локалном нивоу, добровољне су и/или непрофитне (Mijatović, Paunović, Kovačević, 2012: 4). Она обухвата три подсистема: локалне заједнице, добровољни рад и *социјална предузећа* (Mijatović, Paunović, Kovačević, 2012: 4). Шири круг субјеката, који се везују за социјалну економију, омогућава остваривање различитих циљева који излазе из оквира примарно оних који су везани за социјална предузећа, и то на економски одржив начин (Jerinić, 2015: 10).

Социјално предузетништво доприноси развоју иновативних бизнис модела којима ће се остваривати одређени социјални циљеви (Terziev, Bencheva, Stoeva, Georgiev, 2020: 37). Другим речима, оно омогућава да се истовремено, синергијски, повежу економски интерес за стицање профита, као и друштвени интерес да се успешно решавају одређени проблеми који погађају социјално угрожене и маргинализоване групе људи. Из тог разлога се социјално предузетништво често повезује са *решавањем проблема незапослености* одређених вулнерабилних група, и представља као спона између процеса запошљавања и социјалне заштите (Zainea, Toma, Marinescu, Chitimiea, 2020: 86). Путем социјалних предузећа омогућава се да се вештине и способности људи искористе на најбољи могући начин, на обострани интерес и појединаца и шире друштвене заједнице (Митровић, Митровић, 2019: 82). Поред значаја за решавање конкретних друштвених проблема на централном нивоу једне државе, оно има велики значај и на нивоу локалних самоуправа, где се због флексибилних појавних облика прилагођава потребама крајњих корисника (Šimoković, Gvozdrenović, Milovanović Ćirić, 2011: 8).

Вишеструки значај социјалног предузетништва огледа се у испуњавању следећих циљева: 1. *остваривање социјалног запошљавања и стварање*

⁷ Подаци су обухватили период када је Уједињено Краљевство Велике Британије и Северне Ирске било члан Европске уније.

нових радних места – на тај начин теже запошљиве групе лица, као што су: особе са инвалидитетом, жене жртве породичног насиља, бивша осуђена лица, припадници ромске националне мањине итд, лакше долазе до запослења, могу приступити програмима преквалификације и доквалификације, или добити потребна средства за рад како би самостално реализовала своје пословне идеје. На овај начин могу се креирати и безбеднија радна окружења у којима ће се одређене маргинализоване друштвене групе осећати сигурно и имати подстицај да у пуном капацитету искажу свој радни потенцијал; 2. *развијање нових и креативних радних модела* и укључивање различитих актера у процес рада, одлучивања и расподеле остварене добити. Креативност привредних субјеката и њихова могућност адаптације новим потребама учесника на тржишту утиче позитивно на већу конкурентност и бољу позиционираност на тржишту (*Preduzetništvo u Srbiji – nužda ili prilika?*, 2014: 9), а реинвестирање оствареног профита омогућава остваривање социјалног циља (Царић, Ђирић, 2018: 396-397); 3. *развој локалне заједнице* – услед развоја либералног капитализма и повећања друштвених неједнакости, социјално предузетништво је битан фактор очувања људских права уопште, а посебно права на рад, права на социјалну сигурност и сл. Такође, социјална предузећа по правилу настају као *bottom-up* иницијативе (иницијатива потиче од грађана и крајњих корисника, а не од стране владиних тела)⁸, у чему је битан допринос повезивање људи на локалном нивоу и реализација њихових идеја кроз оснивање социјалних предузећа, која у зависности од успеха пословања могу да имају много већи домаћај у оквиру једне државе или на регионалном нивоу (Bobić, Rakin, 2016: 19). Стога је јачање економских капацитета локалне самоуправе у непосредној вези са могућностима развоја социјалног предузетништва (Vuković, 2017: 9-10).

На основу претходно наведеног битно је истаћи да се социјално предузетништво у *организационом смислу* не разликује суштински од пословања које је усмерено ка остваривању добити, јер послује у складу са тржишним принципима, има своје производе и услуге, своје купце, остварује приход и има трошкове (Krstić, 2014: 128). Оно што му даје *посебност* јесте то да је његов циљ усмерен ка социјалним променама,

⁸Више о *bottom-up* иницијативама видети у: Reynaud, M. J. (2007). The social economy: An alternative to free-market violence. In Jeantet, T. Poulnot, P. J. (Eds.). *The social economy – A global alternative*. Gennevilliers: Association Les Rencontres du Mont-Blanc. 246-252; Fujiki, C. (2007). Workers' collectives in Japan as social enterprises. In Jeantet, T. Poulnot, P. J. (Eds.). *The social economy – A global alternative*. Gennevilliers: Association Les Rencontres du Mont-Blanc. 253-268. https://docs.eclm.fr/pdf_annexe/socialEconomy.pdf приступ: 20. 07. 2024.

тако да поред мерења успеха кроз остварену добит, у обзир се узимају и остварене позитивне промене на нивоу друштва (Jetmar, 2013: 42). С друге стране, социјално предузеће подразумева да се остварена добит рефинансира у одређеном проценту (50% и више) како би се остварили одређени друштвени циљеви, и управо у том сегменту се огледа разлика у поређењу са класичним предузећима где се остварена добит исплаћује власницима капитала (Krstić, 2014: 128). Социјална предузећа се разликују од *организација цивилног друштва* које не могу самостално да покривају трошкове свог пословања, те су усмерене на тражење средстава од донатора, било из приватног или јавног сектора (Krstić, 2014: 128).⁹ Разлика постоји и у односу на *друштвено одговорно пословање* које има за циљ да се умање негативни ефекти пословања на друштво и животну средину, док су социјална предузећа основана да својом делатношћу стварају позитивне промене према одређеним категоријама људи или да допринесу унапређењу еколошких стандарда (Krstić, 2014: 128).

Организација за економску сарадњу и развој (енгл. *Organisation for Economic Co-operation and Development*; у даљем тексту: ОЕЦД) дефинише социјално предузеће „као било коју приватну делатност спроведену у јавном интересу и организовану у складу са предузетничком стратегијом, али чија главна сврха није максимизација профита, већ постизање одређених економских и социјалних циљева, и која има капацитет да донесе иновативна решења за проблеме социјалне искључености и незапослености“ (*Social Enterprises*, 1999: 10). Европска комисија је усвојила сличну дефиницију да „социјално предузеће јесте субјект социјалне економије чији је главни циљ да има друштвени утицај, а не да оствари профит за своје власнике или акционаре“ (European Commission, 2011: 2). Под термином „социјално предузеће“, Европска комисија подразумева привредне субјекте који: 1. имају одређени социјални циљ и који привредну делатност обављају кроз висок ниво друштвених иновација; 2. реинвестирају остварени профит у циљу остваривања постављеног друштвеног циља; 3. у погледу начина организације и управљања поштују принципе демократије и партиципативности или се фокусирају на концепт социјалне правде (European Commission, 2011: 2-3).

⁹Треба напоменути да одређена социјална предузећа могу самостално да финансирају своје активности, али многа ипак не могу да обезбеде потребна средства од продаје својих производа и услуга, због чега је успех њиховог пословања условљен субвенцијама од стране владе, добротворних организација, или давањима од стране појединаца који су спремни да прихвате нижи ниво оствареног прихода на основу инвестирања које је имало за циљ постизање одређене промене на нивоу друштва у корист шире заједнице (Ivănescu, Gheorghe, Sztruten, 2013: 418).

За успешан развој и функционисање социјалног предузетништва неопходно је да постоји подстицајно привредно окружење. На првом месту потребан је одговарајући *регулаторни оквир* који ће на јасан начин одредити правну форму за обављање социјалног предузетништва, тако да установи социјална предузећа као посебну форму привредног субјекта, затим да се уведу одређене пореске олакшице¹⁰, финансијске мере подршке, а могуће је прописати и обавезу извештавања о оствареном утицају на друштво (*Policy Brief on Social Entrepreneurship - Entrepreneurial Activities in Europe, 2013: 7-8*). Такође, уочено је да неодговарајући правни оквир може утицати дестимулативно на развој социјалног предузетништва, као и на стварање баријере у прекограничним повезивањима социјалних предузећа, посебно у оквиру држава чланица Европске уније (*Wevers, Voinea, de Langen, 2020: 3*). Други битан елемент јесте *отвореност потрошача* да на тржишту прибављају добра и услуге од стране социјалних предузећа чиме се доприноси њиховој одрживости у пословању (*Varga, Hayday, 2016: 21*). На пример, Законом о јавним услугама у Уједињеном Краљевству Велике Британије и Северне Ирске (*Public Services (Social Value) Act 2012*) прописано је да орган јавне власти приликом набавке одређених јавних услуга мора да има у виду како склапање таквих уговора може да унапреди економско, социјално и еколошко благостање у одређеној области, као и да процес набавке буде спроведен на начин да се осигура његово унапређење. Оваквим правилом се обезбеђују услови да се социјалним предузећима олакша улазак на тржиште јавног сектора, који може бити недоступан социјалним предузећима услед регулаторних и других баријера (*Varga, Hayday, 2016: 21*). Трећи елемент јесте *развијеност културе пословања* и односа са филантропским организацијама које су спремне да подрже иновативне облике привређивања који имају за циљ остваривање ширег друштвеног утицаја (*Varga, Hayday, 2016: 21*).

3. Социјално предузетништво и друштвено осетљиве групе у државама Западног Балкана

У погледу језичке конструкције, у употреби су термини социјално предузетништво/предузеће и друштвено предузетништво/предузеће. У духу српског језика би можда више одговарао термин *друштвено*

¹⁰ Више о теми социјалних предузећа и опорезивања видети у: Hemels, S. (2023). Social Enterprises and Tax: Living Apart Together? In Peter, H. Vasserot Vargas, C. Silva Alcalde, J. (Eds.). *The International Handbook of Social Enterprise Law – Benefit Corporations and Other Purpose-Driven Companies*. Cham: Springer Nature Switzerland AG. 77-100. <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-031-14216-1> приступ: 20. 07. 2024.

предузетништво, али би тада *друштвено предузеће* могло да асоцира на некадашњи социјалистички модел самоуправљања са концептом друштвених предузећа као невластничког облика својине (Miljević, 2016: 4). С друге стране, термин социјално предузетништво би могао да се примарно доведе у везу са решавањем одређених друштвених проблема, чиме би остао изван фокуса његовог много шири домет (Miljević, 2016: 4). Законодавац се у Републици Србији, Брчко дистрикту Босне и Херцеговине и Републици Словенији определио за термин *социјално предузетништво* (на словеначком језику – *socialno podjetništvo*), а у Републици Српској за термин *друштвено предузетништво*. У Републици Хрватској, Републици Северној Македонији и Црној Гори, иако тренутно не постоје посебни закони који уређују ову материју, прихваћен је термин *социјално предузетништво* (на хрватском језику – *socialno poduzetništvo*; на македонском језику – социјално претприемништво).

У државама Западног Балкана и некадашњег јединственог југословенског правног поретка, законско регулисање материје социјалног предузетништва релативно је скоријег датума. У Републици Словенији је 2011. године донет Закон о социјалном предузетништву (*Zakon o socialnem podjetništvu*)¹¹, следећа је Република Албанија у којој је усвојен 2016. године Закон о социјалним предузећима (*Ligj për ndërmarrjet sociale në Republikën e Shqipërisë*)¹². По хронологији усвајања даље следе Закон о друштвеном предузетништву Републике Српске¹³, ЗСП у Републици Србији и Закон о социјалном предузетништву Брчко дистрикта Босне и Херцеговине¹⁴. У Републици Хрватској, Црној Гори и Републици Северној Македонији нису донети посебни закони у овој материји.

Предмет анализе наведених прописа је идентификација друштвено осетљивих група, и креирање прилика за њихово радно ангажовање путем ове посебне привредне форме.

Закон о социјалном предузетништву Републике Словеније наводи као посебно друштвено осетљиве групе на тржишту рада све угрожене групе, а нарочито, раднике у неповољном положају и посебно неповољном положају, као и особе са инвалидитетом у складу са Уредбом Европске комисије о оцењивању одређених категорија подршке

¹¹ *Zakon o socialnem podjetništvu, Uradni list RS, 20/11, 90/14 – ZDU-1I in 13/18*

¹² *Ligj për ndërmarrjet sociale në Republikën e Shqipërisë, 65/16*

¹³ Закон о друштвеном предузетништву Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, 111/21

¹⁴ Закон о социјалном предузетништву Брчко дистрикта Босне и Херцеговине, *Службени гласник Брчко дистрикта Босне и Херцеговине*, 01Н03-22

спојивим са унутрашњим тржиштем у примени чл. 107 и 108 Уговора (бр. 651/2014 од 17. јуна 2014.). Првобитна верзија Закона је, пре доношења амандмана из 2018. године, правила разлику између две врсте социјалних предузећа, једне у којима се могу запошљавати сви радници, и друге форме у којој могу бити запошљени само припадници најугроженијих друштвених група на тржишту рада (*Hojnik Bradač*, 2020: 11). Предвиђено је да друштвено предузеће мора имати вишак прихода над расходима на основу обављања друштвене делатности. Закон прописује да се вишак прихода над расходима користи за набавку потребних средстава за обављање делатности, за одржавање и повећање броја радних места, за покриће губитка прихода, за едукацију и обуку запослених и волонтера, као и за друге развојне и непрофитне активности.

Закон о социјалним предузећима Републике Албаније предвиђа као један од главних циљева заштиту и социјалну инклузију вулнерабилних друштвених група кроз процес запошљавања. Као осетљиве друштвене групе издвојена су лица која живе у екстремном сиромаштву, социјално искључени услед различитих облика дискриминације, затим, дуготрајне незапослености, проблема због кривичног гоњења, зависности од употребе дрога и алкохола, као и расељена лица. Најмање 30% запослених морају да припадају некој од претходно наведених група. Поред волонтера који могу да раде у социјалном предузећу, најмање три особе морају бити плаћене за свој рад. Закон прописује листу активности које социјално предузеће може да обавља, при чему надлежно министарство одобрава конкретну листу у складу са Законом одређеним активностима. Најмање 20% прихода након друге године, и најмање 30% прихода након треће и даљих година пословања, морају бити остварени обављањем тих активности. Предвиђена је и посебна обавеза извештавања о реализованим активностима усмереним ка остваривању друштвеног интереса и интереса конкретних категорија запослених лица.

Закон о друштвеном предузетништву Републике Српске прописује да друштвено предузеће остварује своју друштвену мисију између осталог и кроз запошљавање теже запошљивих лица, при чему се ту разликују две групе лица: прво, побројана је детаљна листа лица где се наводе она која су незапослена дуже од три године, лица старија од 50 година, деца погинулих бораца, лица са инвалидитетом, цивилне жртве рата, жртве насиља у породици, лица која су издржавала казну итд; друго, остала лица која су у категорији лица која се теже запошљавају у складу са прописима којима се уређује област запошљавања. У погледу обавезе реинвестирања оствареног прихода, Закон прописује

индиректно да тај проценат не може бити мањи од 49%, јер предвиђа да друштвена предузећа која послују у форми привредних друштава или пољопривредних задруга могу да исплате део добити власницима, при чему тај проценат не може бити већи од 51% остварене добити. Уколико друштвено предузеће остварује своју социјалну мисију кроз запошљавање, тада мора да докаже да најмање 30% запослених јесу припадници теже запошљивих група. Прописана је и обавеза извештавања о остваривању социјалног циља.

На основу Закона о социјалном предузетништву Брчко дистрикта Босне и Херцеговине, социјални утицај или резултат социјално предузеће може остварити и на начин када је међу укупним бројем запослених најмање 30% лица која припадају некој од следећих категорија: лица која су незапослена дуже од три године, лица старија од 50 година, лица са инвалидитетом, цивилне жртве рата, жртве насиља у породици, жртве трговине људима, осуђена лица итд. Процент остварене добити социјалног предузећа који се исплаћује члановима или власницима социјалног капитала не може бити већи од 49%, што индиректно значи да најмање 51% остварене добити мора бити реинвестиран у рад социјалног предузећа или усмерен ка остваривању његове социјалне мисије. Законом је предвиђена и обавеза подношења извештаја о остваривању социјалне мисије.

Према ЗСП-у у Републици Србији, прописано је да се, између осталог, друштвена улога остварује и кроз радну интеграцију припадника друштвено осетљивих група. Под радном интеграцијом се подразумева рад са радно способним припадницима друштвено осетљивих група на њиховом образовању и оспособљавању за рад, њихово запошљавање, као и други начини њиховог радног ангажовања. У поређењу са претходно наведеним законима, у овом пропису су припадници друштвено осетљивих група одређени на општији начин, као „групе грађана којима је потребна додатна системска подршка како би се могли равноправно укључити у животне токове заједнице“¹⁵. Најмање 50% остварене добити социјално предузеће мора да реинвестира у интерне програме подршке друштвено осетљивим групама или у трошкове у вези са радним ангажовањем радно способних припадника друштвено осетљивих група, односно у програме активности усмерене на решавање проблема заједнице у одређеним областима, и/или да донира другим правним лицима или предузетницима са статусом социјалног предузетништва. Уколико статус социјалног предузетништва има

¹⁵Члан 3 став 1 тачка 3) Закона о социјалном предузетништву, *Сл. гласник РС*, 14/22

предузетник, наведена донација се може извршити другом предузетнику или субјекту цивилног сектора са таквим статусом, док субјект цивилног сектора може извршити донацију искључиво другом таквом субјекту са статусом социјалног предузетништва. Такође, прописана је и обавеза извештавања о испуњавању друштвене улоге социјалног предузећа.

На основу анализираних закона можемо закључити да су сви прописи установили као примарну улогу социјалног предузетништва унапређење положаја социјално угрожених група кроз радну интеграцију у оквиру овог облика привредне делатности. Ова лица су одређена на различите начине, од појединачног набрајања конкретних група, па до једне општије одредбе о друштвено осетљивим групама у закону у Републици Србији. Такође, у неким од закона је прописан обавезан минималан проценат запослених припадника ових група, а закон у Републици Албанији посебно наводи да поред волонтера који могу бити радно ангажовани, у социјалном предузећу морају да буду запослена најмање три лица која ће за свој рад примати накнаду. Обавеза реинвестирања оствареног профита је предвиђена у свим прописима, само у различитим законским формулацијама и процентима. ЗСП посебно регулише питање давања донација од оствареног прихода другим субјектима који имају признат статус социјалног предузетништва. Побројани закони предвиђају и обавезу извештавања од стране социјалних предузећа како би се пратио степен остваривања њихове социјалне функције.

4. Социјално предузетништво у функцији ублажавања последица дискриминације на тржишту рада у Републици Србији

Дискриминацију на тржишту рада треба посматрати као правно-економску појаву којој се мора приступити како применом одговарајућих правних решења, као што је антидискриминационо законодавство, тако и путем иновативних решења у привреди. У наставку се најпре полази од правног и економског објашњења дискриминације, а затим анализирају прилике за запошљавање друштвено осетљивих група на тржишту рада у Републици Србији у складу са ЗСП-ом. Уз свест да је ово још увек ново формалноправно решење уведено овим законом 2022. године, чињеница је да је реализација идеје о социјалном предузетништву фактички отпочела много пре усвајања овог прописа, путем рада организација цивилног друштва и задруга.

4.1. Правно-економско одређење појма дискриминације

Дискриминација представља повреду основног правног принципа једнакости свих пред уставом и законом једне земље.¹⁶ Може се дефинисати као „неједнако поступање према једнакима и једнако поступање према неједнакима“ (Petrušić, Bekker, 2012: 16). Поред Закона о забрани дискриминације¹⁷ као кровног антидискриминационог прописа у Републици Србији, одредбе о забрани дискриминације у области тржишта рада садржане су и у бројним другим прописима, попут: Закона о раду¹⁸, Закона о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом¹⁹, Закона о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом²⁰, Закона о спорту,²¹ итд.

Економска теорија је такође дала свој допринос разумевању дискриминације на тржишту рада, и у даљем наставку биће објашњен Бекеров модел и модел статистичке дискриминације.

*Бекеров модел дискриминације*²² подразумева да послодавац из различитих субјективних разлога има склоност да дискриминише одређену

¹⁶ Члан 21. Устава Републике Србије, *Сл. Гласник РС*, 98/06, 115/21 - Амандмани I-XXIX, 16/22

¹⁷ *Сл. гласник РС*, 22/09, 52/21. Према члану 2 став 1 тачка 1) овог закона, *дискриминација* и *дискриминаторско поступање* означавају свако неоправдано прављење разлике или неједнако поступање, односно пропуштање (искључивање, ограничавање или давање првенства), у односу на лица или групе као и на чланове њихових породица, или њима блиска лица, на отворен или прикривен начин, а који се заснива на раси, боји коже, прецима, држављанству, националној припадности или етничком пореклу, језику, верским или политичким убеђењима, полу, роду, родном идентитету, сексуалној оријентацији, полним карактеристикама, нивоу прихода, имовном стању, рођењу, генетским особеностима, здравственом стању, инвалидитету, брачном и породичном статусу, осуђиваности, старосном добу, изгледу, чланству у политичким, синдикалним и другим организацијама и другим стварним, односно претпостављеним личним својствима.

¹⁸ *Сл. гласник РС*, 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 – УС, 113/17, 95/18 - Аутентично тумачење

¹⁹ *Сл. гласник РС*, 36/09, 32/13, 14/22 - др. закон

²⁰ *Сл. гласник РС*, 33/06, 13/16

²¹ *Сл. гласник РС*, 10/16

²² Овај модел је познат под називом као „*taste-based discrimination*“ који се може превести као „укус“ или „*склоност*“ ка дискриминацији. Назив је добио по америчком економисти Гери Бекеру (Gary Stanley Becker) који је био пионир економске науке уводећи у економску анализу и оне области друштвеног живота које нису биле у фокусу тадашње економске науке. Био је добитник Нобелове награде за економију 1992. године. Једно од његових најпознатијих дела јесте „*The Economics of Discrimination*“ (1971).

групу лица због неког њиховог личног својства које не утиче на њихову продуктивност, и спреман је да тај свој „укус“ плати одређеним износом новца (*Coyne, Isaacs, Schwartz, 2010: 612*).²³ На дуже стазе, према Бекеровом објашњењу, послодавац који дискриминише ће бити истиснут са тржишта јер неће моћи да издржи конкурентски притисак. Рационални послодавци којима је у фокусу продуктивност, а не лична својства која немају утицај на њу, запослиће она лица која су дискриминисана и чији износ зарада ће бити мањи, због односа понуде и потражње за тим лицима. Уједно и цена производње и финалних производа ће бити нижа, због чега ће они бити конкурентнији. Другим речима, дискриминација се може дефинисати као „разлика у зарадама два радника једнаке продуктивности“ (*Guryan, Charles, 2013: F420*). Према овом моделу, тржиште савршене конкуренције ће бити довољан регулатор који ће санкционисати послодавца дискриминатора који неће моћи да поднесе трошак своје склоности ка дискриминацији (*Berson, 2016: 2*). Међутим, с обзиром на несавршености тржишта²⁴, као и на чињеницу да савршене конкуренције²⁵ нема, неопходно је спроводити државну интервенцију²⁶ путем антидискриминационог законодавства (*Berson, 2016: 2*).

Статистичка дискриминација настаје када послодавац услед асиметрије информација²⁷ и високих трансакционих трошкова добијања веродостојне информације о продуктивности сваког кандидата за запослење, своју одлуку доноси на основу припадности одређеног лица једној групи, и њихову појединачну продуктивност поистовећује са

²³ Исту логику у објашњавању дискриминације Бекер примењује на запослене који имају склоност да дискриминишу одређену групу лица и не желе да са њима деле радно окружење, и за то су спремни да снесу „трошак“ таквог понашања, који се манифестује у смањеном износу зараде. Потрошачи своју склоност ка дискриминацији плаћају кроз висину цене одређеног производа или услуге које су спремни да плате како не би купили производ или услугу одређеног порекла који нису прихватљиви њиховим афинитетима. Због предмета овог рада и ограниченог обима текста, аутори су указали само на први облик дискриминације у односу послодавац и запослени тј. лица која траже запослење на тржишту рада.

²⁴ Као примарни разлози несавршености тржишта и потребе за државном интервенцијом, у литератури се наводе: монопол, екстерни ефекти и неједнака расподела дохотка (*Nikolić, Mojašević, 2022: 31-33*).

²⁵ Савршена конкуренција на тржишту постоји када нема асиметрије информација и када су трансакциони трошкови једнаки или близу нули.

²⁶ Више о разлозима за државну интервенцију у привреди и облицима државне интервенције видети у: *Nikolić, Mojašević, 2022: 121-134*.

²⁷ Више о разлозима који доводе до асиметрије информација видети у: *Беговић, Лабус, Јовановић, 2014: 353-359*.

просечним особинама које се приписују члановима те групе или проблемима које они могу проузроковати (*Bonoli, Hinrichs, 2012: 340*). На пример, то би био случај када би послодавац одбијао да запошљава припаднике ромске националне мањине јер сматра да су припадници ове групе нижег нивоа образовања и вештина потребних за рад. Овај модел дискриминације показује сличност са *хеуристиком репрезентативности* коју можемо објаснити на начин да „закључујемо о вероватноћи неког догађаја на основу његове репрезентативности у општој популацији“ (*Мојашевић, 2021: 44*). Другим речима, што је један догађај репрезентативнији, то је већа вероватноћа да се он деси. На пример, у контексту дискриминације на тржишту рада, послодавац је свестан да жене чешће одсуствују са посла због трудноће и неге детета. Та чињеница може довести до закључка да уколико више запосли жена, чешће ће одсуствовати са посла у односу на мушкарце, због чега послодавац може да врши дискриминацију према женама приликом запошљавања.

Приказ два економска модела указује да дискриминација на тржишту рада није искључиво правно нити економско питање, већ да се мора изучавати и системски решавати путем мултифакторског приступа. То посебно долази до изражаја приликом дискриминације друштвено осетљивих група, које неретко трпе неједнак третман на тржишту рада и по основу више личних својстава. Стога, социјално предузетништво које обједињује економски и друштвени сегмент пословања јесте идеална комбинација за сузбијање дискриминације на тржишту рада.

4.2. Перспективе у примени и тумачењу ЗСП-а у решавању проблема дискриминације на тржишту рада према друштвено осетљивим групама

Усвајање ЗСП-а представља кључни корак у јачању правног оквира и системског регулисања социјалне економије, као и социјалног предузетништва и предузећа у Републици Србији. На тај начин је остварен и један од елемената посебног циља 3 – *Унапређен институционални оквир за политику запошљавања*, предвиђеног Стратегијом запошљавања у Републици Србији за период 2021-2026 (у даљем тексту: Стратегија запошљавања у РС).²⁸

Према доступним подацима у Србији је од почетка примене ЗСП-а²⁹ регистровано нешто мање од 10 социјалних предузећа, при чему су процене

²⁸ Стратегија запошљавања у Републици Србији за период од 2021. до 2026. године, *Сл. гласник РС*, 18/21, 36/21 - исправка

²⁹ Закон о социјалном предузетништву је почео да се примењује од новембра месеца

да између 200 и 500 удружења грађана, задруга и других правних лица послује у складу са принципима социјалне економије, али још увек без формалне регистрације у статусу социјалних предузећа (*Registracija socijalnih preduzeća preduslov za podršku države*, 2024). Наведене бројке нам указују на две чињенице: с једне стране, претпоставка је да треба радити на интензивној кампањи промоције ЗСП-а и указивања на користи формалне регистрације, а с друге стране, у Србији дефинитивно постоји устаљена идеја о значају деловања и функционисању социјалног предузетништва, јер су и пре доношења ЗСП-а социјална предузећа пословала у другачијим формама, као удружења грађана³⁰, задруге³¹, задужбине и фондације³², и сл. ЗСП је из тог разлога и предвидео да статус социјалног предузетништва могу стећи: предузетник који води пословне књиге у складу са прописима о рачуноводству, односно предузетник који није паушално опорезован, као и привредни субјект и субјект цивилног сектора који је регистрован за обављање привредне делатности, и на тај начин се доприноси очувању различитих правних форми у којима социјална предузећа послују. Тренутно не постоји званичан државни регистар или база података о социјалним предузећима, што свакако отежава праћење броја новорегистрованих субјеката.³³

ЗСП као један од приоритета у решавању друштвених проблема, у циљу повећања социјалне кохезије и развоја друштва, предвиђа између остало и радну интеграцију друштвено осетљивих група грађана. Ова категорија лица је одређена једном општом одредбом коју законодавац користи, предвиђајући да су то „групе грађана којима је потребна додатна системска подршка како би се могли равноправно укључити у животне токове заједнице“.³⁴ Оваква формулација има своје добре и лоше стране. На општи и свеобухватан начин указује на потребу

2022. године.

³⁰ Члан 2 став 1 Закона о удружењима (*Сл. гласник РС*, 51/09, 99/11 – др. закони, 44/18 – др. закон) предвиђа да удружења могу да обављају одређену делатност у циљу стицања добити.

³¹ Чл. 10-11 Закона о задругама (*Сл. гласник РС*, 112/15) предвиђено је оснивање социјалних задруга.

³² Члан 45 Закона о задужбинама и фондацијама (*Сл. гласник РС*, 88/10, 99/11 – др. закон, 44/18 – др. закон) прописује да задужбине и фондације могу обављати привредну делатност под условима предвиђеним овим законом.

³³ Коалиција за развој солидарне економије (КоРСЕ) је покренула иницијативу за формирање базе социјалних предузећа (*Koalicija za razvoj solidarne ekonomije – Baza socijalnih preduzeća* <https://solidarnaekonomija.rs/baza-socijalnih-preduzeca/> приступ: 29. 07. 2024.).

³⁴ Члан 3 став 1 тачка 3) Закона о социјалном предузетништву, *Сл. гласник РС*, 14/22

подршке оваквим друштвеним групама. Међутим, у пракси, креаторе јавних политика такво одређење може да доведе у дилему на који начин идентификовати те групе, тј. према коме применити конкретне норме. То из разлога што постоје одређени приоритети и специфичности за сваку од подгрупа друштвено осетљивих грађана, који их могу квалификовати за припадност тој групи.

Стратегија запошљавања у РС је као теже запошљива идентификовала лица у складу са чланом 31 став 4 Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености³⁵, при чему су посебно издвојени: жене, млади, старије становништво радног узраста (старости 50-64 године), дуго-рочно незапослени, особе са инвалидитетом и припадници ромске националне мањине. Закон о забрани дискриминације предвиђа да приликом примене посебних мера у циљу сузбијања дискриминације послодавци нарочито треба да имају у виду: особе са инвалидитетом, припаднике националних мањина, жене, мушкарце, особе другачије сексуалне оријентације и родног идентитета, старије особе и друга лица.³⁶ Такође, истим прописом је установљена обавеза за органе јавне власти³⁷ да приликом припреме новог прописа или документа јавне политике треба да врше њихову процену утицаја усаглашености са начелом једнакости у односу на ефекат који могу имати по социо-економски угрожена лица или групе лица.³⁸ Током спровођења процене утицаја треба имати у виду одредбу Уредбе о методологији управљања јавним политикама, анализи ефеката јавних политика и прописа и садржају појединачних докумената јавних политика која се односи на *анализу ефеката на друштво* и пратећи *Прилог 7* са питањима у којима су конкретно препознате друштвено осетљиве групе.³⁹

³⁵ Према члану 31 став 4 Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености (*Сл. гласник РС*, 36/09, 30/10 – др. закон, 88/10, 38/15, 113/17) као теже запошљив незапослени јесте незапослени који због здравственог стања, недовољног или неодговарајућег образовања, социодемографских карактеристика, регионалне или професионалне неусклађености понуде и тражње на тржишту рада, или других објективних околности теже налази запослење.

³⁶ Члан 14 став 3 Закона о забрани дискриминације, *Сл. гласник РС*, 22/09, 52/21

³⁷ Под органом јавне власти подразумева се државни орган, орган аутономне покрајине, орган јединице локалне самоуправе, јавно предузеће, установа, јавна агенција, друга организација, односно физичко лице којем је поверено вршење јавних овлашћења, као и правно лице које оснива или финансира у целини, односно у претежном делу, Република Србија, аутономна покрајина или локална самоуправа. (члан 2 став 1 тачка 4) Закона о забрани дискриминације, *Сл. гласник РС*, 22/09, 52/21)

³⁸ Члан 14 став 4 Закона о забрани дискриминације, *Сл. гласник РС*, 22/09, 52/21

³⁹ Члан 27 и Прилог 7 Уредбе о методологији управљања јавним политикама,

Битно је споменути и Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера којим је предвиђено да се програмом помоћи лицу после извршене казне затвора који оно добровољно прихвата, а који се примењује у циљу укључивања у живот на слободи, пружа подршка и помоћ приликом проналажења запослења, односно довршавања школовања или стручног оспособљавања.⁴⁰ Спровођење ове одредбе може пружити непосредну подршку развоју социјалног предузетништва као посебног облика постпеналне помоћи⁴¹ и запошљавања лица након извршења казне затвора која се такође суочавају са тешкоћама интеграције на тржиште рада.⁴² Такође, Законом о социјалној заштити је предвиђено да делатност у области социјалне заштите, односно поједине услуге социјалне заштите може пружати и удружење, предузетник, привредно друштво и други облик организовања утврђен законом, где ово последње ствара прилику за деловање социјалног предузетништва.⁴³

У погледу минималног броја запослених припадника друштвено осетљивих група у социјалном предузећу, ЗСП не садржи никакве одредбе. У том смислу се примењују одредбе Закона о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом којима је предвиђено да је обавеза сваког послодавца са најмање 20 запослених да има у радном односу одређени број особа са инвалидитетом. Послодавац који има од 20 до 49 запослених дужан је да запосли једну особу са инвалидитетом, а у случају 50 и више запослених дужан је да има у радном односу најмање две особе са инвалидитетом, и на сваких наредних започетих 50 запослених по једну особу са инвалидитетом.⁴⁴

ЗСП предвиђа спровођење мера активне подршке за оснивање и пословање субјеката социјалног предузетништва које се обезбеђују из буџета Републике Србије, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе,

анализи ефеката јавних политика и прописа и садржају појединачних докумената јавних политика, *Сл. гласник РС*, 8/19. Прилог 7 је као осетљиве друштвене групе препознао: сиромашне и социјално искључене појединце и групе, као што су особе са инвалидитетом, деца, млади, жене, старији преко 65 година, припадници ромске националне мањине, необразовани, незапослени, избегла и интерно расељена лица и становништво руралних средина и друге осетљиве друштвене групе.

⁴⁰ Члан 57 став 1 тачка 4) Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера, *Сл. гласник РС*, 55/14, 87/18

⁴¹ Више о Мрежи организација за постпеналну подршку Србије: <https://mopps.org.rs/>

⁴² Више о овој теми видети у раду: Михајловић, 2023: 153-168.

⁴³ Члан 17 став 1 Закона о социјалној заштити, *Сл. гласник РС*, 24/11, 117/22 - УС

⁴⁴ Члан 24 Закона о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом, *Сл. гласник РС*, 36/09, 32/13, 14/22 - др. закон

из поклона, донација и других законом предвиђених извора.⁴⁵ Други предвиђени извори могу бити и посебне кредитне линије које нуде банке социјалним предузећима.⁴⁶ Влада Републике Србије је усвојила Уредбу о условима, критеријумима и поступку за остваривање права на доделу средстава за подстицање развоја социјалног предузетништва.⁴⁷ Оперативни документ којим се планирају мере активне подршке субјектима социјалног предузетништва јесте програм развоја социјалног предузетништва, чије се доношење ускоро очекује. Иницијатива предлога овог програма потиче од Савета за социјално предузетништво који је Влада Републике Србије основала у мају месецу 2022. године.⁴⁸

4.2.1. Подстицајне мере за развој социјалног предузетништва

ЗСП као подстицајну меру за развој социјалног предузетништва прописује могућност остварења олакшица и ослобођења у складу са прописима којима се уређују порези, доприноси за обавезно социјално осигурање, накнада за коришћење јавних добара и друге врсте новчаних обавеза.⁴⁹ У наставку се даје анализа законских текстова у Републици Србији који садрже одредбе које се могу тумачити као основа за креирање подстицајног окружења за развој социјалног предузетништва.

О односу социјалног предузетништва и примене Закона о јавним набавкама значајна је одредба којом се предвиђа да у поступку јавне набавке наручилац додељује уговор економски најповољнијој понуди коју одређује и *на основу социјалних критеријума* повезаних са предметом уговора о јавној набавци.⁵⁰ Битна је и одредба о резервисаној јавној набавци по којој наручилац може да резервише право учешћа у поступку јавне набавке и за привредне субјекте чији је основни циљ

⁴⁵ Према члану 22 ЗСП-а, даном ступања на снагу овог закона престале су са важењем одредбе у члановима 28 и 34 у делу који се односи на социјално предузеће и организацију, као и члан 45 Закона о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом; као и одредбе тачке 2) Одлуке о отварању буџетског фонда за професионалну рехабилитацију и подстицање запошљавања особа са инвалидитетом (*Сл. гласник РС*, 36/10, 83/12, 46/13, 14/22 – др. закон).

⁴⁶ На пример, у Републици Србији ERSTE Bank нуди посебну кредитну линију за социјална предузећа у оквиру програма „Корак по корак“. Више о овоме видети: <https://www.erstebank.rs/sr/korak-po-korak> приступ: 29. 07. 2024.

⁴⁷ *Сл. гласник РС*, 18/24

⁴⁸ Одлука о оснивању Савета за социјално предузетништво, *Сл. гласник РС*, 59/22, 34/23, 55/23

⁴⁹ Члан 17 Закона о социјалном предузетништву, *Сл. гласник РС*, 14/22

⁵⁰ Члан 132 став 1 тачка 3) Закона о јавним набавкама, *Сл. гласник РС*, 91/19, 92/23

друштвена и професионална интеграција лица у неповољном положају који су организовани у складу са законом којим се уређује социјално предузетништво.⁵¹ Под лицима у неповољном положају подразумевају се теже запошљива лица, радно способна лица која остварују права или услуге у складу са прописима о социјалној заштити и остала теже запошљива лица из посебно осетљивих категорија.⁵² Најмање 50% запослених лица у тим привредним субјектима морају да чине особе с инвалидитетом или лица у неповољном положају.⁵³ Оваквом одредбом се свакако подстиче привредна активност социјалних предузећа и доприноси се одрживости њиховог пословања, за шта је битна и видљивост њихових производа и услуга које могу понудити на тржишту.⁵⁴

У погледу пореских подстицаја који пружају допринос развоју социјалног предузетништва, предвиђено је да се као расход у пореском билансу обвезника признају издаци у збирном износу највише до 5% од укупног прихода за: здравствене, образовне, научне, хуманитарне, верске и спортске намене, заштиту животне средине, као и давања учињена установама, односно пружаоцима услуга социјалне заштите основаним у складу са законом који уређује социјалну заштиту, хуманитарну помоћ, односно отклањање последица насталих у случају ванредне ситуације, који су учињени Републици Србији, аутономној покрајини, односно јединици локалне самоуправе.⁵⁵ Такође, као порески подстицај предвиђено је ослобођење од плаћања пореза на добит правних лица према предузећу за радно оспособљавање, професионалну рехабилитацију и запошљавање особа са инвалидитетом, сразмерно учешћу тих лица у укупном броју запослених.⁵⁶

⁵¹ Члан 37 став 1 тачка 2) Закона о јавним набавкама, *Сл. гласник РС*, 91/19, 92/23

⁵² Члан 37 став 2 Закона о јавним набавкама, *Сл. гласник РС*, 91/19, 92/23

⁵³ Члан 37 став 4 Закона о јавним набавкама, *Сл. гласник РС*, 91/19, 92/23

⁵⁴ На пример, Привредна комора Србије је током 2022. године припремила каталог социјалних предузећа и њихових производа чиме је свакако допринела њиховој већој видљивости на тржишту. (*Објављен онлајн каталог социјалних предузећа*, 06. 12. 2022. <https://pks.rs/vesti/objavljen-onlajn-katalog-socijalnih-preduzeca-7540> приступ: 29. 07. 2024; *Katalog proizvoda socijalnih preduzeća* <https://api.pks.rs/storage/assets/Katalog%20proizvoda%20socijalnih%20preduzeća%4%87a.pdf> приступ: 29. 07. 2024.)

⁵⁵ Члан 15 став 1 тач. 1) – 2) Закона о порезу на добит правних лица, *Сл. гласник РС*, 25/01, 80/02 – др. закон, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10, 101/11, 119/12, 47/13, 108/13, 68/14 – др. закон, 142/14, 91/15 – Аутентично тумачење, 112/15, 113/17, 95/18, 86/19, 153/20, 118/21

⁵⁶ Члан 46 Закона о порезу на добит правних лица, *Сл. гласник РС*, 25/01, 80/02 – др. закон, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10, 101/11, 119/12, 47/13, 108/13, 68/14 – др. закон, 142/14, 91/15 – Аутентично тумачење, 112/15, 113/17, 95/18, 86/19, 153/20, 118/21

Закон о порезима на имовину је прописао да порез на поклон неће платити прималац донације (а то може бити и социјално предузеће) по међународном уговору који је закључила Република Србија, када је тим уговором уређено да се на добијен новац, ствари или права, неће плаћати порез на поклон.⁵⁷ Такође, предвиђено је да фондација, задужбина и удружење неће плаћати порез на имовину коју су наследили или им је поклоњена, под условом да искључиво служи намени за коју су основани.⁵⁸

С обзиром на то да се као извори финансирања социјалних предузећа јављају донације, према Закону о порезу на додату вредност предвиђено је да се ПДВ не плаћа на увоз добара која се увозе на основу уговора о донацији, односно као хуманитарна помоћ у складу са законом којим се уређују донације, односно хуманитарна помоћ.⁵⁹ Посебан подстицај у виду пореских олакшица приликом запошљавања новозапослених лица, приправника и особа са инвалидитетом прописао је Закон о порезу на доходак грађана, при чему ова правила важе и за социјална предузећа.⁶⁰ Царинским законом је предвиђено ослобођење од плаћања увозних дажбина за одређене робе из иностранства које могу бити од значаја за функционисање социјалних предузећа.⁶¹

5. Закључак

Социјално предузетништво као иновативни начин пословања има двоструку функцију, с једне стране економску, јер функционише по тржишним принципима и остварује профит, а с друге стране социјалну, јер је мисија његовог пословања примарно усмерена ка решавању одређених

⁵⁷ Члан 21 став 1 тачка 12) Закона о порезима на имовину, *Сл. гласник РС*, 26/01, 45/02 – СУС, 80/02 – др. закон, 80/02, 135/04, 61/07, 5/09, 101/10, 24/11, 78/11, 57/12 – УС, 47/13, 68/14 – др. закон, 95/18, 99/18 – УС, 86/19, 144/20, 118/21, 138/22, 92/23

⁵⁸ Члан 21 став 1 тач. 5) – 5а) Закона о порезима на имовину, *Сл. гласник РС*, 26/01, 45/02 – СУС, 80/02 – др. закон, 80/02, 135/04, 61/07, 5/09, 101/10, 24/11, 78/11, 57/12 – УС, 47/13, 68/14 – др. закон, 95/18, 99/18 – УС, 86/19, 144/20, 118/21, 138/22, 92/23

⁵⁹ Члан 26 став 1 тачка 1а) Закона о порезу на додату вредност, *Сл. гласник РС*, 84/04, 86/04 – исправка, 61/05, 61/07, 93/12, 108/13, 68/14 – др. закон, 142/14, 83/15, 108/16, 113/17, 30/18, 72/19, 153/20, 138/22

⁶⁰ Чл. 21, 21в – 21и Закона о порезу на доходак грађана, *Сл. гласник РС*, 24/01, 80/02, 80/02 – др. закон, 135/04, 62/06, 65/06 – исправка, 31/09, 44/09, 18/10, 50/11, 91/11 – УС, 93/12, 114/12 – УС, 47/13, 48/13 – исправка, 108/13, 57/14, 68/14 – др. закон, 112/15, 113/17, 95/18, 86/19, 153/20, 44/21, 118/21, 138/22, 92/23

⁶¹ Члан 246 Царинског закона, *Сл. гласник РС*, 95/18, 91/19 – др. закон, 144/20, 118/21, 138/22

друштвених тешкоћа. Као једно од њих јесте и сузбијање дискриминације на тржишту рада и могућност лакше интеграције на тржиште теже запошљивих група лица.

Идеја о деловању социјалних предузећа није новијег датума у Републици Србији, иако је ЗСП, као први у овој области, усвојен и почео са применом током 2022. године. Социјална предузећа у различитим формама постоје у Републици Србији и функционишу као привредни субјекти, самостални предузетници и као организације цивилног сектора. То је препознао и ЗСП тиме што је прописао да ови субјекти могу да стекну форму социјалног предузетништва под конкретним условима, а да и даље задрже претходну форму пословања у којој су радили. ЗСП као један од примарних циљева деловања поставља фокус на радну интеграцију припадника друштвено осетљивих група.

Упоредноправни преглед прописа у области социјалног предузетништва у државама Западног Балкана показује два приступа идентификацији друштвено осетљивих група, први, где се набрајају конкретне групе лица, и, други, где спада и ЗСП, у коме се употребљава општа формулација. Иако такав општи стил формулисања норме има предност јер је свеобухватан, исто тако може збунити доносиоце одлука која лица ту спадају. Из тог разлога, анализом релевантних домаћих прописа, идентификовано је о којим друштвено осетљивим групама је реч и на које треба обратити посебну пажњу приликом реализације подстицајних мера за развој социјалног предузетништва. Као посебне подстицајне мере, законодавац уводи олакшице и ослобођења од намета у пословању, те је дат преглед релевантног законодавства чије одредбе треба консултовати приликом прибављања материјалних средстава за функционисање ових предузећа. Програм развоја социјалног предузетништва, као кључни документ јавне политике у овој области, конкретизоваће мере подршке и допринети њиховој примени у пракси.

Као посебан недостатак у систему социјалног предузетништва треба истаћи то да нема релевантних статистика које би омогућиле свеукупно праћење развоја социјалног предузетништва и запошљавања друштвено осетљивих група у овом сектору. Оно што је охрабрујуће јесте да традиција социјалног предузетништва у Републици Србији постоји, те се може очекивати да ће садашњи формалноправни оквир дати нову снагу овом сектору и допринети већој видљивости друштвено осетљивих група на тржишту рада. Из тог разлога је потребно будућим емпиријским истраживањима „на терену“ проверити ефекте овог закона. Такође, треба проверити и да ли је примена ЗСП-а реализована

у синергијском дејству са другим прописима, попут оног који се тиче могућности примене социјалног предузетништва као посебног облика постпеналне помоћи.

Литература

Becker, S. G. (1971). *The Economics of Discrimination*. London: The University of Chicago Press, Ltd. (Printed in Great Britain by Amazon).

Berson, C. (2016). Local labor markets and taste-based discrimination. *IZA Journal of Labor Economics*. 5(5). 1-29. <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/152369/1/858199319.pdf> приступ: 28. 07. 2024.

Bobić, A. Rakin, D. (2016). *Društveno, korisno, održivo – Kako osnovati socijalno preduzeće u Srbiji*. Beograd: Evropski pokret u Srbiji. <https://catalystbalkans.org/DownloadFile.axd?strategy=contentitemdocument&fileName=f04135ad-c00c-4460-92b6-e2f866c27e44.pdf> приступ: 19. 07. 2024.

Bonoli, G. Hinrichs, K. (2012). Statistical discrimination and employers' recruitment. *European Societies*. 14(3). 338-361.

CEVES (2014). *Preduzetništvo u Srbiji – nužda ili prilika?*, Centar za visoke ekonomske studije (CEVES), Beograd. <https://ceves.org.rs/wp-content/uploads/2014/02/Preduzetnistvo-u-Srbiji.pdf> приступ: 19. 07. 2024.

Coyne, J. C. Isaacs, P. J. Schwartz, T. J. (2010). Entrepreneurship and the taste for discrimination. *Journal of Evolutionary Economics*, 20(4). 609-627.

EESC (2017). *Recent evolutions of the Social Economy in the European Union*, Brussel: European Economic and Social Committee. <https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/files/qe-04-17-875-en-n.pdf> приступ: 20. 07. 2024.

Fujiki, C. (2007). Workers' collectives in Japan as social enterprises. In Jeantet, T. Poulnot, P. J. (Eds.). *The social economy – A global alternative*. Gennevilliers: Association Les Rencontres du Mont-Blanc. 253-268. https://docs.eclm.fr/pdf_annexe/socialEconomy.pdf приступ: 20. 07. 2024.

Guryan, J. Charles, K. K. (2013). Taste-based or statistical discrimination: the economics of discrimination returns to its roots. *The Economic Journal*. 123(572). F417-F432.

Hemels, S. (2023). Social Enterprises and Tax: Living Apart Together? In Peter, H. Vasserot Vargas, C. Silva Alcalde, J. (Eds.). *The International Handbook of Social Enterprise Law – Benefit Corporations and Other Purpose-Driven*

Companies. Cham: Springer Nature Switzerland AG. 77-100. <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-031-14216-1> приступ: 20. 07. 2024.

Hojnik Bradač, B. (2020). Overview of Social Entrepreneurship Development in Slovenia. *Transylvanian Review of Administrative Sciences*. 60E. 5-21; <https://www.mdri.org/public/documents/upload/zaposljavanje/Informator%20o%20zapo%C5%A1ljavanju%20osoba%20sa%20invaliditetom%20kroz%20socijalno%20preduzetni%C5%A1tvo.pdf> приступ: 19. 07. 2024.

Ivănescu, I. Gheorghe, M. C. Sztruten, G. G. (2013). Social Entrepreneurship in EU Region. In Glăvan, B. (Ed.). *Romanian Economic and Business Review – Special issue*. 1. 416-426.

Jerinić, J. (2015). *Politike i mehanizmi podrške socijalnim preduzećima u Evropi*. Beograd: Smart kolektiv; <https://smarkolektiv.org/wp-content/uploads/2020/09/SP-Istrazivanje2015-PRINT.pdf> приступ: 19. 07. 2024.

Jetmar, M. (2013). Social Entrepreneurship: Challenge not only for Developing Countries but also for the EU. *CBU International Conference Proceedings*. 1. 41-49.

Krstić, N. (2014). Socijalno preduzetništvo. *Bankarstvo*. 1. 126-139.

Macura, R. (2016). Pojam karakteristike socijalnog preduzetništva. U Markuš, R. (Ur.). *Socijalno preduzetništvo – teorija i praksa*. Prijedor: Udruženje građana "Svjetonik", Banja Luka: Agencija za saradnju, edukaciju i razvoj – ACED, Sarajevo: GOPA mbH, Predstavništvo u BiH, Banja Luka: Banja Luka College – BLC. 12-45. https://www.blc.edu.ba/wp-content/uploads/2016/12/Zbornik-radova_Socijalno-preduzetnistvo.pdf приступ: 20. 07. 2024.

Mihajlović, A. (2023). Značaj socijalnog preduzetništva za radnu integraciju osuđenih lica. *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*. 42(2-3). 153-168.

Mijatović, B. Paunović, M. Kovačević, V. (2012). *Socijalno preduzetništvo u Srbiji*. Beograd: Centar za liberalno-demokratske studije. https://www.clds.rs/newsite/Socijalno_preduzetnistvo.pdf приступ: 19. 07. 2024.

Miljević, D. (2016). *Stanje i perspektive razvoja socijalnog preduzetništva u Republici Srpskoj*. Banja Luka: Udruženje za promociju kontrolinga ICV. https://www.icvbih.org/dokumenti/doc_studija_2016.pdf приступ: 20. 07. 2024.

Mojašević, S. A. (2021). *Primena bihevorističkih nalaza u javnim politikama*. Beograd: Dosije studio. Niš: Univerzitet u Nišu. Beograd: SeCons – grupa za razvojnu inicijativu.

Nikolić, Lj. Mojašević, S. A. (2022). *Ekonomija za pravnike*. Niš: Medivest KT.

OECD (1999). *Social Enterprises*. Paris: Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) 1999; https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/1999/11/social-enterprises_g1ghg2bd/9789264182332-en.pdf приступ: 20. 07. 2024.

Petrušić, N., Beker, K. (2012). *Praktikum za zaštitu od diskriminacije*. Beograd: Partneri za demokratske promene Srbija, Centar za alternativno rešavanje sukoba.

OECD (2013). *Policy Brief on Social Entrepreneurship – Entrepreneurial Activities in Europe*. Luxembourg: EU Publications Office; <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/13d53589-en.pdf?expires=1721486654&id=id&accname=guest&checksum=B0F5D6DDC9B2E2BBCADC0DD71E830263> приступ: 20. 07. 2024.

Reynaud, M. J. (2007). The social economy: An alternative to free-market violence. In Jeantet, T. Poulnot, P. J. (Eds.). *The social economy – A global alternative*. Gennevilliers: Association Les Rencontres du Mont-Blanc. 246-252. https://docs.eclm.fr/pdf_annexe/socialEconomy.pdf приступ: 20. 07. 2024.

Šimoković, L. Gvozdrenović, I. Milovanović Ćirić. D. (2011). *Informator o zapošljavanju osoba sa invaliditetom kroz socijalno preduzetništvo*. Beograd: Inicijativa za prava osoba sa mentalnim invaliditetom MDRI-S.

Terziev, V. Bencheva, N. Stoeva, T. Georgiev, M. (2020). Developing Social Entrepreneurship in the EU: A Cross-Country Analysis. *IJASOS- International E-Journal of Advances in Social Sciences*. VI(16). 37-44.

Varga, E. Hayday, M. (2016). *A recipe book for social finance – A practical guide on designing and implementing initiatives to develop social finance instruments and markets*. Luxembourg: Publications Office of the European Union. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/f1b8099b-fd4c-11e5-b713-01aa75ed71a1/language-en> приступ: 20. 07. 2024.

Vuković, S. (2017). *Društvenim preduzetništvom do dobre ekonomije*. Nikšić: Fondacija za razvoj sjevera Crne Gore. https://forsmontenegro.org/wp-content/uploads/2018/01/1.-Drustveno_preduzetnistvo.pdf приступ: 19. 07. 2024.

Wevers, T. H. Voinea, L. C. de Langen, F. (2020). Social Entrepreneurship as a Form of Cross-Border Cooperation: Complementarity in EU Border Regions.

Sustainability. 12(20). 1-23. <https://www.mdpi.com/2071-1050/12/20> приступ: 20. 07. 2024.

Zainea, L. N. Toma, S. G. Marinescu, P. Chitimiea, A. (2020). Combating Unemployment through Social Entrepreneurship in the European Context. *Business Ethics and Leadership*. 4(4). 85-98.

Беговић, Б. Лабус, М. Јовановић, А. (2014). *Економија за правнике*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање.

Вукмировић, Д. Милојић, А. Ђирић, Р. Будимир, Ј. Деспић, Т. Јелић, С. Стевовић, М. Смолчић, М. Карамарковић, С. Павловић, М. Чомић, Т. Цвејић, С. Воларевић, С. Ђирић, Д. (2014). *Економски утицај социјалних предузећа у Републици Србији*. Београд: Републички завод за статистику. https://socijalnoukljucivanje.gov.rs/wp-content/uploads/2014/06/ekonomski_uticaj_socijalnih_preduzeca_u_srbiji_RZS.pdf приступ: 19. 07. 2024.

Митровић, Ј. Митровић, В. (2019). Развој социјалног предузетништва и перспектива његове даље афирмације у свеопштем развоју Србије. *Анали Економског факултета у Суботици*. 55(42). 81-97.

Царић, С. М. Ђирић, Р. М. (2018). Истраживање јавног мњења о положају вулнерабилних друштвених група и могућности развоја социјалног предузетништва у Србији. *Култура полуса*. XV. 395-406.

Интернет извори

Katalog proizvoda socijalnih preduzeća <https://api.pks.rs/storage/assets/Katalog%20proizvoda%20socijalnih%20preduze%20C4%87a.pdf> приступ: 29. 07. 2024.

Koalicija za razvoj solidarne ekonomije – Baza socijalnih preduzeća <https://solidarnaekonomija.rs/baza-socijalnih-preduzeca/> приступ: 29. 07. 2024.

„Korak po korak“ <https://www.erstebank.rs/sr/korak-po-korak> приступ: 29. 07. 2024.

Мрежа организација за постпеналну подршку Србије (MOPPS) <https://mopps.org.rs/> приступ: 29. 07. 2024.

„LICEULICE“ <https://liceulice.org/> приступ: 12. 08. 2024.

Објављен онлајн каталог социјалних предузећа, 06. 12. 2022. <https://pks.rs/vesti/objavljen-onlajn-katalog-socijalnih-preduzeca-7540> приступ: 29. 07. 2024

Registracija socijalnih preduzeća preduslov za podršku države. NALED. 11. 03. 2024. <https://naled.rs/vest-registracija-socijalnih-preduzeca-preduslov-za-podrsku-drzave-8776> приступ: 29. 07. 2024.

Прописи

Устава Републике Србије. *Службени Гласник РС.* Бр. 98. 2006, 115. 2021. - Амандмани I-XXIX. 16. 2022.

Закон о забрани дискриминације. *Службени гласник РС.* Бр. 22. 2009. 52. 2021.

Закон о раду. *Службени гласник РС.* Бр. 24. 2005. 61. 2005. 54. 2009. 32. 2013. 75. 2014. 13. 2017. – УС. 113. 2017. 95. 2018 - Аутентично тумачење.

Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом. *Службени гласник РС.* Бр. 36. 2009. 32. 2013. 14. 2022. - др. закон.

Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености. *Службени гласник РС.* Бр. 36. 2009. 30. 2010. – др. закон. 88. 2010. 38. 2015. 113. 2017.

Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом. *Службени гласник РС.* Бр. 33. 2006. 13. 2016.

Закон о спорту. *Службени гласник РС.* Бр. 10. 2016.

Закон о удружењима. *Службени гласник РС.* Бр. 51. 2009. 99. 2011. – др. закони. 44. 2018. – др. закон.

Закон о задругама. *Службени гласник РС.* Бр. 112. 2015.

Закон о задужбинама и фондацијама. *Службени гласник РС.* Бр. 88. 2010. 99. 2011. – др. закон. 44. 2018. – др. закон.

Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера. *Службени гласник РС.* Бр. 55. 2014. 87. 2018.

Закон о социјалној заштити. *Службени гласник РС.* Бр. 24. 2011. 117. 2022. – УС

Закон о јавним набавкама. *Службени гласник РС.* Бр. 91. 2019. 92. 2023.

Закон о порезу на добит правних лица. *Службени гласник РС.* Бр. 25. 2001. 80. 2002. – др. закон. 80. 2002. 43. 2003. 84. 2004. 18. 2010. 101. 2011. 119. 2012. 47. 2013. 108. 2013. 68. 2014. – др. закон. 142. 2014. 91. 2015. – Аутентично тумачење. 112. 2015. 113. 2017. 95. 2018. 86. 2019. 153. 2020. 118. 2021.

Закон о порезима на имовину. *Службени гласник РС*. Бр. 26. 2001. 45. 2002. – СУС. 80. 2002. – др. закон. 80. 2002. 135. 2004. 61. 2007. 5. 2009. 101. 2010. 24. 2011. 78. 2011. 57. 2012. – УС. 47. 2013. 68. 2014. – др. закон. 95. 2018. 99. 2018. – УС. 86. 2019. 144. 2020. 118. 2021. 138. 2022. 92. 2023.

Закон о порезу на додату вредност. *Службени гласник РС*. Бр. 84. 2004. 86. 2004. – исправка. 61. 2005. 61. 2007. 93. 2012. 108. 2013. 68. 2014. – др. закон. 142. 2014. 83. 2015. 108. 2016. 113. 2017. 30. 2018. 72. 2019. 153. 2020. 138. 2022.

Закон о порезу на доходак грађана. *Службени гласник РС*. Бр. 24. 2001. 80. 2002. 80. 2002. – др. закон. 135. 2004. 62. 2006. 65. 2006. – исправка. 31. 2009. 44. 2009. 18. 2010. 50. 2011. 91. 2011. – УС. 93. 2012. 114. 2012. – УС. 47. 2013. 48. 2013. – исправка. 108. 2013. 57. 2014. 68. 2014. – др. закон. 112. 2015. 113. 2017. 95. 2018. 86. 2019. 153. 2020. 44. 2021. 118. 2021. 138. 2022. 92. 2023.

Царински закон. *Службени гласник РС*. Бр. 95. 2018. 91. 2019. – др. закон. 144. 2020. 118. 2021. 138. 2022.

Zakon o socialnem podjetništvu. *Uradni list RS*. Št. 20. 2011., 90. 2014 – ZDU-11 in 1. 2018. <https://pisrs.si/pregledPredpisa?id=ZAKO6175> приступ: 24. 07. 2024.

Ligj për ndërmarrjet sociale në Republikën e Shqipërisë. Nr. 65. 2016. <https://www.kmd.al/wp-content/uploads/2021/05/11.pdf> https://base.socioeco.org/docs/law.65_2016_for_social_enterprises.pdf приступ: 22. 07. 2024.

Закон о друштвеном предузетништву Републике Српске. *Службени гласник Републике Српске*. Бр. 111. 2021.

Закон о социјалном предузетништву. *Службени гласник РС*. Бр. 14. 2022.

Закон о социјалном предузетништву Брчко дистрикта Босне и Херцеговине. *Службени гласник Брчко дистрикта Босне и Херцеговине*. Бр. 01Н03-2022

Public Services (Social Value) Act 2012 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/3/2020-12-31> приступ: 20. 07. 2024.

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Social Business Initiative Creating a favorable climate for social enterprises, key stakeholders in the social economy and innovation, Brussels, 25. 10. 2011, COM(2011) 682 final <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0682> приступ: 20. 07. 2024.

Уредба о методологији управљања јавним политикама, анализи ефеката јавних политика и прописа и садржају појединачних докумената јавних политика. *Службени гласник РС*. Бр. 8. 2019.

Уредбу о условима, критеријумима и поступку за остваривање права на доделу средстава за подстицање развоја социјалног предузетништва. *Службени гласник РС*. Бр. 18. 2024.

Стратегија запошљавања у Републици Србији за период од 2021. до 2026. године. *Службени гласник РС*. Бр. 18. 2021. 36. 2021. - исправка

Одлука о оснивању Савета за социјално предузетништво. *Службени гласник РС*. Бр. 5. 2022. 34. 2023. 55. 2023.

Одлука о отварању буџетског фонда за професионалну рехабилитацију и запошљавања особа са инвалидитетом. *Службени гласник РС*. Бр. 36. 2010. 83. 2012. 46. 2013. 14. 2022. – др. закон

Aleksandar Mihajlović, LL.M.,
Research Assistant,
Institute of Comparative Law, Belgrade

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

**THE ROLE OF SOCIAL ENTREPRENEURSHIP IN COMBATING
DISCRIMINATION ON THE LABOR MARKET IN THE REPUBLIC OF SERBIA**

Abstract

Social entrepreneurship is a form of business in which the acquisition of profit per se is not the primary goal of an entrepreneur who performs an activity of general interest but the solution for resolving specific social difficulties faced by a certain social group that is at increased risk of discrimination and social exclusion. The subject matter of this paper is social entrepreneurship, as a special form of economic activity aimed at tackling discrimination against vulnerable social groups on the labor market. The aim of the research is to identify different types of incentives for the development of social entrepreneurship that the legislator has envisaged in order to improve the position of socially disadvantaged social groups on the labor market in the Republic of Serbia. In addition to explaining the concept of social entrepreneurship, the authors provide a comparative law analysis on the recognition of vulnerable social groups in subject-specific legislative acts in the the Western Balkans countries, and present economic models of discrimination on the labor market. In the last part of the paper, the authors analyze the current state of affairs in the implementation of the Social Entrepreneurship Act in the Republic of Serbia and different incentives for the employment of members of marginalized social groups. Normative, comparative and descriptive methods will be applied in the article.

Keywords: *social entrepreneurship, social enterprise, socially sensitive groups, statistical discrimination, Becker's model of discrimination (taste-based discrimination), labor market.*

Мр Љубомир Тинтор,¹
Истраживач сарадник,
Институт за упоредно право, Београд

Др Александра Рабреновић,²
Виши научни сарадник,
Институт за упоредно право, Београд

UDK: 347.155-056.24/29

UDK: 340.142:341.6(4)

UDK: 342.7-056.24/29

DOI: 10.5281/zenodo.14423121

Оригиналан научни чланак

Примљен: 01. 10. 2024.

Прихваћен: 20. 11. 2024.

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ КАО ОСНОВА ЗА КВАЛИТЕТАН ЖИВОТ ОСОБА СА ИНВАЛИДИТЕТОМ: МЕЂУНАРОДНИ ИНСТРУМЕНТИ И ПРАКСА ЕВРОПскоГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА³

Апстракт: Циљ рада је да пружи увид у стандарде које поставља Конвенција Уједињених нација о правима особа са инвалидитетом у области пословне способности, као основе за квалитетан живот особа са инвалидитетом. Рад такође анализира и супротстављена теоријска схватања права на пословну способност које је гарантовано чланом 12. Конвенције и Општим коментаром бр. 1 Конвенције. Поред тога, у раду се употребом нормативно правног и социолошког метода анализира пракса Европског суда за људска права и идентификују кључни проблеми са којима се суочавају особе са инвалидитетом у вези са лишењем пословне способности у европским земљама. Аутори закључују да је за промену парадигме од "заменског одлучивања" на "одлучивање уз подршку" које гарантују међународни инструменти потребно радити не само на успостављању адекватног правног оквира држава потписница Конвенције, већ и ангажовати стручњаке и користити савремене облике асистивних технологија који ће подржати особе са интелектуалним и психосоцијалним тешкоћама у процесу доношења одлука. Поред тога, да би одлучивање уз подршку за особе са инвалидитетом постало реалност, потребно је створити

¹lj.tintor@iup.rs . ORCID 0009-0005-7565-154X

²a.rabrenovic@iup.rs, ORCID 0002-1159-9421.

³Рад је настао у оквиру научноистраживачког рада Института за упоредно право који финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије према Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2024. години (евиденциони број: 451-03-66/2024-03/200049 од 5. 2. 2024).

друштвено окружење у коме ће право особа са инвалидитетом да сами управљају сопственим животом бити суштински подржано и поштовано.

Кључне речи: *пословна способност, особе са инвалидитетом, Конвенција Уједињених нација о правима особа са инвалидитетом*

1. Увод

Лишење пословне способности једно је од најосетљивијих и најконтроверзнијих питања за обезбеђење квалитета живота особа са инвалидитетом, јер задире у темељна права и слободе појединца, укључујући право на лични избор и право на достојанствен живот (Шкорић, 2020: 28; *Arstein-Kerslake, Flynn, 2015: 471*). Најновији подаци Светске здравствене организације показују да 1,3 милијарде људи (16% светске популације) има неку врсту инвалидитета (СЗО, 2024), од чега велики број чине особе са интелектуалним и/или психосоцијалним инвалидитетом, које су, понекад доживотно, лишене пословне способности и стављене под старатељство сродника или установа социјалне заштите (*Bartlett, Lewis, Thorold 2007: 155*).

Лишавањем пословне способности особа са инвалидитетом, посебно особа са интелектуалним или психосоцијалним тешкоћама, ограничава се њихова способност да самостално доносе одлуке које се односе на њихов свакодневни живот, здравље, финансије и социјалне интеракције (*Flynn, Arstein-Kerslake, 2014: 124-125*). Ова пракса, чак и када се оправдава бригом о особи, може водити до потпуног уклањања могућности да те особе управљају својим животима и учествују у друштвеном и политичком животу, као и до злоупотреба и озбиљног нарушавања људских права особа којима је пословна способност одузета (Шкорић, 2020: 28). Особа лишена пословне способности не може бира где ће и са ким живети, да склапа уговоре, нема право гласа на изборима, па чак ни да доноси одлуке у вези са сопственим здрављем, као што је пристајак на медицински третман (Јовић Прлаиновић, 2020: 92). Многе особе које су лишене пословне способности бивају институционализоване, чиме се додатно удаљавају од друштвене заједнице, што додатно маргинализује ову рањиву групу (Марковић, 2016: 96). У истраживачком смислу, тема лишења пословне способности особа са инвалидитетом представља сложено питање које се налази на пресеку права, социјалне политике, етике и економије.

У последње две деценије, инструменти међународног права, посебно Конвенција Уједињених нација о правима особа са инвалидитетом (2006), постају један од кључних средстава заштите особа са инвалидитетом и промовисање њиховог статуса као равноправних чланова друштва. Конвенција гарантује особама са инвалидитетом да имају једнак квалитет живота као и особе које немају инвалидитет (Јовић Прлаиновић, 2020, Грабовска *et al*, 2022). Поред тога, на европском континенту, важна је и улога Савета Европе и Европског суда за људска права у заштити од лишавања пословне способности особа са инвалидитетом.

Основни циљ овог чланка је да пружи увид у стандарде које поставља Конвенција Уједињених нација о правима особа са инвалидитетом у области пословне способности у члану 12 Конвенције и Општи коментар бр. 1 Конвенције о једнаком правном третирању. У чланку се такође анализира академска литература која се односе на члан 12. Конвенције о правима особа са инвалидитетом. Поред тога циљ рада је и да кроз анализу праксе Европског суда за људска права идентификује кључне проблеме са којима се суочавају особе са инвалидитетом у вези са лишењем пословне способности, као и стандарде које Суд примењује у тим случајевима. У закључном делу, аутори ће покушати да пруже одговоре на који начин се могу применити међународни правни стандарди везани за очување пословне способности особа са инвалидитетом, посебно особа са интелектуалним и психосоцијалним тешкоћама, у циљу суштинског побољшања квалитета њиховог живота.

2. Стандарди Конвенције Уједињених нација о правима особа са инвалидитетом у погледу пословне способности

Конвенција о правима особа са инвалидитетом представља револуционарни документ у погледу заштите права особа са инвалидитетом, који поставља стандарде усмерене ка унапређењу њиховог правног статуса и интеграције у друштво, укључујући и питање њихове пословне способности.⁴ Члан 12. Конвенције наглашава да све особе са инвалидитетом имају право на једнако третирање пред законом и једнаку правну способност са другим особама,⁵ чиме се експлицитно одбацује традиционални приступ лишавања пословне способности. Ово значи да инвалидитет не сме бити основ за ограничавање пословне способности, већ да се права ових особа морају третирати на исти начин као права било које друге особе.

⁴Уједињене нације, Конвенција о правима особа са инвалидитетом усвојена на 61. заседању Генералне скупштине Уједињених нација, на седници од 13. децембра 2006.

⁵Члан 12, ст. 1 и 2 Конвенције Уједињених нација о правима особа са инвалидитетом.

Конвенција о правима особа са инвалидитетом у члану 12 не само да забрањује аутоматско лишавање пословне способности, већ и налаже државама потписницама да пруже одговарајућу подршку особама са инвалидитетом у доношењу одлука. Ова подршка треба да буде заснована на принципу пропорционалности, што значи да би требала да буде пропорционална индивидуалним потребама и да поштује жеље и преференције особе, омогућавајући јој максималну могућу контролу над сопственим животом.⁶ Такође, захтева се да свака подршка у одлучивању буде обезбеђена на начин који штити особу од злоупотребе и поштовање њеног достојанства. Ово подразумева постављање заштитних механизма којима би се обезбедило да подржано одлучивање не води до експлоатације или нарушавања права особе са инвалидитетом.⁷

Општи коментар бр. 1 Комитета за права особа са инвалидитетом нуди темељно тумачење члана 12 Конвенције о правима особа са инвалидитетом, уз инсистирање на једнакости у правној способности као универзалном праву које се односи на све особе са инвалидитетом. У Коментару се најпре прави разлика између правне способности, као способности да се буде носилац права и обавеза (*legal standing*) и пословне способности, која укључује да особа може да утиче на своја права и обавезе, тј. да доноси одлуке које су правно обавезујуће (*legal agency*) и објашњава да пословна способност (*legal capacity*) укључује и правну и пословну способност.⁸ Ово је важно у контексту превазилажења традиционалних приступа где се особама са инвалидитетом, посебно интелектуалним и психосоцијалним тешкоћама признаје правна, али не и пословна способност.

У Коментару се инсистира да ментална (когнитивна) способност, која варира од особе до особе, не сме бити основ за одузимање пословне способности. Комитет констатује да су у многим државама концепти менталне и правне способности узрочно-последично везани, тако да када се сматра да особа има нарушене способности доношења одлука (често због когнитивног или психосоцијалног инвалидитета), последично се она лишава правне способности. О лишавању пословне способности одлучује се или на основу дијагнозе инвалидитета (приступ статуса), или када особа донесе одлуку за коју се сматра да има негативне последице (приступ исхода), или када се вештине доношења

⁶Члан 12, став 4 Конвенције Уједињених нација о правима особа са инвалидитетом.

⁷*Ibid.*

⁸Комитет за права особа са инвалидитетом, Општи коментар бр. 1 (2014): Члан 12: Равноправност пред законом, усвојен 11. априла 2014, параграф 12.

одлука сматрају мањкавим (функционални приступ).⁹ У свим овим приступима, инвалидитет и/или способност доношења одлука узимају се као легитимни основ за ускраћивање права на пословну способност, чиме се особе са инвалидитетом дискриминишу у односу на особе без инвалидитета у погледу једнаког приступа закону.¹⁰

Кључна новина јесте прелазак са приступа заснованог на „заменском одлучивању” на приступ заснован на одлучивању уз подршку.¹¹ Традиционално заступање подразумевало је да се особе са инвалидитетом лишавају правне способности, што је, према Комитету Уједињених нација, кршење основних људских права јер су им ускраћивани аутономија и право да бирају како ће водити своје животе. Концепт подржаног одлучивања, с друге стране, ставља у фокус индивидуалну вољу и жеље особе са инвалидитетом, омогућавајући јој да задржи контролу над сопственим одлукама уз одговарајућу подршку. Овај принцип трансформише традиционално схватање пословне способности и у правну и у етичку категорију, јер подршка није само правна обавеза државе, већ и средство за очување достојанства, интегритета и аутономије особа са инвалидитетом.¹²

У Коментару се не даје јединствена дефиниција подршке при одлучивању. Чини се да је Комитет намерно избегао униформну дефиницију како би нагласио потребу да подршка треба да буде прилагођена индивидуалним потребама. Наиме, особе са инвалидитетом, нарочито оне са интелектуалним и психосоцијалним инвалидитетом, имају специфичне и разнолике потребе за подршком које је тешко уоквирити једним моделом. Комитет тиме препознаје да подршка треба бити прилагодљива, пружајући индивидуалне планове подршке у зависности од конкретних животних околности особе, културних норми и друштвених могућности.¹³

⁹ *Ibid*, параграф 13.

¹⁰ *Ibid*.

¹¹ На пример, модел подржаног одлучивања нуди алат који омогућава особама са инвалидитетом да доносе правно обавезујуће одлуке уз асистенцију, али без замене њихове воље и преференција од стране других. Примери подршке при одлучивању могу укључивати различите форме, као што су: асистенција при доношењу одлука (уз објашњење различитих опција), помоћ у комуникацији (кроз коришћење асистивних технологија или подршку у комуникацији за особе са сензорним сметњама), помоћ у вођењу финансијских или правних процеса.

¹² Комитет за права особа са инвалидитетом, Општи коментар бр. 1 (2014): Члан 12: Равноправност пред законом, усвојен 11. априла 2014.

¹³ *Ibid*, параграф, 15.

Овакав приступ је уједно и механизам заштите од злоупотребе, јер се фокусира на то да подршка буде оријентисана према вољи особе, штитећи је од манипулација или притисака.¹⁴ Коментар инсистира на томе да подршка мора да омогући аутономно одлучивање, где се особа са инвалидитетом помаже да доносе властите одлуке у складу са сопственим вредностима, а не према очекивањима других.¹⁵ Државе чланице се позивају на успостављање адекватног правног оквира, развијање социјалних услуга и подржаних система који омогућавају овакву трансформацију у пракси.¹⁶ Тиме се остварује један од кључних циљева Конвенције – потпуно укључивање особа са инвалидитетом као равноправних чланова друштва, уз очување њихове аутономије и индивидуалности.

3. Члан 12 Конвенције Уједињених нација о правима особа са инвалидитетом у академској литератури – за или против?

Од самог доношења Конвенције, члан 12 који особама са инвалидитетом гарантује право на пословну способност кроз поштовање принципа одлучивања уз подршку, без могућности "заменског одлучивања" постао је један од најоспораванијих чланова како у академској литератури тако и у пракси, посебно у погледу његове примене на особе са менталним и интелектуалним инвалидитетом (*Duffi, 2023; Burch 2017; Arstein-Kerslake, Flinn, 2014; Gooding, 2013*). Разлике у схватању члана 12 одсликавају се у два основна правца тумачења овог члана: аутора који подржавају и залажу се за његову пуну примену и аутора који оспоравају могућност његове пуне примене без могућности заменског одлучивања.¹⁷

Прва група аутора, која подржава ставове конвенције и Општег коментара (Јовић Прлаиновић, 2020; Крстић, Бекер, 2017; *Arstein-Kerslake, Flynn, 2015*) сматра да члан 12. Конвенције о правима особа са инвалидитетом представља прекретницу у разумевању права особа са инвалидитетом, и то посебно кроз призму људских права и права на самостално одлучивање. Поменути аутори сматрају да овај члан, који би требало

¹⁴ *Ibid*, параграф 18.

¹⁵ *Ibid*.

¹⁶ *Ibid*, пара. 20-25.

¹⁷ Интересантно је приметити да је "заменско одлучивање" било најпре предвиђено Конвенцијом као један од могућих модела одлучивања, али је у поступку преговарања са организацијама цивилног друштва било избачено у потпуности из текста Конвенције. Види: *Gooding, 2013: 9*.

да осигура право особа са инвалидитетом на једнакост пред законом, поставља обавезу држава да створе услове у којима ће особе са инвалидитетом бити препознате као равноправни правни субјекти (Јовић Прлаиновић, 2020: 102).

Заступници овог правца у исто време оспоравају валидност традиционалних система заменског одлучивања, који је заснован на правој доктрини да су одређене особе “неспособне” да доносе властите одлуке услед интелектуалних или психосоцијалних инвалидитета. У таквим ситуацијама, држава или старатељи преузимају одговорност за доношење одлука, често игноришући жеље саме особе са инвалидитетом. Аутори овог правца наводе да овај приступ не само да ограничава аутономију и лична права особе, већ често и доводи до злоупотреба и угрожавања достојанства тих особа (*Arstein-Kerslake, Flynn* 2014: 128). По њиховом мишљењу, овај традиционални приступ је дискриминаторан јер имплицитно полази од претпоставке да особе са инвалидитетом нису способне да управљају сопственим животима и доносе важне животне одлуке.

Уместо традиционалног модела, аутори овог правца заступају примену модела подржаног одлучивања, који се промовише и кроз одредбе Конвенције Уједињених нација, и који је осмишљен је тако да очува личну аутономију и индивидуално достојанство особе са инвалидитетом. Ова подршка може укључивати широк спектар активности, као што су пружање информација, помоћ у анализи опција, пружање емоционалне подршке, помоћ у комуникацији путем асистивних технологија, појашњавање последица различитих избора и сл. (*Arstein-Kerslake, Flynn* 2014: 129).

Друга група аутора (*Duffi, 2023; Kobali, 2022; Burch* 2017), међутим, оспорава јасност и могућност пуне примене члана 12 Конвенције у пракси. Ови аутори најпре указују на терминолошке и концептуалне нејасноће у члану 12, јер се сам појам пословне способности може се интерпретирати на различите начине. У пракси, ово може довести до конфузије око тога да ли се пословна способност односи искључиво на право доношења одлука или обухвата и друге аспекте, као што је способност склапања уговора и финансијских трансакција. Критичари сматрају да би јасније дефинисање ових појмова омогућило доследнију примену члана 12 у правним системима различитих држава, као и бољу заштиту права особа са инвалидитетом.

Главни аргумент аутора који оспоравају садржину члана 12 јесте тврдња да потпомогнуто одлучивање може носити ризик од манипулације или

злоупотребе, где се подршка може претворити у облик присиле, нарочито када особа са инвалидитетом има озбиљне потешкоће у менталном функционисању и није у стању да јасно изрази своје жеље и преференције. Тако, на пример, Барч сматра да теорије подржаног доношења одлука које се ослањају на концепт воље и преференција, могу бити превише поједностављене или екстремне (Burch, 2017: 394). Ове верзије често занемарују сложеност процеса доношења одлука, који укључује различите факторе као што су емоционално стање, социјални контекст и међуљудски односи. Барч наглашава да доношење одлука није само индивидуални процес, већ се одвија у оквиру односа са другима. На пример, подршка коју особа са инвалидитетом добија од породице, пријатеља или професионалаца може значајно утицати на њене одлуке. Стога, једноставно ослањање на тренутне воље и преференције може довести до површног разумевања стварних потреба и жеља те особе (Burch, 2017: 393). Поред тога, ако се одлуке доносе искључиво на основу тренутних изражених жеља, без узимања у обзир ширег контекста и историје особе, то може довести до одлука које нису у њеном најбољем интересу. На пример, особа може изразити жељу за нечим што није у складу са њеним дугорочним циљевима или потребама, а подржаваоци могу погрешно интерпретирати те жеље као коначне (Burch, 2017: 395).

Критичари члана 12 Конвенције указују и на недостатак јасних смерница о томе како модел одлучивања уз подршку треба да изгледа у пракси. Тако, на пример, Дафи сматра да државе потписнице Конвенције нису добиле довољно конкретних упутстава у вези са прилагођавањем правног и институционалног оквира који би омогућио потпомогнуто одлучивање (Duffi, 2023: 23). Без ових смерница, правни систем може остати на нивоу теоријског признавања права, док ће практична примена бити недоследна и нејасна. Многе државе нису у могућности да осигурају финансијске ресурсе и одговарајућу инфраструктуру за ефикасно спровођење потпомогнутог одлучивања. То може довести до неједнаког приступа овом праву, где ће богатије државе или особе са већим финансијским средствима имати приступ бољој подршци, док ће сиромашнији бити ускраћени за ово право (Duffi, 2023: 57).

Наше мишљење је да садржај члана 12 Конвенције о правима особа са инвалидитетом треба доследно следити, како би се поштовало право особа са инвалидитетом на једнако правно признање и аутономно одлучивање, уз увођење додатних механизма заштите самосталности у доношењу одлука. Члан 12 јасно препознаје право свих, укључујући особе са инвалидитетом, да самостално доносе одлуке у питањима која се тичу њихових живота, што представља основ за подржано

одлучивање као алтернативу моделу лишавања пословне способности. У ситуацијама где особа са инвалидитетом можда има потешкоћа да потпуно изрази своје жеље или да процени могуће последице својих одлука, потребно је подршку учинити доступном и приступачном. То укључује специјализоване сервисе, као и обуку самих особа са инвалидитетом у циљу оснаживања за доношење самосталних одлука. У ситуацији када постоји ризик да особе које пружају подршку могу, чак и ненамерно, преузети контролу над доношењем одлука, пожељно би било укључити систем професионалне подршке особама са интелектуалним и психосоцијалним тешкоћама. Ови механизми заштите могу укључивати правну регулативу која захтева присуство професионалних, независних стручњака (на пр. дефектолога, код особа са интелектуалним тешкоћама) у процесима одлучивања, који би помагали особама са инвалидитетом да изразе своју вољу.

4. Стандарди Савета Европе у погледу пословне способности особа са инвалидитетом

Током година, Савет Европе је усвојио низ препорука у вези са правима особа са инвалидитетом у циљу заштите њихове аутономије и интеграције у друштво. Посебно је значајна Препорука ЦМ/Рец(99)41 у којој се истиче да државе чланице треба да усвоје приступ заснован на доношењу одлука уз подршку и да напусте систем лишавања пословне способности, осим у изузетним случајевима.¹⁸ Препорука позива државе да оснаже особе са инвалидитетом кроз одговарајућу подршку и олакшају њихово укључивање у друштвене процесе. Препорука Савета Европе инсистира на томе да сва ограничења пословне способности морају бити заснована на индивидуалним проценама и пропорционална специфичним потребама и интересима особе. То значи да земље треба да развију процедуре које омогућавају флексибилна решења и прилагодене облике подршке. Препорука Савета Европе указује и на значај процедуралних гаранција, као што су право на саслушање, правна помоћ и могућност жалбе. На овај начин треба заштитити особе са инвалидитетом од неодговарајућих и неоправданих одлука о лишењу пословне способности.

¹⁸ Council of Europe Recommendation CM/Rec(99)41 of the Committee of Ministers to Member States on Principles Concerning the Legal Protection of Incapable Adults: (Adopted by the Committee of Ministers on 23 February 1999 at the 660th meeting of the Ministers' Deputies)

Савет Европе је кроз Стратегију о правима особа са инвалидитетом за период 2017-2023. поставио јасне циљеве за унапређење права особа са инвалидитетом, истичући значај једнаког признања пред законом и подржаног доношења одлука као кључног принципа у овој области.¹⁹ Акциони план ове стратегије обавезао је државе чланице да препознају потребе особа са инвалидитетом за различитим видовима подршке у доношењу одлука и да прилагоде своје прописе како би обезбедили поштовање достојанства и аутономије особа са инвалидитетом.

5. Пракса Европског суда за људска права у погледу пословне способности особа са инвалидитетом

Европски суд за људска права (ЕСЉП) има кључну улогу у тумачењу одредби Конвенције о људским правима Савета Европе, укључујући и права особа са инвалидитетом и поставља стандарде које државе чланице треба да примењују у свом законодавству. Европска конвенција о људским правима не садржи посебну одредбу о пословној способности особа са инвалидитетом. Ипак, ЕСЉП је развио опсежну праксу и успоставио високе стандарде заштите за особе са психосоцијалним и интелектуалним инвалидитетом, које укључују и питања пословне способности.

Ако погледамо случајеве судске праксе ЕСПЉ, видимо да су се особе са интелектуалним и психосоцијалним тешкоћама жалиле на кршење члана 5 (право на слободу и безбедност), члана 8 (право на поштовање приватног и породичног живота) и члана 12 (право на брак) у вези са лишењем пословне способности. Судска пракса ЕСПЉ указује да постоји веза између лишења пословне способности и постављања старатеља, те одлуке о принудном смештају и/или лечењу лица и његових последица. До лишавања пословне способности често долази пре или истовремено са доношењем одлуке о принудном смештају. Појединац се не консултује, а одлука се доноси на захтев старатеља. Ако се старатељ сложи са одлуком о смештају, онда је, правно гледано, то добровољни смештај. У таквим ситуацијама, особа са менталним инвалидитетом нема могућност да након неког времена поднесе захтев за преиспитивање такве одлуке или накнадну ревизију. Овај недостатак правног оквира у националним законима доводи до кршења члана 5 Конвенције о људским правима Савета Европе.²⁰

¹⁹ Савет Европе, Људска права: реалност за све, Стратегија за особе са инвалидитетом 2017-2023, Council of Europe, Human Rights: Reality for All, Disability Strategy 2017-2023. <https://rm.coe.int/16806fe7d4>.

²⁰ *Кедзиров против Пољске*, представка бр. 45026/07, Пресуда ЕСПЉ од 16. октобра

Случај *Штукатуров против Русије* из 2008. године представља значајну прекретницу у разматрању права особа са менталним инвалидитетом у контексту лишења пословне способности.²¹ ЕСЉП је закључио да је Русија прекршила члан 8, пошто је одлука да се Штукатуров лиши пословне способности прекомерно задира у његов приватни живот. У пресуди се посебно истиче да лишење пословне способности представља озбиљан облик ограничења права лица и да држава мора пажљиво да размотри све околности и пружи одговарајућу правну заштиту.²² ЕСЉП је утврдио повреде права на правично суђење јер подносилац није био обавештен о поступку који је довео до његовог лишења пословне способности и није имао могућност да изнесе своје аргументе. Такође, није могао да се обрати суду за преиспитивање одлуке, па је ЕСЉП нагласио да особе са менталним сметњама морају имати приступ суду под условима прилагођеним њиховим потребама.²³ ЕСЉП је закључио да његово присилно смештање у психијатријску болницу без адекватне ревизије његове потребе за хоспитализацијом представља кршење права на слободу. Суд је подвукао да је лишење слободе изузетно осетљиво питање када су у питању особе са менталним инвалидитетом и да мора бити под строгим контролом и преиспитивањем у складу са законима који дају одговарајуће гаранције.²⁴

У случају *Беркова против Словачке*, подносилац представке, који је имао ментални поремећај, лишен је пословне способности и стављен је под старатељство. Домаћи судови су одбили да јој врате пуну пословну способност, захтевајући од ње да сачека три године пре него што поново поднесе захтев. ЕСЉП је пресудио да ова одлука представља озбиљно мешање у њено право на поштовање њеног приватног живота.²⁵ У пре-

2012.

²¹ Подносилац представке је имао историју менталних болести и проглашен је званично неспособним за рад 2003. године. На захтев његове мајке, руски судови су му у децембру 2004. одузели и пословну способност. За старатеља му је тада постављена мајка, која га је у новембру 2005. године сместила у психијатријску болницу. Подносилац представке је посебно тврдио да је лишен пословне способности без његовог знања. Такође је тврдио да је био незаконито затворен у психијатријској болници где није могао да добије проверу свог статуса или да се састане са својим адвокатом, и да је добио лечење против своје воље.

²² *Штукатуров против Русије*, представка бр. 44009/05, Пресуда ЕСЉП од 4. марта 2010. ст. 93 -96.

²³ *Ibid.*, ст. 73-76.

²⁴ *Ibid.*, ст. 125.

²⁵ *Беркова против Словачке*, представка бр. 67149/01, Пресуда ЕСЉП од 24. марта 2009., став. 175.

суди се закључује да су домаћи судови, забрањујући подносиоцу представке да поднесе нову молбу за враћање пословне способности у року од три године, следили легитимни циљ заштите њених права као особе са менталним болестима, као и права других. Ипак, ЕСЉП је оценио да такво задирање у њено право на приватан живот није „неопходно у демократском друштву“ и утврдио да је дошло до повреде права на приватност, из члана 8 Европске конвенције о људским правима.²⁶

Да одузимање пословне способности утиче погубно на низ животних ситуација и урушава значајно квалитет живота особе са инвалидитетом показује и случај Крушковић против Хрватске. Подносиоцу представке је због менталног инвалидитета потпуно одузета пословна способност и додељен старалац. Тако је Крушковић остао без могућности да одлучује о сопственим правним стварима, укључујући и могућност да призна очинство свог детета. ЕСПЉ је утврдио да је дошло до повреде члана 8. Европске конвенције о људским правима, као и да хрватски судови нису предузели довољно пажљиве и детаљне процене подносиоца, нити су испитали да ли су постојале мање рестриктивне мере које би могле бити примењене пре доношења одлуке о лишавању пословне способности. Суд је закључио да није постигнут правичан баланс између јавног интереса у заштити особа лишених пословне способности од давања изјава на своју штету или штету других, и интереса подносиоца представке да правно буде признато његово очинство.²⁷

Случај *Салонтаји-Дробњак против Србије* представља један од најважнијих предмета ЕСЉП у вези с правима особа са менталним инвалидитетом и питањима процедуралне правичности и дискриминације, јер је имао директне последице на промене законодавства у Републици Србији које се тиче лишења пословне способности. У овом случају, госпођа Салонтаји Дробњак поднела је притужбу ЕСЉП након што је у Србији лишена пословне способности, трвдећи да домаћи судови у поступку лишења пословне способности нису довољно истражили њено стање, нити су осигурали њено присуство на расправи, а све то у контексту одлука које су дубоко утицале на њен живот и права. Ови

²⁶ Препорука Р(99)4 Комитета министара, која наглашава потребу пропорционалности и максималног очувања пословне способности, навела је суд на закључак да искључива подела између пуне пословне способности и потпуног лишења пословне способности не дозвољава „прилагођени одговор“ како је предвиђено у препоруци. Суд је затим закључио да су, као резултат, права подносиоца захтева према члану 8 била ограниченија него што је потребно у датим околностима.

²⁷ *Крушковић против Хрватске*, представка бр. 46185/08, Пресуда ЕСЉП од 21. јуна 2011, ст. 40-43.

поступци су резултирали њеним стављањем под старатељство, при чему није имала могућност да изрази своју вољу или преференције у вези с тим. ЕСЉП је утврдио да је подносилац представке лишена права на правично суђење у смислу члана 6, јер није била укључена у поступак на одговарајући начин. Поводом овог питања, ЕСПЉ је закључио да српски судови нису испоштовали стандарде правичности јер су одлучили о њеној пословној способности без њеног присуства и без одговарајуће процене њеног менталног стања. Овај пропуст представља озбиљно кршење права на учешће у поступку и могућност изражавања сопствених интереса.²⁸ Суд је такође утврдио повреду члана 8 Европске конвенције о људским правима и закључио да лишавање пословне способности, нарочито када није засновано на темељним проценама и уважавању воље особе, може озбиљно угрозити право појединца на аутономију и контролу над сопственим животом.²⁹ Ова пресуда веома је значајна, јер је била повод за измене и допуне Закона о ванпарничном поступку у Републици Србији, у погледу повољнијег процесног положаја особа са инвалидитетом, иако овај закон није, на жалост, у потпуности усаглашен са одредбама Конвенције Уједињених нација о правима особа са инвалидитетом (Јовић Прлаиновић, 2020: 98).

6. Закључак

Питање очувања пословне способности особа са интелектуалним и психосоцијалним тешкоћама једно је од кључних питања људских права. Оно представља основу за низ других права, која омогућавају квалитетан и достојанствен живот особа са инвалидитетом (права на одлуку о здравственом третману, права на рад, избор места живота, репродуктивних права итд.).

Иако је велики број земаља ратификовао Конвенцију Уједињених нација о правима особа са инвалидитетом,³⁰ скоро 20 година након доношења Конвенције релативно мали број земаља је суштински реформисао своје правне системе како би обезбедили могућности одлучивања уз подршку (Duffy, 2023: 24). Тужна је истина да велики број особа са интелектуалним и/или психосоцијалним инвалидитетом, који би желео да има друштвену подршку да могу сами да управљају својим

²⁸ *Салонтаји-Дробњак против Србије*, представка бр. 36500/05, пресуда ЕСЉП од 13.10.2009, ст.125-135.

²⁹ *Ibid.*, ст.143-145.

³⁰ Подаци од марта 2024. говоре да је Конвенцију потписало 190 земаља и Европска унија (која ју је ратификовала 2010 године).

животима, уместо тога и даље бива лишен пословне способности, и мора да прихвати да неко други доноси одлуке у њихово име (Савет Европе, 2012: 16). Ова чињеница говори о томе да је проблем непризнавања пословне способности особа са интелектуалним инвалидитетом дубоко укорееен у друштву и да сви треба да се запитамо, и као правници, чланови породице особа са интелектуалним инвалидитетом, и као грађани, да ли да ли смо заиста спремни да чујемо и поштујемо вољу особа са интелектуалним и психосоцијалним инвалидитетом?

Анализа судске праксе ЕСЉП показује став да лишење пословне способности мора бити крајња мера, с обавезном могућношћу преиспитивања и редовним укључивањем особе са инвалидитетом у све поступке који утичу на њена права, те се имплицитно државама препоручује да имплементирају у законодавство флексибилније облике лишавања пословне способности уз потпомогнуто одлучивање. Интересантно је да је пресуда ЕСЉП у случају Салонтаји - Дробњак против Србије из 2009. године имала директан утицај на промену прописа који регулишу одузимање пословне способности у Србији, што показује моћ ЕСЉП да утиче на реформу националних законодавства, чак више него механизми који су превиђени самом Конвенцијом УН о правима особа са инвалидитетом (периодичне оцене примене Конвенције о правима особа са инвалидитетом од стране Комитета УН за права особа са инвалидитетом).

Из претходне анализе међународних инструмената, судске праксе ЕСПЉ и анегдоталних података о досадашњој примени Конвенције УН о правима особа са инвалидитетом, може се закључити да се увођење одлучивања уз подршку на коме инсистира Конвенција, не може остварити без истинске жеље за стварањем адекватног друштвеног окружења у коме ће свако, без обзира на постојање или одсуство инвалидитета, моћи да оствари слободан развој и оствари свој пуни потенцијал (Шкорић, 2019: 41). У том циљу, потребно је не само радити на успостављању адекватног правног оквира који ће подржати одлучивање уз подршку, већ и ангажовати стручњаке који ће подржати особе са интелектуалним и психосоцијалним тешкоћама у процесу доношења одлука, уз употребу савремених асистивних технологија (технолошки напреднијих средстава алтернативне и аугментативне комуникације – ААК, као што су комуникатори и сл). Потребно је такође спровести обуке запослених у социјалним службама, као што су центри за социјални рад, запослених у канцеларијама јавних бележника, судског особља и других запослених у јавном и приватном сектору који пружају услуге при доношењу одлука у правном промету. Најзад,

потребно је континуирано радити на развијању различитих стратегија комуникације према широј јавности – грађанима (уз помоћ медија, друштвених мрежа, едукативних образовних програма итд) како би се побољшало разумевање и знање о праву на равноправност пред законом у циљу стварања друштвеног окружења у коме ће право особа са инвалидитетом да сами управљају сопственим животом бити суштински подржано и поштовано.

Литература

Arstein-Kerslake A., Flynn E. (2015). "The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Roadmap for Equality Before the Law", *The International Journal of Human Rights*, DOI: 10.1080/13642987.2015.1107052.

Bartlett, P., Lewis O., Thorold O. (2007). *Mental Disability and the European Convention*. Leiden: Martinus Nijhoff.

Burch, M. (2017). „Autonomy, Respect, and The Rights of Persons with Disabilities in Crisis“, *Journal of Applied Philosophy*, 34 (3), pp. 389-402.

Council of Europe Commissioner for Human Rights (2012). "Who gets to decide? Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities", Issue Paper published by the Council of Europe Commissioner for Human Rights, Council of Europe Publishing, available at: <https://rm.coe.int/who-gets-to-decide-right-to-legal-capacity-for-persons-with-intellectu/16807bb0f9>.

Duffy J. (2023). *Mental Capacity, Dignity and the Power of International Human Rights*, Cambridge University Press.

Grabowska et al. (2022). "How to measure multidimensional quality of life of persons with disabilities in public policies: a case of Poland", *Archives of Public Health*, 80:230 <https://doi.org/10.1186/s13690-022-00981-5>

Gooding, P., (2013). "Supported Decision-Making: A Rights-Based Disability Concept and Its Implications for Mental Health Law". *Psychiatry, Psychology and Law*, 20(3), 431-451.

Flynn, E., Arstein-Kerslake, A., (2014). "The Support Model of Legal Capacity: Fact, Fiction, or Fantasy?", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 23, No. 1, pp. 124-125.

Jović Prlainović, O. (2020). „Međunarodni standardi u nacionalnom sistemu poslovne sposobnosti osoba sa invaliditetom“, *Zbornik radova „Pravo, tradicija i promjene“*, Istočno Sarajevo, str. 89-107.

Kobali, B. (2022). „Problematika poslovne sposobnosti kod osoba s intelektualnim teškoćama u postupcima radi lišenja i vraćanja poslovne sposobnosti“, *Godisnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, vol. X111,1/2022, str. 137-160.

Krstić I., Beker K. (2017). „Situaciona analiza: poslovna sposobnost i osobe sa invaliditetom u Srbiji“, izveštaj sa projekta „Poslovna sposobnost kao preduslov ravnopravnosti osoba sa invaliditetom pred zakonom“ finansiran od strane EU.

Marković, M. (2014). *Osobe sa invaliditetom u Srbiji*, Republički zavod za statistiku, Beograd, 2014.

Škorić, M. (2020). „The Twenty-First Century – the Beginning of a New Era in the Protection of Human Rights of Persons with Mental Health Disabilities“, *Pravni vjesnik*, Vol. 36, No. 1.

Међународни инструменти

Council of Europe, Human Rights: Reality for All, Disability Strategy 2017-2023. <https://rm.coe.int/16806fe7d4>.

Council of Europe Recommendation CM/Rec(99)41 of the Committee of Ministers to Member States on Principles Concerning the Legal Protection of Incapable Adults: (Adopted by the Committee of Ministers on 23 February 1999 at the 660th meeting of the Ministers' Deputies)

Комитет за права особа са инвалидитетом, Општи коментар бр. 1 (2014): Члан 12: Равноправност пред законом, усвојен 11. априла 2014, параграф 12.

Уједињене нације, Конвенција о правима особа са инвалидитетом усвојена на 61. заседању Генералне скупштине Уједињених нација, на седници од 13. децембра 2006.

Судска пракса Европског суда за људска права

Беркова против Словачке, представка бр. 67149/01, пресуда ЕСЉП од 24. марта 2009..

Кедзиров против Пољске, представка бр. 45026/07, пресуда ЕСЉП од 16. октобра 2012.

Крушковић против Хрватске, представка бр. 46185/08, пресуда ЕСЉП од 21. јуна 2011.

Салонтаји-Дробњак против Србије, представка бр. 36500/05, пресуда ЕСЉП од 13. октобра 2009.

Шукатуров против Русије, представка бр. 44009/05, пресуда ЕСЉП од 4. марта 2010.

Интернет извори

World Health Organisation (2024). Disability, https://www.who.int/health-topics/disability#tab=tab_1, приступљено 31.10.2024.

Ljubomir Tintor, LL.M.,
Research Associate,
Institute of Comparative Law, Belgrade

Aleksandra Rabrenović, PhD,
Senior Research Associate,
Institute of Comparative Law, Belgrade

**LEGAL CAPACITY AS THE BASIS FOR ENSURING QUALITY OF LIFE OF
PERSONS WITH DISABILITIES: INTERNATIONAL INSTRUMENTS AND
PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS**

Summary

The paper analyzes the standards of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities in the field of legal capacity, as the basis for ensuring quality life of persons with disabilities. The paper also examines the opposing theoretical understandings of the right to legal capacity, which is guaranteed by Article 12 of the Convention and General Comment No. 1 of the Convention. In addition, the paper analyzes the practice of the European Court of Human Rights by applying the normative law method and the sociological method, and identifies the key problems faced by persons with disabilities in connection with the deprivation of legal capacity in European countries. The authors support the paradigm shift of the “substitute decision-making” model to the “supported decision-making” model, and advocate for changing the legal framework of national legislations and providing practical support to people with intellectual and psychosocial disabilities in the decision-making process. In order to stop the practice of depriving people with disabilities of their legal capacity, the authors argue that it is also necessary to work on raising awareness of the general public and building a social environment in which the right of people with disabilities to manage their own lives and have a quality and fulfilling life will be fundamentally supported and respected.

Keywords: legal capacity, persons with disabilities, UN Convention on the Rights of the Persons with Disabilities (UNCRP).

Милош Васовић,¹
Истраживач-сарадник,
Институт за упоредно право, Београд

UDK: 340.13:336.228.3(497.11)

UDK: 336.228.32(4-672EU)

DOI: 10.5281/zenodo.14423230

Оригиналан научни чланак

Примљен: 13. 11. 2024.

Прихваћен: 25. 11. 2024.

ПРАВИЛО О КОНТРОЛИСАНОЈ ИНОСТРАНОЈ КОМПАНИЈИ КАО АНТИАБУЗИВНА МЕРА У СРПСКОМ ПОРЕСКОМ ПРАВУ²

Апстракт: У другој половини 20. века у традиционалним државама извозницама капитала примећен је тренд заклањања дохотка коришћењем пореске структуре која укључује базне компаније, а на тај начин се плаћање пореза у земљи резидентства акционара наведене компаније одлаже или у потпуности избегава. Почевши од Сједињених Америчких Држава, остале државе извознице капитала, затим одређене чланице БЕПС Инклузивног Оквира и државе чланице Европске уније уводе правила о контролисаним иностраним компанијама као специфичну антиабузивну меру. У пореским законима Републике Србије не постоје мере које могу ефикасно да послуже превенцији избегавању или одлагању плаћања пореза коришћењем базних компанија, стога би било значајно правила о контролисаним иностраним компанијама имплементирати у домаће право, не само због усаглашавања националног законодавства са европским стандардима, већ првенствено и због заштите фискалног система Републике Србије. Полазећи од претпоставке да су правила о контролисаним иностраним компанијама на глобалном плану у оквиру ОЕЦД/Г20 БЕПС пројекта и Директиве о утврђивању правила против праксе избегавања плаћања пореза која директно утиче на функционисање унутрашњег тржишта имплементирани и усаглашени у већини земаља, као и да Србија тежи уласку у Европску унију, а такође је и део БЕПС Инклузивног Оквира, у раду смо применили догматско-правни,

¹ m.vasovic@iup.rs, ORCID: 0009-0007-4218-3350

² Рад је настао у оквиру научноистраживачког рада Института за упоредно право који финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије према Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2024. години (евиденциони број 451-03-66/2024-03/200049 од 5.2.2024. године).

компаративни метод и метод анализе садржаја са освртом на праксу Суда правде Европске уније. На тај начин, у сврху превенције избегавања и одлагања плаћања пореза и заштите фискалног интереса, настојали смо да дамо препоруке за унапређење националног законодавства у области директних пореза.

Кључне речи: *Правила о контролисаној иностраној компанији, базне компаније, Пореско право Европске уније, БЕПС, избегавање плаћање пореза*

1. Увод

Сједињене Америчке Државе (даље: САД) су прве имплементирале правила о контролисаним иностраним компанијама (даље: КИК правила) 1962. године када је примећен тренд заклањања дохотка коришћењем контролисаних страних базних компанија, (Arnold, 2016: 119) а потом је и ОЕЦД 1986. године у свом извештају³ везаном за базне и проточне компаније указала на опасност од ове стратегије пореског планирања. После САД, преко 30 држава извозница капитала је имплементирало КИК правила, чија структура није била уједначена. Због наведене околности, на глобалном плану, ОЕЦД подржана од стране Г20 лидера 2013. године усвојила је БЕПС акциони план, а 2015. године је презентовано 15 акција, где се акција 3 односила на КИК правила. (Поповић, Илић-Попов, 2017: 15) Годину дана касније ОЕЦД државе су основале БЕПС Инклузивни Оквир да прате имплементацију препорука из финалних извештаја за сваку државу чланицу овог тела. Акција 3 није била део минималног стандарда и њена имплементација није обавезујућа. Исте године Европска унија је усвојила Директиву о утврђивању правила против праксе избегавања плаћања пореза која директно утиче на функционисање унутрашњег тржишта⁴ (даље: АТАД Директива) која је прописивала КИК правилима, а њихова имплементација је била обавезујућа за све чланице Европске уније.

С обзиром на то да Србија у свом националном законодавству не предвиђа правила о контролисаним иностраним компанијама, циљ овог истраживања јесте да се укаже на разлоге због којих је потребно да се КИК правила имплементирају у национално законодавство, као и да се укаже на предности решења које постоји у Европском законодавству, а по угледу на БЕПС пројекат.

³ OECD. (1986). Double taxation conventions and the use of base companies, R(5)-4.

⁴ Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market, OJ L 193, 19.7.2016.

Структура рада је подељена у три дела. У првом делом бавимо се анализом базних компанија које могу послужити пореским обвезницима да одложе или у потпуности избегну плаћање пореза. Затим анализирамо опште карактеристике правила о контролисаној иностраној компанији која служе превенцији злоупотребе у домену директних пореза. У трећем делу рада указујемо на разлоге због којих је пожељно имплементирати КИК правила у домаће законодавство, а по угледу на европско. Имајући у виду неефикасност важећих законских мера које могу послужити опорезивању заклоњеног дохотка, утицај законодавства Европске уније, као и чланство у БЕПС Инклузивном Оквиру, настојали смо да применом догматско-правног, компаративног метода и метода анализе садржаја са освртом на праксу Суда правде Европске уније дамо препоруке за унапређење националног законодавства у области директних пореза, што би потенцијално резултирало већим прикупљеним пореским приходима.

2. Базна компанија као средство пореског планирања

Пре свега, потребно је дати дефиницију базне компаније како бисмо одредили њену функцију у оквиру међународног пореског планирања. Пореско планирање које подразумева избегавање плаћања пореза не конституише кривично дело, али је супротно намери коју је законодавац одредио. (*Thuronyi*, 2003: 156) Како су порески рајеви у прошлости били популарне дестинације због банкарске тајне, неопорезивања одређених прихода и тајног привредног регистра, (*Vann*, 1998: 760) ОЕЦД је објавила Извештај за конвенцију за дупло опорезивање и за коришћење проточних и базних компанија 1987. године (у даљем тексту: Извештај о базним компанијама), где је базну компанију дефинисала као компанију која служи за минимизацију пореза у држави резидентства акционара. (*Irawan*, 2016: 29) У литератури се уобичајно наводи да је базна компанија корпорација или компанија са ограниченом одговорношћу која је основана у базној држави, која се дефинише као држава која опорезује само одређене приходе, или их опорезује са ниском пореском стопом или уопште не опорезује приходе чији је извор ван њених граница. (*Heidenreich*, 2013: 223) Дакле, контролисана базна компанија је одвојено правно лице и тако је квалификована у земљи резидентства акционара. Доказ о популарности оваквих локација јесте податак да су базне компаније које су основане у пореским рајевима попут: Панаме, Бермуда, свих Карипских и Западних индијских држава, Ирске, Луксембурга, Швајцарске и Сингапура, а чији су акционари корпорације резиденти САД, пријавиле доходак после опорезивања у

износу од 57,3 милијарди долара у 2002. години. (*Dharmapala, 2006: 3*) Занимљив је податак да је позната компанија *General Electric* на крају 2013. године у дестинацијама пореских рајева имала акумулирано 110 милијарди долара. (*Lessambo, 2016: 199 - 200*) Још познатија компанија, *Apple*, према проценама из 2015. године, у својим базним филијалама које су биле основане ван САД, имала је 241,9 милијарди долара. (*Petrović, 2023: 327*) Поменимо и компанију *Pfizer*, која се прославила 2020. године након појаве корона вируса, а која је до 2016. године у свом власништву имала 181 филијалу које су биле основане у јурисдикцијама са обележјима пореских рајева и 193,6 милијарди долара ван граница САД. (*Petrović, 2023: 327*) Према једној процени из 2015. године, утврђено је да су америчке компаније на рачунима у иностранству поседовале чак 2,49 билиона долара. (*Petrović, 2023: 327*) Овакви статистички подаци су сигурно били једни од водећих разлога зашто су Европска унија и ОЕЦД у периоду од 2013 до 2016. године снажно заговарале примену одређених антибузивних мера, укључујући и КИК правила, што је довело и до њихове имплементације.

Постоје две технике пореског планирања које укључују базне компаније. Прво, примарно и привремено заклањање доходака (енг.: *Primary sheltering*) подразумева да је доходак заклоњен од опорезивања у држави резидентства пореског обвезника, а на основу чињенице да је базна компанија самостално правно лице чији је такав статус признат у држави акционаревог резидентства. С обзиром да се доходак преумерава у базну компанију, исти није предмет опорезивања на основу пореске обавезе на светски доходак у земљи резидентства акционара. Базна држава доходак остварен ван њеног извора не опорезује или минимално опорезује.⁵ Дакле, примарно заклањање подразумева само одлагање плаћања пореза у земљи акционаревог резидентства све до момента репатријације профита од стране контролисане базне компаније у виду дивиденде или капиталног добитка услед продаје акција. (*Finnerty, Merks, Petriccione, Russo, 2007: 213*)

Друго, секундарно и трајно заклањање (енг.: *Secondary sheltering*) поред одлагања плаћања пореза подразумева и пореску уштеду која се може постићи на неки од следећих начина:⁶

- преусмерени доходак који се налази у базној иностраној компанији, даље се улаже у капитал компаније у трећој земљи;

⁵ OECD. (1986). Double taxation conventions and the use of base companies, R(5)-4.

⁶ *Ibid.*, R(5)-5.

- базна компанија одобрава кредит свом акционару који је правно лице, а камата се признаје као трошак у земљи резидентства зајмопримца;
- базна компанија исплаћује дивиденду, која се у држави резидентства акционара не опорезује услед афилијационе привилегије која се примењује за холдинг структуре.

3. Антибузивна правила о контролисаној иностраној компанији

Правила о контролисаној иностраној компанији су први пут у своје пореско законодавство увеле Сједињене Америчке Државе 1962. године под називом „*Subpart F Income*“, а до 2015. године преко тридесет држава извозница капитала увело је наведена правила. (Arnold, 2016: 119) Према овој антибузивној мери, целокупан или део прихода контролисане иностране компаније, приписује се њеном акционару, резиденту државе која наведену меру примењује, а који има контролу или већински удео у базној компанији, без обзира на чињеницу да до репатријације дохотка није дошло. (Irawan, 2016: 37) Приписивање се врши на крају пореске године у виду прилагођавања прихода за пореске сврхе. (Finnerty et al. 2007: 213)

Фирме које се оснивају у базним државама у највећем броју су „компаније са поштанским сандучетом“ (енг.: *letter box company*) које немају физичко присуство, а њеним активностима фактички управља акционар, резидент друге државе (Heidenreich, 2013: 220). КИК правила могу да се примењују чак и када базна компанија има физичко присуство и главни циљ корпоративне структуре није пореска уштеда (Heidenreich, 2013: 221). Међутим, наведена правила се генерално не примењују у случајевима када контролисана компанија врши активно пословање у другој јурисдикцији. (Arnold, 2016: 120)

Опште карактеристике које одређују примену ових правила су: (Heidenreich, 2013: 222)

- ниво контроле акционара у страниој компанији;
- ефективна стопа пореза на добит стране контролисане компаније;
- постојање/непостојање пословне и комерцијалне активности контролисане стране фирме;
- врста прихода иностране контролисане компаније.

Делимично је уједначена пракса да се КИК правила примењују према ентитетима који су основани у јурисдикцијама са ниским ефективним пореским стопама, где не постоји пословна активност и важи искључиво за пасивне приходе. Изузетак видимо у државама попут Бразила, где се КИК правила примењују на целокупан доходак,⁷ без обзира на ефективну стопу државе базне компаније, уколико акционари, резиденти Бразила, имају 20 или више процената удела у контролисаној страниој компанији. (Arnold, 2016: 120) КИК Правила се углавном примењују само према страним правним лицима, док их Француска примењује и према страном огранку, јер у Француској постоји афилијациона привилегија за доходак који је остварио страни огранак резидентне компаније. (Arnold, 2016: 121) Имајмо у виду да су државе чланице БЕПС Инклузивног Оквира које су имплементирале акцију 3 у већој мери уједначиле своја КИК правила, док је у Европској унији, применом АТАД Директиве где је имплементација обавезна, хармонизација постигнута у потпуности.

4. Разлози за имплементацију правила о контролисаној иностраној компанији у српско пореско право

Српско пореско законодавство не садржи одредбу која подразумева КИК правила.⁸ Намеће се питање непостојања такве одредбе у закону, с обзиром на то да се КИК мера може лако применити према јурисдикцијама са „црне листе“ (енг.: *Designated jurisdiction approach*) (Arnold, 2016: 122 - 124) без већег оптерећења за пореску администрацију, јер је таква листа у Србији формирана правилником.⁹ Одговор највероватније лежи у природи ове антиабузивне мере која захвата део заклоњеног иностраног капитала и њена примена је тиме од веће помоћи државама претежним извозницама капитала. На пример, Немачка је 1973. године имплементирала КИК правила у своје национално законодавство, (Nielsen, 2018: 571, 575) што је и логично имајући у виду да је према

⁷ Дакле, и на онај део дохотка зарађен активним пословањем.

⁸ КИК правила не предвиђа Закон о порезу на добит правних лица: Закон о порезу на добит правних лица, *Службени гласник РС*, број 25/01, 80/02 - др. закон, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10, 101/11, 119/12, 47/13, 108/13, 68/14 - др. закон, 142/14, 91/15 - др. пропис, 112/15, 113/17, 95/18, 86/19, 153/20, 118/21) Пречишћен текст закључно са изменама из „Службени гласник РС“ број 118/21 које су у примени од 01/01/2022. (у даљем тексту ЗПДПЛ).

⁹ Правилник о листи јурисдикција са преференцијалним пореским системом, *Службени гласник РС*, бр. 122 од 25. децембра 2012, 104 од 28. децембра 2018, 161 од 31. децембра 2020.

подацима Међународног монетарног фонда у том периоду па до краја 2009. године имала учешће од 12,9 % у светском извезеном капиталу.¹⁰ Ткакав статус, Немачка је задржала и до 2023. године где је према Светској банци рангирана као пета држава извозница капитала.¹¹

Иако Србија не припада групи држава претежним извозницама капитала, не смемо занемарити чињеницу да резиденти Републике Србије оснивају правна лица у иностранству, која потенцијално могу да служе као базне компаније, чиме се пореска обавеза у Србији може одлагати до момента репатријације, или се чак у потпуности избећи услед секундарног заклањања дохотка.¹² Србија највише својих пореских прихода добија од пореза на додату вредност, који је имао удео од $\frac{1}{4}$ укупних пореских прихода у 2023. години, док су, на пример, приходи од пореза на добит правних лица за исту годину износили око осам процената. (Ministarstvo finansija Republike Srbije, 2024: 44) Међутим, то не значи да је порез на добит за Србију мање важан. Ако погледамо прикупљене приходе од пореза на добит правних лица 2005. године, и упоредимо са подацима из 2023 године, можемо уочити пораст прикупљених прихода у висини од 2.500 процената. (Ministarstvo finansija Republike Srbije, 2024: 39 - 42) Видимо да је порез на добит значајан за Србију и требало би се више посветити имплементацији мера које могу да омогуће пореским властима ефикасније прикупљање пореских прихода и превенцију избегавања плаћања пореза, а КИК правила би свакако допринела поменутом циљу. Разлози, поред фискалних, за имплементацију КИК правила у домаће законодавство, по мишљењу аутора, су следећи:

- Неефективност тренутне законодавне регулативе у супротстављању примарном и секундарном заклањању дохотка;
- ОЕЦД/Г20 БЕПС Инклузивни Оквир;
- Хармонизација домаћег законодавства са законодавством Европске уније.

¹⁰ Извештај Међународног монетарног фонда. Преузето 27.10.2024. <https://topforeignstocks.com/2009/06/13/the-top-net-capital-importers-and-exporters-of-capital-in-2008/>

¹¹ Извештај Светске банке. Преузето 20.10.2024. <https://www.statista.com/chart/18356/net-importers-and-exporters/>

¹² За врсту и ефекте пореске уштеде која се може постићи оснивањем страних привредних друштава вид.: Поповић, Костић, 2010: 38 – 58.

4.1. Алтернативне домаће норме у циљу спречавања примарног и секундарног заклањања дохотка

Пореска администрација у Србији има на располагању две мере које могу да користе алтернативно како би опорезивали заклоњени доходак: (Поповић, Костић, 2010: 51 – 58)

- Могућност квалификације иностраног привредног друштва као домаћег резидента на основу места стварне управе и контроле, а према Закону о порезу на добит правних лица;¹³
- Начело фактицитета¹⁴.

Пореским резидентом Србије, када су у питању правна лица, сматрају се она која су или основана у Србији или у њој имају седиште стварне управе и контроле. (Поповић, Костић, 2010: 51) Другим речима, пореским резидентом Србије сматраће се и оно правно лице које у Србији није основано, али коме се на њеној територији налази седиште стварне управе и контроле. (Поповић, Костић, 2010: 51) Аутору није познато да су српски порески органи до сада применили критеријум седишта стварне управе и контроле да би установили да је одређено правно лице које није основано у Србији њен порески резидент, нити је Управни суд Србије икада имао прилике да тумачи ову законску одредбу. (Поповић, Костић, 2010: 51) Сматрамо да не би било исправно у сврху опорезивања дохотка иностране контролисане компаније за пореске сврхе применити норму која није законски довољно дефинисана и која је подложна различитој интерпретацији. Такво поступање би водило правној несигурности.

Начело фактицитета се уобичајено сматра општом антиабузивном мером која се примењује у ситуацијама за које законодавац није предвидео специјално антиабузивно правило као што је, на пример, КИК правило. Општа антиабузивна мера је неопходни део закона, међутим, она уопштено противуречи законским одредбама које пореском обвезнику дозвољавају могућност уживања фискалних бенефита, и управо због тога, његова примена није лака. (*Prebble*, 2015: 5 – 6) Према томе, опште антиабузивне мере служе спречавању пореских планирања где порески

¹³ Чл. 2, ст. 2 ЗПДПЛ.

¹⁴ Чл. 9 Закона о пореском поступку и пореској администрацији, *Службени гласник РС*, бр. 80/02, 84/02 - исправка, 23/03-исправка, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05-др. закон, 62/06 - др. закон, 61/07, 20/09, 72/09-др. закон, 53/10, 101/11, 2/12- исправка, 93/12, 47/13, 108/13, 68/14, 105/14, 112/15, 15/16, 108/16, 30/18, 95/18, 86/19, 144/20, 96/21, 138/22) Пречишћен текст закључно са изменама из „Службени гласник РС“ број 138/22 које су у примени од 20/12/2022 (измене у чл.: 16а, 38, 77, 128, 131, 133, 167, 175а, 175б, 182а).

обвезник своју пореску структуру вештачки са намером усклађује са законом где се одобрава нека погодност, али у стварности, резултат је избегавање плаћања пореза, односно пореска уштеда. (*Prebble*, 2015: 2) Међутим, општа антибузивна правила могу унети значајан степен правне несигурности у пореско окружење, за шта је Србија изванредан пример зато што је једна нејасна и прешироко постављена норма дата на располагање пореском органу без његове претходне припреме за њену примену, као и без постављања било каквих ограничења које би новодобијену моћ спутавале. (*Kostić*, 2016: 125) Такође, начело фактицитета за које се сматра да представља општу антибузивну меру, у српском законодавству се користи и као средство за сузбијање незаконите¹⁵ евазије, уместо искључиво против законите¹⁶ а нелегитимне евазије. (*Ilić-Popov, Popović, Živković*, 2018: 11)

Поред наведеног да је одредба постављена превише широко, као и чињенице да служи и превенцији незаконите евазије, постоје сумње да начело фактицитета и није општа антибузивна мера. У оквиру једне докторске дисертације, изражено је мишљење да начело фактицитета није антибузивна мера и да се примењује без обзира на постојање пореских уштеда или намере избегавања пореза. (*Живковић*, 2023: 83-100) Да би се одређена одредба сматрала општом антибузивном мером, потребно је да има и субјективни елемент који се доказује утврђивањем објективних околности.¹⁷ Дакле, да би се опште антибузивно правило применило, мора постојати нека “шема” која доводи до тога да порески обвезник оствари пореску уштеду, где је потребно у обзир узети и суштину шеме (субјективни елемент) на основу које се објективно може закључити да је порески обвезник, или једна од особа које су учествовале у шеми, то учинио/ла са искључивом или доминантном намером да омогући добијање те пореске користи. (*Waerzeggers, Hillier*, 2016: 2)

Имајући у виду да начело фактицитета не подразумева утврђивање да је циљ одређене трансакције био постизање пореске уштеде или избегавања пореза (*Kostić*, 2016: 116, 117, 125, 127), и да је то само један од разлога зашто се квалификација овог начела као општег антибузивног правила може довести у питање (*Живковић*, 2023: 84), у хипотетичкој

¹⁵ За објашњење незаконите евазије вид. *Lakićević*, 2023: 185 – 189.

¹⁶ За објашњење законите евазије вид. *Lakićević*, 2023: 190 – 191.

¹⁷ Упоредити са антибузивним мерама као што је мера из члана 6 АТАД Директиве која важи за порез на добит и тест основног циља који важи за међународне трансакције и пореске уговоре. За више о тесту основног циља вид.: *Chand*, 2018: 18 – 44; *Danon*, 2020: 242 – 263. Ове опште антибузивне мере обухватају и сврху трансакције у виду субјективног елемента,

ситуацији, поменуто начело би могло бити примењено према домаћем пореском обвезнику, а у вези са контролираним ентитетима основаним у иностранству, без обзира на објективне околности које би показивале да намера, односно сврха, није или јесте била пореска уштеда. Поред тога, уколико би се начело фактицитета ипак применило према пореском обвезнику који заклања доходак преко базних компанија, поставља се питање да ли би домаћа пореска администрација сама одређивала правила по којој би се приход иностране контролисане компаније приписивао домаћем пореском обвезнику, или би се пратила КИК правила која се могу наћи у АТАД Директиви и Акцији 3. Уколико би се пратила КИК правила из АТАД Директиве и Акције 3, могло би се даље поставити питање зашто не имплементирати поменуто правила, и на тај начин не допустити пореској администрацији, или евентуално суду, да сами стварају ново правило интерпретирајући начело фактицитета, нарушавајући тиме додатно правну сигурност. На овај начин, једна широко постављена одредба у виду начела фактицитета, била би још мање јаснија, а пореска администрација не би била сигурна¹⁸ у ком правцу исту примењивати у случају са базним компанијама. Како би се успоставила правна сигурност, било би потребно имплементирати специјално антибузивно правило, односно КИК правила.

4.2. ОЕЦД/Г20 БЕПС Инклузивни Оквир

Притисак на пореске приходе многих држава због распрострањеног искоришћавања „пореских рајева“ и преференцијалних режима у земљама са иначе високим порезима, довео је, поготову по избијању глобалне финансијске кризе 2008. године, до координације напора да се домаћа пореска основица заштити од стратегија пореског планирања мултинационалних компанија. (Поповић, Илић-Попов, 2017: 15) ОЕЦД је 2013. године припремила БЕПС акциони план, подржан од стране Г20 лидера, који је идентификовао 15 акција којима би се на свеобухватан начин супротставило ерозији основице и премештању добити. (Поповић, Илић-Попов, 2017: 15) ОЕЦД/Г20 су презентовали крајем 2015. године финалне извештаје за сваку акцију посебно. (*Irawan*, 2016: 41) Циљ БЕПС пројекта је био опорезивање дохотка у месту где се одвијају економске активности и где је вредност створена.¹⁹

¹⁸ уколико устаљена пракса Управног суда Републике Србије не постоји, а што захтева доста времена.

¹⁹ OECD (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris, 3.

Од када је Кенедијева администрација предложила увођење КИК правила 1961. године, (*Lessambo, 2016: 200*) преко тридесет држава је усвојило наведена правила која нису била усклађена са великим променама пословног окружења, а многа од њих нису била дизајнирана на начин којим се могло ефикасно супротставити ерозији основице и премештању добити.²⁰ Акција 3 је дала препоруку структуре КИК правила која су прилагођена данашњем пословном окружењу, а такође су се државама оставиле многе опције како би ову антибузивну меру прилагодили свом пореском систему.²¹

Финални извештај БЕПС акције 3 је препоручио усвајање ефикасних КИК правила, чија је структура била подељена на шест блокова, (*van Hulle, 2017: 719*) међутим сви финални извештаји садржали су препоруке како да се наведени циљ постигне, а исте нису биле обавезујуће. (*Irawan, 2016: 42*) Како би се осигурала имплементација БЕПС препорука у национална законодавства, ОЕЦД и Г20 државе су 2016. године основале БЕПС Инклузивни Оквир (енг.: *BEPS Inclusive Framework*) за све заинтересоване државе, а у оквиру којег се пратила имплементација сваке препоруке из БЕПС акција за сваку државу која је део наведеног тела.²² У оквиру БЕПС Инклузивног Оквира, договорено је да четири акције буду имплементирани у виду минималних стандарда, док је имплементација осталих акција, међу којима је била и акција 3²³ која се односила на КИК правила, зависила од воље самих држава чланица.²⁴ Иако акција 3 није део минималног стандарда, једна од најрелевантнијих антибузивних националних мера према ОЕЦД јесу управо КИК правила. (*Piantavigna, 2017: 57*)

У случају да препоруке из БЕПС акције 3 постану део минималног стандарда²⁵, Србија као чланица²⁶ БЕПС Инклузивног Оквира, била би

²⁰ *Ibid.*, 9.

²¹ *Ibid.*, 10.

²² Monitoring and supporting implementation of the BEPS measures, преузето 28.10.2024. <https://www.oecd.org/en/topics/base-erosion-and-profit-shifting-beps.html>

²³ OECD (2015), Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris, 9.

²⁴ Monitoring and supporting implementation of the BEPS measures, преузето 28.10.2024. <https://www.oecd.org/en/topics/base-erosion-and-profit-shifting-beps.html>

²⁵ Што је данас мало вероватно, осим уколико КИК Правила не би била део неке обавезујуће мултилатералне конвенције у будућности.

²⁶ Members of the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, Updated: 28 May 2024. Преузето 20.10.2024. <http://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf>

условљена да поменута правила имплементира у своје национално законодавство. У наведеном случају, ако Србија не би имплементирала, тада обавезујућа КИК правила, суочила би се са вероватним политичким притиском осталих чланица БЕПС Инклузивног Оквира, што би резултирало увршћивањем Србије у „црне листе“ појединих држава. За сада, како правна обавезност имплементације не постоји, Србија не мора да уведе КИК правила у своје законодавство, међутим, не би требало занемарити чињеницу да тренд сузбијања ерозије пореске основице и премештања добити постаје све учесталији са великом подршком Г20 лидера и држава које су присталице БЕПС пројекта.

4.3. КИК правила у оквиру пореског законодавства ЕУ

Државе чланице ЕУ, које су уједно и извознице капитала, имале су неуједначена КИК правила која су често угрожавала фундаменталне слободе, које чине део примарног²⁷ права ЕУ. Конкретно, урачунавање прихода контролисана иностране компаније у пореску основицу акционара ствара препреку пореском обвезнику да оснује филијалу или огранак у другој држави чланици, што угрожава примарно слободу оснивања. (*Heidenreich*, 2013: 226 - 227) С обзиром да је за позитивну интеграцију потребна једногласност свих држава чланица, а што је тешко постићи код директних пореза, Комисија Европске уније се у почетку ослањала на негативну интеграцију, односно на одлуке Суда правде Европске уније (даље: СПЕУ) и по њима издавала комуникације²⁸ у којима је било дато образложење одлука наведеног суда, позивајући све чланице да примене такву интерпретацију у оквиру својих закона. (*Terra, Wattel*, 2012: 206) Услед непостојања законодавне интеграције, судска интеграција у виду случаја-до-случаја коју обликује СПЕУ води до забране националних мера које су у супротности са фундаменталним слободама. (*Terra, Wattel*, 2012: 210) У случају да се држава чланица Европске уније не повинује одлуци СПЕУ, Комисија пред истим судом може да покрене процедуру због угрожавања права ЕУ (енг.: *infringement procedure*), а уколико се донесе одлука у корист Комисије, тужена чланица мора да измени своју домаћу легислативу

²⁷ Фундаменталне слободе су део Уговора о функционисању Европске уније: Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union Consolidated version of the Treaty on European Union Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union Protocols Annexes to the Treaty on the Functioning of the European Union Declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon, OJ C 202, 7.6.2016.

²⁸ Комуникације су део меког права и нису правно обавезујуће, док одлуке СПЕУ јесу.

тако да не угрожава право Европске уније, јер се у супротном може суочити са великим новчаним казнама у виду пенала. (Adamczyk, Majdanska, 2018: 31)

СПЕУ је пре свега установио да КИК правила могу да угрозе слободу оснивања само у случају да постоји контрола акционара у виду поседовања минимално 50% акција или гласова у филијали. (Heidenreich, 2013: 226) Даље, СПЕУ је први пут у оквиру једног случаја²⁹ значајно обликовао КИК правила у Европској унији, (Heidenreich, 2013: 228) и установио да она могу да дискриминишу прекограничне трансакције, али је зато угрожавање фундаменталних слобода оправдано ако се испуне следећи кумулативни услови: (Heidenreich, 2013: 235)

- примена КИК правила само на потпуно артифицијалне аранжмане;
- примена наведених правила само на трансакције које не одражавају економску реалност, а која се утврђује на основу објективних фактора као што је постојање запослених, опреме и физичког простора.

Позитивна интеграција подразумева усвајање директива којима се хармонизују директни порези. (Pistone, Szudoczky, 2018:46) С обзиром да је потребна једногласност за усвајање директиве, што отежава саму хармонизацију директних пореза, Комисија је постепено, издавајући комуникације, указивала на опасност од ерозије пореске основице и премештања капитала и тиме припремала државе чланице на усвајање евентуалне директиве. Последња и најзначајнија комуникација³⁰ која је претходила доношењу АТАД Директиве, указивала је на пет области где је потребно реаговати у циљу спречавања ерозије пореске основице и премештања добити. (Pistone, Szudoczky, 2018: 55 - 56) У оквиру једне од области поменуте комуникације наводило се да мере за спречавање ерозије пореске основице и премештања профита морају да буду усмерене ка циљу ефективног опорезивања у месту где се профит генерише и одакле се активност врши и предлагала је увођење и побољшање КИК правила као једну од антибузивних мера.³¹

²⁹ Case C-196/04 *Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue* [2006].

³⁰ COM(2015) 302 final, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: A Fair and Efficient Corporate Tax System in the European Union: 5 Key Areas for Action, Brussels, 17.6.2015.

³¹ COM(2015) 302 final, 8-9.

Ангажовањем Комисије на овом пољу довело је половином 2016. године до усвајања АТАД Директиве чији је циљ био имплементација препорука из ОЕЦД/Г20 БЕПС извештаја у правни оквир Европске уније, (Spindler-Simader, Wöhrer, 2018: 286) а која је предвиђала и правило о контролисаној иностраној компанији. (Govind, Zolles, 2018: 224) Наведена Директива је прва хармонизовала КИК правила, а до тада се Комисија ослањала само на негативну интеграцију СПЕУ. (Govind, Zolles, 2018: 234) Директива је обухватала пет антибузивних мера које су у складу са негативном интеграцијом СПЕУ, а у виду минималног стандарда, али је државама чланицама остављена могућност да наведене мере примењују стриктније, са препоруком да не нарушавају фундаменталне слободе. (Govind, Zolles, 2018: 227.; de Groot, 2019: 770)

Што се тиче саме структуре ове антибузивне мере, у финалном извештају Акције 3 наглашено је да су национална права чланица Европске уније ограничена фундаменталним слободама, па су све препоруке дате у складу са негативном интеграцијом СПЕУ, тако да могу да се примене и у државама које су чланице Европске уније.³² Према томе, АТАД Директива се заснива на препорукама из БЕПС акција. (Spindler-Simader, Wöhrer, 2018: 286) С обзиром да Директива обезбеђује само минимални ниво заштите и да се чланицама даје избор многих опција, БЕПС имплементација у законодавство ЕУ није потпуно хармонизована. (Spindler-Simader, Wöhrer, 2018: 286)

Директива као правни акт ЕУ представља „тврдо“ право, па је тако имплементација КИК правила у законодавствима држава чланица постала обавезујућа од 1. јануара 2019. године. (van Hulle, 2017: 720) Државе које су већ имале КИК правила, биле су у обавези да их ускладе са Директивом, док оне чланице које нису имале наведена правила, биле су у обавези да их усвоје у потпуности. (Pora, 2019: 121 - 122) Србија за сада није чланица Европске уније, али је потписала Споразум о стабилизацији и придруживању Европској унији³³ 2013. године где се обавезала да своје законодавство усклади са правом Европске уније. Према Извештају Европске Комисије за 2023. године³⁴, Србија је своје право ускладила у већој мери са европским законодавством, али не у потпуности. Имајући у виду да се у будућности очекује додатна хармонизација са правом

³² OECD (2015), Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris, 17.

³³ Чл. 2, ст. 1 Споразума о стабилизацији и придруживању. Преузето 20.10.2024. https://www.mei.gov.rs/upload/documents/sporazumi_sa_eu/ssp_prevod_sa_anexima.pdf

³⁴ Commission Staff Working Document, Serbia 2023 Report, SWD(2023) 695 final, Brussels, 8.11.2023,114–115.

Европске уније, сматрамо да је потребно да Србија имплементира и чланове АТАД Директиве који, као део минималног стандарда, прописују КИК правила.

5. Закључак

КИК правила су од момента првог усвајања 1962. године, постала део анти-абузивног система држава извозница капитала. Државе су дљље прилагођавале ову меру својим националним системима што је довело до њихове неуједначене примене, а такође пословно окружење се брзо мењало са новим техникама агресивног пореског планирања. Како би КИК правила у што већој мери била усаглашена између држава, БЕПС акција 3 је пружила одређене препоруке чланицама БЕПС Инклузивног Оквира. Препоруке су биле усаглашене са легислативом Европске уније, што је и довело до тога да се 2016. године усвоје КИК правила у виду минималног стандарда у оквиру обавезујуће АТАД Директиве, а у складу са препорукама из БЕПС акције 3.

Србија не припада групи држава извозницама капитала, што је највероватније и главни разлог непостојања КИК правила у домаћој легислативи, међутим, српски резиденти оснивају привредна друштва у иностранству, која потенцијално могу да послуже као базне компаније. Аутор наводи неколико разлога због којих сматра да је потребно КИК правила имплементирати у домаће законодавство.

Пре свега, потребно је заштитити фискалне интересе Републике Србије, имајући у виду да, на пример, нешто преко осам процената укупних прикупљених пореских прихода чини порез на добит правних лица. Како би пореске власти могле да домаћим правним лицима припишу добит иностраних контролисаних филијала, и тиме разрежу већи порез на добит у случају примене шема са базним компанијама, потребно је да постоје јасне законске норме које видимо само у КИК правилима. У оквиру важеће домаће регулативе, не постоје адекватне алтернативне мере које би могле да спрече одлагање пореске обавезе или пореску уштеду применом базних компаније. Пореске власти у Србији би потенцијално могле, тумачењем места стварне управе и контроле, као и применом начела фактицитета, приход базне компаније да опорезују. Међутим, примена обе норме не би била оправдана с обзиром на то да су широко постављене и отварају врата правној несигурности. Додатно, уколико би се применило начело фактицитета, поставља се и питање на који начин би се приход иностране контролисане компаније приписао резиденту Републике Србије.

Даље, Србија је део БЕПС Инклузивног оквира, и од ње се очекује да своје законодавство усклади са БЕПС препорукама. Иако акција 3 није део обавезујућег минималног стандарда, не би требало занемарити чињеницу да тренд сузбијања ерозије пореске основе и премештања добити постаје све учесталији са великом подршком Г20 лидера и држава које су присталице БЕПС пројекта.

На крају, истичемо да је Србија 2013. године потписала Споразум о стабилизацији и придруживању Европској унији, што је обавезује да своје право хармонизује са легислативом Европске уније. У Извештају Европске Комисије за 2023. годину, наводи се да је Србија у већој мери хармонизовала своје право са законодавством Европске уније, али не у потпуности. Имајући у виду да Србија претендује да постане чланица Европске уније, сматрамо да је пожељно да на време своје право у области директних пореза у потпуности хармонизује са АТАД Директивом, која је обавезујућа за све државе чланице Европске уније.

Аутор закључује да тренутна законодавна регулатива није у могућности да ефикасно одговори на тренд ерозије основе и премештања добити у виду заклањања дохотка, и предлаже имплементацију КИК правила по препорукама из БЕПС акције 3, на којима се такође заснива и АТАД директива, с обзиром на то да Србија тежи уласку у ЕУ, а такође је и део БЕПС Инклузивног Оквира. Поред тога, имплементацијом ових мера бисмо показали међународној заједници већу спремност у супротстављању ерозији пореске основе и премештању добити, као и одлучност веће хармонизације домаћих пореских норми са законодавством Европске уније у области директних пореза. КИК правила би уједно послужила пореским властима да се на ефикаснији начин супротставе примарном и секундарном заклањању дохотка.

Литература

Adamczyk, L., Majdanska, A. (2018). The Sources of EU law relevant for direct taxation. U: Lang M. et al. (Prir.). *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation*, 5th ed. Wien: Linde. 2 – 35.

Arnold, B. (2016). *International Tax Primer*, third edition. Amsterdam: Kluwer Law International.

Chand, V. (2018). The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis. *Intertax*. 46(1). 18 – 44.

- Danon, R. (2020). The PPT in Post-BEPS Tax Treaty Law: It Is a GAAR but Just a GAAR!. *Bulletin for International Taxation*. 74(IV/V). 242 – 263.
- de Groot, I. M. (2019). Implementation of the Controlled Foreign Company Rules in the Netherlands. *Intertax*. 47(VIII - IX). 770-783.
- Dharmapala, D., Hines Jr. J. (2006). Which Countries Become Tax Havens?, *National Bureau of Economic Research*. Working Paper 12802(MMVI). 1 – 48.
- Finnerty, C., Merks, P., Petriccione, M., Russo, R. (Prir.). (2007). *Fundamentals of international tax planning*. Amsterdam: IBFD.
- Govind, S., Zolles, S. (2018). The Anti-tax avoidance Directive. U: Lang M. et al. (Prir.). *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation*, fifth edition. Wien: Linde. 218 – 255.
- Heidenreich, M. (2013). CFC rules as an instrument to counter abuse. U: lang, M., Karin, S. i Elisabeth, T. (Prir.). *Limits to tax planning*. Wien: Linde. 215 - 252.
- Ilić-Popov, G., Popović, D., Živković, L. (2018). A: Anti-avoidance measures of general nature and scope – gaar and other rules. *International Fiscal Association 2018 Seoul Congress*, vol. 103.
- Irawan, R. (2016). Historical development of the OECD's work on treaty abuse. U: Blum, D., Seiler, M. i Lang, M. (Prir.). *Preventing treaty abuse*. Wien: Linde. 23 – 44.
- Kostić, S. (2016). Načelo fakticiteta u srpskom poreskom pravu. *Harmonius*. 5(MMXVI). 112 – 129.
- Lakićević, M. (2023). Oblici ispoljavanja poreske evazije i mjere ua njeno otkrivanje i suzbijanje. U: Mikerevi, D. i Pucarević, M. (Prir.). *Osnove savremene teorije poreza*. Banja Luka: Poreska akademija. 179 – 214.
- Lessambo, F. (2016). *International Aspects of the US Taxation System*. New York: Palgrave MacMillan.
- Nielsen, L. (2018). New Perspective on the Taxation of CFCs in Third Countries?. *European Taxation*. 58(XII). 571 – 575.
- Petrović, A. (2023). Offshore poslovanje. U: Mikerevi, D., Pucarević, M. (Prir.). *Osnove savremene teorije poreza*. Banja Luka: Poreska akademija. 265 – 334.
- Piantavigna, P. (2017). Tax Abuse and Aggressive Tax Planning in the BEPS Era: How EU Law and the OECD Are Establishing a Unifying Conceptual Framework in International Tax Law, despite Linguistic Discrepancies. *World Tax Journal*. 9(I). 47 – 98.

Pistone, P., Szudoczky R. (2018). Coordination of Tax Laws and Tax policies in the EU. U: Lang M. et al. (eds.). *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation*, 5th edition. Wien: Linde, 36-61

Popa, O. (2019). An Overview of ATAD Implementation in EU Member States. *European Taxation*. 59(II/III). 120 – 122.

Popović, D., Ilić-Popov, G. (2017) Značaj i efekti BEPS multilateralne konvencije u međunarodnom poreskom pravu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 75(MMXVII). 13 – 31.

Popović, D., Kostić, S. (2010). (Zlo)Upotreba stranih pravnih lica za izbegavanje poreza u Srbiji. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 2(LVIII). 36 – 59.

Prebble, J. (2015). Kelsen, the Principle of Exclusion of Contradictions, and General Anti-Avoidance Rules in Tax Law. *WU International Taxation Research Paper Series*. 23(MMXV). 1 – 26.

Spindler-Simader, K., Wohrer, V. (2018). Implementation of the EU Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164) in Austria. *European Taxation*. 58(VII). 286 – 298.

Terra, B., Wattel, P. (2012). *European Tax Law*, sixth edition. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

Thuronyi, V. (2003). *Comparative Tax Law*. Washington: Kluwer Law International. van Hulle, G. (2017). Current Challenges for EU Controlled Foreign Company Rules. *Bulletin for International Taxation*. 71(XII). 719 – 724.

Vann, R. (1998). International Aspects of Income Tax. U: Thuronyi, V. (Prir.). *Tax Law Design and Drafting*. Vol. 2. Washington: International Monetary Fund. 718 – 810.

Waerzeggers, C., Hillier, C. (2016). Introducing a general anti-avoidance rule (GAAR) - Ensuring that a GAAR achieves its purpose, *Tax Law IMF Technical Note*. 1(MMXVI). 1 – 10.

Živković, L. (2023). Opšta antiabuzivna pravila. *doktorska disertacija*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Пропуцу

Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union Consolidated version of the Treaty on European Union Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union Protocols Annexes to the Treaty on the Functioning of the European Union Declarations annexed to the Final Act of the

Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon, OJ C 202, 7.6.2016.

Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market, OJ L 193, 19.7.2016.

Закон о порезу на добит правних лица, Службени гласник РС, број 25/01, 80/02 - др. закон, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10, 101/11, 119/12, 47/13, 108/13, 68/14 - др. закон, 142/14, 91/15 - др. пропис, 112/15, 113/17, 95/18, 86/19, 153/20, 118/21) Пречишћен текст закључно са изменама из „Службени гласник РС“ број 118/21 које су у примени од 01/01/2022.

Закон о пореском поступку и пореској администрацији, Службени гласник РС, број 80/02, 84/02 - исправка, 23/03 - исправка, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05 - др. закон, 62/06 - др. закон, 61/07, 20/09, 72/09 - др. закон, 53/10, 101/11, 2/12 - исправка, 93/12, 47/13, 108/13, 68/14, 105/14, 112/15, 15/16, 108/16, 30/18, 95/18, 86/19, 144/20, 96/21, 138/22) Пречишћен текст закључно са изменама из „Службени гласник РС“ број 138/22 које су у примени од 20/12/2022 (измене у чл.: 16а, 38, 77, 128, 131, 133, 167, 175а, 175б, 182а).

Правилник о листи јурисдикција са преференцијалним пореским системом, Службени гласник РС, бр. 122 од 25. децембра 2012, 104 од 28. децембра 2018.

Споразум о стабилизацији и придруживању. Преузето 20.10.2024. https://www.mei.gov.rs/upload/documents/sporazumi_sa_eu/ssp_prevod_sa_anexima.pdf

Судске одлуке

Case C-196/04 *Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue* [2006] ECLI:EU:C:2006:544.

Интернет извори

Извештај Међународног монетарног фонда. Преузето 27.10.2024. <https://topforeignstocks.com/2009/06/13/the-top-net-capital-importers-and-exporters-of-capital-in-2008/>

Извештај Светске банке. Преузето 20.10.2024. <https://www.statista.com/chart/18356/net-importers-and-exporters/>

Monitoring and supporting implementation of the BEPS measures, преузето 28.10.2024. <https://www.oecd.org/en/topics/base-erosion-and-profit-shifting-beps.html>

Members of the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, Updated: 28 May 2024. Преузето 20.10.2024, <http://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf>

Остали извори

Commission Staff Working Document, Serbia 2023 Report, SWD(2023) 695 final, Brussels, 8.11.2023.

COM(2015) 302 final, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: A Fair and Efficient Corporate Tax System in the European Union: 5 Key Areas for Action, Brussels, 17.6.2015.

OECD. (1986). Double taxation conventions and the use of base companies.

OECD (2015), Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris.

Ministarstvo finansija Republike Srbije. (2024) *Bilten javnih finansija*. Tom 11 broj 231.

Miloš Vasović, LL.M.,
Research Assistant,
Institute of Comparative Law, Belgrade

CONTROLLED FOREIGN COMPANY AS AN ANTI-ABUSE PROVISION IN SERBIAN TAX LAW

Summary

In the latter half of the 20th century, a trend emerged in traditional capital-exporting countries to shield income through tax structures involving base companies, thereby deferring or entirely avoiding tax payments in the shareholder's country of residence. Starting with the United States, other capital-exporting countries, certain members of the BEPS Inclusive Framework and EU member states introduced Controlled Foreign Company (CFC) rules as a targeted anti-abuse measure. Currently, Serbia's tax laws lack effective measures to prevent or deter tax deferral or avoidance through the use of base companies. Hence, implementing CFC rules into domestic legislation would be significant not only for aligning national law with European standards but primarily to protect Serbia's fiscal system. Assuming that CFC rules have been implemented and harmonized in most countries globally under the OECD/G20 BEPS project and the EU Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD), and given Serbia's aspirations to join the EU and its participation in the BEPS Inclusive Framework, this paper employs the normative dogmatic, comparative, and content analysis methods, with reference to the practice of the Court of Justice of the European Union. In this manner, to prevent tax avoidance and deferral while safeguarding fiscal interests, we aim to provide recommendations to enhance national direct tax legislation.

Keywords: CFC rules, base companies, EU Tax Law, BEPS, Tax avoidance.

Vladimir Georgiev, LL.B.,¹
LLM Student,
Faculty of Law, Goce Delchev University, Shtip,
Republic of North Macedonia

UDK: 341.217.02(4-672EU)

UDK: 341.176(4-672EU)

UDK: 341.232(4-672EU)

DOI: 10.5281/zenodo.14424863

Прегледни научни чланак

Примљен: 9. 11. 2024.

Прихваћен: 19. 11. 2024.

THE ENLARGEMENT OF THE EUROPEAN UNION: CRITICAL ASSESSMENT OF THE LEGAL CONDITIONS FOR ACCESSION

Abstract: *This article examines the existing procedures for acceding to the European Union. In theory, enlargement is a policy driven by EU institutions as a methodology to prepare the applicant states to become members of the EU. However, we may witness that the EU Member States have increased their control over this process to gain points in their domestic political battles. The importance of fostering the enlargement process towards a more objective field will be argued in this paper, based on predictable legal standards prescribed by the EU legal order, enhancing the credibility of EU commitments towards candidate states and, consequently, the effectiveness of the enlargement policy's acclaimed transformative power. A clear example of this unfortunate scenario is the case of North Macedonia's accession process towards the European Union, where the process of enlargement is a clear example of an instrumentalisation of EU law and cultural-identitarian offensive arguments that negatively impact the rule of law of the EU.*

Keywords: *accession, enlargement, EU institutions, constitution, Copenhagen criteria, European integration.*

1. INTRODUCTION

The enlargement process is constantly analysed via the prism of EU conditionality and compliance with accession criteria rather than mere EU membership (Jano, 2024:2). The insistence on conditionality and clear accession criteria is forced due to concerns about the post-accession compliance of the

¹Vladimir Georgiev, a graduate student in legal studies at the Faculty of Law, "Goce Delchev" University, Shtip, Republic of North Macedonia; e-mail: vladimir.georgiev169@gmail.com.

latest EU member states, such as Bulgaria, Romania, and Croatia (Schimmelfennig, Trauner, 2009: 4). In this light, the EU has reformed its accession procedures and criteria rules to ensure that aspiring states express their willingness and demonstrate their capability and commitment to meet the EU's political, economic, and legal standards. The EU and its Member States consider stricter accession conditionality and additional obligations essential to prepare aspiring candidate states thoroughly before becoming full members.

However, this has been used as a pretext by the EU member states to exert greater control over the enlargement process and to be dictated by the national political agenda. The recent hurdles in the process are motivated by purely political and domestic reasons of member states, which underscore the need for a balanced approach that addresses the need to change the attitude of EU institutions and their members towards the legal accession criteria and procedures. This negative tendency compromises the integrity of the Lisbon Treaty provisions and conflicts with the fundamental principles of EU law.

This article attempts to present the historical evolution of the EU accession criteria and procedures, focusing on the debates from the pre- to post-Copenhagen era. It will scrutinise the origins and evolutions of the membership norms, emphasizing the legal nuances of the procedures and the normative criteria. An attempt will be made to detail the institutionalisation of accession criteria and the transformation of procedures from the classical to multi-step EU accession. Unveiling the present challenges, the article advocates for a re-evaluation to reclaim normative consistency in the EU accession process. Some light will be cast on existing legal remedies to address the problem and redirect the process from the purely nationalistic interests of the Member States and the EU commitments, and the underlying policy formulated in the EU founding treaties.

2. ELEMENTS OF THE ENLARGEMENT POLICY

Nine countries are currently waiting to become EU member states. Serbia, Montenegro, Albania, Ukraine, Moldova, Bosnia and Herzegovina, Georgia, Turkey, and North Macedonia have been acknowledged as candidate states. The normative pathway for their accession towards full membership is guided by the provisions of Article 49 of the Lisbon Treaty. However, in practice, the essential roadmap for the accession process is derived from the established practice of the EU institutions within each of the expansion phases (Hillion, 2010: 9). This leads to situations where the material and procedural requirements are part of different sets of EU rules and mechanisms, which

should supplement the basic requirements provided in Article 49 of the Lisbon Treaty. Jointly taken, the law and practice have devised policy criteria for certain states' eligibility for membership and the means for one state to prepare itself to become a member. However, the latest developments in the enlargement process have raised serious questions about the credibility of the whole policy and practice.

2.1. Accession Conditions under the EU Founding Treaties

In the beginning, the European identity was the only condition for membership in the Community. Article 237 of the Rome Treaty proclaimed that "any European state may apply to become a member of the Community". The first enlargement of the European Community in 1973 (Britain, Ireland and Denmark) did not occur on the basis of any other explicit membership criteria. Towards the end of the 1970s, the membership conditions became an explicit matter of concern because of the unfolding events in Greece, Portugal and Spain. These countries were making a transition from authoritarian rule to democracy. The Council wanted to support and encourage democratic forces and clarified that these countries could join the Community if they proceeded with democratisation (Smith, 2010: 109). It was declared by the European Council that "respect for and maintenance of representative democracy and human rights in each Member State are essential elements of membership in the European Communities".²

Afterwards, many other conditions have evolved. Nowadays, for a country to be able to apply for EU membership, it must meet the criteria set out in the EC Treaty. To gain membership, it must meet the Copenhagen Criteria established by the European Council in 1993 and enforced by previous enlargements.³ Thus, according to the Copenhagen criteria, the candidate countries must demonstrate the stability of institutions guaranteeing democracy, the rule of law, human rights and respect for and protection of minorities; the existence of a functioning economy as well as the capacity to cope with competitive pressure and market forces in the European Union; and the ability to take on the obligations of membership, including the adherence to the aims of political, economic and monetary union.⁴

Under the leading role of the European Commission, the European Council subsequently redefined the normative content of these admission conditions,

² Copenhagen European Council, Declaration on Democracy, 8 April (EC Bull. 4-1978).

³ Conclusions of the Presidency, European Council in Copenhagen, 21-22 June 1993, p 13.

⁴ EUR-Lex: Assession criteria (the Copenhagen criteria), <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/accession-criteria-copenhagen-criteria.html>

bearing in mind the circumstances of each round of enlargement and the candidates involved. Thus, the Madrid European Council of December 1995 referred to the need 'to create the conditions for the gradual, harmonious integration of [the applicant] countries, particularly through the development of the market economy, the adjustment of their administrative structures and the creation of a stable economic and monetary environment.' The European Council thereby emphasised the importance of establishing the appropriate administrative structures for the candidates to cope with the well-established obligations of membership, e.g., the implementation of the *acquis* (Dimitrova, 2002:171). Furthermore, the 1994 Essen European Council's Presidency Conclusions added to the accession criteria the good neighbourliness conditionality, emphasising regional cooperation and good relations between candidate countries and member states to prevent conflicts from entering the Union.⁵ This condition was re-affirmed in the 1999 Helsinki European Council, urging candidate countries to resolve border disputes and related issues. The good neighbourliness condition is seen as a mechanism to address security concerns about unresolved issues, such as border disputes and minority protection in candidate countries (Basheska, 2014: 99).

Throughout the latter part of the 1990s, new instruments were added to enhance the pre-accession strategy.⁶ Hence, following the 1997 Luxembourg European Council, the Copenhagen criteria were progressively spelt out in short, medium, and long-term priorities compiled in 'accession partnerships' (APs) adopted by the EU, which the candidates would have to meet in view of and as a condition of their ultimate accession.⁷ The Commission was also requested to produce detailed evaluations of each candidate's performance in implementing the APs by publishing annual progress reports, based on which the European Council would determine the pace of accession negotiations. In particular, the pre-accession financial assistance could be reviewed if progress in meeting the Copenhagen criteria was deemed insufficient. This periodical reporting on candidates' progress contrasted with previous accession procedures where the Commission issued only two opinions on any membership application (Hillion, 2010:14).

Thus, the European Council vested far-reaching powers to EU institutions, particularly the Commission, to monitor how candidates prepared for their accession. The Commission was indeed re-organized to include a specific

⁵ Presidency Conclusions, European Council, Essen, 9–10 December 1994.

⁶ Agenda 2000. The Challenge of Enlargement', COM(97) 2000, vol. II.

⁷ Council Regulation 622/98 (OJ 1998 L85/1).

Directorate General for Enlargement. Acting well beyond its traditional role of 'guardian of the [EC] Treaty' vis-à-vis the Member States, the Commission acquired the pivotal function of promoting and controlling the progressive application of the wider EU acquis by future members.

The European Union introduced additional accession criteria that considered factors such as the political situation of candidate countries and past experiences with EU enlargements. Most Western Balkan countries face additional accession criteria, shaped by insights gained from prior enlargements and addressing politically sensitive matters with a significant security dimension (Jano, 2024: 12). For Serbia, these additional requirements included full cooperation with the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia (ICTY) and normalisation of relations with Kosovo. Meanwhile, North Macedonia faced the importance of resolving bilateral standoffs, such as the ones with Greece over the name issue and Bulgaria over the language and historical issues (Kmezić, 2015:13).

As a concluding remark from this historical overview, we can establish that the enlargement has thus become a policy, as opposed to merely a procedure governed by a set of detailed substantive rules encompassing evolving accession conditions and principles. Through this policy, the EU has actively prepared the candidates to transform them into Member States. Notably, the evolution from procedure to policy has nuanced the original intergovernmental character of the enlargement process. It has allowed for an increased role in the EU institutional framework. Over time, accession criteria have enriched the broad Copenhagen political criteria with contents that may have needed to be improved given the limited, if not non-existent, relevant EU norms (Albi, 2005:46).

2.2. Concerns over the Efficiency of the Enlargement Procedure

One of the main criticisms of the EU's current accession procedures and criteria revolves around double standards and asymmetric positioning. The EU's demands on candidates differ from those they face once accepted as members (Hillion, 2010:15). This discrepancy may be the root cause of several of the enlargement policy's shortcomings.

Firstly, there is an established practice where various member states have utilised veto power at various stages of the accession process for different candidate states. Thus, the pre-accession requirement to resolve any "open issue" between an EU member state and a candidate country, coupled with the unequal power dynamics during accession negotiations, places the accession process at the discretion of the Member State's will. The established

practices have made it easier for individual member states to delay or block the accession process through the (mis)use of the veto power, enabling them to push their national interests and block the accession process at any time, given that unanimous agreement among all member states is required at the various stages of the accession process (Jano, 2024:13). The latest examples of this problematic tendency were evident between 2019-2022 when France and, later, Bulgaria vetoed the start of accession negotiations with North Macedonia over bilateral disputes despite the positive opinion from other EU institutions (Basheska, 2022: 222).

Secondly, there is a discrepancy in the actions of the different bodies of the EU institutions, which is the case in the North Macedonia accession process. In the concrete case, the Commission recommends opening the negotiating chapters. At the same time, the Council of the EU imposes requirements in the Negotiating framework⁸ that contradict the provisions of Article 4 §2 of the Lisbon Treaty, which reads as follows: “The Union shall respect the equality of Member States (analogical application for prospective members?) before the Treaties as well as their national identities, inherent in their fundamental structures, political and constitutional”. Quite the opposite, paragraph 4 of the Council conclusions, attached to the Negotiating framework from 2022, expressly prescribes the need for North Macedonia to enact relevant constitutional changes to include “in the Constitution citizens who live within the borders of the state and who are part of other people, such as Bulgarians.”⁹. This raises accusations of double standards that have undermined the credibility of the Union’s commitments to the norms and values it has advocated vis-vis the applicants. In turn, this has consequently questioned the legitimacy of the Union’s conditionality and, ultimately, the effectiveness of its transformation agenda.

The broad scope of conditions and the growing complexity have raised concerns about fairness and equity, unintentionally compromising their credibility as an effective tool for assessing the candidate countries’ progress (Kochenov, 2004: 23). To enhance the credibility of accession criteria, scholars suggest a more focused approach of strategically singling out specific conditions instead of the numerous requirements currently in place (Steunenberg, Dimitrova, 2007: 11).

⁸ Negotiating framework with North Macedonia, July 2022

⁹ Council Conclusions on Enlargement: 11440/22, Council of Europe, Brussels, 18 July 2022

3. HOW TO REFORMULATE THE EU ENLARGEMENT POLICY

3.1. Application Procedure Under Article 49(1) Of The Lisbon Treaty

Since 2006, before Bulgaria and Romania's accession, the Commission has envisaged new principles to govern the EU enlargement policy and methodology, particularly that of 'rigorous and fair conditionality' (Hillion, 2010:18). Accepting the Commission's new approach, the European Council agreed that 'the enlargement strategy based on consolidation, conditionality and communication, combined with the EU's capacity to integrate new members, forms the basis for a renewed consensus on enlargement'.¹⁰ The 'new consensus' attempts to address the concerns related to ill-prepared candidates and public disenchantment. This means that, based on a Commission recommendation,¹¹ the Council may define 'benchmarks' that the candidate must meet for the EU to open and close a particular negotiating chapter. In addition to introducing benchmarks, changes in the interpretation and implementation of the application procedure contained in Article 49(1) of the Lisbon Treaty have strengthened Member States' control over the enlargement policy.

Given the restrained judicial intervention, the vagueness and scarcity of Treaty rules have left plenty of room for creative interpretation, which has fallen on the Member States and the EU political institutions. Indeed, in the reading and practice of Article 49(1), political considerations and expediency have been as decisive, if not more, as the quest for objectiveness, certainty and effectiveness. The evolving interpretation of Article 49 is particularly evident regarding the role of the different EU institutions. The provision stipulates that the candidate's application will be sent to the Council, which decides unanimously after the Commission has provided its opinion and the European Parliament its consent. The provision's words give the impression that the Council decides only after the other institutions have been consulted.

In practice, however, the Council 'decides' early, determining the application's fate. Thus, the practice has developed according to which the Commission only prepares and gives its Opinion on the application once the Council has requested it. This example has proven that the Council (and thus, each Member State) has acquired the power to assess the admissibility of the application

¹⁰ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Enlargement Strategy and Main Challenges 2006 – 2007, COM(2006) 649, pp. 3-4.

¹¹ Benchmarks are drafted by line DGs of the Commission, following the so-called 'screening process', further see https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/enlargement-policy/steps-towards-joining_en.

before the Commission and, indeed, the Parliament, both endowed with the power to give their views and have the chance to express them. Also, this practice is quite suspicious if we read the procedural requirements of Article 49(1), which stipulates that the Council's formal decision on the application is to be made after the Commission has formally presented its Opinion. The introduction of such preliminary Council decisions weakens the role of the other EU political institutions and de facto changes the nature of the procedure of Article 49(1), which is, in principle, inter-institutional and, in practice, intergovernmental.

The Council's interpretation of Article 49(1) of the Lisbon Treaty not only amounts to an institutional and procedural adjustment but also entails substantive changes by establishing new conditionality. Indeed, the Council's preliminary assessment has not been restricted to ascertaining that the essential requirement in the Treaty is fulfilled and that the demand comes from a European State.

The Council has also set country-specific conditions for transmitting the application to the Commission. For example, the request for the Commission's Opinion on the application of Serbia was held back, awaiting the Advisory Opinion of the International Court of Justice (ICJ) on Kosovo's declaration of independence¹² and, importantly, awaiting the Serbian government's reaction to the ICJ's Opinion.

It should be mentioned that Member States continue to exercise influence on the process after having requested an Opinion from the Commission. The latter establishes a questionnaire on the candidate's legal situation in all areas covered by the EU acquis. The answers provided by the candidate state form the basis of the Commission's subsequent Opinion on its application. In principle, the pace at which the Commission processes the answers and produces its Opinion depends on the quality of the candidates' replies. Yet, practice has shown that political considerations may also affect how the Commission operates, as the college is not immune to Member States' pressure.

3.2. Nationalisation of the Enlargement Procedure

The Member States have invoked unilateral measures at the national level that have had a direct impact on the enlargement process and contributed to the creeping nationalisation of the policy. To be sure, the intergovernmental component of the enlargement process has always been prominent. Hence,

¹² Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo (request for advisory opinion).

Article 49(2) of the Lisbon Treaty envisages that the Accession Treaty is, in principle, negotiated and concluded by the Member States and the candidate state(s) before being ratified, following their respective constitutional requirements. Akin to a revision treaty based on Article 48 of the Lisbon Treaty, an accession treaty cannot enter into force without the unanimous approval of every EU Member State. Accession to the EU can thus be stopped if a Member State fails to ratify the Treaty of Accession.

While no such Treaty has ever been blocked in practice, it may be argued that obstruction is unlikely. First, given that all Member States must approve of further enlargement and given their increasing number, there has also been an increase, at least numerically, in possible national stumbling blocks. Secondly, as will be shown below, certain Member States have modified their domestic constitutional rules governing the ratification of the Accession Treaty. These modifications increase these Member States' control over EU enlargement in a way that carries the risk of clogging up the procedure of Article 49, if not making it worthless. Indeed, it has been argued that the notion of 'constitutional requirements' has been instrumentalised to the extent that it risks creating a mockery of the [EU enlargement] process.

Member States have also strengthened their grip on other stages of the enlargement procedure through changes in national laws. Following the German Constitutional Court judgment on the Lisbon Treaty,¹³ the amended German ratification law foresees an increased involvement of the Bundestag in EU affairs. In particular, the new rule requires that the German government seek the opinion of the parliament on the opening of accession negotiations. Since then, the consultation requirement has been invoked at various stages of the enlargement procedure, not only for the specific decision to open accession talks. It is illustrated in the 'Albanian application' episode, referred to above, in which the law was brought into play before the decision to request the Commission's opinion. While the opinion of the Bundestag does not bind the government, they are asked to seek a common position in the specific enlargement field. All in all, if the German Parliament were to give a negative opinion on the matter, the start of the EU enlargement procedure could be stalled.

3.3. Legal means to overcome this barrier

The failure of objective conditionality and inconsistency in applying the Copenhagen criteria, especially concerning certain candidate countries like

¹³ Judgment of the Court of 22 Nov.1978. *Lothar Mattheus v Doego Fruchtimport und Tiefkühlkost eG*. Reference for a preliminary ruling: *Amtsgericht Essen - Germany*. Case 93/78

the Western Balkans, raises broader questions about the normative consistency of the EU's conditionality strategy, positioning EU – EU-candidate relations on a geopolitical axis outside the established accession framework with a tendency to prioritise (geo)political convenience over strict adherence to the Copenhagen norms (Jano, 2024:15).

The case in the Western Balkans has shown the limit of these conflicting objectives in the political conditionality of prioritising geopolitical considerations over stricter demands for liberal democracy (Smith, Khaze, Kovačević, 2023:169). On a more general note, the post-2005 EU lacks a clear consensus on its identity as a political community of liberal democracies and, thus, on the requirements for the type of state eligible for membership. This lack of the core normative consensus on membership norms necessitates re-establishing the core democratic values and standards envisioned by the Copenhagen criteria to render the EU accession process credible and consistent. Adherence to the Copenhagen criteria should be the norm for accession, where candidate countries and the EU (including its member states) should commit to the principle of liberal democracy and deliver membership after plausibly fulfilling this standard.

As shown above, Member States often assert their specific interests and domestic considerations in the context of enlargement, arguably at odds with the Treaty-based procedure. This tendency challenges the discipline fundamental to the EU as a constitutional order (Dashwood, 2001), thus raising the question of how the latter's integrity may be protected against too much encroachment by Member States. The most substantial incentive to discipline within the EU legal order emanates from the European Court of Justice. The final part of this article will explore the Court's jurisdiction in issues related to enlargement. Then, it will evaluate the possible legal remedies available to circumscribe Member States' eagerness to restrict further the application of Article 49 of the Lisbon Treaty, focusing on Member States' non-compliance with procedural and substantive requirements and the infringement of the principle of loyal cooperation.

3.3.1. Could the Court of Justice be used as legal means to remedy this deficiency?

The founding treaties prescribe that the enlargement policy is not immune from judicial control. The establishment of the multi-pillar EU by the Maastricht Treaty did not change this. Under the Lisbon Treaty's formulation, Article 49 is equally subject to the Court's jurisdiction as articulated in Article 19 and Article 275. Therefore, in principle, the Court of Justice is expected to

ensure that the law is observed when interpreting and applying the provisions of Article 49 of the Lisbon Treaty.

Yet, the existence of jurisdiction is a necessary but insufficient condition for the Court's ability to encourage discipline. The exercise of such jurisdiction creates genuine pressure to act together. As indicated in the *Mattheus* judgment,¹⁴ the Court's jurisdiction regarding the enlargement procedure has been exercised with caution. Asked once about the latter, the Court considered that it establishes a precise procedure encompassed within well-defined limits for the admission of new Member States, during which the conditions of accession are to be drawn up by the authorities indicated in the article. Thus, the legal conditions for such accession remain to be defined in the context of that procedure without it being possible to determine the content judicially in advance... Thus, the Court cannot rule on the form or subject matter of the conditions that might be adopted. Nonetheless, the Court of Justice also stated that the enlargement provisions establish a precise procedure for admitting new Member States within well-defined limits. While the Court did not specify these limits, the phrasing of the ruling suggests that they are in the enlargement procedure itself but may also derive from other parts of EU primary law more generally.¹⁵

If the enlargement procedure is not immune to the application of rules and principles underpinning the EU legal order and from judicial control by the Court of Justice, it may be worth speculating briefly on the possible forms such a control would take. Are there legal and judicial means to address the nationalization of the EU enlargement policy and preserve the integrity of the Treaty procedure? Two avenues could be explored: one based on non-compliance with procedural and substantive requirements of Article 49 of the Lisbon Treaty and another founded on a breach of the general obligation of loyal cooperation.

3.3.2. *Non-Compliance with procedural and substantive requirements*

In case of a violation of the well-defined limits referred to by the Court in *Mattheus*, the annulment of one of the many Council decisions adopted concerning enlargement could be sought based on Article 263 of the Lisbon Treaty. A Council decision could thus be disputed because one of the essential *procedural* requirements of Article 49 has not been complied with. For instance,

¹⁴Judgment of the Court of 22 November 1978. *Lothar Mattheus v Doego Fruchtimport und Tiefkühlkost eG*. Reference for a preliminary ruling: Amtsgericht Essen - Germany. Case 93/78

¹⁵C 415/05 P *Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission* [2008] ECR I 6351, paras 282 and 304.

the European Parliament could be tempted to challenge the Council's refusal to consider an application from a European state because the Treaty gives it the right to consent before the Council decides. Indeed, delaying tactics in the Council to postpone the invitation to start the procedure indefinitely, as in the Albanian episode referred to above, could be addressed through an action to establish a failure to act based on Article 265 of the Lisbon Treaty.

Equally, an action for annulment could be triggered in case of violating the *substantive* limits of Article 49 or other requirements derived from the Treaty. For instance, if the Draft Conclusions attached to the Negotiating Framework with North Macedonia contain requirements which are contrary to the general provisions of the EU, as provided in Article 4 § 2 of the Lisbon Treaty, it could be argued that this Council decision is unlawful and can be subject to annulment procedure by the Court of Justice.

3.3.3. Breach of duty to cooperate

Another ground for a more active involvement by the Court in preserving the integrity of the Treaty enlargement procedure could be that Member States have violated their obligation of loyal cooperation enshrined in Article 4 (3) of the Lisbon Treaty:

The Member States shall facilitate the achievement of the Union's tasks and refrain from any measure which could jeopardise the attainment of the Union's objectives. More specifically, enlargement may be considered one of the Union objectives. The Preamble of the Treaty on the Functioning of the European Union refers to the founding Member States call upon the other peoples of Europe who share their ideal to join in their efforts. Indeed, the Treaty remains clear as to the right of a European state to apply to become a member (Article 49). The Council's decision to impose requirements in apparent contradiction to Article 4(2), also means that the EU is interfering with areas such as national identity and culture, which are outside their competencies and within the exclusive competence of the Member States, which is the goal of the candidate country.

Thus, the Court might be asked, notably by the Commission, to sanction actions or omissions on the part of Member States or institutions (e.g., the Council, in the case of North Macedonia).¹⁶ This would jeopardise the attainment of the objective of enlarging to a state whose membership prospect has been acknowledged by the European Council and with whom accession negotiations have begun.

¹⁶ Art 13 (1) and (2) TEU.

The rationale of the enforcement approach would thus be that the procedure's effectiveness to achieve that objective (i.e. Article 49) ought to be guaranteed. Using the Court's jurisprudence exposed in its *Kadi* judgment (para. 226),¹⁷ it may be argued that Article 49 expresses an EU's implicit underlying objective of enlargement. Measures at EU or national levels which would make it impossible for those provisions to operate in practice would arguably endanger the attainment of the Union's objectives, in infringement of Article 4(3) of the Lisbon Treaty.

A scenario which appears legally feasible, though politically distant, would be that the Commission, on this basis, starts enforcement proceedings against a state (Bulgaria in our case) that, for instance, has abused its veto power to block North Macedonia's accession process and insisted on the constitutional amends as an accession criterion.

4. CONCLUDING REMARKS

Accession to the European Union primarily involves a choice by (Member) States, thus epitomising the original international law character of the EU legal order. However, a close look at the legal procedures reveals that the freedom Member States enjoy in determining the terms of accession of a candidate state and thus the state composition of the Union as well as the notion of membership, is nevertheless constrained by the rule of EU law, at least on paper. This article has attempted to uncover the degree to which the EU has been de-internationalized.

The accession procedure involves EU institutions and sets in motion the norms of the EU legal order, in which they are included. Indeed, more than simply governing states' entry into the EU, the accession provisions have a specific function which may be explained by the Union's integration goal. As such, they are fully embedded in the system of treaties, and they are an integral part of the evolving EU constitutional structure they underpin. Member States' domestic interests have significantly influenced enlargement. It has been particularly noticeable in the aftermath of the accession of central and eastern European countries to the Union, to such an extent that a policy once hailed as the most successful EU (foreign) policy is arguably being nationalised.

On the one hand, EU Member States' enhanced control over the accession procedure has been motivated by past experiences of some candidates' lack

¹⁷ See Joined Cases C 402/05 P and C 415/05 P *Kadi* and *Al Barakaat International Foundation v Council and Commission* [2008] ECR I 6351.

of preparedness for admission, doubts about the systemic sustainability of further enlargement, and increased demands for democratic accountability. On the other hand, nationalising the Union's enlargement policy also reflects a more general trend where promoting national interests over the common interest is frequent.

REFERENCES

Legal literature

- Albi, A. (2005). *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe* (Cambridge University Press, 2005);
- Basheska, E. (2014). "The Good Neighbourliness Condition in the EU Enlargement," *Contemporary Southeastern Europe*, 2014, 1(1), pp. 92–111;
- Basheska, E. (2022). "EU Enlargement in Disregard of the Rule of Law: A Way Forward Following the Unsuccessful Dispute Settlement between Croatia and Slovenia and the Name Change of Macedonia," *Hague Journal on the Rule of Law*, 2022, 14, pp. 221–256;
- Dashwood, A. (2001). "The Elements of a Constitutional Settlement for the European Union," (2001) *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 4;
- Dimitrova, A. (2002). "Enlargement, Institution-Building, and the EU's Administrative Capacity Requirement," *West European Politics*, 2002, 25(4), pp. 171–190;
- Hillion, C. (2010). "The creeping nationalisation of the EU enlargement policy", Swedish Institute for European Policy Studies (SIEPS), 2010;
- Hillion, C. (2015). "Accession and Withdrawal in the law of the European Union" in A. Arnulf and D. Chalmers (eds), *Oxford Handbook of European Law*, 2015;
- Jano, D. (2024). "EU Accession Criteria and Procedures: Up for the Challenge?" *EuZ - Zeitschrift für Europarecht*, 2024;
- Kmezić, M. (2015). "The Western Balkans and EU Enlargement: Lessons Learned, Ways Forward, and Prospects Ahead," *Policy Department, Directorate-General for External Policies*, 2015, p. 13;
- Kochenov, D. (2008). *EU Enlargement and the Failure of Conditionality*, Kluwer Law International, 2008;

Kochenov, D. (2004). "Behind the Copenhagen Façade: The Meaning and Structure of the Copenhagen Political Criterion of Democracy and the Rule of Law," *European Integration Online Papers*, 2004, 8, p. 23;

Schimmelfennig, F., Trauner, F. (2009). "Introduction: Post-accession Compliance in the EU's New Member States," in: Schimmelfennig, F., Trauner, F. (eds), *Post-Accession Compliance in the EU's New Member States, European Integration Online Papers (EIoP)*, Spec. Issue 2, Vol. 13, 2009;

Smith, K. E. (2003). "The Evolution and Application of EU Membership Conditionality," in: Cremona, M. (ed.), *The Enlargement of the European Union*, Oxford University Press, 2003;

Smith, N. R., Khaze, N. M., & Kovačević, M. (2021). "The EU's Stability-Democracy Dilemma in the Context of the Problematic Accession of the Western Balkan States," *Journal of Contemporary European Studies*, 2021, 29(2), pp. 169–189;

Steunenbergh, B., Dimitrova, A. L. (2007). "Compliance in the EU Enlargement Process: The Limits of Conditionality," *European Integration Online Papers (EIoP)*, 2007, 11(5), p. 11.

EU primary law

Treaty Establishing the European Economic Community of 25 March 1957;

Treaty on European Union, OJ 92/C 224/01;

Consolidated version of the Treaty on European Union, OJ 97/C 340/02;

Consolidated versions of the Treaty on European Union and of the Treaty establishing the European Community (2002) OJ 2002/C 325/01;

Treaty establishing a Constitution for Europe, OJ 2004/C 310/01;

Treaty of Lisbon, Amending the Treaty on the European Union and the Treaty Establishing the European Community, OJ 2007/C 306/01;

Treaty on European Union, OJ 2008/C 115/01;

Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ 2012/C 326/47.

EU documents

Council Regulation (EC) No 622/98 of 16 March 1998 on assistance to the applicant States in the framework of the pre-accession strategy, and in particular on the establishment of Accession Partnerships, OJ 1998 L85/1;

Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Enlargement Strategy and Main Challenges 2006 – 2007, COM (2006)

European Commission, Communication, Agenda 2000. The Challenge of Enlargement, COM(97) 2000, Vol. II;

EUR-Lex: Assesion criteria (the Copenhagen criteria), <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/accession-criteria-copenhagen-criteria.html>

Presidency Conclusions, European Council, Copenhagen, 21–22 June 1993;

Presidency Conclusions, European Council, Essen, 9–10 December 1994;

Negotiating framework with North Macedonia, July 2022;

Council Conclusions on Enlargement: 11440/22, Council of Europe, Brussels, 18 July 2022 <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11440-2022-INIT/en/pdf>

Judgments of the Court of Justice of the European Union

Joined Cases C 402/05 P and C 415/05 P *Kadi and Al Barakaat*;

International Foundation v Council and Commission [2008] ECR I 6351;

Al Barakaat International Foundation v Council and Commission [2008] ECR I 6351;

Judgment of the Court of 22 Nov.1978. *Lothar Mattheus v Doego Fruchtimport und Tiefkühlkost eG*. Reference for a preliminary ruling: Amtsgericht Essen - Germany. Case 93/78.

Владимир Георгиев,

Студент мастер студија,

Правни факултет, Универзитет Гоце Делчев- Штип,

Република Северна Македонија

ПРОШИРЕЊЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ: КРИТИЧКА ОЦЕНА ПРАВНИХ УСЛОВА ЗА ПРИСТУПАЊЕ

Резиме

Овај чланак истражује историјску путању развоја критеријума и процедура за приступање ЕУ, кроз приказ расправа и промена од пре-копенхашке до пост-копенхашке ере. Анализира се порекло и еволуција норми чланства, са нагласком на прелазак са геополитичких разматрања ка политичким критеријумима. Разматра се појава демократских принципа у процесу приступања, и прати њихов развој од првобитних предуслова из 1960-их година до формализације 1993. године кроз Копенхашке критеријуме. Пост-копенхашка фаза се разматра детаљно, кроз објашњење институционализације критеријума за приступање и трансформацију процедура из класичних у вишестепене процедуре за приступање ЕУ. Иако је проширење ЕУ описано као најуспешнија спољнополитичка иницијатива ЕУ, ипак су га обележили недостаци који су ослабили кредибилитет, ефикасност и легитимитет ове политике.

У последње време, државе чланице интензивно инструментализују процес проширења за остваривање унутрашњополитичких циљева. Тако је политика изградње држава чланица ЕУ све више под доминацијом, ако не и талац, националних интереса. Као резултат овог приступа, процес проширења оптерећен је (понекад непредвидивим) правним и политичким препрекама, чиме се постављају нова питања о кредибилитету обавеза ЕУ према земљама аспирантима и о ефикасности прокламоване трансформативне снаге политике проширења. Тврдимо да ово компромитује интегритет одредби Лисабонског споразума и сукобљава се са основним одредбама права ЕУ и циљем унификације дефинисаним Лисабонским споразумом.

Откривајући изазове, аутор анализира комплексности еволуирајућих критеријума, залажући се за поновно разматрање како би се повратила нормативна доследност и дао приоритет демократским вредностима у процесу приступања ЕУ. У том смислу, нуди се преглед неких правних решења за решавање проблема који се односе на процедуре проширења

и тренутну атмосферу непредвидивости која нарушава принципијелни став ЕУ о овој политици.

Кључне речи: *приступање, проширење, институције ЕУ, устав, Копенхашки критеријуми, ЕУ интеграције.*

Димитрије Андрејић,¹
Докторанд, демонстратор,
Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 343.14:[343.121:343.255

DOI: 10.5281/zenodo.14425007

Прегледни научни чланак

Примљен: 24. 10. 2024.

Прихваћен: 01. 11. 2024.

НЕЗАКОНИТИ ДОКАЗИ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ ДОБИЈЕНИ ПРИМЕНОМ ТОРТУРЕ ПРЕМА ОКРИВЉЕНОМ – ПРАВО И ПРАКСА

Апстракт: Законик о кривичном поступку Републике Србије из 2011. године, који уз Кривични законик чини окосницу националног кривичног законодавства, кроз читав свој текст прожима одредбе које регулишу људска права окривљеног. Како би се остварио циљ кривичног поступка односно како би се кривични поступак окончао доношењем законите и правилне судске одлуке о основаности кривичноправног захтева нужно је да он буде спроведен законито и правично. Сметња на том путу остварења циља кривичног поступка свакако јесу незаконити докази. Аутор у овом раду врши свеобухватну анализу важећих одредби Законика о кривичном поступку којима се уређује најпре институт незаконитих доказа у кривичном поступку, те одредбе којима се забрањује вршење тортуре према окривљеном, односно поступање са доказима који су прибављени применом тортуре према окривљеном против кога се води кривични поступак. Такође, у посебном делу рада аутор ће усмерити пажњу на анализу одлука Европског суда за људска права против Републике Србије у контексту примене тортуре према окривљеном.

Кључне речи: незаконити докази, тортуре, окривљени, кривични поступак, ЕКЉП, ЕСЉП.

¹ dimitrije@prafak.ni.ac.rs

1. Уводна разматрања

Ex injuria jus non oritur.

Још увек важећи² Законик о кривичном поступку Републике Србије³, под утицајем развоја међународних стандарда у области заштите људских права и правне мисли уопште, својим одредбама посвећује посебну пажњу људским правима окривљеног. На самом почетку, одредбе Законика о кривичном поступку, конкретно члан 9. јасно одређује да је забрањена и кажњива свака примена мучења, нечовечног и понижавајућег поступања, силе, претње, принуде, обмане, медицинских захвата и других средстава којима се утиче на слободу воље или изнуђује признање или каква друга изјава или радња од окривљеног или другог учесника у поступку.⁴ Сврставајући забрану тортуре у почетне одредбе законског текста, законописац јасно одређује значај ове забране у правном систему Републике Србије. Члан 16. став 1. Законика о кривичном поступку говори о томе да се судске одлуке не могу заснивати на доказима који су, непосредно или посредно, сами по себи или према начину прибављања у супротности са Уставом⁵, овим закоником, другим законом или општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима, осим у поступку који се води због прибављања таквих доказа.⁶

Јасно се долази до закључка да Законик и кривичном поступку доказе који су прибављени неким од више аката тортуре неће узети у разматрање, јер их суд мора окарактерисати односно означити као незаконите доказе, те у складу са тим са њима поступати по слову Законика о кривичном поступку Републике Србије. Конкретно, такви незаконити докази не могу бити од посебног значаја при утврђивању чињенице да ли је неко лице извршило кривично дело које му се ставља на терет оптужним актом (Илић, Андрејић, 2023: 71).

На овом месту подесно је и указати на везу између примене законитих односно незаконитих доказа у кривичном поступку, и циља кривичног

² У Републици Србији је у току јавна расправа по питању измена и допуна Законика о кривичном поступку.

³ „Сл. 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

⁴ Чл. 9. Законика о кривичном поступку

⁵ „Сл. гласник РС“, бр. 98/2006

⁶ Чл. 16. ст. 1. Законика о кривичном поступку

поступка. Неки аутори одређују непосредни циљ кривичног поступка као примену материјалног кривичног права на конкретан случај, те да се тако постављени општи циљ кривичног поступка остварује путем судског одлучивања о основаности казненог захтева тужиоца (Ђурђић, 2014: 12). Са друге, законописац текстом Законика о кривичном поступку такође одређује циљ кривичног поступка и то чланом 1 овог законика, онда када прокламује да Законик о кривичном поступку утврђује правила чији је циљ да нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција под условима које прописује кривични закон, на основу законито и правично спроведеног поступка.⁷

Дакле, оваква формулација законописца указује на јасан императив да кривични поступак који се води против окривљеног буде законит, што даље значи да се све битне чињенице случаја морају утврдити на основу јасно установљених правила кривичног процесног права, без места за незаконите доказе који би стајали на путу материјализације начела законитости кривичног поступка (Кнежевић, 2019: 23).

2. Појам доказа

Како би се након спроведеног кривичног поступка могло адекватно одлучити о основаности кривичноправног захтева, односно како би суд донео правилну и закониту одлуку, потребно је утврдити све релевантне чињенице конкретне кривичне ствари (Кнежевић, 2019: 258). Чињенице можемо дефинисати као „мисаоно-чулно делатношћу утврђено објективно-реално постојање извесне ствари, појаве, процеса, дешавања, особине или односа“ (Шешић, 1960: 620). У том контексту, чињенице које се утврђују у кривичном поступку, можемо најпре поделити на чињенице материјално правног и процесно правног карактера. Скуп ове две, основне, врсте чињеница називамо „чињенично стање“ (Бајер, 1978: 18).

Притом, када поменути поделу употпунимо начином сазнања чињеница на непосредан односно посредан начин, као и контролом извора од којег суд сазнаје за неку правно релевантну чињеницу, можемо истакнути другу поделу чињеница које суд утврђује у кривичном поступку која

⁷ Чл. 1. Законика о кривичном поступку

укључује три врсте чињеница (Кнежевић, 2019: 261): одлучне чињенице⁸, чињенице индиције⁹, контролне чињенице.¹⁰

Сада, када смо указали на основне поделе чињеница које су утврђују у кривичном поступку, можемо одредити и појам доказа и доказивања. Зашто је било потребно најпре одредити појам и врсте чињеница? Управо због тога што се чињенице утврђују помоћу доказа (Ђурђић, 2014: 247), односно, докази јесу средство путем којих се утврђују чињенице. (Илић, 2015: 326)

Појмовно одређивање доказа привукло је посебну пажњу у стручној јавности, те у науци кривичног процесног права постоји више теорија помоћу којих се доказ има појмовно одредити.¹¹ Међутим, уважавајући све теоретичаре кривичног процесног права, ипак су се у теорији искристалисале теорије које одређују појам доказа у правом и неправом смислу, односно које одређују појам доказа истичући његов материјални и формални карактер (Ђурђић, 2014:247). Изнете дефиниције указују на то да доказ коначно можемо појмовно схватити као информацију, податак (Илић, 2015: 328). Притом, не треба изоставити и инструментални карактер доказа (Кнежевић, 2019:263), односно дефинисање доказа као чињенице из којих суд изводи закључак о постојању или непостојању одлучних чињеница, које чине основицу судских одлука (Бејатовић, 2014:274).

Од доказа треба разликовати доказна средства која разумемо као форму из које се изводе докази (Стевановић, 1994: 212) или доказна средства јесу облици у којима се јављају докази (Кнежевић, 2019: 263). О доказним средствима посебан став заузели су и припадници класичне школе кривичног процесног права, с тим да то суштински представљају радње

⁸ Правно релевантне чињенице. Треба указати на овом месту и на језичку дилему по питању назива ове врсте чињеница, јер поставља се питање да ли чињеница као појава у стварности на основу којих, како на то указује Лукић, настају, мењају се и надасве престају правни односи, може имати карактер одлучности? У том контексту можда би јаснији назив био „одлучујуће“ чињенице, дакле чињенице на основу којих се нешто одлучује, које нису *per se* одлучне.

⁹ Чињенице на основу којих суд посредно закључује о томе да ли постоје одлучне чињенице у конкретном случају.

¹⁰ Чињенице помоћу којих суд контролише, односно проверава поузданост извора сазнања чињеница. У литератури се може наћи и назив „помоћне чињенице“.

¹¹ У науци кривичног процесног права постоје теорије које доказ одређују као носиоца податка, као резултат *per se*, затим теорије које изједначавају доказ са радњама доказивања, те теорије које доказ разумеју као посебан логички појам. Више видети: В. Ђурђић, Кривично процесно право, Ниш, 2014

доказивања односно, начине на које се спроводи процес доказивања (Илић, 2015: 329).

Пратећи такав став класичне школе кривичног процесног права у доказна средства можемо сврстати: увиђај, реконструкцију кривичног догађаја, саслушање окривљеног испитивање сведока, вештачење, исправе. Међутим, неки аутори (Илић, 2015: 329) истичу да је потребно направити дистинкцију између доказних средстава и радњи доказивања, те уколико следимо такав став као доказна средства би могли разумети: исказ окривљеног, исказ сведока, исказ вештака, исправе, увиђај.

3. Појмовно одређење незаконитих доказа са посебним освртом на доказе добијене применом тортуре

Када говоримо о незаконитим доказима, на првом месту треба указати на законско одређење појма незаконитих доказа. Конкретно, члан 16. ст. 1. Законика о кривичном поступку говори о томе да се судске одлуке не могу заснивати на доказима који су, непосредно или посредно, сами по себи или према начину прибављања у супротности са Уставом, овим закоником, другим законом или општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима, осим у поступку који се води због прибављања таквих доказа.¹² Значај члана 16 Законика о кривичном поступку долази потпуно до изражаја онда када овај члан доведемо у везу са чланом 84 Законика о кривичном поступку којим се нормира да докази који су прибављени противно члану 16. ст. 1. овог законика не могу бити коришћени у кривичном поступку.

Такође, чланом 84 одређује се да се незаконити докази издвајају из списка предмета, стављају у посебан запечаћени омот и чувају код судије за претходни поступак до правноснажног окончања кривичног поступка, те се тек након тога уништавају о чему је потребно саставити посебан записник.¹³

Незаконити докази се у кривичном процесном праву, односно у кривичном поступку могу јавити на двојаки начин. Најпре можемо говорити о доказу који је прибављен из доказних средстава предвиђених Законом о кривичном поступку, с тим да је то учињено на незаконити начин (Илић, 2015: 152). Са друге стране, у теорији кривичног процесног права можемо наићи и на теорије и промишљања о незаконитом доказном

¹² Чл. 16. ст. 1. Законика о кривичном поступку

¹³ Чл. 84. Законика о кривичном поступку.

средству, које би дакле било противно општем правном поретку једне државе (Грубач, 2009: 209).

Неки аутори указују и на поделу незаконитих доказа према њиховом дејству, те се у том смислу незаконити докази могу поделити на апсолутне и релативне. У незаконите доказе апсолутног дејства можемо сврстати све непосредне и посредне утицаје на слободну вољу окривљеног,¹⁴ с тим да посебно треба истакнути примену аката тортуре према окривљеном (Илић, 2015: 153), као посебно друштвено опасно понашање које долази од стране службених лица, најчешће с посебним циљем да се од окривљеног или од неког сведока изнуди признање или исказ одређене садржине. Управо због те чињенице овакви незаконити докази имају апсолутно дејство и ни под којим условима не могу бити докази на основу којих би суд могао одлучивати о основаности кривичноправног, односно казненог захтева упереног према окривљеном, док са друге стране релативне доказне забране то јесу због непоштовања правила кривичног поступка, али се њима не утиче на вољу окривљеног (Илић, 2015: 153).

Забрана тортуре заузима посебно место у категорији људских права, те се може ставити на сам врх¹⁵ каталога људских права, превасходно због вредности које ова забрана штити. Значај заштићених вредности доводи до тога да се данас забрана тортуре разуме као цивилизацијска тековина призната од стране цивилизованих народа те када говоримо о забрани тортуре, заправо говоримо о перемпторној норми, што потврђује и чињеница да се забрана тортуре јемчи свим релевантним правним актима међународног, регионалног и националног карактера.¹⁶ Притом, апсолутни карактер забране тортуре потврђује и пракса Европског суда за људска права који када разматра да ли је дошло до повреде члана 3 Европске конвенције о људским правима, истиче да је оно такво да се не може ограничити или дерогирати чак ни у случајевима националне безбедности, ванредних стања или уопштено када се доводи у питање опстанак нације.¹⁷

¹⁴ Свакако и на све друге учеснике у кривичном поступку.

¹⁵ Уколико је уопште подесно правити хијерархију људских права.

¹⁶ Чињеница да се ради о *ius cogens* норми, указује на то да она обавезује и оне државе које нису потписале нити ратификовале неки од међународних докумената којим се јемчи забрана тортуре

¹⁷ *Chahal v. United Kingdom*, представка бр. 22414/93, GC, пресуда од дана 15.11.1996. пара. 76

Чињеница да је забрана тортуре данас инкорпорирана у текстове међународних докумената из области заштите људских права и нужни, неизоставни део националних законодавстава држава, ипак не умањује непобитну чињеницу да се готово све државе света сусрећу са проблемом поштовања ове забране. Да би државе могле суштински решити проблем тортуре, оне морају имати свеобухватни прави оквир којим би регулисале поменути забрану. Такав правни оквир подразумева хармонизацију и унапређење националног законодавства стандардима произашлим из међународних докумената. Притом, дужну пажњу треба поклонити Европској конвенцији о људским правима и Европском суду за људска права који кроз своју праксу унапређује стандарде у контексту забране тортуре, те последично и стандарде читавог европског права људских права.

3.1. Поступање са незаконитим доказима

Посебно питање које императивно мора бити постављено када се разматра питање незаконитих доказа јесте на који начин ће орган поступка поступати са прикупљеним незаконитим доказима у току трајања кривичног поступка. Током прве фазе редовног кривичног поступка, фазе истраге, са незаконитим доказима поступа судија за претходни поступак, те када је у Законнику о кривичном поступку прописано да одређени доказ не може бити коришћен у кривичном поступку или да се на њему не може засновати судска одлука, судија за претходни поступак ће по службеној дужности или на предлог странака и браниоца донети решење о издвајању записника о овим радњама из списка одмах, а најкасније до завршетка истраге. Против овог решења дозвољена је посебна жалба, а по правноснажности решења, издвојени записници се стављају у посебан запечаћени омот и чувају код судије за претходни поступак одвојено од осталих списка и не могу се разгледати нити се могу користити у поступку. Након правноснажног окончања кривичног поступка са издвојеним записницима се поступа у складу са чланом 84. ст. 2. и 3. овог законика, односно, након правноснажног окончаног кривичног поступка, издвојени незаконити докази се уништавају.¹⁸

Након окончања истраге, односно након подизања оптужног акта, контролу постојања и издвајање незаконитих доказа садржаних у оптужном акту, као и судску контролу оптужбе врши ванпретресно веће, које ако утврди да се у списима предмета налазе записници или

¹⁸ Чл. 237 Законика о кривичном поступку

обавештења из члана 237. ст. 1. и 3. овог законика, донеће решење о њиховом издвајању из списка. Против овог решења дозвољена је посебна жалба.¹⁹

Коначно, Законик о кривичном поступку, даје могућност издвајања доказа током главног претреса као и у другостепеном поступку, односно у поступку по жалби. Наиме, ако председник већа утврди да се у списима налазе записници или обавештења из члана 237. ст. 1. и 3. овог законика, донеће решење о њиховом издвајању из списка, и против овог решења је дозвољена посебна жалба.²⁰ Такође, за издвајање доказа у поступку по жалби функционално је надлежан судија известилац чија је дужност да незаконите доказе, односно доказе на којима се не може заснивати судска одлука издвоји из списка предмета. (Илић, 2015: 161). Дакле, сметња на путу утврђења одлучних чињеница у кривичном поступку и доношења законите и правилне судске одлуке о основаности кривичноправног захтева свакако јесу незаконити докази, које можемо поделити на незаконите доказе *stricto sensu* и незаконите доказе који то јесу због чињенице да су прибављени недозвољеним доказним средством. Уводећи у проматрање незаконитих доказа и примену тортуре односно злостављања према окривљеном, потребно је истакнути да употреба исказа прибављених применом тортуре према окривљеном чини кривични поступак у целини неправичним.

3.2. Незаконити докази према тексту Нацрта закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку

Како је указано на почетку, у време писања овог рада у току је јавна расправа о Нацрту закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку (у даљем тексту и: „Нацрт закона“).²¹ С тим у вези, аутор рада налази подесним да на овом месту укаже на одредбе Нацрта закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку, које се односе на незаконите доказе. Дакле Чланом 9. овог Нацрта закона уводи се нови члан - 16а који регулише незаконите доказе у кривичном поступку.²² Поменути чланом законописац дефинише појам незаконитих доказа, те прописује се да се „судске одлуке не могу заснивати на доказима

¹⁹ Чл. 337 Законика о кривичном поступку

²⁰ Чл. 358 Законика о кривичном поступку

²¹ Нацрт закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку, приступљено преко <https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php> дана 20.10.2024. године.

²² Чл. 16а Нацрта закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку.

који су непосредно или посредно, сами по себи или према начину прибављања, незаконити, осим у поступку који се води због прибављања таквих доказа“. Незаконити докази текстом Нацрта закона одређени су као докази који су прибављени кршењем одредбе члана 9. Законика о кривичном поступку и они који су прибављени повредом одредаба кривичног поступка које су изричито предвиђене овим закоником. У чему се огледа значај овако нормираног новоуведеног члана 16а? Наиме, члан 9 Законика о кривичном поступку јасно одређује да је забрањена и кажњива свака примена мучења, нечовечног и понижавајућег поступања, силе, претње, принуде, обмане, медицинских захвата и других средстава којима се утиче на слободу воље или изнуђује признање или каква друга изјава или радња од окривљеног или другог учесника у поступку.²³ Увођењем члана 16а српски законописац можда одлази и корак даље од Европског суда за људска права и предвиђа да су *ipso facto* незаконити докази прибављени повредом права из члана 3 Европске конвенције о људским правима, односно повредом забране мучења, нечовечног или понижавајућег поступања.

Такође, текстом Нацрта закона одређује се као процесна последица заснивања судске одлуке на незаконитим доказима, апсолутно битна повреда одредаба кривичног поступка, што представља основ за изјављивање жалбе. Притом, треба поменути да законописац у тексту Нацрта закона остаје доследан примени доктрине „*плода отровног дрвета*“.

У стручној јавности, најпре од стране припадника адвокатске професије, долази до критика оваквог новог законског решења у погледу незаконитих доказа због чињенице да се новим решењима из тренутно важећег Законика о кривичном поступку брише став 1 члана 16²⁴ којим је нормирано да се судске одлуке не могу заснивати на доказима који су, непосредно или посредно, сами по себи или према начину прибављања у супротности са Уставом, овим закоником, другим законом или општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима, осим у поступку који се води због прибављања таквих доказа. Међутим, оваква критика, чини се неоправданом. Наиме члан 16а текста Нацрта закона јасно одређује у свом првом ставу да се судске одлуке не могу заснивати на доказима који су непосредно или посредно, сами по себи или према начину прибављања, незаконити, осим у поступку који се води због прибављања таквих доказа. Брисање

²³ Чл. 9 Законика о кривичном поступку.

²⁴ Чл. 16 Законика о кривичном поступку

текста „у супротности са Уставом, овим закоником, другим законом или општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима“ не даје могућност да се незаконити докази изводе као законити нити то значи да се као законити докази имају посматрати сви они који нису *explicite* означени као незаконити. Коначно, већ језичко тумачење става 1 члана 16а текста Нацрта закона јасно потврђује изнети став аутора рада, а свакако и свако друго тумачење поменутог члана.

4. Примена тортуре према окривљеном у пресудама Европског суда за људска права против Републике Србије

На овом месту би ваљало приказати само неке од пресуда Европског суда за људска права донете против Републике Србије у којима је Европски суд за људска права утврђивао повреду забране тортуре, како би на тај начин указали на правне стандарде и критеријуме које Европски суд за људска права примењује приликом оцене повреде забране торутре. Притом, преусде Европског суда за људска права ће указати и на степен хармонизације националног права са стандардима Европског суда за људска права и европског права људских права, те се на тај начин могу уочити системски проблеми са којима се Република Србија суочава у решавању проблема примене тортуре према окривљеном.

4.1. Лакатош и други против Србије

У предмету *Lakatoš and Others v. Serbia*²⁵ подносиоци представке²⁶ тврдили да су, *inter alia*, претрпели повреду права из члана 3 Европске конвенције о људским правима и то у материјалном и процедуралном смислу. Подносиоци представке су јавном тужиоцу изнели податке о томе да су полицијски службеници приликом њиховог хапшења применили акте тортуре, односно злостављања. Бранећи се од ових навода, представник државе је изнео контра аргумент да су се подносиоци представке опирали приликом извођења акције хапшења, те да је у том случају примена и употреба силе била неопходна.

Европски суд за људска права се, између осталог, у конкретном случају служио и Извештајем Влади Србије о посети Комитета против мучења

²⁵ *Lakatoš and Others v. Serbia*, представка бр. 3363/08, пресуда од дана 07.01.2014

²⁶ Славко Лакатош (први подносилац представке), Лајчи Димовић (други подносилац представке), Ивица Димовић (трећи подносилац представке), Маћаш Димовић (четврти подносилац представке), Рамајана Аметов (пети подносилац представке).

Србији од 19. до 29. новембра 2007. год., објављен 14. јануара 2009. год. у коме се наводи да је Комитет против мучења дошао до информација о физичком односно психичком злостављању притвореника, као и да је делегација Комитета у просторијама неколико полицијских станица пронашла палице за бејзбол, гвоздене шипке, дрвене палице и друге сличне предмете који су подобни да се њима нанесе озбиљан физички бол лицима која се налазе у притвору.

У вези навода подносиоца представке да је дошло до повреде права из члана 3 Европске конвенције у материјалном смислу, битно је поменути касније медицинске извештаје лекара којима се насупрот првобитним полицијским извештајима, може јасно утврдити да су подносиоцима представке нанете повреде не само приликом хапшења већ и у тренуцима боравка у полицији. Европски суд за људска права поновио је да су окривљени у кривичном поступку, посебно лица у притвору у осетљивом положају, из чега извире обавеза државних органа да пажљиво поступају са њима. Када дође до ситуације у којој полиција притвори појединца доброг здравља, те се касније утврди да је лице повређено у време пуштања на слободу, за државу је облигаторно да пружи уверљиво и разумно објашњење како је дошло до повреда подсећа Суд.²⁷

Европски суд за људска права, у конкретном случају, утврђује непоштовање материјалног аспекта члана 3 Европске конвенције о људским правима наводима да Влада, као ни представници државе, нису понудили никакво објашњење за разлике између повреда које је полиција најпре потврдила и оних касније утврђених, да су нанете повреде јасно достигле минималан степен суровости, те да Суд не може а да не утврди да је дошло до повреде члана 3. Европске конвенције о људским правима због примене аката тортуре према подносиоцима представке.

Даље, у конкретном случају Европски суд за људска права утврдио је и непоштовање процесног аспекта члана 3 Европске конвенције о људским правима. Суштински је важно истакнути чињеницу да и поред тога што су се подносиоци представке износили информације о претрпљеној тортури, надлежне власти нису спровеле посебну истрагу с циљем откривања и кажњавања одговорних лица за злостављање притвореника, односно за злостављање подносилаца представке. Позитивна процедурална обавеза државе подразумева да државни органи морају након добијања информације која би указивала на то да

²⁷ *Lakatoš and Others v. Serbia*, представка бр. 3363/08, пресуда од дана 07.01.2014, пара. 76

је појединац био изложен неком од аката тортуре спровести адекватну истрагу како би коначно дошли до закључка да ли се то заиста тако догодило.

Управо непостојање адекватне истраге и испитивање свих релевантних околности случаја злостављања окривљених који су се налазили у притвору и непоступање државних органа по службеној дужности, онако како им налаже позитивна процедурална обавеза довело је до закључка Европски суд за људска права да је у конкретном случају дошло и до повреде права из члана 3 Европске конвенције о људским правима и у његовом процедуралном аспекту.

4.2. Хајнал против Србије

Свакако вредна помена јесте пресуда у предмету *Hajnal v. Serbia*²⁸ која чини се оправдано наилази на оштре критике у стручној јавности. Наиме, оно што изазива неслагање стручне јавности са пресудом у овом предмету јесте чињеница да у конкретном случају Европски суд за људска права није располагао нити једним материјалним доказом који би поткрепио наводе подносиоца представке да је био изложен актима злостављања. Поред чињенице да г. Хајнал није имао видљиве повреде на себи, Суд наводи да како је интервал између боравка и испитивања подносиоца представке у просторијама полицијске станице и саслушања пред истражним судијом седам дана, тако су евентуално физички нанете повреде могле да зацеле, док свакако психичко злостављање не оставља видљиве трагове. Европски суд за људска права даље наводи да је Комитет против мучења „на најприкладнији начин утврдио да је у релевантном тренутку, у скоро свим полицијским станицама које је посетила у Београду, делегација нашла бејзбол палице и сличне нестандардне и необележене предмете у канцеларијама које се користе за испитивање.“, те ове наводе Комитета Суд цени као релевантне у конкретном случају, приликом утврђивања повреде материјалног аспекта члана 3 Европске конвенције о људским правима, чак иако је подносилац представке г. Хајнал приведен и саслушаван у Суботици, а не у Београду на који се односи извештај Комитета.

Како је приликом оцене доказа у предметима који се баве чланом 3 Европске конвенције о људским правима Европски суд за људска права усвојио стандард доказа „ван разумне сумње“, не можемо, а да не закључимо да у конкретном случају такав стандард доказа није задовољен,

²⁸ *Hajnal v. Serbia*, представка бр. 36937/06, пресуда од дана 19.06.2012. године

те да је Европски суд за људска права погрешно утврдио повреду материјалног аспекта члана 3 Европске конвенције о људским правима, али исто тако на овом примеру можемо увидети значај Извештаја Комитета против мучења, на коме Европски суд за људска права претежно заснива своје аргументе да се заиста ради о третману супротном члану 3 Конвенције.

Повреда процедуралног аспекта члана 3 Конвенције у конкретном случају није упитна, из разлога јер је очигледно изостала посебна истрага државних органа која би морала бити покренута по службеној дужности с циљем откривања и каснијег кажњавања одговорних лица за злостављање подносилаца представке, чак иако се подносилац представке жалио на третман током боравка у полицијској станици, те је тврдио да је био изложен актима злостављања.

4.3. Зличич против Србије

Са становишта апсолутне забране тортуре, од значаја је споменути и пресуду новијег датума донету у предмету *Zličić v. Serbia*.²⁹ Подносилац представке је истакао да је током испитивања у просторијама полицијске станице више пута био изложен физичком насиљу, те да је ударан песницом у главу и стомак, али и то да је у једном тренутку био приморан да скине са себе сву одећу.³⁰ Треба додати и чињеницу да је Европски суд за људска права, као између осталог и национални судови, утврдио да је предузето насиље према подносиоцу представке имало посебан циљ да се од њега изнуди потпис на потврди о привремено одузетим предметима, што је несумњиво довело Европски суд за људска права до закључка да је и у овом предмету дошло до повреде материјалног аспекта члана 3 Европске конвенције о људским правима.

Суд је даље у овом предмету испитивао повреду процедуралног аспекта члана 3 Европске конвенције о људским правима. Оно што Суд истиче јесте недоследан приступ државних органа приликом оцене изнетих доказа, наиме, јавно тужилаштво је своје закључке креирало само на основу изјава полицијских службеника умешаних у инцидент, док је јавно тужилаштво без даљег разматрања одбацило изјаву сведока Г.К., али и изјаву подносиоца представке. За такво поступање јавно тужилаштво није дало довољно уверљиво објашњење, с тим да се у обзир мора узети чињеница да су полицијски службеници били умешани

²⁹ *Zličić v. Serbia*, представка бр. 73313/17 и 20143/19, пресуда од дана 26.01.2021. године

³⁰ Након обављеног лекарског прегледа утврђено је да подносилац представке има контузије главе и лица, као и контузију леве очне јабучице.

у наводно злостављање подносиоца представке, те су њихове изјаве очигледно дате с циљем избегавања кривичне одговорности.

Европски суд за људска права, следствено свим изнетим чињеницама закључује да државни органи нису спровели ефективну званичну истрагу о веродостојним наводима подносиоца представке о злостављању од стране полицијских службеника, што последично доводи до повреде и процедуралног аспекта члана 3 Европске конвенције о људским правима.

4.4. Станимировић против Србије

С циљем разумевања системског проблема у Републици Србији, у погледу постојања адекватног механизма истраге у случајевима испитивања примене тортуре према окривљенима, потребно је анализирати и пресуду Европског суда за људска права у предмету *Stanimirović v. Serbia*.³¹ Подносилац представке г. Станимировић изнео је тврдње да је био изложен актима мучења, услед чега је од њега изнуђено признање да је учествовао у убиству. Када је подносилац представке био изведен пред истражног судију изнео је жалбе у погледу претрпљеног насиља од стране полиције. Подносилац представке је прегледан у локалној болници, те је према лекарском извештају подносилац представке имао поломљено ребро и модрице по телу.³²

Међутим, Европски суд за људска права се у конкретном случају морао држати општих правила међународног права³³, те је последично томе утврђено да Суд нема временску надлежност да разматра повреду права из члана 3 Европске конвенције о у људским правима, односно да разматра материјални аспект члана 3 Конвенције.

Са друге стране Европски суд за људска права разуме да је „оживела“ процедурална обавеза државе која произилази из члана 3 Европске конвенције о људским правима, те Суд у конкретном случају, подсећа

³¹ *Stanimirović v. Serbia*, представка бр. 26088/06, пресуда од дана 18.10.2011. године.

³² Треба поменути да је подносилац представке истакао и да је тучен бејзбол палицом, да су му полицијски службеници излагали гениталије електричним шокovima, да му је прећено смрћу и да је био гушен пластичном кесом за време испитивања у полицији у периоду од 10. до 17. фебруара 2001. године.

³³ Чл 28. Бечке конвенције о уговорном праву говори о неповратној снази уговора: „Осим ако друкчија намера не произилази из уговора или није на други начин утврђена, одредбе уговора не везују једну чланицу у погледу акта или чињенице који су претходили датуму ступања на снагу овог уговора у односу на ту чланицу или ситуацију која је престала да постоји тог датума.“

на свој устаљени став да би истрага требало да омогући идентификацију и кажњавање одговорних лица за акте злостављања, те да ако то истрага не омогући, законом прописана забрана мучења и нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања остала би без своје делотворности у пракси. Европски суд за људска права такође истиче брзину и независност као битне карактеристике истраге, притом се истрага не може окарактерисати као независна уколико дође до ситуације да припадници исте јединице који су умешани у наводно мучење, нечовечно или понижавајуће поступање или кажњавање, или су управо они извршили наведене акте злостављања, предузимају истрагу.

Да би у потпуности разумели колики значај процедуралној обавези коју свака држава има према члану 3 Европске конвенције о људским правима, даје Европски суд за људска права, довољно је сагледати закључак у горенаведеном случају *Stanimirović v. Serbia*. Наиме, чак и поред чињенице да су у кривичном поступку, који се водио против подносиоца представке, утврђене околности мучења коме је подносилац представке изложен у полицијској станици у Смедереву почетком 2001. године, од стране полицијских службеника, и поред чињенице да су у том кривичном поступку могући учиниоци одговорни за акте злостављања, утврђени, Европски суд за људска права је због чињенице да посебна истрага због навода о злостављању подносиоца представке није обављена закључио да нису задовољени стандарди и захтеви које у контексту забране мучења и нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања производи Европска конвенција о људским правима, те је последично Европски суд за људска права утврдио да је у конкретном случају дошло до повреде процедуралне обавезе држава из члана 3 Европске конвенције о људским правима.

5. Закључна разматрања

Одредбе Законика о кривичном поступку детаљно регулишу доказна правила попут питања начина прикупљања, извођења доказа, као и питања дефинисања на којима се то доказима не може заснивати судска одлука, односно који су то докази по слову Законика о кривичном поступку, незаконити докази. Важећи Законик о кривичном поступку, како је и приказано у раду, следи већину других процесних законика те јасно прихвата доктрину „*плода отровног дрвета*“, коју услед оцене праве ваљаности незаконитог прикупљања доказа. Дакле, Законик о кривичном поступку забрањује коришћење свих доказа до којих се

дошло захваљујући незаконитим путем, непоштовањем процесних правила и правила доказивања.

Анализом пресуда Европског суда за људска права у предметима вође-ним против Републике Србије због повреде забране примене тортуре према окривљеном јасно долазимо до закључка да Република Србија има распрострањени проблем са применом тортуре према окривљенима, од стране полицијских службеника. Поред чињенице да Европски суд за људска права прави разлику између аката мучења које у сваком случају доводи до карактеризације кривичног поступка као неправичног, и нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања које ће учинити поступак неправичним онда када су овакви акти битно утицали на доношење судске одлуке, потребно је исказати забринутост због података до који је у поменутих предметима против Републике Србије дошао Европски суд за људска права, потпомогнут извештајима Комитета против мучења, који индикативно указују најпре на широко распрострањен, готово системски проблем поштовања процедуралне обавезе према члану 3 Европске конвенције о људским правима, а затим и на непоштовање материјалног аспекта овог члана, које се огледа у чињеници да и поред ванредних извештаја Комитета против мучења о стању у притворским јединицама и пенитенцијарним установама, не долази до никаквог напретка у овој области. Штавише, још увек се у полицијским станицама могу наћи средства подобна да се њима врше акти тортуре према окривљеном, попут палица за бејзбол, металних шипки и тако даље.

Законска правила о доказима, доказним средствима и доказивању, чине супстрат сваког кривичног поступка. Међутим, у теорији кривичног процесног права, можда чак и више у судској пракси, приметно је супротстављање два повезана интереса. С једне стране, постоји оправдана потреба за свеобухватним прикупљањем доказа ради утврђивања одлучних чињеница у поступку, док с друге стране треба јасно одредити који незаконито прибављени, односно правно неваљани, докази не смеју бити коришћени у кривичном поступку и на којима се не може заснивати законита и правилна судска одлука.

Посебно је битно испратити до краја процес измена и допуна важећег Законика о кривичном поступку јер се управо предложеним изменама, по мишљењу аутора, чини значајан корак напред у контексту регулација и дефинисања појма незаконитих доказа, те се предложеним решењима хармонизује законодавство Републике Србије са стандардима Европске конвенције о људским правима и праксом Европског

суда за људска права, посебно у области заштите од мучења, нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања.

Коначно, нужно је незаконите доказе било они добијени путем примене тортуре према окривљеном или према неком другом учеснику у кривичном поступку, као и све друге незаконите доказе издвојити из списка предмета, како се не би омогућила евентуална конвалидација незаконитог или незаконитих доказа инкорпорираних у судску пресуду који би довеле до контаминације кривичног поступка у целини, што би у ширем контексту значило девалвацију читавог правног система, посебно у контексту свеопште заштите људских права.

Литература

Бајер В. (1978), *Југославенско Кривично процесно право*, књига друга, Загреб;

Бејатовић С. (2014) *Кривично процесно право*, Београд;

Ђурђић В. (2002), Начело заштите личне слободе у кривичном поступку, *Зборник радова Правног факултета у Нишу XLII/2002*, Ниш;

Ђурђић В. (2014), *Кривично процесно право, општи део*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2014;

Илић И. (2015), Спорна питања о чињеницама и доказима у теорији кривичног поступка, *Годишњак Факултета безбедности*, Београд;

Илић, И. (2015), Незаконити докази у кривичном поступку, *Општествените променти во глобалниот свет: зборник*, Втора меѓународна научна конференција, Штип;

Илић, И., Андрејић Д. (2023), Забрана мучења, нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања у кривичном законодавству Републике Србије, *Изазови и перспективе развоја правних система у XXI вијеку*, Бања Лука;

Јовашевић Д. (2018). *Кривично право - Општи део*, Досије студио, Београд;

Јовашевић, Д. (2017). *Кривично право - Посебни део*, Досије студио, Београд;

Кнежевић С. (2007). *Заштита људских права окривљеног у кривичном поступку*, Ниш;

Кнежевић С. (2012). *Основна начела кривичног процесног права*, Ниш;

Кнежевић С. (2019). *Кривично процесно право, Општи део*, Правни факултет Ниш, Ниш;

Константиновић Вилић С., Костић М. (2013). *Систем извршења кривичних санкција и пенални третман у Србији*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2013;

Крапац Д. (2010). *Казнено процесно право - институције*, Загреб;

Сванидзе Е., Смит Г., (2018) *Приручник за примену члана 3 Европске конвенције о људским правима*, Савет Европе;

Симовић М. (2005). *Кривично процесно право - увод и општи дио*, Бихаћ;

Стевановић Ч. (1994). *Кривично процесно право – општи део*, Београд;

Шешић Б. (1962). *Логика и научна методологија*, Београд;

Шкулић М. (2009). *Кривично процесно право*, Универзитет у Београду Правни факултет Београд;

Правни прописи

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Савет Европе, Рим, 1950;

Законик о кривичном поступку Републике Србије „Сл. 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

Кривични законик Републике Србије „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

Нацрт закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку Устав Републике Србије Сл. Гласник РС“, бр. 98/2006 и 115/2021

Судска пракса:

Zličić v. Serbia, App. No. 73313/17 and 20143/19, (26/01/2021.);

Stanimirović v. Serbia App. No. 26088/06 (18/10/2011.);

Lakatoš and Others v. Serbia App. No. 3363/08 (07/01/2014.);

Hajnal v. Serbia, App. No. 36937/06 (19/09/2012.);

Chahal v. United Kingdom, App. No. 22414/93, (15.11.1996.)

Dimitrije Andrejić, LL.M.,
PhD student,
Faculty of Law, University of Niš

***ILLEGAL EVIDENCE OBTAINED BY TORTURE IN CRIMINAL PROCEDURE LAW
AND PRACTICE***

Abstract

The backbone of the criminal legislation in the Republic of Serbia are the Criminal Code of and the Criminal Procedure Code (2011), whose provisions extensively regulate the human rights of the accused (defendant). In order to achieve the goal of criminal proceedings, i.e. to complete the procedure by rendering a lawful and valid judicial decision on the justifiability of the criminal indictment, the procedure must be conducted lawfully and fairly. An obstacle to this criminal procedure goal is certainly the use of illegal evidence. In this paper, the author provides a comprehensive analysis of the Criminal Procedure Code (2019), primarily the provisions that regulate the institute of illegal evidence in criminal proceedings, the provisions prohibiting the use of torture against the accused, and the provisions prohibiting the use of evidence obtained by torturing the accused. In a separate part of the paper, the author analyzes a number of judgments of the European Court of Human Rights in cases lodged against the Republic of Serbia in the context of using torture against the defendant.

Keywords: *illegal evidence, torture, defendant, criminal proceedings, ECHR, ECtHR.*

ОРГАНИ УПРАВЉАЊА У ПАРЛАМЕНТУ

Апстракт: Органи управљања у парламенту представљају део унутрашње организације парламента, уз посланичке групе и одборе. Под овим органима се обично подразумевају председник парламента, потпредседници и колективни органи попут колегијума. Циљ овог рада је да прикаже правни положај органа управљања парламентом у компаративном и домаћем парламентарном праву и да прикаже домаћу парламентарну праксу у овој области. Приликом израде рада су коришћени догматски, систематски и компаративни метод. У раду су прво приказане теоријско-компаративне напомене о овим парламентарним органима. Након тога се рад се бави правним положајем ових органа у Народној скупштини Републике Србије, тј. правним положајем председника, потпредседника и Колегијума Народне скупштине, а према Уставу, Закону о Народној скупштини и Пословнику Народне скупштине. Осим правног положаја ових органа у домаћем парламентарном праву, рад указује на примере лоше праксе у њиховом раду. У закључку су дати предлози за измену домаћег парламентарног права у овој области.

Кључне речи: парламент, Народна скупштина Републике Србије, председник Народне скупштине, Колегијум Народне скупштине, парламентарно право, уставно право.

1. Уводне напомене

Принцип парламентарне аутономије, као један од постулата парламентарног права, ствара основу да парламент самостално уреди свој

¹ aleksa@prafak.ni.ac.rs, ORCID: 0009-0003-9414-1890

² Стипендиста Министарства науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије.

рад. То обухвата право парламента да одреди сопствену унутрашњу организацију како би ефикасно и квалитетно обављао своје уставне функције. Овом принципу се „готово свуда супротставио принцип суперматрије устава, којим се настоји да се уставним текстом одреде барем најзначајнији принципи организације и функционисања парламента“ (Де Верготини, 2015: 570). Зато парламент нормира структуру, делокруг и начин рада својих унутрашњих органа, у границама које поставља устав. „Додуше, унутрашња организација парламента не одређује директно власт одлучивања, али је то ипак кључна форма која омогућава да се дефинишу одређене политичке позиције које се само потврђују у скупштинском пленуму“ (Пејић, 2004: 415). У савременим државама унутрашњу организацију парламента уобичајено чине: 1) органи управљања, 2) парламентарне групе и 3) помоћни парламентарни органи (радна тела).

Парламент је сачињен од великог броја посланика, због чега његов рад мора бити организован изнутра, да би се парламентарне процедуре одвијале несметано и да би сам парламент успешно функционисао. „Неопходност постојања оваквих функционера, односно органа проистиче једноставно из нужности вршења одређених послова који су претпоставка нормалног функционисања парламента и његових домова“ (Николић, 1995: 473). Због тога је потребно да се издвоји одређени број посланика који ће чинити органе управљања, којима су поверени задаци у организовању рада парламента.

На овом месту ћемо дати основне напомене о парламентарним групама и помоћним парламентарним органима. Парламентарне групе (фракције, посланички клубови) су место дефинисања политичких ставова у парламенту. Оне представљају форму окупљања посланика истог политичког опредељења. Једну посланичку групу обично чине посланици исте политичке странке или коалиције странака. Посланици се у посланичким групама договарају о томе какав ће став заузети о неком питању, а у складу са ставовима и програмом своје странке, те потом јединствено заступају тај став на седницама парламента и његових радних тела. То, међутим, доводи до јачања партијске дисциплине у парламенту и ограничава домашај принципа слободног посланичког мандата. „Чланови парламента прилагођавају се улози политичке групе у парламентарном поступку и зато остају по страни њихове индивидуалне могућности и право на акцију“ (Пејић, 2011: 107-108). Савремени парламенти обављају своје функције у вези са темама из различитих области живота. Како се ради о стручним питањима, већина посланика

нема стручних знања да разматра та питања. Због тога се стручна расправа одвија у помоћним парламентарним органима, који се другачије називају и радним телима. Уобичајена је подела радних тела на стална и привремена. Стална радна тела се формирају за један парламентарни сазив или једно заседање парламента. Привремена (*ad hoc*) радна тела се образују ради разматрања одређеног питања, па се унапред одређује рок до када она треба да обаве свој задатак или престају са радом чим обаве постављени задатак и поднесу извештај парламенту.

Унутрашња организација Народне скупштине је праву Републике Србије одређена Законом о Народној скупштини. Имајући у виду систематику VI главе Закона, организацију нашег парламента чине: 1) председник Народне скупштине, 2) потпредседник Народне скупштине, 3) колегијум Народне скупштине, 4) радна тела Народне скупштине, 5) посланичке групе и 6) именована лица у Народној скупштини.

2. Органи управљања парламентом – теоријско-компаративни аспект

Сложени задаци које обавља парламент доводе до потребе за формирањем органа који ће имати функцију управљања у парламенту. Наиме, парламент чине посланици којих може бити и по неколико стотина. Са друге стране, он обавља разноврсне послове као што су доношење закона и других прописа у одговарајућим, често сложеним, парламентарним поступцима, различитим инструментима врши контролу над органима извршне власти, бира чланове одређених државних институција, остварује међународну сарадњу итд. Да би обављао све те послове, парламент мора да буде организован изнутра, од стране ужег круга људи који њиме управљају. Органи управљања у парламенту су председник парламента и интерфракцијски орган. Ови органи се у теорији другачије називају и парламентарни функционери, часници или органи усмерења (директивни органи).³

Председник парламента је најзначајнији орган управљања у парламенту. Ради се о индивидуалном органу који има веома важну политичку улогу, будући да руководи радом парламента као носиоца законодавне власти. Председника парламента посланици бирају међу собом на конститутивној седници. „Природно је да парламент не може бити конституисан пре него што изабере парламентарне функционере, а пре свих,

³ Упор. Стојановић, 2014: 416; Петров, 2015: 95, Николић, 1995: 473; Де Верготини, 2015: 573.

председника парламента“ (Петров, 2015: 96). Председник парламента је најчешће посланик парламентарне већине. Његов мандат обично траје колико и један парламентарни мандат. Уобичајена овлашћења председника парламента су: организовање, сазивање и председавање седницама парламента, старање о поштовању парламентарног пословника, организовање рада парламентарне администрације, представљање парламента „према споља“, итд. Такође, председник парламента има и дисциплинска овлашћења. Овакве функције издвајају председника парламента у односу на остале посланике, те он није само *primus inter pares*. Стога је битно да председник парламента буде непристрасан у свом раду, а не да фаворизује посланике оне фракције из које је изабран. „У парламентима у којима улогу председника обавља страначка личност која представља већинску странку или коалицију, неопходно је да постоји контрола и успостављена процедура која обезбеђује да се уважавају мишљења свих посланика“ (Битем, 2013: 28). У дводомним парламентима сваки парламентарни дом има сопствену унутрашњу организацију, па и свог председника. То значи да не постоји председник целог парламента, односно оба дома истовремено. Уколико се одржава заједничка седница оба дома, њоме председава председник једног од домова.

Председник парламента има своје заменике – потпредседнике. Обично има више потпредседника, при чему може да постоји хијерархија између њих (први потпредседник, други потпредседник, итд). Како председник парламента редовно долази из реда парламентарне већине, бар неки од потпредседника је уобичајено посланик парламентарне мањине (опозиције). Улога потпредседника је да замењују председника у његовом одсуству. Тада „није нарушен индивидуални карактер органа управљања, већ је намера да се омогући континуирано обављање функције кад председник није у стању да ову редовно обавља“ (Пејић, 2011: 101).

Председник и потпредседници могу да чине колективни орган, као што је Президијум (Председништво) у немачком Бундестагу, Скупштински биро француске Националне скупштине или Колегијум у аустријском Националном већу (Пејић, 2004: 432-434). Ако постоји такав колегијалан орган у парламенту, њему припадају одређена овлашћења у управљању парламентом или парламентарним домом. Поред председника и потпредседника, председништво може евентуално имати и додатне чланове чланове.

Поред председника и потпредседника, постоји и интерфракцијски орган као још један орган управљања. Ради се о органу који представља

вид сарадње између парламентарних група (фракција). Овај орган је обично сачињен од мањег броја посланика из сваке посланичке групе. Број посланика који ће конкретна посланичка група делегирати у интерфракцијски орган је сразмеран јачини те посланичке групе у парламенту, тј. броју посланика које та посланичка група има у односу на укупан број посланика. У овом органу се обавезно налазе шефови свих посланичких група. Због тога се овај орган назива колегијум парламента или колегијум шефова посланичких група. Овај орган обично има улогу да олакша рад парламента јер се у њему представници посланичких група договарају о организацији рада и даљим парламентарним активностима. Када се ради о важним политичким питањима, представници посланичких група износе ставове својих посланичких група у интерфракцијском органу. Чланови овог органа потом постижу договор који се касније усваја на пленарној седници парламента. На тај начин интерфракцијски орган има пре свега саветодавни карактер.

Најпрепознатљивији орган управљања у упоредном парламентарном праву је спикер (*Speaker*) у британском Дому комуна. Назив спикер потиче од тога „што је некада он преносио поруке Дома монарху“ (Васовић, 2012: 342). Ова установа води порекло још из XIV века, а првим спикером се сматра сер Томас Хангерфорд. „Спикер Дома комуна је највидљивији играч на парламентарној позорници“ (Rogers, Walters, Besly, Goldsmith, 2019: 47). Главна карактеристика спикера у британском парламенту је то што је реч о политички независној личности. Но, то не значи да се ради о лицу које је аполитично или које никада није било ни у једној странци. „Да би један парламентарцац био изабран за спикера, он мора бити неспорна личност, па влада пре кандидовања једног посланика за спикера претходно консултује опозицију о томе да ли се ова њеном предлогу противи или не“ (Марковић, 2009: 312-313). Спикер напушта партију којој је можда чак деценијама припадао, те приликом вршења својих овлашћења поступа независно и једнако према свим посланицима.⁴ Спикер председава пленарним седницама, али не учествује у расправи и готово никад не гласа. „Због те непристрасности, спикер на положају се поново бира чак и кад се промени већина“ (Лово, 1999: 269). Зато је у пракси чест случај да исти посланик обавља функцију спикера годинама, кроз неколико парламентарних сазива, практично све докле он то жели или док се не повуче из политике. Спикер

⁴ Сматра се да је Артур Онслоу (*Arthur Onslow*), који је био спикер од 1728. до 1761. године, започео сада већ вековну традицију овако независног и непристрасног спикера.

има и три помоћника, при чему један од њих има титулу *Chairman of Ways and Means*,⁵ а друга двојица су његови заменици.

Органи управљања у Бундестагу, доњем дому немачког парламента, су председник Бундестага, Президијум и Веће старешина. Посланици Бундестага на пленарној седници бирају свог председника, његове заменике и секретаре. Председник (*Präsident*) Бундестага има надлежности да представља Бундестаг, води послове, председава пленарним седницама и стара се о реду на њима, и др. Председник Бундестага се налази на челу администрације Бундестага. Президијум (*Präsidium*) чине председник Бундестага и његови заменици. У президијуму свака посланичка група може бити представљена са бар једним замеником председника. То значи да председник Бундестага има најмање онолико заменика колико има посланичких група. Ово правило омогућава да свака посланичка група буде заступљена у президијуму. „У пракси, то је колегијални орган управљања који разматра сва важна питања, укључујући и она која правно спадају у надлежност председника Бундестага“ (Linn, Sobolewski, 2015: 27). Веће старешина (*Ältestenrat*) чине председник, заменици председника и 23 члана који се бирају на предлог посланичких група сразмерно њиховој снази у парламенту. Ово је интерфракцијски ораган који помаже председнику у вођењу послова и бави се унутарпарламентарним питањима која не спадају у надлежност председника и Президијума, а такође припрема нацрт буџета Бундестага. Пред овим орагом се постиже договор између посланичких група о подели места председника и заменика председника одбора.⁶ Овај орган одређује и датум одржавања седнице Бундестага и дневни ред и предлаже време за дебату о појединим питањима.⁷

Норвешки Стортинг (*Stortinget*) има председника и пет потпредседника, при чему између потпредседника постоји хијерархија од првог до петог потпредседника. Они се не бирају за целу легислатуру, већ на почетку сваког заседања, али и ванредно, на захтев једне петине посланика. Избор се спроводи тајним гласањем и одлука се доноси простом већином. Председник и потпредседници Стортинга чине Президијум.

⁵ Ова установа води порекло из XVII века, а ради се о посланику који је председавао одбором који се звао *Committee of Ways and Means*, па је јасно и њено терминолошко порекло. Додуше, *Chairman of Ways and Means* је функцију замењивања спикера добио половином XVIII века.

⁶ Чл. 40 Основног закона Немачке (Constitution of the Federal Republic of Germany), чл. 2 и чл. 5-7 Пословника Бундестага (Rules of Procedure of the German Bundestag and Rules of Procedure of the Mediation Committee).

⁷ Чл. 20, ст. 1 и чл. 35, ст. 1 Пословника Бундестага.

Кворум за рад у Президијуму је три члана, а у случају подељених гласова одлучујући је глас председника. Председник води послове Стортинга у име Президијума, а када Стортинг не заседа, председник може предузимати мере везане за унутрашња питања Стортинга. Најзначајнија улога председника Стортинга је да председава његовим седницама, али док председава не може истовремено да учествује у дебати по тачкама дневног реда. У случају одсутности, председника замењују потпредседници редоследом према свом рангу (I-V). Уколико је председник одсутан дуже времена, Стортинг може изабрати привременог председника. Президијум има главну улогу у административним стварима Стортинга, мада може пренети нека овлашћења на генералног секретара. Када се ради о питањима од великог значаја, Президијум консултује посланичке групе.⁸

Државна дума, доњи дом руске Федералне скупштине, бира међу посланицима председника и његове заменике. Председник Државне думе се бира тајним гласањем путем гласачких листића, а може се одлучити о спровођењу јавног гласања. Кандидате за председника предлажу посланичке групе. У току расправе која се води о сваком кандидату, кандидати приступају пленарној седници и одговарају на питања посланика. Председник се бира апсолутном већином. У случају да је на дужност председника Државне думе било предложено више од 2 кандидата, а ниједан од њих није добио број гласова потребан за избор, спроводи се други круг гласања и то за два кандидата која су у претходном кругу добили највише гласова. Председник има заменике међу којима се издваја његов први заменик. Све заменике председника бира Државна дума по истом поступку као и председника. При томе је могуће применити модалитет гласања о јединственој листи свих кандидата за заменике председника одједном, уместо да се гласа о једном по једном кандидату. Број заменика председника није одређен пословником, већ га одређује Државна дума у сваком сазиву. Председник Државне думе одређује расподелу послова међу својим заменицима. „На пример, према успостављеној вишегодишњој пракси у Државној думи питања законодавног поступка, укључујући његово планирање, традиционално се додељују првом заменику председника Државне думе“ (Федеральное Собрание Российской Федерации, Государственная Дума, 2011: 40). У Државној думи постоји и интерфракцијски орган – Савет Државне думе. Овај орган се формира за претходну припрему и разматрање питања у надлежности Државне думе. При томе је важно то да посланици могу

⁸Чл. 73 Устава Норвешке, чл. 6-9а Пословника Стортинга (The Norwegian Parliament Rules of Procedure and the Constitution).

на пленарној седници да укину одлуке Савета, што је последица саветодавног карактера овог органа. Чине га председник Државне думе, први заменик председника, остали заменици председника и шефови посланичких група. Уколико постоје међуфракцијске групе и оне имају представнике у Савету, али не више од два. И председници одбора могу учествовати у раду Савета када је то потребно, али без права гласа. Надлежности свих органа управљања су исцрпно предвиђене Пословником.⁹

Хрватски сабор има председника и између три и пет потпредседника. Ако се бирају три потпредседника, два се бирају из реда парламентарне већине, а један из парламентарне мањине; уколико се бирају четири потпредседника, и већина и мањина ће предложити по два потпредседника; ако се бира пет потпредседника, три су из реда парламентарне већине, а два из реда парламентарне мањине. Овлашћења председника су прецизно наведена у Пословнику и обухватају представљање Сабора, сазивање и председавање седницама Сабора, предлагање дневног реда, усклађивање рада радних тела, итд. Потпредседници помажу председнику у раду и обављају послове на које их он овласти. У случају одсутности председника, замењује га потпредседник из реда посланичке већине кога одреди председник. Председник и потпредседници Сабора чине Председништво, које утврђује годишњи план рада Сабора, одређује распоред седења посланика на пленарним седницама, доноси одлуке и правилнике у вези са јавношћу рада и одржавњем реда у Сабору и др. По позиву, на седници Председништва могу да учествују и секретар Сабора, шефови посланичких група и радних тела Сабора.¹⁰

3. Председник Народне скупштине

Према Уставу Републике Србије (у даљем тексту: Устав), Народна скупштина већином гласова свих народних посланика бира председника и једног или више потпредседника Народне скупштине.¹¹ И председник и потпредседници се бирају искључиво из реда народних посланика. Као и код избора Владе, ту „такође стоји политички споразум исказан већином гласова свих посланика, али мање политичке важности него

⁹ Чл. 101, ст. 1 Устава Руске федерације (Constitution of the Russian Federation), чл. 8-14 Пословника Државне думе Федералне скупштине Руске Федерације (Регламент Государственной Думы).

¹⁰ Чл. 32-37 Пословника Хрватског сабора.

¹¹ Чл. 104, ст. 1 Устава Републике Србије, Службени гласник РС, бр. 98/2006, 115/2021.

што је договор о подршци председнику Владе и министрима“ (Орловић, 2011: 505).

Председник Народне скупштине се бира на предлог најмање 30 народних посланика. Тај предлог садржи: 1) име и презиме кандидата, 2) назив изборне листе са које је изабран, 3) име и презиме представника предлагача, 4) образложење, 5) биографију и 6) сагласност кандидата. Један народни посланик може учествовати у предлагању само једног кандидата за председника Народне скупштине. Предлог се подноси председавајућем (најстаријем посланику) у писаном облику, који све примљене предлоге доставља свим посланицима. На седници Народне скупштине следи претрес о свим кандидатима, након чега се утврђује њихова листа по азбучном реду презимена. Скупштина сама одлучује да ли ће председника бирати јавним или тајним гласањем. Уколико се Народна скупштина одлучи за јавно гласање, оно се врши прозивком, а тајно гласање се обавља употребом гласачких листића, што је једини дозвољени модалитет тајног гласања у нашем парламентарном праву.¹² Међутим, поставља се питање да ли је оправдано да се Народна скупштина сама определи за начин гласања, имајући у виду могућа дејства тајног наспрам јавног гласања. „Тајно гласање би могло да обезбеди посланицима да изразе не само своје политичко уверење, већ и да изаберу угледну личност која неће ову функцију подредити интересима своје посланичке групе. Показало се да јавно гласање фаворизује представника парламентарне већине и ретко оставља простора да на ову функцију буде изабрана особа која међу посланицима ужива углед и опште поверење“ (Пејић, 2011: 277). Приликом гласања, један народни посланик може да гласа само за једног кандидата. За председника је изабран посланик за кога је гласала већина од укупног броја народних посланика (најмање 126 посланика), а ако су предложена два кандидата и ниједан не добије потребну већину, поступак се понавља. Ако је предложено више од два кандидата, а ниједан не добије потребну

¹² Гласање прозивком се одвија тако што генерални секретар Народне скупштине прозива народне посланике по азбучном реду презимена, а сваки прозвани посланик изговара реч „за, „против“ или „уздржан“. Председник Народне скупштине тј. у случају избора председника је то председавајући – најстарији посланик, понавља име и презиме посланика који је гласао и његову изјаву, односно утврђује да је посланик одсутан или да не жели да гласа. Генерални секретар записује изјаву народног посланика или његову одсутност уз његово име и презиме на списку. Ако је предложено више кандидата, посланик гласа изговарајући пуно име и презиме кандидата за кога гласа. В. чл. 131 Пословника Народне скупштине, Службени гласник РС, бр. 20/2012 (у даљем тексту: Пословник). Гласање путем гласачких листића је детаљно регулисано одредбама чл. 132-140 Пословника.

већину, гласање се понавља са два кандидата који су добили највећи број гласова или више кандидата који су добили највећи једнаки број гласова. Ако ни у том другом кругу није изабран председник Народне скупштине, поступак избора се понавља.¹³

Од ступања на снагу важећег Пословника, увек је један кандидат био предлаган за председника Народне скупштине, и тај кандидат би био изабран апсолутном већином, одмах након претреса.¹⁴ Стога никада нису примењене одредбе о гласању у случају да је предложено два или више кандидата. Народна скупштина је увек доносила одлуку да се председник Народне скупштине бира јавним гласањем – прозивком. Чини се да у пракси највећи проблем представља тренутак избора председника Народне скупштине, тј. ситуације када председник није биран одмах или убрзо након потврђивања мандата Народних посланика, већ пар недеља касније. Тако је приликом конституисања IX сазива прошло 52 дана од потврђивања мандата до избора председника скупштине, а у XII сазиву је тај период износио чак 80 дана¹⁵ (Бета, 2024). У тренутном, XIV сазиву су мандати посланика верификовани 06.02.2024. године, а председница Народне скупштине је изабрана 18.03.2024. године, што је 40 дана разлике. Овакве ситуације доводе до апсурда у домаћем парламентаризму, да су мандати посланика потврђени и четворордишњи период трајања једне легислатуре тече, а Народна скупштина као представнички орган и носилац законодавне власти не функционише чак ни у административном смислу јер нису изабрани органи управљања. Технички је до оваквих ситуација долазило тако што би председавајући, након окончања процедуре потврђивања мандата, обавестио посланике да се седница прекида, а да ће благовремено бити обавештени о наставку конститутивне седнице, када би се настављало са бирањем председника и потпредседника Народне скупштине. У X, XI и XIII сазиву

¹³ Чл. 20 Закона о Народној скупштини, Службени гласник РС, бр. 9/2010; чл. 8-13 Пословника.

¹⁴ М. Рапајић наводи занимљиву ситуацију из политичког живота када је 2014. године новоформирана посланичка већина преложила да се председник Народне скупштине бира по ротационом принципу, тако да би у неком тренутку скупштином председавао неки опозициони посланик, али је опозиција одбила такав предлог (Рапајић, 2015: 113).

¹⁵ „Дванаести сазив је ‘шампион’ по једном од најдужих периода до заказивања конститутивне седнице, чак 28 дана од дана проглашења изборних резултата и чак 42 дана од дана одржавања избора. Међутим, на избор председника скупштине и успостављање њених радних тела чекало се чак 80 дана, што значи да је од дана одржавања избора до практичног почетка рада Скупштине прошло приближно четири месеца“ (Отворени парламент, 2021б: 38).

су председници Народне скупштине бирани од једног до седам дана по конститутирању парламента, што је знатно разумније време.

Функција председника Народне скупштине може престати на три начина: оставком, разрешењем или престанком посланичког мандата¹⁶. Оставка на функцију председника Народне скупштине се подноси у писаном облику или усмено на седници Народне скупштине и функција престаје даном и часом подношења оставке.¹⁷ На пленарној седници се само констатују престанак функције по основу оставке и време престанка функције, без отварања претреса и одлучивања.¹⁸ Разрешење председника Народне скупштине се одвија на исти начин као и његов избор, што значи да је за разрешење потребна апсолутна већина.¹⁹ У случају престанка функције председника Народне скупштине, на истој, а најкасније на наредној седници се бира нови председник. Када председнику Народне скупштине престане функција, на његово место, до избора новог председника, ступа најстарији потпредседник Народне скупштине.²⁰ Најстарији потпредседник је дужан да одмах, а на касније у року од седам дана од дана престанка функције председнику Народне скупштине, сазове седницу на којој се врши избор новог председника. Ако најстарији потпредседник не може или одбије да врши дужност председника народне скупштине, ту дужност врши следећи најстарији потпредседник нашег парламента.²¹

Надлежности председника Народне скупштине су да: 1) представља Народну скупштину, 2) сазива њене седнице и утврђује предлог дневног реда, 3) председава седницама Народне скупштине, 4) сазива састанке колегијума Народне скупштине и председава њима, 5) стара се о реду на седницама Народне скупштине и о примени Пословника, 6) стара се о благовременом и усклађеном раду радних тела Народне скупштине,

¹⁶ Разлози за престанак посланичког мандата су предвиђени у чл. 131 Закона о избору народних посланика, Службени гласник РС, бр. 14/2022.

¹⁷ Чл. 21 Закона о Народној скупштини и чл. 29, ст. 2 и 3 Пословника.

¹⁸ Чл. 29, ст. 4 Пословника.

¹⁹ Чл. 30 Пословника.

²⁰ Чл. 22 Закона о Народној скупштини. У овом случају престаје функција председника Народне скупштине, али не и посланички мандат, па дотадашњи председник скупштине наставља да врши посланички мандат. Са друге стране, уколико председник Народне скупштине поднесе оставку на функцију народног посланика, истовремено му престаје и функција председника Народне скупштине и остаје без иједне од те две функције. Но, тада то није случај оставке из чл. 22 Закона о Народној скупштини, већ оставка из чл. 132 Закона о избору народних посланика.

²¹ Чл. 31 Пословника.

7) врши друге послове одређене Уставом, законом, и Пословником.²² Од других надлежности се посебно истичу уставне надлежности председника Народне скупштине: да замењује председника Републике када је спречен да обавља дужност или му мандат престане пре истека времена на које је биран, као и надлежност да заједно са председником Републике и председником Владе донесе одлуку о проглашењу ванредног стања кад Народна скупштина није у могућности да се састане.²³ „Председник Народне скупштине нема овлашћења власти, али његова улога није само церемонијалног карактера“ (Пејић, 2011: 277). Треба имати у виду да се он налази на челу целе једне гране власти и има значајан утицај на њен рад.

Ипак, парламентарно-политичка пракса од поновног увођења више-страначја у Србији показује да „место председника парламента није међу најпривлачнијим местима код подела функција након избора, па су често на њено чело изабрани функционери без стварне тежине у владајућим странкама“ (Корхеџ, 2018: 127).

У јавности су најизраженије надлежности председника Народне скупштине које су видљиве на јавним преносима пленарних седница – председавање седницама Народне скупштине и старање о реду на седницама Народне скупштине и о примени Пословника.

Међутим, управо је на овим местима дошло до појаве лоше праксе у вези са применом појединих овлашћења председника Народне скупштине: нереаговање на говоре посланика у којима скрећу с дневног реда говорећи о ванпарламентарној опозицији (Отворени парламент, 2021а: 13), расправе са посланицима опозиције ван дневног реда (Отворени парламент, 2018: 7), изрицање мера готово само посланицима опозиције због кршења Пословника,²⁴ хитно заказивање седница се примењује веома често уместо изузетно, пристрасно одлучивање у вези са правом на реплику и пријавом повреде Пословника, учешће у претресу без преласка на посланичко место (Отворени парламент, 2023: 5-6). Спорна је и надлежност председника Народне скупштине да утврђује предлог дневног реда, јер годинама уназад дневни ред седница је често преобиман, тако да није могуће спровести квалитетну расправу, а дневни ред често обухвата разнородне предлоге закона. Одговорност за такав

²² Чл. 104, ст. 2 Устава, чл. 19 Закона о Народној скупштини и чл. 27 Пословника.

²³ Чл. 120; ст. 1 и чл. 200, ст. 5 Устава).

²⁴ „Чини се да је исправно гледиште према коме сву дисциплинску власт није требало концентрисати у рукама председника Народне скупштине, а то је решење које је преузето из претходног пословника (Бојанић, 2019: 346).

састав дневног реда је на председнику Народне скупштине. Такође, присутна је дугогодишња пракса недоношења годишњег програма рада Народне скупштине, који утврђује председник Народне скупштине након консултација на састанку Колегијума²⁵, па би требало додатно уредити „ово питање како би се спречило занемривање ове обавезе“ (Отворени парламент 2022б: 20). Спорна је била и ситуација у XI сазиву када је председница Народне скупштине, на предлог посланичких група владајуће већине, одредила паузу у раду Народне скупштине за време редовног пролећног заседања 2017. године, а током предизборне кампање за председничке изборе. „Ова одлука наишла је на незадовољство, пре свега, посланика опозиционих партија, док је председница у свом образложењу навела да ће пауза у раду Парламента током председничке кампање бити неопходна ради очувања политичке стабилности“ (Отворени парламент, 2017: 13).

4. Потпредседници Народне скупштине

Када је реч о потпредседницима Народне скупштине, њихов број није тачно одређен нити законом нити пословником, већ се утврђује посебном одлуком на предлог председника Народне скупштине. При томе, Пословником није одређен ни максималан број потпредседника. Од ступања на снагу важећег скупштинског Пословника, Народна скупштина је у сваком сазиву имала између пет и седам потпредседника: у IX сазиву петоро, у X, XI и XII сазиву по шесторо, а у XIII сазиву седморо. У садашњем, XIV сазиву, Народна скупштина има шесторо потпредседника. Потпредседници Народне скупштине се бирају на конститутивној седници, по слиним правилима као и председник, а за њих важе и иста правила о престанку функције као и за председника Народне скупштине. Кандидате за потпредседнике Народне скупштине предлаже најмање 30 посланика, исто као и кандидата за председника скупштине. То значи да мале посланичке групе (пошто једну посланичку групу чини најмање пет посланика) практично никада не могу да предложе свог кандидата за потпредседника. Предлози се упућују председнику Народне скупштине и он је тај који предлаже пленуму број потпредседника.²⁶ У досадашњој пракси је Народна скупштина доносила одлуку о да се потпредседници изаберу јавним гласањем. Само се једном десило да кандидат за потпредседника није изабран. Наиме, на конститутивној седници XI сазива Народне скупштине је

²⁵ Чл. 28 Пословника.

²⁶ В. чл. 24, ст. 1 и чл. 25 Закона о Народној скупштини и чл. 14-20 Пословника.

донета одлука да у том сазиву буде седморо потпредседника. Међутим, шесторо предложених кандидата је изабрано апсолутном већином, док једна кандидаткиња није добила потребну већину гласова, тако да је овај сазив ипак имао шесторо потпредседника.

Потпредседници народне скупштине помажу председнику у обављању послова из његовог делокруга. У случају привремене спречености или одсутности, председника Народне скупштине замењује један од потпредседника кога он сам одреди, и о чему обавештава остале потпредседнике и генералног секретара Народне скупштине писаним путем. Уколико председник не одреди потпредседника који ће га замењивати, то ће, према одредбама Пословника, чинити најстарији потпредседник. Потпредседник који замењује председника Народне скупштине има сва овашћења председника приликом председавања пленарним седницама Народне скупштине.²⁷ У пракси потпредседници најчешће обављају послове као што су председавање скупштинским седницама, пријем гостију у Народној скупштини, присуствовање различитим догађајима и свечаностима, учешће на парламентарним скуповима и сл.

5. Колегијум Народне скупштине

Колегијум Народне скупштине (у даљем тексту: Колегијум) представља интерфракцијски орган у нашем парламенту. Ради се о органу који је у наше парламентарно право уведен по први пут важећим Законом о Народној скупштини, 2010. године. “То није тело с овлашћењима одлучивања и руковођења, нити је ‘колективни председник парламента’” (Петров, 2015: 99). По Пословнику, то је тело које сазива председник Народне скупштине ради координације рада и обављања консултација у вези са радом Народне скупштине. Дакле, оно има саветодавни карактер. Њега чине председник, који председава Колегијумом, потпредседници и председници посланичких група у Народној скупштини. Број његових чланова је стога променљив, зависно од броја потпредседника и броја посланичких група у једном сазиву. Састанцима Колегијума присуствују генерални секретар Народне скупштине, шеф Кабинета председника Народне скупштине, као и друга лица, на позив председника Народне скупштине. Председник Народне скупштине, има овлашћење да, након консултација са члановима Колегијума, донесе правила о раду Колегијума Народне скупштине.²⁸

²⁷ Чл. 24, ст. 2 и 3 Закона о Народној скупштини и чл. 32 и 33 Пословника.

²⁸ Чл. 26, ст. 1-3 Закона о Народној скупштини и чл. 34 Пословника.

Надлежност Колегијума према Закону о Народној скупштини је да помаже председнику Народне скупштине у представљању Народне скупштине, сазивању седница Народне скупштине, утврђивању предлога дневног реда, усклађивању рада радних тела и другим питањима из надлежности председника.²⁹ Међутим, овако наведене надлежности делују прилично уопштено, а Пословник не прописује ништа детаљније о томе. Зато је правни положај овог органа остао недоречен и упитно је да ли ефективно помаже председнику Народне скупштине на било који начин. „С обзиром да су изостала пословничка правила у погледу овлашћења Колегијума, може се претпоставити да ће председник Скупштине, у оквиру својих овлашћења, позивати Колегијум и постављати питања од посебног значаја на дневни ред Колегијума“ (Пејић, 2011: 278).

Чини се да у пракси овај орган управљања нема значајну улогу у функционисању Народне скупштине. Наиме, прегледом секције „Активности“ на интернет страни Народне скупштине³⁰ се може утврдити да објаве о сазивању Колегијума постоје тек од XII сазива Народне скупштине. У XII и XIII сазиву је Колегијум редовно сазиван, али са јако уопштеним дневним редом: ради консултација у вези са радом Народне скупштине на одређеној седници или заседању или ради информисања о раду Народне скупштине. Уосталом, на интернет страни Народне скупштине нема посебне секције о активностима Колегијума, као што је случај са председником, потпредседницима, посланицима, радним телима и др. На пример, 2019. године је председница Народне скупштине у априлу сазвала тек другу седницу Колегијума у тој календарској години, а ради консултација о раду Народне скупштине поводом бојкота опозиционих посланика (Отворени парламент, 2019: 8). У XII сазиву је председник Народне скупштине увео обичај „да на почетку заседања каже посланицима шта је на колегијуму договорено – колико ће се радити тог дана, колико сутрадан, има ли амандмана и када се очекује гласање“ (Отворени парламент, 2022а: 22). Из тога се може закључити да је Колегијум, бар у том сазиву, колико-толико помагао председнику у организовању пленарних седница, али нема детаљанијих података о томе како се радило на седницама Колегијума. У последње време пажњу јавности су привукла два колегијума одржана по конституисању тренутног, XIV сазива Народне скупштине, а ради консултација у вези са применом препорука *ODIHR*-а о унапређењу изборног процеса.

²⁹ Чл. 26, ст. 4 Закона о Народној скупштини.

³⁰ <http://www.parlament.gov.rs/narodna-skupstina-.871.html>

6. Закључак

Унутрашња организација парламента проистиче из принципа парламентарне аутономије и потребе да се рад парламента организује изнутра, што треба да обезбеди његово успешно функционисање. Због тога је потребно детаљно уредити питања у вези са унутрашњим уређењем парламента, а што укључује и органе управљања. Ова питања су препуштена уређењу од стране парламента путем пословника, а у границама које поставља устав. Парламент тако прописује који су органи управљања, која је њихова композиција, како се бирају и које су њихове надлежности. Ова питања јесу уређена Пословником Народне скупштине Републике Србије, али парламентарна пракса показује да је потребно мењати неке одредбе Пословника. Тако је неопходно прецизирати рок у коме се мора окончати избор председника Народне скупштине, као и његову обавезу доношења годишњег програма рада Народне скупштине. Када је реч о надлежностима председника Народне скупштине, део проблема који се јављају у пракси заправо проистиче из ниског нивоа политичке културе, услед чега се јавља пристрасно поступање председника Народне скупштине. Поред тога, било би добро да Законом о Народној скупштини или Пословником буде загарантовано да одређени број потпредседника буде из реда парламентарне опозиције. Када је реч о Колегијуму Народне скупштине, чини се да његову улогу треба ојачати, јер делује да је тренутно његова улога у парламентарном раду сасвим споредна. Тако је потребно јасније утврдити надлежност овог органа и диференцирати те надлежности од надлежности председника Народне скупштине. У том смислу је могуће „пребацити“ неке надлежности са председника Народне скупштине на Колегијум. Имајући у виду и упоредноправне примере, Колегијуму би се могло ставити у надлежност, на пример, утврђивање дневног реда скупштинских седница и доношење годишњег програма рада парламента.

Литература

Битем, Д. (2013). *Парламент и демократија у XXI веку*. Београд: Програм Уједињених нација за развој (UNDP) Србија;

Бојанић, Б. (2019). Парламентарни функционери у српској уставној пракси. У: Ј. Беловић (Ур.), *Научно истраживачки пројекат „Правни аспекти савремених друштвених кретања у Републици Србији“: тематски зборник – Пројекат – Прва свеска (339-350)*. Косовска Митровица:

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

Васовић, В. (2012). *Савремене демократије I*. Београд: Службени гласник;

Де Верготини, Ђ. (2015) *Упоредно уставно право*. Београд: Службени гласник;

Корхеџ, Т. (2018). Уставно начело поделе власти – законодавна власт, извршна власт и положај политичких странака у Републици Србији. У: Д. Симовић, Е. Шарчевић (Ур.), *Парламентаризам у Србији* (117-137). Сарајево: Фондација Центар за јавно право;

Linn, S., Sobolewski, F. (2015). *The German Bundestag – functions and procedures*, Rheinbreitbach: NDV;

Лово, Ф. (1999). *Велике савремене демократије*. Нови Сад: Издавачка књижарница Зорана Стојановића;

Марковић, Р. (2009). *Уставно право и политичке институције*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, Службени гласник;

Николић, П. (1995). *Уставно право*. Београд: Просвета;

Орловић, С. (2011), Народна скупштина Србије и Европски парламент – једно уставноправно поређење. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 3(XLV). 497-515;

Пејић, И. (2004). Унутрашња организација парламента – француски, немачки и аустријски пример. У: С. Ђорђевић (Прир.), *Constitution: lex superior: поводом 75 година живота и 50 година научног рада Павла Николића* (415-435). Београд: Удружење за уставно право Србије;

Пејић, И. (2011). *Парламентарно право*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу, Центар за публикације;

Петров, В. (2015). *Парламентарно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Досије студио;

Рапајић, М. (2015). Уставни и политички аспекти положаја Народне скупштине Републике Србије. У: С. Ђорђевић (Ур.), *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније, књ. 3* (105-139). Крагујевац: Правни факултет, Институт за правне и друштвене науке;

Rogers, R., Walters, R., Besly, N., Goldsmith T. (2019). *How Parliament Works*, New York: Routhledge;

Стојановић, Д. (2014). *Уставно право*. Ниш: Правни факултет у Нишу, Центар за публикације;

Федеральное Собрание Российской Федерации, Государственная Дума (2011). *Комментарий к Регламенту Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации*. Москва: Государственной Думы;

Правни акти

Закон о избору народних посланика. *Службени гласник РС*, бр. 14/2022;

Закон о Народној скупштини. *Службени гласник РС*, бр. 9/2010;

Пословник Народне скупштине. *Службени гласник РС*, бр. 20/2012;

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

Извори страног права

Constitution of the Federal Republic of Germany. <https://www.bmi.bund.de/EN/topics/constitution/constitutional-issues/constitutional-issues.html>, приступљено 23.05.2024;

Constitution of the Russian Federation. <http://www.constitution.ru/en/10003000-01.htm>, приступљено 23.05.2024;

Poslovnik Hrvatskoga sabora. https://www.sabor.hr/sites/default/files/uploads/inline-files/Poslovnik-HS_procisceni-tekst-11_2020.pdf, приступљено 23.05.2024;

Регламент Государственной Думы. <http://duma.gov.ru/duma/about/regulations/>, приступљено 23.05.2024;

Rules of Procedure of the German Bundestag and Rules of Procedure of the Mediation Committee. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80060000.pdf>, приступљено 23.05.2024;

The Norwegian Parliament Rules of Procedure and the Constitution, october 2021. https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/english/2021_rules_of_procedure.pdf, приступљено 23.05.2024.

Електронски извори

Бета (2024). Избор председника скупштине, некад у истом дану, некад после два месеца. <https://beta.rs/content/199592-izbor-predsednika-skupstine-nekad-u-istom-danu-nekad-posle-dva-meseca>, приступљено 24.05.2024;

Отворени парламент (2017). Првих годину дана рада 11. сазива Народне скупштине Републике Србије – Извештај о активностима Народне скупштине Републике Србије – 03. јун 2016 – 03. јун 2017. године, <https://otvoreni.parlament.rs/uploads/istrazivanja/Prvih%20godinu%20dana%2011.%20saziva.pdf>, приступљено 24.05.2024;

Отворени парламент (2018). Билтен „Парламент под лупом“, бр.3, децембар 2018. <https://otvoreni.parlament.rs/istrazivanje/34>, приступљено 24.05.2024;

Отворени парламент (2019). Билтен „Парламент под лупом“ / 6-8. број, април-јун 2019. <https://otvoreni.parlament.rs/istrazivanje/38>, приступљено 24.05.2024;

Отворени парламент (2021a). Билтен „Парламент под лупом“ / 15. број, јануар-мај 2021. <https://otvoreni.parlament.rs/istrazivanje/55>, приступљено 24.05.2024;

Отворени парламент (2021б). Годишњи извештај о раду Народне скупштине – 2021. година. <https://otvoreni.parlament.rs/istrazivanje/74>, приступљено 24.05.2024;

Отворени парламент (2022a). Билтен Парламент под лупом 18. број. <https://otvoreni.parlament.rs/istrazivanje/70>, приступљено 24.05.2024;

Отворени парламент (2022б). Билтен Парламент под лупом 19. број. <https://otvoreni.parlament.rs/istrazivanje/77>, приступљено 24.05.2024;

Отворени парламент (2023). Годишњи извештај о посматрању рада Народне скупштине. <https://otvoreni.parlament.rs/istrazivanje/104>, приступљено 25.05.2024;

<http://www.parlament.gov.rs/narodna-skupstina-871.html>.

Aleksa Damjanović, LL.M,
PhD Student,
Faculty of Law, University of Niš

PARLIAMENTARY LEADERSHIP

Abstract

Parliamentary leadership is part of the internal organisation of parliament, alongside parliamentary groups and committees. Leadership bodies are usually considered to be President of the National Assembly (Speaker), vice presidents, and collective bodies (such as the Collegium). The aim of this article is to present the legal position of these bodies in comparative and domestic law, and to analyze the domestic parliamentary practice in this field. For this purpose, the author has used the dogmatic, normative and comparative methods of scientific exposition. The author first provides the theoretical and the comparative law perspective on these parliamentary bodies. Then, the paper focuses on leadership bodies in the National Assembly of the Republic of Serbia: President, Vice Presidents, and Collegium of the National Assembly, and explores the legal position of these bodies in domestic constitutional and parliamentary legislation: the Constitution, the National Assembly Act, and the National Assembly Rules of Procedure. The paper also provides some examples of bad practice in their functioning. In the conclusion, the author proposes possible changes in this field of Serbian parliamentary law.

Keywords: *parliament, Serbian National Assembly, President of parliament, Collegium, parliamentary law, constitutional law.*

Магдалена Крњаић,¹
Докторанд,
Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 339.727.22:341.6
DOI: 10.5281/zenodo.14425269

Прегледни научни чланак

Примљен: 04. 05. 2024.

Прихваћен: 11. 06. 2024.

УТИЦАЈ ИНВЕСТИЦИОНЕ АРБИТРАЖЕ НА ДРЖАВНУ РЕГУЛАТИВУ У ДОМЕНУ ЗАШТИТЕ ЈАВНОГ ИНТЕРЕСА

Апстракт: *Управљање страним инвестицијама данас је дубоко укорењено у сложеној мрежи инвестиционих и трговинских споразума. Значајан пораст страних директних инвестиција (FDI) у последњих двадесет година прати и повећање броја FDI арбитража, које су постале важан аспект међународне економске политике. Међутим, постоји забринутост да ови аранжмани ограничавају национални суверенитет, посебно у регулативној аутономији држава. Чланак анализира ове проблеме, истичући асиметрије у инвестиционим споразумима и феномен „регулаторног застоја“. Процедурални недостаци процеса FDI арбитраже такође су истакнути, указујући на искључивање важних државних акција из међународноправних деловања. Напомиње се да FDI арбитража из демократске перспективе често користи механизме који нису прилагођени за решавање комплексних јавних питања, што може угрозити демократске вредности и регулативну аутономију држава.*

Кључне речи: *стране инвестиције, јавни интерес, арбитража.*

1. Увод

Данашње управљање страним инвестицијама све више се ослања на мрежу инвестиционих и трговинских споразума. Пораст страних директних инвестиција у последњих двадесет година прати и повећање FDI арбитража, кључног аспекта међународне економске политике.

FDI пружа реципрочну заштиту инвестиција, али може ограничити национални суверенитет држава у домену заштите јавног интереса. Распрострањена FDI арбитража често фаворизује интересе инвеститора,

¹ krnjaic.magdalena@gmail.com

занемарујући јавни интерес домаћих држава. Кроз поступке пред инвестиционом арбитражом, уочава се да стране директне инвестиције утичу, односно ограничавају извршавање националног суверенитета државе, посебно у погледу њихове регулативне аутономије да доносе прописе у циљу унапређења и заштите јавног интереса (*Salacuse, 2010:427*).

Овај чланак анализира проблеме FDI арбитраже, укључујући неограничено право инвеститора на покретање арбитражних поступака и одлуке које фаворизују инвеститоре. Критички се анализира асиметрија у инвестиционим споразумима и феномен „регулаторног застоја“, истичући процедуралне недостатке који искључују могућност држава да заштите свој јавни интерес. FDI арбитража често неадекватно решава сложена јавна питања, угрожавајући демократске вредности и регулативну аутономију држава.

2. Асиметрија положаја страна у инвестиционим споразумима ПА и „регулаторни застој“ држава домаћина

Проблеми у одлукама инвестиционих арбитража и генерално управљање страним директним инвестицијама данас, огледају се кроз ограничење извршавања националног суверенитета државе, посебно у вези са регулаторном аутономијом за доношење прописа и креирањем политика које би унапредиле легитимне јавне интересе. (*Suda, 2006:73*) Очигледно је да међународно решавање питања јавног интереса неке државе резултира тиме да поставља суверенитет те државе у подређени положај. Закључивање међународних инвестиционих уговора или било ког међународног споразума подразумева смањење суверенитета државе. На овај начин, даје се могућност државама да дају значајна обећања у фази привлачења страних инвестиција, односно у фази преговарања око закључења инвестиционих споразума и приликом самог закључења истих.²

Систем FDI је јединствен због тога што држава пристаје на примену приватног модела арбитраже, првобитно осмишљеног за решавање

² Види *S.S. Wimbledon (U.K. v. Japan)*, 1923 P.C.I.J. (ser. A) No. 1 (17. август), на страни 35 „Суд одбија да види у закључивању било ког споразума којим држава преузима обавезу да изврши или да се суздржи од извршавања одређеног чина напуштање своје суверености. Нема сумње да свака конвенција која ствара обавезу овог типа ставља ограничење на извршење суверених права државе, у смислу да захтева да се она извршавају на одређени начин. Али право да се ступи у међународне обавезе је атрибут суверености државе.“, http://worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1923.08.17_wimbledon.htm.

комерцијалних спорова, како би решавао регулаторне спорове проишле из суверених аката државе. (*Van Harten, Loughlin, 2006:121*). Док традиционални модел међународне арбитраже у приватном сектору почива на принципу реципроцитета и инсистира на једнакости страна у поступку, међународна арбитража у области FDI има индивидуалистички и нереципрочан карактер (*Van Harten, 2006:138*).

Једна од кључних карактеристика међународних инвестиционих споразума (IIA) јесте да пружају страним инвеститорима широку заштиту њихових легитимних економских очекивања без пропорционалних обавеза усмерених ка заштити јавног интереса државе домаћина (*Pham, 2011*). Оваква заштита је једнострана јер намеће обавезе само држави домаћину и обично се постиже путем арбитражног механизма решавања спорова инвеститор–држава, који је механизам заштите такође предвиђен споразумом.

Већина IIA садржи арбитражну клаузулу која омогућава страним инвеститорима да директно покрећу арбитражне поступке против државе домаћина због наводног кршења IIA. Ова клаузула омогућава странама да одређују правила и поступке арбитраже, као и форум за решавање спорова. Стране често бирају институционалну арбитражу, као што је Међународни центар за решавање инвестиционих спорова (ICSID), у складу са ICSID конвенцијом и њеним правилима арбитраже, а који се сматра водећим местом за FDI арбитражу. ICSID омогућава странкама да изаберу између *ad hoc* арбитраже, државне судске арбитраже или институционалне арбитраже пред овим центром.³ ICSID конвенција омогућава приступ не само уговорним државама већ и неугворним државама и њиховим инвеститорима.

Омогућавање покретања директних поступака страним инвеститорима без исцрпљивања правних средстава државе домаћина користи искључиво страним инвеститорима, док су за разлику од њих државе изложене ризику учешћа у великом броју арбитражних поступака (*Van Harten, 2006:121*). Уношењем арбитражне клаузуле у инвестициони споразум, клаузуле најповлашћеније нације, националног третмана и слично, држава се излаже будућим споровима од стране недефинисаног броја подносилаца захтева, те на тај начин ограничава свој суверенитет у делу доношења прописа ради заштите јавног интереса, без могућности да исте адекватно штити када дође до спора.

³ Додатни механизам истовремено је проширио обим арбитраже ICSID-а на спорове који не произилазе директно из инвестиција. Видети: ICSID Additional Facility Rules, Art. 2.

Структура и карактер међународне арбитраже у области FDI изазивају дебату о равнотежи између заштите инвеститора и очувања регулаторне аутономије држава.

ICSID (Међународни центар за решавање инвестиционих спорова) представља кључну институционалну окосницу у систему FDI арбитраже, са значајним утицајем на изазове и дилеме које ово подручје доноси у светлу суверенитета држава и заштите инвеститора. Међутим, постоји низ проблема и недостатака који су инхерентни овом систему.

Једна од кључних карактеристика ICSID-а је правило о исцрпљености правних средстава, које је уобичајено у међународном праву. Ово правило омогућава инвеститорима директни приступ арбитражи (*Paulsson, 2008:255*) избегавајући тиме потребу за исцрпљивањем домаћих правних лекова. Иако то може задовољити забринутост инвеститора око политичке природе домаћих судских поступака, представља значајан ризик за државе, излажући их потенцијално великом броју арбитражних захтева. Штавише, широко тумачење надлежности ICSID-а, посебно израз „држављанин друге уговорне државе“⁴, чини систем преопширним и тешким за предвидети, што може створити несигурност за државе (*Sornarajah, 2008:57*).

У контексту FDI арбитраже, правило исцрпљености правних средстава примењује се искључиво на инвеститоре који нису обавезни да претходно исцрпе домаће правне лекове.

Инвеститори имају могућност да покрену арбитражу на основу својих захтева, а сагласност за арбитражу може се обезбедити директним споразумом, националним законодавством или споразумом између државе домаћина и инвеститора (*Bijlmakers, 2012:250*).

Надлежност FDI арбитраже односи се на питања између уговорне државе и страних инвеститора. Међутим, широке интерпретације и различита тумачења одредби ИА могу довести до несагласних одлука, као што је било видљиво у појединим случајевима. Проблем такође лежи у недостатку прецизних дефиниција кључних појмова, као што је „инвестиција“, што оставља широк простор за арбитражну слободу у тумачењу и примени законитости државног прописа.

Упркос овим изазовима, FDI арбитража се одвија слично без обзира на околности, са трибуналом од три арбитра који се формира након доношења захтева (*Van Harten, 2006:36*). Арбитражни поступак укључује

⁴ ICSID Convention, Art. 25(1).

саслушање примедби државе домаћина, утврђује надлежности трибунала, а затим разматрање случаја по основу његове суштине. Ако се утврди да је држава поступила у супротности са својим обавезама према уговору, доводећи до губитка за инвеститора, трибунал може доделити одштету инвеститору (*Van Harten*, 2006:37).

Путем FDI арбитраже, страни инвеститори могу оспорити широк спектар владиних мера које имплицирају њихове економске интересе, а које резултирају арбитражном одлуком која је коначна и обавезујућа.⁵ Међутим, комплексност и двосмисленост одредби међународних инвестиционих споразума могу довести до различитих тумачења од стране арбитра и несагласних одлука, чак и у сличним случајевима. (*Alvarez*, 2012:94) Несагласне одлуке могу се појавити без обзира на то да ли је контекст у фактичком и правном смислу упоредив, (*Juillard*, 2008:97) као што су показале одлуке у случајевима Лаудер против Чешке Републике и *CME* против Чешке Републике.⁶ Упркос истом чињеничном стању и расправама адвоката, различито вредновање чињеница резултирало је различитим одлукама (*Legum*, 2008:237).

Још озбиљнији недостатак је двосмислена дефиниција кључних одредби, у смислу опсега и значења, која даје арбитражним трибуналима значајну слободу у интерпретацији законитости државног прописа. (*Van Harten*, 2006:80) Путем сагласности за FDI арбитражу, државе дају арбитрама свеобухватну надлежност за тумачење и примену ИА ради решавања спорова у регулаторној сфери (*Van Harten*, 2006:94). Такође, у одсуству дефиниције у ICSID конвенцији, појам „инвестиција“ је широко тумачен од стране трибунала. (*Rubins, Kinsella*, 2005:319) Такво широко тумачење само по себи може променити надлежност трибунала, као и обим имовине која је заштићена ИА (*Suda*, 2006:110). Стога, будућност FDI арбитраже захтева пажљиво разматрање и прецизирање кључних термина, како би се постигла равнотежа између заштите инвеститора и очувања суверенитета држава.

Страхови држава од губитка суверенитета у домену заштите свог јавног интереса и прекомерне заштите интереса инвеститора у оквиру FDI арбитраже нису само хипотетички, већ произилазе из конкретних проблема у примени и тумачењу стандарда заштите. Међитим, недавна литература указује на тенденцију арбитражних трибунала да усвајају

⁵ *Téchnicas Medioambientales Tecmed SA. v. United Mexican States*, (ICSID Case No ARB(AF)/00/2) (2003).

⁶ *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, Final Award, 3 Sept. 2001, 9 ICSID Rep. 66 and *CME v. The Czech Republic*, Partial Award, 13 Sept. 2001, 9 ICSID Rep. 121.

уравнотежен приступ, пажљиво одмеравајући заштиту инвестиција с инхерентним правом суверених држава да одрже своју регулативну функцију.

Инвестициона арбитража све више узима у обзир јавне интересе приликом примене стандарда заштите, вођена преамбулама и изјавама о циљевима јавног интереса у споразуму ИА (*Bijlmakers*, 2012:258). Новији споразуми ИА сада укључују опште изузетке који омогућују државама да предузму мере неопходне за заштиту одређених јавних интереса.⁷ Уношењем оваквих одредаба у инвестиционе споразуме поново се успоставља равнотежа између интереса инвеститора и других циљева јавне политике.⁸ Преамбулом ВИТ-а Канаде и САД стоји да је заштита инвестиција у сагласности са промоцијом неекономских интереса, као што су здравље, одрживи развој, животна средина и права радника.⁹ Неки ИА чак укључују опште изузетке који ослобађају мере нужне за заштиту одређених јавних интереса, што представља иновативан приступ у поновном успостављању равнотеже између интереса инвеститора и других циљева јавне политике.

Међутим, постоји забринутост због арбитражних одлука које се базирају на уском разматрању заштите интереса инвеститора. Тумачећи само ефекте инвестиција, долази се до одлука које занемарују мотиве и намере државе приликом доношења одређене мере. Случајеви *Metalclad*¹⁰ и *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa*

⁷ Article 10.1 of the Canada-Jordan BIT (2009): „Под условом да се такве мере не примењују на начин који би представљао произвољну или неоправдану дискриминацију између инвестиција или инвеститора, или прикривену рестрикцију међународне трговине или инвестиција, ништа у овом споразуму неће се тумачити тако да спречава Страну да усвоји или примењује мере које су неопходне: (а) ради заштите људског, животињског или биљног живота или здравља; (б) ради осигурања усклађености са законима и прописима који нису у супротности са одредбама овог споразума или(в) ради очувања живих или неживих исцрпљивих природних ресурса.“

⁸ UNCTAD, World Investment Report 2010: Investing In A Low-Carbon Economy. World Investment Report

⁹ Модел билатералног споразума (2012), преамбула: „Желећи да остваре ове циљеве на начин који је у складу са заштитом здравља, безбедности и животне средине, као и промоцијом међународно признатих радничких права...“ и Модел билатералног инвестиционог споразума Канаде (2004): „Уважавајући да промоција и заштита инвестиција инвеститора једне Стране на територији друге Стране доприносе подстицању међусобно корисних пословних активности, развоју економске сарадње између њих и промоцији одрживих развоја...“

¹⁰ *Metalclad Corp. v United Mexican States*, Award, Aug. 30, 2000, 5 ICSID Rep. 226. Трибунал NAFTA-е јесматрао да мера у облику еколошке уредбе предузете од стране Мексика пре

*Rica*¹¹ указују на то да су арбитражни трибунали били склони доношењу одлука у корист заштите инвестиција, фокусирајући се искључиво на права инвеститора.

Важно је напоменути да су арбитражне одлуке донете пред ICSID-ом коначне и обавезујуће, с ограниченим могућностима за жалбу. Анулациони комитет ICSID-а може само анулирати односно укинути одлуку, а не и заменити односно преиначити одлуку, док се жалба може заснивати само на процедуралним основама,¹² не сме се задрити у суштину одлуке.¹³ Осим тога, одлука се мора директно спровести, „као да је то коначна пресуда судова државе“.¹⁴ Одсуство могућности испитивања одлуке од стране судијског тела за жалбе додатно отежава могућност исправке погрешних одлука арбитра. Без обзира на тешка техничка и политичка питања која би увођење механизма за жалбе могла повући, (*Legum*, 2008:231) његово одсуство омогућава арбитрама да одређују законитост јавне мере без могућности прегледа погрешних одлука (*Van Harten*, 2006:153).

Упркос изазовима, развој уравнотеженијих приступа и инклузија општих изузетака у ИА представљају позитиван корак у правцу постизања равнотеже између суверенитета држава и заштите интереса инвеститора. Ипак, нужно је пратити развој и евентуално разматрати унапређења у систему FDI арбитраже, како би се обезбедила равнотежа између супротстављених интереса.

дставља еквивалентескпропријације искључиво на основу ефекта мерена инвестицију, без узимања у обзир мотива и лина мера њеног доношења.

¹¹ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID case No. ARB/96/1, 15 ICSID Rev.-Foreign Investment L. J., 72, 192 (2000). Параграф 72 одлуке гласи: „Експропријативне еколошке мере – ма колико корисне за друштво у целини – у овом погледу су сличне било којим другим експропријативним мерама које држава може предузети ради спровођења својих политика: када се имовина експроприше, чак и у еколошке сврхе, било да су домаће или међународне, обавеза државе да плати надокнаду остаје.“

¹² Како је наведено у члану 53(1) ICSID Convention: „Одлука обавезује стране и не подлеже никаквој жалби или било којем другом правном леку осим оних предвиђених овом Конвенцијом“.

¹³ Види ICSID Convention, члан 52(1): „Било која страна може затражити поништење одлуке подношењем писменог захтева упућеног Генералном секретару на једном или више следећих основа: (а) да Трибунал није исправно састављен; (б) да је Трибунал очигледно прекорачио своје овлашћење; (в) да је постојала корупција од стране члана Трибунала; (г) да је дошло до озбиљног одступања од основног правила поступка; или (д) да одлука није навела разлоге на којима се темељи.“

¹⁴ Види ICSID Convention, Art. 54(1).

Наведене примедбе указују на суштински проблем у вези с арбитражом страних директних инвестиција, посебно када се сагледају економски и политички проблеми који могу произаћи из арбитражних одлука. Државе, суочене с одлукама које нису у њихову корист, често се суочавају с високим одштетама и ризиком од тужби од стране других инвеститора (*Choudhury, 2009:1002*). Овај „регулаторни шок“ на националном нивоу поставља озбиљан изазов, (*Waincymer, 2009:309*) с обзиром на перспективу суочавања с недефинисаним бројем инвеститорских захтева који оспоравају регулаторне мере државе у циљу заштите легитимних јавних интереса. Негативна арбитражна одлука која обавезује државу, а која је заснована на прешироком тумачењу само интереса инвеститора, за државу представља велики трошак због надокнаде штете инвеститору, нарушавања угледа, али у крајњем и свест о томе да је онемогућена да заштити јавни интерес, односно да због заштите јавног интереса може бити поново подвргнута тужбама страних инвеститора.¹⁵

Ови страхови нису само теоријски, већ су поткрепљени конкретним примерима, као што је повлачење забране отвореног рударства у отвореним шумама у Индонезији 1999. године (*Suda, 2006:100*) након претње међународном арбитражом од стране рударских компанија. Сличан случај одиграо се и у Уругвају, где је *Philip Morris International* поднео захтев за арбитражу на основу ВIT-а између Швајцарске и Уругваја, (*Bijlmakers, 2012:256*) тврдећи да нове здравствене мере у вези са паковањем цигарета представљају неправедан третман, односно крше њихова права. Овакав притисак навео је уругвајску владу да измени, односно не донесе Закон о забрани пушења како је планирано, а све са циљем да се одбрани од одштетног захтева. *Philip Morris Asia Limited (PM Asia)* поднела је сличан захтев против Аустралије на основу ВIT-а између Хонг Конга и Аустралије, оспоравајући *Tobacco Plain Packaging Bill* из 2011. године, који је требало да ступи на снагу 1. јануара 2012. године, а имао је за циљ смањење пушења у интересу јавног здравља. *PM Asia* тврди да закон представља очигледно лишавање њених интелектуалних права и комерцијалне употребљивости њених брендова и, стога, кршење клаузуле о правичном и једнаком третману у одговарајућем ВIT-у.¹⁶ Ово изазива озбиљна питања легитимности, посебно с демократског гледишта.

¹⁵ UNCTAD, World Investment Report 2003: Fdi Policies For Development: National And International Perspectives at 111.

¹⁶ Written Notification of Claim by Philip Morris Asia Limited at 10, *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, 15 July 2012, <http://italaw.com/sites/>

Арбитражна тела страних директних инвестиција не подлежу стандардима демократске легитимности који важе у домаћим контекстима. Одлуке ових тела су ауторитативне, директно извршене и имају значајан утицај на регулаторну аутономију држава (*De Búrca*, 2008:221). Демократска очекивања нису увек у потпуности задовољена у међународном оквиру, што поставља изазове у вези са способношћу држава да обезбеде квалитет регулативе у интересу грађана (*De Búrca*, 2008:231).

У том контексту, тренутни модел управљања страним директним инвестицијама доводи у питање способност држава да ефикасно остварују демократски легитимитет у процесу доношења регулатива које штите јавне интересе. Стога је неопходно континуирано разматрање и потенцијално унапређење система FDI арбитраже, како би се постигла праведна равнотежа између заштите инвеститора и суверенитета држава.¹⁷

Модел Билатералних инвестиционих споразума (BIT-ова) су у фази прегледа и замене како би се боље ускладили с међународним политикама инвестирања, узимајући у обзир и разматрања јавног интереса.¹⁸

Неколико држава, укључујући САД и Канаду, прилагодило је своје моделе BIT-ова повлачећи снажнију заштиту инвеститора, препознајући потребу за равнотежом између заштите инвестиција и јавног интереса. Поред тога, неке државе су се повукле из међународних инвестиционих споразума (IIA), попут Боливије и Еквадора, који су изашли из Међународног центра за решавање инвестиционих спорова (*ICSID*) (*Bijlmakers*, 2012:261). Међутим, раскид BIT-а од стране државе не значи аутоматски и ослобађање од његових одредби. Клаузула о преживљавању може обавезати државу на одредбе BIT-а још годинама након

<default/files/case-documents/ita0664.pdf>.

¹⁷ Дефинишући демократију као „самоопредељење“, Шарф издваја разлику између легитимности улаза (управљања од стране људи) и легитимност излаза (управљања за људе). Легитимност улаза, такође названа аутентичност оријентисана према улазу, може се постићи ако политичке одлуке произилазе из аутентичних преференција *demos*-акроз политички процес који поштује одређене критеријуме, на пример, одговорност власти, учешће грађана и контролу доношења одлука. Легитимност излаза или ефикасност оријентисана према излазу односи се на способност решавања проблема. Политике би требало да имају висок степен ефикасности у остварењу циљева које грађани колективно сматрају најважнијим. И легитимитет улаза и легитимитет излаза су од једнаке важности за демократско самоопредељење. Види Fritz W. Scharpf, *Governing In Europe: Effective And Democratic?* (1999).

¹⁸ UNCTAD, *World Investment Report 2010: Investing In A Low-Carbon economy*.

изласка.¹⁹ Ово дугорочно везивање државе за арбитражне поступке може створити проблематичне ситуације и изазивати питања демократске легитимности.

Емпиријски докази такође доводе у питање претпоставку да ће већа заштита инвеститора резултирати већим приливом инвестиција. Истраживања указују да густина билатералних инвестиционих споразума може тешко квантификовати стварни утицај на одлуке страних инвеститора (*Alvarez, 2012:94*). Ово поставља питање ефикасности самог режима и доводи у фокус потребу за даљим анализама у вези са тим како ови споразуми заиста утичу на привлачење инвестиција.

Анализирајући процедуралне елементе арбитраже страних директних инвестиција, уочавамо два значајна недостатка која могу повећати несразмере у ИА, изазвати забринутост за демократску легитимност и пребацити кључне државне акције изван стандардних међународних правних оквира: тајност поступака и учешће заинтересованих трећих страна (*Fox, 2015:323*).

3. Тајност и приступ поступцима арбитраже страних директних инвестиција

Систем арбитраже страних директних инвестиција, моделиран према међународној комерцијалној арбитражи, страна у спору пружа значајну контролу и флексибилност у решавању спорова. Овај систем омогућава инвеститорима да остваре своја права и уживају њихову заштиту, док истовремено елиминише политичке утицаје из поступака. (*Simmonds, 1986:273; Rubins, 2005:376*) Предности укључују сагласност за арбитражу, чиме се инвеститор штити од тврдњи о сувереном имунитету од надлежности државе (*Fox, 2015:323*).

Међународна комерцијална арбитража доноси приватност у поступке, омогућујући странама да постигну брза и ефикасна решења, штитећи поверљивост информација и репутацију (*Mistelis, 2005:211*)²⁰, али и штити поступке од политичких притисака. Међутим, недостатак транспарентности у арбитражи страних директних инвестиција поставља озбиљне изазове. Тајност поступка, која обухвата документе, информације и одлуке арбитра, ограничава се на стране у арбитражи

¹⁹ UNCTAD, Denunciation of the ICSID Convention and Bits: Impact On Investor-State Claims, UNCTAD IIA Issues Note 2010.

²⁰ OECD, Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures 2, (Working Papers on International Investment, Working Paper No. 2005/1).

и њихове овлашћене представнике (*Mistelis, 2005:213; Crookenden, 2009:603*).

Ова приватност често доводи до критика због недостатка јавног приступа и одговорности. Документи су често недоступни нестраначким лицима, ограничавајући приступ информацијама (*Rubins, 2005:376*). Јавна доступност информација о поступцима арбитраже страних директних инвестиција обично је условљена сагласношћу страна, изазивајући питања транспарентности и одговорности у овом контексту.

Због ових изазова, поставља се питање како се може одржати равнотежа између потребе заштите поверљивости информација и потребе да се заштити јавни интерес. Разматрање могућих побољшања у приступу информацијама и јавном учешћу у арбитражи страних директних инвестиција може допринети јачању демократске легитимности овог система.

Упркос напорима за побољшање отворености и учешћа јавности у арбитражи страних директних инвестиција, тајност поступка и ограничено учешће трећих страна, познатих као *amici curiae*, и даље су изазов (*Knahr, 2007:327*).

Недостатак транспарентности ствара независност за државу у вези са границама њеног регулаторног деловања (*Rubins, 2005:323*).

Питања тајности додатно компликује велики број потенцијалних арбитражних форума, варијације у нивоу поверљивости трибуналних операција, и различити степени поверљивости који произилазе из решавања детаља процедуралних поступака (*Mistelis, 2005:230*). Упркос овим изазовима, постоји све већи нагласак на потреби за транспарентношћу како би се ојачала демократска легитимност арбитраже страних директних инвестиција.

У области арбитраже страних директних инвестиција (FDI) постојање правне забране веће отворености у арбитражним поступцима не постоји, а и није неопходно. Приватна природа арбитраже, иако често сматрана правилом, не имплицира да арбитража FDI мора нужно бити поверљива. Правила већине институција које се баве арбитражом страних директних инвестиција обично прописују приватност саслушања, али се ретко изјашњавају о питању поверљивости. Сагласност страна је кључна, и уколико стране изразе сагласност да арбитражни поступак буде поверљив, трибунал и институција су дужни поштовати ту сагласност.

У контексту FDI арбитраже, где се оспорава законитост суверених акција државе, а поставља се питање од јавног интереса, поверљивост постаје неприкладна. У овом специфичном контексту, транспарентност је од суштинског значаја. За разлику од међународне комерцијалне арбитраже, FDI арбитража није ограничена на комерцијалне интересе, већ се бави јавним интересом. Одсуство транспарентности у оваквим арбитражним поступцима може представљати кршење обавеза државе у заштити људских права.

Транспарентност је кључна не само због приданошења демократској легитимности, већ и ради очувања непристрасности арбитра. Постојећи страхови од потенцијалне пристрасности арбитра према инвеститорима, у комбинацији са зависношћу арбитра о потенцијалним подносиоцима захтева, чине транспарентност још важнијом, како би се очувао интегритет арбитражног процеса.

Транспарентност у поступцима арбитраже страних директних инвестиција (FDI) кључна је са демократског гледишта. Недостатак транспарентности подрива способност заинтересованих страна да прате, процењују и прихвате дизајн система FDI управљања путем ПАи процесе арбитраже FDI општег карактера. Неким држављанима је, без њиховог знања, ефикасно одузето деловање државе или су ограничене регулаторне могућности, чиме се подрива ефикасност легитимних државних акција у јавном интересу и, стога, излазна легитимност државе. Као што је Џон Ругиуказао, „адекватна транспарентност у вези са људским правима и другим државним одговорностима од суштинског је значаја ако јавност треба бити свесна поступака који могу утицати на јавни интерес. Заиста, таква транспарентност лежи у самом темељу онога што Уједињене нације и друге овлашћени ентитети пропагирају као начела добре управе“. (Ruggie, 2008)

Висок степен поверљивости који одржавају актуелни поступци арбитраже страних директних инвестиција такође спречава јавност да процени стварне перформансе арбитражних трибунала FDI и, стога, квалитет коначне одлуке. (Jacob, 2010) Када једна држава пристане на арбитражу, не може повући свој пристанак или ометати поступке путем неименовања арбитра, или се позивати на домаће поступке, што би представљало злоупотребу поступака. (Kolo, 2010:46) Држава мора подлећи принципу једнакости страна и несигурности повезаној с арбитражним трибуналом који има значајну интерпретативну и процедуралну моћ и овлашћење. Са демократског гледишта, поступци арбитраже FDI су вероватно неприкладан аранжман за управљање

комплексним јавним питањима и јавним интересима сваке државе појединачно.

4. Закључак

Данашњи комплексни систем управљања страним директним инвестицијама (FDI) неравнотежно је усмерен према инвеститору. Ова неправилност произилази из разноликости Међународних уговора о инвестицијама (IIA). IIA омогућују инвеститорима да директно оспоравају легитимне поступке државе домаћина пред арбитражним трибуналом за FDI, где арбитражи, поседујући значајну интерпретативну моћ, доносе одлуке које се не могу преиспитати у меритуму. Такође, неправилности обухватају поступке арбитраже FDI који су обавијени непријатношћу, одигравајући се у оквиру поверљивости и лишени основних гаранција јавног приступа. Иако се често наглашава поверљивост поступка као значајан бенефит у моделу комерцијалне арбитраже и може бити главна привлачност за приватне стране директно укључене, та карактеристика није адекватна за арбитражу FDI јер нарушава способност заинтересованих страна да прате, процене и прихвате дизајн и стварно извођење поступка арбитраже FDI. Као што је већ поменуто, перспективе високих штета и тужби од стране сличних инвеститора подстичу „регулаторни застој“ у националној регулативи. Ово утиче на регулаторну аутономију државе, посебно на квалитет легитимне државне регулативе, као и на регулаторне изборе доступне државама и тиме на укупни легитимитет државе. Са демократске тачке гледишта, арбитража FDI стога није адекватан механизам за решавање сложених јавних питања и све будуће реформе треба усмерити ка томе да се FDI арбитражи мора ограничити могућност да одлучује о питањима јавног интереса државе.

Литература

Alvarez, J. E. (2012). The Emerging Foreign Direct Investment Regime, 99 *AM. Sec. Int'l L.* (Proceedings of the Annual Meeting).

Bijlmakers, S. (2012). Effects of foreign direct investment arbitration on a state's regulatory autonomy involving the public interest, in *The American Review of international Arbitration*, 2012, Vol. 23, No2.

Choudhury, B. (2009). Democratic Implications Arising from the Intersection of Investment Arbitration and Human Rights, 46 *Alberta Law Review*, 983.

Crookenden, S. (2009). Who Should Decide Arbitration Confidentiality Issues?, *25 Arb. Int'l.*

De Búrca, G. (2008). Developing Democracy Beyond the State, *Colum. J. Transn'l.*

Jacob, M. (2010). *International Investment Agreements and Human Rights*, http://www.humanrights-business.org/files/international_investment_agreements_and_human_rights.pdf, приступљено 18. 2. 2024.

Juillard, P. (2008). *Variation in the Substantive Provisions and Interpretation of International Investment Agreements*, in: *Appeals Mechanism in International Investment Disputes* (5), eds. K.P. Sauvant, M. Chiswick-Patterson, Oxford University Press, <https://academic.oup.com/book/55014>

Knahr, Ch. (2007). Transparency, Third Party Participation and Access to Documents in International Investment Arbitration, *23 Arb. Int'l.*

Kolo, A. (2010). Witness Intimidation, Tampering and Other Related Abuses of Process in Investment Arbitration: Possible Remedies Available to the Arbitral Tribunal, *26 Arb. Int'l.*

Legum, B. (2008). Options to Establish an Appellate Mechanism for Investment Disputes, in: *Appeals Mechanism in International Investment Disputes* (15), OUP.

Mistelis, L. A. (2005). *Confidentiality and Third Party Participation*, *21 Arb. Int'l.*

OECD (2005). Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures 2, (Working Papers on International Investment, Working Paper No. 2005/1).

Paulsson, J. (2008). *Avoiding Unintended Consequences*, in *Appeals Mechanism in International Investment Disputes* (16), OUP.

Pham, Th. T. (2011). *The Impact of Treaty-Based Investment Protection Upon Host States' Regulatory Autonomy* (doctoral thesis), Faculty of Law, Katholieke Universiteit Leuven, Leuven.

Rubins, N., Kinsella, S. N. (2005). *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution, A Practitioner's Guide.*;

Ruggie, J. (2008). *Statement of the UN Secretary-General's Special Representative on Business and Human Rights*, Prof. John Ruggie to the UNCITRAL Working Group II (arbitration and reconciliation), 48th Session. New York.

Salacuse, J. W. (2010). The Emerging Global Regime for Investment: A Response, *51 Harv. Int'l L. J.*

- Scharpf, Fritz W. (1999). *Governing In Europe: Effective And Democratic*;
- Simmonds, Kenneth R. (1986). International Arbitration between States and Corporate Entities: A Cautionary Note, in *Contemporary Problems in International Arbitration* (ed. Julian D.M. Lew), Springer.
- Sornarajah, M. (2008). *A Coming Crisis: Expansionary Trends in Investment Treaty Arbitration*, in *Appeals Mechanism in International Investment Disputes (4)*, OUP.
- Suda, R. (2006). *The Effect of Bilateral Investment Treaties on Human Rights Enforcement and Realization*, in TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND HUMAN RIGHTS (ed. O. de Schutter).
- UNCTAD (2010). Denunciation of the ICSID Convention and BITS: Impact on Investor-State Claims, UNCTAD IIA Issues Note 2010.
- UNCTAD (2010), World Investment Report 2010: Investing In A Low-Carbon Economy. World Investment Report, http://www.unctad.org/en/docs/wir2010_en.pdf, приступљено 10. 1.2024.
- UNCTAD (2003), World Investment Report 2003: FDI Policies for Development: National and International Perspectives at 111, <https://unctad.org/publication/world-investment-report-2003>.
- Van Harten, G., Loughlin, M. (2006). Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law, 17(1) *Eur. J. Int'l L.*
- Waincymer, J. (2009). Balancing Property Rights and Human Rights in Expropriation, in *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* 275, (eds. P.-M. Dupuy *et al.*), Oxford University Press.
- Sudska praksa*
- Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID case No. ARB/96/1, 15 *ICSID Rev.-Foreign Investment L. J.*, 72, 192 (2000).
- S.S. Wimbledon (U.K. v. Japan), 1923 P.C.I.J. (ser. A) No. 1 (17. август 1923), http://worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1923.08.17_wimbledon.htm, приступљено 15. 1.2024.
- Metalclad Corp. v United Mexican States*, Award, Aug. 30, 2000, 5 ICSID Rep. 226.
- Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, Final Award, 3 Sept. 2001, 9 ICSID Rep. 66
- CME v. The Czech Republic*, Partial Award, 13 Sept. 2001, 9 ICSID Rep. 121.

TéchnicasMedioambientalesTecmed SA. v. United Mexican States, ICSID Case No.ARB(AF)/00/2 (2003).

Written Notification of Claim by Philip Morris Asia Limited at 10, *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, 15 July 2012, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0664.pdf>.
Приступљено 15. 1.2024.

Magladena Krnjaić, LL.M.,
PhD student,
Faculty of Law, University of Niš

**THE IMPACT OF INVESTMENT ARBITRATION ON STATE REGULATION IN
THE DOMAIN OF PROTECTING THE PUBLIC INTEREST**

Summary

Managing foreign investments today is deeply rooted in a complex network of investment and trade agreements. The significant increase in foreign direct investments (FDI) over the past two decades has been accompanied by a rise in the number of FDI arbitrations, which have become an important aspect of international economic policy. However, there is concern that these arrangements constrain national sovereignty, particularly in the regulatory autonomy of states. The article analyzes these issues, highlighting asymmetries in investment agreements and the phenomenon of “regulatory capture.” Procedural shortcomings in the FDI arbitration process are also emphasized, indicating the exclusion of important state actions from international legal proceedings. From a democratic perspective, it is noted that FDI arbitration often employs mechanisms ill-suited for resolving complex public issues, which could jeopardize democratic values and the regulatory autonomy of states.

Keywords: *foreign investments, public interest, arbitration.*

Јелена Катрина,¹
Докторанд,
Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 340.12
DOI: 10.5281/zenodo.14425317

Прегледни научни чланак

Примљен: 30. 10. 2024.

Прихваћен: 06. 11. 2024.

ПРИРОДНО ПРАВО КАО ОКВИР ЗА ОСТВАРИВАЊЕ ПРИРОДНИХ ПРАВА

Апстракт: Рад анализира природно право као филозофски оквир за остваривање природних права, истичући моралну основу тих права која их чини универзалним и неотуђивим. Циљ рада је да се кроз теоријску анализу укаже на то како се природна права, која произилазе из саме људске природе, могу остварити кроз природни закон, чак и у одсуству законске принуде. Коришћене методе укључују анализу ставова класичних правних теоретичара попут Св. Томе Аквинског и Џона Лока, који су развијали идеју природних права у складу са моралним поретком, односно да су природна права неодвојива од моралног поретка. Рад се такође ослања и на теорије савремених правних мислилаца, попут Џона Финиса, који наглашава да природна права не захтевају државну заштиту да би била валидна, већ се темеље на универзалним моралним нормама. Оваква анализа показује да је за остваривање природних права кључна њихова усклађеност са општим добром, као и морална одговорност појединаца. Закључује се да природна права остварују свој пуни значај кроз њихову универзалност и усклађеност са моралним вредностима које превазилазе конкретне законске норме.

Кључне речи: природно право, природна права, морални императив, универзалност права, морална обавеза.

1. Увод

Природно право, као морални и филозофски концепт, поставља универзалне стандарде који надилазе временске и просторне границе. У основи природно право представља идеју да постоје морални принципи и правила која произилазе из саме људске природе, из логике, разума

¹ milanovic.jelena.ni@gmail.com

или божанског поретка, и која су изнад људских закона. Природно право поставља основу за тврдњу да постоје непроменљиви морални принципи који надилазе законе које постављају људи и државе, односно како је тврдио Тома Аквински: "Природни закон је део вечног закона; то је светлост разума урезана у људску природу" (Aquino T, 1999: I-II, q. 90, a. 2).

Унутар оквира природног права, развија се концепт природних права – права која сви људи поседују самим чином рођења, без обзира на било коју друштвену или политичку структуру. Ова права се сматрају неотуђивим и универзалним, што значи да би их свака власт морала признавати и штитити. Међутим, кроз историју, природна права су интерпретирана на различите начине, често доводећи у питање која су права заиста дата сваком појединцу од тренутка рођења, а која су резултат друштвеног развоја или моралног сазревања, и какав је однос тих права и друштвених норми.

У средишту ове дискусије налази се разлика између права која су "дата" и права која су "задата". Природна права која су "дата" често се описују као урођена и универзална, права која не зависе од воље или закона било које власти. Тако је право на живот и слободу, често виђено као основно, дато право сваког појединца, како је то формулисао Џон Лок, који је тврдио "да људи, по природи, имају савршену слободу да уређују своје поступке у складу са законима природе" (Лок, 2002: 51), чиме је јасно поставио темељ за идеју да су одређена права својствена сваком људском бићу, те да она произлазе из њихове природе као рационалних бића.

Николај Хартман, немачки филозоф, наглашавао је да човеку нису само права "дата", већ и задаци које мора да испуни кроз морални напор и социјалну одговорност. Он је тврдио да "човеков задатак није само да ужива у својим правима, већ да их препозна и развије кроз живот." (Hartmann, 2004: 80) Хартманова филозофија подразумева идеју да права могу бити нешто што се развија и задобија, што проширује традиционално разумевање природног права као непроменљивог скупа датих права.

Природно право, према Томи Аквинском, представља скуп моралних принципа заснованих на људском разуму, а њихова крајња сврха је усмеравање појединца и заједнице ка *bonum commune* – општем добру. Природна права су кључни део овог процеса, јер пружају основу за заштиту индивидуалних слобода, али та права не могу бити схваћена изоловано од ширег друштвеног контекста.

Полазећи од идеја истакнутих филозофа права, покушаћемо да одговоримо на питање да ли су нека права заиста универзално дата свим људима, или су сва права на неки начин задати који се остварују кроз друштвену интеракцију и моралну одговорност, и да ли могу бити остварена у потпуности без усклађивања са општим добром.

2. Људска права као природна права

У савременој правној теорији, људска права се често поистовећују са природним правима, што се огледа у њиховом универзалном карактеру и неотуђивости. Према класичној филозофији природног права, природна права су она права која произилазе из саме људске природе. У основи, то су права која су независна од било каквог закона или политичког ауторитета, јер су укорењена у моралном и природном поретку. Овај концепт представља основу за савремене идеје о људским правима, које се често схватају као скуп права која припадају свим људима, без обзира на њихову нацију, културу или веру.

Један од кључних принципа природног права јесте да су одређена права својствена људима, односно да су им дата самим рођењем. Ова права нису резултат друштвеног уговора или законског система, веће су према Џону Локу "основна права која су природна у том смислу да произилазе из суштине људске егзистенције." (Лок, 2002: 121) Лок у својој теорији природног права истиче да су право на живот, слободу и приватну својину фундаментална и неотуђива права, те да "људи имају право на савршену слободу да уређују своје поступке и располажу својом имовином како желе, унутар граница закона природе". (Лок, 2002: 127)

Овај Локов став поставља основу за модерни концепт људских права. Универзалност и неотуђивост људских права директно произилазе из ових природних права, јер су она својствена сваком човеку и не зависе од закона или политичког уређења. Декларација о правима човека и грађанина из 1789. године и Универзална декларација о људским правима из 1948. године ослањају се на ову филозофску идеју, признајући да сва људска бића имају једнака права која су урођена и не могу бити одузета.

Међутим, концепт људских права као природних права има и моралне импликације. Природна права не само да осигуравају слободу појединца, већ постављају темеље за моралну одговорност сваког појединца унутар друштва. Ова права, према Томи Аквинском нису пуки

индивидуални привилегији, већ изрази дубљег моралног поретка, и он види остварење природних права кроз призму заједничког добра (*bonum commune*), истичући да права појединаца морају бити усклађена са интересима заједнице. Природна права стога нису само средства за заштиту личних интереса, већ морални задатак – остварење праведног и хармоничног друштва.

Савремене дискусије о људским правима често се усмеравају на питање како се ова права могу заиста остварити у пракси, јер смо често сведоци кршења различитих људских права и слобода у свету. Реализација људских права захтева правни оквир који је укоренењен у природном праву, јер људска права нису једноставно резултат политичке воље, већ израз универзалних моралних принципа. Према природном праву, основна људска права – као што су право на живот, слободу, образовање и једнакост – морају бити признати и заштићени кроз институције које осигуравају њихово спровођење. Тако право на слободу изражавања, које је једно од кључних људских права, директно произилази из идеје о природној слободи сваког појединца. Ово право омогућава људима да слободно изражавају своје мишљење, али такође намеће моралну одговорност да та слобода не угрожава опште добро или слободе других. Овде долази до изражаја важност природног права као основног регулатора слобода – оно поставља границе унутар којих људска права могу бити остварена на начин који је праведан и у складу са заједничким интересима друштва.

Дакле, људска права као природна универзална права која припадају сваком појединцу, не могу се потпуно разумети без ослањања на природно право, јер природна права пружају темељ за људска права, наглашавајући да су она укоренењена у људској природи и да су неotuђива, без обзира на законске или политичке промене. Кроз призму природног права, људска права добијају моралну и правну димензију која осигурава њихову заштиту и примену у савременим друштвима. Ово схватање људских права поставља оквир за њихову реализацију, не само као индивидуалних слобода, већ и као интегралног дела моралног поретка и општег добра.

3. Морални императив природних права

Природна права се не ослањају на законодавне институције већ на моралне принципе, јер управо идеја природног права је да постоји универзални скуп правила који важи за сва људска бића, без обзира

на њихову културу или законодавство које прописује држава у којој живе. Та правила произилазе из људске природе и рационалности, и њихово остварење често зависи од друштвене свести о тим моралним принципима.

Један од кључних аспеката теорије природног права јесте идеја да су природна права морално обавезујућа и да њихово остварење не зависи нужно од државне принуде. За разлику од позитивног права, које се темељи на законима које прописује и спроводи држава, природно право је укоренењено у самој људској природи и разуму, те као такво поседује универзални карактер. Природна права су морални императиви који важе за све људе, у свим временима и културама, независно од конкретних политичких система или правних структура. Ово својство природних права чини их моралним, а не само правним категоријама. Права као што су право на живот и слободу произилазе из моралног поретка који је укоренењен у људској природи. Ова права се не темеље на друштвеним уговорима или законским прописима, већ на универзалним моралним нормама које су препознате путем људског разума.

Правни теоретичар Џон Финис у својим делима о природном праву такође наглашава моралну димензију природних права. Према Финису, природна права не захтевају државну принуду да би била легитимна. Он тврди да права и обавезе које проистичу из природног права имају морални карактер, а њихово поштовање произилази из тога што су у складу са добром за људску природу и заједницу. (*Finnis, 1982: 59-89*) Финисова теорија природног права истиче да се природна права могу остварити и без формалних правних санкција, јер су она израз објективних моралних норми које воде ка испуњењу људског добра.

На пример, право на живот није право које постоји само зато што је законом прописано. Оно је морално право које произилази из саме вредности људског постојања. Држава може да регулише и заштити то право, али оно не зависи од закона или принуде – оно је морални императив. Исто важи и за право на слободу, оно произилази из основне моралне чињенице да су људи слободна бића способна да доносе аутономне одлуке. Као такво, природно право на слободу захтева поштовање не само због правних норми, већ зато што би нарушавање те слободе значило повреду моралног поретка.

Финис такође наглашава да су природна права део ширег моралног оквира који се темељи на концепту људског добра. Он види природна права као оне моралне стандарде који омогућавају људима да остваре

основне аспекте свог бића и потенцијала. Примери за то су право на образовање, право на рад и право на приватност, који нису само правни стандарди, већ морални захтеви који произилазе из људске потребе за самоостварењем, друштвеним животом и заштитом сопствене аутономије. (Finnis, 1982: 156-170)

Оно што је посебно важно код моралне основе природних права јесте да она обавезују све људе, не само оне унутар одређеног правног система. Пошто су универзална и неутуђива, природна права захтевају поштовање без обзира на то да ли постоји закон који их санкционише, па се тако право на живот мора поштовати, без обзира на постојање или непостојање државног законодавства које санкционише убиство. Наравно, закон и принуда могу бити корисни у осигуравању поштовања тих права, али морална обавеза постоји независно од тих механизма.

Из перспективе природног права, људи имају не само права, већ и моралне обавезе према другима. Ако је право на слободу природно прво, то значи да сваки човек има моралну обавезу да поштује слободу других, чак и без присиле закона. Ово се ослања на универзалну природу права, где су сви морално одговорни да делују у складу са природним поретком и добром других. Џон Финис у својој теорији снажно подржава ову идеју, истичући да моралне обавезе проистичу из природних права, чиме се повезује индивидуална слобода и одговорност према заједници. (Finnis, 1982: 59-89)

Према схватању Џона Финиса, људске вредности не могу се замислити без заједнице људских бића и делотворног правног система, међутим пошто је могуће да постојећи закони буду изопачени и противни општем добру, поставља питање обавезности таквог права. Зато он разликује правну од моралне обавезности, јер закони морално обавезују само уколико штите опште добро, а уколико су против општег добра, тим прописима у потпуности недостаје легитимитет. Дакле, према Финису, право представља скуп правила настала у циљу општег добра заједнице, односно своју теорију резимира на следећи начин: "Термин право се превасходно односи на правила настала у складу са правном регулативом, од стране одређеног и стварног ауторитета (који је и сам идентификован, и по правилу, устројен као установа путем правних правила) за потребе целокупног друштва и обезбеђена санкцијама у складу са правилима руковођеним јемствима за извршење од стране правосудних институција, где је овај скуп правила и институција управљен на разборито решавање било којег проблема координације у заједници у циљу општег добра те заједнице." (Finnis, 1982: 59-89)

Природна права, за разлику од права које прописује држава, не захтевају принуду да би била остварена. Њихова морална основа произилази из чињенице да су универзална, неотуђива и укореењена у људској природи. Дакле, она нису само правне норме, већ морални императиви који обавезују сваког појединца због њихове универзалне природе. Та права су израз моралног поретка који служи остваривању људског добра и стога заслужује поштовање, независно од државне принуде.

4. Природно право као основа за индивидуална права и заједничко добро

Суштина филозофије природног права код Томе Аквинског лежи у идеји да права појединаца морају бити усклађена са општим добром – *bonum commune*. Он друштво посматра као органски ентитет у којем сви чланови имају своје место и улогу, те верује да је циљ заједничког живота остварење врлине и среће. (Фасо, 2007: 158) Природна права, као што су право на живот, слободу, својину, свакако имају централно место у његовој теорији, али та права морају бити остварена унутар оквира који тежи општем добру.

За Тому Аквинског природни закон представља скуп моралних принципа који су доступни људском разуму и који се темеље на људској природи и сврси. Он верује да је природни закон укореењен у "вечном закону", тј. у Божијем плану за свет, и као такав, води људе ка срећи и остварењу. (*AquinoT*, 1999 I-II, q. 90, a. 3) Овај закон је универзалан и односи се на све људе, независно од њихових културних или друштвених разлика.

Међутим, природни закон не служи само заштити индивидуалних права – он је основа за изградњу праведног друштвеног поретка. "Заједничко добро", према Томи Аквинском, не значи пуко задовољавање потреба већине, већ обухвата целокупни развој заједнице и сваког појединца у њој. Управо зато се индивидуална права, иако су природна и неотуђива, остварују у контексту ширег друштвеног добра, односно "Добро једне особе мора се подредити општем добру." (*AquinoT*, 1999 I-II, q. 90, a. 3). Овде се поставља важна граница између апсолутног остваривања индивидуалних права и потребе да та права буду у складу са општим добром. На пример, право на својину може бити природно, али није апсолутно. У ситуацијама где би неограничено право на приватно власништво угрозило добробит заједнице, природни закон налаже да то право буде ограничено или модификовано. Ово разматрање

је релевантно и данас, у модерним расправама о праву на приватну својину, наспрам јавног интереса. На пример, у ситуацијама економске кризе, када је ресурсима потребно управљати на начин који користи већини, закон може ограничити употребу или дистрибуцију приватних ресурса зарад општег добра. Тома Аквински би аргументовао да такве мере, ако су у складу са природним законом и праведношћу, служе општем интересу и тиме доприносе хармонији између индивидуалних права и заједничког добра.

Дакле, полазећи од ове идеје, право није одвојено од моралних обавеза, већ право и обавезе се могу посматрати као два нераздвојива аспекта људског живота у заједници. То значи да остварење права не може бити потпуно ако није усклађено са моралном сврхом живота, што укључује и допринос заједничком добру.

4.1. Примена *bonum commune* у савременом друштву и праву

У савременом правном контексту, идеја општег добра и даље игра значајну улогу, посебно у разматрању друштвених политика које балансирају између индивидуалних слобода и заједничког интереса. На пример, питања као што су здравствена заштита, заштита животне средине и дистрибуција ресурса често се заснивају на начелима која су блиска идеји заједничког добра Томе Аквинског.

Концепт *bonum commune* такође се може повезати са модерном дискусијом о људским правима и друштвеним обавезама. Многи савремени правни теоретичари истичу права појединаца, као што су право на образовање или здравство и захтевају активно ангажовање државе и друштва како би се та права остварила. Ова идеја усклађује се са схватањем Томе Аквинског, да права нису само дата, већ се остварују кроз друштвену и моралну акцију усмерену ка општем добру. Право на слободу изражавања је основно природно право, али и оно може бити ограничено у случајевима када угрожава јавни ред или штети заједници. У том смислу, савремене државе, кроз своје правне системе, постављају ограничења која одражавају тежњу ка општем добру. Као што Тома Аквински тврди, "Закон не постоји због појединца, већ због заједнице." (*AquinoT*, 1999 I-II, q. 90, a. 2)

Поред правне димензије, концепт заједничког добра има и снажну моралну димензију. Полазећи од идеја Томе Аквинског, природна права су део Божанског плана за људе, али њихово остварење захтева моралну одговорност сваког појединца. Појединац није само носилац права,

већ и морални агент који треба да доприноси општем добру кроз своје поступке. Ова морална димензија може се повезати са савременим концептом друштвене одговорности, где се од појединаца и корпорација очекује да делују на начин који доприноси добробити шире заједнице.

Уопштено говорећи, идеја *bonum commune* пружа темељ за разумевање како се природна права остварују кроз природни закон. Она истиче да индивидуална права нису изолована или апсолутна, већ се остварују кроз хармонизацију са заједничким добром. У савременом контексту, ова филозофија и даље има значајну примену, нарочито у балансирању између индивидуалних слобода и друштвених одговорности, јер да би се у потпуности реализовала, природна права морају бити део ширег моралног и правног поретка који тежи општем добру.

5. Природна права и позитивно право: Хармонија или сукоб?

Једна од најзначајнијих тема којом се бави теорија права јесте однос између природног права и позитивног права. Природно право, укоренено у људској природи и универзалним моралним начелима, обавезује све људе независно од државе, културе или политичког система у коме живе, па би с обзиром на овакав универзални карактер природних права, позитивно право требало да буде рефлексција природног права – односно да закони који се доносе у оквиру једне државе буду у складу са природним правима како би се осигурала праведност и морални поредак. У идеалним условима, позитивно право је инструмент кроз који се природна права остварују у конкретној друштвеној реалности.

Природно право као универзални морални оквир обухвата принципе који су примењиви на све људе, без обзира на њихов културни, национални, верски или расни идентитет. У својој суштини, оно превазилази правне системе и делује као надзаконски стандард, постављајући принципе који су по својој природи апсолутни и праведни. Ова карактеристика, природно право ставља у посебан однос према позитивном праву, које се темељи на законима и нормама појединих држава и друштава. За разлику од позитивног права, природно право није формално успостављен систем правила, већ смерница за оцену праведности постојећих закона.

Кроз историју, природно право је деловало као критеријум за оцену позитивног права, често инспиришући реформе и промене у законодавству како би закони постали праведнији и ближи универзалним вредностима. Када се норме природног права инкорпорирају у позитивно

право, оне постају његов саставни део, не само у моралном смислу већ и кроз законску примену. Међутим, степен у којем су принципи природног права присутни у позитивном праву варира зависно од правног система. Већа присутност принципа природног права унутар позитивног права доприноси праведности закона и оснажује заштиту универзалних вредности као што су људско достојанство, слобода и једнакост.

У том смислу, хармонија између природног и позитивног права, остварује се када закони рефлектују универзалне принципе и вредности природног права, чинећи позитивно право праведнијим и квалитетнијим. Међутим, када позитивни закони одступају од тих принципа, долази до сукоба у којем природно право делује као коригујући фактор, указујући на потребу за реформом закона како би се заштитила темељна људска права и правда.

Ипак, реалност често показује да позитивно право није увек у складу са природним правима, што може довести до сукоба између та два система. Када позитивни закони крше природна права, долази до тога да се "леgitимно" одузимају основне слободе људима, због чега би позитивно право требало увек да буде усклађено са природним правом, односно да служи као средство остваривања универзалних моралних принципа природног права.

У идеалном друштву, позитивно право би требало да буде обликовано у складу са природним правом, како би законодавни оквир служио као гарант природних права. Када позитивни закони осигуравају права као што су право на живот, слободу, власништво и једнакост, онда постоји хармонија између природног и позитивног права. Ова хармонија омогућава да се морални императиви природног права препознају и заштите кроз законодавне и правосудне институције.

Један од теоретских приступа односу између природног и позитивног права је да позитивно право треба да представља "минимум моралности", односно да позитивни закони обезбеђују основни оквир који гарантује заштиту природних права. Херберт Харт истиче да позитивно право мора садржати основне моралне вредности како би било легитимно и поштовано. (Харт, 2013: 251-27) Другим речима, закон мора барем минимално рефлектовати природно право како би се остварила праведност у друштву. У том смислу, позитивно право треба да функционише као средство за остварење моралних циљева постављених природним правом. На тај начин, природна права остају темељ за обликовање закона, али и корективни фактор у случајевима када позитивни закони одступају од праведности.

Када говоримо о односу између права и моралности, важно је споменути и схватање Густава Радбруха, који је развио свој став о односу између права и правде након ужаса Другог светског рата и злочина који су почињени у име законитости, али против морала. Његова чувена "Радбрухова формула" тврди да је закон који у значајнијој мери одступа од правде не само неправедан, већ се не може сматрати законом. (Радбрух, 2016: 266-275) Радбрух сматра да постоји тачка у којој позитивно право, чак и ако је формално на снази, губи своју обавезујућу снагу ако се драстично удаљи од основних моралних принципа. Овај став подржава идеју да позитивно право мора бити у складу са природним правом и основним моралним вредностима.

Према Радбруху, праведност је врховни циљ права, и позитивно право које занемарује основна природна права постаје само инструмент неправде. Он је развио своје ставове као реакцију на нацистичке законе који су формално били у складу са позитивним правом, али су озбиљно кршили основна људска права и моралне принципе. Ова критика позитивног права подржава аргумент да природна права служе као "корективни фактор", односно као мера исправности позитивних закона. (Радбрух, 2016: 175)

На тај начин, природна права, као што су право на живот, слободу и достојанство, остају универзални стандард који поставља темељ за законодавство. Када позитивно право одступа од тих основних вредности, природна права пружају морални оквир за њихово преиспитивање и корекцију. Овде видимо хармонију између позитивног и природног права, али и потенцијални сукоб када позитивни закони занемарују основне људске вредности и права.

Радбрухова теорија показује да позитивни закон није апсолутан и да се мора испитивати у светлу природног права. Када позитивно право одступи од моралних начела, мора се признати приоритет правде и моралности, како би се обезбедило поштовање основних људских права.

5.1. Правно - филозофско утемељење и остваривање природних права

У савременом друштву, природна права често се преносе у позитивно право кроз уставе, законе и међународне уговоре. На тај начин, принципи природног права, као што су право на живот, слободу и једнакост, постају основа за правне и институционалне системе широм света. Пример таквог процеса је Универзална декларација о људским правима и

основним слободама, која је поставила темеље за многе уставе и законе у различитим државамакоји почивају управо на идеји природних права, која се на овај начин остварују кроз институције и законодавство које формално препознаје те моралне принципе. Овим међународним актом, природна права су и формално призната као универзална и морална вредност, која захтева заштиту кроз правне институције.

Осим формалног утемељења у позитивном праву, судови играју кључну улогу у заштити и реализацији природних права. У многим правним системима, судије користе моралне и филозофске принципе природног права као водиле при тумачењу закона и основ за доношење пресуда, посебно када закон није јасан или је у сукобу са темељним људским правима. Тако судови доносе олуке које прелазе оквир позитивног права и ослањају се на правду и моралну обавезу да се заштите природна права. Право на слободу говора често се штити судским пресудама које тумаче природна права као универзалне вредности, односно када постоји сукоб између индивидуалних права и државних интереса. Судови ово право тумаче као универзалну вредност која не зависи од законодавства одређене државе, већ произилази из моралне обавезе да се људима омогући изражавање сопствених мисли и ставова. На тај начин природна права добијају конкретну правну заштиту кроз судске механизме, чак и у ситуацијама када закони могу бити недовољно јасни.

Једна од најважнијих институција за заштиту природних права јесте Међународни суд правде (*International Court of Justice*), који делује као главни судски орган Уједињених нација. Поред међународних споразума и конвенција, суд користи и правду као универзалну вредност при доношењу одлука. Према Статуту Међународног суда правде, у основне изворе права, поред међународних споразума и конвенција наводе се и општи принципи права које признају цивилизоване нације, који према неким мишљењима представљају општа правна начела која произилазе из објективног права, и као таква, на лествици извора права треба да буду изнад међународних правних правила. Иако се у Статуту Међународног суда правде, правда експлицитно не наводи као извор права, општи принципи права, као што су морални правни принципи препознати у различитим правним системима, могу се тумачити као рефлексија универзалне правде.

Ова универзална правда може се сматрати темељом за судске одлуке када формални извори права не пружају довољно јасан одговор у циљу заштите људских права, те суд у својој функцији често користи правду као основни морални и универзални принцип приликом доношења

пресуда. У том контексту, правду тумачимо као универзални принцип који осигурава поштовање основних природних права у случајевима где позитивно право није довољно јасно. У спорним питањима између држава, Међународни суд правде се може ослонити на идеју правде како би заштитио интересе појединаца и осигурао да одлуке буду у складу са моралним стандардима који надмашују националне законодавне оквире. Природна права тако проналазе своју заштиту не само у домаћим судовима и уставима, већ и у међународним институцијама као што је Међународни суд правде, који често делује као гарант поштовања универзалних вредности у међународном праву. Овај судски орган, кроз своје пресуде, доприноси остваривању природних права, истовремено штитећи моралне принципе који су у основи тих права.

6. Закључак

Природна права, заснована на идејама универзалности и моралне обавезе, представљају темељ праведног друштва. Њихова суштина не лежи у пукој законској заштити, већ у моралном императиву који проистиче из саме људске природе. Ова права су универзална и неотуђива, јер нису производ друштвеног уговора или позитивног закона, већ одраз основних вредности које деле сва људска бића. У том контексту, природно право делује као етички оквир који надмашује законе створене у појединим историјским или политичким условима.

Истраживање односа између природног и позитивног права показало је да хармонија између ова два система није увек постигнута. Иако би позитивно право у идеалним условима требало да рефлектује природно право, често долази до сукоба када закони државе не одговарају основним моралним принципима. Када дође до таквог раскорака, природна права играју улогу корективног механизма, указујући на потребу да се закони прилагоде праведности и моралу. Примери из историје, као што је Радбрухова критика нацистичких закона, показују колико је важно да закони буду усклађени са правдом и моралним принципима, јер у противном губе своју легитимност.

У савременим правним системима, судови имају важну улогу у заштити природних права, посебно у случајевима када позитивни закони нису довољно јасни, или су чак у супротности са правима појединаца. Судска пракса, као што је улога Међународног суда правде, показује како универзални принципи правде могу надмашити националне законе и осигурати да права која произлазе из природног закона буду заштићена

на глобалном нивоу. Ово наглашава важност моралне димензије у тумачењу и примени закона, чиме се природна права не само афирмишу, већ и активно штите.

Поред законских оквира, остваривање природних права зависи и од моралне одговорности појединаца и друштва у целини. Закони могу поставити оквире, али је на сваком појединцу да активно препозна и поштује права других, како би друштво могло да функционише на темељима праведности и солидарности. У том смислу, природна права нису само индивидуалне привилегије, већ морални задатак свих чланова заједнице.

И на крају, природно право се не сме посматрати само као теоријски концепт, већ као живо начело које треба да води креирање закона и социјалних институција. Његова способност да буде коректив за позитивно право, као и његова улога у успостављању моралних стандарда, чини га незаобилазним у дискусији о праведности и људским правима. Хармонија између природног и позитивног права може бити тешка за постизање, али је кључна за обезбеђивање истинске правде и поштовања људског достојанства у свим друштвима.

Литература

- Aquino, T. (1999). *Summa Theologiae*. San Paolo: Edizioni San Paolo;
- Лок, Џ. (2002). *Две расправе о влади*. Београд: Утопија;
- Радбрух, Г. (2016). *Филозофија права*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду;
- Радбрух, Г. (2016). *Законсконеправо и надзаконскоправо*, у књизи: Радбрух Густав, *Филозофија права*. Београд: стр. 266-275;
- Фасо, Г. (2007). *Историја филозофије права*. Подгорица: ЦИД;
- Finnis, J. (1980). *Natural Law and Natural Rights*. London: Oxford University Press;
- Hartmann, N. (2004). *Ethics*. New Brunswick: Transaction Publishers;
- Харт, Х. (2013). *Појам права*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, Службени гласник

Jelena Katrina, LL.M.,
PhD student,
Faculty of Law, University of Niš

NATURAL LAW AS A FRAMEWORK FOR EXERCISING NATURAL RIGHTS

Summary

This paper explores the nature and role of natural law in exercising natural rights, with specific reference to their grounds in morality and universality. Given the fact that natural law is a set of universal moral principles, the author analyzes how natural law lays the foundations for human rights that do not depend on positive laws or state legal systems. Natural rights, such as the right to life, liberty, and dignity, are universal moral imperatives that are binding for all people, regardless of the specific legal order. Correlating different philosophical conceptions, the author examines the relationship between natural and positive law, highlighting the importance of natural law as a corrective factor for positive law. In ideal circumstances, positive law should reflect natural laws, but conflicts often arise when laws deviate from universal moral principles. The author analyzes philosophical and legal theories, including the thoughts of Thomas Aquinas, John Locke, and Gustav Radbruch, with the aim of demonstrating that positive laws lose legitimacy when they are in conflict with natural law. Natural rights, as an expression of universal justice, serve as the grounds for rectifying unjust laws. Although natural rights are often incorporated in legal frameworks through positive law, they derive their true strength from universal moral principles that apply to all people. Therefore, the author emphasizes that natural law should be understood as a living moral framework that guides the creation and application of laws to ensure justice and respect for human dignity.

Keywords: *natural law, natural rights, moral imperative, universality of rights, moral obligation.*

ОГРАНИЧЕЊЕ ЛИЧНЕ СЛОБОДЕ МАЛОЛЕТНИКА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Апстракт: Ограничењу личне слободe подлежу окривљена лица током вођења кривичног поступка, при чему се обим и начин ограничења разликују у зависности од чињенице да ли се кривични поступак води према пунолетном окривљеном или малолетнику. Степен ограничења слободe се разликује у зависности од сврхе којој се тежи, те тако постоје иницијалне радње које се морају предузети и које у мањем обиму ограничавају личну слободу малолетника, што је случај са позивањем. Сам позив не поприма елементе мере којом се лична слобода малолетника ограничава, но чињеница да је неопходно присуство пред огранима кривичног гоњења на одређеном месту и одређено време, јасно указују да малолетник не ужива слободу у пуном обиму. Други видови ограничења слободe зависе од чињеница сваког конкретног случаја, те је довођење узрочнопоследично везано са позив и може се применити у таксативно наведеним случајевима. Међутим, задржавање, привремени смештај малолетника и притвор представља мере процесне принуде које се примењују без обзира на вољу малолетника, у случају испуњења законом предвиђених услова, чији су услови и надлежност у одређивању и спровођењу децидирано наведени посебним законом који се примењује на малолетнике.

Кључне речи: кривични поступак, малолетници, лична слобода, кривично гоњење, окривљени.

1. Увод

Процентуално гледано, већи број кривичних дела предвиђених одредбама Кривичног законика² (у даљем тексту: КЗ), учињени су од стране

¹ advdraganamilovanovic@gmail.com, Докторанд на Правном факултету Универзитета у Нишу

² Кривични законик, Службени гласник РС, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 -

лица која су у време извршења кривичног дела навршила осамнаест година живота. Пунолетство као такво, у случају извршења кажњивог кривичног дела, изискује покретање кривичног поступка, примењујући одредбе Законика о кривичном поступку³ (у даљем тексту: ЗКП). Међутим, у не тако малом броју случајева, кривична дела бивају извршена од стране лица која су одговорна према одредбама кривичног законодавства Републике Србије, али за која нису испуњени услови за искључиву примену ЗКП-а. То су лица која су у време извршења кривичног дела узраста од навршених четрнаест година до непуних осамнаест година живота, према којима се примењују одредбе Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица (у даљем тексту: ЗМ).

Кривични поступак који се води према малолетницима, иако донекле у себи садржи одлике кривичног поступка који се води против пунолетног окривљеног, обилује другачијим карактеристикама. Недовољна зрелост, неразвијена личност, нижа свест о предузетим радњама и олакост, морају се имати у виду у кривичном поступку према малолетницима. Ипак, упркос свим "олакшавајућим" околностима, услед којих је адекватнија примена ЗМ према малолетницима према којима се води кривични поступак због извршења дела које је одредбама КЗ предвиђено као кривично дело, не треба у потпуности пренебренути потребу предузимања одређених мера и радњи ради свестранијег и свеобухватнијег решавања чињеница сваког конкретног случаја.

Сходно наведеном, законодавац је предвидео да се и према малолетнику могу предузети одређене мере којима се ограничава лична слобода малолетника, ради остваривања сврхе вођења кривичног поступка. Имајући у виду овакве наводе, ЗМ прописује да се према малолетнику може одредити позивање, довођење, задржавање, привремени смештај малолетника и, у изузетним приликама, притвор.

2. Ограничење личне слободе малолетника у кривичном поступку

Међународним документима, као и националним законодавствима, предвиђа се право на личну слободу сваког појединца. Како предузимање одређених противправних радњи закон предвиђа као кривично

испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

³ Законик о кривичном поступку, Службени гласник РС, бр. 2/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 - одлука УС и 62/2021 - одлука УС.

дело, аналогија налаже да лична слобода не може бити апсолутна, већ се под одређеним условима може ограничити. Иако је Уставом Републике Србије прописана могућност уређења законског ограничења људских права и слобода, у обиму у којем је то неопходно, без задирања у суштину зајемченог права,⁴ закон прави разлику између ограничења личне слободе између пунолетних и малолетних лица.

Док је одредбама ЗКП децидирано прописано да се као мере обезбеђења присуства окривљеног могу одредити позив, довођење, забрана напуштања боравишта, забрана прилажења, састајања или комуницирања са одређеним лицем и посеђивања одређених места, јемство, забрана напуштања стана и притвор, према малолетницима се лична слобода може ограничити у мањем обиму за време вођења кривичног поступка.

2.1. Позив

Позивање се сматра писменом наредбом поступајућег органа кривичног поступка којом се обавезује позвани да на одређено место у одређено време присуствује извођењу одређене процесне радње, уз навођење да ће се у случају неодрживања позиву применити друга, тежа мера обезбеђења присуства позваног лица (Кнежевић, 2015: 230). Иако је одредбама ЗКП позив предвиђен као мера обезбеђења присуства окривљеног у кривичном поступку,⁵ позивање се издваја као једина мера која није принудног карактера, услед чега се позивањем у најмањој мери ограничавају права и слободе малолетника. Позивањем се, заправо, обавештава лице против којег се покреће поступак о свим правима и дужностима, предвиђеним законом. Тек уколико се малолетник не одазове позиву или се избегава уручење писмена, може се посегнути за неком од тежих мера обезбеђења присуства у кривичном поступку, при чему је то, пирамидално посматрано, најчешће довођење.

Код позивања малолетника важе посебна правила. Наиме, позивање се не адресира на самог малолетника, већ се малолетник позива преко родитеља односно старатеља, осим у оним случајевима кад постоји хитност поступања или неке друге околности, кад се малолетник позива лично.⁶ Овакав став законодавца је легитиман, имајући у виду ниво

⁴Чл. 20. Устава Републике Србије, Службени гласник РС, бр. 98/2006 и 115/2021.

⁵Чл. 188, ст. 1, тач 1 Законика о кривичном поступку, *op. cit.*

⁶Чл. 51. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, Службени гласник РС, бр. 85/2005.

заштите који се обезбеђује на овај начин. С обзиром на чињеницу да су родитељи односно старатељи дужни да се старају о личности малолетника и његовом развиту, оваква обавеза може се испунити само уколико су упознати са чињеницом да се према малолетнику води кривични поступак. Достављањем позива лицу које врши родитељско право, а не самом малолетнику, врши се уредно обавештење о околностима случаја, правима и дужностима која припадају малолетнику, те времену и месту где ће се предузети заказана радња. Како родитељ односно старатељ заступа малолетника, тако је неспорно да радње у кривичном поступку у погледу одбране треба да преузме лице које поседује потпуну психичку и физичку зрелост, а самим тим и пословну способност. Заправо, на овај начин се обезбеђује да пословно способна особа овласти браниоца за заступање, те да и сама буде упозната са током кривичног поступка.

Осим наведеног правила о начину позивања малолетника, подзаконским актом је предвиђено да органи унутрашњих послова малолетника могу позивати у својству грађанина или осумњиченог, на начин како је то предвиђено законом, уз један додаток. Позивање на овај начин неће важити, већ ће се позив достављати установи за смештај корисника у којој се малолетник налази, преко одговорног лица установе, уз консултацију и обавештавање овлашћених службених лица која су стекла посебна знања из области права детета и преступништва младих.⁷

У погледу реализације саме намере позива, који произилази из полицијских овлашћења, подзаконским актима је прописано да законски заступник малолетника процењује да ли је у најбољем интересу малолетника да се одазове на достављен позив. Полицијски органи могу упутити позив малолетнику у својству осумњиченог или ради прикупљања обавештења онда кад такво овлашћење добију од стране јавног тужиоца за малолетнике, као и у случају извршења прекршаја.⁸ У случају постојања кумулативне сагласности малолетника и законског заступника, полицијски службеник има право да службеним возилом полиције превезе малолетника до службених просторија, о чему се сачивања службена белешка и издаје писмена потврда.⁹ Међутим, уколико се претпостави да су у конкретном случају испуњени услови за

⁷ Чл. 17. Упутства о поступању полицијских службеника према малолетним и млађим пунолетним лицима.

⁸ Чл. 10. Правилника о начину и условима примене полицијских овлашћења према малолетним лицима, Службени гласник РС, бр. 83.

⁹ Чл. 24, *ibid.*

овакав превоз малолетника, поставља се питање да ли се на овај начин донекле занемарује законско решење којим се обезбеђује заштита малолетника. Наиме, закон налаже да се приликом довођења малолетника мора водити рачуна о његовој личности и приватности, која је императив у поступку према малолетницима, што се код довођења обезбеђује уколико се довођење предузима од стране овлашћених лица у цивилној одећи. Уколико упоредимо два наведена решења, не чуди закључак да Правилник о начину и условима примене полицијских овлашћења малолетника није у потпуности усаглашен са законским решењем, којим је, као императив, установљено да се све предузете радње према малолетнику морају спроводити на тај начин да исте нису транспарентне, те да спрече да јавност дође у посед информација о чињеницама конкретног случаја. Превожење малолетника службеним возилом полицијских службеника, којим се на најтранспарентнији начин указује околини да се малолетник доводи у везу са противправним радњама, без обзира на то да ли у својству осумњиченог или оштећеног, не обезбеђује преко потребну заштиту најосетљивије групе становништва.

Пређашње исказан став компатибилан је и са Мишљењем заштитника грађана на предлог Правилника о начину и условима примене полицијских овлашћења према малолетним лицима од дана 29.08.2019. године. Заштитник грађана указао је на могућност да се предлог Правилника допуни, имајући у виду детаљније одредбе Правилника о полицијским овлашћењима у погледу садржаја позива, начина достављања, уручења позива и сл. Такође, противзаконита је одредба Правилника којим је предвиђено да изузетно полицијски службеник има на располагању могућност непосредног уручења позива малолетнику ради прикупљања обавештења од грађана. Овакав закључак неспорно се изводи из одредаба Закона о полицији¹⁰ и ЗМ, који не пружају основ за овакво подзаконско решење. Непостојање конкретне законске одредбе, не тумачи се као правна празнина, већ као воља законодавца да у потпуности искључи такву могућност у поступању кад је реч о малолетницима.¹¹

Како се одредбе ЗМ не примењују на децу односно лица млађа од четрнаест година, тако је поступање у погледу позивања деце уређено

¹⁰ Закон о полицији, Службени гласник РС, бр. 6/2016, 24/2018 и 87/2018.

¹¹ Република Србија Заштитник грађана, Мишљење на предлог Правилника о начину и условима примене полицијских овлашћења према малолетним лицима, <https://ombudsman.rs/attachments/article/6294/Misljenje%20Zastitnika%20gradjana.pdf>, приступљено 23.03.2022.

Упутством о поступању полицијских службеника према малолетним и млађим пунолетним лицима. Предмет позивања може бити дете искључиво у својству грађанина и ради прикупљања обавештења од стране овлашћених службених лица која су стекла посебна знања из области права детета и преступништва младих. Позивање се и у овом случају врши преко родитеља односно старатеља или преко одговорног лица установе за смештај корисика у којој се налази дете. Присуство стручног лица органа старатељства неопходно је уколико наведена лица нису доступна, услед чега изостаје заштита малолетника, као и уколико су родитељ, старатељ односно одговорно лице наведене установе присутни, али је процењено да њихово поступање није у најбољем интересу детета.¹²

2.2. Довођење

Довођење је мера процесне принуде којом се обезбеђује присуство окривљеног у кривичном поступку, која се спроводи кад се окривљени не одазива на позив органа поступка, као и кад избегава пријем позива, ради избегавања вођења кривичног поступка. За разлику од процедуре која се спроводи приликом довођења пунолетног окривљеног, приликом довођења малолетника службена лица органа унутрашњих послова морају бити у цивилног одећи, посебно водећи рачуна да се довођење малолетника спроведе на неупадљив начин.¹³ Оваквом законском регулативом смањена је могућност да јавност дође у посед оних информација које указују да се малолетник доводи у везу са кривичним поступком, што је у складу са заштитом интереса малолетника која је предвиђена Уставом РС, као и законом.

ЗКП предвиђа да је за спровођење радње довођења неопходно донети наредбу, која садржи идентификационе податке о лицу над којим се спроводи, разлог довођења, правну квалификацију дела, службени печат и потпис судије који је издао наредбу, коју у случају довођења малолетника издаје судија за малолетнике. Правилником о начину и условима примене полицијских овлашћења према малолетним лицима предвиђа се да наредбу може да изда и управник васпитне установе, уколико је циљ да се малолетник упуту у васпитну установу или посебну установу за лечење и оспособљавање, у којим случајевима

¹² Чл. 10-11. Упутства о поступању полицијских службеника према малолетним и млађим пунолетним лицима.

¹³ Чл. 54. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, *op. cit.*

се малолетник доводи у пратњи здравствених радника.¹⁴ Међутим, поставља се питање да ли је овакво решење у скаду са законом. Како је реч о малолетницима, те како је ЗМ предвидео да наредбу издаје само судија за малолетнике, чини се исправнијим оно решење којим би, и у случају упућивања малолетника у неку од наведених установа, довођење било спровођено на основу наредбе судије за малолетнике, а не управника установе. Такође, сам закон истиче да, уколико се малолетник не јави у васпитно-поправни дом по налогу суда, суд издаје наредбу за његово довођење.¹⁵

Осим наведене нелогичности, намеће се и питање да ли је исправно решење Правилника којим се назначава да се наредба предаје малолетнику, пре него се спроведе наредба о довођењу.¹⁶ Како је недвосмислено намера законодавца да се све радње предузимају обавештавањем законског заступника малолетника, нејасно је из ког разлога подзаконски акт прописује другачије решење. Једина исправна и на закону заснована радња јесте она, где се наредба о довођењу уручује лицу који врши родитељско право, чиме се обезбеђује чин обавештавања у складу са законом, након чега се спроводи довођење у складу са свим правилима и дужностима које су Уставом РС и законом наметнуте.

Посебно забрињава чињеница да је подзаконским решењем предвиђено да се довођење малолетника може спроводити без наредбе надлежног органа. Истом приликом је назначено да се у тим случајевима довођење може спроводити од стране полицијских службеника у униформи и службеним возилом на којем су јасно истакнута полицијска обележја, при чему се тек накнадно о довођењу обавештава законски заступник малолетника.¹⁷ На овај начин грубо се вређа приватност малолетника, која је императив у кривичном поступку према малолетницима, те се не обезбеђује преко потребна заштита достојанства његове личности. Осим тога, препушта се сопственом одлучивању малолетник који не поседује пословну способност, без пратње браниоца, чиме се проузрокују битне повреде одредаба кривичног поступка.

¹⁴Чл. 13. Правилника о начину и условима примене полицијских овлашћења према малолетним лицима, Службени гласник РС, бр. 83.

¹⁵Чл. 126. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, *op. cit.*

¹⁶Чл. 13. 2. Правилника о начину и условима примене полицијских овлашћења према малолетним лицима, *op. cit.*

¹⁷Чл. 13 Правилника о начину и условима примене полицијских овлашћења према малолетним лицима, *op. cit.*

Правилником о начину и условима примене полицијских овлашћења према малолетним лицима предвиђено је да се довођење малолетника у службене просторије полиције може вршити ради утврђивање идентитета самог малолетника на основу веродостојне исправе са фотографијом, онда кад постоји сумња да је малолетник извршио кривично дело и/или прекршај. Довођење је могуће у случају кад се малолетник затекне на јавном простору, а није способан да се врати до места свог пребивалишта односно боравишта, нити је у стању да пружи податке о својој адреси службеним лицима. О довођењу малолетника обавештава се законски заступник, а затим се сачивавања извештај који се доставља центру за социјални рад.¹⁸ Преширока одређеност јавног простора намеће легитимно питање оправданости оваквог решења. Првенствено, полазећи од самог законског решења, јавља се недоумица да ли и под којим условима је могуће довођење малолетника у полицијску станицу, уколико се затекне на јавном простору. Такође, оваквом одредбом, занемарује се законска обавеза обавештавања законског заступника малолетника пре предузимања било које радње која малолетника доводи у везу са кривичним поступком. Довођење малолетника у полицијску станицу ради спровођења испитивања на начин како је то пређашње описано, занемарује битну законску одредбу, а то је да се нити једно испитивање односно саслушање малолетника не може спроводити без браниоца из реда адвоката који поседује посебна знања из области права детета и преступништва младих. Свака изјава малолетника, дата супротно оваквом законском решењу, сматра се неуставном и противзаконитом. Парадоксално је решење нижег правног акта којим се омогућава да законски заступник малолетника и центар за социјални рад ретроактивно бивају обавештени о предузетим радњама над малолетником. Овакво решење би, као исправно поступање, евентуално могло бити предмет разматрања, у оним случајевима кад је реч о старијим малолетницима, који су пре пунолетства стекли пословну способност, на основу судске одлуке. Међутим, полицијским службеницима такви подаци нису доступни пре него се приступи саслушању малолетника, на који начин се недвосмислено ствара зачаран круг незаконитог поступања.

2.3. Задржававање малолетника

Задржававање је мера процесне принуде којом се одређено лице задржава на одређеном месту ради прикупљања обавештења и саслушања, за време одређено законом. Тако је ЗКП-ом прописано да постоје два

¹⁸ Чл. 12, *ibid.*

облика задржавања и то: задржавање у трајању од 48 часова, као и задржавање на месту извршења кривичног дела у трајању од највише 6 часова. Међутим, ЗМ прописује да се према малолетнику мера задржавање не може спроводити на онај начин на који се спроводи према пунолетним лицима.¹⁹

Без обзира на то, који се од два наведена модела задржавања примењује према малолетнику, неопходно је да се малолетнику додели бранилац који поседује посебна знања из области права детета и преступништва младих.²⁰ На овај начин остварује се право на одбрану, те се обезбеђује адекватна заштита права малолетника. Како је неопходно присуство браниоца приликом предузимања сваке радње према малолетнику у кривичном поступку, тако је недвосмислено да ово правило важи и приликом прикупљања обавештења и саслушања малолетника на самом месту извршења кривичног дела, без обзира на то да ли ову радњу предузимају овлашћени полицијски службеници или јавни тужилац за малолетнике. Једино присуством стручног лица спречава се да малолетник пружи податке на онај начин на који може сам себе да инкриминише.

2.3.1. Задржавање малолетника на месту извршења кривичног дела

Тумачењем одредби ЗМ неспорно произилази да се начин задржавања који се примењује према пунолетним лицима, не може на исти начин и у истом обиму применити и на малолетнике. Међутим, овакво законско решење не ускраћује могућност предузимања одређених, мање рестриктивних, видова задржавања према малолетницима, у случају испуњености предвиђених услови.

Наиме, на месту извршења кривичног дела могуће је задржати малолетника за којег постоји основана сумња да је извршио дело које је у закону предвиђено као кривично дело. Задржавање се своди на најкраће могуће трајање односно до доласка јавног тужиоца за малолетнике на место извршења кривичног дела, а најдуже шест часова од тренутка предузимања задржавања. Наредбу за задржавање малолетника издаје судија за малолетнике односно судија прекршајног суда. Осим оваквог законског решења, Правилником о начину и условима

¹⁹ Чл. 61. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, Службени гласник РС, бр. 85/2005.

²⁰ Чл. 74, ст. 1, тач. 3 ЗКП-а предвиђена је обавезна одбрана у случају задржавања, притвора или изрицања мере забране напуштања стана, од тренутка одређивања неке од наведених мера до правноснажности решења о њиховом укидању.

примене полицијских овлашћења према малолетним лицима се наводи да овлашћени полицијски службеник има овлашћења да посегне за задржавањем уколико је малолетник затечен у вршењу прекршаја под дејством алкохола или других психоактивних супстанци, као и уколико постоји опасност да ће малолетник и у будућности вршити прекршаје. У сваком од наведених ситуација, постоји обавеза хитног обавештавања родитеља односно старатеља о предузетој мери задржавања, као и обавеза обавештавања јавног тужиоца за малолетнике и судије за малолетнике.²¹

Разматрајући подробније одредбе наведеног Правилника, заштитник грађана донео је Мишљење којим предлаже измене члана 17. Неспорно је право полицијских службеника да на место извршења кривичног дела, у најдужем трајању од шест часова, задрже малолетника, међутим, заштитник грађана је мишљења да нема места примени ове одредбе на лица узраста испод четрнаест година. У том смислу, неопходна је конкретизација одредби подзаконског акта, којим би се децидирано означило да је доња старосна граница за спровођење задржавања четрнаест година. Такође, неопходно је водити рачуна о најбољем интересу малолетника, те се задржавање не сме предузимати уколико би се на тај начин утицало на живот, здравље и безбедност малолетника, на здравствену заштиту или образовање малолетника,²² као и уколико би задржавање штетно утицало на његово школовање односно одлазак на посао.

Иако се задржавањем ограничава лична слобода појединца, услед чега је ЗКП-ом предвиђено да задржавање представља вид лишења слободе конкретного лица,²³ можемо закључити да се задржавање заправо одређује ради прикупљања односно обезбеђења доказа на месту извршења кривичног дела. Заправо, лице које се затекне на датом месту, потенцијално поседује информације о извршиоцу кривичног дела, с једне стране, док с друге стране, управо за лице које је задржано, може постојати основана сумња да је извршило кривично дело које је законом предвиђено као кривично дело. Такође, задржавањем лица на овај начин, спречава се или макар умањује могућност опструкције доказног материјала. Осим тога, задржавањем се утиче на умањење могућности

²¹Чл. 17. Правилника о начину и условима примене полицијских овлашћења према малолетним лицима, *op. cit.*

²²Република Србија Заштитник грађана, Мишљење на предлог Правилника о начину и условима примене полицијских овлашћења према малолетним лицима, *op. cit.*

²³Чл. 2, ст. 1, тач. 23 Законика о кривичном поступку, *op. cit.*

да се отежано, у каснијем периоду, открије идентитет лица које поседује информације о учиниоцу и кривичном делу. На самом крају, применом задржавања осумњичени не може постати недоступан органима кривичног гоњења, те се након прикупљања информација стиче могућност објективног предузимања радњи у кривичном поступку од стране државних органа.

Осим свих надених разлога, како се на месту извршења кривичног дела предузима увиђај, тако је одредбама ЗКП-а предвиђено да орган поступка има право да задржи лице које се затекло на датом месту.²⁴ Ово правило, примењује се и на малолетнике, под свим горе наведеним условима, у складу са законом.

2.3.2. Задржавање малолетника до 48 часова

Уколико постоји разлог за одређивање притвора, полицијски органи имају право да ухапсе одређено лице, те да га без одлагања спроведу до надлежног јавног тужиоца, којом приликом достављау извештај о времену и разлогу хапшења.²⁵ Осим тога, свако може ухапити лице које је затечено при извршењу оног кривичног дела за које се гоњење предузима по службеној дужности.²⁶ Такође, полиција може, у својству осумњиченог, ради прикупљања обавештења, позвати оно лице за које постоје основи сумње да је извршило кривично дело или уколико се према том лицу предузимају радње у предистражном поступку.²⁷ У свим наведеним ситуацијама, могуће је задржати лице најдуже 48 часова од тренутка хапшења, при чему је задржавање у наведеном трајању могуће искључиво од стране јавног тужиоца, али не и од стране полиције.²⁸

ЗМ јасно предвиђа да се задржавање малолетника не може спроводити на начин како је то предвиђено за пунолетне осумњичене.²⁹ Овакво решење налаже да приликом спровођења било ког облика задржавања према малолетнику, постоји обавеза промптог обавештења јавног тужиоца за малолетнике, који ће даље одлучивати о лишењу слободе малолетника. Овакво решење утемељено је на потреби да се сваки

²⁴ Чл. 136, *ibid.*

²⁵ Чл. 291. ст. 1, *ibid.*

²⁶ Чл. 292. ст. 1, *ibid.*

²⁷ Чл. 289. ст. 1. и 2, *ibid.*

²⁸ Чл. 294, *ibid.*

²⁹ Чл. 61. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, *op. cit.*

вид лишења слободе према малолетнику мора заснивати на одлуци надлежног суда (Стевановић, Вујић, 2019: 262). На овај начин спречава се произвољно и противуставно поступање полицијских службеника, већ је надлежност предвиђена искључиво за она лица која ће овакву одлуку доносити имајући у виду све околности случаја, као и најбољи интерес малолетника. Уколико овлашћени полицијски службеници оцене да постоји неки од законских разлога за одређивање притвора, дужни су да малолетника лише слободе поштујући све законске прописе у складу са предузетом радњом, којом приликом морају без одлагања малолетника спровести до судије за малолетнике. Такође, истом приликом, дужни су да доставе извештај у којем наводе време и разлог лишења слободе малолетника.

Разматрајући одредбе Нацрта закона о измена и допунама ЗМ, недвосмислено се може закључити да, уколико полиција ухапси малолетника, на који начин се заправо спроводи задржавање, дужна је да у року од осам часова доведе ухапшеног малолетника код судије за малолетнике.³⁰ На овај начин обезбеђује се да се задржавање малолетника сведе на најкраће могуће трајање, при чему неспорно постоји обавеза достављања извештаја поступајућем судији за малолетнике, у којем се наводи време и разлог задржавања малолетника, а по потреби и објашњење уколико је задржавање трајало дуже од дозвољеног временског оквира.

Имајући у виду све дате наводе, можемо закључити да је намера законодавца заштита малолетника, поштовање достојанства и личности малолетника, као и обезбеђење поступање које је у њиховом најбољем интересу.

2.4. Привремени смештај малолетника

Привремени смештај малолетника представља вид ограничења личне слободе у кривичном поступку који се води према малолетницима.³¹ Решењем судије за малолетнике у току припремног поступка може се одредити привремени смештај малолетника односно смештање у прихватилиште, васпитну или сличну установу, стављање под надзор органа старатељства или смештање у другу породицу, уколико је неопходно издвајати малолетника из дотадашње средине или ради

³⁰ Чл. 43. Нацрта закона о измена и допунама Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица.

³¹ Чл. 66. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, *op. cit.*

пружања помоћи, надзора, смештаја или заштите малолетника. Право жалбе на судску одлуку имају малолетник, родитељ односно старатељ, као и бранилац малолетника и јавни тужилац за малолетнике, у року од 24 часа, при чему жалба не одлаже извршење решења.³²

У малолетничком кривичном праву егзистира општа тенденција унапређења нормативног система мере привременог смештаја малолетника, уз тежњу да се обезбеде објективни услови за примену у границама наше земље. Како нису предузети неопходно корака који би омогућили остварење оваквог циља, судије за малолетније се каткад одлучују за привремени смештај малолетника, који представља супститут притвора. На овај начин, притвор који се треба применити као изузетак, у складу са намером законодавца, постаје правило, услед лакше примене и реализације (Стевановић, Вујић, 2019: 264).

Првенствени уочени недостатак одредаба ЗМ огледа се у чињеници да законодавац није одредио трајање привременог смештаја малолетника. На овај начин, реч "привремено" може се екстензивно тумачити и доводити до различитих примена и решења. Јасно је да је у овом погледу преко потребна допуна законског текста, којом приликом би се уредила дужина трајања привременог смештаја, обавеза периодичног преиспитивања судске одлуке, као и надлежност органа који одлучује по жалби. Без одређивања најдужега трајања привременог смештаја, те без обавезног периодичног преиспитивања одлуке, смештај малолетника може губи карактер *привремености*. Осим тога, ствара се погодно тло за занемаривање малолетника и његових права, на тај начин што се може изгубити из вида да ли се применом смештаја малолетника остварује жељена сврха, на који начин, да ли је трајање смештаја и даље објективно, ефикасно и целисходно, да ли су се створили услови за укидање смештаја и сл.

Даље, прешироко је постављена сврха због које се привремени смештај малолетника може одредити. Законској одредби, првенствено, недостаје образложење из којих се све разлога малолетник може издвојити из средине у којој је живео, под којим условима се треба применити одређени облик смештаја, могућност да се један облик смештаја замени другим обликом сл. Примера ради, некад се привременим смештајем малолетника у другу породицу не може оствари одређени вид помоћи, те је неопходно да се малолетник смести у васпитну или другу сличну установу.

³² Чл. 66, *ibid.*

Такође, осим навођења да се малолетник може сместити у прихвати-лиште, васпитну или другу сличну установу, у другу породицу или под надзор органа старатељства, не постоје услови и смернице којима се може водити поступајући судија за малолетнике. Неопходно је прецизирати да у сваком конкретном случају, друга породица у коју се смешта малолетник, мора бити компетентна за вршење родитељског права, те да постоји писмена сагласност која се мора доставити судији за малолетнике. Овером сагласности чланови друге породице могу се обавезати да под пуном кривичном и материјалном одговорношћу преузимају законска права и дужности према малолетнику. Уколико не постоји породица која би на овај начин вршила родитељско право, судија за малолетнике може одредити да се малолетник стави под надзор органа старатељства. У оба наведена случаја, неопходно је обавезати вршиоца преузетих дужности на подношење редовних и навредних извештајасудији за малолетнике о свим чињеницама које су од значаја за случај, а тичу се реализације привременог смештаја.

2.5. Притвор у кривичном поступку према малолетницима

Притвор представља најтежу меру обезбеђења присуства окривљеног у кривичном поступку, коју према малолетнику може одредити искључиво судија за малолетнике, на предлог јавног тужиоца за малолетнике или по службеној дужности, у изузетним случајевима.³³ Тумачењем законских одредби, недвосмислено је наметнута обавеза судији за малолетнике да првенствено размотри да ли има места примени привременог смештаја малолетника, те да тек након тога доноси решење о притвору.

ЗМ указује на сходну примену ЗКП-а, у погледу разлога за одређивање притвора, из ког ратлога се притвор према малолетнику може одредити кад постоји основана сумња да је малолетник извршио кривично дело и то ако:

- 1) се крије или се не може утврдити његова истоветност или у својству оптуженог очигледно избегава да дође на главни претрес или ако постоје друге околности које указују на опасност од бекства;
- 2) постоје околности које указују да ће уништити, сакрити, изменити или фалсификовати доказе или трагове кривичног дела или ако особите околности указују да ће ометати поступак утицањем на сведоке, саучеснике или прикриваче;

³³Члан 67. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, *op. cit.*

3) особите околности указују да ће у кратком временском периоду поновити кривично дело или довршити покушано кривично дело или учинити кривично дело којим прети;

4) је за кривично дело које му се ставља на терет прописана казна затвора преко десет година, односно казна затвора преко пет година за кривично дело са елементима насиља или му је пресудом првостепеног суда изречена казна затвора од пет година или тежа казна, а начин извршења или тежина последице кривичног дела су довели до узнемирења јавности које може угрозити несметано и правично вођење кривичног поступка.³⁴

Међународни органи који се баве заштитом права детета веома су критички настројени у погледу примене притвора према малолетницима и настоје да пронађу начине да се одређивање притвора сведе на најмању меру (Вујић, Стевановић, 2015: 53). У складу са међународно признатим стандардима, а ради заштите малолетника, неопходно је да државе својим законодавствима пропишу краће трајање притвора, него што је то случај са пунолетним окривљенима.

У припремном поступку притвор може трајати најдуже месец дана, при чему се може продужити за још највише месец дана, искључиво уколико постоје оправдани разлози, од стране већа за малолетнике поступајућег суда. По окончању припремног поступка, након што је поднет предлог за изрицање кривичне санкције, према млађем малолетнику притвор може да се продужи за још највише четири месеца, док према старијем малолетнику може да траје најдуже до шест месеци. Упркос стриктно наведеном раздвајању на основу узраста малолетника, законодавац, међутим, не поставља разлику на основу узраста малолетника у погледу дужине трајања притвора од тренутка кад је кривична санкција већ одређена. У складу са наведеним, одређено је да малолетнику, без обзира на узраст, притвор може трајати најдуже шест месеци, од тренутка изрицања кривичне санкције.

Законодавац је, такође, предвидео да постоји обавеза преиспитивања на сваких 30 дана да ли и даље постоје разлози за притвор према малолетнику, те доношења решења од стране већа за малолетнике. Уколико се кривични поступак оконча доношењем осуђујуће пресуде, врши се урачунавање времена проведеног у притвору у изречену кривичну санкцију, као и свако друго лишење слободе.³⁵

³⁴Чл. 211. Законика о кривичном поступку, оп. cit.

³⁵Члан 67. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној

3. Закључак

Вођење кривичног поступка са собом потенцијално носи и ограничавање личне слободе малолетника, сходно томе да орган кривичног гоњења процењује коју је меру обезбеђења присуства малолетника целисходно одредити, уколико је то неопходно.

Опречна су мишљења у погледу позива, да ли представља ограничење личне слободе или представља неопходну радњу за покретање и вођење кривичног поступка у складу са законом, којом се пружају неопходна обавештења учесницима кривичног поступка. Има резона разматрати овакво становиште, а посебно имајући у виду чињеницу да је предуслов законитог вођења кривичног поступка обавештење малолетника и законског заступника о покретању и току кривичног поступка. У погледу позива, лична слобода малолетника се ограничава само у погледу тога, да малолетник мора присуствовати у одређено време, на одређено место, зарад предузимања доказне радње, а посебно имајући у виду чињеницу да не постоји законска могућност суђења у одсуству малолетника. У случају да се малолетник преко родитеља односно старатеља не одазове на позив органа поступка, могуће је његово принудно довођење од стране овлашћених полицијских службеника, чиме довођења поприма карактер принуде.

Иако се малолетник може задржати на месту извршења кривичног дела, јасно је да се оваква рестриктивност не може применити на децу односно лица која нису навршила четрнаест година живота. Иако постоји забрана задржавања малолетника у трајању до 48 часова, у оним ситуацијама кад се привремено задржавање спроводи из оправданих и целисходних разлога, постоји обавеза промтног обавештавања јавног тужиоца за малолетнике и судије за малолетнике и укидања задржавања одмах након обавештења и/или довођења пред орган поступка.

Мере обезбеђења присуства малолетника у кривичном поступку са највишим степеном рестриктивности јесу привремени смештај малолетника и притвор. Примена је принудног карактера, што значи да се спроводе мимо воље малолетника према којем су одређене. Упркос одређеним сличностима, учачају се и енормне разлике. Међутим, постоји обавеза првенственог разматрања одређивања привременог смештаја малолетника, наспрам притвора, јер се овако одређеном мером може остварити и сврха којој се тежи, док се с друге стране,

заштити малолетних лица, *op. cit.*

може умногоме утицати на личност малолетника, његово васпитање и преваспитање, кроз разне програме и активности, којима се пружа помоћ, надзор и заштита. Притвор је мера којој се треба тежити само изузетно, онда кад се сврха не може постићи нити једном другом блажом мером, имајући у виду неповратне штетне последице које могу настати по самог малолетника.

Имајући у виду све напред наведено, можемо закључити да постоји шири спектар мера које се могу изрећи малолетнику под одређеним условима, али да у пракси забрињава могућност реализације законског текста. Како за многе мере не постоје предуслови за њихово адекватно спровођење, као што је то случај са мером привременог смештаја малолетника, пракса често надвлада теорију, на тај начин што се судије за малолетнике опредељују за притвор, онда кад се укаже постојање основа за такву одлуку. Овакво поступање често нема резона, међутим, издвајају се мишљења да држава није у пуној мери обезбедила адекватно спровођење и надзор над мање рестриктивним мерама, те да се аномалије проналазе пре свега у законским текстовима. У складу са наведеним, неопходна је, како допуна законског текста, тако и конкретизација недовољно уређених одредби, којима би се на целисходнији и оптималан начин омогућило спровођење мера према малолетницима, којима би се остварила сврха којој се тежи, без проузроковања штетних последица.

Литература

Вујић, Н., Стевановић, И. (2015). Београд. Правосуђе по мери детета пре, за време и по окончању судских поступака у Смерницама комитета министара Савета европе о правосуђу по мери детета. *Зборник Института за криминолошка и социолошка истраживања*. XXXIV/2015. 1. стр. 43-76;

Стевановић, И., Вујић, Н. (2019). Београд. Мере обезбеђења присуства малолетника у кривичном поступку. Мисија ОЕБС-а у Србији. 255-270;

Кнежевић, С. (2015). *Кривично процесно право*. Ниш. Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу;

Министарство правде (2022). Управа за извршење кривичних санкција, преузето 27.04.2022; <http://www.uiks.mpravde.gov.rs/lt/articles/ustanove-za-izvršenje-krivичnih-sankcija/kazneno-popravni-zavod-za-maloletnike/kazneno-popravni-zavod-za-maloletnike-u-valjevu/>;

Прописи

Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005;

Закон о полицији, *Службени гласник РС*, бр. 6/2016, 24/2018 и 87/2018;

Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 2/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 - одлука УС и 62/2021 - одлука УС;

Кривични законик, *Службени 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;

Нацрт закона о измена и допунама Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица;

Правилник о начину и условима примене полицијских овлашћења према малолетним лицима, *Службени гласник РС*, бр. 83;

Република Србија Заштитник грађана, Мишљење на предлог Правилника о начину и условима примене полицијских овлашћења према малолетним лицима; преузето 23.03.2022, <https://ombudsman.rs/attachments/article/6294/Misljenje%20Zastitnika%20gradjana.pdf>;

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

Упутство о поступању полицијских службеника према малолетним и млађим пунолетним лицима.

Dragana Milovanović, LL.M
Attorney at Law,
PhD Student,
Faculty of Law, University of Niš

RESTRICTION OF MINORS' PERSONAL FREEDOM IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Abstract

Defendants are subjects whose personal rights and freedom can be restricted during criminal proceedings. The scope and manner of restrictions differ depending on whether the criminal proceedings are conducted against an adult defendant or a minor. The degree of restriction of freedom differs depending on the purpose pursued. There are initial actions that must be taken, such as summons, which limit the minor's personal freedom to a lesser extent. While the summons does not include the elements of a measure aimed at limiting the minor's personal freedom, the very fact that his/her appearance before the prosecution authority is deemed necessary at a specific venue and at a specific time clearly indicates that the minor does not enjoy the full extent of personal liberty. Other types of restrictions on personal freedom depend on the facts of each individual case. Thus, apprehension is causally related to the summons, and can be applied in the explicitly prescribed cases. However, retention, temporary placement of minors in special institutions and detention are measures of procedural coercion that are applied regardless of the minor's will if the conditions prescribed by law are fulfilled in the particular case; these conditions and jurisdiction for their implementation are regulated by the special law that applies to minors.

Keywords: *criminal procedure, minors, personal freedom, criminal prosecution, defendant.*

Милена Голубовић,¹
Докторанд,
Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 340.13:351.86(497.11)

UDK: 356.251(497.11)

UDK: 355.02(497.11)

UDK: 351.74/76(497.11)

DOI: 10.5281/zenodo.13883756

Прегледни научни чланак

Примљен: 14. 09. 2024.

Прихваћен: 01. 10. 2024.

ОБАВЕШТАЈНО-БЕЗБЕДНОСНИ СИСТЕМ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Апстракт: Закон о основама уређења служби безбедности Републике Србије прописује да се важећи обавештајно-безбедносни систем Републике Србије састоји од три обавештајно-безбедносне установе, а то су: Безбедносно-информативна агенција, која представља цивилну службу безбедности и посебну организацију директно потчињену Влади Републике Србије и Војнобезбедносна агенција и Војнообавештајна агенција, војне службе безбедности које представљају органе управе у саставу Министарства одбране, коме су директно потчињене и одговорне за свој рад. У овом раду говорићемо о систему националне безбедности Републике Србије, положају Безбедносно-информативне агенције у обавештајно-безбедносном систему Републике Србије, као цивилне службе безбедности, као и положају Војнобезбедносне агенције и Војнообавештајне агенције у обавештајно-безбедносном систему Републике Србије, као војних служби безбедности. Осим тога, у раду ће бити приказане главне поставке политике националне безбедности, из Стратегије националне безбедности Републике Србије и биће обрађен персонални састав служби безбедности Републике Србије, али и њихов међусобни однос, који почива на принципима сарадње и координације.

Кључне речи: Систем националне безбедности, Безбедносно-информативна агенција, Војнобезбедносна агенција, Војнообавештајна агенција, политика националне безбедности, сарадња, координација.

¹ mikenag94@hotmail.com

1. Увод

Према Стратегији националне безбедности Републике Србије, систем националне безбедности Републике Србије можемо посматрати у ужем и у ширем смислу. Систем националне безбедности у ужем смислу се састоји од система одбране, снага Министарства унутрашњих послова, безбедносно-обавештајног система и тела и органа који могу бити основани по потреби, уколико разлози безбедности то захтевају. Са друге стране, систем националне безбедности посматрано у ширем смислу обухвата и Народну скупштину Републике Србије, као носиоца законодавне власти, органе извршне власти, тј. председника Републике и Владу, Савет за националну безбедност, али и највише органе судске власти.²

Систем националне безбедности у ужем смислу, конкретно безбедносно-обавештајни систем Републике Србије, представља функционално обједињен део националне безбедности Републике Србије, који обухвата три поменуте службе безбедности, Безбедносно-информативну агенцију, Војнобезбедносно агенцију и Војнообавештајну агенцију, које имају статус правног лица и посебан положај у правном поретку Републике Србије, због природе послова којима се баве и високог степена самосталности у раду.³

Поступање и рад служби безбедности и њихових припадника се налази под директним надзором органа законодавне, извршне и судске власти, а приликом примене послова и задатака из своје надлежности морају поступати уз строго уважавање људских права и основних слобода грађана, у границама и оквирима Устава Републике Србије, Закона о основама уређења служби безбедности Републике Србије, Стратегије националне безбедности Републике Србије⁴, других прописа и посебних закона *lex specialis*, којима се ближе уређује њихова организација, надлежност, овлашћења, послови, задаци и контрола која се над њима врши, а то су: Закон о Безбедносно-информативној агенцији (у даљем тексту Закон о БИА) и Закон о Војнобезбедносној и Војнообавештајној агенцији (у даљем тексту Закон о ВБА и ВОА) којима су наведене службе безбедности и основане.

² Видети Стратегију националне безбедности Републике Србије, Београд, октобар 2009, стр. 29. на сајту Министарства одбране РС.

³ Члан 3 Закона о основама уређења служби безбедности Републике Србије, *Службени гласник РС*, број 116/2007-44, 72/2012-12.

⁴ Видети Стратегију националне безбедности Републике Србије, Београд, октобар 2009, стр. 30. на сајту Министарства одбране РС.

2. Безбедносно-информативна агенција

Безбедносно-информативна агенција представља централну, цивилну и мешовиту службу безбедности Републике Србије, имајући у виду да обавља безбедносне, контраобавештајне и обавештајне послове од интереса и значаја за одбрану Републике Србије. Безбедносно-информативна агенција је основана као посебна организација Републике Србије и има својство правног лица, те није у саставу ниједног министарства. Безбедносно-информативна агенција је у оквиру својих овлашћења надлежна за заштиту безбедности Републике Србије, откривање, спречавање и онемогућавање активности које су уперене против уставног уређења и територијалног интегритета Републике Србије, која подразумевају најтежа кривична дела против уставног уређења и безбедности Републике Србије, укључујући међународна кривична дела, тероризам, шпијунажу и остале субверзивне активности, као и прикупљање, анализирање и уступање безбедносно-обавештајних сазнања надлежним органима и друге послове прописане законом. (Петровић, Прица, 2020: 121).

Безбедносно-информативна агенција поседује неке специфичне карактеристике, које је разликују од других служби безбедности у Републици Србији. БИА је специјализована за прикупљање, обраду и анализу информација које се односе на претње националној безбедности, што укључује превенцију и откривање терористичких активности, организованог криминала и других безбедносних претњи и ризика. БИА често сарађује са међународним обавештајним агенцијама и националним безбедносним службама у циљу размене информација и координације у борби против глобалних претњи и има задатак да штити високо класификоване податке и тајне, као и важне државне функционере и лица. БИА сарађује са другим безбедносним и обавештајним агенцијама на националном и међународном нивоу, али њен рад често захтева високи степен тајности и дискретности у односу на јавност и друге службе безбедности. Ове специфичности чине БИА јединственом унутар система безбедности Републике Србије, истовремено је усмеравајући на обавештајне активности и пружање информација које су кључне за очување националне безбедности.

3. Војнобезбедносна агенција

Војнобезбедносна агенција је контраобавештајна служба Републике Србије, која обавља послове контраобавештајне заштите целокупног

система одбране, односно Министарства одбране и Војске Србије, који подразумева и контраобавештајну заштиту Војнообавештајне агенције. Осим тога, Војнобезбедносна агенција је надлежна за безбедносну заштиту Министарства одбране и Војске Србије, у оквиру које обавља различите послова и задатке безбедносне заштите, међу којима се као специфична делатност служби безбедности издваја вршење безбедносних провера, сходно Правилнику о безбедносним проверама лица које обавља Војнобезбедносна агенција. У оквиру контраобавештајне заштите, ВБА има овлашћења да открива, прати и спречава субверзивне активности и деловање страних држављана на територији Републике Србије, унутрашњи и међународни тероризам, открива, спречава и документује кривична дела против територијалне целовитости и уставног поретка Републике Србије, као и међународна кривична дела, укључујући и кривична дела организованог криминала, прање новца, кривична дела корупције и томе слично. (Милошевић, Срећковић, 2010: 463).

Осим наведеног, БИА и ВБА могу примењивати и одређене методе оперативног рада, укључујући и коришћење средстава оперативне технике, примењивати посебне поступке и мере за тајно прикупљање података⁵, односно посебне мере којима се одступа од неповредивости тајне писама и других средстава општења⁶, у превентивне сврхе, у складу са законима *lex specialis*, којима се ближе уређује њихов рад (Закон о БИА и Закон о ВБА и ВОА) уз претходно одобрење надлежног суда, како би се спречиле и предупредиле евентуалне претње по националну безбедност Републике Србије. Такође, БИА и ВБА могу примењивати и посебне доказне радње према Законнику о кривичном поступку: тајни надзор комуникације, тајно праћење и снимање, симуловане послове, рачунарско претраживање података, ангажовање прикривеног иследника и контролисану испоруку⁷, у складу са писаном наредбом надлежног судије за претходни поступак, које се могу користити као доказно средство у поступцима који се воде против учиниоца таквих кривичних дела из надлежности БИА и ВБА. За разлику од посебних доказних радњи, посебни поступци и мере које се примењују у превентивне сврхе

⁵Члан 12 Закона о Војнобезбедносној и Војнообавештајној агенцији, *Службени гласник РС*, бр. 88/2009, 55/2012 - одлука УС и 17/2013.

⁶Члан 13 Закона о Безбедносно-информатицној агенцији, *Службени гласник РС*, бр. 42/2002, 111/2009, 65/2014 - одлука УС, 66/2014 и 36/2018.

⁷Члан 161-187 Законика 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.

не могу да се користе као доказно средство у кривичном поступку. Са друге стране, ВОА није овлашћења да примењује посебне доказне радње према ЗКП-у, већ само посебне поступке и мере у превентивне сврхе, побројане у члану 27 Закона о ВБА и ВОА.

Уколико посматрамо послове и задатке БИА и ВБА, можемо закључити да се у извесној мери уочава сличност у погледу надлежности за одређена кривична дела, као што су кривична дела против територијалне целовитости и уставног поретка Републике Србије, као и међународна кривична дела, укључујући и тероризам, шпијунажу, кривична дела организованог криминала, корупције, прање новца итд. са разликом да БИА може примењивати и специфична полицијска овлашћења, попут права хапшења. Поред наведеног, ВБА је надлежна за поменута кривична дела уколико су иста усмерена против Министарства одбране или Војске Србије или је лице које наведена дела врши припадник Министарства одбране или Војске Србије, док је БИА надлежна за наведена кривична дела ма која лица их врше.

Према члану 6 Закона о ВБА и ВОА, уколико су активности обавештајне, субверзивне, криминалне, терористичке или друге природе усмерене према Министарству одбране или Војсци Србије од лица која нису припадници Војске Србије или запослени у Министарству одбране, ВБА своје активности и мере на плану њиховог откривања, праћења и онемогућавања предузима уз обавезну сарадњу са БИА или органима унутрашњих послова, односно Министарством унутрашњих послова, са којим координисано утврђује начин даљег поступања према тим лицима. Са тим у вези, требало би додати одредбу у Закону о БИА, којом би се одредило да, уколико БИА током обављања послова из своје надлежности дође до сазнања да су активности обавештајне, субверзивне, криминалне, терористичке или друге природе усмерене према Министарству одбране и Војсци Србије од страних држављана, цивила, лица која су припадници Војске Србије или запослени у Министарству одбране, исте треба уступити ВБА на надлежно поступање, односно своје активности и мере на плану њиховог откривања, праћења и онемогућавања, БИА треба предузети уз обавезну сарадњу са ВБА, на исти начин на који је Законом о БИА у члану 16 регулисана сарадња са Министарством унутрашњих послова, у погледу преузимања и обављања послова из делокруга рада МУП.

Војнобезбедносна агенција (ВБА) има и одређена допунска овлашћења, која су потребна за извршење њених задатака. Овлашћена службена лица ВБА имају право да приступају свим локацијама ради инсталирања

уређаја за примену посебних поступака и мера, у складу са одлуком надлежног суда. При примени посебних поступака и мера, ВБА може користити податке, документа и средства која служе за прикривање идентитета агенције, њених чланова и лица са којима је успостављена тајна сарадња. Такође, ВБА може, из безбедносних разлога, користити пословне и стамбене просторије и друге непокретности у власништву Републике Србије, на начин утврђен актом Владе. По потреби, ВБА предузима и мере прикривања власништва над стварима и правним лицима. Уз накнаду, може користити услуге физичких и правних лица, према пропису министра одбране. На крају, ВБА може оснивати правна лица ради обављања својих послова и уредити њихов рад на начин који их не повезује са ВБА. (Милосављевић, 2015: 25).

При откривању, истраживању и документовању кривичних дела из надлежности ВБА, њена овлашћена службена лица имају одређена полицијска овлашћења, укључујући овлашћење полиције за спровођење мера надзора и снимања телефонских и других разговора или комуникација другим техничким средствима, као и оптичка снимања лица и предузимање других мера у складу са законом који регулише кривични поступак (ЗКП). (Милосављевић, 2015: 25).

4. Војнообавештајна агенција

Војнообавештајна агенција је обавештајна служба Републике Србије која обавља послове и задатке обавештајне природе од важности за одбрану земље, прикупља, анализира, процењује, штити и прослеђује надлежним државним органима податке војне, војно-економске и војно-политичке природе и сазнања о могућим и стварним опасностима, намерама, активностима и делатностима страних држава или њихових одбрамбених снага, укључујући и активности и делатности међународних организација, група или појединаца које су директно усмерене на нарушавање уставног поретка Републике Србије и система одбране.⁸

Војнообавештајна агенција представља посебан стручни орган управе у саставу Министарства одбране, који је надлежан за војнообавештајну делатност и заједно са Управом за обавештајно-извиђачке послове, специјална и електронска дејства Војске Србије чини део војнообавештајног система Републике Србије. (Милошевић, Срећковић, 2010: 462).

Попут Безбедносно-информативне агенције и Војнобезбедносне агенције, Војнообавештајна агенција може примењивати посебне поступке

⁸Члан 24 Закона о Војнобезбедносној и Војнообавештајној агенцији, *Службени гласник РС*, бр. 88/2009, 55/2012 - одлука УС и 17/2013.

и мере за тајно прикупљање података, којима се привремено задире у уставом зајемчена људска права појединаца, у превентивне сврхе, уз потпуно уважавање принципа сразмерности и супсидијарности, као и податке из јавних извора, од физичких и правних лица, државних органа и организација, имаалаца јавних овлашћења, на начин који је регулисан Законом о ВБА и ВОА.⁹ Припадници ВОА, за разлику од ВБА, немају полицијска овлашћења и, стога, не могу применити посебне поступке и мере за тајно прикупљање података које су утврђене у корист полиције, односно које су прописане Закоником о кривичном поступку (ЗКП), како је напред поменуто .

Војнобезбедносна агенција (ВБА) и Војнообавештајна агенција (ВОА) су две различите агенције у оквиру система националне безбедности Републике Србије, иако обе припадају војном сектору. ВОА се бави обавештајним активностима унутар и ван Републике Србије и њен задатак је да прикупља, анализира и користи обавештајне податке који су од значаја за војне интересе Србије, укључујући и разоткривање активности потенцијалних противника. ВБА је усредсређена на унутрашње безбедносне аспекте унутар Војске Србије, док се ВОА фокусира на прикупљање обавештајних података о спољним претњама и ризицима.

5. Политика националне безбедности Републике Србије

Политика националне безбедности представља интегрални део свеобухватне државне политике и обухвата скуп стратегијских принципа и одлука усмеравања које имају за циљ заштиту и реализацију националних интереса Републике Србије. Она се спроводи кроз усмеравање и координацију активности у различитим сегментима друштвеног живота, како би се очувала безбедност и стабилност државе. Применом свеобухватног приступа, политика националне безбедности омогућава Републици Србији да одговори на безбедносне изазове, ризике и претње на кохерентан и усаглашен начин. Овај приступ ствара основу за консолидовану реакцију и деловање на свим нивоима, са циљем да се минимизују или елиминишу потенцијалне опасности. Спровођење ове политике не само да обезбеђује националне интересе, већ и подстиче свеобухватан развој политичких, економских, социјалних и културних аспеката друштва. То укључује и унапређење укупног друштвеног развоја Републике Србије. Основне компоненте политике националне безбедности, укључујући њене кључне принципе и мере, груписане су

⁹ Видети чланове 7, 26 и 27 Закона о Војнобезбедносној и Војнообавештајној агенцији, *Службени гласник РС*, бр. 88/2009, 55/2012 - одлука УС и 17/2013.

према националним интересима и циљевима Републике Србије на које се непосредно односе. Ова груписања омогућавају усмеравање активности и ресурса према приоритетним областима и потребама државе.¹⁰

Стратегија националне безбедности Републике Србије дефинише основне смернице и циљеве у области очувања националне безбедности. Она је усмерена на заштиту суверенитета и територијалне целовитости државе, као и на очување безбедности грађана и институција. Основне компоненте политике националне безбедности обухватају:

- 1) Превенцију ризика и претњи: Ово укључује развој мера и механизма за идентификацију и елиминацију потенцијалних претњи пре него што постану реалне опасности. Превентивне активности подразумевају сарадњу са међународним партнерима и размену информација о безбедносним ризицима.
- 2) Одговор на кризне ситуације: Планови и процедуре су развијени за брзо реаговање у случају кризе или опасности. Ово укључује координацију између различитих агенција и установа како би се осигурала ефикасна интервенција и смањено утицај кризе.
- 3) Заштита критичних инфраструктура: Стратегија предвиђа мере за заштиту инфраструктурних објеката који су кључни за функционисање државе, као што су енергетски системи, транспортне мреже и комуникације.
- 4) Сарадња и координација: Сарадња са међународним организацијама и државама је кључна за постизање безбедносних циљева. Координација са партнерима у области безбедности омогућава размену знања и ресурса, као и јачање безбедносне мреже.
- 5) Јачање капацитета и обука: Обука запослених у сектору безбедности и редовно усавршавање њихових способности су од суштинског значаја за успешно спровођење безбедносне политике.
- 6) Развој правног оквира: Стратегија предвиђа усмеравање на стварање и усавршавање законских и регулаторних оквира који су неопходни за адекватно реаговање на безбедносне изазове. Ове компоненте су део ширег контекста националне безбедности који се стално прилагођава новим изазовима и променама у глобалном окружењу.¹¹

¹⁰ Видети одељак 4 под називом „Политика националне безбедности“ у Стратегији националне безбедности, *Службени гласник РС*, бр. 94 од 27. децембра 2019.

¹¹ Видети уводно излагање у Стратегији националне безбедности, *Службени гласник*

Национални интереси Републике Србије из Стратегије националне безбедности обухватају следеће: очување територијалне целине и суверенитета, а основни циљ је заштита граница државе и одржавање њеног суверенитета у складу са међународним правом; јачање економске стабилности, односно развој и одржавање стабилног економског окружења које ће осигурати одржив раст, запосленост и економску сигурност грађана; заштита права и слобода грађана и обезбеђивање безбедности и правне заштите свих појединаца у складу са уставом и законодавством државе; очување и унапређење националне културе и идентитета, поштовање и заштита културне баштине, језика, традиција и националног идентитета; јачање безбедносних капацитета и институција, изградња и развој компетентних институција у области националне безбедности, укључујући безбедносне и обавештајне службе; сарадња са међународним партнерима, стварање и одржавање добрих односа са међународним партнерима, укључујући учешће у међународним организацијама и савезима ради подршке националним интересима; унапређење научно-истраживачких капацитета и подршка истраживањима и иновацијама које могу допринети националној безбедности и развоју државе. Ови интереси представљају основу за развој стратегија и мера које ће осигурати дугорочну стабилност и безбедност Републике Србије.¹²

Систем националне безбедности Републике Србије функционише под демократском и цивилном контролом, коју спроводе Народна скупштина, председник Републике, Влада, други државни органи и јавност, у складу са законом. Основна начела која усмеравају функционисање система националне безбедности укључују:

- Уставност и законитост, што значи да сви прописи и правни акти који регулишу систем националне безбедности морају бити у складу са уставом и законима Републике Србије. Субјекти управљања и извршења у систему безбедности дужни су да своје функције извршавају у складу са уставом и законским оквиром.
- Јединство, које подразумева да систем националне безбедности функционише као координирана и интегрисана целина, где сви његови елементи сарађују и усклађују своје активности ради постизања заједничких циљева.

РС, бр. 94 од 27. децембра 2019.

¹² Видети одељак 3 под називом „Национални интереси“ у Стратегији националне безбедности, *Службени гласник РС*, број 94 од 27. децембра 2019.

- Превенција, односно активности у систему националне безбедности усмеравају се на проактивно спречавање изазова, ризика и претњи пре него што се оне материјализују.
- Кооперативност значи да је систем отворен за сарадњу са другим националним и међународним актерима, што омогућава постизање утврђених циљева и ефективно управљање безбедносним претњама.
- Поузданост подразумева да систем националне безбедности треба да функционише без значајнијих сметњи у мирнодопским условима, као и у ванредним ситуацијама и рату.
- Прилагодљивост предвиђа да систем мора бити у могућности да се прилагоди променама у стратегијском окружењу и новим безбедносним изазовима.
- Непрекидност, која подразумева да функционисање система мора бити континуирано, без обзира на промене у околностима, било да је реч о миру, ванредним ситуацијама или рату.
- Ефикасност, што значи да систем националне безбедности треба да оптимално користи ресурсе и спроводи своје функције на најефикаснији начин.
- Отвореност у раду подразумева да поступци и активности система морају бити транспарентни у границама које не угрожавају безбедност података, како би се обезбедила јавна контрола и поверење.
- Професионалност значи да послови у оквиру система треба да се обављају с високим степеном одговорности, етике и стручности, уз подстицање сарадње и професионалних стандарда.
- Контрола и надзор, односно да систем националне безбедности мора радити у складу са утврђеним националним интересима, у оквиру Устава и закона, уз адекватан надзор и контролу.¹³

Специфичност функционисања делова система националне безбедности огледа се у посебним начелима која су утврђена у нормативним и доктринарним документима, који прецизно дефинишу обавезе и одговорности свих актера у овом систему.

¹³ Видети одељак 5.2. под називом „Начела функционисања система националне безбедности“ у Стратегији националне безбедности, *Службени гласник РС*, број 94 од 27. децембра 2019.

6. Закључак

Персоналну структуру Војнобезбедносне агенције (ВБА) и Војнообавештајне агенције (ВОА) чине професионални припадници Војске Србије, као и државни службеници и намештеници. Припадници ВБА и ВОА морају да поштују наредбе директора или непосредно претпостављених и да их извештавају о свом раду. Не смеју изражавати лична политичка уверења и одговорни су за свој рад. Чланови Безбедносно-информативне агенције (БИА) су цивилна лица, државни службеници који обављају своје дужности у складу са Уставом и релевантним законима. Попут припадника ВБА и ВОА, они такође не могу да заступају политичка уверења и да буду чланови политичких странака. Пријем у ове службе захтева претходне безбедносне провере, које процењују потенцијалне безбедносне ризике или сметње за запошљавање. Именовање руководиоца у обавештајно-безбедносним службама зависи од њихове врсте и професионалног статуса: Директоре ВБА и ВОА именује председник Републике Србије указом, на предлог министра одбране, уколико су у питању војна лица. За цивилна лица, именовање врши Влада на предлог министра одбране. Директора БИА именује и разрешава Влада.

Безбедносно-информативна агенција, Војнобезбедносна агенција и Војнообавештајна агенција функционишу у оквиру система координације, кооперације и обостране сарадње. Њихови односи не почивају на принципу потчињености и претпостављености, већ на принципу хоризонталне организације власти, што значи да су ове агенције у равноправном положају у оквиру јавне власти.

Поред принципа хоризонталне организације власти, систем националне безбедности Републике Србије такође се заснива на следећим принципима: уставности и законитости, јединства, непрекидности, поузданости, професионалности, тајности, прилагодљивости, ефикасности, непристрасности, политичке неутралности и транспарентности, односно отворености за контролу у складу са законом. (Стајић, 2012: 14).

Недостатак поједних одредаба у Закону о БИА може утицати на његову ефикасност и правичност. У циљу побољшања, могу се размотрити могућности за унапређење закона, са фокусом на додавање одредбе у Закону о БИА, која би предвидела да, уколико БИА током обављања својих задатака открије активности које су обавештајне, субверзивне, криминалне, терористичке или било које друге природе, усмерене према Министарству одбране и Војсци Србије од стране страних држављана,

цивила, припадника Војске Србије или запослених у Министарству одбране, те податке треба уступити ВБА на даље поступање. У том случају, БИА би требало да предузме потребне мере за откривање, праћење и спречавање таквих активности уз обавезну сарадњу са ВБА, на исти начин као што је регулисана сарадња између БИА и Министарства унутрашњих послова у погледу преузимања и обављања послова из делокруга рада МУП-а, како је прописано у члану 16 Закона о БИА.

Литература

Милосављевић, Б. (2015). *Правни оквир и пракса примене посебних поступака и мера за тајно прикупљање података у Републици Србији*, Београдски центар за безбедносно политику, Београд.

Милосављевић, Б. Петровић, П. (2009). *Безбедносно-обавештајне службе Републике Србије*, Реформа сектора безбедности у Републици Србији.

Милошевић, М. Срећковић, З. (2010). *Безбедносне службе света*, Војноиздавачки завод, Београд.

Петровић, М. Прица, М. (2020). *Посебно управно право са међународним управним правом*, Правни факултет Универзитета у Нишу.

Савић, А. Делић, М. Бајагић, М. (2002). *Безбедност света, од тајности до јавности*, Институт безбедности. Београд.

Стајић, Љ. (2020). *Контрола полиције и служби безбедности*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

Прописи

Закон о Безбедносно-информационој агенцији, *Службени гласник РС*, бр. 42/2002, 111/2009, 65/2014 - одлука УС, 66/2014 и 36/2018.

Закон о Војнобезбедносној и Војнообавештајној агенцији, *Службени гласник РС*, бр. 88/2009, 55/2012 - одлука УС и 17/2013.

Закон о основама уређења служби безбедности Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 116/2007 и 72/2012.

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.

Стратегија националне безбедности Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 88/2009.

Стратегији националне безбедности, *Службени гласник РС*, број 94 од 27. децембра 2019.

Интернет извори

Ministarstvo odbrane Republike Srbije (2024). Strategija Nacionalne Bezbednosti RS, https://www.mod.gov.rs/multimedia/file/staticki_sadrzaj/dokumenta/strategije/Strategija%20nacionalne%20bezbednosti%20Republike%20Srbije.pdf

Milena Golubović, LL.M.,

PhD Student,

Faculty of Law, University of Niš

SECURITY AND INTELLIGENCE SYSTEM OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

Article 4 of the Act on the Foundations for the Regulation of Security Services of the Republic of Serbia stipulates that the current intelligence and security system of the Republic of Serbia consists of three intelligence and security agencies: the Security Information Agency, the Military Security Agency, and the Military Intelligence Agency. The Security Information Agency (SIA) is the civilian security service; it is a special organization directly subordinate to the Government of the Republic of Serbia. The Military Security Agency (MSA) and the Military Intelligence Agency (MIA) are military security services; they are administrative bodies within the Ministry of Defense and, as such, they are directly subordinate and accountable to the Ministry of Defence. The first part of this paper discusses the national security system of the Republic of Serbia. The second part focuses on the position of the Security Information Agency (as a civilian security service) within the intelligence and security system of the Republic of Serbia. The third and the fourth part of the paper focus on the position of the Military Security Agency and the Military Intelligence Agency (as military security services) within the intelligence and security system of the Republic of Serbia. The fifth part presents the main national security policies as outlined in the National Security Strategy of the Republic of Serbia. In the concluding remarks, the author elaborates on the institutional structure of security services in the Republic of Serbia and their mutual relations, which are based on the principles of cooperation and coordination.

Keywords: *Serbian National Security System, Security Information Agency, Military Security Agency, Military Intelligence Agency, National Security Policy, cooperation, coordination.*

Милица Илић,¹
Докторанд,
Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 336.711(4-672EU)
UDK: 338.23:336.74(4-672EU)
UDK: 339.923:061.1EU

DOI: 10.5281/zenodo.14425640

Прегледни научни чланак

Примљен: 01. 11. 2024.

Прихваћен: 12. 11. 2024.

О РАЗДВАЈАЊУ МОНЕТРАНЕ И НАДЗОРНЕ ФУНКЦИЈЕ ЕВРОПСКЕ ЦЕНТРАЛНЕ БАНКЕ

Апстракт: Конституисањем Јединственог надзорног механизма у оквиру Европске монетарне уније, иницијално успостављене надлежности Европске централне банке су се прошириле. Европска централна банка, тако, поред обављања монетарне функције, добија надлежности које су везане за функцију надзора над свим кредитним институцијама у еврозони, са могућношћу да надзор спроводи и над кредитним институцијама изван еврозоне. Надлежности Европске централне банке се проширују 2014. године, Уредбом Савета (ЕУ) бр. 1024/2013 о додељивању посебних задатака Европској централној банци у вези са политикама које се односе на пруденцијални надзор кредитних институција. До данас, европски банкарски надзор је по окриљем Јединственог надзорног механизма пуних десет година. Додељивање надзорних задатака Европској централној банци ствара могућност за сукоб интереса зато што исти орган – Европска централна банка, спроводи и монетарну политику и банкарски надзор. Имајући у виду могући сукоб интереса, Европска унија је предвидела одређене институционалне механизме који служе да се разграничи обављање монетарне функције од банкарског надзора. Циљ овог рада је да прикаже како се примењује принцип раздвајања између монетарне политике Европске централне банке и њених надзорних задатака и организациона решења која се примењују ради њиховог разграничавања.

Кључне речи: Европска централна банка, Јединствени надзорни механизам, Банкарска унија, Надзорни одбор Европске централне банке, Европска монетарна унија.

¹ milica2804@hotmail.com

1. Увод

Надлежности које централне банке данас обављају се доста разликују од времена настанка првих централних банака. Циљеви централних банака су се мењали у зависности од економских и друштвених прилика. Централне банке су кроз историју генерално имале три главна циља. Први, одржавање стабилности цена, други, одржавање финансијске стабилности, и трећи, који је посебно долазио до изражаја у време ратова и односи се на финансирање држава у време кризе. Равнотежа између ова три циља се временом мењала (*Goodhart, 2010:1*). Микропруденцијални надзор кредитних институција био главни задатак мањем броју централних банака, тако да је крајем деветнестог века већи број земаља функцију микропруденцијалног надзора додељивао независним властима пре него централним банкама.

Међународна финансијска криза 2008. године, је довела у питање ефикасност независних власти у спровођењу макропруденцијалног надзора, и створило простор да се централним банкама ипак повери функција макропруденцијалног надзора.

Европска централна банка је успостављена са овлашћењем да утврђује и спроводи монетарну политику Европске уније. Уговором из Мастрихта је стабилност цена одређена као основни циљ Европског система централних банака. Као секундарни циљ наводи се подршка економској политици на подручју Европске уније. Криза банкарског система потврдила је потребу појачања контроле банкарског сектора, најпре кроз формирање Одбора за системски ризик, а онда и даљим корицима ради формирања банкарске уније на подручју еврозоне. Законодавне активности на нивоу Европске уније и држава чланица уверавају да се препознала потреба за јачањем макропруденцијалног надзора финансијског система и улоге централних банака у обезбеђивању финансијске стабилности.

Обављање монетарних задатака и надзорних задатака од стране исте институције – централне банке, има одређених користи, али и ризике. Чињеница је да централне банке имају драгоцено искуство као и стручност у овој области, и да је логично искористити те предности. Додељивање нових макропруденцијалних задатака централним банкама је још логичнији избор у земљама у којима централне банке већ спроводе микропруденцијални надзор (*Gluch et al., 2013: 26*). Повезаност стручњака који у оквиру исте институције обављају монетарну и надзорну функцију, као и информације до којих се долази обављањем

надзорних задатака, могу бити пресудне за ефикасну монетарну политику и банкарску супервизију.

Иако комбиновање ове две функције које обавља иста институција може довести до међусобног ефекта једне на другу функцију, у теорији има мишљења да је расправа о сукобу интереса донекле вештачка, и да сукоби између монетарних и надзорних функција неминовно постоје и да не могу бити елиминисани институционалним преуређењем (Ioannidou, 2012:93). Ioannidou утврђује да би интернализација конфликтних циљева унутар једне институције могло представљати ефикасно решење, јер би утицало на мање сукобе у одлучивању и повећало би одговорност, али би утицало и на имплементациону политику. Овакво решење би омогућило централној банци да реагује на нежељене последице које монетарна политика може имати на подстицаје банака за преузимање ризика (Ioannidou, 2012:93).

2. Функције Европске централне банке

Европска централна банка у савременом монетарном праву представља пре свега независну монетарну институцију. Настанак Европског система централних банака се, историјски посматрано, повезао са признавањем концепта централне банке као независног чувара валуте, и то у глобалном контексту, како у научним структурама, тако и међу политичким актерима (Smits, 1997:151). Европска централна банка се као основни субјект европског монетарног права (уз националне банке држава чланица) успоставља 1999. године. Њене иницијалне функције предвиђене су Уговором из Мастрихта, у члану 105.² Задаци Европског система централних банака и правни статус Европске централне банке, детаљније су уређени Протоколом о Статуту Европског система централних банака и Европске централне банке.³

2.1. Монетарна функција Европске централне банке

У складу са чланом 105. Уговора из Мастрихта и на основу члана 127. став 2. Уговора о функционисању Европске уније, задаци Европског система централних банака односе се на утврђивање и спровођење монетарне политике заједнице, вршење девизних послова, држање и управљање резервама и унапређење несметаног функционисања платног промета.⁴ Чланом 2. Протокола о Статуту Европског система централних банака главни циљ Европског система централних банака је одржавање стабилности цена. Имајући у виду правни статус, задаци

Европског система централних банака уствари представљају задатке Европске централне банке.

Фомално правно функције Европског система централних банака можемо поделити на основне и остале. Основни задаци су наведени у члану 127. став 2. Уговора. Остали послови би као такви обухватили питање банкнота, доприноса финансијској стабилности, саветодавне функције и прикупљање статистичких података и одржавање међународне сарадње са осталим институцијама. У пракси овакве јасне класификације се не могу препознати, јер се врло често кроз остваривање основних послова упоредо обављају и остале функције (Димитријевић, 2018:102).

2.2. Надзорна функција Европске централне банке

Последице глобалне економске и финансијске кризе указале су да класично одређење да је основи циљ Европске централне банке монетарна стабилност захтева преиспитивање, јер ова централа монетарна институција заузима и централно место у постизању финансијске стабилности. Циљеви монетарне политике односе се на одржавање стабилности цена, циљеви микропруденцијалног надзора обухватају заштиту потрошача, док су циљеви макропруденцијалне политике усмерени на очување финансијске стабилности Европске уније (Димитријевић, 2016:482).

Од новембра 2014. године, постоји јача повезаност између монетарног права ЕУ и банкарског права ЕУ. Европска централна банка, као јединствена монетарна власт у оквиру Евросистема, постала је и орган надзора банака. Надзорне функције Европска централна банка добија формирањем Јединстваног надзорног механизма, који је један од главних елемената (Европске) банкарске уније (Gortsos, 2020:43). Чланови 114. и 127. став 6. Уговора о ЕУ су правни основ настанка банкарске уније. Банкарску унију чине три посебна сегмента, тачније три стуба: први стуб чини Јединствени надзорни механизам (енг. *Single Supervisory Mechanism – SSM*), други стуб предствља Јединствени санациони механизам (енг. *Single Resolution Mechanism*), трећи стуб се односи на Механизам гарантовања и осигурања депозита (енг. *Single Occurrence Deposit*). У периоду од 2014. до 2024. године, своју функцију у практичном смислу спроводе Јединствени надзорни механизам и Јединствени санациони механизам, док је примена функција трећег стуба још увек у припреми. Потпуна реализација концепта банкарске уније захтева време. Потребно је прецизно одредити задатке европских и националних супервизора,

разјаснити недоумице финансирања фондова санације, и јасно разграничити функције супервизије Европске централне банке од функције очувања монетарне стабилности (Димитријевић, 2023:116).

Уредбом 1024/2013 о Јединственом надзорном механизму, основан је јединствени надзорни механизам, кога чине Европска централна банка и национална надзорна државна тела држава чланица. Еропска централна банка врши непосредан надзор над „главним“ банкама, док посредан надзор врши над осталим банкама преко националних ревизорских агенција. Циљ Јединственог надзорног механизма је спровођење интензивног надзора над кредитним институцијама, Остали циљеви се тичу побољшања стабилности банака и финансијског тржишта. Позиција Европске централне банке у банкарској унији представља допуну надлежности Европске надзорне агенције за банкарство, и њена главна функција односи се на стварање јединствених правила за рад и санацију банака уз уважавање свих разлика које постоје у банкарској унији (Димитријевић, 2023:109). Успостављен систем наднационалног механизма супервизије има за циљ да ојача поверење инвеститора у стабилост европског банкарског сектора, као и интензивније повезивање у финансијском сектору у циљу унапређења ефикасног спровођења монетарне политике у Европској монетарној унији (Гајић, Дабић, 2020:85).

3. Раздвајање монетарних и надзорних функција

Посебано значајно у вези са додељивањем директних надзорних задатака Европској централној банци је потенцијални сукоб интереса до кога би могло да дође онда када су монетарна политика и банкарска супервизија у надлежности истог органа – Европске централне банке. О овом питању се развила опсежна дебата у припремној фази реформе. Ово је типичан проблем који имају све централне банке које обављају надзорне функције, а у различитим системима су усвојена различита институционална и организациона решења (Boccuzzi, 2016:37). Јединствени надзорни механизам додељује Европској централној банци посебне задатке који се тичу пруденцијалног надзора кредитних институција. Овај циљ Европске централне банке се разликује од њеног примарног циља који се односи на очување стабилности цена. Евентуални сукоб интереса који произилази из истовременог остваривања ова два циља служи као аргумент за увођење „кинеских зидова“ који служе да раздвоје монетарне и надзорне функције и сукоби интереса сведу на најмањи могући ниво (Gortsos, 2020:153).

Принцип независности у извршавању поверених надзорних задатака је повезан са принципом одвајања надзора од функција монетарне политике. Европска централна банка је у обавези да извршава задатке који су јој поверени Уредбом о Јединственом надзорном механизму тако да не угрози задатке и циљеве који се односе на монетарну политику. Ова обавеза је изричито наведена чланом 25. Уредбе 1024/2013. У том смислу ЕЦБ је дужна да обезбеди раздвајање функција. Раздвајање ове две функције Европска централна банка обезбеђује институционалним механизмима и организационим решењима који служе да се разграничи обављање монетарне функције од банкарског надзора. Ово у практичном смислу значи да је Европска централна банка усвојила низ правних аката, и извршила одговарајуће организационе промене од оних примарно постављених.

3.1. Независност

Сви аспекти независности Европске централне банке у односу на основне задатке Европског система централних банака, примењују се на надзорне задатке Европске централне банке. Уредбом о Јединственом надзорном механизму гарантује се оперативна независност, лична независност, институционална независност и финансијска независност (Gortsos, 2020:270). Европска централна банка и надлежни национални органи који обављају надзорне функције, поступају независно када извршавају своје задатке. Посебно, чланови Надзорног одбора и Управног одбора поступају независно и објективно штитећи интересе Европске уније. У том смислу, они не смеју да траже или примају упутства од институција или тела Европске уније, односно од влада држава чланица и других органа. Лична независност обезбеђује правила која се односе на избор чланова тела Европске централне банке, као и на тај начин што су запослени који обављају надзорне задатке у организационом смислу су одвојени од запослених који обављају друге задатке који су поверени Европском систему централних банака. Финансијска средства за обављање монетарних и надзорних задатака су одвојена. Чланови 28., 29., и 30. Уредбе 1024/2013 предвиђају одговорност Европске централне банке за обезбеђивање новчаних средстава ради спровођења надзорних задатака. Европска централна банка може да наплаћује годишње накнаде за надзор надзираним субјектима, који служе за покривање расхода који произилазе из ових задатака.

3.2. Одговорност и транспарентност

Независност управних органа је кључна за све првне системе. Како би управни органи били заиста независни неопходно је да постоји одговарајући систем контроле и равнотеже. Независност Јединственог надзорног механизма се обезбеђује правилима о транспарентности и одговорности. Да се то нагласи, статус председника Надзорног одбора је статус предстаника Европске централне банке за надзорне сврхе (Vocuzzo, 2016: 39).

Европска централна банка посебно извештава о монетарним задацима и задацима који се односе на надзор. Обавезна је да Европском парламенту, Савету, Европској комисији и Еврогрупи доставља извештаје на годишњем нивоу о извршавању надзорних задатака. Извештаји обухватају информације о обављеним надзорним задацима, предвиђеном развоју структуре, износ накнада за надзор, али и успостављене начине поштовања принципа раздвојености функција. У складу са чланом 20. Уредбе 1024/2013, председник Надзорног одбора транспарентно представља извештај о активностима у области надзора над пословањем кредитних институција Европском парламенту и Еврогрупи.

Поред надзора над резултатима које Европска централна банка остварује у оквиру Јединственог надзорног механизма, тиме што подноси извештаје Европском парламенту и Савету, важан механизам којим се обезбеђује примена принципа демократске одговорности Европске централне банке је и контрола оперативне ефикасности и управљања коју врши Европски ревизорски суд. Контрола оперативне ефикасности и управљања обухвата монетарну политику, као и функције у области надзора над пословањем кредитних институција (Обрадовић, 2013:208).

3.3. Чување пословне тајне и размена информација

Одлуком Европске централне банке о одвајању функција монетарне политике од надзорних функција додатно се утврђује начин којим се обезбеђује одвајање монетарне и надзорне функције Европске централне банке.⁵ Овом Одлуком Европске централне банке посебно је уређена обавеза чувања пословне тајне, начин размене информација

⁵ Decision of the European Central Bank of 17 September 2014 on the implementation of separation between the monetary policy and supervision functions of the European Central Bank, L 300/57,18.10.2014.

између органа Европске централне банке, као и размена информација између одсека који имају политичке функције.

Чување пословне тајне у току обављања радних задатака као и након престанка вршења дужности, односи се на чланове Надзорног одбора, чланове Административног одбора, као и на поједнице који су повезани са обављањем надзорних задатака. Изузетак је прописан чланом 4. у случају стечаја или принудне ликвидације банке у ком случају информације које се не односе на трећа лица укључена у поступак, могу да се користе у судском поступку.

У обављању надзорних задатака дозвољена је размена информација са другим органима Европске Уније, као и са надлежним националним телима. У случају размене информација између сектора који обављају политичку функцију, неопходно је поштовати режим заштите података Европске централне банке. Коначну одлуку о праву на приступ поверљивим информацијама доноси Извршни одбор.⁶ Организационе јединице Европске централне банке које обављају надзорне функције саопштавају поверљиве информације организационим јединицама које спроводе функције монетарне политике у виду анонимизованих података.

4. Измењена организациона структура Европске централне банке

Уговором о функционисању Европске уније, чији је саставни део Протокол о Статуту Европског система централних банака, установљена су три тела за одлучивање ЕЦБ. Најважнији тело је Управни савет, његови чланови су гувернери националних централних банака држава чланица еврозоне и шест чланова Извршног одбора. Управни савет утврђује монетарну политику Заједнице. Поред Управног савета, као орган одлучивања јавља се и Извршни одбор, који сачињавају председник, потпредседник и четири члана. Главна надлежност Извршног одбора је у спровођењу монетарне политике у складу са смерницама и одлукама Управног савета (Голубовић, 2007:57). Генерални савет је трећи орган одлучивања и обавља послове који се односе на питања усаглашавања јединствене монетарне политике на подручју Европске Уније.

Имајући у виду нове надлежности, ради очувања оптималног оквира за вршење првобитно успостављених надлежности, извршена је строга подела надлежности кроз измењену организациону структуру

⁶ Члан 5. Одлуке Европске централне банке о раздвајању надлежности.

Европске централне банке. Са Јединственим надзорним механизмом, поред постојећих, формиран су нови органи – Надзорни одбор, Административни одбор и Панел за медијацију.

4.1. Надзорни одбор

Принцип раздвајања се изражава у прописивању надзорне одговорности новооснованом органу, Надзорном одбору. Она је интерна за Европску централну банку и аутономна је (*Boccuzzi, 2016:37*). Члан 26. Уредбе о Јединственом надзорном механизму односи се на Надзорни одбор. Надзорни одбор је тело које у свом саставу има више чланова. Надзорни одбор чине председник, потпредседник, четири представника Европске централне банке, и по један представник надлежних националних органа сваке државе чланице. На челу Надзорног одбора је председник. Чланом 26. став 3. Уредбе о Јединственом надзорном механизму прописано је да се председник Надзорног одбора бира из реда угледних појединаца који имају стручно знање и искуство у банкарским и финансијским пословима. Председник Надзорног одбора не може бити члан Управног савета Европске централне банке. Европски парламент одобрава избор председника Надзорног одбора. Након избора и именовања председник Надзорног одбора не може да обавља дужности у надлежним националним органима. Мандат председника је пет година без могућности поновог бирања. На предлог ЕЦБ, уз одобрење Европског парламента, Савет може разрешити председника Надзорног одбора.

Потпредседник Надзорног одбора је један од чланова Извршног одбора Европске централне банке. Четири члана Надзорног одбора бира Управни одбор Европске централне банке. Именовање ова четири члана прописано је Одлуком Европске централне банке.⁷ Услов за избор ова четири члана је да нису директно укључени у послове монетарне политике. Чланове надзорног одбора чине и представници надлежних националних органа сваке државе чланице еврозоне. Национални надзорни органи учествују у процесу доношења одлука о питањима надзора кроз присуство у Надзорном одбору.

Унутар Надзорног одбора постоји Управни одбор (енг. *Steering Committee*). Управни одбор подржава рад Надзорног одбора и припрема седнице одбора. Састоји од мањег броја чланова из Надзорног одбора. Чине га председник Надзорног одбора, заменик председника

⁷ Decision of the European Central Bank of 6 February 2014 on the appointment of representatives of the European Central Bank to the Supervisory Board (ECB/2014/4) OJ L 196, 3.7.2014, p. 38–39

Надзорног одбора, један представник ЕЦБ, и пет представника националних супервизора. Представнике националних супервизора именује Надзорни одбор на годину дана по основу система ротације. Састав ротације чини прилог Пословника Надзорног одбора Европске централне банке.⁸

Надзорни одбор доноси одлуке на седницама. Представник Комисије може присуствовати седницама по позиву. На седницама представник Комисије учествује као посматрач, и нема право гласа. Надзорном одбору су поверене припремне активности ради обављања надзорних задатака који су поверени Европској централној банци. Он предлаже Управном савету своје нацрте одлука. Предлози одлука се паралелно достављају надлежним националним органима државе чланице на коју се одлука односи.⁹

4.2. Административни одбор

Европска централна банка има и Административни одбор за ревизију који има циљ да заштити странке у поступку на које утичу одлуке ЕЦБ. Административни одбор је основан Одлуком Европске централне банке.¹⁰ Одбор је формиран ради интерне административне ревизије одлука које Европска централна банка доноси у вршењу поверених надзорних задатака. У практичном смислу Административни одбор разматра да ли је поштован одговарајући процес, да ли образложење одлука прикладно, да ли је у складу са важећим законодавством, да ли је одлука очигледно несразмерна и да ли је ЕЦБ злоупотребила своја овлашћења.¹¹ Ревизија се споводи ради контроле процедуре и суштинске усклађености одлуке Надзорног одбора са надлежностима из Уредбе о Јединственом надзорном механизму. Чланови Административног одбора поступају независно и у јавном интересу и њихов рад није везан никаквим упутствима. Пет чланова и два заменика се именују на период од пет година који се може обновити. Они имају професионално супервизорско искуство и релевантно знање у области банкарства, али не могу бити садашњи чланови особља ЕЦБ-а,

⁸ Rules of procedure of the Supervisory Board of the European Central Bank, OJ L 182, 21.6.2014, p. 56–60

⁹ Члан 26. став 8. Уредбе о ЈНМ.

¹⁰ Decision of the European Central Bank of 14 April 2014 concerning the establishment of an Administrative Board of Review and its Operating Rules (ECB/2014/16) (2014/360/EU).

¹¹ ECB, <https://www.bankingsupervision.europa.eu/organisation/whoiswho/administrativeboardofreview/html/index.en.html>

националних супервизора или било које друге националне или ЕУ институције или тела.¹²

Уколико заинтересована страна жели да преиспита одлуку која је донета у вези са надзором од стране Надзорног одбора, може поднети захтев за ревизију у писменој форми. Административни одбор разматра захтев за ревизију и упућује мишљење Надзорном одбору. Мишљење је необавезујуће. Административни одбор може деловати тако што оцењује да ли је потребно укинути првобитну одлуку, односно да ли ће се одлука заменити другом одлуком исте садржине или ће се одлука заменити другачиом одлуком у односу на првобитну одлуку. Надзорни одбор делује тако што узимајући у обзир мишљење Административног одбора може преиначити одлуку. Промењену одлуку Надзорни одбор доставља Управном савету. Управни савет одлучује прећутном сагласношћу. Надзорни одбор може да остане при првобитној одлуци и донесе нову одлуку која ће имати истоветан садржај. Чланом 24. став 11. Уредбе је заинтересованој страни дата могућност да се обрати и Суду правде.

4.3. Панел за посредовање

Да би се додатно обезбедило раздвајање монетарне политике и надзорних задатака, формиран је Панел за посредовање. Уредбом ЕЦБ број 673/2014 основан је Панел за посредовање и уређен начин његовог рада.¹³ Панел за посредовање поступа у случајевима када не постоји сагласност између Управног савета Европске централне банке и Надзорног одбора у вези нацрта одлуке Надзорног одбора. Панел за посредовање разматра приговор Управног савета. Чланови се бирају из реда Управног и Надзорног одбора и то по један члан по земљи учесници. Потпредседник Надзорног одбора има функцију председника Панела за посредовање.

Чланом 8. Уредбе 673/2014 предвиђен је поступак који следи након приговора Управног савета на нацрт одлуке Надзорног одбора. Заинтересована држава чланица, на коју се односи приговор има право да, уз образложење достави обавештење изатражи да Надзорни одбор поднесе захтев за посредовање. Захтев заинтересована страна подноси у року од 5 радних дана од пријема приговора

¹² Члан 3. Одлуке ЕЦБ/2014/2016.

¹³ Regulation (EU) No 673/2014 of the European Central Bank of 2 June 2014 concerning the establishment of a Mediation Panel and its Rules of Procedure (ECB/2014/26) OJ L 179, 19.6.2014, p. 72–76.

Управног савета. Обавештење којим се захтева посредовање се доставља Управном савету и Надзорном одбору. За свако обавештење чији је циљ сазивање Панела за посредовање оснива се Панел за давање мишљења. У његовој надлежности је да анализирајући предметни случај састави нацрт одлуке који упућује Панелу за посредовање. Панел за посредовање затим разматра нацрт одлуке и даје своје мишљење Надзорном одбору и Управном савету.¹⁴ Надзорни одбор након необавезујућег мишљења Панела за медијацију доставља нацрт одлуке Управном савету.

4.4. Однос Управног савета и Надзорног одбора

Раздвајање Надзорног одбора и Управног савета у практичном смислу се остварује кроз деликатан однос снага између њих. Принцип раздвајања монетарне од надзорне функције огледа се у процесу доношења одлука. Надзорном одбору је поверено планирање и спровођење послова надзора. Његови послови су углавном техничке природе и састоје се у спровођењу истрага и предлагању надзорних одлука. Коначна одговорност за одлуке дата је Управном савету. Да би се ово овлашћење поверило Надзорном одбору, била би потребна измена Уговора о функционисању Европске Уније (*Boccuzzi, 2016: 38*).

Управни савет је надлежан за доношење коначне одлуке поступком прећутне сагласности. У случају да Управни савет уложи примедбе, потребно је да своје разлоге наведе у писаној форми, посебно осврћући се на питања из домена монетарне политике. Равнотежа се постиже тиме што Управни савет није овлашћен да улази у меритум предлога и да се евентуална неслагања могу вратити на одлучивање групи стручњака за медијацију (*Boccuzzi, 2016: 38*). Нацрт одлуке Надзорног одбора је коначан уколико се Управни савет не успротиви у року који не прелази десет радних дана. У ванредним околностима рок за противљење одлуци Надзорног одбора не може бити дужи од 48 сати.

Управни савет ЕЦБ поред задатака из домена монетарне политике има одређена овлашћења везана за надзорне задатке. Одвајање надзорних задатака и задатака монетарне политике појачано је Пословником Европске централне банке.¹⁵ Управни савет доноси смер-

¹⁴ Члан 10. Уредбе 673/2014.

¹⁵ Decision of the European Central Bank of 19 February 2004 adopting the Rules of Procedure of the European Central Bank (ECB/2004/2) (2004/257/EC).

нице, упутства и одлуке које се односе на надзорне задатке.¹⁶ Посебна пажња је посвећена организацији Управног савета у односу на надзорне задатке. Састанци Управног савета који се односе на надзорне задатке, организују се одвојено од редовних састанака. Када се Управни савет састаје ради надзорних задатака, Надзорни одбор упућује предлог Извршном одбору ради састављања дневног реда. Члан 13.М Пословника одређује да председник Европске централне банке након консултација са председником Надзорног одбора, именује једног од чланова Европске централне банке као секретара Надзорног одбора и Управног одбора. Секретар Надзорног одбора сарађује са секретаром Управног савета када се ради о припреми седница Управног савета које се односе на надзорне задатке.

С обзиром да се монетарна и надзорна функција обавља под истим кровом, Европска централна банка може да формира заједничке службе које пружају подршку организацијским секторима који обављају задатке из домена монетарне политике, као и секторима који обављају задатке из домена надзора. Могућност за заједничку службу је дата из разлога економичности и ефикасности, како се одређене логистичке функције не би дуплирале.¹⁷

5. Закључак

Значајно деловање на пољу права Европске централне банке представља успостављање прва два стуба банкарске уније. Јединственим надзорним механизмом, Европска централна банка, као савремена, независна и пре свега монетарна институција, добила је надзорна овлашћења и постала супервизор кредитних институција на подручју еврозоне. Обављање монетарних и надзорних функција од стране исте институције, потенцира ризике који доводе у сумњу способност сваке централне банке, па и Европске централне банке, да подједнако ефикасно обавља обе функције.

Поверавање надзорних овлашћења Европској централној банци, проузроковало је изазове у институционалном и организационом смислу. Основна забринутост се тиче доследности у спровођењу оног што је главни задатак Европске централне банке, као врховне монетарне институције у Европској монетарној унији, а то је одржавање стабилности цена. Законодавци Европске уније су били свесни овог проблема,

¹⁶Члан 17. Пословника ЕЦБ.

¹⁷Члан 3. став 4. Одлуке (ESB/2014/39).

тако да су приликом успостављања Јединственог надзорног механизма, предвидели институционалне и организационе механизме којим су желели да обезбеде непроменљивост примарног циља и очувају принцип раздвајања монетарних од надзорних функција.

Уредбом о Јединственом надзорном механизма истиче се раздвајање монетарних од надзорних функција. То је врста заштите како би се избегли конфликти који би негативно утицали на Европску централну банку. Наиме, поверавањем надзорних функција Европска централна банка је постала изложена новим ризицима, који у крајњем случају могу утицати на њену независност и кредибилитет.

Свакако да су творци банкарске уније и Јединственог надзорног механизма имали у виду да обављање монетарне и надзорне функције од стране Европске централне банке позитивно и корисно. Иако имају различите циљеве, функције монетарне политике и надзорне функције се подударaju у одређеним сегментима. И једна и друга су усмерене на стабилност финансијског система. Циљ и једне и друге функције је систем који ће бити отпоран на ризике и неизвесности. Повезаност стручњака који у оквиру исте институције обављају монетарну и надзорну функцију може бити пресудна за ефикасну монетарну политику и банкарску супервизију.

Закључно, ефикасно обављање монетарних и надзорних функција под окриљем исте институције подразумева поштовање принципа раздвојености ових функција. У Европској монетарној унији су успостављени механизми који штите овај принцип. С обзиром да из монетарних и надзорних задатака произилазе функције различитог обима и различите примене, ово питање је увек актуелно и подразумева стално проучавање и праћење.

Литература

Wocuzzo, G. (2016), *The European banking union : supervision and resolution*, Palgrave Macmillan studies in banking and financial institutions;

Дабих, Д., Гајић, Б. (2020), „Европска банкарска унија као део поткризног система управљања економском и монетарном унијом“, *Европско законодавство*, бр. 73-74(2020), стр. 73-98;

Димитријевић, М. (2023), *Право Европске централне банке*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш: Центар за публикације;

Димитријевић, М., (2018), *Институције међународног монетарног права*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш: Центар за публикације;

Димитријевић, М. (2016), „Банкарска унија: Правни домаћај јединственог надзорног механизма и јединственог санационог механизма“, *Правни живот* 11/2016, 473-486;

ЕЦБ/ European Central Bank (20224). Administrative Board of Review, <https://www.bankingsupervision.europa.eu/organisation/whoiswho/administrativeboardofreview/html/index.en.html>

Głuch,D., Škovranová, L., Stenström, M. (2013) *Central Bank Involvement In Macro-Prudential Oversight*, European Central Bank;

Goodhart, C A E. (2010) The changing role of central banks,*BIS Working Papers* No 326, 1-23;

Gortsos, V. C. (2020), *European Central Banking Law The Role of the European Central Bank and National Central Banks under European Law*, Palgrave Macmillan Studies in Banking and Financial Institutions;

Голубовић, С. (2007). *Европска монетарна унија-институционални аспекти*. Ниш : Правни факултет Универзитета у Нишу;

Ioannidou, V. (2012), *Banking Union for Europe Risks and Challenges, A first step towards a banking union*, London: Centre for Economic Policy Research;

Обрадовић, К. (2016), *Институционални оквир финансијске супервизије у Европској унији*, докторска дисертација, Београд:Правни факултетУниверзитета у Београду;

Smits Rene, (1997) *The European Central Bank: Institutional Aspects*, Kluwer Law International, The Hague, London & Boston;

Прописи

Council Regulation (EU) No 1024/2013 of 15 October 2013 conferring specific tasks on the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions, *Official Journal of the European Union*, L 287, 29.10.2013, p.63-89;

Decision of the European Central Bank of 19 February 2004 adopting the Rules of Procedure of the European Central Bank (ECB/2004/2) (2004/257/EC);

Decision of the European Central Bank of 14 April 2014 concerning the establishment of an Administrative Board of Review and its Operating Rules (ECB/2014/16) (2014/360/EU);

Decision of the European Central Bank of 6 February 2014 on the appointment of representatives of the European Central Bank to the Supervisory Board (ECB/2014/4) OJ L 196, 3.7.2014, p. 38–39;

Decision of the European Central Bank of 17 September 2014 on the implementation of separation between the monetary policy and supervision functions of the European Central Bank, L 300/57, 18.10.2014.;

Protokol on the Statute of the European system of central banks and of the European Central Bank, OJ C 191, 1992;

Regulation (EU) No 673/2014 of the European Central Bank of 2 June 2014 concerning the establishment of a Mediation Panel and its Rules of Procedure (ECB/2014/26) OJ L 179, 19.6.2014, p. 72–76;

Rules of procedure of the Supervisory Board of the European Central Bank, OJ L 182, 21.6.2014, p. 56–60;

Treaty on European Union (Treaty on Maastricht) of 7.2.1992. OJ C 191 of 29.7.1992;

Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union (Treaty of Lisbon) OJ C 306, 17.12. 2007.

Milica Ilić, LL.M.,

PhD Student,

Faculty of Law, University of Niš

ON THE SEPARATION OF MONETARY AND SUPERVISORY FUNCTIONS OF THE EUROPEAN CENTRAL BANK

Summary

The performance of monetary and supervisory functions by the same institution entails risks that cast doubt on the ability of each central bank, including the European Central Bank, to perform both functions with equal efficiency. The Single Supervisory Mechanism (SSM) gives the European Central Bank, as a modern and independent monetary institution, certain supervisory powers over the credit institutions in the Eurozone. The aim of this paper is to examine the application of the principle of separation of the ECB monetary policy tasks and its supervisory tasks, as well as the organizational solutions applied to demarcate them.

The Regulation on the Single Supervisory Mechanism (SSM) stipulates that the monetary and supervisory functions are performed separately. It is a kind of protection to avoid conflicts that would negatively affect the European Central Bank. Namely, by entrusting the European Central Bank with supervisory functions, it has become exposed to new risks, which may ultimately affect its independence and credibility. In order to ensure the principle of separation of monetary and supervisory functions, all aspects pertaining to the independence of the European Central Bank in terms of its monetary functions also refer to its special supervisory functions. The Regulation on the Single Supervisory Mechanism guarantees operational independence, personal independence, institutional independence and financial independence. Special rules refer to the responsibility of the European Central Bank in performing monetary and supervisory tasks. In order to delimit these functions, the European Central Bank submits special reports to the European Parliament and the Council on the tasks entrusted to the European System of Central Banks and the tasks entrusted to the ECB by the Single Supervisory Mechanism.

The Treaty on the Functioning of the European Union, including the Protocol on the Statute of the European System of Central Banks as its integral part, established three decision-making bodies: the Administrative Council, the Executive Board, and the General Council. The organizational structure was changed for the purpose of performing supervisory tasks in an appropriate manner, in accordance with the principle of separation of functions. When the Single Supervisory

Mechanism was introduced, new bodies were added: the Supervisory Board, the Administrative Board, and the Mediation Panel.

The creators of the banking union and the Single Supervisory Mechanism certainly had in mind that the performance of monetary and supervisory functions by the European Central Bank is positive and useful. Although they have different objectives, the monetary policy tasks and supervisory tasks overlap in certain segments. They are both aimed at ensuring the stability of the financial system. The goal of both functions is to establish a system that will be resistant to risks and uncertainties. Effective performance of monetary and supervisory functions under the auspices of the same institution implies respect for the principle of separation of these functions. Mechanisms that protect this principle have been established in the European Monetary Union. However, considering that monetary and supervisory tasks give rise to functions of different scope and application, this question is always current and implies constant study and monitoring.

Keywords: *European Central Bank, Single Supervisory Mechanism, Banking Union, Supervisory Board of the European Central Bank, European Monetary Union.*

II
НАУЧНА КРИТИКА И
ПРАВНА ПОЛИТИКА

ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА И ВЛАСТИ

Апстракт: У раду су изложени проблеми дефинисања процеса материјализовања права од правне мисли до правне последице са освртом на делове овог процеса у којем је најпродуктивније извршити злоупотребу права. Поред овога, говори се о подели злоупотребе права на злоупотребу материјалног права, злоупотребу процесног права и злоупотребу власти. Такође, везано за сваки вид злоупотребе права укратно су наведени примери из којих се јасно виде сличности и разлике наведених злоупотреба права. Поред стриктно правних разматрања, наведена су и разматрања злоупотребе права у политичке или идеолошке сврхе.

Кључне речи: злоупотреба права, злоупотреба материјалног права, злоупотреба процесног права, злоупотреба власти, политизација права.

1. Уводна разматрања

Приликом дефинисања злоупотребе права, напре морамо поћи од чињенице да је право мисаона категорија и да њеној реализацији у материјалном свету претходи процес трансформације од мисли до промене понашања. Будући да је овај процес сложен и недовољно истражен, фокус овог рада ће бити на факторима који мотовишу лице да примени одређено право, било у своју корист, у туђу корист или на штету неког другог лица. Свако правило понашања покушава да изврши унапред одређену промену у друштвеним односима одређених лица. Правна норма поседује једну специфичност коју њу јасно дели од

¹ advbojanblagojevic@gmail.com, ORCID: 0009-0008-7078-1099

других правила понашања, а то је њена јасна прописаност пре потребе за коришћењем и спровођењем.

Међутим, правна норма у свом настајању покушава да изврши промену у друштву (последичу), а сама себи никада није циљ. Поред настојања државе да примењује право, примена права у великој мери зависи и од понашања појединаца. Наиме, спровођење правних норми против којих је већина корисника тих норми изискује велика финансијска средства, па се држава ретко одлучује на овакво поступање. Насупрот томе, држава настоји да прописане норме буду наставак у односу на природно понашање људи и на навике лица на одређеном подручју на којем се норма примењује.

1.1. Конструкција правне норме и мотивисаност лица да је користи

По својој конструкцији норма се састоји из хипотезе, диспозитиције и санкције.

Хипотеза, или услов или претпоставка, зове се тако што одређује догађај који још није ту, који се предвиђа као могућ, који је чак можда вероватан или нормалан, или и неизбежан, али који тек треба да се деси. То што се предвиђа тек треба да се оствари, да би тек онда за субјекта наступила обавеза да поступа по диспозитицији, тј. обавези да се понаша на одређени начин.

Јасно је, дакле, да безусловне норме, било опште било појединачне, немају хипотезу, пошто хипотеза и није ништа друго до описивање услова који треба да наступе да би се норма применила. Уколико су пак те чињенице већ наступиле, оне се такође описују у норми (или, најчешће, именују), али не чине хипотезу него саставни део саме диспозитиције (по правилу оне одређују прецизно субјекта који је дужан дасе по норми понаша). (Лукић, 1995:178-180). У хипотези је садржана воља законодавца, међутим, будући да тај део правне норма није увек одређен, а често се не може јасно сагледати, долази до различитог тумачења правне норме у зависности од интереса лица који га тумачи.

Први ниво на коме можемо видети мотивисаност лица за примену права јесте основ правне норме. Под основном правне норме се сматра унапред одређен оквир који се користи за довођење до тачно одређене промене у правном систему. Основ код свих правила понашања има исти јасно видљив, остварив и непромењив разлог због кога та норма постоји и шта се њеном применом треба постићи.

Основ овде испуњава функцију друштвене заштите, јер се помоћу њега штите друштвени интереси који постоје поводом одређених друштвених вредности (моралних, друштвено-економских, друштвено-политичких, правних, материјалних и сл) а који у правном промету могу бити индивидуалном вољом повређени. (Петровић, Стојановић, 1980:242). Пример основа правне норме можемо наћи у латиској изреци „*do ut des*“ у којој се разлог давања види у противчинидби поводом тог давања. У свакој трансакцији који захтева противчинидбу разлог поступања по праву (закључење уговора) се јасно огледа у користи коју свака страна треба да стекне. Ово је мотивациони фактор који настоји да примени право и да одређена добра пређу из имовине једног лица у имовину другог и обратно.

Поред јасно видљивог и непромењивог основа, постоји и други ниво мотивације лица за вршење права, а то је циљ. Циљ понашања по правном правилу јесте субјективно познат разлог којим се тежи остварењу одређене последице која је правно дозвољена и која је интересу корисника права. Циљ представља лични, приватни интерес који се мења зависно од ситуације и лица који остварују, примењују или располажу неким правом. Преузети обавезу без циља не може се замислити у једном разумном акту. (Петровић, Стојановић, 1980:242).

Циљеви могу бити различити али једно им заједничко, а то је да они имају велику вероватноћу остварења, али нису загарантовани, контрола за остварење циља се налази у лицу које користи право и уско је повезана са личним интересима корисника права. Због ових карактеристика је тешка за откривање, будући да је подложна променама и у сред настајања последице, али и након њеног настанка. Циљ закључења уговора о поклону, није јасно видљив, он може да остане непознат ширем аудиторijuму, чак лице које поклања није у обавези да га наведе, нити образложи са којим циљем се одређена ствар поклања. Код примера уговора о поклону стана, циљ може бити да поклонопримцу буде решено стамбено питање, може бити исплата одређеног претходног или накнадног дуговања, може бити добијање наклоности одређене особе, може бити и избегавање пореза... Будући да сваки уговор о поклону стана нема исти циљ, а његово откривање је отежано, овде се оствара плодно тле за злоупотребу права.

Следећи стадијум мотивације за примену права јесте мотив. Мотив јесте жеља лица који примењује право да настане одређена последица у материјалном свету која не зависи директно од њега, већ је више последица примене права и њена вероватноћа настанка није велика.

Мотив карактерише чињеница да је он познат искључиво лицу које примењује право, да се последица не односи на то лице директно и да лице које предузима радњу није у контроли да ли ће последица из мотива настати.

Пример мотива код уговора о поклону стана може бити да се прикрије порекло имовине или да се отежа провере правоваљаности начина стицања наведеног стана (стечен преварном радњом или нелегалним финансијским средствима). Будући да ова последица не може бити у контроли поклонодавца (будући да за откривање порекла имовине се не одлучује у поступку закључења уговора, већ искључиво у пореском и инспекцијом поступку) исти не може гарантовати њено настајање, већ се искључиво надати и желети њено остварење.

1.2. Дефинисање сродних појмова

Сагледавајући појавну проблематику овог предмета, долазимо до закључка да поред честе пометње у коришћењу појмова, не постоји јасно разграничење, шта се под одређеним појмом подразумева и на основу тога долази до још веће забуне код већ компликованог појма.

Најпре налазимо да код појма „Злоупотребе права“ као услови или карактеристике се појављују: 1. Основ; 2. Циљ; 3. Мотив; 4. Побуде. У наставку ћемо покушати да разграничимо наведене појмове.

Најпре постоји основ права који је одређен правним правилом и који је прописани правни пут ради добијања одређене последице. Уколико неко жели да оствари право које му је признато, најпре то доказује тиме што је у одређеном правном пропису наведено да лице које се нађе у одређеној ситуацији има могућност да оствари одређено право. Правни оквир који држава прописује за решавање одређеног друштвеног проблема јесте основ права. Најчешћи глагол којим се наводи овакво правило понашања је „мора“ или је „дужан“. Суд је дужан да спречи и казни сваку злоупотребу права које имају странке у поступку.²

Након овога долазимо и до појмова који лицу дају мотивацију за коришћење његовог права, а то су у овом случају циљ, мотив и побуде.

Разлика између циља и мотива се огледа у могућности остварења последице. Наиме, код остварења циља, последица у највећем делу зависи од понашања лица које остварује право, док код остарења

²Чл. 9 Закона о парничном поступку (“Службени гласник РС”, бр. 72/2011, 49/2013 - одлука УС, 74/2013 - одлука УС, 55/2014, 87/2018, 18/2020 и 10/2023 - др. Закон).

мотива, последица у највећем делу зависи од понашања неког другог лица или органа. Наиме, циљ закључења уговора о поклону стана може бити решавање стамбеног питања поклонопримца, али ће намера да буде избегнут порез на пренос апсолутних права представљати мотив, будући да одлука о порезу на пренос апсолутних права не представља радњу поклонодаваца, већ радњу пореске управе, на коју поклонодавац не може директно да утиче, већ се нада да ће закључењем ове врсте уговора да се ослободи обавезе плаћања пореза.

Постоји и разлика између мотива и побуде, а то је више идеолошке или политичке природе. Побуда би била начин злоупотребе права од стране судије, који искључиво настоји да смањи трошкове поступка ради заштите и одржања ликвидности буџета Ребулике Србије, а не ради правног решавања проблема странака у поступку. Овде се види да за разлику од мотива који је праћен личним интересом, код побуде доминира идеолошки или политички интерес.

Наводимо и случај где се мотив рачуна као саставни део основа за закључење уговора који облажен у одлуци Врховног суда Србије који у образложењу наводи: „према утврђеном чињеничном стању, тужилац је поклатио ћерки спорни стан и за тужену истовремено уговорио право доживотног плодоуживања стана и забрану отуђења да би је обезбедио док њихова заједница траје, али је након тога брак тужиоца разведен и заједница живота престала. При таквим околностима судови су правилно поступили када су уважили тужбени захтев за поништај уговора о поклону. Спорно доживотно плодоуживање, са забраном отуђења спорног стана, тужена је стекла као тужиочев поклон учињен у намери њеног обезбеђења за време трајања њихове заједнице живота. Како је њихова заједница живота, независно чијом кривицом, престала, то је тужиочев мотив да учини спорни поклон отпао. С обзиром да код добротиних уговора, мотив за њихово закључење улази у њихов основ, то отпадањем мотива уговор о поклону остаје без основа. Тиме он постаје ништавим у смислу члана 52. 300, а тужилац као поклонодавац стиче право да на основу члана 210. став 2. 300 тражи опозив поклона, па је такав његов захтев одлукама нижестепених судова законито уважен.³ Наведена пресуда је доказ да постоји потреба за бољим дефинисањем поступка који се одвија између мисаоне воље, радње, правног пута и правне последице која се манифестује у свету.

³Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 5326/99 од 17. 11. 1999.године.

1.3. Граница испитивања злоупотребе права

Злоупотреба права се такође мора заштити од злоупотребе „злоупотребе права“, односно злоупотреби права се требају дати одређена ограничења како она не би постала пандан сама себи. Граница испитивања злоупотребе права би морала бити правна сигурност, као и очекивани исход поступка.

2. Злоупотреба материјалног права

Злоупотреба материјалног права представља вршење субјективног права лица са последицом која је законом прописана али где законодавац није имао намеру да за то лице таква последица настане. Врло честа појава у Србији је промена адреса пребивалишта, ради остварења одређених права које прописује локална самоуправа или коришћењем права гласа на локалним изборима. Овакве појаве имају за циљ да један од услова за остварење права остваре формално, али не и суштински, те самим тим – настојећи да правни систем доведу у заблуду – искористе одређено законом прописано право.

Законом овакво понашање није увек забрањено, већ је остављена могућност доказивања оваквог „злонамерног“ понашања, што није ефикасно решење проблема. Врло често је „оштећени“ оваквом злоупотребом права управо буџет Републике Србије, којег нико не заступа, нити брани. Међутим, оваквих злоупотреба права има и у ситуацијама у привреди, поготово код закључења уговора по приступу, где слабија стране не може да утиче на услове уговора или правила пословања јаче стране (банака, телевизијских и интернет провајдера итд.)

Пример злоупотребе овакве врсте јесте прописивање од стране банака накнаде за обраду кредита у процентуалном износу, за коју накнаду је од стране судова у парничном поступку доказано да је реални трошак обраде кредита био увек у фиксном износу те да је овај начин прописивања накнаде за обраду кредита у процентуалном износу само лажно представљан део камате кроз институт трошкова обраде.

Једна занимљивост код злоупотребе материјалног права јесте та да је оно кратког века гледано из угла историје. Наиме, код злоупотребе материјалног права (као и код других злоупотреба) јавља се појава похлепе, где након остварења циља злоупотребом материјалног права лице није задовољно тиме што је „изиграло“ правни систем, већ настоји да то понашање понавља, па чак и да прошири информације о могућности решавања одређеног правног проблема на „алтернативни начин“.

Међутим, након великог броја понављања злоупотребе, правни систем на одређени начин увиди да има доста случајева који се решавају на начин који је супротан циљу закона и врло брзо се правна правила везана за ту област промене и адаптирају наведеној правној ситуацији.

3. Злоупотреба процесног права

Злоупотреба процесног права подразумева да се прописана правила поступка не примењују с циљем доношења мериторне одлуке у складу са законом (што је циљ сваког поступка), већ се овде ради о коришћењу процесних правила поступка с циљем да лице не оствари неко право или на праву засновани интерес.

Ових примера је прегршт, а ми ћемо у продужетку навести оне који се најчешће јављају у правној стварности. Наиме, најчешћи пример злоупотребе процесних овлашћења јесте неподношење предлога за експропријацију непокрености од стране корисника експропријације (који је најчешће општина или предузеће са већинским власништвом државе). Разлог овог понашања је једноставан. Корисник експропријације противправно уђе у посед непокретности и почне са извођењем радова ради изградње постројења за које је утврђен јавни интерес, али будући да није покренут поступак експропријације, исти нема никакву обавезу да власнику непокрености исплати било какву накнаду. Законом је јасно прописано да предлог за експропријацију може поднети искључиво Влада РС или корисник експропријације, али то никако не може урадити власник непокретности која се експроприше. На овај начин злоупотребом процесних овлашћења се причињава велика штета власницима непокрености кроз које су прошли путеви, пруге, далеководи или гасоводи.

Још један пример злоупотребе процесних овлашћења огледа се у честим одлукама Управног суда Републике Србије, који на све начине покушава да не одлучује у предметима који не представљају управну ствар сходно члану 5., као и члану 3. ст. 4 ЗУС-а. Наиме, током масовних тужби против банака ради повраћаја трошкова обраде кредита, поднет је захтев банци ради достављања копије уговора о кредиту. Банка је писмом клијента обавестила да не може издати копију уговора о кредиту: ... „Изузетно, уколико сте остали без Вашег примерка уговора услед више силе (пожара, поплаве, земљотреса итд.), потребно је да Банци доставите доказе о наступању наведених околности (записник или извештај државних органа, записник ликвидатора штете друштва за осигурање,

итд), у ком случају ће Вам Банка издати копију уговора“. Након овог дописа лице доставља Уверење МУП-а којим се потврђује да је дошло до пожара на адреси где наведено лице станује. Банка на то одговара да је увидом у евиденцију утврдила да „предметна документација није пронађена, те Банка исту није у могућности да достави“.

Против оваквог одговора лице изјављује притужбу Народној банци Србије и наводи да „сваки се уговор сваког клијента мора чувати пет година након исплате кредита, сходно члану 28.ст. 7 Закона о рачуноводству“ У притужби је наведено и да „...је крајње неетичко понашање Банке, да обећа клијенту да уколико је изгубило документацију услед више силе, и томе достави доказ, да ће му документацију уступити, а када клијент достави доказ, онда се прави као да документација не постоји“. Постављало се и питање да ли клијент може да предстане са исплатом кредита будући да банка нема доказ да је са њим закључила уговор о истом.

Протеком неколико месеци, Народна банка Србије (НБС) доставља обавештење у којем одбија захтев лица по притужби, а своју злоупотребу образлаже на следећи начин: „Дакле, неспорно је право корисника на информисање, односно обавештење, али је неопходно да имамо у виду да, поред давалаца финансијских услуга, и корисници финансијских услуга имају обавезу да се у остваривањау својих права и извршавању својих обавеза понашају у складу са начелом савесности и поштења, да уговорну документацију коју им је банка већ једном доставила чувају бар са степеном обичне пажње, ако не са пажњом доброг домаћина, као и да се уздрже од вршења права противно циљу због којег је то право установљено“.

Поражавајућа је чињеница да НБС образлаже да је обавеза клијента (који је документацију изгубио у несрећеном случају) да документацију чува бар са степеном обичне пажње, што говори о томе да НБС у овом предмету није било битно да ли лице има право на копију уговора, већ искључиво да се овом лицу онемогући добијање копије уговора о кредиту, а све да исто не би покренуло парнични поступак ради утврђења да ли су њему незаконито наплаћени трошкови обраде кредита.

Против овог обавештења поднета је управна тужба и покренут управни спор, али је спор окончан одбацивањем тужбе, будући да се не ради о акту о чијој се законитости одлучује у управном спору, јер се тим обавештењем не одлучује о неком праву, обавези или на закону заснованом интересу подносиоца притужбе, те оспорени акт, чији се поништај

тужбом тражи... нема карактер управног акта чији се поништај може тражити у управном спору, што представља класичан пример „не мешања у сопствену надлежност“.

4. Злоупотреба власти

За разлику од злоупотреба материјалног или процесног права, где постоје јасне разлике на који начин и у којој фази поступка се право злоупотребљава, код злоупотребе власти није баш јасно одређено када се и на који начин се право злоупотребљава. Због овога злоупотребу власти карактерише да се она може једино извршити са позиције власти, односно да је такву злоупотребу много тешко или готово немогуће контролисати, што ће се и видети из примера у даљем тексту.

Злоупотреба власти јесте феномен нашироко присутан у свету и свуда кривичноправно санкционисан и посредно и непосредно. Наиме, у нашем кривичном законодавству постоје два кривична дела која непосредно санкционишу злоупотребу власти, овде говоримо о Злоупотреби службеног положаја из члана 359. КЗ-а и Кршењу закона од стране судије, јавног тужиоца и његовог заменика из члана 360. КЗ-а⁴.

Јасно се види да су ова два кривична дела прописана са намером да се врши превенција или санкционише службено лице, односно судија или јавни тужилац који настоји да искористи своју „власт“ како би себи или неком другом прибавио корист или другом нанео штету. У бићу кривичних дела јасно се наводи да се дело врши искоришћавањем положаја или овлашћења, односно прекорачењем овлашћења и невршењем дужности, односно доношењем незаконитог акта, када су у питању судија или јавни тужилац.

Могућност злоупотребе права како би се постигао другачији циљ у односу на онај који је законодавац имао на уму јесте широко распрострањена и разнолика. Међутим, у овој разноликости можемо приметити да се злоупотреба власти јавља у три најчешћа облика, а то је злоупотреба власти *infra legem* (злоупотреба „у складу“ са законом), злоупотреба власти *preator legem* (злоупотреба тумачења закона) и злоупотреба власти *contra legem* (злоупотреба права која је у супротности са законом).

Када говоримо о злоупотреби власти *infra legem* можемо рећи да је ово једна од најчешћих облика злоупотребе власти и ту имамо велики број примера од којих ћемо поменути само неколико.

⁴Кривични законик („Службени 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).

Већ изложен пример је био о искључивом овлашћењу Владе Републике Србије или локалне самоуправе да покрену поступак експропријације непокретности, где будући да они имају интерес да не троше своја финансијска средства, ове поступке никада не покрећу.

Такође, поступање органа Министарства финансија у поступку инспекцијског надзора, у којем је утврђено да није издат фискални рачун у вредности од неколико стотина динара, где је Република Србија оштећена за порез од неколико десетина динара, се примењује драконска казна затварања локала на 15, односно 90 дана (зависно да ли је први пут или је други и сваки следећи). Наиме, Република Србија затварањем локала на временски период од пола месеца је изгубила порез на додатну вредност у износу много већем од неколико десетина динара, те самим тим злоупотреба власти је противна начелу сразмерности из члана 6. ЗУП-а, а све у намери да би се ширио страх од инспекцијског надзора, а не да би привреда Србије функционисала боље.

Злоупотреба власти *preator legem* се врши тако што ситуација која није правно регулисана или је двоструко правно регулисана се тумачи на начин који је најповољнији за вршиоца власти. Пример овог понашања је најпре „неславна“ норма члана 300.ЗИО, али и њено тумачење у пракси судова у Србији. Наиме, чланом 300. ЗИО⁵ је на дискриминаторан начин прописан двојаки парациони рок уколико је извршни дужник директни или индиректни корисник буџетских средстава. Пресудом којом је извршном дужнику (корисник буџетских средстава) наложено да добровољно исплати одређени износ у парационом року од 8 или 15 дана (зависи од износа накнаде) се даје додатни рок за испуњење обавезе у року од 30 дана од дана поношења обавештања о намери покретања извршног поступка. Врло је логично да уколико је одређено лице поднело тужбу за накнаду штете против корисника буџетских средстава, то лице намерава, уколико успе у поступку, да му се исплати штета, а не само да му се донесе пресуда. Што би онда значило да се наведено обавештење може поднети заједно са тужбом, будући да се у том тренутку јавила намера тужиоца да се везано за своје право наплати од корисника буџетских средстава.

Међутим, Виши суд у Београду у решењу ГЖИ број 2195/23 од 19.10.2023. године прописује другачију солуцију. Из обраложења наведеног решења: „Наведена извршна исправа је постала правноснажна дана

⁵Закон о извршењу и обезбеђењу („Службени гласник РС“, бр. 106/2015, 106/2016 - аутентично тумачење, 113/2017 - аутентично тумачење, 54/2019, 9/2020 - аутентично тумачење и 10/2023 - др. Закон).

16.05.2023.године, извршна 15.06.2023.године, а обавештење о намери подношења предлога за извршење Министарства финансија је поднето дана 12.06.2023.године. Дана 17.07.2023.године је јавном извршитељу поднет предлог за извршење на основу извршне исплате. Из наведеног произилази да је обавештење Министарства финансија поднето пре него што су се стекли услови за извршење из члана 41., 43. и 44. ЗИО и пре него што је уопште постојала могућност да се покрене извршни поступак. Стога није поступљеноу складу са чланаом 300.ст.5 ЗИО и није остављен рок од 30 дана за добровољно испуњење извршном дужнику од тренутка предаје обавештења Министарству финансија, јер то обавештење није учињено у складу са наведеном одредбама ЗИО“.⁶ Члан 300.ст.5 ЗИО гласи: „Извршни поверилац је дужан да о намери подношења предлога за извршење писменим путем обавести министарство надлежно за финансије најкасније 30 дана пре подношења предлога за извршење“.

Ово значи да је законом уређено питање да пре истека рока од 30 дана од дана обавештења министарства финансија не може се поднети предлог за извршење, али нигде није прописано после које радње се сме поднети обавештење министарству, нити како је оно повезано са парационим роком из пресуде. Поводом ове правне празнине, Виши суд у Београду тумачи закон да је у наведеном случају повреда настала тиме што је извршни поверилац поднео обавештење министарству три дана пре извршности наведене одлуке. Овде суд очигледно нема никаквих других намера осим да одуговлачи са исплатом наведеног дуга од стране корисника буџетских средстава. Наиме, из образложења не видимо када је пресуда донета, али видимо да је правноснажна 16.05.2023. године, а видимо да је због члана 300.ЗИО предлог за извршење поднет 17.07.2023.године, што значи да је протекло више од 2 месеца за поступање по пресуди и да извршни дужник то није учинио, али Виши суд у Београду штити таквог дужника због тога што је 12.06. (односно три дана пре извршности одлуке која је била 15.06.) послао обавештење.

Намера да се искључиво злоупотреби власт на штету извршног повериоца се јасно види. Уколико сматрамо да је намера Вишег суда била да се поштује правило од 30 дана од извршности (15.06.) до подношења предлога (17.07) онда би Виши суд потврдио наведено решење јавног извршитеља, будући да је у наведеном предмету од извршности до предлога за извршење протекао рок од 30 дана у ком периоду је министарство финансија била обавештено, због чега се јасно закључује да је

⁶ Решење Вишег суда у Београду, ГЖИ бр.2195/23 од 19.10.2023.године.

намера Вишег суда у Београду била искључиво да поништити овакав предлог без обзира на закон, искључиво како би се дао додатни рок кориснику буџетских средстава за добровољно испуњење обавезе, које се вероватно никада неће десити. На овај начин једини дужник против кога је веома отежано у складу са законом покренути извршни поступак јесте корисник буџетских средстава, који може да тражи додатни рок који је неколика пута дужи од парциционог рока који има сваки други дужник у Републици Србији. Овим је корисник буџетских средстава у драстично повољнијем положају у односу на све остале грађане, а поред тога, дуг према њему по основу исправа које корисник буџетских средстава издаје се могу наплатити у скраћеном извршном поступку, неретко и кршењем процедуре.

Долазимо и до крајњег начина злоупотребе власти, а то је злоупотреба власти кршењем закона (*contra legem*). Наиме, чланом 42 Закона о судским таксама је прописано: „Ако износ неплаћене таксе у једном предмету, по извршењу свих радњи, односно по правоснажности предмета не прелази износ најниже таксе која се плаћа за тужбу у парничном поступку, суд неће покретати поступак за принудну наплату таксе“. Будући да је најнижи износ таксе који се плаћа за тужбу у парничном поступку износи 1.900,00 динара, суд у овом случају није овлашћен да покрене поступак за принудну наплату таксе.

Међутим, Основни суд у Лесковцу, у поступку наплате судске таксе која је настала пред Основним судом у Лесковцу, донео је решење о извршењу ради наплате таксе у износу од 892,00 динара и то је образложио на следећи начин: „Судске таксе представљају врсту непореских јавних прихода, који су дефинисани Законом о буџетском систему као врста јавних прихода, који се наплаћују правним или физичким лицима за коришћење јавних добара-накнаде, пружање одређене јавне услуге-таксе, због кршења уговорних или законских одредби-пенали и казне, као и пригоди који се остваре употребом јавних средстава. Јавни приходи су сви приходи оставрени обавезним плаћањем пореских обвезника, правних и физичких лица, која користе одређено јавно добро или јавну услугу, као и сви други приходи које остварују корисници буџетских средстава, без обзира на њихов карактер, јесте важан посао за државу и према том послу се сви учесници морају пажљиво опходити“.⁷

На наведени начин суд користи Закон о буџетском систему, али не говори ни о једном члану појединачно, чиме покушава да створи

⁷ Решење о извршењу Основног суда у Лесковцу, ИИбр.957/2022 од 26.07.2024.године.

магловито тло за правно размишљање, чиме читалац не може да зна на тачно који члан или које начело се овакво образложење односи, чиме се не може јасно схватити правно мишљење наведеног суда. Такође, суд ни на који начин не образлаже због чега се у поступку није поштовала забрана из члана 42. Закона о судским таксама, који јасно говори да суд не може покренути поступак извршења за судске таксе које су мање од 1.900,00 динара. Због овога можемо закључити да је циљ оваквог поступања суда да се изигра законска одредба члана 42. Закона о судским таксама, будући да је њу донела скупштина и објављена је у Службеном Гласнику, те самим тим је део законодавства и мора се примењивати од стране свих грађана, а поготово од стране суда. На наведени начин (без икаквог помена) суд настоји да тему расправе помери са расправе да ли има законских овлашћења за покретање поступка принудне наплате предметне таксе или не, и пребацује на терен великог залагања за одржање финансиске стабилности буџетског система Србије.

Наведено поступање је класична злоупотреба власти (судске) ради остваривања „етичног“ циља на противзаконит начин и у поступку који је изричито законом забрањен.

Сматрамо да је правни систем изнад сваког појединца, а поготово појединца који је део власти, те самим тим су прописани и могући путеви на који начин би се покренула иницијатива за изменом чланом 42. Закона о судским таксама или било каквих других измена правног система. Овакве промене се једино могу урадити на месту и на начин који је предвиђен (у скупштинској процедури), а не самовлашћем појединца који има могућност да његова одлука остане без контроле. Овакво „коришћење“ права ради остваривања политичких одлука јесте за оштру критику, обзиром да је извршено од лица које има правничко образловање и разуме чему правни систем тежи и начин на који систем то постиже.

5. Политизација права

Проблем необразлагања одлука суда је вишеструка злоупотреба власти. Први циљ необразлагања одлуке је да се не може утврдити на основу ког разлога је тачно донета одлука, будући да није наведен, и тиме је направљена магловита ситуација, у којој ми претпостављамо разлог и тиме себе и друге доводимо у неизвесност. Међутим, прописана санкција на основу права на жалбу из Закона о парничном поступку јесте добро осмишљења, а та санкција гласи да ће се одлука укинути

због тога што је неразумљива из ког разлога се не може испитати. Ми не би смо требали да нагађамо образложење, већ да га прецизно разумемо.

Власт злоупотребом жели да донесе политичку одлуку и оцени у ком правцу се норма треба применити, да ли у заштити приватног или јавног интереса, а да то није у надлежности власти која такву одлуку доноси. Наиме, политичку одлуку о заштити одређених друштвених појава или ситуација или помоћи одређеној категорији лица у држави увек доноси Скупштина као највиши државни орган и доноси је са јединственим циљем. Када одлуку овакве политичке природе, али у недозвољеном циљу, доноси судија појединац, примењујући процесна правила, очигледно је да се ради о злоупотреби права. Будући да је овде умишљај на највишем могућем нивоу, није ни чудно што се стално дешава, а никада не санкционише.

Наиме, одлуку да одреди накнаду нематеријалне штете због физичког бола који настао као последица уједа пса луталице има судија појединац, али му је та власт поверена у циљу одређивања правичне накнаде у складу са значајем повређеног добра и циљу коме служи та накнада, али и томе да се њоме не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом (члана 200. 300). Међутим, у овим случајевима судија појединац доноси одлуку искључиво са циљем заштите буџетских средстава, а правдајући то незавидном финансијском ситуацијом општине на чијој територији се је ујед десио, а све ово сврстава под „друштвеном сврхом накнаде нематеријалне штете“.

Овде морамо напоменути као очигледно да се накнада за нематеријалну штету не одређује у циљу заштите буџета, већ искључиво у циљу правичног задовољења потреба лица коме је нанета нематеријална штета. У овим случајевима се очигледно јавља злоупотреба власти која се огледа у чињеници да судија појединац у поступку одлучивања доноси одлуку да усвоји тужбени захтев због противправног поступања Општине (будући да дивљим и домаћим животињама није место на улицама насељеног места) а да у исту одлуку образлаже тиме да Општина нема могућности да исплати већу накнаду од наведене, због лошег финансијског стања буџета, при чему се не остварује превентивно дејство судске пресуде на тужену Општину, која ће се и убудуће наћи у оваквој ситуацији. Оваквим поступањем суда, не само да се није смањио број уједа паса луталица, већ је исти у протеклом периоду више пута увећан.

Ситуација у којој суд нанесе штету тужиоцу, тако што му не призна све трошкове које је он имао, будући да је тужени орган власти, чини

злоупотребу власти у политичке сврхе, будући да је једина намера приликом одлучивања заштита буџетских средстава РС. Међутим, сталном заштитом буџетских средстава, понашање тужених органа власти се не мења, будући да због његовог незаконитог понашања није настала последица (санкција), те нема индикација да ће до било какве промене доћи, као што до овог тренутка никаква промена се није десила, док у преко 50% парничних предмета у току календарске године Општина има позицију туженог.

6. Закључак

Како смо до сада приметили постоји јасна паралела између одређености појма и његове злоупотребе, што је право прецизније, то је мање могућности за његову злоупотребу, а чим постоји магловитост и нејасност, лакше се воља законодавца изврће, како би користила личном интересу примениоца права.

Радња коју лице предузме у правном оквиру који му омогућен од стране државе (основ), као резултат ће имати правну последицу. То је спољашња манифестација права, она има свој правни акт који гарантује одређену последицу, али радња лица која нема правни основ не може никада произвести правну последицу. Због тога се врши злоупотреба права.

Такође се лако може закључити, да је најчешћи разлог за злоупотребу права уствари коришћење моћи државе, која је поверена одређеном лицу за задовољење потреба које њему нити су омогућене, нити је он на задовољење тих потреба овлашћен. У сваком случају се ради о ситуацији која се прикрива да је по својој природи у складу са овлашћењем, а по последици супротна правном овлашћењу.

Из изложених примера јасно се може видети да није могуће постићи дефинитивну поделу на злоупотребу материјалног права, процесног права или власти, будући да лице које покушава да „присвоји“ право на начин који није предвиђен увек покушава да нађе нову могућност, али оно што је заједничко свакој злоупотреби јесте коришћење „моћног“ правног система у личну корист. Оваква могућност коришћења правног система у сопствену корист је историјски увек приписивана адвокатима, тиме што они знају или могу наћи „рупе у закону“, али се из рада јасно види да је оваква могућност још и више доступна лицима које поседује положај или одређена овлашћења.

Литература

Лукић, Р. (1995) Теорија државе и права I, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд;

Лукић, Р. (1995) Теорија државе и права II, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд;

Томић, З. (2012) Коментар Закона о управним споровима: са судском праксом, Београд: Службени гласник;

Томић, З. (2022) Коментар Закона о општем управном поступку: са судском праксом и регистром појмова, Београд: Службени гласник;

Сворцан, С. (2012) Коментар Закона о парничном поступку, Крагујевац: Институт за правне и друштвене науке;

Благојевић, Б. (2021) Legal protection against administrative silence, Ниш, Facta Universitatis, Series: Law and Politics, стр.151-162;

Перовић, С. Стојановић, Д. (1980) Коментар закона о облигационим односима, Крагујевац : Правни факултет;

Прописи

Закон о општем управном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 18/2016, 95/2018 - аутентично тумачење и 2/2023 - одлука УС

Закон о управним споровима, *Службени гласник РС*, бр. 111/2009

Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 - одлука УС, 74/2013 - одлука УС, 55/2014, 87/2018, 18/2020 и 10/2023 - др. закон

Закон о судским таксама, *Службени гласник РС*, бр. 28/94, 53/95, 16/97, 34/2001 - др. закон, 9/2002, 29/2004, 61/2005, 116/2008-др. закон, 31/2009, 101/2011, 93/2012, 93/2014, 106/2015 и 95/2018

Закон о облигационим односима, *Службени гласник РС*, бр. 29/78, 39/85, 45/89-одлука УС и 57/89, "Сл. лист СРЈ", бр. 31/93, "Сл. лист СЦГ", бр. 1/2003-Уставна повеља и "Сл. гласник РС", бр. 18/2020

Закон о извршењу и обавезбеђењу, *Службени гласник РС*, бр.106/2015, 106/2016-аутентично тумачење, 113/2017-аутентично тумачење, 54/2019, 9/2020-аутентично тумачење и 10/2023-др. закон

Кривични законик *Службени 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

Судска пракса

Виши суд у Београду у решењу ГЖИ број 2195/23

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 5326/99

Решење о извршењу Основног суда у Лесковцу ИИ бр.957/2022

Bojan Blagojević,
Attorney at law,
Bar Association Niš

ABUSE OF LAW AND POWER

Abstract

The paper presents the problems related to defining the process of the materialization of law, starting from the legal thought to legal consequences, with specific reference to the parts of this process where it is most productive to abuse the law. In addition, the author discusses the classification of abusive practices into: the abuse of substantive law, the abuse of procedural law and the abuse of power. The author provides examples on each type of abusive practices, which clearly demonstrate the similarities and differences between these forms of abuse of law. In addition to strictly legal considerations, the author also refers to the abuse of law for political or ideological purposes.

Keywords: *abuse of law, abuse of substantive law, abuse of procedural law, abuse of power, politicization of law.*

III
СЛОВО О ПОСЛЕНИЦИМА
ПРАВНЕ НАУКЕ

Др Милош Прица,¹
Ванредни професор,
Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 342.9:929 Popović S.
DOI: 10.5281/zenodo.14425789

Научна критика

Примљен: 11. 11. 2024.

Прихваћен: 25. 11. 2024.

ПРОФЕСОР СЛАВОЉУБ ПОПОВИЋ – ДЕЛАТНИК ВРЛИНЕ И АКАДЕМСКОГ ДОСТОЈАНСТВА²

Апстракт: У данашњој Србији на делу је криза универзитетског правничког образовања и правничких позива, што је последица моралне лењости и изражене непросвећености. Универзитетски професор права је позвање особе са осећањем моралних дужности, културним обрасцем, интелектуалном узвишеношћу и врлинама стављеним у службу јавног интереса и општег добра. Славољуб Поповић био је универзитетски професор усредсређен на развијање академске заједнице и просвећене академске свести. Научна заоставштина професора Славољуба Поповића садржи импозантан број библиографских јединица, што професора Поповића сврстава у ред најплоднијих посленика српске правне науке 20. века. Једнако је важна околност да је Славољуб Поповић међ својим колегама и студентима остао упамћен као универзитетски професор са академским духом и врлинама, при чему је на факултет гледао као на храм и позориште, следствено чему је у академском значењу ових појмова значајно допринео развоју Правног факултета Универзитета у Нишу као академске установе.

Кључне речи: Славољуб Поповић, универзитетски професор права, позвање, звање, врлина.

1. Увод

Како смо раније изложили (Прица, 2024: 193-208), избор животног позива може да буде израз личних жеља и амбиције, а исправно је да позив представља особито лично позвање које човек у себи открива.

¹ pricamilos@prafak.ni.ac.rs, ORCID: 0000-0002-2393-9091

² Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација, по Уговору евиденциони број 451-03-65/2024-03/200120 од 05.02.2024. године."

Питање личног позвања у односу на животне позиве има ирационалне основе и разумске критеријуме, при чему код појединих позива кључан значај има осећање моралних дужности, које човек у себи открива и развија.

Код позива опредељених снажним осећањем моралних дужности, на делу је идеја изразите посвећености, службе и жртве појединца. Испуњеност формалних услова за обављање одређених позива и функција по правилу се везује за одређене ступњеве стеченог формалног образовања и радног искуства, што по себи није довољно без осећања моралне дужности и врлина, који представљају услов ваљаног вршења позива и функција.

Универзитетски професор је позвање особе које произлази из моралних дужности, надахнутих истином, слободом и правдом, са културним обрасцем, интелектуалном узвишеношћу и врлинама стављеним у службу јавног интереса и општег добра.

У природи ствари је да универзитетски професор буде интелектуалац, при чему прилике данашње Србије белодано доказују да универзитетски професор није нужно и интелектуалац. Према нашем мишљењу, три су одређујуће одлике интелектуалца: 1) морални и културни интегритет, 2) ауторитет знања (продорних мисли) и 3) приврженост врлини, јавном интересу и општем добру. Према томе, статус интелектуалца не може се достићи само путем формалног образовања, већ преваходно на основу духовног усавршавања и интелектуалног сазревања, особито имајући у виду да ауторитет знања и лична просвећеност настају у следству духовног усавршавања и интелектуалног сазревања а не обрнуто! (Прица, 2023: 161-187; Прица, 2021: 130-147).

Универзитетски професор је дужан да се, осим формалног научног усавршавања, истовремено и морално, духовно и интелектуално усавршава. Универзитетски професор је дужан да буде моралан и да једнако поступа према свима, без афинитета и анимозитета, објективно и непристрасно. Премда би се по природи ствари имало очекивати да је универзитетски професор моралан, то нажалост не одговара универзитетским приликама данашње Србије. Универзитете у Србији запљускује снажан талас недопуштених приватних интереса, следствено чему није мали број универзитетских професора без моралног интегритета и очекиване посвећености врлини, јавном интересу и општем добру. Недостатак врлине и морална лењост универзитетских посленика велика су претња грађанском друштву и правној држави.

Позвање је универзитетског професора да буде научник и интелектуалац. Универзитетски професор у једној руци носи фењер, са настојањем да силином научнога знања (продорних мисли) осветли све оно што је тамно, као и да учини јавним све оно што је тајно, док би у другој руци универзитетски професор требало да носи барјак истине, слободе и правде, како би могао да буде чувар јавног интереса и општег добра академске заједнице и територијалне заједнице уопште. Према томе, посве је природно да универзитетски професор буде оличење врлине али и да буде заштитник врлине, што је услов за одистинску изградњу грађанског друштва и демократског друштва.

Правничко образовање стиче се на правним факултетима, што је пут који морају прећи припадници правничког сталежа. Правничком сталежу припадају бројни правосудни и правнички позиви. Без ваљаног обављања правничких позива не може бити правне државе, а правничких позива не може бити без узорних универзитетских професора права и правних факултета. У данашњој Србији на делу је криза универзитетског правничког образовања и правничких позива, што је последица моралне лењости и наглашене непросвећености.

У једној прилици, а поводом универзитетских прилика данашње Србије, професор Милан Петровић истиче: „Некада, до можда пре тридесет година, одбранама докторских дисертација присуствовало је пуно гледалиште. Данас више није тако; присутни су углавном рођаци докторанда и његове званице. Јер, одбрана докторске дисертације у највећем броју случајева није више научни и друштвени догађај; она је постала рутинска ствар; практично, академска звања може да стекне свако ко има довољно стрпљења и времена за то, такорећи, правнички формулисано: одржајем. Последица тога је инфлација универзитетских диплома и доктората наука, посебно захваљујући приватним универзитетима и факултетима, који једва да имају научни ниво некадашњих виших школа. Првобитно су универзитети били републике својих професора и студената. Наши данашњи приватни универзитети и факултети су колоније својих власника. Та инфлација незадрживо корача напред, како се некад говорило, у „бољу будућност“, јер инфлаторни професори и доктори производе нове и нове генерације својих слика и прилика. (Петровић, 2017: 159-163).

Славољуб Поповић био је универзитетски професор са академским духом и врлинама. Његово поступање било је прожето свешћу о важности служења академској заједници, чувању академског достојанства и развијању академске свести.

2. Животопис професора Славољуба Поповића

За потребе Фонда проф. др Славољуб Поповић, који је постојао при Правном факултету Универзитета у Нишу, Поповићев живот веома надахнуто описао је Милан Петровић, наш истакнути универзитетски професор и сарадник професора Поповића. Петровић вели: „Професор Поповић рођен је у Зајечару у учитељској породици, нижу гимназију завршио је у Књажевцу а вишу у Зајечару, где је због одличнога успеха био ослобођен матуре. Права је студирао на Правном факултету у Београду од 1931. до 1935. године. Дипломирао је са просечном оценом 9,31. Током студија био је награђен за три светосавска темата. Највећи утицај на њега оставили су професори Тома Живановић и Милан Бартош. Године 1936. био је примљен за приправника у Државни савет Краљевине Југославије, тадашњи врховни управни суд, где је, у ствари, почео да се припрема за каријеру научника и професора из области управе и управнога права. После ослобођења од Немаца, већ новембра 1944. ступа у службу у Министарству финансија у звању правног саветника. Ускоро, почетком 1946. године, преузео га је Савезни комитет за законодавство. У том надлештву усавршавао се и у изради правних прописа. По сопственом признању, био је спочетка одушевљен новом, револуционарном влашћу, али се у њу разочарао када је у потпуности открила своје право лице. Професор Поповић никада није био члан ниједне политичке странке. Докторирао је 1953. године с књигом “О управном спору”, но већ пре тога био је објавио две књиге из области правне науке. То је означило почетак једне изузетно плодотворне каријере научног аутора. ... На универзитет професор Поповић практично долази 1948. када је ангажован за хонорарног предавача Посебног дела Управног права на Правном факултету Универзитета у Београду. Тамо је остао док тај предмет није био укинут 1953. године. Био је такође ангажован за хонорарног професора на Вишој управној школи у Београду и у том се звању налазио до 1970. године, када је та школа због реорганизације школства била укинута. Од 1960. до 1966. године био је на Правном факултету у Приштини у својству хонорарног професора. Од 1966. до 1973. године био је хонорарни управник Центра за правна истраживања Института друштвених наука у Београду. Од 1974. до 1978. био је хонорарни професор на Факултету политичких наука у Београду – за предмете Управно право и Наука о управи. Но, универзитетску каријеру као основно занимање професор Поповић почеће да гради 1960. године када је изабран за ванредног професора Управног права на Правно-економском, доцније Правном факултету у Нишу, чиме уједно прекида и своју службу у савезној управи. Колики је углед професор Поповић

уживао у својој радној средини у Нишу, показују следеће чињенице: године 1964. бива изабран за редовног професора; у укупно четири мандата је декан Факултета; од 1960. до 1980. (када одлази у пензију) врши функцију шефа Катедре за политичке науке. Професор Поповић имао је више студијских боравака у европским земљама и у Сједињеним Америчким Државама. Учествовао је на 116 научних и стручних скупова у земљи, као и на 36 научних скупова у иностранству (било лично, било са посланим рефератом). Носилац је запажених домаћих и страних одликовања, поменимо само француски орден *“Palmes Académiques”*. Надаље, био је оснивач издавачког предузећа Савремена администрација у Београду, 1953. године. Био је члан пет угледних међународних организација које се углавном баве Јавном управом, упоредним законодавством и правом човекове средине.“ (Петровић, 2012)

3. Научно стваралаштво професора Поповића

Научна заоставштина професора Славољуба Поповића садржи велико мноштво библиографских јединица, што професора Поповића сврстава у ред најплоднијих посленика српске правне науке 20. века. Славољуб Поповић је своје импозантно научно дело највећма стварао под окриљем управног права, али је неизбрисив траг оставио и на другим научним пољима, међ које убрајамо еколошко право, правну информатику и уставно право.

„Објавио је преко педесет књига. Поред радова из правничке струке, написао је и један историјски роман и занимљиву кратку аутобиографију. Најзначајнији је, ипак, његов уџбеник *“Управно право. Општи део”*, који је доживео осамнаест издања и био у Совјетском Савезу 1968. преведен и на руски језик.“³ (Петровић, 2012).

Према нашим сазнањима, професор Поповић је први посленик српске јавноправне науке из чијег су пера настали радови еколошкоправне тематике. Завештао је пет монографија и око тридесет научних чланака на различите теме еколошког права, те је с тога његово дело на овоме пољу „пионирско“ и „утемељитељско“.⁴

³ Последње издање уџбеника објављено је 2011. године: Поповић, Петровић, Прица: 2011.

⁴ Према нашим сазнањима, први рад у области еколошког права, професор Поповић је објавио 1972. године. Види: С. Поповић, *Правни аспекти проблема загађивања вода (упоредно-правни аспект)*, Анали Правног факултета у Београду, јануар-јун 1972, стр. 473-488. Последњи свој рад професор Поповић објавио је 2006. године: С. Поповић, *Заштита ваздуха од загађивања – према одредбама међународних конвенција и одлука*

Осим Поповићевог научног дела, од значаја су и поједини видови професоровог делања, који са научним делом заокружују целину његовога залагања за афирмацију еколошког права у нас. Наиме, истражујући професорово научно дело, сазнали смо да је професор Поповић, са позиције декана Правног факултета у Нишу и управника Института за правна и друштвена истраживања при поменутом факултету, организовао научне скупове посвећене праву животне средине у нас. У том смислу индикативан је податак да је на иницијативу и под управом професора Поповића, у дане 13. и 14. новембра 1975. одржан први научни скуп у Србији у целини посвећен заштити животне средине.⁵

Друго, професор Поповић је био заговорник увођења еколошкога права у наставне програме правних факултета. О томе је писао седамдесетих година 20. века, када еколошко право, за разлику од садашње ситуације, није припадало наставним програмима правних факултета у земљи. Професор Поповић је настојао да еколошко право учини научно актуелним, тако да данас можемо рећи да је његово сагледавање значаја еколошког права у то време било визионарско. С тим у вези, Поповић је истицао: „Битна је чињеница да се услед постојања низа правних прописа о заштити појединих добара човекове средине, којих ће убудуће бити све више, ствара нова грана права, а самим тим настаје и потреба да та нова грана права уђе и у оквир наставних планова правних факултета. Једна грана правног система може настати онда, када из те области постоји довољан број општих правних норми које правно регулишу одређена питања из те области“. (Поповић, 1976: 30).

У погледу установљења еколошкога права као наставне дисциплине на правним факултетима, Поповић је своје виђење темељио на следећој аргументацији: „Чини се да је ипак целисходније да се уведе на правним факултетима нов предмет, нова правна дисциплина, право о заштити животне средине (или под називом „еколошко право“ односно

Европске уније, Архив за правне и друштвене науке, бр. 3-4/2006, стр. 1667-1677. Професор Поповић упокојио се августа 2006. године.

⁵ Зборник радова са поменутог научног скупа објављен је под називом: *Заштита животне средине, правни аспект*, Институт за правна и друштвена истраживања, Ниш, 1976, 197 страна. Касније ће бити објављени и други зборници радова посвећени питањима еколошког права: „*Заштита вода и ваздуха од загађивања (јавни аспект)*“, Београд, 1975, 324 страница; „*Заштита од буке са посебним освртом на право СР Србије*“, Ниш 1985. стр. 132; „*Основни проблеми у вези са заштитом вода од загађивања, са посебним освртом на СР Србију*“, Ниш, 1985. стр. 346; „*Неки проблеми у вези са заштитом ваздуха од загађивања, с посебним освртом на СР Србију*“, Ниш 1985, стр. 194; „*Заштита од буке у упоредном и југословенском праву*“, Београд 1989.

под називом „околинско право“). Ово предлагемо због тога што ће свакако, уколико се уведи нова правна дисциплина о заштити животне средине, моћи у оквиру те правне дисциплине да дође до изражаја у већем обиму излагање о појединим проблемима заштите животне средине, док уколико би се поједине правне норме о заштити животне средине укључиле у одговарајуће постојеће правне дисциплине, оне би могле само у малом обиму да буду заступљене у постојећим правним предметима односно правним дисциплинама, с обзиром да су постојеће правне дисциплине (управно право, грађанско право, међународно јавно право) већ сада врло обимне. С тога се залажемо за увођење на правним факултетима нове правне дисциплине о заштити животне средине. У вези са увођењем те нове правне дисциплине поставља се питање на којој години би требало ту правну дисциплину увести. Мишљења смо да би увођење те правне дисциплине требало да буде заступљено на четвртој години. Сем тога, свакако да би ову правну дисциплину требало увести и у наставу на магистарским студијама, с обзиром да та проблематика треба да буде нарочито шире проучавана од оних студената, који се поистовећују и специјализирају за поједине области. Тако, на пример, материја о заштити животне средине могла би да буде укључена у наставу на управном смеру магистарских студија, а исто тако на грађанскоправном смеру, а евентуално и на међународном смеру, уколико такав смер буде организован“. (Поповић, 1976: 33). Овде додајемо да је професор Поповић предлагао и посебно последипломско школовање стручњака за питања заштите животне средине. С тим у вези, истицао је да факултетски образовани стручњаци разних професија (инжењери, правници, економисти, лекари и други) треба да се специјализирају за проблеме заштите животне средине, с тим да као место школовања ове врсте стручњака буде Центар за мултидисциплинарне студије београдског Универзитета, где би студенти стицали знања у процесу тимског интердисциплинарног научног рада.

Поставља се питање, шта је мотивисало овог истакнутог професора управног права, да у фокус свог научног интересовања уврсти питања животне средине. Читајући радове професора Поповића, установили смо да је одлука о томе опредељена професоровом свешћу о проблемима са којима ће се све израженије суочавати човечанство. Наиме, у готово свим радовима професор Поповић истиче да нагли развој технологије и техничке цивилизације мења човеков однос према природи и природним оквирима живота, што човечанству, поред значајних користи, доноси и значајне негативне последице. Негативне последице очитују се у прекомерном искоришћавању појединих екомедијума, чиме се

осиромашује животна средина. Карактер биосфере бива нарушаван услед пораста броја становника на земљи и убрзаног развоја индустријализације и техничке цивилизације и неконтролисаног развоја савремене технологије, услед чега долази до загађивања човекове средине, које се манифестује нарочито у облику загађивања атмосфере, загађивања копнених вода, загађивања мора, нагомилавања чврстих отпадака, нагомилавања отровних материја у храни, појава буке, опасности од радиоактивних материја и др. (Поповић, 1979: 5-6).

Осим еколошког права, дело професора Поповића има утемељитељски карактер и у погледу правног разматрања примене информационих технологија у правном поретку. (Димитријевић, 2011: 21-28).

Осим управног права, еколошког права и правне информатике, научни радови професора Поповића посвећени су и основним питањима правне науке и правног поретка. Примера ради, кругу дотичних питања припадају општи правни акти, правна контрола, организација и делатност привредних организација, појам судског акта, јавно добро као правни појам, децентрализација власти (Лончар, 2011: 153-172; Вучетић, 2011: 174-183) и др.

4. Закључак

Професор Поповић био је истакнути професор управног права, а поврх тога био је први посленик српске јавноправне науке који је писао о питањима еколошког права и правне информатике. Настојао је да право животне средине и информационих технологија учини научно актуелним на српском правном подручју.

Српској правној науци завештао је импозантан број научних радова, а целокупну своју приватну библиотеку предао је Правном факултету Универзитету у Нишу. При Правном факултету Универзитета у Нишу постојао је и Фонд Проф. др Славољуб Поповић, као израз жеље професора Поповића да се средствима Фонда награђују млади и надарени писци радова на теме из области управног права и науке о управљању. Фонд је нажалост престао да постоји.

Био је декан Факултета у четири мандата. На факултет је гледао као на храм и позориште, следствено чему је у академском значењу ових појмова значајно допринео развоју Правног факултета Универзитета у Нишу као академске установе.

Знаковит став о личности Славољуба Поповића изрекао је професор Милан Петровић: „Личност и дело професора Поповића остали су забележени у срцима његових колега, студената и поштовалаца; посебно, његово дело оставило је трајан и светао траг у српској правној науци у раздобљу од краја Другог светског рата до данас. Јер, он никада није подлегао сиренским позивима идеологије, већ је закон тумачио објективно, на начин класичне егзегетске школе. Али можда баш зато његов научни допринос није био довољно позитивно валоризован у једном тоталитарном режиму.” (Петровић, 2012).

Академски пут овог делатника врлине и академског достојанства данас служи као светло у мраку моралног посрнућа српског друштва.

Литература

Вучетић, Дејан (2011). *Теоријско одређење децентрализације у делу Славољуба Поповића*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, тематски број посвећен Славољубу Поповићу, број 57, стр. 173-184;

Димитријевић, Предраг (2011). Допринос *Славољуба Поповића утемељењу правне кибернетике*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, тематски број посвећен Славољубу Поповићу, број 57, стр. 21-28;

Лончар, Зоран (2011). *Децентрализација власти у делима Славољуба Поповића*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, тематски број посвећен Славољубу Поповићу, број 57, стр. 153-172;

Лилић, Стеван (2011). *Еколошко право у делима Славољуба Поповића*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, тематски број посвећен Славољубу Поповићу, број 57, стр. 77-84;

Миловановић, Добросав (2011). *Визионарска мисао Славољуба Поповића о управним уговорима*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, тематски број посвећен Славољубу Поповићу, број 57, стр. 113-136;

Петровић, Милан (2012). Фонд проф. др Славољуб Поповић, <https://www.prafak.ni.ac.rs/studenti/fond-slavoljub-popovic.html>

Петровић, Милан (2017). Милош Н. Прица, Експропријација као правни институт, докторска дисертација, Ниш, 2016, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 77, стр. 159-163;

Прица, Милош (2011). *Еколошко право у делима Славољуба Поповића*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, тематски број посвећен Славољубу Поповићу, број 57, стр. 77-84;

Прица, Милош (2024). *Судија Ратко Видовић – оглед о судијском позиву*, Правни хоризонти број 6, Правни факултет Универзитета у Нишу, стр. 193-208;

Прица, Милош (2023). *Стеван Живадиновић – Ване Бор: свестрани уметник и заборављени правни мислилац*, Правни хоризонти број 6, Правни факултет Универзитета у Нишу, стр. 161-184;

Прица, Милош (2023). *Новица Краљевић – Правни мислилац и интелектуалац*, Правни хоризонти број 7, Правни факултет Универзитета у Нишу, стр. 235-249;

Рајс, Арчибалд (2020). *Чујте Срби*, Београд;

Јовановић, Слободан (1990/1991). *Један прилог за проучавање српског националног карактера*, Сабрана дела 12, Београд;

Милосављевић, Борис (2012). *Културни образац и појам полуинтелектуалца*, Култура: часопис за теорију и социологију културе и културну политику, бр. 137, стр. 127-143;

Прица, Милош (2021). *Правна држава и медији*, Правни факултет Универзитета у Нишу.

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

**PROF. SLAVOLJUB POPOVIĆ: A SCHOLAR OF VIRTUE AND ACADEMIC
DIGNITY**

Abstract

In today's Serbia, there is a crisis of university legal education and legal professions, which is a consequence of moral indolence and a prominent lack of erudition. The position of a university professor of law is the calling of a person with a prominent sense of moral duty, a cultural pattern, intellectual nobility and virtues vested in the service of public interest and the common good. Professor Slavoljub Popović was a university professor who focused on developing the academic community and promoting the academic consciousness. The scientific legacy of Prof. Slavoljub Popović comprises an impressive number of bibliographic units, which places Prof. Popović among the most prolific scholar in Serbian legal science of the 20th century. It is equally important to note that many of his colleagues and students cherish kind memories of Prof. Slavoljub Popović as a university professor of remarkable academic spirit and virtues. Prof. Popović perceived the university as a temple and theater, in the academic sense of these terms. Hence, he significantly contributed to the development of the Faculty of Law in Niš as an academic institution.

Keywords: Slavoljub Popović, university professor of law, academic calling, rank, virtue.

IV

ПОРУКЕ И ПУТОКАЗИ

ФРАНЦУСКА РЕВОЛУЦИЈА 1789. И САВРЕМЕННОСТ

Велика француска револуција из 1789. неугасивом лучом осветљава 200 година савремено раздобље историје, нову еру цивилизације. И већ 200 година показује нове могућности слободе и слободу нове могућности и отвара нове видике док открива све дуже и све тамније сенке прошлог ропства, које смешта у музеј историје. Показујући два лика историје — царство ропства и царство слободе — овај прометејски чин има објективну и субјективну вредност. Релативно објективну самосталну вредност има као сваки повесни догађај. У исти мах се прелама различито у различитим људима, сразмерно развитку њиховог субјективног знања и њихових субјективних потреба. Са променом животних односа људи мењају се и њихове мисли, њихове представе. Отуда велике разлике у оцени свих елемената револуције из 1789., две стотине година заблуда и илузија људи, које су неизбежне илузије епохе. Отуда све изгледа исто као тада — слобода, једнакост, братство — и више ништа не изгледа исто. *Liberté, égalité, fraternité* — имали су 1789. значења која сада немају, а 1989. имају значења која тада нису имали.

¹ Овај рад објављен је у Зборнику радова Правног факултета у Нишу број 29/1989, стр. 77-80. Драган Станимировић био је необичан и веома наочит професор. На његовим предавањима и испитима владао је „позоришни дух“. Као поклоник лепе мисли и речи, афирмисао је беседништво, не само на Правном факултету Универзитета у Нишу, већ међ правницима уопште. У свим приликама у којима је професор Станимировић говорио, настојао сам да будем пажљив слушалац. Неколико разговора са професором Станимировићем остаће трајно у мом памћењу. У једној прилици, мало пре упокојења, рекао ми је: „Нисам више Станимировић, опет сам Мацакања“. Био је сироче из породице Мацакања, нестале у усташком погрому, а дечак Драган уточиште је пронашао у породици Станимировић. Професор Мацакања је свесно и несвесно био окренут према „Небу“, а најбољи су они професори у чијем се друштву откривају путеви и видници микрокосмоса. (Белешка главног и одговорног уредника часописа „Правни хоризонти“)

Велика француска револуција из 1789. јединствена је и по свом универзалном доприносу развоју човечанства. Она је јединствена не само зато што је непоновљива, јер се у много чему поновила у различитим револуцијама. Јединствена је и по томе што је била непоновљиви саже-так свих дотадашњих захтева за људском слободом. И по захтевима за слободу и права човека, и по начину на који је истакла те захтеве, била је од прворазредног повесносветског значаја. Овај узлет буне у слободу пробудио је наугасиве наде и неутољиве жеље напредног човечанства једном објавом неупоредивог чара слободе — *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* од 26. августа 1789. — која је 1791. постала део револуционарног устава.

Ова повеља означила је крај једне и почетак друге епохе. Означила, а не обезбедила; као што су у крилу старог друштва настајали елементи новог, у жилама новог друштва текла је и крв старог друштва. Али, не умањује значај повеље то што није била сасвим нова (оригинална) и што није променила свет — повеља је нужно ограничена колико је ограничено друштво у коме је њен материјални темељ. Као што ранији друштвени развој није заслуга повеље, ни каснија кретања друштва нису кривица повеље.

Али, као што је настанак Повеље био неминован, њеи опстанак био је неизбежан.

Порекло идеја о слободама и правима људи налази се у стварном друштвеном животу. С настанком класног друштва и државе, стварност слободе прелази у теорију, јер сви елементи слободе нису тиме били укинати. Прве развијене теорије о слободама и правима налазимо у античком друштву почев од Сократа и софиста. Феудализам развија слободу као привилегије, било религијске, било световне (*Magna Charta Libertatum* из 1215, на пример). Тек с развојем првих елемената грађанског друштва јављају се развијеније теорије о правима и слободама, најпре у рационализму и просветитељству. У Енглеској се јавља и стварни покрет, у време буржоаске револуције, кад левелери, који су заступали мишљење да су људи од рођења слободни и међусобно једнаки, захтевају: опште бирачко право, укидање монархије и повраћај „ограђене“ земље сељацима Енглеска револуција подариће 1679. године *Habeas Corpus Act*, темељ ефикасне заштите слободе. Стотинак година касније, енглески поданици у Америци усвојили су на Континенталном конгресу 4. јула 1776. године Декларацију о независности. Лок и Русо побудили су Џеферсона да изрази схватања и осећања већине Американаца као начела Прогласа: „Ми сматрамо, да су очигледне и неоспорне

ове истине: да су сви људи створени као међу собом једнаки; да им је Створитељ дао извесна неотуђива права; да међу таква права спадају право на живот, право на слободу и право на тражење среће". На истим теоријским темељима, рационализму и просветитељству, (посебно је то *Rousseau: Du contrat social; „principes du droit politique"*, 1762), као и Проглас о независности, настаје 1789. године Декларација о правима човека и грађанина. Исти су и практични, материјални темељи: пре-сахли новчани извори. Енглеска је попила „најскупљи чај" пошто је увела „пет недношљивих закона". Француска је за решење криза, глади и беспарице, сазвала 5. маја 1789. главне сталеже, први пут после 175 година, а трећи сталеж се 17. јуна прогласио Уставотворном скупштином и, започевши револуцију, 26. августа донео *Déclaration des droits*.

Велика историјска објава слободе, ова повеља, излаже „при-родна, неотуђива и света права човека" (*dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénable et sacrés de l'homme*). „Људи се рађају и живе слободни и једнаки у правима; друштвене разлике могу бити засноване само на заједничкој користи", проглашава први члан. У другом члану: „Циљ сваког политичког удруживања је очување природних и непоништивих права човека; та права су: слобода, својина, сигурност и отпор насиљу". Слобода? „Слобода се састоји у моћи да се чини све што не смета другом. Тако, остварење природних права сваког човека има само оне границе које осигуравају другим члановима друштва уживање тих истих права; ове границе могу се ограничити само законом". Такође су прописане слободе мисли, говора, штампе, уверења и вере, те кривична заштита. Проглашено је да начело суверености почива суштински у нацији. Право својине проглашено је неприкосновеним и светим.

После 160 година, достигнућа француске револуције нашла су своје место у великој међународној породици. Генерална скупштина Уједињених нација усвојила је 10. децембра 1948. године Општу декларацију о правима човека. Општа декларација полази од признавања „урођеног достојанства и једнаких и неотуђивих права свих чланова људске породице" за „темељ слободе, правде и мира у свету". У првом члану прописује: „Сва људска бића рађају се слободна и једнака у достојанству и правима". Општа декларација одређује да свако има право на живот, слободу и личну безбедност (члан 3), право на слободу кретања и избора становања (члан 13), право да поседује имовину (члан 17), на слободу мишљења, изражавања и обавештавања, право на слободу збора и удруживања, право на рад и на слободан избор запослења, право на слободу мисли, савести и вере, право на заштиту својих права.

Ограничења слободе и права могу бити само она која су предвиђена законом „у циљу обезбеђења нужног признања и поштовања права и слобода других” (члан 29). Али, дотле има још пуно догађаја.

Наиме, објава слободе није стварна слобода. Објава права није и стварно право. Али, у револуционарном заносу објава (проглас, повеља, декларација) има привид стварности. Чак и владајућа класа у почетку уображава да *liberté, égalité i fraternité* јесу ликови стварности. То је могуће зато што њени интереси у обарању феудалне владавине јесу стварни интереси свих потчињених класа, дакле заједнички интереси. Шта више, буржоазија мора дати привид својим интересима као општим интересима, да би остварила своје циљеве. Чим се буржоазија устолочи на власти, привид општег интереса отпада с развојем њене власти као посебне класе на власти и с развојем осталих потчињених класа као емпиријски потчињених.

Велика француска револуција била је револуционарна еманципација друштва од феудалних окова. Али њена револуционарност, као и проглашени *liberté-égalité-droits de l'homme-fratèmité*, били су ограничени њеним реалним социјалним бићем. Њена еманципација била је политичка еманципација, свођење човека на члана грађанског друштва, егоистичну особу и, с друге стране, на грађанина, на моралну особу. Њена слобода била је слобода капитала, универзализована слободна конкуренција, универзално слободно тржиште. Чим се учврстила на власти буржоазија је укинула чак и само прокламована права и слободе.

Она револуционарна скупштина, која је 1789. усвојила чувену Повељу, већ 1791. забранила је удружења радника и штрајкове (као и кривични законик 1810. године — *Code pénal*). Забрана је потрајала до 1884. У економски развијенијој Енглеској, по логици да се економске чињенице преображавају у законске чињенице, парламент 1825. укида законе о забрани радничких удружења. Уосталом, ни француски републикански устав није се спроводио.

Чак ни опште демократске слободе нису оствариване до краја деветнаестог века. Разни цензуси (по основу имовине, места становања, школском образовању), кројење изборних округа, право вета — све је то ограничавало политичку демократију. У колевци парламентарне демократије, у Енглеској, жене добијају право гласа тек 1918, с тим што је старосна граница спуштена на 18 година тек 1966. У земљи Декларације о правима човека и грађанина тек после Другог светског рата жене добијају право гласа; ипак пре него у Швајцарској, где баш жене гласају против свог права гласа све до 1971.

У међународној заједници, после Опште декларације о правима човека, најзначајнији акти Уједињених нација јесу међународни пактови о правима човека: 1. Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима и 2. Међународни пакт о грађанским и политичким правима. Оба пакта ступила су на снагу 1976. Веома су значајне и конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида (ступила на снагу 1951), о апартхејду (1973), о укидању свих облика дискриминације према женама (1981), о правима радника. И Општа декларација и наведени пактови и конвенције добили су много на значају од 1960. године, од када се више од 60 (шездесет) земаља ослободило од колонијалне зависности.

Dr DRAGAN STANIMIROVIĆ,
Prof, à la Faculté de droit à Nis

LA RÉVOLUTION FRANÇAISE DE 1789 ET LE TEMPS MODERNE

Avec sa torche toujours flamboyante la Grande Révolution française de 1789 éclaire ces deux cents années de l'histoire de l'époque moderne, la nouvelle ère de la civilisation humaine. Pendant ces deux cents années elle montre de nouvelles possibilités de la liberté. La liberté de nouvelles possibilités aussi. En même temps en découvrant de plus en plus longues et de plus en plus sombres ombrages de l'esclavage passé, qu'elle dépose au musée de l'histoire, elle ouvre de nouveaux horizons. En montrant deux visages de l'histoire — le royaume de l'esclavage et le royaume de la liberté — cet acte de Prométhée a une valeur objective et une valeur subjective. Comme un événement historique, elle a une valeur relativement objective. Elle se reflète différemment chez des gens différents, proportionnellement au développement de leurs connaissances subjectives et à leurs besoins subjectifs, Avec le changement des conditions de vie des hommes changent aussi leurs pensées, leurs idées. De là la grande différence dans l'évaluation de tous les éléments de la révolution de 1789- Ce sont deux cents années de oréjuges et d'illusions des gens, qui sont des illusions inévitables de l'époque. De là, tout nous paraît comme auparavant — liberté, égalité, fraternité — et rien n'a plus l'air d'apparaître. Liberté, Egalité, Fraternité ont eu en 1789 des significations qu'elles n'ont pas maintenant. En 1989 elles ont des significations qu'elles n'avaient pas à cette époque.

Par sa contribution universelle au développement de l'humanité, la Grande révolution française de 1789 est unique. Elle est unique non seulement parce qu'elle est irrépetable, en beaucoup d'éléments elle s'est répétée au cours des révolutions différentes. Elle est unique parce qu'elle a été la synthèse irrépetable de toutes les aspirations précédentes pour la liberté humaine. Aussi bien par ses exigences pour les libertés et pour les droits de l'homme que par la façon dont elle les a exprimé, elle a été d'une importance historique de première ordre. Cet envol vers la liberté a réveillé des espoirs flamboyants et des désires ardents de toute humanité progressiste par la déclaration d'un charme libertaire incomparable — la Déclaration des droits et du citoyen du 26 août 1789, qui en 1791 est devenue la partie intégrante de la Constitution.

Cette déclaration a marqué la fin d'une époque et le commencement de l'autre. Elle a marqué, pas assuré; et, comme au sein de la société ancienne naissaient des éléments du nouveau, ainsi dans les veines de la société nouvelle coule le

sang de la société ancienne. Le fait que la déclaration n'a pas été tout à fait une nouveauté absolument originale et quelle n'a pas changé le monde ne diminue pas son importance — la déclaration est obligatoirement bornée dans la même mesure dans laquelle est bornée la société où se trouve son fondement matériel. Ainsi que le développement social précédant n'est pas le mérite de la déclaration, de même les mouvements sociaux postérieurs ne sont pas son défaut. Comme l'apparition de la Déclaration était inévitable, ainsi était inévitable sa survivance.

L'origine des idées sur les libertés et sur les droits de l'homme se trouve dans la vie sociale réelle. Avec la création de la société de classe et de l'Etat, la réalité de la liberté passe à la théorie, parce que tous les éléments de la liberté n'en étaient pas supprimés. Les premières théories développées sur la liberté et sur les droits nous rencontrons dans la société antique, depuis Socrate et des sophistes. Le féodalisme développe les libertés comme des privilèges, soit religieux, soit laïques (Magna Charta Libertatum de l'année 1215, par exemple). C'est seulement avec le développement des premiers éléments de la société bourgeoise qu'apparaissent des théories plus élaborées sur les droits et libertés tout d'abord à l'époque du Rationalisme et du Siècle des philosophes. En Angleterre apparaît le mouvement réel, à l'époque de la révolution bourgeoise, lorsque les Levelers, qui soutenaient la pensée que les hommes sont libres par la naissance-même et égaux entre eux, exigent: le droit électoral libre, la suppression de la monarchie et le retour des terres aux paysans. La révolution anglaise fera le cadeau de Habeas Corpus Act en 1679, un fondement de la protection efficace de la liberté. Une centaine d'années plus tard les sujets anglais en Amérique ont adopté au cours du Congrès Continental le 4 juillet 1776 la Déclaration de l'indépendance. Locke et Rousseau ont inspiré Jefferson d'exprimer les idées et les sentiments de la majorité des Américains à travers les principes de la Déclaration: »Nous estimons que ces vérités sont claires et indubitables: que tous les hommes sont créés égaux entre eux; que le Créateur leur a donné certains droits inaliénables; que dans ces droits sont le droit à la vie, le droit à la liberté et le droit de chercher le bonheur.« Sur les mêmes fondements théoriques — le Rationalisme et le Siècle des philosophes (particulièrement Rousseau: »Contrat social« de 1762) — comme la Déclaration d'indépendance, parait en 1789 la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Les fondements matériels et pratiques sont les mêmes: les sources financières sèches. L'Angleterre a bu »son plus cher thé« en introduisant les »cinq insupportables lois«. La France, pour résoudre la crise, la famine et les finances, 175 années après, pour la première fois, a convoqué les Etats généraux le 5 mai 1789; le

17 juin, les Tiers se sont déclarés l'Assemblée nationale constituante, déclenchant la Révolution et le 26 août ont proclamé la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

La grande déclaration historique de la liberté, cette Déclaration expose aies droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme«. »Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits; les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune«, proclame l'article premier. Dans le deuxième: "Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme; ces droits sont; 4a liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.«

"La liberté? "La liberté consiste

à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits; ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi« (Art. 4). La libre communication des pensées et des opinions, le pouvoir de parler, écrire et imprimer librement, la liberté des opinions religieuses, ainsi que la liberté de la protection juridique, étaient prescrites. Il a été déclaré aussi que "le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation«. Le droit de la propriété est déclaré inviolable et sacré.

Cent soixante années après les portées de la révolution française ont trouvé leur place dans la grande famille internationale. L'Assemblée générale des Nations Unies, le 10 décembre 1948, a adopté la Déclaration universelle des droits de l'homme. La Déclaration universelle part de la reconnaissance "de la dignité innée et des droits égaux et inaliénables de tous les membres de la famille humaine« pour "la base de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde«. Dans le premier article elle prescrit: "Tous les êtres humains naissent libres et égaux dans la dignité et en droits«. La Déclaration générale déclare que chacun a le droit à la vie, à la liberté et à la sûreté personnelle (art. 3), le droit à la liberté de déplacement et au choix du domicile (art. 13), le droit de posséder la propriété (art. 17), à la liberté de pensée, d'expression et d'information, le droit à la liberté de réunion et d'association, le droit au travail et au libre choix du travail, le droit à la liberté de la pensée, conscience et religion, le droit à la protection de ses droits. Les limites des libertés et des droits ne peuvent être que celles prévues par la loi "dans le but d'assurer la reconnaissance et le respect inévitable des droits et des libertés des autres« (art. 29). Mais, jusque là il y a beaucoup d'événements.

Car, la proclamation de la liberté n'est pas encore une vraie liberté. La déclaration du droit n'est pas encore un droit réel. Mais, dans l'enthousiasme révolutionnaire la proclamation a l'apparence de la réalité. Même la classe dirigeante au début se fait des illusions que la liberté, l'égalité et la fraternité sont les visages de la vérité. C'est possible parce que ses intérêts, dans le but de l'abolition du pouvoir féodal, représentent aussi les intérêts de tout Etat opprimé, donc les intérêts communs. D'ailleurs, pour réaliser ses intérêts, la bourgeoisie est obligée d'attribuer à ses intérêts une allure commune. Dès qu'elle se soit installée au pouvoir, cette allure de l'intérêt commun disparaît avec le développement de son pouvoir en tant que classe au pouvoir et avec le développement des autres classes opprimées comme impitoyablement soumises.

La grande révolution française était une émancipation révolutionnaire de la société chaînes féodales. Mais son caractère révolutionnaire, aussi que les proclamées; liberté — égalité — droits de l'homme — fraternité ont été limités par son essence sociale réelle. Son émancipation était une émancipation politique, la réduction de l'homme au membre de la société bourgeoise, personne égoïste et, de l'autre côté au citoyen, individu moral. Sa liberté était la liberté du capital, la libre concurrence universalisée, le libre marché universel. Dès qu'elle se fût stabilisée au pouvoir la bourgeoisie a supprimé les droits et libertés, qui d'ailleurs n'étaient que proclamés. Cette même assemblée qui, en 1789, a adopté la célèbre Déclaration, déjà en 1791 a interdit les associations des ouvriers et les grèves (ainsi que le Code pénal en 1810), Cette interdiction a duré jusqu'à 1884. En Angleterre, économiquement plus développée, d'après la logique que les faits économiques se transforment en faits législatifs, le parlement a supprimé en 1825 les lois de la défenction des associations ouvrières. D'ailleurs ni la Constitution républicaine française ne se réalisait pas.

Même des libertés démocratiques générales ne se réalisaient pas jusqu'à la fin du dix-neuvième siècle. Les restrictions différentes (à la base des propriétés, de lieu de séjours, de formation scolaires), la construction artificielle des régions électorales, le droit de veto — tout ceci limitait la démocratie parlementaire. Dans le berceau de la démocratie parlementaire, en Angleterre, les femmes ne reçoivent pas le droit de vote qu'en 1918, alors que la limite des années n'est baissée à dix-huit ans qu'en 1966. Dans le pays de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen seulement après la Deuxième guerre mondiale les femmes obtiennent le droit de vote; cependant avant qu'en Suisse, où précisément les femmes votent contre son droit de vote jusqu'à l'année 1971.

Dans la communauté internationale, après la Déclaration universelle des droits de l'homme, les documents les plus importants des Nations Unies sont les pactes des droits de l'homme: 1° Le Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels et 2° Le Pacte international des droits civils et politiques. Les deux pactes sont entrés en vigueur en 1976. Aussi sont d'une grande importance les conventions de l'empêchement et de châtement des crimes de génocide (entrés en vigueur en 1951), de l'apartheid en 1973, de la suppression de toutes formes de la discrimination des femmes (1981), des droits des ouvriers, La Déclaration universelle aussi bien que les pactes et les conventions cités ont obtenus beaucoup à leur signification depuis l'année 1960, depuis quand plus de soixante pays s'est libérés de la dépendance coloniale.

ЧАСОПИС „ПРАВНИ ХОРИЗОНТИ“
УПУТСТВО АУТОРИМА

1. ОПШТЕ НАПОМЕНЕ

Фонт и маргине	Рукопис рада куцати у <i>Word</i> -у, коришћењем фонта <i>Times New Roman ћирилица (Serbian-Cyrillic)</i> , (осим оригиналних латиничних навода). Аутори из бивших југословенских република могу користити фонт <i>Times New Roman latinica</i> . Величина слова у главном тексту треба да буде 12 pt , размак између редова 1,5 lines , а у фуснотама 10 pt , са размаком између редова 1 (single) . Формат страница треба да буде A4 (све маргине 2,5 cm).
Обим рада	Рад треба да има од 35.000 до 40.000 карактера, односно од 4.000 до 6.000 карактера када се ради о приказима, укључујући размаке. У неведени обим рада спадају и фусноте, апстракт, резиме и попис коришћене литературе и документације.
Језик	Рад послати на српском или енглеском језику. Аутори из бивших југословенских република могу послати рад и на хрватском, босанском или црногорском језику.
Коришћење наводника	У српском тексту користити следеће наводнике: „” (на пример: „меко право”), а у енглеском тексту: “ ” (на пример: “soft law”).
Наслов рада	Наслов треба да што верније опише садржај чланка. Наслов куцати великим словима величином фонта 14 pt, bold и приложити га и на енглеском језику.
Аутор(и)	На самом почетку рада навести име и презиме аутора, назив и пуну адресу институције у којој аутор студира (или је у њој запослен) и e-mail адресу. Све податке о аутору, његовом звању и институцији приложити и на енглеском језику.
Подаци о пројекту или програму	Евентуални подаци о пројекту у оквиру којег је рад написан (назив и број пројекта, назив институције која финансира пројекат и сл.), приказују се у фусноти на првој страници рада.

Подаци о усменом саопштењу рада	Ако је рад био изложен на научном скупу под истим или сличним називом, податак о томе треба навести у оквиру посебне fusnote на дну прве стране текста.
Апстракт (Сажетак)	Апстракт је кратак информативан приказ садржаја чланка који читаоцу омогућава да брзо и тачно оцени његову релевантност. Саставни делови апстракта су циљ истраживања, методи, резултати и закључак. Обим апстракта је 100–200 речи.
Кључне речи	Иза апстракта навести 5 до 8 кључних речи на језику на ком је послат рад.
Структура текста	1. Увод 2. Поднаслов првог нивоа 2.1. Поднаслов другог нивоа 2.1.1. Поднаслов трећег нивоа 2.1.1.1. Поднаслов четвртог нивоа 3. Поднаслов првог нивоа 4. Закључак Сви поднаслови пишу се фонтом 12 pt, уз коришћење нумерације и врсте слова употребљених у примеру изнад.
Листа референци (References)	На крају текста наводи се листа литературе и документације на коју се аутор позивао у раду. Референце поређати абецедним редом по презимену аутора, а код истог аутора, по години издања (од најновије до најстарије). Ако има више радова истог аутора који су објављени исте године, иза године користити латинична слова а, б, с итд. (код цитирања у тексту поступити на исти начин). На крају сваке референце куцати знак ;
Резиме (Summary)	Пише се на крају текста после „Листе референци”, дужине од 3.000 до 4.000 карактера (укључујући размаке), на српском и енглеском језику (ради лекторисања превода). Иза резимеа навести кључне речи на енглеском језику (односно српском језику уколико је рад послат на енглеском језику).
Табеле, графикони, слике	Табеле урадити у програму <i>Word</i> . Фотографије, графикони или слике доставити у формату <i>jpg</i> .

Изјава о ауторству и пренос ауторских права	Аутори радова потписују изјаву о ауторству, која садржи и сагласност за пренос ауторских права.
Доставља радова	Радови се достављају у електронском облику (као <i>attachment</i>) на следећу адресу: pravnihorizonti@prafak.ni.ac.rs.
Рецензирање	Сви радови подлежу анонимном рецензирању од стране два рецензента. Радови аутора који у предвиђеном року не поступе по примедбама рецензента неће бити објављени. Редакција часописа обавља комуникацију само са првонаведеним аутором.

2. ЦИТИРАЊЕ И ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Радове цитирати у самом тексту, као што је наведено у табели која следи. **Фусноте** користити само када је неопходно пружање додатног објашњења или пропратног коментара, као и у случају позивања на прописе или одлуке судова и других органа.

Цитати и позиви на литературу у тексту и листа референци на крају текста мора у потпуности да се слажу. Сваки рад, пропис, одлука и др. на које се позива у тексту или фусноти мора се унети у листу референци, односно, сваки рад, пропис, одлука и др. наведени у листи референци мора да постоје у тексту. Библиографске јединице се наводе без превођења.

Врста рада	Цитирање у тексту (или позивање у фусноти)	Листа референци
Књига, 1 аутор	(Келзен, 2010: 56)	Келзен, Х. (2010). <i>Опита теорија права и државе</i> . Београд: Правни факултет Универзитета у Београду;
Књига, Више аутора	Прво цитирање у тексту: (Димитријевић, Поповић, Папић, Петровић, 2007: 128) Наредно цитирање у тексту: (Dimitrijević et al., 2007: 200)	Димитријевић, В., Поповић, Д., Папић, Т., Петровић, В. (2007). <i>Међународно право људских права</i> . Београд: Београдски центар за људска права;

Колективно ауторство	(Oxford, 1996: 245)	<i>Oxford essential world atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press;
Рад или део књиге која има приређивача	(Нолте, 2007: 280)	Нолте, К. (2007). Задаци и начин рада немачког Бундестага. У: В. Павловић и С. Орловић (Ур.), <i>Дилеме и изазови парламентаризма</i> (стр. 279-289). Београд: Konrad Adenauer Stiftung;
Чланак у часопису	(Марковић, 2006: 36)	Марковић, Р. (2006). Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед. <i>Анали Правног факултета у Београду</i> . 2(LIV). 5-46;
Енциклопедија	(Pittau, 1983: 3)	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Токуо: Kodansha;
Институција као аутор	(Републички завод за статистику, 2011)	Републички завод за статистику. <i>Месечни статистички билтен</i> . Бр. 11 (2011)
Прописи	Фуснога: Чл. 12, ст. 2, тач. 3 Закона о основама система васпитања и образовања, <i>Службени гласник РС</i> , бр. 62/1996. (Напомена: Чланове, ставове и тачке прописа наводити на начин примењен у овом примеру – не стављати тачку иза бројке и унети размак иза интерпункцијских знакова)	Закон о основама система васпитања и образовања. <i>Службени гласник РС</i> , бр. 62/1996;

Судске одлуке	<p>Фуснота: Case T-344/99 Arne Mathisen AS v Council [2002]. или Одлука Уставног суда IY-197/2002.</p>	<p>Case T-344/99 Arne Mathisen AS v Council [2002] ECR II-2905 или Омојуди v UK (2010) 51 EHRR 10 или Одлука Уставног суда IY-197/2002, <i>Службени гласник РС</i>, бр. 57/2003;</p>
Електронски извори	<p>Навођење у тексту: (Wallace, 2001)</p> <p>Фуснота: European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp, приступљено 10. 04. 2018.</p>	<p>Wallace, A. R. (2001). The Malay archipelago (vol. 1). [Electronic version]; http://www.gutenberg.org/etext/2530, приступљено 10. 04. 2018. или European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp, приступљено 10. 04. 2018;</p>

НАПОМЕНА: Радови који нису сачињени у складу са овим Упутством уопште неће бити узети у разматрање од стране Редакције часописа.

СПИСАК РЕЦЕНЗЕНАТА У 2024. ГОДИНИ

- Проф. др Слободан Марковић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду
- Проф. др Драган Чорбић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, у пензији
- Проф. др Александра Јовановић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду
- Проф. др Милан Петровић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, у пензији
- Проф. др Ирина Пејић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
- Проф. др Љубица Николић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
- Проф. др Вангел Дескоски, ванредни професор Правног факултета „Јустинијан први“ у Скопљу
- Проф. др Саша Кнежевић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
- Проф. др Милена Јовановић-Затила, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
- Проф. др Вук Радовић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду
- Проф. др Небојша Раичевић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
- Проф. др Миомира Костић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
- Проф. др Предраг Димитријевић, редовни професор Департмана за правне науке, Универзитета у Новом Пазару
- Проф. др Дејан Вучетић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
- Проф. др Предраг Цветковић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
- Проф. др Небојша Ранђеловић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
- Проф. др Зоран Јовановић, редовни професор Правног факултета

Универзитета у Крагујевцу

- Проф. др Срђан Голубовић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
- Проф. др Марија Игњатовић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
- Проф. др Зоран Чворовић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу
- Проф. др Александар Мојашевић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
- Проф. др Сања Марјановић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
- Проф. др Свјетлана Ивановић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву
- Проф. др Маја Настић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
- Проф. др Марко Трајковић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
- Доц. др Јован Вујичић, доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу
- Проф. др Марко Димитријевић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
- Доц. др Драгана Дамјановић, доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву
- Проф. др Александар Ђорђевић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
- Проф. др Дарко Димовски, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
- Проф. др Славиша Ковачевић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
- Проф. др Урош Здравковић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
- Проф. др Милица Вучковић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
- Проф. др Иван Илић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
- Др Јелена Костић, Виши научни сарадник, Институт за упоредно право у Београду

- Др Филип Мирић, научни сарадник и самостални стручнотехнички сарадник за студије и студентска питања III степена студија
- Проф. др Милош Прица, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу